Differentiatie in het (Europees) contractenrecht

Citation for published version (APA):

Hardy, R. R. R. (2009). *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Boom Juridisch. <https://doi.org/10.26481/dis.20090416rh>

Document status and date:

Published: 01/01/2009

DOI:

[10.26481/dis.20090416rh](https://doi.org/10.26481/dis.20090416rh)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Differentiatie in het (Europees) contractenrecht

Differentiatie in het (Europees) contractenrecht

Rechtsvergelijkende studies naar de consument, de ondernemer en hun overeenkomsten

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof. mr. G.P.M.F. Mols
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen
op donderdag 16 april 2009 om 16.00 uur

door

Robert Roelof René Hardy

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2009

Beoogd promotor:
Prof. mr. J.M. Smits

Beoordelingscommissie:
Prof. mr. G.E. van Maanen (voorzitter)
Prof. mr. T. Hartlief
Prof. mr. M.H. Wissink (Rijksuniversiteit Groningen)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2009 R.R. Hardy / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-105-9
NUR 820

www.bju.nl

Voorwoord

Voor u ligt het resultaat van ongeveer zes jaar onderzoek. Dat klinkt lang en dat is het op zich ook, zij het dat ik effectief wat korter aan het proefschrift heb gewerkt: ten minste twee jaar heeft het onderzoek op een laag pitje gestaan vanwege verblijf in de Verenigde Staten. Als ik die periode er van aftrek blijft ongeveer vier jaar over, wat volgens mij statistisch gezien nog niet zo een gekke periode is voor het afronden van een proefschrift.

Het schrijven van een voorwoord is mijns inziens een van de meest moeilijke onderdelen van het proefschrift. Aan de ene kant bestaat het gevaar dat het voorwoord verwordt tot een eindeloze opsomming van mensen die op enige manier hebben bijgedragen tot het eindresultaat – dergelijke voorwoorden vond ik altijd verschrikkelijk om te lezen. Aan de andere kant bestaat juist het gevaar dat de auteur personen vergeet te noemen, met alle “gevolgen” van dien. Al met al is het schrijven van het voorwoord dus eigenlijk een ondankbare taak.

Wat daar ook van zij, ik denk niet dat ik er aan ontkom om een aantal personen hier expliciet te danken. Ik noem eerst de drie personen die mijns inziens de meeste invloed hebben gehad op mij als persoon (en daarmee ook op dit proefschrift). Daarna noem ik een aantal personen dat een aanzienlijke invloed heeft gehad. In de eerste plaats wil ik graag mijn moeder danken voor haar goede zorgen, haar toegewijdsheid en haar precisie bij mijn opvoeding. Zonder haar had ik hier vandaag niet gestaan. In de tweede plaats wil ik graag Geerte danken. Bijna acht jaar lang heeft zij mij geestelijk uitgedaagd en gestimuleerd. Ik heb veel aan haar te danken. Het is ook haar verdienste dat ik mij meer internationaal ben gaan oriënteren. Ik vind het dan ook een voorrecht dat zij hier vandaag aan mijn zijde staat als paranimf. In de derde plaats wil ik graag Eve danken voor haar geloof in mij. Haar aanwezigheid schenkt mij vertrouwen.

Jan Smits wil ik danken voor het door hem in mij gestelde vertrouwen voor wat betreft de afronding van dit proefschrift. Hij gaf mij de vrijheid om “andere dingen” te doen dan het schrijven van deze dissertatie, zoals het schrijven van artikelen, het doen van onderzoek in het buitenland en het opdoen van ervaring in de rechtspraktijk. Waar andere (beoogd) promotoren de moed allang hadden opgegeven, heb ik altijd het gevoel gehad dat Jan vertrouwen in dit proefschrift is blijven houden. Graag wil ik ook de leden van de Beoordelingscommissie danken. Jan Joosten wil ik danken voor de interessante en mooie tijd in New York City,

alsmede de plezierige samenwerking. Hij nam steeds de tijd om zaken uit te leggen, waardoor ik het grotere geheel kon zien en daar heb ik veel van geleerd. Hij heeft mij ook de tijd gegund om dit onderzoek af te ronden. Sjef van Erp en Gerrit van Maanen wil ik danken voor hun hulp bij mijn toelating tot Berkeley en Harvard, alsmede het vergaren van beurzen in dat kader. Steven Schuit wil ik danken voor zijn hulp bij het schrijven van hoofdstuk 3. Wirt Soetenhorst dank ik voor zijn bereidheid om dit proefschrift uit te willen geven, alsmede de plezierige samenwerking in het verleden in het kader van Vermogensrechtelijke Annotaties (Analyses). Stibbe dank ik voor haar financiële bijdrage aan mijn studie in de Verenigde Staten; mijn collega's bij Stibbe dank ik voor de plezierige samenwerking. Albert Smelt dank ik in het bijzonder voor zijn bereidheid om als tweede paranimf te fungeren.

Inhoud

Voorwoord	V
Algemene inleiding	1
1 De begrippen consument en ondernemer	3
A. Inleiding	3
B. De begrippen	3
1. Het begrip consument	3
a. Inleiding	3
b. Nadere criteria ter afbakening van het begrip consument	5
c. Het begrip consument in het Europees Gemeenschapsrecht	9
d. Het begrip consument in het Nederlandse recht	19
e. Het begrip consument in het Duitse recht	25
f. Het begrip consument in het Engelse recht	29
g. Het begrip consument in het Franse recht	36
2. Het begrip ondernemer	42
a. Inleiding	42
b. Nadere criteria ter afbakening van het begrip ondernemer	43
c. Het begrip ondernemer in het Europees Gemeenschapsrecht	44
d. Het begrip ondernemer in het Nederlandse recht	47
e. Het begrip ondernemer in het Duitse recht	49
f. Het begrip ondernemer in het Engelse recht	53
g. Het begrip ondernemer in het Franse recht	54
C. Vergelijking en voorstel voor definities	59
1. Het begrip consument	59
a. Vergelijking	59
b. Voorstel voor een definitie	64
2. Het begrip ondernemer	66
a. Vergelijking	66
b. Voorstel voor een definitie	67
D. Conclusie	68

2	Precontractuele informatieplichten vanuit Europees perspectief	69
A.	Inleiding	69
B.	Analyse van precontractuele informatieplichten	71
1.	Precontractuele informatieplichten: afbakening, soorten en manieren van informatieverstrekking	71
2.	Redenen voor het opleggen van precontractuele informatieplichten	72
3.	Het ontstaan van informatietekorten en remedies	73
4.	Voor- en nadelen van precontractuele informatieplichten	76
C.	Precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht	78
1.	Europese inmenging op het terrein van het contractenrecht	78
2.	Informatie en het Europees Gemeenschapsrecht	80
3.	Indeling van de precontractuele informatieplichten aan de hand van de aard van de te verstrekken informatie	82
a.	Informatie met betrekking tot de kern van de overeenkomst	83
b.	Informatie met betrekking tot bijkomende voorwaarden	83
c.	Informatie met betrekking tot het recht dat de afnemer heeft	83
4.	Indeling van de precontractuele informatieplichten aan de hand van de eisen die aan de informatie worden gesteld	84
a.	Wezenlijkheid van de informatie	84
b.	Duidelijkheid van de informatie	85
c.	Toegankelijkheid van de informatie	86
d.	Handzaamheid van de informatie	87
e.	Vergelijkbaarheid van de informatie	87
f.	Tijdigheid van de verstrekking	87
5.	Intensivering van de precontractuele informatieplichten	88
6.	Het spiegelbeeld van de precontractuele informatieplicht: de onderzoeksplicht	88
7.	Rechtsgevolgen van het niet naleven van precontractuele informatieplichten	89
D.	De mogelijkheid en wenselijkheid van het veralgemeniseren van precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht	90
E.	Conclusie	92
3	Pre-contractual duties of disclosure in commercial sales transactions, in particular in sales of privately held companies	93
A.	Introduction	93
B.	Pre-contractual Duties of Disclosure under Dutch, English, French and German Law	94
1.	Pre-contractual Duties of Disclosure under Dutch Law	94

a. Introduction	94
b. Mistake and Pre-contractual Duties of Disclosure	95
c. Conformity and Pre-contractual Duties of Disclosure	96
d. Reasonableness and Fairness and Pre-contractual Duties of Disclosure	97
e. Balancing Pre-Contractual Duties of Disclosure	98
f. Range of Factors	100
g. Conclusion	101
2. Pre-contractual Duties of Disclosure under English Law	102
a. No General Pre-contractual Duty of Disclosure	102
b. The Doctrine of Misrepresentation	103
c. Exceptions: Pre-contractual Duties of Disclosure in Certain Cases	107
d. Reasons to Refuse Pre-contractual Information Disclosure under English Law	109
e. Conclusion	109
3. Pre-contractual Duties of Disclosure under French Law	110
a. Introduction	110
b. Tortious Liability and Pre-contractual Duties of Disclosure	110
c. Mistake and Pre-contractual Duties of Disclosure	111
d. Deceit and Pre-contractual Duties of Disclosure	113
e. Warranty Against Latent Defects, Conformity, and Pre-contractual Duties of Disclosure	117
f. Balancing Pre-contractual Duties of Disclosure	118
g. Conclusion	119
4. Pre-contractual Duties of Disclosure under German Law	120
a. Introduction	120
b. Good Faith, “Culpa in Contrahendo” and Pre-contractual Duties of Disclosure	121
c. Deceit and Pre-contractual Duties of Disclosure	122
d. Conformity, in Particular § 442 of the German Civil Code and Pre-contractual Duties of Disclosure	124
e. Balancing Pre-contractual Duties of Disclosure	126
f. Range of Factors	127
g. Conclusion	128
5. Comparison	128
C. Case Studies	130
1. Digression: Methods to Sell Privately Held Companies	130
a. Negotiated Sales	130
b. The Controlled Auction Process	131
2. The Case Studies	137

3.	Case Study 1	139
a.	Dutch Law	139
b.	English Law	151
c.	French Law	162
d.	German Law	170
4.	Case Study 2	178
a.	Dutch Law	178
b.	English Law	178
c.	French Law	178
d.	German Law	179
5.	Case Study 3	179
a.	Dutch Law	179
b.	English Law	179
c.	French Law	180
d.	German Law	180
6.	Discussion	180
D.	General Conclusion	182
4	Algemene voorwaarden	183
A.	Inleiding	183
B.	Nadere indeling van de studie	184
C.	Algemene voorwaarden in het Europees Gemeenschapsrecht	184
1.	Begripsomschrijving van algemene voorwaarden	184
2.	Vernietigingsgronden	185
D.	Algemene voorwaarden in het Nederlandse recht	191
1.	Begripsomschrijving van algemene voorwaarden	191
2.	Gebondenheid aan algemene voorwaarden	192
3.	Vernietiginggronden: inhoudscontrole, informatieplicht en uitleg	201
E.	Algemene voorwaarden in het Duitse recht	207
1.	Definitie van algemene voorwaarden	207
2.	Gebondenheid aan algemene voorwaarden	209
3.	Vernietiginggronden	214
F.	Algemene voorwaarden in het Engelse recht	216
1.	Inleidende opmerking	216
2.	Begripsomschrijving van algemene voorwaarden	216
3.	Gebondenheid aan algemene voorwaarden	217
4.	Vernietiginggronden	219
G.	Algemene voorwaarden in het Franse recht	220
1.	Begripsomschrijving van algemene voorwaarden	220

2.	Gebondenheid aan algemene voorwaarden	221
3.	Vernietigingsgronden	225
H.	Vergelijking	227
I.	Conclusie	229
5	Is the system of contract remedies in the E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees efficient from a law and economics perspective?	231
A.	Introduction	231
B.	The Economic Theory of Contracts	233
C.	Remedies for Breach of Contract in Common Law Jurisdictions	235
D.	Arguments Against and in Favour of Specific Performance as the Normal or Presumptive Remedy for Breach of Contract	239
1.	The Theory of Efficient Breach	239
2.	The Under-compensatory Effect of Damages	242
3.	Pre-breach Negotiation costs	245
4.	Post-breach Negotiation Costs	248
5.	Transaction Costs	253
6.	Liberty Interests	254
7.	Supervision Costs	255
8.	Empirical Evidence	256
E.	Digression: Remedies for Breach of Contract in Civil Law: Dutch Law	258
F.	Remedies for Breach of Contract in the Consumer Sales Directive	263
1.	Introduction	263
2.	The Directive's Remedial Scheme, and Law and Economics	266
G.	Conclusion	268
6	Naar een gedifferentieerd overeenkomstenrecht	271
A.	Inleiding	271
B.	Het algemeen overeenkomstenrecht	273
1.	Het idee van het algemeen overeenkomstenrecht	273
2.	Nuancering van het algemeen overeenkomstenrecht	274
3.	De "crisis" van het algemeen overeenkomstenrecht	278
4.	Reactie ten aanzien van de "crisis": scherpe normen en normaaltypen	280
5.	Reactie ten aanzien van de "crisis": de herleving van de contractsvrijheid	282

6.	Reactie ten aanzien van de “crisis”: een sociaal rechtvaardig overeenkomstenrecht	284
7.	Het algemeen overeenkomstenrecht in Duitsland, Frankrijk en Engeland	285
8.	Beïnvloeding van het nationale overeenkomstenrecht door de Europese Unie	287
C.	Argumenten voor en tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht	289
1.	Argumenten voor én argumenten tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht	289
a.	Argumenten voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht	289
b.	Argumenten tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht	292
2.	Argumenten voor én tegen een apart overeenkomstenrecht voor consumenten	296
a.	Argumenten voor een apart overeenkomstenrecht voor consumenten	296
b.	Argumenten tegen een apart overeenkomstenrecht voor consumenten	297
3.	Argumenten voor én tegen een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers	298
a.	Argumenten voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers	298
b.	Argumenten tegen een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers	301
D.	Naar een gedifferentieerd overeenkomstenrecht	304
1.	Consumentengedrag en ondernemersgedrag	304
a.	Het gedrag van consumenten	304
b.	Het gedrag van ondernemers	308
2.	De kleine ondernemer en het overeenkomstenrecht	309
3.	Het overeenkomstenrecht van ondernemers	312
a.	Welzijnsmaximalisatie als criterium in het recht	312
b.	De theorie	313
c.	Tegenwerpingen	314
d.	Een schets van het overeenkomstenrecht van ondernemers	317
4.	Een schets van het overeenkomstenrecht van consumenten	320
5.	Tot slot	321

Samenvatting en conclusies	323
Summary and conclusions	325
Bibliografie	327
Curriculum vitae	345

Algemene inleiding

Deze dissertatie is samengesteld uit, qua thematiek, met elkaar samenhangende artikelen op het terrein van het (Europees) contractenrecht. Het onderzoek is uitdrukkelijk beperkt tot commerciële overeenkomsten en consumentenovereenkomsten. Geen aandacht wordt dus in beginsel besteed aan overeenkomsten tussen particulieren onderling (hiervoor bestaat het familierecht) en overeenkomsten waarbij particulieren diensten aanbieden aan ondernemers (hiervoor bestaat het arbeidsrecht). Een nadere beperking bestaat daarin dat de wetgeving, de rechtspraak en de juridische literatuur ten aanzien van met name het Europees Gemeenschapsrecht, het Nederlandse, het Duitse, het Franse en het Engelse recht is bestudeerd.

Vijf van de in totaal zes artikelen (artikelen 1 t/m 5) zijn eerder (in al dan niet licht gewijzigde vorm) als tijdschriftartikel en/of bijdrage in een bundel gepubliceerd, of zijn in het kader van een onderzoeksbeurs geschreven. Twee van die vijf artikelen waren Engelstalig en zijn ook in Engelstalige vorm in deze dissertatie opgenomen (artikelen 3 en 5).

De indeling van deze dissertatie is als volgt. In het eerste artikel (hoofdstuk 1) besteed ik aandacht aan de begrippen consument en ondernemer, zoals die worden gebruikt in het overeenkomstenrecht. Het uiteindelijke doel van dat artikel is om te komen tot standaarddefinities van deze begrippen. Dat is belangrijk onder meer aangezien soms gesteld wordt dat er geen werkbare definities bestaan, noch kunnen bestaan, van de begrippen consument en ondernemer.

Het tweede artikel (hoofdstuk 2) ziet op uit het Europees Gemeenschapsrecht afkomstige informatieplichten, voor zover zij zien op de fase voor het (eventueel) sluiten van de overeenkomst (pre-contractuele informatieplichten).

In het derde artikel (hoofdstuk 3) onderzoek ik pre-contractuele informatieplichten in commerciële verhoudingen. Ik ga daarbij ook na in hoeverre commerciële partijen contractueel afwijken van het algemeen (aanvullend) overeenkomstenrecht. Anders gezegd, in hoeverre worden in het bedrijfsleven regelingen getroffen door de partijen zelf?

In het vierde artikel (hoofdstuk 4) bekijk ik in welke mate differentiatie optreedt ten aanzien van algemene voorwaarden in enerzijds consumentenovereenkomsten en anderzijds handelstransacties. Dit is een belangrijk onderwerp aangezien geregeld in de literatuur wordt bepleit dat bijvoorbeeld commerciële contractspartijen behoefte zouden hebben aan een eigen handelscontractenrecht, maar onvoldoende duidelijk is in hoeverre in het huidige recht daadwerkelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen commerciële overeenkomsten en consu-

mentenovereenkomsten. Doel van het artikel is mede om dienaangaande meer duidelijkheid te verschaffen.

In het vijfde artikel (hoofdstuk 5) bestudeer ik de remedies vanuit rechtseconomisch perspectief en in het bijzonder de Europese Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.¹ Deze Richtlijn harmoniseert onder andere bepaalde acties van de consument-koper van roerende zaken in geval van non-conformiteit en grijpt daarmee dieper in dan welke richtlijn tot nu toe in het nationale overeenkomstenrecht van de Europese lidstaten.

In het zesde artikel (hoofdstuk 6) breng ik argumenten voor en argumenten tegen een gedifferentieerd contractenrecht in kaart. Het artikel bevat tevens mijn opvattingen ten aanzien van de vraag of het overeenkomstenrecht dient te worden vormgegeven rond een algemeen overeenkomstenrecht gevormd door voor alle overeenkomsten en contractspartijen geldende grondslagen en beginselen of dat dit idee als zinloos dient te worden opgegeven en gekozen dient te worden voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht.

---

¹ Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999, Publicatieblad EG L 171/12 van 7 juli 1999.

1 De begrippen consument en ondernemer¹

A. Inleiding

In dit artikel besteed ik aandacht aan het begrip consument in het Europees contractenrecht (B.1). Meer concreet onderzoek ik wat verstaan wordt onder het begrip consument in het Europees Gemeenschapsrecht, het Nederlandse recht, het Duitse recht, het Engelse recht en het Franse recht. Daarbij merk ik op dat het onderzoek uitdrukkelijk beperkt is tot het begrip consument zoals dat wordt gebruikt in het kader van het *overeenkomstenrecht*. Daarnaast zal ik aandacht besteden aan het begrip ondernemer in het overeenkomstenrecht van de genoemde rechtsstelsels (B.2). Het uiteindelijke doel van dit artikel is om, op basis van de resultaten in onderdeel B, te komen tot een standaarddefinitie van de begrippen consument en ondernemer (C). Dat is belangrijk omdat op dit moment, hoewel wel een zekere tendens waarneembaar is om te komen tot uniforme begrippen,² er geen eenduidige definities zijn van de begrippen consument en ondernemer in de nationale rechtsstelsels en de richtlijnen van de Europese Gemeenschap ten aanzien van het overeenkomstenrecht.

B. De begrippen

1. *Het begrip consument*

a. *Inleiding*

Het begrip consument kan op verschillende manieren omschreven worden. Denkbaar is een omschrijving die haar vertrekpunt vindt in de economie. Een consument is in die benadering degene die voor zijn of haar persoonlijke behoeftenbevrediging aan een goed of dienst een uiteindelijke bestemming geeft (de eindverbruiker).³

---

1 Een aangepaste versie van dit artikel is verschenen in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2005, p. 863-947.

2 Zie bijvoorbeeld het Draft Common Frame of Reference (Interim Outline Edition), p. 328 en 329, ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikbaar via <http://www.law-net.eu>.

3 Brack, A., *Consument, recht en koopkracht*, Deventer, Kluwer, 1981, p. 141.

Tegen deze economische benadering is in het verleden door verschillende juristen stelling genomen.⁴ De economische benadering werd namelijk niet gelukkig geacht, omdat zij in de ogen van de juristen tot gevolg had dat ook (grote) ondernemers en de overheid konden worden aangemerkt als eindverbruikers van goederen of diensten en bijgevolg ook onder het consumentenbegrip vielen. Die kritiek lijkt niet terecht,⁵ maar heeft wel bijgedragen aan het ontstaan van een juridische benadering van het begrip consument. Deze benadering, die dus werd voorgesteld tegenover de beweerde ongeschikte economische benadering, hanteert als sleutelterm het begrip consumententransactie. Deze transactie kan zowel zien op de afname van een goed als op dienstverlening en de partijen zijn aan de ene zijde een niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelend natuurlijk persoon (een consument) en aan de andere zijde een in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke of rechtspersoon (een ondernemer).⁶ Het is deze benadering die in het consumentenrecht in het algemeen en in het contractenrecht in het bijzonder is gaan overheersen.

Er bestaat een belangrijk verschil tussen de economische en juridische benadering. In de economische benadering wordt de consument gezien als een belangrijke, zelfs centrale actor in de productie- en distributieketen. In deze benadering is de consument niet hulpbehoefstig en verdient hij of zij bijgevolg niet noodzakelijkerwijs bescherming.⁷ In schril contrast hiermee staat de juridische benadering. De juridische omschrijving plaatst, zoals ook opvalt bij de hierboven opgenomen omschrijving van het begrip consument, de consument tegenover de ondernemer. Het is in deze benadering niet de consument die (veel) heeft te kiezen en het zijn niet de ondernemers die strijden om de gunst van de consument, maar het zijn de ondernemers die de dienst uitmaken. Het “zwakke” individu ziet zich met andere woorden geconfronteerd met “sterke” ondernemers.⁸ Alle reden dus om in deze benadering de consument (immers een zwakke marktaandeel) te hulp te schieten. Ik laat hier in het midden welke benadering (de economische of de juridische) de realiteit het best benadert.

In het vervolg van dit artikel zal ik de nadruk leggen op het juridische begrip consument. Binnen het juridisch kader is het belangrijk om een heldere afbakening te maken. Immers: indien uitgegaan wordt van een beschermingsgedachte,

---

4 Zie bijvoorbeeld Hondius, E., *Konsumentenrecht* (preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer, Kluwer, 1976, p. 1.

5 Hoewel ondernemers en de overheid inderdaad eindverbruiker kunnen zijn in de zin van de economische benadering, zal nooit voldaan kunnen worden aan de voorwaarde van persoonlijke behoeftenbevrediging; de vrees dat ondernemers en de overheid zouden worden aangemerkt als consument in de economische benadering, is dan ook ongegrond (Brack, A., o.c., p. 142).

6 Hondius, E., o.c., p. 99.

7 Girot, C., *User Protection in IT Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, p. 74.

8 Vergelijk Van den Bergh, R., “Economische analyse van het consumentenrecht”, *Ars Aequi*, 1990, p. 185.

is het belangrijk te weten wie (welke marktdeelnemers) te kwalificeren zijn als consument en daarmee bescherming verdienen en wie niet. Aangezien in deze uiteenzetting (zie hiervoor) het contractenrecht centraal staat, zal ik mij beperken tot het begrip consument zoals dat wordt gebruikt in het kader van het overeenkomstenrecht. Deze beperking lijkt zinvol aangezien het begrip verschillend kan worden ingevuld al naar gelang de functie en het rechtsgebied waarin het begrip wordt gebruikt.⁹

Tot slot van deze inleiding zij opgemerkt dat in sommige wet- en regelgeving niet de term consument wordt gehanteerd, maar begrippen als verkrijger of particulier worden gebruikt (zie ook hierna). Daarbij komt meer algemeen dat sommige auteurs protesteren tegen het gebruik van de term consument, omdat de term de burger zou reduceren tot afnemer van goederen en diensten. Bekende uitdragers van dit idee in Nederland zijn Brunner en Tjittes.¹⁰ Zij geven er de voorkeur aan om de term particulier te hanteren. Ik zal in het vervolg echter blijven spreken van consument, tenzij in (specifieke) wet- of regelgeving een afwijkende terminologie wordt gehanteerd. Bijgevolg zal ik het voorbeeld van Brunner en Tjittes, in navolging van bijvoorbeeld Joustra, niet volgen omdat de term consument het meest ingeburgerde begrip is en goed aansluit bij in het buitenland gehanteerde terminologie.¹¹

b. Nadere criteria ter afbakening van het begrip consument

Het juridische begrip consument kan op verschillende manieren worden afgebakend. In de eerste plaats kan gekozen worden tussen een positieve en een negatieve omschrijving. Een positieve omschrijving houdt in dat het recht bepaalt wie als consument moet worden beschouwd. Bij een negatieve omschrijving, dat zal niet verbazen, wordt juist bepaald wie geen consument is. Zowel bij de positieve als de negatieve omschrijving zijn twee methoden te onderscheiden.¹² De eerste methode stelt het doel van de overeenkomst centraal (het doel van het sluiten van de overeenkomst is het doorslaggevend criterium); de tweede methode knoopt aan bij de hoedanigheid van de contractspartij (de hoedanigheid van de contractspartij staat centraal).¹³ Enkele voorbeelden ter verduidelijking van het onderscheid.

9 Mortelmans, K. en Watson, S., "The notion of consumer in community law: a lottery?", *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1995, p. 243 en Joustra, C., *De internationale consumentenovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 1997, p. 27.

10 Brunner, C., "De billijkheid in het Nieuwe BW", in Brunner, C. (red.), *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 93 en Tjittes, R., *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 1.

11 Joustra, C., o.c., 1997, p. 25.

12 Joustra, C., "Naar een uniform begrip 'consument'?", in Van Buren-Dee, J., Hondius, E. en Kottenhagen-Edzes, P. (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer, Kluwer, 1996, p. 201 en 202-203.

13 Joustra, C., o.c., 1996, p. 201.

Een voorbeeld van de positief doelgerichte omschrijving treft men aan in Section 12 (1)(c) van de Unfair Contract Terms Act 1977:

“A party to a contract ‘deals as consumer’ in relation to another party if (...) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire-purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption.”

Een illustratie van een positief geformuleerde omschrijving waarbij wordt aangeknoopt bij de hoedanigheid van de contractspartij is te vinden in artikel 7:5 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek:

“In deze titel wordt verstaan onder ‘consumentenkoop’: de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door *een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf* en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.” (curs., RRRH)

Hierbij realiseer ik mij dat strikt genomen dit een voorbeeld is van een positieve omschrijving waarbij de hoedanigheid van de ondernemer en niet de consument centraal staat. Andere voorbeelden zijn echter schaars.¹⁴ Een voorbeeld van een negatieve omschrijving waarbij het doel van de overeenkomst centraal staat is te vinden in artikel 2 onder b van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.¹⁵

“consument: iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen[.]”

Artikel 7:5 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek is (eveneens) een voorbeeld van een negatieve omschrijving waarbij de hoedanigheid van de contractspartij centraal staat:

“In deze titel wordt verstaan onder ‘consumentenkoop’: de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en *een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf*.” (curs., RRRH)

---

¹⁴ Vergelijk Joustra, C., o.c., 1996, p. 203.

¹⁵ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Publicatieblad EG L 95/29 van 21 april 1993.

Hoewel de verschillende omschrijvingen in de meeste gevallen tot dezelfde uitkomsten aanleiding zullen geven, zijn er gevallen mogelijk waarin een verschil in uitkomst optreedt.¹⁶ Stel namelijk dat een natuurlijk persoon een koopovereenkomst sluit in eigen naam met het idee dat het gekochte goed gebruikt zal gaan worden door een stichting waarbij hij of zij betrokken is. In dat geval handelt hij of zij voor doeleinden die buiten zijn of haar bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen, maar is de transactie niet aangegaan voor persoonlijk gebruik. Met andere woorden, de natuurlijk persoon zou onder een negatieve omschrijving (waarbij bijvoorbeeld de hoedanigheid van de contractspartij centraal staat) worden aangemerkt als consument, maar onder een positieve (bijvoorbeeld positief doelgerichte) omschrijving niet.

Een tweede manier om het begrip consument te omschrijven is door aan te knopen bij de aard van de transactie. In die benadering is een consument degene die een bepaald type transactie sluit. Een voorbeeld is te vinden in artikel 2 lid 4 van de Richtlijn pakketreizen:¹⁷

“‘consument’: de persoon die het pakket koopt of zich daartoe verbindt (‘de hoofdcontractant’), of elke persoon namens wie de hoofdcontractant zich ertoe verbindt het pakket te kopen (‘de andere begunstigden’), of elke persoon aan wie de hoofdcontractant of een van de andere begunstigden het pakket overdraagt (‘de cessionaris’)[.]”

Geregeld worden ook andere begrippen als verkrijger, reiziger, particulier of klant gebruikt in plaats van het begrip consument.

In de derde plaats kan het begrip consument omschreven worden aan de hand van een objectieve of een subjectieve benadering. Bij de subjectieve benadering gaat het er om wat de innerlijke bedoeling van de natuurlijke persoon is die een goed aanschaft. De vraag is met andere woorden welke bestemming de natuurlijke persoon aan de prestatie geeft: privé-gebruik of bedrijfsuitoefening. Indien het natuurlijke persoon het goed aanschaft voor privé-gebruik zal hij of zij worden aangemerkt als consument, anders niet. Bij de objectieve benadering komt het niet aan op de innerlijke bedoeling van de natuurlijke persoon is, maar gaat het er om hoe hij of zij zich (uiterlijk) heeft gedragen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van de verkoper ten aanzien van de maatschappelijke rol die de wederpartij inneemt staat centraal. Een amateur-fotograaf die een professionele camera koopt

¹⁶ Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., *The notions of consumer and professional and some related questions*, p. 4 ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikbaar via http://www.sgecc.net/media/downloads/consumers_and_professionals.pdf.

¹⁷ Richtlijn 90/314/EG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten, Publicatieblad EG 158/59 van 23 juni 1990.

zal, wanneer hij zich niet kenbaar als amateur manifesteert, dus door de verkoper als niet-consument mogen worden aangemerkt.¹⁸

Bij deze benaderingen kunnen allerhande vragen en problemen optreden. Zo kan men zich afvragen wat de status van een betrokkene (of van een transactie) is indien niet uitsluitend ten behoeve van privé-doeleinden wordt gecontracteerd (ook wel aangeduid als gemengde overeenkomsten of overeenkomsten met “mixed purposes”). Het bekende voorbeeld is de aanschaf van een auto door een arts, welke bestemd is voor zowel patiëntenbezoek alsook voor privé-gebruik. Wordt de arts voor deze transactie aangemerkt als een consument?

Een ander probleem heeft betrekking op het geval dat een individu bijzondere kennis van zaken heeft, hetzij doordat hij zelf bijzonder deskundig is of doordat hij de hulp van deskundigen heeft ingeschakeld. In dat soort situaties is het niet denkbeeldig dat het individu beter omtrent een en ander is geïnformeerd dan zijn professionele wederpartij. Wordt in zo’n situatie het individu aangemerkt als consument?

Ook bij overeenkomsten die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene (natuurlijk persoon) te vergroten (belegging, speculeren sparen, en dergelijke) kan men zich de vraag stellen of sprake is van een consumententransactie. Het gaat in zulke overeenkomsten immers niet meer om situaties van “wonen, werken leven en gezondheid” (elementaire levensbehoeften), maar om financieel gewin.¹⁹ Er wordt niet gecontracteerd met als doel het verkrijgen van een specifiek goed, maar de overeenkomst is middel tot doel, namelijk het maken van winst.²⁰ Dit doel sluit zo zeer aan bij de handelsmoraal, dat het maar de vraag is of hier nog gesproken moet worden van consumententransacties.

Veel discussie bestaat verder over de vraag of het begrip consument ook kan slaan op rechtspersonen of natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (ondernemers). Anders geformuleerd: kunnen ook professioneel handelende instellingen of personen gekwalificeerd worden als consument? Deze kwestie speelt met name in een drietal gevallen. In de eerste plaats daar waar een ondernemer in het geding is van (zeer) kleine omvang. In de tweede plaats bij transacties waarbij een startende ondernemer is betrokken. En ten slotte, ingeval een ondernemer een overeenkomst sluit die buiten de normale werkzaamheden valt. De reden om in dit soort gevallen rechtspersonen of natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (eventueel) aan te merken als consument, is gelegen in het idee dat zij bepaalde eigenschappen bezitten (ondeskundigheid, onervarenheid, zwakke onderhan-

---

¹⁸ Voorbeeld ontleend aan Tjittes, R., o.c., p. 198.

¹⁹ Vranken, J., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, nr. 27.

²⁰ Smits, J., “Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht”, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1998, p. 33.

delingspositie en dergelijke) die ook zijn terug te vinden bij consumenten in beperkte zin.

In de volgende paragrafen zal ik voor de verschillende rechtstelsels nagaan of en in hoeverre bij de hantering van het begrip consument sprake is van een positieve of negatieve omschrijving, of bij de afbakening wordt aangesloten bij de aard van de transactie en of gebruik wordt gemaakt van een objectieve of subjectieve benadering. Daarnaast zal stil worden gestaan bij de status van de zogenaamde gemengde overeenkomsten, bij de vraag in hoeverre bijzondere kennis een rol speelt bij de kwalificering en bij de vraag of bij het aangaan en uitvoeren van een overeenkomst die tot doel heeft het kapitaal van betrokkene te vergroten sprake zal zijn van consumentenovereenkomsten. Ten slotte zal aandacht dienen te worden besteed aan de vraag of ook professioneel handelende personen (ondernemers) gekwalificeerd worden als consument

c. Het begrip consument in het Europees Gemeenschapsrecht

Verschillende EG-Richtlijnen geven een definitie van het begrip consument, zij het niet altijd in identieke bewoordingen. De rechters van het Hof van Justitie (of nationale rechters) houden zich bijna altijd enkel bezig met het begrip consument, zoals dat in de in het geding zijnde richtlijn(en) is terug te vinden. Dat betekent in beginsel dat hetgeen bepaald is ten aanzien van het begrip consument in één richtlijn, niet noodzakelijkerwijs kan worden toegepast ten aanzien van een andere richtlijn. Dat is waarschijnlijk ook een van de redenen dat op dit moment (nog) geen sprake is van een uniform begrip consument in het Gemeenschapsrecht.

Artikel 2 van de Richtlijn colportage²¹ definieert het begrip consument als:

“(...) een natuurlijk persoon die ten aanzien van de onder deze richtlijn vallende transacties handelt voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd (...).”

Een vrijwel soortgelijke definitie is te vinden in artikel 1 lid 2 onder a van de Richtlijn consumentenkrediet.²²

“‘consument’: een natuurlijk persoon die ten aanzien van de onder deze richtlijn vallende transacties handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijf of beroep[.]”

21 Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, Publicatieblad EG L 372/31 van 31 december 1985.

22 Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet, Publicatieblad EG L 42/48 van 12 december 1987.

En ook artikel 2 onder b van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumenten-overeenkomsten²³ en artikel 2 lid 2 van de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten²⁴ wijken op dit punt nauwelijks af:

“consument: iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen[.]”

Hetzelfde geldt voor de gehanteerde definities in de Richtlijn elektronische handel en de Richtlijn financiële dienstverlening.²⁵ Een sterk gelijkende formulering wordt tevens gehanteerd in artikel 1 lid 2 onder a van de Richtlijn consumentenkoop:²⁶

“consument: iedere natuurlijke persoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroep of bedrijf[.]”

Een iets uitgebreidere definitie wordt gehanteerd in de Richtlijn inzake prijsindicatie:²⁷

“consument: iedere natuurlijke persoon die een product koopt voor doeleinden die niet onder zijn handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen.”

De Richtlijn timesharing²⁸ spreekt in artikel 2 van:

---

23 Richtlijn 93/13/EEG, o.c.

24 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, Publicatieblad EG L 144/19 van 4 juni 1997.

25 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, in de interne markt, Publicatieblad EG L 178/1 van 17 juli 2000 (artikel 2 onder e), respectievelijk Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, Publicatieblad EG L 271/16 van 9 oktober 2002 (artikel 2 onder e) .

26 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, Publicatieblad EG L 171/12 van 7 juli 1999.

27 Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten , Publicatieblad EG L 80/27 van 18 maart 1998 (artikel 2 onder e).

28 Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, Publicatieblad EG L 280/83 van 29 oktober 1994.

“(…) iedere natuurlijke persoon die, bij een onder deze richtlijn vallende transactie, handelt voor doeleinden welke geacht kunnen worden niet binnen het kader van zijn beroepsuitoefening te liggen, en aan wie het in de overeenkomst bedoelde recht wordt overgedragen of voor wie het in de overeenkomst bedoelde recht in het leven wordt geroepen.”

En de Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken²⁹ hanteert, ten slotte, in artikel 2 de volgende definitie van het begrip consument:

“(…) een natuurlijke persoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen[.]”

Twee gemeenschappelijke elementen vallen op bij de gehanteerde definities van het begrip consument in de verschillende richtlijnen. In de eerste plaats dat de consument op basis van de bewoordingen van de richtlijnen een natuurlijk persoon is en in de tweede plaats dat het doel waarmee de transactie wordt aangegaan gelegen moet zijn buiten de handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit, wil van een consumentenovereenkomst sprake zijn. De richtlijnen hanteren dan ook alle een negatief doelgerichte omschrijving. Afwijkend in dit verband is de reeds eerder hierboven aangehaalde Richtlijn pakketreizen. In artikel 2 lid 4 van die richtlijn wordt namelijk aangeknoopt bij de aard van de transactie (consument is degene die een bepaald type transactie afsluit) en niet bij het doel van de transactie.

Desalniettemin lijkt, ik zeg dat enigszins voorzichtig, sprake te zijn van min of meer gelijkkluidende concepten.³⁰ Ook de Europese Commissie lijkt van oordeel te zijn dat er een min of meer algemeen geaccepteerd begrip consument is in het Europese recht, daar waar zij opmerkt dat het voorstel voor een Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken “de standaarddefinitie [hanteert] die in verscheidene richtlijnen betreffende consumentenbescherming wordt gebruikt.”³¹

De vraag blijft natuurlijk wel waarom een afwijkende terminologie optreedt als sprake is van gelijkkluidende concepten. Daar zijn met name twee oorzaken voor aan te dragen. In de eerste plaats lijkt een gebrek aan consistentie in het EG-recht bij te dragen aan de verschillen: omdat de Europese richtlijnen elk een eigen terrein bestrijken en bij het maken van nieuwe richtlijnen vaak niet naar de oudere wordt gekeken, ontstaan binnen het Europese acquis veel inconsistenties

29 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG, Publikatieblad EG L 149/23 van 11 juni 2005.

30 In soortgelijke zin Girot, C., o.c., p. 76.

31 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), p. 10.

(ook ten aanzien van terminologie).³² In de tweede plaats treden mijns inziens afwijkingen op doordat (voorstellen voor) richtlijnen veelal in een “vreemde” taal worden opgesteld en nadien in het Nederlands worden vertaald. Op die manier ontstaan afwijkingen en foutjes.³³

Buiten de hierboven genoemde richtlijnen zijn er nog twee andere Europese instrumenten waarin verwijzingen zijn opgenomen naar en waaruit een definitie blijkt van het begrip consument. Ik doel op Verordening 44/2001³⁴ (voorheen het Verdrag van Brussel³⁵ (EEX-Verdrag)) en het Verdrag van Rome³⁶ (EVO-Verdrag). Artikel 5 van laatstgenoemd verdrag luidt als volgt:

“Dit artikel is van toepassing op overeenkomsten die betrekking hebben op de levering van roerende lichamelijke zaken of de verstrekking van diensten aan een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, alsmede op overeenkomsten ter financiering van een dergelijke levering of verstrekking.”

De Verordening bevat in artikel 15 en verder speciale bevoegdheidsregels voor door consumenten gesloten overeenkomsten. Deze bevoegdheidsregels gelden onder andere enkel indien de overeenkomsten gesloten zijn “door een persoon, de consument, voor gebruik dat niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd”. Zowel de Verordening als het Verdrag hanteren dus, net als bijna alle Europese richtlijnen (op de Richtlijn Pakketreizen na), een negatief doelgerichte benadering bij de afbakening van het begrip consument.

Geen van de hierboven aangehaalde Europese instrumenten besteedt aandacht aan de vraag of het begrip consument omschreven dient te worden aan de hand van een objectieve of een subjectieve benadering.³⁷ Toch zijn er voor de Richtlijnen colportage en consumentenkrediet aanwijzingen dat uitgegaan dient te worden van een objectieve benadering.³⁸ Of de objectieve benadering ook geldt voor andere richtlijnen blijft voorlopig bij gebrek aan rechtspraak op dit punt

---

32 Vergelijk Smits, J. en Hardy, R., “Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2003, p. 385.

33 Vergelijk Smits, J. en Hardy, R., “De toekomst van het Europees contractenrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2002, p. 827.

34 Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Publicatieblad EG 12/1 van 16 januari 2000.

35 Verdrag van Brussel van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (geconsolideerde versie), Publicatieblad EG 27/1 van 26 januari 1998.

36 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (ter ondertekening opgesteld te Rome op 19 juni 1980), Publicatieblad EG L 266/1 van 9 oktober 1980.

37 Vergelijk Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., o.c., p. 6.

38 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., o.c., p. 6.

onduidelijk. Herre, Hondius en Alpa hebben in ieder geval een voorkeur voor de subjectieve benadering.³⁹ Uit een in 2005 door het Hof van Justitie gewezen arrest met betrekking tot de status van gemengde overeenkomsten in het kader van artikel 13 van het Verdrag van Brussel (inmiddels artikel 15 van Verordening 44/2001), zou de conclusie kunnen worden afgeleid dat Verordening 44/2001 uitgaat van een objectieve benadering aangaande het begrip consument.⁴⁰

Dit is overigens niet het enige punt van onduidelijkheid. De vraag of een gemengde overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een consumententransactie is ook grotendeels onbeantwoord. Met betrekking tot de Richtlijnen colportage en consumentenkrediet is voorgesteld om de richtlijnen ook van toepassing te laten zijn, indien sprake is van een overeenkomst met “mixed purposes”, zolang de doeleinden voor het grootste gedeelte maar niet onder iemands handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen.⁴¹ Deze voorstellen zijn in de definitieve richtlijnen echter niet overgenomen en dit lijkt er op te duiden dat het er niet op aankomt of de doeleinden al dan niet voor het grootste gedeelte onder iemands handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen.⁴² In hoeverre een en ander ook geldt voor de andere Europese instrumenten blijft onduidelijk. Faber is, gelet op de bewoordingen van de richtlijnen, van mening dat gemengde overeenkomsten niet onder het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen.⁴³ Andere (Europese) rechtsgeleerden lijken er in het algemeen de voorkeur aan te geven om zulke overeenkomsten wel als consumentenovereenkomsten te kwalificeren.⁴⁴ Ten aanzien van het Verdrag van Rome geldt dat artikel 5 enkel inroepbaar is ingeval een gebruik voor een wezenlijk (lees: overwegend) gedeelte als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.⁴⁵ Met betrekking tot het Verdrag van Brussel (inmiddels Verordening 44/2001) overwoog het Hof van Justitie dat een persoon die een overeenkomst sluit voor een gebruik in verband met zijn beroepsactiviteit, geacht moet worden tegenover zijn wederpartij in een gelijkwaardige onderhandelingspositie te verkeren, zodat de bijzondere bescherming waarin het Verdrag voorziet voor consumenten niet gerechtvaardigd is.⁴⁶ Het Hof overwoog verder dat de omstandigheid dat de betrokken overeenkomst tevens een particulier doel dient hieraan niets afdoet. Dit leidde tot de slotsom dat, indien een persoon bij

39 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., *o.c.*, p. 7.

40 Zaak C-464/01, *Johann Gruber tegen Bay Wa AG*, [2005] Jurispr. I-439.

41 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., *o.c.*, p. 5.

42 Engelhardt, J., *Europäisches Verbrauchervertragsrecht im BGB*, Frankfurt, Lang, 2001, p. 90.

43 Faber, W., “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalen Zivil- und Kollisionsrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, p. 886.

44 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., *o.c.*, p. 5.

45 Faber, W., *o.c.*, p. 886.

46 Zaak C-464/01, *o.c.* Zie ook Loos, M., “Het begrip ‘consument’ in het Europese en Nederlands privaatrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2005, p. 771 en 772.

het sluiten van een overeenkomst zowel voor privé- als beroepsmatige doeleinden contracteert, hij zich in beginsel niet op de consumentenbeschermende bepalingen van het Verdrag kan beroepen, tenzij hij bewijst dat de beroepsmatige activiteit bij de overeenkomst in kwestie slechts een onbetekende rol speelt.

Rechtspraak omtrent de vraag of bijzondere deskundigheid van een natuurlijk persoon van invloed is op de mogelijkheid om als consument te kwalificeren ontbreekt.^{47 48} In beginsel lijkt echter te gelden dat bijzondere deskundigheid hiervoor geen beletsel vormt.⁴⁹

De zaak Shearson lijkt enige aanwijzingen te geven dat ook transacties die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene te vergroten gekwalificeerd kunnen worden als consumentenovereenkomsten in de zin van het Europees Gemeenschapsrecht.⁵⁰ De casus betrof een Duitse consument (een rechter) die Shearson (een Amerikaans makelaarsbedrijf) opgedragen had om als commissi-onair deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties uit te voeren. De rechter had daartoe aanzienlijke betalingen aan Shearson verricht, die bij die transacties nagenoeg geheel verloren gingen. De Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mBH stelde op basis van een aan haar (door de Duitse rechter) gecedeerd recht een vordering in tegen Shearson. Shearson werd op grond van artikel 13 van het Verdrag van Brussel (inmiddels artikel 15 van Verordening 44/2001) voor de Duitse rechter gedaagd. Shearson betwistte de bevoegdheid van de Duitse rechter. Een van de vragen die het Duitse Bundesgerichtshof aan het Hof van Justitie voorlegde was of een overeenkomst waarbij het oogmerk van de consument het behalen van winst is, onder het toepassingsgebied van artikel 13 van het Verdrag van Brussel valt. Shearson stelde dat dit niet geval was, aangezien de overeenkomst een speculatief karakter had, hetgeen zich niet verdroeg met de beschermingsfunctie die inherent is aan de consumentenbepalingen uit het Verdrag. Advocaat-Generaal Darmon overwoog als volgt:

47 Ik realiseer mij dat Joustra in haar bijdrage in dit verband verwijst naar een uitspraak van het Zwitserse Bundesgericht van 4 augustus 1995 (BGE 121 III, p. 336) (Joustra, C., o.c., 1996, p. 205 e.v.).

48 Wel kent het Europese Gemeenschapsrecht een definitie van de “gemiddelde consument”, waaronder wordt verstaan een “gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument” (zie bijvoorbeeld zaak C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb e.V. tegen Clinique Laboratoires SNC en Estée Lauder Cosmetics GmbH*, [1994] Jurispr. I-317 en zaak C-210/96, *Gut Springheide GmbH tegen Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, [1998] Jurispr. I-4657). Daarnaast wordt specifiek ten aanzien van het vrij verkeer van goederen en diensten gewerkt met verschillende gradaties van consumentenbescherming (zie zaak C-382/87, *Strafzaak tegen R. Buët en SARL Educational Business Services (EBS)*, [1989] Jurispr. I-1235 en zaak C-239/90, *SCP Boscher, Studer en Fromentin tegen SA British Motors Wright en andere*, [1991] Jurispr. I-2023). Zie hieromtrent tevens Mortelmans, K. en Watson, S., o.c., en Girot, C., o.c., p. 76.

49 In soortgelijke zin Joustra, C., o.c., 1996, p. 207.

50 Zaak C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. tegen TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mBH*, [1993] Jurispr. I-139.

“De bescherming van artikel 13 kan [niet] worden uitgesloten op grond dat het contract gericht is op deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties ‘die een speculatief karakter hebben en waarbij de beoogde bescherming onnodig is’. (...) [O]ok al zijn beurspeculanten niet het ‘prototype van consumenten die bescherming verdienen’, ondenkbaar [is] het toepassingsgebied van artikel 13 te beperken door uitsluitingen die daarin niet zijn voorzien. Het is mijns inziens bovendien gevaarlijk om onderscheid te maken naar gelang het door de contractspartij beoogde doel: hoe kan men stellen dat het commissiecontract voor vermogensbeheer als goed huisvader binnen het toepassingsgebied van artikel 13 valt, maar het commissiecontract met louter speculatieve doeleinden niet? Aangenomen moet dus worden, dat deze bepaling ook betrekking heeft op commissiecontracten inzake deviezen- en effectentermijntransacties.”⁵¹

De Advocaat-Generaal was dus van oordeel dat wel degelijk sprake was van een consumentenovereenkomst. Het Hof van Justitie heeft zich niet over deze kwestie uitgesproken, aangezien reeds op andere gronden geoordeeld werd dat het geschil buiten het toepassingsgebied van artikel 13 van het Verdrag viel (zie ook hieronder). In een Engelse uitspraak werden twee vermogende particulieren, die “foreign exchange transactions” hadden gesloten met als enig doel het maken van winst, eveneens aangemerkt als consument in de zin van artikel 13 van het Verdrag.⁵² In een andere, eveneens Engelse, uitspraak werd tevens aangenomen dat deze particulieren consumenten waren in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.⁵³

Het is niet geheel duidelijk of ook (kleine) ondernemers als consument in het Europees Gemeenschapsrecht kunnen kwalificeren. Een aanwijzing dat ook ondernemers een beroep kunnen doen op de bepalingen van de consument beschermende regels in de richtlijnen is te vinden in de gehanteerde terminologie. Veel richtlijnen spreken namelijk (in min of meer identieke bewoordingen) van: “iedere natuurlijke persoon die een product koopt voor doeleinden die niet onder *zijn* handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen” (curs., RRRH). Deze formulering lijkt er op neer te komen dat natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf en een bedrijfsvreemde overeenkomst sluiten, onder het toepassingsgebied van de richtlijnen kunnen vallen.⁵⁴ Daarnaast waren in een eerder ontwerp van de Richtlijn consumentenkoop ook kleine rechtspersonen expliciet onder de omschrijving van het begrip consument opgenomen,

51 Zaak C-89/91, o.c., p. 174 en 175.

52 *Standard Bank London Ltd. v. Apostolakis* (No. 1), [2003] I.L.Pr. 766.

53 *Standard Bank London Ltd. v. Apostolakis* (No. 2), [2001] Lloyd's Rep. Bank. 240.

54 Hondius, E., “De consumentenkoop in Europees perspectief/naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties”, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1996, p. 249 en Joustra, C., o.c., 1996, p. 210.

hetgeen er op leek te duiden dat ondernemers onder omstandigheden een beroep konden doen op de consument beschermende regels.⁵⁵ Onder de omschrijving van consument in de Richtlijn pakketreizen valt in ieder geval ook de ondernemer die een zakenreis boekt.⁵⁶

De overige richtlijnen en de rechtspraak daaromtrent lijken echter blijk te geven van een striktere benadering. In *Cape Snc.* besliste het Hof van Justitie dat het begrip consument zoals omschreven in artikel 2 sub b van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen en niet op rechtspersonen (de casus betrof overigens vennootschappen).⁵⁷ Een ander interessant arrest in dit verband is *Di Pinto*.⁵⁸ *Di Pinto* was bedrijfsleider van een Frans bedrijf dat een tijdschrift uitgaf waarin advertenties werden opgenomen betreffende de verkoop van handelszaken. Om advertentieopdrachten binnen te halen, stuurde *Di Pinto* zijn vertegenwoordigers naar het huis- of bedrijfsadres van handelaren (acquisitie door middel van colportage). *Di Pinto* wordt later veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf en een boete wegens overtreding van de Franse wet op de colportage (er werd onder andere niet gewezen op de wettelijke bedenktijd en betalingen in contanten werden, in weerwil van de wet, in ontvangst genomen voor afloop van de bedenktijd). In hoger beroep betoogt *Di Pinto* dat handelaren die door een acquisiteur worden benaderd met het oog op de verkoop van hun handelszaak, niet de in de Franse wet op de colportage bedoelde bescherming genieten en dat, zo dit wel het geval is, deze wet in strijd is met de Richtlijn colportage. Blijkens artikel 1 is de Franse wet op de colportage in beginsel van toepassing op:

“een ieder die een natuurlijk persoon te zijnen huize of ter plaatse waar hij verblijft houdt of werkzaam is, bezoekt of laat bezoeken met het oog op de verkoop, de verhuur of de huurkoop van goederen of voorwerpen of om diensten aan te bieden.”⁵⁹

Daarbij dient te worden opgemerkt dat de Franse Cour de Cassation reeds eerder diverse malen had geoordeeld dat ook ondernemers onder bepaalde voorwaarden een beroep konden doen op de consument beschermende regels. In hoger beroep wordt (onder andere) aan het Hof van Justitie voorgelegd of een handelaar die te zijnen huize door een acquisiteur wordt benaderd met het oog op de verkoop van zijn handelszaak, de in de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschap-

---

55 Hondius, E., o.c., 1996, p. 248 en 249.

56 Joustra, C., o.c., 1997, p. 34.

57 Gevoegde zaken C-541/99 en C-542/99, *Cape Snc tegen Idealservice Srl en Idealservice MN RE Sas tegen OMAI Srl*, [2001] Jurispr. I-9049.

58 Zaak C-361/89, *Strafzaak tegen P. Di Pinto*, [1991] Jurispr. I-1189.

59 Zaak C-361/89, o.c., p. 1209.

pen van 20 december 1985 bedoelde bescherming van de consument geniet.⁶⁰ Advocaat-Generaal Mischo overweegt dat de centrale vraag is of de handelaar die langs de weg van verkoop aan huis wordt benaderd met het oog op de verkoop van zijn handelszaak, valt onder het begrip “handelt voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd” dan wel onder het begrip “in het kader van zijn commerciële of beroepsactiviteit” (in de zin van artikel 2 van de Richtlijn colportage). De Advocaat-Generaal oordeelt dat sprake is van de eerste situatie en dat de handelaar bijgevolg bescherming geniet in de zin van de Richtlijn. Advocaat-Generaal Mischo overweegt hiertoe, dat:

“[d]e richtlijn (...) duidelijk ten doel [heeft], de gemiddelde consument te beschermen en dus ook de handelaar die zich plotseling in de positie van consument bevindt, omdat hij een handeling moet verrichten die hij normaliter slechts één keer in zijn leven zal verrichten. (...) [E]en dergelijke persoon [kan] worden overvallen omdat hij niet de tijd heeft gehad om zich voldoende grondig ‘op deze besprekingen voor te bereiden’. Hij is dikwijls evenmin ‘in staat kwaliteit en prijs van het aanbod met andere aanbiedingen te vergelijken’.”⁶¹

De Franse regering en de Europese Commissie waren een soortgelijke mening toegedaan. Het Verenigd Koninkrijk was daarentegen geen voorstander van het “verruimen” van het begrip consument. De rechters van het Hof van Justitie sloten zich bij de mening van laatstgenoemde aan. Zij overwogen daartoe dat handelingen ter voorbereiding van de verkoop van een handelszaak, zoals het sluiten van een overeenkomst tot plaatsing van een advertentie, verband houden met de beroepsactiviteit van de handelaar. Weliswaar kunnen deze handelingen ertoe leiden dat deze activiteit wordt beëindigd, aldus het Hof, maar het zijn beheersdaden die met een ander doel worden verricht dan om te voorzien in de privé-behoefte van de handelaar of zijn gezin. Ook het argument dat de handelaar in een situatie als de onderhavige onvoorbereid is en in dat opzicht te vergelijken is met een consument kan niet worden aanvaard. Immers, aangenomen moet worden dat een gewoonlijk bedachtzaam handelaar weet wat de waarde is van zijn zaak en van elk van de handelingen die nodig zijn met het oog op de verkoop ervan, aldus het Hof van Justitie, zodat hij, indien hij een verbintenis aangaat, zulks niet ondoordacht en enkel omdat hij overrompeld is, zal doen.

Sommige rechtsgeleerden zijn, gelet op de bewoordingen van de richtlijnen, van mening dat een startende ondernemer aan te merken is als consument, aangezien hij nog niet handelt in het kader van zijn beroepsactiviteit.⁶² Toch lijkt het

60 Zaak C-361/89, o.c., p. 1210.

61 Zaak C-361/89, o.c., p. 1202.

62 Zie bijvoorbeeld Faber, W., o.c., p. 889 met verwijzing.

dat ook een startende ondernemer in het EG-overeenkomstenrecht niet wordt beschouwd als consument, zo zou kunnen worden afgeleid uit de zaak *Benincasa*.⁶³ Die zaak had betrekking op het begrip consument zoals dat in het Verdrag van Brussel (inmiddels Verordening 44/2001) is neergelegd. *Dentalkit* had in de jaren tachtig in Italië een keten van franchisebedrijven opgezet. In 1992 sloten *Dentalkit* en *Benincasa* in Florence een franchiseovereenkomst voor de inrichting en exploitatie van een winkel in München. Laatstgenoemde opende zijn winkel, maar staakte korte tijd later alle activiteiten. *Benincasa* wendde zich tot de Duitse rechter met het oog op ontbinding van de franchiseovereenkomst (de overeenkomst zou volgens hem naar Duits recht ongeldig zijn). In de franchiseovereenkomst was een bevoegdheidsbeding opgenomen, waarbij de rechter te Florence bevoegd was verklaard. *Benincasa* stelde echter dat de Duitse rechter bevoegd was van het geschil kennis te nemen, aangezien hij bij de sluiting van de franchiseovereenkomst nog niet met zijn commerciële activiteiten was begonnen en derhalve als consument in de zin van de artikelen 13 eerste alinea en 14 eerste alinea van het Verdrag van Brussel moest worden beschouwd. In hoger beroep legt het Oberlandesgericht München onder andere de vraag voor aan het Hof van Justitie of een verzoeker ook dan als consument in de zin van de artikelen 13 eerste alinea en 14 eerste alinea van het Executieverdrag moet worden beschouwd, wanneer de rechtsvordering betrekking heeft op een overeenkomst die de verzoeker niet met het oog op een reeds uitgeoefende beroepsactiviteit, doch met het oog op een toekomstige beroepsactiviteit heeft gesloten.⁶⁴ Het Hof oordeelt dat in een situatie als de onderhavige niet gesproken kan worden van een persoon die handelt voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd:

“(...) enkel overeenkomsten die worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier [vallen], onder de bepalingen ter bescherming van de consument, die als een economisch zwakkere partij wordt beschouwd. De met de bepalingen beoogde bijzondere bescherming vindt geen rechtvaardiging in geval van overeenkomsten die een – zij het ook voor de toekomstige bedoelde – beroepsactiviteit tot doel hebben, aangezien het toekomstige karakter van een activiteit niets afdoet aan de bedrijfs- of beroepsmatige aard ervan.”⁶⁵

Het reeds hierboven aangehaalde arrest *Shearson* verdient hier nogmaals vermelding. In dat arrest besliste het Hof van Justitie namelijk dat wanneer een consument zijn vordering cedeert aan een (professionele) derde, deze laatste niet

---

63 Zaak C-269/95, *F. Benincasa tegen Dentalkit Srl.*, [1997] Jurispr. I-3767.

64 Zaak C-269/95, *o.c.*, p. 3793.

65 Zaak C-269/95, *o.c.*, p. 3795 en 3796.

is te beschouwen als consument in de zin van artikel 13 van het Verdrag van Brussel (het huidige artikel 15 van Verordening 44/2001). Het Hof van Justitie hanteerde hier met andere woorden eveneens een restrictieve definitie van het begrip consument.

Ten slotte verdient vermelding dat er in de rechtspraak naar mijn mening aanwijzingen zijn dat een ondernemer die een overeenkomst sluit die buiten zijn normale werkzaamheden valt, in het Europees recht (eveneens) niet (gauw) als consument wordt aangemerkt.⁶⁶ Dit lijkt te volgen uit het hierboven reeds besproken arrest Di Pinto, waaruit bleek dat artikel 2 van de Richtlijn colportage niet toestaat dat er tussen de transacties die in het kader van de beroepsactiviteiten worden gesloten, een onderscheid wordt gemaakt tussen normale bedrijfshandelingen en handelingen die een uitzonderlijk karakter dragen.⁶⁷ Daarenboven is, mijns inziens, het Hof van Justitie niet snel geneigd om aan te nemen dat een transactie geheel buiten de handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit van een ondernemer valt: de redenering van het Hof lijkt te zijn, dat strikt genomen een ondernemer kan kwalificeren als consument indien hij een product (of dienst) koopt voor doeleinden die niet onder zijn handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen (conform bewoordingen van verschillende richtlijnen), maar dat van dit laatste niet spoedig sprake zal zijn.⁶⁸

d. Het begrip consument in het Nederlandse recht

Het Nederlandse recht kent verschillende artikelen in het Burgerlijk Wetboek waarin het begrip consument wordt omschreven. Artikel 6:236 en 6:237 BW hanteren het volgende begrip:

“(...) [een] natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (...)”

De met de Wet koop roerende zaken⁶⁹ ingevoegde of gewijzigde artikelen 7:2 lid 1, 7:3 lid 1, 7:8, 7:26 lid 4 en 7:765 BW spreken eveneens van:

66 Vergelijk Rechtbank Roermond 25 februari 1988, *Nederlands Internationaal PrivaatRecht*, 1989, nr. 138 en Oberlandesgericht Koblenz 9 januari 1987, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1987, p. 308 e.v.

67 Vergelijk Mortelmans, K., “Colportage en minimum-harmonisatie. Kan het Europees consumentenrecht ook handelaren bescherming bieden?”, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1991, p. 186.

68 Zie daaraan gerelateerd zaak C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG en E. Dietzinger*, [1998] Jurispr. I-1199.

69 Wet van 5 juni 2003 tot aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk), *Staatsblad*, 2003, 238.

“(…) een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (…).”

Ook artikel 7:7 lid 2 BW wijkt op dit punt niet af. Artikel 7:5 BW dat betrekking heeft op de consumentenkoop hanteert eenzelfde omschrijving:

“(…) de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, *natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.*” (curs. RRRH)

Hetzelfde kan gezegd worden van artikel 7:408 lid 3 BW dat betrekking heeft op de overeenkomst van opdracht, waarnaar ook in artikel 7:417 lid 2 en 4 BW wordt verwezen. Ook de artikelen 7:46a, 7:48a en 7:857 BW, die respectievelijk zien op overeenkomsten op afstand, de koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken en borgtocht, hanteren een soortgelijke definitie. Vergelijkbare terminologie is eveneens waarneembaar in de Wet op het financieel toezicht:

“consument: een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent of aan wie deze voornemens is een financiële dienst te verlenen.”

Uit het voorgaande blijkt dat er twee kernpunten zijn in het Nederlandse recht ten aanzien van het begrip consument: er dient sprake te zijn van een natuurlijk persoon en van het niet uitoefenen van een beroep of bedrijf. Daarnaast blijkt dat uitdrukkelijk gekozen lijkt te zijn voor een negatieve omschrijving van het begrip consument waarbij de hoedanigheid van de contractspartij centraal staat. Uitzonderingen in dit verband zijn de Colportagewet en de Wet op het consumentenkrediet.⁷⁰ Eerstgenoemde wet spreekt in artikel 1 lid 1 sub c van een “particulier”.⁷¹ Laatstgenoemde wet definieert in artikel 2 (in samenhang met artikel 4 lid 1 sub c) een consument als een “natuurlijke persoon”.

Uit de parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek blijkt verder dat het recht uitgaat van een subjectieve opvatting aangaande het begrip consument.⁷² Dat betekent bijvoorbeeld dat de particulier die “professionele”

70 In dat verband kan eveneens gewezen worden op de geneeskundige behandelingsovereenkomst die van toepassing is op iedere patiënt (artikel 7:446 BW), de koop op afbetaling (artikel 7A:1576 BW) en de huurkoop (artikel 7A:1576h BW) (Joustra, C., o.c., 1997, p. 33).

71 Desondanks wordt met betrekking tot de Colportagewet aangenomen dat uitsluitend personen beschermd worden die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (zie Joustra, C., o.c., 1997, p. 33).

72 Reehuis, W. en Slob, E., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer, Kluwer, 1990, p. 1651.

diensten of goederen afneemt onder het begrip consument valt. Daarbij rijst wel de vraag hoe men een consument als wederpartij herkent. Volgens de parlementaire geschiedenis betreffende de algemene voorwaardenregeling wijst de praktijk echter uit dat dit slechts in weinig gevallen tot problemen aanleiding zal geven.⁷³ Tjittes en Hijma zijn desalniettemin van mening dat de subjectieve opvatting van het begrip consument in een aantal gevallen niet voldoet.⁷⁴ Hijma heeft in dat verband, met bijval van Loos⁷⁵, zelfs een (meer) objectieve benadering voor het Nederlandse recht bepleit.⁷⁶ In artikel 4 lid 1 sub b van de Wet op het consumentenkrediet wordt overigens een zekere objectivering toegepast.⁷⁷ Daarnaast wordt in die wet de problematiek opgelost door de debiteur die een ondernemer of zelfstandig beroepsbeoefenaar is, te laten kiezen: in een schriftelijke verklaring kan hij afstand doen van zijn recht op bescherming door te vermelden dat het krediet wordt verleend ten behoeve van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf (artikel 4 lid 1 sub d).⁷⁸

De status van overeenkomsten die deels ten behoeve van bedrijfsuitoefening, deels ten behoeve van privé-gebruik strekken is naar mijn mening niet geheel duidelijk. Hartkamp is, met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, ten aanzien van de algemene voorwaardenregeling van oordeel dat zulke overeenkomsten niet onder de artikelen 6:236 tot 6:238 BW vallen.⁷⁹ Meer in het algemeen zou daaruit kunnen worden afgeleid dat gemengde overeenkomsten beschouwd dienen te worden als overeenkomsten die gesloten worden in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Ik vind de parlementaire geschiedenis op dit punt echter onvoldoende duidelijk. Dit blijkt mijns inziens ook uit de volgende passage:

“Er zullen altijd, hoe dan ook, van die grensgevallen zijn, waarbij geoordeeld zal moeten worden of sprake dient te zijn van een extensieve of een beperkende uitleg, die grensgevallen zijn er inderdaad, wanneer iemand (...) zowel privé als zakelijk een opdracht geeft.”⁸⁰

73 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1655.

74 Tjittes, R., o.c., p. 198 en Hijma, J., “Consumentenkoop of gewone koop?”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1992, p. 387-388.

75 Loos, M., *Consumentenkoop* (Monografieën Nieuw BW B65b), Deventer, Kluwer, 2004, p. 21.

76 Hijma, J., o.c., p. 387-388.

77 Joustra, C., o.c., 1997, p. 30.

78 Joustra, C., o.c., 1997, p. 30.

79 Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, 12e druk bewerkt door Hartkamp, A., Deventer, Kluwer, 2004, nr. 367.

80 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1669-1670.

Het vinden van een oplossing werd daarmee uiteindelijk overgelaten aan de rechter en bij gebrek aan rechtsspraak op dit punt is hieromtrent weinig met absolute zekerheid te stellen.⁸¹ Ik zou mij echter voor kunnen stellen dat gemengde overeenkomsten in rechte aangemerkt zouden kunnen worden als consumentenovereenkomsten, zolang de doeleinden voor het grootste gedeelte maar onder het privé-gebruik vallen.⁸² Is dit niet het geval, dan kan ik mij in de zienswijze van Hartkamp vinden.

Bijzondere deskundigheid van een natuurlijk persoon is niet rechtstreeks van invloed op de mogelijkheid om als consument te kwalificeren en ook transacties die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene te vergroten kunnen worden gekwalificeerd als consumentenovereenkomsten.

Interessant is de vraag of het begrip consument ook kan slaan op andere dan natuurlijke personen. Voor de hand ligt het om deze vraag, gelet op hetgeen hiervoor aan de orde kwam, ontkennend te beantwoorden. Een van de voorwaarden om als consument te kwalificeren is immers dat sprake dient te zijn van een natuurlijk persoon. Rechtspersonen, daaronder ook begrepen kleine verenigingen en stichtingen,⁸³ zijn daarmee niet te kwalificeren als consumenten. Wel kunnen kleine rechtspersonen en kleine ondernemers meer in het algemeen, soms krachtens reflexwerking beschermd worden, als ware zij consument. Toekenning van een zekere mate van reflexwerking heeft zich in het Nederlandse recht voorgedaan ten aanzien van de algemene voorwaardenregeling (specifiek ten aanzien van de artikelen 6:236 en 6:237 BW) en de Colportagewet. Ondernemers kunnen op die manier hun situatie aan de rechter voorleggen ter toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij de rechter zich zal laten inspireren door hetgeen in de algemene voorwaardenregeling en de Colportagewet staat vermeld en daaromtrent is overwogen. In een vonnis van 13 januari 1994, waarin de vraag aan de orde kwam of een school een beroep kan doen op de artikelen 6:236 en 6:237 BW, kende de Rechtbank Arnhem reflexwerking toe. De Rechtbank overwoog daartoe onder andere dat de school niet het behalen van winst beoogde en dat het contract met de gebruiker van de algemene voorwaarden buiten het gebied van haar professionaliteit lag.⁸⁴ In een vonnis van de Rechtbank Dordrecht van 12 juni 1996 werd eveneens reflexwerking toegekend.⁸⁵ Die uitspraak had betrekking op artikel 6:237 sub f BW en een besloten vennootschap (Van Dalen-Van Loon B.V.) (en een

---

81 Mölenberg, L., *Het collectiefactierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 18.

82 In soortgelijke zin Loos, M., o.c., p. 21.

83 Brunner, C. en Hondius, E. (red.), *Verbintenissenrecht* (losbladig), Deventer, Kluwer, 1990-heden, commentaar bij artikel 6:236, aantekening 4. Vergelijk eveneens Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1677 waar overwogen wordt dat reflexwerking ten aanzien van kleine verenigingen en stichtingen zelfs voor de hand ligt.

84 Rechtbank Arnhem 13 januari 1994, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1994, p. 360 e.v.

85 Rechtbank Dordrecht 12 juni 1996, *Aansprakelijkheid en Verzekering*, 1996, p. 87 e.v.

verzekeraar die gesubrogeerd was in de rechten van de besloten vennootschap). De Rechtbank overwoog dat Van Dalen-Van Loon weliswaar een ondernemer is die zich – naar aannemelijk is: met winstoogmerk – bezighoudt met de handel in onroerend goed en als zodanig niet een wederpartij is die sterk lijkt op een consument, maar dat anderzijds het onderhavige contract de energielevering ten behoeve van een kleinverbruiker betreft en de inhoud van het contract dus wel een grote mate van overeenstemming kent met een contract zoals dat door Eneco met de consument wordt afgesloten. Een ondernemer werd in een vonnis van het Kantongerecht Harderwijk daarentegen niet gelijkgesteld met een consument.⁸⁶ De casus betrof een ondernemer (Sargis), die bedrijfsschade had opgelopen als gevolg van een stroomstoring. De kantonrechter overwoog dat de kleine omvang van het bedrijf van Sargis geen argument kan zijn om hem op één lijn te stellen met een consument. Reflexwerking ten aanzien van de Colportagewet werd in een vonnis van het Kantongerecht Apeldoorn van 1 mei 1996 toegekend ten aanzien van een zelfstandige, omdat het een kleine zelfstandige, wonend en werkend op hetzelfde adres betrof en er daarom sprake was van een situatie die zozeer gelijkenis vertoont met de gevallen waartegen de Colportagewet bescherming biedt, dat er reden was om de in die wet vervatte waarborgen ook in casus toe te passen.⁸⁷ Ook in een aantal andere vonnissen werd reflexwerking ten aanzien van de Colportagewet toegekend.⁸⁸ Hoewel deze zaken een sterk casuïstisch karakter hebben, is door Jongeneel toch een aantal vuistregels afgeleid:

- “1. Bij kleine ‘consument-achtige’ wederpartijen is de reflexwerking doorgaans sterk.
2. Bij grote wederpartijen is de reflexwerking doorgaans zwak.
3. Als de wederpartij niet sterk op een consument lijkt maar evenmin een ‘grote’ wederpartij is, is de reflexwerking afhankelijk van de inhoud van het betreffende onderdeel van de zwarte of grijze lijst en van de wederzijdse belangen.
4. Bij de in vuistregel 3 bedoelde tussengroep hebben – gezien de inhoud van het betreffende onderdeel van de zwarte en grijze lijst – geen reflexwerking: onderdelen van de zwarte of grijze lijst die een typisch consumentenbelang beschermen; onderdelen van de zwarte of grijze lijst die een willekeurige

86 Kantongerecht Harderwijk 11 maart 1998, *Nederlandse Jurisprudentie kort*, 1998, nr. 54.

87 Kantongerecht Apeldoorn 1 mei 1996, *De Praktijkids*, 1996, nr. 4540.

88 Kantongerecht Hilversum 25 januari 1995, *De Praktijkids*, 1995, nr. 4247; Kantongerecht Leiden 7 februari 1996, *De Praktijkids*, 1996, nr. 4590 en Kantongerecht Utrecht 14 april 1994, *De Praktijkids*, 1995, nr. 4405. Vergelijk eveneens Van Ruler, J., “Wijziging Colportagewet om rechts-eenheid te bereiken”, *Nederlands Juristenblad*, 1994, p. 98-100 en Cluysenaer, Y., “Bescherming tegen onbehoorlijke colportagepraktijken”, *Nederlands Juristenblad*, 1994, p. 580-582.

grens trekken. Wel reflexwerking kunnen hebben: art. 236 onder b,c,d,h,k en art 6:237 onder a t/m i.

5. Bij de in vuistregel 3 bedoelde tussengroep hebben de in vuistregel 4 genoemde bepalingen die een algemeen wederpartijbelang betreffen en geen 'willekeurige grens' trekken (...) een reflexwerking die in het bijzonder afhangt van de wederzijdse belangen: Bepalingen die het vertrouwen beschermen hebben doorgaans een sterke reflexwerking. Voor het gerechtvaardigd vertrouwen gelden echter in het handelsverkeer andere maatstaven dan in het verkeer met consumenten. Bepalingen die het causa-beginsel beschermen hebben doorgaans geen grote reflexwerking; dit geldt vooral voor bedingen die risico verplaatsen.”⁸⁹

De Nederlandse algemene voorwaardenregeling is om nog een andere reden een voorbeeld van een consumentenwet die tot op zekere hoogte mede toepasselijk is op ondernemers: de toepassing van de algemene vernietigingsgronden van de artikelen 6:233 en 6:234 BW staat namelijk niet alleen open voor consumenten, maar ook voor rechtspersonen die hun jaarrekening niet openbaar hebben gemaakt en voor rechtspersonen bij wie minder dan vijftig personen werkzaam zijn (artikel 6:235 BW).⁹⁰ Naast het voorgaande, wordt overigens regelmatig in de Nederlandse literatuur betoogd dat ook kleine ondernemers als zodanig de bescherming van consumenten zouden dienen te genieten.⁹¹

Startende ondernemers worden in het overeenkomstenrecht niet beschouwd als consument. Wel zou, naar mijn verwachting, bij de toekenning van reflexwerking aan bepalingen gewicht kunnen worden toegekend aan de omstandigheid dat een kleine ondernemer net is opgestart of zich in de opstartfase bevindt.

Ten slotte dient hier aandacht besteed te worden aan de vraag of ondernemer die een overeenkomst sluit die buiten zijn normale werkzaamheden valt, als consument wordt aangemerkt. Het verrichten van een bedrijfsvreemde activiteit als zodanig levert in ieder geval onvoldoende redenen op om een ondernemer als consument aan te merken.⁹² Ook de omstandigheid dat de wederpartij in een andere branche werkzaam is, betekent niet dat de ondernemer aangemerkt dient te worden als consument.⁹³ Indien een natuurlijk persoon een transactie aangaat die geen enkel verband houdt met zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten, zal daarentegen de ondernemer wel dienen te worden aangemerkt als consument. Daar-

89 Jongeneel, R., *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 284-288.

90 Joustra, C., o.c., 1997, p. 35 en 36.

91 Hondius, E., *Consumentenrecht*, Monografieën Nieuw BW A8, Deventer, Kluwer, 1992, p. 14. Zie bijvoorbeeld Wansink, J., “Verzekerde hoedanigheid (particulier/in beroep of bedrijf) en gelijkheid/ongelijkheid van rechten en verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst”, *Het verzekeringsarchief*, 1990, p. 345-358.

92 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 367.

93 Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij artikel 6:236, aantekening 5, met een verwijzing naar Hof Den Haag 13 maart 1986, *Bouwrecht*, p. 628.

bij dient, aldus de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de algemene voorwaardenregeling, niet te worden vergeten dat de formulering van de aanhef van de artikelen 6:236 en 6:237 BW meebrengt dat de wederpartij die de toepasbaarheid van de artikelen inroept, deze moet bewijzen.⁹⁴ Dat zal doorgaans niet op moeilijkheden stuiten, behoudens het geval dat de wederpartij wel een beroep of bedrijf uitoefent, maar de overeenkomst niet (dat wil zeggen noch geheel noch ten dele) in de uitoefening daarvan heeft gesloten.⁹⁵ Het bewijs lijkt mij in dat soort gevallen niet eenvoudig. Ik ben dan ook van mening dat de rechter niet snel geneigd zal zijn om aan te nemen dat een transactie (geheel) buiten de beroeps- of bedrijfsactiviteit van een ondernemer valt. Bijgevolg zal een ondernemer slechts in uitzonderlijke situaties kunnen kwalificeren als consument. Voor reflexwerking blijft hier onder omstandigheden uiteraard wel plaats.

e. Het begrip consument in het Duitse recht

Met de inwerkingtreding van het Gesetz über Fernabsatzverträge⁹⁶ is in § 13 van Titel 1 van Boek 1 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) een definitie opgenomen van de term consument ("Verbraucher"), waarop moet worden teruggegrepen waar deze term in de rest van het burgerlijk wetboek wordt gebruikt. De introductie van § 13 van het BGB betekende een flinke stap richting meer uniformiteit ten aanzien van het begrip consument, aangezien daarvoor door het hele burgerlijk recht heen verschillende omschrijvingen werden gehanteerd. § 13 van het BGB luidt als volgt:

"Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann."

De definitie is ontleend aan de Europese richtlijnen.⁹⁷

Twee elementen vallen op bij de gehanteerde definitie: in de eerste plaats dat sprake dient te zijn van een natuurlijk persoon en in de tweede plaats dat het doel waarmee de overeenkomst wordt aangegaan gelegen moet zijn buiten de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit, wil van een consumentenovereenkomst sprake zijn. De eis van een *zelfstandige* beroepsactiviteit, betekent dat het Duitse recht een ruimere definitie hanteert van het begrip consument in vergelijking met het

⁹⁴ Reehuis, W. en Slob, E., *o.c.*, p. 1651.

⁹⁵ Reehuis, W. en Slob, E., *o.c.*, p. 1651.

⁹⁶ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro van 27 juni 2000, *Bundesgesetzblatt*, 2000, Deel I, nr. 28 van 29 juni 2000.

⁹⁷ Smits, J., "De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en vergelijking", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2002, p. 378.

Europese recht.⁹⁸ Het Duitse recht hanteert wel, net als het merendeel van de Europese richtlijnen, een negatief doelgerichte omschrijving.

Het Duitse recht lijkt verder uit te gaan van een objectieve opvatting aangaande het begrip consument.⁹⁹ Daarbij kunnen onder omstandigheden echter afbakningsproblemen optreden, omdat niet altijd uit de aard van de prestatie die het onderwerp vormt van de overeenkomst duidelijk is of gehandeld wordt voor privégebruik of bedrijfs- of beroepsdoeleinden.¹⁰⁰ Met betrekking tot de regels inzake consumentenkoop in het BGB (§ 474 e.v. BGB) is overwogen dat een koper geen beroep toekomt op de beschermende bepalingen van het Duitse kooprecht, indien hij “einen gewerblichen Verwendungszweck der Kaufsache vortäuscht”.¹⁰¹

De status van overeenkomsten die deels ten behoeve van bedrijfs- of zelfstandige beroepsuitoefening, deels ten behoeve van privé-gebruik strekken is niet geheel duidelijk. Dat heeft deels te maken met de relatief recente invoering van § 13 in het BGB en deels met de onduidelijkheid die op dit punt in de Europese richtlijnen op het terrein van het overeenkomstenrecht bestaat. Onder het oude Duitse recht (lees: het voor de inwerkingtreding van het Gesetz über Fernabsatzverträge en de herziening van het Duitse verbintenissenrecht¹⁰² geldende recht) was de heersende mening dat een overeenkomst met “gemischte Zweckbestimmung” enkel als consumententransactie kon kwalificeren indien de doeleinden voor het grootste gedeelte niet onder de bedrijfs- of beroepsuitoefening vielen.¹⁰³ Daarbij werd aansluiting gezocht bij § 609a (oud) van het BGB, dat zag op het recht van de debiteur om een overeenkomst van geldlening op te zeggen en dat in lid 1 aanhef en onder 2 bepaalde dat een zodanig recht niet voor handen was indien “(...) das Darlehen ganz oder überwiegend für Zwecke einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit bestimmt war (...)”. Het is echter twijfelachtig of de heersende leer onder het oude recht getransponeerd kan worden naar de huidige situatie; niet in de laatste plaats, omdat het Europese recht op dit punt weinig aanknopingspunten lijkt te bieden voor het overnemen van die visie. Engelhardt is dan ook van mening dat overeenkomsten in het Duitse recht die deels ten behoeve van bedrijfs- of zelfstandige beroepsuitoefening, deels ten behoeve van privé-gebruik strekken niet aan te merken zijn als consumentenovereen-

98 Heinrichs, H., in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2003, § 13 BGB, randnr. 3.

99 Engelhardt, J., o.c., p. 87 en 88. Vergelijk eveneens Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 4.

100 Engelhardt, J., o.c., p. 88.

101 Bundesgerichtshof 22 december 2004, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1045.

102 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts van 26 november 2001, *Bundesgesetzblatt*, 2001, Deel I, nr. 61 van 29 november 2001.

103 Heinrichs, H., in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 1998, § 24a AGBG, randnr. 6; Ulmer, P., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Deel III, München, Beck, 1995, § 1 Verbraucherkreditgesetz, randnr. 27 e.v. en Faber, W., o.c., p. 886.

komsten.¹⁰⁴ Heinrichs is daarentegen van mening dat het nog steeds aankomt op de vraag welk doeleinde overheerst.¹⁰⁵ Rechtspraak dient op dit punt in de toekomst duidelijkheid te verschaffen.

Bijzondere deskundigheid of rechtskundigheid van een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden gelegen buiten de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit, leidt er niet toe dat die persoon buiten de werkingssfeer van § 13 BGB valt. Ook een deskundige of rechtskundige consument kan, met andere woorden, een beroep doen op de consument beschermende bepalingen.¹⁰⁶

Overeenkomsten die tot doel hebben om het vermogen van een natuurlijk persoon te vergroten kunnen in beginsel gekwalificeerd worden als consumentenovereenkomsten.¹⁰⁷ Onder omstandigheden is het echter denkbaar dat zulke transacties worden aangemerkt als een bedrijfsactiviteit, indien sprake is van “ein Mindestmass an sachlichen und persönlichen Mitteln, ein Mindestmass an organisierten Einheit und das Auftreten dieser Einheit am Markt (...)”.¹⁰⁸ Is sprake van een bedrijfsactiviteit, dan is er geen plaats voor het aanmerken van de transacties als consumentenovereenkomsten.

Buiten de werkingssfeer van § 13 van het BGB vallen rechtspersonen; ook indien het rechtspersonen betreft die geen bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit ontplooiën, zoals verenigingen (§ 21 BGB) of stichtingen (§ 80 BGB).¹⁰⁹ Personenvennootschappen kunnen eveneens geen beroep doen op de consument beschermende bepalingen.¹¹⁰ Sommige rechtsgeleerden hebben echter vraagtekens gezet bij het feit dat (niet-handelingsbevoegde) verenigingen zonder winstbejag niet onder de definitie van § 13 van het BGB kunnen vallen.¹¹¹ Ook een Gesellschaft bürgerlichen Rechts zou, volgens sommige auteurs onder omstandigheden een beroep mogen doen op de consument beschermende bepalingen.¹¹² Opvallend is dat onder het begrip consument zoals dat gehanteerd wordt in Artikel 29 van het

¹⁰⁴ Engelhardt, J., o.c., p. 90. Een soortgelijke conclusie was ten aanzien van het Europese recht ook waarneembaar bij Faber (Faber, W., o.c., p. 886).

¹⁰⁵ Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 4. In gelijke zin Ernst, S., “Gewährleistungsrecht – Ersatzansprüche des Verkäufers gegen den Hersteller auf Grund von Mangelfolgeschäden”, *Monatschrift für Deutsches Recht*, 2003, p. 5.

¹⁰⁶ Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 2.

¹⁰⁷ Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 3.

¹⁰⁸ Engelhardt, J., o.c., p. 81 en 82. Vergelijk ook Pfeiffer, T., “Der Verbraucher nach § 13 BGB”, in Schulze, R. en Schulte-Nölke, H. (red.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 140.

¹⁰⁹ Engelhardt, J., o.c., p. 57.

¹¹⁰ Engelhardt, J., o.c., p. 58.

¹¹¹ Pfeiffer, T., o.c., p. 138.

¹¹² Bülow, P., *Verbraucherkreditgesetz*, Heidelberg, RWS Verlag, 2001, § 1, randnr. 26; Flume, W., “Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, p. 1428; Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 2 en Engelhardt, J., o.c., p. 58-63.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in het kader van het internationaal privaatrecht, ook rechtspersonen vallen.

In het voor de inwerkingtreding van het Gesetz über Fernabsatzverträge en de herziening van het Duitse verbintenissenrecht geldende Duitse recht, bestond er consumentenwetgeving waarin (kleine) startende ondernemers gelijkgesteld werden met consumenten. Ik doel hier op het Verbrauchercreditgesetz (met name in § 1 lid 1 en § 3 lid 1). Daarnaast werd in de literatuur in het kader van het Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aangenomen dat ondernemers als consument konden kwalificeren indien zij zich in de opstartfase van bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteiten bevonden.¹¹³ Onder het huidige recht genieten (kleine) startende ondernemers nog steeds een bevoorrechte positie met betrekking tot kredietovereenkomsten, in de zin dat zij onder omstandigheden een beroep kunnen doen op specifiek voor de consument opgestelde bepalingen. § 507 van het BGB bepaalt namelijk dat de regels inzake het consumentenkrediet eveneens van toepassing zijn op “Existenzgründer”. Op grond van § 507 zijn de regels inzake het consumentenkrediet ook van toepassing op natuurlijke personen, die het krediet aanwenden voor het starten van bedrijfs- of zelfstandige beroepsmatige activiteiten, mits het krediet niet het bedrag van € 50.000 overschrijdt. § 507 van het BGB dient naar mijn mening gezien te worden als een uitzondering op de algemene definitie in § 13 van het BGB. Mede gelet op het Europese recht in dit verband, vallen startende ondernemers naar mijn mening dan ook niet onder het begrip consument in de zin van § 13.¹¹⁴ Heinrichs lijkt in dit verband echter een andere mening te zijn toegeedaan.¹¹⁵

Een ondernemer die een overeenkomst sluit die buiten de normale werkzaamheden valt, wordt in het Duitse recht niet aangemerkt als consument in de zin van § 13 van het BGB.¹¹⁶ Indien door een ondernemer gecontracteerd wordt voor doeleinden die *geheel* buiten de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit gelegen zijn, zal hij echter mogelijkerwijs wel kwalificeren als consument.¹¹⁷ Mede gelet op hetgeen hiervoor aan de orde kwam bij het Europese recht lijkt het echter niet waarschijnlijk dat spoedig sprake zal zijn van een situatie waarbij geheel buiten de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit is gecontracteerd.

113 Pfeiffer, T., “Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht”, in Schulte-Nölke, H. en Schulze, R., (red.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 35; Horn, N., in Wolf, M., Horn, N., en Lindacher, W., *AGB-Gesetz - Kommentar*, München, Beck, 1994, § 24 AGBG, randnr. 6 en Stein, F., in Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Deel III, Stuttgart, Kohlhammer, 1991, § 24 AGBG, randnr. 4. Vergelijk eveneens de uitspraken van het Oberlandesgericht Oldenburg van 27 april 1989, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1989, p. 1081 en het Oberlandesgericht Koblenz van 24 juli 1986, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 74.

114 In soortgelijke zin Engelhardt, J., o.c., p. 91.

115 Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 3.

116 Engelhardt, J., o.c., p. 94.

117 Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 2.

f. Het begrip consument in het Engelse recht

Een algemene definitie van het begrip consument ontbreekt in het Engelse recht.¹¹⁸ De reden daarvoor is dat er verschillende specifieke regelingen bestaan ter bescherming van de consument, die veelal een onderling afwijkende terminologie hanteren.

Section 12 van de Unfair Contract Terms Act 1977 hanteert de volgende definitie:

- “(1) A party to a contract ‘deals as consumer’ in relation to another party if –
(a) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so; and
(b) the other party does make the contract in the course of a business; and
(c) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire-purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption.
(2) But on a sale by auction or by competitive tender the buyer is not in any way to be regarded as dealing as consumer.
(3) Subject to this, it is for those claiming that a party does not deal as consumer to show that he does not.”

Section 20 (6) van de Consumer Protection Act 1978, dat strikt genomen niet tot het overeenkomstenrecht gerekend dient te worden,¹¹⁹ definieert het begrip consument als volgt:

- “(a) In relation to any goods, any person who might wish to be supplied with the goods for his own private use or consumption;
(b) In relation to any services or facilities, any person who might wish to be provided with the services or facilities otherwise than for the purposes of any business of his; and
(c) In relation to any accommodation, any person who might wish to occupy the accommodation otherwise than for the purposes of any business of his.”

Section 8 van de Consumer Credit Act 1974 bepaalt dat:

- “(1) A personal credit agreement is an agreement between an individual (‘the debtor’) and any other person (‘the creditor’) by which the creditor provides the debtor with credit of any amount.

---

¹¹⁸ Girot, C., *o.c.*, p. 84.

¹¹⁹ Klaarblijkelijk rekent Joustra de Consumer Protection Act 1978 wel tot het overeenkomstenrecht (Joustra, C., *o.c.*, 1996).

(2) A consumer credit agreement is a personal credit agreement by which the creditor provides the debtor with credit not exceeding £25,000.

(3) A consumer credit agreement is a regulated agreement within the meaning of this Act if it is not an agreement (an 'exempt agreement') specified in or under section 16."

Section 1 van de Timeshare Act 1992 spreekt van:

"(1) In this Act-

(a) 'timeshare accommodation' means any living accommodation, in the United Kingdom or elsewhere, used or intended to be used, wholly or partly, for leisure purposes by a class of persons (referred to below in this section as 'timeshare users') all of whom have rights to use, or participate in arrangements under which they may use, that accommodation, or accommodation within a pool of accommodation to which that accommodation belongs, for intermittent periods of short duration (...)."

Regulation 2 van de Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992, ter implementatie van de hiervoor reeds besproken Europese Richtlijn pakketreizen, bepaalt dat:

"(2) In the definition of 'contract' in paragraph (1) above, 'consumer' means the person who takes or agrees to take the package ('the principal contractor') and elsewhere in these Regulations 'consumer' means, as the context requires, the principal contractor, any person on whose behalf the principal contractor agrees to purchase the package ('the other beneficiaries') or any person to whom the principal contractor or any of the other beneficiaries transfers the package ('the transferee')."

De overige hierna te noemen Regulations, die eveneens zijn uitgevaardigd ter implementatie van specifieke Europese richtlijnen op het terrein van het overeenkomstenrecht, hanteren een min of meer uniforme definitie van het begrip consument. Dat komt omdat in het EG-overeenkomstenrecht, zoals reeds hiervoor aan de orde kwam, sprake lijkt te zijn van een min of meer algemeen geaccepteerd begrip consument en de Engelse wetgever de Europese richtlijnen over het algemeen vrijwel letterlijk overneemt. In zoverre gaat enige harmoniserende werking uit van het Europees Gemeenschapsrecht.

De Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) definieert het begrip consument in Regulation 3(1) als volgt:

“(…) any natural person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession.”

Een soortgelijke definitie is terug te vinden in Regulation 3 van de Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 (die de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten implementeert):

“‘consumer’ means any natural person who, in contracts to which these Regulations apply, is acting for purposes which are outside his business (...).”

Hetzelfde kan gezegd worden van Regulation 2 van de Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations 1987 (ter implementatie van de Richtlijn colportage):

“‘consumer’ means a person, other than a body corporate, who, in making a contract to which these Regulations apply, is acting for purposes which can be regarded as outside his business (...).”

Vrijwel gelijklopende bewoordingen zijn eveneens terug te vinden in Regulation 2 van de Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002:

“‘consumer’ means any natural person who is acting for purposes other than those of his trade, business or profession (...).”

En in de Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 (die de Richtlijn verkoop en garanties consumptiegoederen implementeert):

“‘consumer’ means any natural person who, in the contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession (...).”

De Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004, ter implementatie van de Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, hanteert, ten slotte, in Regulation 2 de volgende definitie:

“‘consumer’ means any individual who, in contracts to which these Regulations apply, is acting for purposes which are outside any business he may carry on.”

Uit het voorgaande blijkt dat het begrip consument in het Engelse recht op verschillende manieren wordt afgebakend. In de eerste plaats wordt soms gekozen voor een negatieve omschrijving van het begrip consument waarbij de hoe-

danigheid van de contractspartij centraal staat. Dit is bijvoorbeeld het geval voor Section 12 (1)(a) van de Unfair Contract Terms Act 1977. In de tweede plaats treft men ook de positief doelgerichte omschrijving aan. Voorbeelden zijn te vinden in Section 12 (1)(c) van de Unfair Contract Terms Act 1977 en Section 20 (6) van de Consumer Protection Act 1978. Ten slotte is ook de negatieve doelgerichte omschrijving waarneembaar in het Engelse overeenkomstenrecht. Dit is met name het geval voor de hiervoor genoemde Regulations ter implementatie van de verschillende Europese richtlijnen, met uitzondering van de Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992.

Bij de aard van de transactie ter omschrijving van het begrip consument wordt eveneens aangeknoopt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit Regulation 2 van de Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992.

Het Engelse recht besteedt weinig tot geen aandacht aan de vraag of uitgegaan dient te worden van een objectieve of subjectieve benadering bij de vaststelling of sprake is van een consument.¹²⁰ Daarbij dient niet vergeten te worden dat het Engelse recht, doordat het begrip consument op verschillende manieren wordt afgebakend in verschillende wetten, weinig blijk geeft van systematiek. Het is dus goed mogelijk en zelfs voor de hand liggend dat het antwoord op de vraag of uitgegaan dient te worden van een subjectieve of objectieve benadering zal verschillen binnen het Engelse recht, al naargelang welke Act of Regulations in het geding is.¹²¹ Ik zou, gelet op de bewoordingen, denken dat bij Section 12 (1) (c) van de Unfair Contract Terms Act 1977 en Section 8 van de Consumer Credit Act 1974 in ieder geval uitgegaan dient te worden van de objectieve benadering. Rechtspraak op dit punt ontbreekt echter.

Overeenkomsten die deels ten behoeve van bedrijfsuitoefening, deels ten behoeve van privé-gebruik strekken kunnen onder omstandigheden worden aangemerkt als consumententransacties. In de uitspraak van de Court of Appeal inzake R&B Customs Brokers werd namelijk in dit verband een ruime werkings-sfeer toegekend aan “deals as consumer” in de zin van Section 12 (1) van de Unfair Contract Terms Act 1977.¹²² De casus betrof een vennootschap (R&B Customs Brokers Ltd.), die een “four-wheel drive” had gekocht voor zijn directeur (Bell). Laatstgenoemde zou deze auto mede voor privé-doeleinden gaan gebruiken en deed dat ook. De aanschaf zou gefinancierd worden door middel van een “hire-purchase” of “credit sale arrangement” met United Dominions Trust Ltd. Autohandel Saunders Abbott Ltd., een derde partij, levert uiteindelijk de auto. Enige tijd na de aankoop blijkt dat de auto enkele verborgen gebreken heeft (het dak

---

120 Vergelijk Girot, C., o.c., p. 84.

121 Vergelijk Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., o.c., p. 6.

122 *R&B Customs Brokers Co. Ltd. v. United Dominions Trust Ltd. (Saunders Abbott (1980) Ltd., third party)*, [1988] 1 All E.R. 847, waarover Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 186.

lekt onder andere). Nadat enkele malen (tevergeefs) wordt gepoogd de gebreken te herstellen, besluit R&B Customs Brokers de overeenkomst met United Dominions Trust op te zeggen en schadevergoeding te eisen. United Dominions Trust probeert op zijn beurt verhaal op de autohandel te halen. R&B Customs Brokers beroept zich op Section 14 (2) en (3) van de Sale of Goods Act 1979:

“(2) Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of merchantable quality (...).

(3) Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose (...).”

United Dominions Trust beroept zich, ter afwering van de claim, op een exonerationclausule in de overeenkomst die elke “implied term” uitsluit. Een dergelijke exoneration is echter enkel mogelijk indien R&B Customs Brokers de overeenkomst gesloten heeft “in the course of a business”. Is sprake van “dealing as consumer”, dan kan de werking van Section 14 (2) en (3) van de Sale of Goods Act 1979, op grond van Sectie 6 (2)(a) van de Unfair Contract Terms Act 1977, niet worden uitgesloten.¹²³ De zaak spitst zich dan ook toe op de (rechts)vraag of R&B Customs Brokers aangemerkt kan worden als consument in de zin van Section 12 (1) van de Unfair Contract Terms Act 1977. Of concreter geformuleerd: of laatstgenoemde vennootschap “neither [made] the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so” (Section 12 (1)(a) van de Unfair Contract Terms Act 1977). De Court of Appeal oordeelt als volgt:

“In the present case there was no holding out beyond the mere facts that the contract and the finance application were made in the company’s corporate name and in the finance application the section headed ‘Business Details’ was filled in to the extent of giving the nature of the company’s business as that of shipping brokers, giving the number of years trading and the number of employees, and giving the names and addresses of the directors. What is important is whether the contract was made in the course of a business. (...) [T]here are some transactions which are clearly integral parts of the businesses concerned, and these should be held to have been carried out in the course of those businesses (...). There are other transactions, however, such as the purchase of the car in the present case, which are at the highest only incidental to the carrying on of the relevant businesses; here a degree of regularity is required before it can be said that they are an integral part of

123 Price, D., “When is a Consumer Not a Consumer?”, *Modern Law Review*, 1989, p. 246.

the business carried on and so entered in the course of that business. Applying the test thus indicated to the facts of the present case, I have no doubt that the requisite degree of regularity is not made out on the facts. Mr. Bell's evidence that the car was the second or third vehicle acquired on credit terms was in my judgment and in the context of this case not enough. Accordingly, (...) in entering into the (...) agreement with the defendants, the company was 'dealing as consumer'."

De conclusie van deze uitspraak is dat een contract met "mixed purposes" onder omstandigheden aangemerkt kan worden als een consumentenovereenkomst. De uitspraak zal overigens hieronder nog aan bod komen tijdens de bespreking of het begrip consument ook kan slaan op andere dan natuurlijke personen en op ondernemers.

Alvorens daarop in te gaan, eerst een enkel woord over bijzondere deskundigheid van natuurlijke personen en transacties die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene te vergroten. In het algemeen kan daaromtrent gezegd worden dat zij niet van invloed zijn op de mogelijkheid om als consument te kwalificeren in het Engelse recht.¹²⁴ Voorstelbaar is wel dat indien een natuurlijk persoon meerdere malen binnen een kort tijdsbestek (of met een zekere regelmaat) transacties aangaat teneinde winst te maken door aangeschafte goederen onmiddellijk te (her) verkopen, er geen sprake meer is van het zijn van een consument.¹²⁵

Gelet op de hierboven besproken uitspraak inzake R&B Customs Brokers, waarin de Court of Appeal oordeelt dat eiser aangemerkt dient te worden als consument en waarbij een vrij beperkte uitleg wordt gegeven aan "in the course of a business", lijkt de Engelse rechter niet onwelwillend te staan ten opzichte van de bescherming van kleine ondernemers.¹²⁶ R&B Customs Brokers was namelijk een besloten vennootschap naar Engels recht met slechts twee aandeelhouders, tevens bestuurders: de heer en mevrouw Bell. Toch zijn er aanwijzingen in het Engelse recht dat niet in alle gevallen bescherming aan ondernemers zal worden verleend. Een recentere uitspraak van de Court of Appeal inzake Stevenson geeft namelijk aanleiding om een ruimere toepassing te geven aan de zinsnede "in the course of a business".¹²⁷ In die zaak verkoopt Rogers (een visser) zijn boot aan Stevenson, waarna enige tijd later laatstgenoemde claimt dat de boot niet of "merchantable quality" in de zin van Section 14 (2) van de Sale of Goods Act 1979

124 Vergelijk met betrekking tot de tweede categorie *Standard Bank London Ltd. v. Apostolakis (No. 2)*, o.c., waarover uitgebreider Beale, H. et. al. (eds.), *Chitty on Contracts*, Volume 1 (General Principles), Londen, Sweet & Maxwell, 2004, p. 387.

125 Vergelijk Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., o.c., p. 5.

126 McKendrick, E., *Contract Law – Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 471. In de zaken *Haverling LBC v. Stevenson*, [1970] 1 W.L.R. 1375 en *Davies v. Sumner*, [1984] 1 W.L.R. 1301 werd eveneens uitleg gegeven aan de zinsnede "in the course of a business".

127 *Stevenson and another v. Rogers*, [1999] 1 All E.R. 613. Vergelijk Treitel, G., *The Law of Contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 1999, p. 227.

is. Centraal in hoger beroep staat de vraag of Rogers de boot heeft verkocht “in the course of a business”. Potter LJ van de Court of Appeal overweegt:

“It seems to me clear that, free of any constraints imposed by the decisions to which we have been referred, this court, making use of the tools of construction now available to it, should construe the words of s 14(2) of SOGA 1979 at their wide face value. In my view, it is not necessary to do more than to turn to the statutory change of wording in s 14(2) as between the 1893 Act and s 3 of SOG(ITA) 1973 (which s 14(2) of SOGA 1979 simply re-enacted) to see that it was the intention of SOG(ITA) 1973 to widen the protection afforded to a purchaser by s 14(2) from a situation where the seller was a dealer in the type of goods sold, to one where he simply made a sale ‘in the course of a business’; the requirement for regularity of dealing, or indeed any dealing, in the goods was removed. Given the removal of that requirement there is, on the face of it, no reason or warrant (at any rate in a civil rather than a criminal context) to re-introduce some implied qualification, difficult to define, in order to narrow what appears to be the wide scope and apparent purpose of the words, which is to distinguish between a sale made in the course of a seller’s business and a purely private sale of goods outside the confines of the business (if any) carried on by the seller.”

De Court of Appeal oordeelt bijgevolg dan ook dat de verkoop geschiedde “in the course of a business, that there are implied terms as to quality, and that consequently the appeal should be allowed.” Hoewel deze uitspraak betrekking heeft op de zinsnede “in the course of a business” van Section 14 (2) de Sale of Goods Act 1979, kan zij ook gevolgen hebben voor de uitspraak inzake R&B Customs Brokers.¹²⁸ In een uitspraak van de Court of Appeal, waarin een vergelijkbare casus als in R&B Customs Brokers centraal stond (behalve dat dit maal een Lamborghini Diablo door een naamloze vennootschap naar Engels recht werd aangeschaft ten behoeve van de managing director), werd echter wederom geoordeeld dat de in het geding zijnde rechtspersoon aangemerkt diende te worden als consument in de zin van Section 12 van de Unfair Contract Terms Act 1977.¹²⁹ Dat is opmerkelijk, aangezien een eerdere uitspraak inzake St. Albans City and District Council uitging van een restrictieve interpretatie van het begrip consument, waarbij wel vermeld dient te worden dat de zaak betrekking had op een lokale overheidsinstelling.¹³⁰ Daarnaast heeft de uitspraak inzake R&B Customs Brokers eveneens in de literatuur de nodige kritiek ontvangen.¹³¹ Gelet op hetgeen hiervoor met betrek-

128 Vergelijk Section 12 (1)(a) van de Unfair Contract Terms Act 1977 en *Girof, C.*, o.c., p. 87.

129 *Feldarol Foundry Plc. v. Hermes Leasing (London) Ltd. and another*, [2004] E.W.C.A. Civ. 747.

130 *St. Albans City and District Council v. International Computers Ltd.*, [1996] 4 All E.R. 481.

131 McKendrick, E., o.c., p. 471 en Macdonald, E., “‘In the course of a business’ – a fresh examination”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1999 (ten tijde van het schrijven van deze bijdrage beschikbaar via: <http://webjcli.ncl.ac.uk/1999/issue3/macdonald3.html>).

king tot het Europees Gemeenschapsrecht is overwogen, ligt het niet voor de hand dat de Engelse rechter zal oordelen dat ondernemers een beroep kunnen doen op Regulations ter implementatie van Europese richtlijnen. Rechtspersonen zullen er in ieder geval, gelet op de bewoordingen van de Regulations, geen beroep op kunnen doen.¹³² In de Consumer Credit Act 1974, waarvan de meeste bepalingen slechts toepasselijk zijn indien de kredietnemer een “individual” is, wordt ten slotte een dermate ruime omschrijving van het begrip “individual” gegeven dat daaronder ook bedrijven kunnen vallen.¹³³

Startende ondernemers vormen ten aanzien van de hier te behandelen thematiek geen aparte categorie in het Engelse recht.

Een ondernemer die een overeenkomst sluit die buiten zijn normale werkzaamheden valt, lijkt op grond van de uitspraak inzake R&B Customs Brokers onder de Unfair Contract Terms Act 1977, aanspraak te kunnen maken op de consument beschermende regels, indien de transactie geen “integral parts of the businesses” vormt en er bovendien geen “degree of regularity” is. Het is echter wachten op (nieuwe) rechtspraak om hieromtrent met zekerheid een uitspraak te kunnen doen.

g. Het begrip consument in het Franse recht

Er is geen definitie te vinden van het begrip consument in de Franse wetgeving.¹³⁴ Weliswaar bevatten sommige bepalingen in de Code de la consommation aanwijzingen ten aanzien van het toepassingsbereik van de regelingen,¹³⁵ waarop hieronder terug zal worden gekomen, maar een algemene definitie ontbreekt. Het is dan ook in de rechtspraak en de doctrine dat een definitie van het begrip consument gezocht dient te worden. Daarbij verdient vermelding dat noch in de rechtspraak noch in de doctrine sprake lijkt te zijn van een *algemeen aanvaarde* definitie, hetgeen de helderheid van het Franse recht op dit punt niet ten goede komt.¹³⁶ Tegen die achtergrond is het misschien verklaarbaar dat opvallend veel prejudiciële vragen voor het Hof van Justitie ten aanzien van de reikwijdte van het begrip consument afkomstig zijn van de Franse rechter.¹³⁷

---

¹³² Vergelijk McKendrick, E., o.c., p. 471 met betrekking tot de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999. Vergelijk eveneens gevoegde zaken C-541/99 en C-542/99, o.c.

¹³³ Joustra, C., o.c., 1997, p. 31 met een verwijzing naar Oughton, D., *Consumer Law*, Londen, Blackstone Press Ltd., 1991, p. 2.

¹³⁴ Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, Parijs, Dalloz, 2000, p. 6 en Joustra, C., o.c., 1997, p. 27. In de Europese richtlijnen, in het Verdrag van Rome en in Verordening 44/2001 zijn, zoals reeds hiervoor aan de orde is gekomen, wel definities van het begrip consument opgenomen.

¹³⁵ Zie in dat verband bijvoorbeeld Artikel L. 311-3, Artikel L. 312-3, Artikel L. 121-21, Artikel L. 121-22 en Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation.

¹³⁶ Vergelijk Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 6.

¹³⁷ Girot, C., o.c., p. 78.

Het is onmogelijk om alle in de literatuur voorgestelde definities of omschrijvingen van het begrip consument te behandelen. In plaats daarvan zal ik bij wijze van voorbeeld kort aandacht besteden aan drie omschrijvingen. Cornu stelde de volgende definitie van het begrip consument voor:

“Tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel.”¹³⁸

Een vergelijkbare omschrijving is afkomstig van Ghestin:

“La personne qui, pour des besoins personnels, non-professionnels, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services.”¹³⁹

De commissie Calais-Auloy ten slotte, die zich bezighield met het opstellen van een code de la consommation (dat overigens nooit de status van wet heeft gekregen), stelde in 1990 de volgende definitie van het begrip consument voor:

“Le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel.”¹⁴⁰

Alle drie de genoemde definities nemen het doel van de rechtshandeling als uitgangspunt. Opvallend is verder dat zij, onder omstandigheden, ook rechtspersonen lijken aan te merken als consument.

In het Franse recht worden overeenkomsten “pour un usage mixte” door de meeste auteurs in beginsel als consumententransacties aangemerkt, tenzij het zakelijk gebruik het privé-gebruik overstijgt.¹⁴¹ Uit de rechtspraak blijkt echter dat overeenkomsten met gemengde doeleinden niet vaak worden aangemerkt als consumententransacties.¹⁴² Enige tijd geleden heeft het Cour de Cassation bijvoorbeeld in een arrest bepaald dat de regels inzake het consumentenkrediet niet van toepassing zijn op een vervoermiddel dat voor gemengde doeleinden werd aangeschaft.¹⁴³

¹³⁸ Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1987.

¹³⁹ Ghestin, J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1993, nr. 77.

¹⁴⁰ La Commission de refonte du droit de la consommation, *Propositions pour un code de la consommation*, Parijs, 1990, Artikel 3.

¹⁴¹ Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 9 en Girot, C., *o.c.*, p. 78. Anders Paissant, G., “Essai sur la notion de consommateur en droit positif”, *Juriclasseur périodique*, 1993, I, 3655.

¹⁴² Cour d'Appel Grenoble 13 juni 1991, *Juriclasseur périodique*, 1992, II, 21819; Cour d'Appel Paris 9 november 1994, *Contrats, concurrence, consommation*, 1994, nr. 10. Vergelijk Pfeiffer, T., *o.c.*, 1999, p. 37.

¹⁴³ Cour de Cassation (1re chambre civile) 4 mei 1999, *Recueil Dalloz*, 1999, Informations rapides, p. 170. Die uitspraak lijkt echter mede te zijn ingegeven door de omstandigheid dat in een begeleidend contract vermeld stond dat het voertuig voor zakelijke doeleinden zou worden gebruikt (Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 10).

De omstandigheid dat een individu bijzondere kennis van zaken heeft, hetzij doordat hij zelf bijzonder deskundig is of doordat hij de hulp van deskundigen heeft ingeschakeld, heeft geen directe invloed op de mogelijkheid om als consument te kunnen worden aangemerkt.

De vraag of overeenkomsten, die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene te vergroten, kunnen worden aangemerkt als consumententransacties, heeft zich in de Franse literatuur met name toegespitst op situaties van sparen. Calais-Auloy en Steinmetz erkennen wel raakpunten tussen consumeren en sparen (er is in beide gevallen sprake van een niet bedrijfs- of beroepsbeoefenaar die in contact treedt met juist wel een bedrijfs- of beroepsbeoefenaar), maar vinden het desalniettemin niet wenselijk om spaarders een rechtstreeks beroep te laten doen op het consumentenrecht.¹⁴⁴ Cas en Ferrier zijn daarentegen een andere mening toegedaan:

“L'épargne et la consommation sont distinctes et même opposées sur le plan des fonctions économiques qu'elles représentent, l'épargne et la consommation se rejoignent lorsqu'il s'agit de protéger les particuliers contre les méthodes agressives des professionnels. En effet, des méthodes de marketing souvent très voisines sont employées aujourd'hui pour placer les 'produits financiers' et les autres produits. Ceci explique notamment que le délit dit 'd'abus de faiblesse' protège aussi bien le consommateur que l'épargnants. Consommateur et épargnant constituent en réalité une seule et même personne, un 'particulier' qui réclame protection.”¹⁴⁵

Veel aandacht in het Franse recht krijgt de vraag of ondernemers een beroep kunnen doen op de consument beschermende bepalingen. Dat kan mede verklaard worden doordat, zoals reeds hiervoor aan de orde kwam, een algemene definitie van het begrip consument ontbreekt en doordat enkele artikelen van de Code de la consommation in onduidelijke en dubbelzinnige bewoordingen zijn opgesteld. Dit laatste is met name het geval voor de regels inzake colportage (Artikel L. 121-21 e.v. van de Code de la consommation) en algemene voorwaarden (Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation).¹⁴⁶ Artikel L. 121-22 aanhef en onder 4 van de Code de la consommation bepaalt dat:

“(…) Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-28: (...)
4° Les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une

¹⁴⁴ Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 13 e.v.

¹⁴⁵ Cas, G. en Ferrier, D., *Traité de droit de la consommation*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1986, p. 12.

¹⁴⁶ Girod, C., o.c., p. 78.

exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession.” (curs., RRRH)

De eerste zin van Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation luidt als volgt:

“Dans les contrats conclus entre professionnels et *non-professionnels ou consommateurs*, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du *non-professionnel ou du consommateur*, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.” (curs., RRRH)

Het gebruik van de termen “un rapport direct” en “non-professionnel(s)” heeft blijkens de literatuur er toe bijgedragen dat de Franse rechter ook ondernemers een beroep heeft laten doen op het consumentenrecht.¹⁴⁷ Dat is opmerkelijk aangezien bijvoorbeeld op grond van de wetsgeschiedenis van de Loi relative à la protection du consommateur van 10 januari 1978 (inmiddels Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation) wordt aangenomen dat het juist de bedoeling van de wetgever was om professioneel handelende personen buiten het toepassingsgebied van de wet te laten.¹⁴⁸ De Franse rechter heeft overigens grote problemen ondervonden bij zijn poging om ook professioneel handelende marktdeelnemers binnen de werkingssfeer van het consumentenrecht te krijgen. De problemen treden met name op bij de afbakening welke professionele marktdeelnemers wel en welke niet een beroep kunnen doen op de consument beschermende bepalingen.

In eerste instantie werd ter afbakening het criterium “agissent en dehors de leur compétence professionnelle” (handelend buiten de professionele vaardigheid) gehanteerd. Het idee is met andere woorden dat indien een ondernemer buiten zijn professionele vaardigheden handelt, hij dezelfde bescherming verdient als een consument. Het Cour de Cassation heeft op basis van dit criterium in een aantal gevallen ondernemers een beroep laten doen op het consumentenrecht.¹⁴⁹ Enkele arresten ter illustratie. In een arrest van 28 april 1987 ging het om een

¹⁴⁷ Girot, C., o.c., p. 79.

¹⁴⁸ Joustra, C., o.c., 1997, p. 37 met verwijzing.

¹⁴⁹ Cour de Cassation (1re chambre civile) 15 april 1982, *Recueil Dalloz*, 1984, Jurisprudence, p. 439; Cour de Cassation (1re chambre civile) 28 april 1987, *Recueil Dalloz*, 1988, Jurisprudence, p. 1; Cour de Cassation (1re chambre civile) 3 mei 1988, *Recueil Dalloz*, 1988, Sommaires commentés, p. 407 en Cour de Cassation (1re chambre civile) 25 mei 1992, *Recueil Dalloz*, 1992, Sommaires commentés, p. 401. In een aantal andere, doch vergelijkbare arresten besliste het Cour de Cassation echter, op basis van hetzelfde criterium, dat een beroep op regels ter bescherming van de consument niet gehonoreerd diende te worden: Cour de Cassation (1re chambre civile) 15 april 1986, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1987, p. 86; Cour de Cassation (1re chambre civile) 23 juni 1987, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, chambres civiles, I, nr. 209; Cour de Cassation (chambre commerciale) 10 mei 1989, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, chambres civiles, IV, nr. 148; Cour de Cassation (chambre criminelle) 27 juni 1989, *Recueil Dalloz*, 1989, Informations rapides, p. 252 en Cour de Cassation (1re chambre civile) 21 februari 1995, *Contrats, concurrence, consommation*, 1995, nr. 84.

overeenkomst tussen twee vennootschappen, de S.A. Pigranel (bemiddelaar in onroerend goed) en de S.A. Abonnement Téléphonique, waarin was bepaald dat laatstgenoemde een beveiligingssysteem zou aanbrengen ten behoeve van eerstgenoemde.¹⁵⁰ Omdat het beveiligingssysteem niet goed functioneerde (het systeem ging te pas en te onpas af), wilde de Société Pigranel de overeenkomst enige tijd later ontbinden. De Société Pigranel beriep zich daarbij op de Franse Loi 78/23 relative à la protection du consommateur van 10 januari 1978 (inmiddels Artikel L. 132-1 en 133-1 van de Code de la consommation). Het Cour de Cassation stond dit beroep toe, aangezien Pigranel een leek was op het terrein van de beveiligingssystemen en daarmee handelde buiten de professionele vaardigheid. Ook in een arrest van 25 mei 1992 vormde een beveiligingssysteem de aanleiding voor het geschil.¹⁵¹ In die zaak werd mevrouw Petit (uitbaatster van een kledingwinkel) bezocht door een colporteur van de Société Moderne d'Electronique. Geteisterd door een diefstal enkele dagen eerder, schaft mevrouw Petit een, door middel van een met een derde gesloten kredietovereenkomst gefinancierd, beveiligingssysteem van de colporteur aan. Enige dagen later wil mevrouw Petit de koop van het beveiligingssysteem echter ontbinden, aangezien haar financiële positie de koop niet toestaat. Daartoe doet zij een beroep op de Franse wetten inzake colportage en consumentenkrediet (inmiddels Artikelen L. 121-21 e.v. respectievelijk L. 311-1 e.v. van de Code de la consommation), die uitdrukkelijk tot consumenten beperkt zijn. Het Cour de Cassation staat het beroep desalniettemin toe, aangezien "le contrat principal litigieux concernait l'installation d'un système d'alarme échappant à la compétence professionnelle de Mme Petit qui se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur".

Sinds 1995 hanteert het Cour de Cassation een ander, op Artikel L. 121-22 aanhef en onder 4 van de Code de la consommation gebaseerd, criterium om te bepalen of een professionele marktdeelnemer een beroep kan doen op regels ter bescherming van de consument.¹⁵² Dit criterium staat een ondernemer een beroep op het Franse consumentenrecht toe, indien *geen* "rapport direct" (direct verband) bestaat tussen de geleverde goederen of diensten en de professionele activiteiten van de ondernemer.¹⁵³ Illustratief in dat verband is een arrest van het Cour de Cassation van 1 december 1998, waarin beslist werd dat een arts, die een (standaard) boekhoudkundig computerprogramma voor zakelijk gebruik aanschaft, te beschouwen is als consument, aangezien er geen direct verband bestaat tussen de aanschaf en de professionele activiteit (mede gelet op het feit dat de arts te beschouwen was als een leek op het gebied van boekhouding).¹⁵⁴ In het

¹⁵⁰ Cour de Cassation (1re chambre civile) 28 april 1987, o.c.

¹⁵¹ Cour de Cassation (1re chambre civile) 25 mei 1992, o.c.

¹⁵² Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 11.

¹⁵³ Joustra, C., o.c., 1997, p. 37.

¹⁵⁴ Cour de Cassation (1re chambre civile) 1 december 1998, *Recueil Dalloz, droit des affaires*, 2000, p. 39.

merendeel van de uitspraken op basis van het tweede criterium heeft het Cour de Cassation overigens wel beslist dat sprake is van een direct verband.¹⁵⁵ Het Cour de Cassation lijkt daarmee misschien tegenwoordig de voorkeur te geven aan een striktere benadering van het begrip consument.¹⁵⁶ Illustratief in dat verband is het arrest van het Cour de Cassation van 24 januari 1995.¹⁵⁷ In die zaak eiste de Société Heliogravure Jean Didier (een bedrijf gespecialiseerd in etsen en gravures) van de Electricité de France vergoeding van schade die ontstaan was als gevolg van stroomuitval. De schadevergoeding werd door het Cour d'Appel vastgesteld op het contractueel vastgestelde maximumbedrag, maar de Société eiste meer en beriep zich daartoe op de ontoelaatbaarheid van de (exoneratie)clausule op grond van de Loi 78/23 relative à la protection du consommateur van 10 januari 1978 (inmiddels Artikel L. 132-1 en 133-1 van de Code de la consommation). Voor een succesvol beroep was echter vereist dat de clausule onderdeel uitmaakte van een consumentenovereenkomst. De eiser betoogde dit door te stellen dat de overeenkomst buiten de normale werkzaamheden viel. Het Cour de Cassation was echter een ander oordeel toegedaan, aangezien sprake was van een direct verband tussen de overeenkomst en de professionele activiteiten. Het Cour de Cassation lijkt er overigens tegenwoordig meer in het algemeen de voorkeur aan te geven om enkel natuurlijke personen aan te merken als consument.¹⁵⁸

Met betrekking tot hetgeen hierboven aan de orde is gekomen verdient vermelding dat het tot op de dag van vandaag niet duidelijk is wat de samenhang is tussen beide criteria en of ook andere criteria een rol kunnen spelen bij de afbakening van de marktdeelnemers die wel en de marktdeelnemers die niet een beroep kunnen doen op de regels ter bescherming van de consument.¹⁵⁹ Het Cour de Cassation heeft hieromtrent in haar uitspraken, misschien mede door het hoog casuïstische gehalte van de zaken, nooit duidelijkheid verschaft. Ook ten aanzien van de twee hierboven aan de orde gekomen criteria blijven de nodige onduidelijkheden bestaan: de criteria zijn erg vaag en de toepassing ervan zal afhangen van de omstandigheden van het geval.¹⁶⁰ Daar komt nog bij dat geen sprake is van een uniforme rechterlijke controle op het zojuist besproken terrein. Het Cour de Cassation is namelijk in verschillende kamers opgedeeld en die kamers lijken er afwijkende meningen op na te houden aangaande het begrip consument: de eerste civiele kamer hanteert (hanteerde?) namelijk een ruimere

155 Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 11. Vergelijk Cour de Cassation (1re chambre civile) 24 januari 1995, *Recueil Dalloz*, 1995, Jurisprudence, p. 327; Cour de Cassation (1re chambre civile) 3 januari en 30 januari 1996, *Recueil Dalloz*, 1996, Jurisprudence, p. 228; Cour de Cassation (1re chambre civile) 17 juli 1996, *Juriclasseur périodique*, 1996, II, 22747.

156 Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 11.

157 Cour de Cassation (1re chambre civile) 24 januari 1995, o.c.

158 Cour de Cassation (1re chambre civile) 15 december 1998, *Juris-data*, nr. 004914 en Cour de Cassation (1re chambre civile) 23 maart 1999, *Juris-data*, nr. 001242.

159 Vergelijk Girot, C., o.c., p. 81.

160 Girot, C., o.c., p. 81.

definitie van het begrip consument,¹⁶¹ dan de commerciële¹⁶² en strafrechtelijke kamer.¹⁶³ Ook de Commission des clauses abusives lijkt uit te gaan van een strikte definitie.¹⁶⁴ Van een algemeen aanvaarde definitie van het begrip consument is in het Franse recht dan ook nog geen sprake.¹⁶⁵

Ten slotte zij opgemerkt dat het lijkt of startende ondernemers, hoewel de Franse rechter over het algemeen niet onwelwillend staat tegenover het binnen de werkingssfeer van het consumentenrecht brengen van ondernemers, in het Franse recht niet worden aangemerkt als consument.¹⁶⁶

2. Het begrip ondernemer

a. Inleiding

Een heldere afbakening van het begrip ondernemer is om twee redenen belangrijk. In de eerste plaats omdat het al dan niet kwalificeren als ondernemer, in de betekenis van handelend in uitoefening van bedrijf of (zelfstandig) beroep, van belang is voor de toepasselijkheid van het consumentenrecht. Het is immers voor de inroepbaarheid van het consumentenrecht in het algemeen niet voldoende dat een consument bij de rechtsverhouding betrokken is; de meeste wetgeving ter bescherming van de consument vereist *daarnaast* dat de wederpartij van de consument handelt in uitoefening van bedrijf of (zelfstandig) beroep.¹⁶⁷

In de tweede plaats omdat sommige rechtsstelsels een apart wetboek van koophandel kennen dat ondernemers, in de betekenis van kooplieden en zij die daden van koophandel verrichten, onder een apart (gedeeltelijk van het burgerlijk recht afwijkend) regime laten vallen. Dit is het geval voor het Duitse en Franse recht in de vorm van respectievelijk het Handelsgesetzbuch (HGB) en de Code de commerce. Het Nederlandse recht kent sinds 1838¹⁶⁸ eveneens twee privaatrechtelijke codificaties: het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel. In de

161 Zie de hiervoor aan de orde gekomen arresten.

162 Vergelijk Cour de Cassation (chambre commerciale) 10 mei 1994, *Recueil Dalloz*, 1995, *Sommaires commentés*, p. 89.

163 Vergelijk Cour de Cassation (chambre criminelle) 27 juni 1989, *o.c.*.

164 Avis van 14 september 1993, *Contrats, concurrence, consommation*, 1994, p. 92.

165 In soortgelijke zin Girod, C., *o.c.*, p. 81.

166 Pfeiffer, T., *o.c.*, 1999, p. 35 met verwijzing.

167 Zie bijvoorbeeld in het Europees Gemeenschapsrecht: artikelen 1 en 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten; in het Nederlandse recht: artikel 7:5 lid 1 BW; in het Duitse recht: § 474 BGB; in het Engelse recht: Section 12 Unfair Contract Terms Act 1977; en in het Franse recht: Artikel L 132-1 Code de la consommation. Slechts enkele wettelijke regelingen stellen geen expliciete vereisten aan de wederpartij van de consument. Joustra noemt in dat verband voor het Nederlandse recht de artikelen 7:857 en 7:408 lid 2 BW en voor het Duitse recht § 651a e.v. BGB (Joustra, C., *o.c.*, 1997, p. 39).

168 Ik realiseer mij dat strikt genomen reeds vanaf 1811, met de invoering van de Franse Code de commerce en de Code civil, gesproken kan worden van twee privaatrechtelijke codificaties; zie uitgebreid hierover Klomp, R., *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, m.n. hoofdstuk 1.

negentiende eeuw werd in Nederland echter reeds de vraag ter discussie gesteld of er wel behoefte was aan een (wetboek van) handelsrecht dat afweek van het burgerlijk recht. De discussie over de wenselijkheid van een van het burgerlijk recht afgezonderd handelsrecht beleefde een hoogtepunt op een vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging van 1883.¹⁶⁹ Op die vergadering stemde een meerderheid van de aanwezigen tegen een aparte codificatie van het handelsrecht.¹⁷⁰ Sindsdien zijn de verschillen tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht geleidelijk verdwenen en met het de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is de scheiding tussen burgerlijk recht en handelsrecht volledig opgeheven.¹⁷¹ De definities van kooplieden en daden van koophandel zoals die in het Wetboek van Koophandel van 1838 werden gehanteerd,¹⁷² zijn inmiddels vervallen en hebben geen praktische relevantie meer voor het huidige recht. Het Engelse recht, ten slotte, kent sinds de achttiende eeuw – de eeuw waarin het handelsrecht in de common law werd geïntegreerd – geen afzonderlijk handelsrecht meer.¹⁷³

b. Nadere criteria ter afbakening van het begrip ondernemer

Het begrip ondernemer kan op verschillende manieren worden afgebakend. Indien ik mij beperk tot het begrip ondernemer zoals dat in het consumentenrecht wordt gehanteerd, dan kan gekozen worden tussen een positieve en negatieve omschrijving. Een positieve omschrijving houdt in dat het recht bepaalt wie als ondernemer moet worden beschouwd; bij een negatieve omschrijving wordt juist bepaald wie geen ondernemer is. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen een doelgerichte omschrijving en een waarbij de hoedanigheid van de ondernemer centraal staat. In de tweede plaats kan het begrip ondernemer omschreven worden aan de hand van een objectieve of subjectieve benadering.

Niet als bij de afbakening van het begrip consument, kunnen bij deze benaderingen allerlei vragen en problemen optreden. Zo kan men zich afvragen of gesproken wordt van een ondernemer indien betrokkene deels ten behoeve van privé-doeleinden een overeenkomst sluit (gemengde overeenkomsten of overeenkomsten met “mixed purposes”). Hetzelfde geldt indien een ondernemer een overeenkomst sluit die (geheel) buiten zijn beroeps- of bedrijfsactiviteit valt. En ten slotte, is het niet onomstreden of kleine of startende ondernemers worden aangemerkt als ondernemer. Deze problematiek is, mede omdat het begrip ondernemer (veelal) gezien kan worden als spiegelbeeld van het begrip consument, reeds grotendeels in het gedeelte met betrekking tot het begrip consument aan de orde gekomen. In het onderstaande zal aan deze onderwerpen dan ook enkel

¹⁶⁹ Klomp, R., o.c., p. 89.

¹⁷⁰ Klomp, R., o.c., p. 107.

¹⁷¹ Smits, J., o.c., 1998, p. 22 en 23.

¹⁷² Tjittes, R., o.c., 1994, p. 21.

¹⁷³ Tjittes, R., o.c., 1994, p. 22.

aandacht worden besteed voor zover dat op specifieke punten nog niet eerder is gedaan.

Het domein van het handelsrecht wordt traditioneel afgegrensd door middel van een objectief criterium (door aan te knopen bij het begrip daden van koop-handel), een subjectief criterium (door als uitgangspunt het begrip koopman te hanteren), of combinaties van beide (tussenvormen). Indien wordt uitgegaan van een objectief criterium in het handelsrecht is de ondernemer kort gezegd een persoon die daden van koophandel verricht; wordt uitgegaan van een subjectief criterium dan zijn de bijzondere kenmerken van de ondernemer rechtstreeks van belang voor de toepassing van het handelsrecht. Onderstaand zal bekeken worden wat verstaan dient te worden onder het begrip ondernemer in het Duitse en Franse handelsrecht. Daarbij verdient vermelding dat de bespreking daarvan ingekleurd wordt door de keuze van de rechtsstelsels voor een objectief en/of subjectief criterium. Dit heeft mede tot gevolg dat de criteria ter afbakening van het begrip consument en het begrip ondernemer in het consumentenrecht niet rechtstreeks of niet volledig zijn toe te passen op het begrip ondernemer in het handelsrecht. Om die reden zal het hiervoor gebruikte stramien enigszins worden losgelaten bij de bespreking van het begrip ondernemer in het Duitse en het Franse handelsrecht. Dat betekent dat bepaalde vraagstukken die eerder wel aan bod kwamen bij de bespreking van het begrip consument en die aan bod zullen komen bij de bespreking van het begrip ondernemer in het consumentenrecht, geen (expliciete) aandacht krijgen bij de bespreking van het begrip ondernemer in het Duitse en Franse handelsrecht, terwijl nog niet eerder geziene vraagstukken juist wel aan bod zullen komen.

c. Het begrip ondernemer in het Europees Gemeenschapsrecht

Verschillende richtlijnen geven een definitie van het begrip ondernemer. Artikel 2 van de Richtlijn colportage hanteert de volgende definitie:

“handelaar’, een natuurlijk of rechtspersoon die de betrokken transactie sluit in het kader van zijn commerciële of beroepsactiviteit alsmede een persoon die namens of voor rekening van een handelaar optreedt.”

Artikel 2 lid 3 van de Richtlijn overeenkomsten op afstand hanteert een vergelijkbare definitie:

“leverancier: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit[.]”

Hetzelfde geldt voor artikel 2 onder c van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten:¹⁷⁴

“verkoper: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.”

Alsmede voor artikel 1 lid 2 sub c van de Richtlijn verkoop en garanties consumptiegoederen:

“verkoper: iedere natuurlijke of rechtspersoon die uit hoofde van een overeenkomst in het kader van zijn bedrijf of beroep consumptiegoederen verkoopt[.]”

De Richtlijn timeshare wijkt in artikel 2 op dit punt evenmin af:

“‘vervreemder’: iedere natuurlijke of rechtspersoon die, bij een onder deze richtlijn vallende transactie en in het kader van zijn beroepsuitoefening, het in de overeenkomst bedoelde recht doet ontstaan of overdraagt dan wel zich ertoe verbindt dit over te dragen[.]”

En ook artikel 2 onder c van de Richtlijn financiële dienstverlening hanteert soortgelijke terminologie:

“aanbieder: iedere natuurlijke persoon of privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijke rechtspersoon die in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit optreedt als de contractuele verrichter van diensten op grond van overeenkomsten op afstand[.]”

Evenals artikel 2 sub d van de Richtlijn prijsindicatie:

“verkoper: iedere natuurlijke of rechtspersoon die producten verkoopt of te koop aanbiedt in het kader van zijn handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit[.]”

---

¹⁷⁴ Daarbij zij opgemerkt dat de Engelse versie van de richtlijn op dit punt afwijkt: “‘seller or supplier’ means any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned.” De Duitse en Franse versie van de richtlijn zijn in overeenstemming met de Nederlandse: “Gewerbetreibender: eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist (...)” respectievelijk “« professionnel »: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.”

En artikel 1 sub b van de Richtlijn consumentenkrediet:

“kredietgever: een natuurlijk persoon of rechtspersoon of een groep van dergelijke personen, die in het kader van de uitoefening van een bedrijf of beroep krediet verleent[.]”

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, ten slotte, hanteert de volgende definitie:

“handelaar: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt.”

Twee gemeenschappelijk elementen zijn te distilleren uit de gehanteerde definities in de verschillende richtlijnen. In de eerste plaats dat de ondernemer op basis van de bewoordingen van de richtlijnen een natuurlijk persoon of een rechtspersoon is en in de tweede plaats dat de transactie moet worden aangegaan in het kader van de uitoefening van een bedrijf of beroep.¹⁷⁵ De richtlijnen hanteren dan ook alle een positief geformuleerde omschrijving waarbij wordt aangeknoopt bij de hoedanigheid van de contractspartij.¹⁷⁶

Net zoals wij zagen bij de bespreking van het begrip consument, besteedt geen van de aangehaalde richtlijnen aandacht aan de vraag of het begrip ondernemer omschreven dient te worden aan de hand van een objectieve of subjectieve benadering. Herre, Hondius en Alpa zijn gelet op de bewoordingen van de richtlijnen van mening dat uitgegaan dient te worden van een objectieve benadering.¹⁷⁷ Dat lijkt mij vanuit een oogpunt van consumentenbescherming ook de meest voor de hand liggende keuze; zou gekozen worden voor een subjectieve benadering dan bestaat de mogelijkheid dat het recht ter bescherming van de consument onder omstandigheden uitgehold wordt.

---

175 Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, Publicatieblad EG L 200/35 van 8 augustus 2000 hanteert in dit verband een iets afwijkende terminologie ten aanzien van het begrip *onderneming* - dit zou (mede) verklaard kunnen worden doordat de richtlijn, in tegenstelling tot de meeste richtlijnen op het terrein van het overeenkomstenrecht, afkomstig is van het Directoraat-Generaal Interne Markt. Een en ander heeft echter geen gevolgen voor de geformuleerde bevindingen.

176 De Engelse versie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten hanteert een positief doelgerichte omschrijving. Dat lijkt, gelet op de Duitse en Franse versie van de richtlijn, echter niet meer dan een (vertaal)fout te zijn (zie ook voetnoot 175 hiervoor).

177 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., o.c., p. 9.

d. Het begrip ondernemer in het Nederlandse recht

Op verschillende plaatsen wordt in het Burgerlijk Wetboek melding gemaakt van en worden conclusies verbonden aan het uitoefenen van een beroep of bedrijf.¹⁷⁸ In enkele artikelen wordt verder een (indirecte) omschrijving gegeven van het begrip ondernemer. Artikel 6:119a lid 1 BW geeft een definitie van het begrip handelsovereenkomst:

“(…) Onder handelsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst om baat die een of meer van de partijen verplicht iets te geven of te doen en die tot stand is gekomen tussen *een of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of rechtspersonen.*” (curs., RRRH)

Artikel 7:5 BW dat ziet op de consumentenkoop bepaalt dat:

“In deze titel wordt verstaan onder “consumentenkoop”: de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.”

Artikel 7:46a BW bepaalt onder andere dat sprake dient te zijn van een dienstverlener die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf wil sprake zijn van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten. Artikel 7:48a onder b BW bevat met betrekking tot de koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken een definitie van het begrip verkoper:

“(…) een verkoper als bedoeld onder [artikel 7:48a onder a BW], die bij de koop handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.”

Artikel 2 van de Wet op het consumentenkrediet, dat betrekking heeft op de reikwijdte van de wet, luidt als volgt:

“Deze wet geldt slechts voor krediettransacties, waaraan de kredietgever en, in voorkomend geval, de leverancier, deelnemen in de uitoefening van een bedrijf of beroep en waarbij de kredietnemer een natuurlijk persoon is.”

De Colportagewet, ten slotte, bevat in artikel 1 lid 1 onder a een definitie van het begrip colporteur:

---

¹⁷⁸ Dit is onder andere het geval in de artikelen 6:41 onder b, 6:214 lid 1, 6:244 lid 1, 7:18 lid 1, 7:25 lid 1, 7:404, 7:405 lid 1, 7:406 lid 2, 7:408 lid 2, 7:409 lid 2, 7:422 lid 4, 7:446 lid 1 en 7:601 lid 1 BW.

“(...) degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf door persoonlijk bezoek (...), tracht een particulier te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst (...)”

In het Nederlandse recht is een ondernemer een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die een transactie moet zijn aangegaan in het kader van de uitoefening van een bedrijf of beroep. Het Nederlandse recht hanteert (dan ook), net als het Gemeenschapsrecht, een positief geformuleerde omschrijving waarbij wordt aangeknoopt bij de hoedanigheid van de contractspartij.

Het is niet duidelijk of uitgegaan dient te worden van een objectieve of subjectieve benadering. Aan de ene kant lijkt het, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van het Nederlandse begrip consument, logisch om uit te gaan van de subjectieve benadering. Aan de andere kant lijkt het doel van het consumentenrecht er aan in de weg te staan om van deze benadering uit te gaan en is een objectieve benadering meer voor de hand liggend. In de literatuur met betrekking tot de consumentenkoop wordt algemeen gekozen voor een objectieve benadering.¹⁷⁹ Bij gebrek aan rechtspraak op dit moment is echter niet met zekerheid te zeggen welke benadering in rechte prevaleert.

Drie punten verdienen nog enige aandacht in deze paragraaf. In de eerste plaats verdient vermelding dat de Hoge Raad in het kader van de overeenkomst van borgtocht heeft bepaald dat onder een overeenkomst van borgtocht ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze of besloten vennootschap moet worden verstaan een overeenkomst die zekerheid biedt voor de nakoming van een overeenkomst die zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van de naamloze of besloten vennootschap plegen te worden verricht en dat deze overeenkomst een wezenlijk bedrijfsbelang moet dienen en dus aan de kernactiviteit van de vennootschap dienstig moet zijn.¹⁸⁰ In de tweede plaats dient vermeld te worden dat de Nederlandse algemene voorwaardenregeling bij ondernemers een onderscheid maakt tussen grote en overige (kleine) ondernemers als wederpartij.¹⁸¹ Grote wederpartijen (ondernemers) zijn op grond van artikel 6:235 lid 1 BW wederpartijen die een volledige jaarrekening gepubliceerd hebben (onder a) of wederpartijen bij wie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst vijftig of meer persoon werkzaam zijn (onder b). Op grote wederpartijen zijn (de vernietigingsgronden van) de artikelen 6:233, 6:234, 6:236 en 6:237 BW niet van toepassing. De overige (kleine) ondernemers als wederpartijen vallen noch onder de omschrijving van de consument, noch onder de omschrijving van

¹⁷⁹ Loos, M., o.c., p. 22 met verwijzing.

¹⁸⁰ Hoge Raad 14 april 2000, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2000, 689. Zie ook Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Bijzondere overeenkomsten, Verbruikleen, alijdurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, 6e druk bewerkt door Van Schaick, A., Deventer, Kluwer, 2004, nr. 223.

¹⁸¹ Tjittes, R., o.c., 1994, p. 198.

de grote wederpartijen (ondernemers).¹⁸² Deze ondernemers kunnen geen beroep doen op de artikelen 6:236 en 6:237 BW, maar wel op de artikelen 6:233, 6:234 BW. In de laatste plaats verdient de bijzondere positie van de detaillist (een kleine ondernemer) in artikel 6:244 BW aandacht. Het genoemde artikel bepaalt dat een voorschakel geen beroep kan doen op een beding in zijn overeenkomst met de detaillist indien er een nauw mee samenhangend beding in de algemene voorwaarden van de detaillist in diens verhouding tot een afnemer is vernietigd of op grond van artikel 6:240 BW onredelijk bezwarend is verklaard.¹⁸³ Tjittes merkt met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis overigens op dat het erop lijkt dat de wetgever de toepassing van de regeling van de beknelde detaillist ruimer ziet en deze toepasselijk acht in alle gevallen waarin een andere (kleine) ondernemer door de regeling van de algemene voorwaarden in een dwangpositie kan raken.¹⁸⁴

e. Het begrip ondernemer in het Duitse recht

i. Het begrip ondernemer in het Bürgerliches Gesetzbuch

Met de inwerkingtreding van het Gesetz über Fernabsatzverträge, dat reeds ter sprake kwam bij het begrip consument in het Duitse recht, is in § 14 BGB een definitie opgenomen van het begrip ondernemer:

“(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

(2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.”

Het Duitse recht gaat daarmee uit van een positieve omschrijving van het begrip ondernemer, waarbij wordt aangeknoopt bij de hoedanigheid van de contractspartij. Een ondernemer is op grond van § 14 BGB een natuurlijk persoon, een rechtspersoon of een handelingsbevoegde personenvennootschap die handelt in de uitoefening van de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit. Tot het begrip rechtspersoon worden in het Duitse recht gerekend: (handelingsbevoegde) verenigingen, besloten en naamloze vennootschappen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en publiekrechtelijke rechtspersonen.¹⁸⁵ Wat onder een handelingsbevoegde personenvennootschap dient te worden verstaan wordt uiteen gezet in lid 2 van § 14 BGB. Tot de personenvennootschappen worden onder ander

¹⁸² Vergelijk Tjittes, R., o.c., 1994, p. 200.

¹⁸³ Vergelijk Tjittes, R., o.c., 1994, p. 201.

¹⁸⁴ Tjittes, R., o.c., 1994, p. 201. Vergelijk Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1804-1805.

¹⁸⁵ Engelhardt, J., o.c., p. 102.

de commanditaire vennootschap en het Europees Economisch Samenwerkingsverband gerekend.¹⁸⁶ Handelen in de uitoefening van een bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit betekent kort gezegd “auf Dauer angelegte, planmäßige, überwiegend anbietende Erwerbstätigkeit am Markt.”¹⁸⁷ Op het maken van winst komt het daarbij niet aan.¹⁸⁸ Het begrip ondernemer in § 14 BGB is, zeker in vergelijking met het begrip ondernemer in het Duitse handelsrecht, ruim; zo vallen ook personen die een vrij beroep uitoefenen, ambachtslui, landbouwers en exploitanten van een kleinbedrijf onder de werkingssfeer van §14 BGB.¹⁸⁹

Het lijkt mij voor de hand te liggen dat bij de vaststelling of sprake is van een ondernemer, net als bij het begrip consument in de zin van §13 BGB, uitgegaan dient te worden van een objectieve benadering. Rechtspraak ontbreekt echter op dit punt.

ii. Het begrip ondernemer in het Handelsgesetzbuch

In het HGB wordt uitgegaan van een subjectieve benadering van handelsrecht: handelsrecht is recht voor ondernemers, waarbij de bijzondere kenmerken van de koopman van belang zijn voor de toepassing van (delen) van het HGB.

In het Duitse recht zijn er verschillende criteria om deelnemers aan het economisch verkeer als koopman aan te merken. In de eerste plaats kunnen personen krachtens rechtsvorm worden gekwalificeerd als koopman. Deze mogelijkheid, die deels is terug te voeren op § 6 van het HGB,¹⁹⁰ merkt verschillende in het handelsregister ingeschreven (rechts)personen aan als koopman, zelfs indien geen bedrijfsactiviteiten worden verricht in de zin van §1 II van het HGB (zie hieronder). Het betreft hier besloten, naamloze en bepaalde personenvennootschappen en Europees Economische Samenwerkingsverbanden (EESV). Maatschappen van vrije beroepsbeoefenaars zijn in dit kader uitdrukkelijk uitgesloten.¹⁹¹

Een tweede mogelijkheid om een persoon als koopman aan te merken biedt § 1 van het HGB. Op basis van § 1 I van het HGB is een koopman degene die een handelsbedrijf uitoefent. De term handelsbedrijf wordt in § 1 II van het HGB nader omschreven:

“Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.”

¹⁸⁶ Zie uitgebreider Engelhardt, J., o.c., p. 103.

¹⁸⁷ Engelhardt, J., o.c., p. 86. Vergelijk ook Heinrichs, H., o.c., 2003, §14 BGB, randnr. 2: “Unternehmer ist jede natürliche oder juristische Person, die am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet.”

¹⁸⁸ Engelhardt, J., o.c., p. 75 en 76 en Heinrichs, H., o.c., 2003, §14 BGB, randnr. 2.

¹⁸⁹ Heinrichs, H., o.c., 2003, §14 BGB, randnr. 2.

¹⁹⁰ Schmidt, K., *Handelsrecht*, Köln, Heymann, 1999, p. 295.

¹⁹¹ Schmidt, K., o.c., p. 297.

Vereist is dus dat bedrijfsactiviteiten voorhanden is. Wil van bedrijfsactiviteiten sprake zijn, dan dient aan de volgende criteria te zijn voldaan:

“(…) Selbständigkeit, anbietende Tätigkeit am Markt sowie deren Planmäßigkeit und Entgeltlichkeit.”¹⁹²

Criteria die ook bij de bespreking van het begrip ondernemer in het BGB aan de orde kwamen. Verrichtingen van kunstenaars, wetenschappers en de vrije beroepen zijn in ieder geval niet aan te merken als bedrijfsactiviteiten.¹⁹³ Uit het tweede gedeelte van § 1 II van het HGB valt overigens af te leiden dat een handelsbedrijf vermoed wordt.¹⁹⁴ Een belangrijk verschil tussen de koopman krachtens rechtsvorm en de koopman op grond van bedrijfsactiviteiten is dat laatstgenoemde weliswaar ook verplicht is om zich in het handelsregister in te schrijven (§ 29 van het HGB), maar dat nalaten daarvan geen gevolgen heeft voor zijn status als koopman. Met andere woorden, inschrijving in het handelsregister is voor de koopman op grond van bedrijfsactiviteiten niet noodzakelijk om als koopman te (blijven) worden gekwalificeerd.

Ondernemers die niet voldoen aan de voorwaarde(n) van § 1 II van het HGB, worden aangeduid als kleine ondernemers.¹⁹⁵ Op grond van het genoemde artikelid verricht het kleinbedrijf niet automatisch bedrijfsactiviteiten en is daarmee in beginsel niet als koopman aan te merken. § 2 van het HGB bevat voor dit geval een bijzondere regeling:

“Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma auch auf Antrag des Unternehmers statt, sofern nicht die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 eingetreten ist.”

Wordt besloten om het bedrijf in het handelsregister in te schrijven, dan zal zij aangemerkt worden als koopman; uitschrijving uit het handelsregister heeft tot gevolg dat de koopmanseigenschap verloren gaat. Overigens zij opgemerkt dat

192 Schmidt, K., o.c., p. 307. Vergelijk Baumbach, A., Hopt, K. en Duden, K., *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co. Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, München, Beck, 2000, §1 HGB, randnr. 12.

193 Baumbach, A., Hopt, K. en Duden, K., o.c., §1 HGB, randnr. 19 en Schmidt, K., o.c., p. 307.

194 Schmidt, K., o.c., p. 308.

195 Schmidt, K., o.c., p. 310.

sommige regels van het HGB ook (naar analogie) op niet in het handelsregister ingeschreven ondernemers van toepassing zijn.¹⁹⁶

Landbouwers en bosbouwkundigen nemen een bijzondere positie in binnen het Duitse handelsrecht. § 3 van het HGB bevat voor hen een speciale regeling:

“(1) Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften des § 1 keine Anwendung.

(2) Für ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt § 2 mit der Maßgabe, daß nach Eintragung in das Handelsregister eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfindet, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

(3) Ist mit dem Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmens darstellt, so finden auf das im Nebengewerbe betriebene Unternehmen die Vorschriften der Absätze 1 und 2 entsprechende Anwendung.”

Het wordt dus onder omstandigheden aan landbouwers en bosbouwkundigen overgelaten om voor inschrijving in het handelsregister, en daarmee voor het koopmanschap, te kiezen. Is eenmaal gekozen om het bedrijf in het handelsregister in te schrijven dan kan daar echter – anders dan bij het kleinbedrijf – niet eenvoudig op worden teruggekomen. Daarnaast kunnen landbouwers en bosbouwkundigen ook krachtens rechtsvorm als koopman kwalificeren, waardoor voor een eventuele keuze geen ruimte is.

Met de herziening van het HGB in 1998¹⁹⁷ is § 105 II ingevoerd. Dit artikellid, dat met name werd ingevoerd om vennootschappen zonder bedrijfsactiviteit(en) in het algemeen en eigen vermogen beheerders in het bijzonder bij het handelsrecht te betrekken, dient volgens sommige rechtsgeleerden zodanig te worden uitgelegd dat alle vennootschappen (ook de vennootschappen die traditioneel geen koopman krachtens rechtsvorm zijn, zoals maatschappen van vrije beroepen) in het handelsregister zijn in te schrijven (en daarmee zijn aan te merken als koopman).¹⁹⁸ Het is echter twijfelachtig of deze interpretatie van § 105 II correct is.

Tot slot van deze paragraaf enige aandacht voor het leerstuk van de “Scheinkaufman”. Simpel gezegd komt het leerstuk erop neer dat wie in het rechtsverkeer de indruk wekt als koopman op te treden, ook als koopman heeft te gelden,

---

¹⁹⁶ Schmidt, K., o.c., p. 311-313.

¹⁹⁷ Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und des Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften van 22 juni 1998, *Bundesgesetzblatt*, 1998, Deel I, nr. 1474.

¹⁹⁸ Schmidt, K., o.c., p. 321 e.v.

indien en voor zover er objectieve aanwijzingen zijn dat de schijn door de achteraf gezien niet-koopman is gewekt en de tegenpartij te goeder trouw op de schijn heeft vertrouwd en onder de gegeven omstandigheden heeft mogen vertrouwen.

f. Het begrip ondernemer in het Engelse recht

Het Engelse recht kent enkele omschrijvingen van het begrip ondernemer. De Unfair Contract Terms Act 1977 hanteert in Section 25 de volgende definitie:

“‘business’ includes a profession and the activities of any government department or local or public authority[.]”

Section 12 van dezelfde Act spreekt van:

“[a] party [who] make[s] the contract in the course of a business (...)”

Section 14 (2) en (3) van de Sale of Goods Act 1979 zijn van toepassing ingeval:

“(...) the seller sells goods in the course of a business (...)”¹⁹⁹

Section 137 van de Fair Trading Act 1973, dat strikt genomen niet tot het overeenkomstenrecht dient te worden gerekend, hanteert de volgende omschrijving van een ondernemer:

“‘business’ includes a professional practice and includes any other undertaking which is carried on for gain or reward or which is an undertaking in the course of which goods or services are supplied otherwise than free of charge[.]”

Regulation 3 (1) van de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 luidt als volgt:

“‘Seller or supplier’ – any natural or legal person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes related to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned.”

Regulation 3 van de Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, Regulation 2 van de Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded

---

¹⁹⁹ Een soortgelijke definitie is te vinden in Section 10 (2) en (3) van de Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973. In vergelijkbare zin spreekt de Trade Descriptions Act 1968 in Section 1 van: “[a] ny person (...) in the course of a trade or profession (...)”.

away from Business Premises) Regulations 1987 en Regulation 2 van de Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004 bepalen, ten slotte, dat:

“‘business’ includes a trade or profession[.]”

Het is lastig om algemene conclusies uit het bovenstaande te distilleren, aangezien het Engelse recht weinig blijkt geeft van systematiek. Desalniettemin valt op dat alle definities uitgaan van een positieve omschrijving van het begrip ondernemer. Het Engelse recht besteedt geen aandacht aan de vraag of uitgegaan dient te worden van een objectieve of subjectieve benadering bij de vaststelling of sprake is van een ondernemer. Specifieke aandacht in de rechtspraak heeft de zinsnede “in the course of a business” gekregen. Deze rechtspraak is in dit artikel echter reeds aan de orde gekomen bij de bespreking van het begrip consument.

g. Het begrip ondernemer in het Franse recht

i. Het begrip ondernemer in de Code de la consommation

Hoewel sommige bepalingen in de Code de la consommation verwijzen naar het begrip ondernemer (professionnel),²⁰⁰ ontbreekt een definitie ervan in de Franse wetgeving. Calais-Auloy en Steinmetz doen het volgende voorstel voor een definitie:

“Le professionnel est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d’une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service. On pourrait aussi bien dire que le professionnel est la personne qui exploite une entreprise, à condition de prendre le mot entreprise dans son sens le plus large.”²⁰¹

De definitie is zodanig ruim dat alle professioneel handelende actoren (zowel grote als kleine ondernemers) er onder vallen. Ook bepaalde overheidslichamen dienen onder omstandigheden te worden aangemerkt als ondernemer.²⁰² Het maken van winst is daarnaast niet noodzakelijk om aangemerkt te kunnen worden als ondernemer; coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen kunnen daardoor ook kwalificeren als ondernemer.²⁰³

Er van uitgaande dat het begrip ondernemer in de betekenis van de Code de la consommation (lees: “un professionnel”) het spiegelbeeld is van het begrip consument en gelet op hetgeen in de rechtspraak van het Cour de Cassation is

---

200 Zie bijvoorbeeld Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation.

201 Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 4.

202 Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 5 en 6.

203 Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 4.

bepaald ten aanzien van het begrip consument, is eveneens de volgende definitie denkbaar:

“Est considéré comme un professionnel, la personne physique ou morale qui agit et contracte en rapport direct avec son activité, et qui s’adresse à un consommateur. (...) Les sociétés civiles, les associations peuvent revêtir cette qualification (...)”²⁰⁴

Deze definitie is minder ruim dan de voorgestelde definitie van Calais-Auloy en Steinmetz, aangezien een professioneel handelende marktdeelnemer die een transactie aangaat waarbij geen direct verband bestaat tussen de geleverde goederen of diensten en de professionele activiteiten van de marktdeelnemer niet onder het begrip ondernemer valt, maar wel ruimer dan de definitie van het begrip ondernemer zoals dat in het Franse handelsrecht wordt gehanteerd (commerçant). Een overeenkomst tussen beide definities is dat zij beide een positieve omschrijving hanteren, waarbij wordt aangeknoopt bij de hoedanigheid van de contractspartij.

ii. Het begrip ondernemer in de Code de commerce

Het handelsrecht heeft in Frankrijk een van het burgerlijk recht afgescheiden positie, die wordt bevestigd door de Code de commerce.²⁰⁵ De toepasselijkheid van de Code de commerce gaat uit van zowel objectieve als subjectieve criteria.

Op grond van Artikel L. 121-1 van de Code de commerce zijn kooplieden degenen die hun gewoon beroep maken van het verrichten van daden van koophandel. Daarbij is het herhaaldelijk verrichten van daden van koophandel met als oogmerk het maken van winst wel een voorwaarde, maar niet voldoende om de persoon die handelt te kwalificeren als koopman.²⁰⁶ Een beroeps- of bedrijfsmatige uitoefening is vereist, hetgeen de bedoeling impliceert met een zekere regelmaat in het onderhoud te voorzien:

“Il ne suffit pas de faire des actes de commerce pour être commerçant, ni même de les faire habituellement, il faut encore en faire sa profession, c’est-à-dire en faire une occupation sérieuse, continue, de nature à produire des bénéfices et à permettre de subvenir aux besoins de l’existence.”²⁰⁷

204 Vergelijk Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 11.

205 Tjittes, R., *o.c.*, 1994, p. 23.

206 Ripert, G. en Roblot, R., *Traité de droit commercial*, Deel 1, 16e druk, bewerkt door Germain, M., Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 96.

207 Mestre, J. en Pancrazi, M., *Droit commercial*, Parijs, L.G.D.J., 2001, p. 168.

Zelfs het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van illegale activiteiten staat er niet aan in de weg om als koopman te worden gekwalificeerd.²⁰⁸ Niet vereist is dat men van daden van koophandel zijn *hoofdzakelijk* beroep maakt; ook wie als nevenberoep handel voert kan koopman zijn.²⁰⁹ Is het verrichten van daden van koophandel slechts bijkomstig of ondergeschikt aan de hoofdbedrijvigheid, niet zijnde een handelsactiviteit, dan is degene die deze daden verricht in beginsel geen koopman.²¹⁰

Een tweede, niet direct tot de tekst van Artikel L. 121-1 van de Code de commerce te herleiden, voorwaarde om als koopman te worden aangemerkt bestaat daarin dat het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van daden van koophandel in eigen naam en voor eigen rekening dient te gebeuren.²¹¹ Er dient men andere woorden sprake te zijn van zelfstandigheid en dus niet van bijvoorbeeld het verrichten van daden van koophandel in het kader van een dienstverband of een overeenkomst tot lastgeving.

In de derde plaats en meer in het algemeen dient degene die beroeps- of bedrijfsmatig in eigen naam en voor eigen rekening daden van koophandel verricht handelingsbekwaam te zijn.²¹² Daarbij zij opgemerkt dat bijvoorbeeld minderjarigen en onder curatele geplaatsten handelingsonbekwaam (kunnen) zijn.

In de vierde plaats dient sprake te zijn van het verrichten van daden van koophandel. De daden van koophandel worden opgesomd in de Artikelen L. 110-1 en L. 110-2 van de Code de commerce. Laatstgenoemd artikel heeft betrekking op activiteiten in de zee- en binnenvaart en zal hier verder niet besproken worden. Artikel L. 110-1 van de Code de commerce merkt als daden van koophandel aan:

- “1. Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre;
2. Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux;
3. Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières;
4. Toute entreprise de location de meubles;
5. Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau;
6. Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics;

---

208 Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 168 met verwijzing naar rechtspraak.

209 Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 168.

210 Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 168.

211 Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 168 en 169.

212 Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 169.

7. Toute opération de change, banque et courtage;
8. Toutes les opérations de banques publiques;
9. Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers;
10. Entre toutes personnes, les lettres de change.”

Het betreft hier dus activiteiten als het kopen van roerende of onroerende zaken om ze (in dezelfde staat of na bewerking) weder te verkopen, de huur van roerende zaken om ze in onderhuur te geven, verrichtingen van openbare banken, commissie en makelaarsverrichtingen en transport over de weg of het water.

De meeste van de in de Artikelen L. 110-1 en L. 110-2 van de Code de commerce opgesomde daden zijn objectieve daden van koophandel (in Frankrijk “actes de commerce par nature” genoemd). Traditioneel zijn de lijsten in de genoemde artikelen limitatief bedoeld.²¹³ De laatste decennia lijkt er echter in de Franse jurisprudentie een tendens te bestaan om ook andere verrichtingen, die op het eerste gezicht niet direct tot de Artikelen L. 110-1 en L. 110-2 van de Code de commerce te herleiden zijn, tot de objectieve daden van koophandel te rekenen.²¹⁴

Naast de objectieve daden van koophandel zijn er de subjectieve daden van koophandel; deze daden zijn terug te voeren op Artikel L. 110-1 onder 9 van de Code de commerce en ontlenen hun handelskarakter aan de hoedanigheid van de persoon die ze stelt. Is eenmaal uitgemaakt dat iemand koopman is, dan zal elke verbintenis (ook indien zij niet genoemd wordt in de Artikelen L. 110-1 en L. 110-2 van de Code de commerce) die hij aangaat in beginsel geacht worden een subjectieve daad te zijn en daarmee een daad van koophandel (in Frankrijk aangeduid als “actes de commerce par accessoire”).²¹⁵ Dit is slechts anders indien zo een verbintenis wordt verricht buiten de beroeps- of bedrijfsmatige uitoefening en dus vreemd is aan de handel van de betrokken koopman:

“Il en résulte, et c’est la formule de la jurisprudence, que sont actes de commerce tous les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce ou par une société commerciale dans le cadre de son activité.”²¹⁶

Zo zijn bijvoorbeeld verbintenissen aangegaan voor privé-doeleinden op grond van Artikel L. 411-7 van de Code de l’organisation judiciaire niet aan te merken als daden van koophandel.²¹⁷ Anders dan uit de tekst van Artikel L. 110-1 onder 9 van

²¹³ Mestre, J. en Pancrazi, M., o.c., p. 43.

²¹⁴ Vergelijk bijvoorbeeld Cour de Cassation (chambre commerciale) 19 juni 1972, *Juriclasseur périodique*, 1973, II, 17356; Cour de Cassation (chambre commerciale) 13 mei 1997, *Recueil Dalloz affaires*, 1997, p. 753 en Cour de Cassation (chambre commerciale) 26 maart 1996, *Juriclasseur périodique édition entreprise*, 1996, II, 855. Zie ook Mestre, J. en Pancrazi, M., o.c., p. 43 en 44.

²¹⁵ Ripert, G. en Roblot, R., o.c., p. 203.

²¹⁶ Mestre, J. en Pancrazi, M., o.c., p. 45.

²¹⁷ Mestre, J. en Pancrazi, M., o.c., p. 44.

de Code de commerce lijkt te volgen, is het overigens niet noodzakelijk dat een overeenkomst wordt gesloten tussen (twee) koopmannen; voldoende is dat een overeenkomst wordt aangegaan door één (toekomstig) koopman.²¹⁸ Aan de andere kant is inschrijving in het handelsregister wel noodzakelijk om een beroep te kunnen doen op het handelsrechtelijke karakter van bijvoorbeeld een overeenkomst.²¹⁹

Hoewel door de combinatie van objectieve en subjectieve daden van koophandel aardig wat economische bedrijvigheid onder het handelsrecht valt, betekent dit geenszins dat alle (commerciële) economische activiteiten als daden van koophandel worden aangemerkt. Zo zijn landbouwactiviteiten, handelingen van de vrije beroepen en ambachtsbedrijvigheid geen (objectieve of subjectieve) daden van koophandel, tenzij zij behoren tot de categorie van formele daden van koophandel (“actes de commerce par la forme”).

Deze daden ontleen hun commerciële karakter aan de omstandigheid dat bepaalde economische activiteiten in een bepaalde vorm (dienen te) geschieden of gepaard (dienen te gaan) met een zekere formaliteit. Tot deze categorie van daden van koophandel behoort in de eerste plaats de wisselbrief (Artikelen L. 110-2 aanhef en onder 10 en L. 511-1 van de Code de commerce). Belangrijker nog voor de praktijk zijn de economische activiteiten die als daden van koophandel worden aangemerkt omwille van de (gekozen) rechtsvorm van degenen die de activiteiten verrichten. Om die reden worden economische activiteiten van handelsvennootschappen in het Franse recht aangemerkt als daden van koophandel.²²⁰ Artikel L. 210-1 van de Code de commerce bepaalt wanneer een vennootschap te beschouwen is als handelsvennootschap:

“Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions.”

Een en ander heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat economische activiteiten van vrije beroepsbeoefenaars aangemerkt zullen worden als daden van koophandel indien voor een bepaalde rechtsvorm (lees: voor een handelsvennootschap) is gekozen.²²¹

---

²¹⁸ Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 45.

²¹⁹ Mestre, J. en Pancrazi, M., *o.c.*, p. 45.

²²⁰ Ripert, G. en Roblot, R., *o.c.*, p. 97.

²²¹ Vergelijk Bell, J., Boyron, S. en Whittaker, S., *Principles of French law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 435.

Kleine of startende ondernemers nemen geen bijzondere positie in binnen het Franse handelsrecht.

Ten slotte verdient vermelding dat op grond van de bovenstaande regels eenzelfde handeling uit hoofde van een partij bij de verrichting een daad van koop-handel kan zijn (waarop het handelsrecht en het burgerlijk recht van toepassing is) en uit hoofde van de andere partij juist niet (voor die partij is dan enkel het burgerlijk recht van toepassing).

C. Vergelijking en voorstel voor definities

1. *Het begrip consument*

a. *Vergelijking*

Een vergelijking van de in onderdeel B onderzochte rechtssstelsels aan de hand van de in B.1.b uiteengezette criteria levert het volgende beeld op. Wat betreft de keuze van de onderzochte rechtssstelsels voor een positieve (het recht bepaalt wie als consument moet worden aangemerkt) of een negatieve omschrijving (het recht bepaalt juist wie geen consument is) in combinatie met een doelgerichte (het doel van het sluiten van de overeenkomst is van doorslaggevende betekenis bij de vaststelling of sprake is van een consument) dan wel hoedanigheidsgerichte methode (de hoedanigheid van de contractspartij staat centraal), valt op dat de negatief doelgerichte omschrijving de dominante methode is om het begrip consument af te bakenen. Het Europees Gemeenschapsrecht hanteert de methode in alle onderzochte richtlijnen,²²² met uitzondering van de Richtlijn pakketreizen²²³ waar in artikel 2 lid 4 wordt aangeknoopt bij de aard van de transactie (consument is degene die een bepaalde transactie sluit); in de Verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken;²²⁴ en in het Verdrag van Rome.²²⁵ Het Duitse recht hanteert, sinds de inwerkingtreding van het Gesetz über Fernabsatzverträge, in § 13 van het BGB (zelfs) uitsluitend de negatief doelgerichte methode.²²⁶ Het Nederlandse recht wijkt ten aanzien van het hier besproken criterium af van het Europese en Duitse recht. In het Nederlandse recht wordt namelijk, met uitzondering van de Colportagewet

222 Artikel 2 van Richtlijn 85/577/EG, o.c., artikel 1 lid 2 onder a van Richtlijn 87/102/EG, o.c., artikel 2 onder b van Richtlijn 93/13/EG, o.c., artikel 2 onder e van Richtlijn 97/7/EG, o.c., artikel 2 onder e van Richtlijn 2002/65, o.c., artikel 1 lid 2 onder a van Richtlijn 1999/44/EG, o.c., artikel 2 onder e van Richtlijn 98/6/EG, o.c., artikel 2 van Richtlijn 94/47/EG, o.c. en artikel 2 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, o.c.

223 Richtlijn 90/314/EG, o.c.

224 Artikel 15 van Verordening 44/2001, o.c.

225 Artikel 5 van het Verdrag van Rome, o.c.

226 Gesetz über Fernabsatzverträge, o.c.

en de Wet op het consumentenkrediet,²²⁷ gebruik gemaakt van de negatief hoedanigheidsgerichte methode bij de afbakening van het begrip consument.²²⁸ Een overeenkomst tussen het Gemeenschaps-, het Duitse en het Nederlandse recht is dat het begrip consument in ieder geval beperkt is tot natuurlijke personen.²²⁹ Een algemene definitie van het begrip consument ontbreekt in het Engelse en Franse recht. Dat betekent dat het op dit moment niet duidelijk is of in de genoemde rechtsstelsels uitgegaan dient te worden van een negatief doelgerichte omschrijving, een negatief hoedanigheidsgerichte omschrijving of (misschien) zelfs van een positieve omschrijving ter afbakening van het begrip consument.²³⁰

Van de tweede in onderdeel B.1.b genoemde manier om het begrip consument te omschrijven, namelijk door aan te knopen bij de aard van de transactie (een consument is degene die een bepaalde transactie sluit), wordt in de onderzochte rechtsstelsels slechts sporadisch gebruik gemaakt. Belangrijkste voorbeeld in dit verband is het hierboven genoemde artikel 2 lid 4 van de Richtlijn pakketreizen. In het Engelse recht kan nog verwezen worden naar Regulation 2 van de Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992 (overigens ter implementatie van artikel 2 van de Richtlijn pakketreizen).

De keuze voor een subjectieve (de innerlijke bedoeling van de afnemer is doorslaggevend) of een objectieve (van belang is hoe de afnemer zich uiterlijk heeft gedragen; op de innerlijke bedoeling komt het niet aan) omschrijving van het begrip consument – het derde in onderdeel B.1.b genoemde criterium –, kan tot belangrijke verschillen in het recht aanleiding geven. Men zou dan ook verwachten dat de onderzochte rechtsstelsels aan dit criterium uitgebreid of tenminste duidelijk aandacht zouden besteden. Dat blijkt echter niet het geval te zijn: over het algemeen wordt weinig aandacht besteed aan de vraag of uitgegaan dient te worden van een objectieve of een subjectieve benadering bij de omschrijving van het begrip consument. Dit geldt met name voor het Europees Gemeenschapsrecht, het Franse en het Engelse recht. In deze drie rechtsstelsels is het op dit moment volstrekt onduidelijk welke van de hier besproken benaderingen prevaleert. Uit de parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek blijkt dat het Nederlandse recht – ondanks de nodige kritiek in de literatuur²³¹ – uitgaat

227 De Colportagewet spreekt in artikel 1 lid 1 sub c van een “particulier”. De Wet op het consumentenkrediet definieert in artikel 2 een consument als een “natuurlijke persoon”. In dit verband zou eveneens gewezen kunnen worden op de geneeskundige behandelingsovereenkomst die van toepassing is op iedere patiënt (artikel 7:446 BW), de koop op afbetaling (artikel 7A:1576 BW) en de huurkoop (artikel 7A:1576h BW).

228 Artikelen 6:236, 6:237, 7:2 lid 1, 7:3 lid 1, 7:5, 7:7 lid 2, 7:8, 7:26 lid 4, 7:46a, 7:48a, 7:408 lid 3, 7:417 lid 2 en 4, 7:765, 7:857 BW en artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.

229 Dat het Nederlands recht door middel van reflexwerking onder omstandigheden bepaalde ondernemers (ook rechtspersonen) beschermt als ware zij consument doet daar niets aan af.

230 Van het Europees Gemeenschapsrecht gaat in dit verband wel enige harmoniserende werking uit.

231 Tjittes, R., o.c., p. 198 en Hijma, J., o.c., p. 387-388.

van een subjectieve benadering.²³² Het Duitse recht lijkt daarentegen uit te gaan van een objectieve benadering.²³³ Een dominante benadering is op basis van het voorgaande in de onderzochte rechtsstelsels niet aan te wijzen.

De status van gemengde overeenkomsten (overeenkomsten waarbij slechts deels ten behoeve van privé-doeleinden wordt gecontracteerd), het vierde subonderdeel van het onderzoek, is in de onderzochte rechtsstelsels over het algemeen onduidelijk. Te oordelen aan de uitspraak van de Court of Appeal inzake R&B Customs Brokers, heeft de Engelse rechter in ieder geval weinig moeite om een gemengde overeenkomst aan te merken als een consumententransactie.²³⁴ Daarmee kan een persoon in het Engelse recht als consument worden aangemerkt, zelfs indien hij niet uitsluitend ten behoeve van privé-doeleinden contracteert. Ook in het Franse recht kan een gemengde overeenkomst (onder omstandigheden) in rechte worden aangemerkt als een consumentenovereenkomst voor zover het zakelijk gebruik het privé-gebruik niet overstijgt.²³⁵ Uit de rechtspraak blijkt dat het hier echter om uitzonderingsgevallen gaat.²³⁶ De vraag of een gemengde overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een consumententransactie is in het EG-recht grotendeels onbeantwoord. Met betrekking tot de Richtlijnen colportage en consumentenkrediet is in het verleden voorgesteld om de richtlijnen ook van toepassing te laten zijn, indien sprake is van een gemengde overeenkomst, zolang de doeleinden voor het grootste gedeelte maar niet onder iemands handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit vallen.²³⁷ Deze voorstellen zijn in de definitieve richtlijnen echter niet overgenomen. Met betrekking tot het Verdrag van Rome geldt dat artikel 5 enkel inroepbaar is ingeval een gebruik voor een wezenlijk (lees: overwegend) gedeelte als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.²³⁸ Ten aanzien van Verordening 44/2001 geldt dat indien een persoon bij het sluiten van een overeenkomst zowel voor privé- als beroepsmatige doeleinden contracteert, hij zich in beginsel niet op de consumentbeschermende bepalingen van het Verdrag kan beroepen, tenzij hij bewijst dat de beroepsmatige activiteit bij de overeenkomst in kwestie slechts een onbetekende rol speelt.²³⁹ In het Nederlandse recht is, mede omdat de parlementaire geschiedenis volgens mij op dit punt onduidelijk is, weinig met zekerheid te zeggen omtrent de status van

232 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1651.

233 Engelhardt, J., o.c., p. 87 en 88.

234 *R&B Customs Brokers Co. Ltd. v. United Dominions Trust Ltd. (Saunders Abbott (1980) Ltd., third party)*, o.c.

235 Vergelijk Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 9 en Girot, C., o.c., p. 78.

236 Cour de Cassation (1re chambre civile) 4 mei 1999, o.c., Cour d'Appel Grenoble 13 juni 1991, o.c. en Cour d'Appel Paris 9 november 1994, o.c.

237 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., o.c., p. 5.

238 Faber, W., o.c., p. 886.

239 Zaak C-464/01, o.c.

gemengde overeenkomsten.²⁴⁰ Ook de status van zulke overeenkomsten in het Duitse recht is onduidelijk. Onder het oude Duitse recht gold dat een gemengde overeenkomst als consumententransactie kon worden gekwalificeerd indien de doeleinden voor het grootste gedeelte niet onder de bedrijfs- of beroepsuitoefening vielen,²⁴¹ maar het is twijfelachtig of deze bevinding getransponeerd kan worden naar de huidige situatie.²⁴²

Een gemeenschappelijk kenmerk van de onderzochte rechtsstelsels is dat bijzondere deskundigheid van een (natuurlijk) persoon – de vijfde subvraag van het onderzoek in onderdeel B.1 – er niet aan in de weg staat om te kunnen spreken van een consumentenovereenkomst. Bijzondere deskundigheid heeft, met andere woorden, in de onderzochte rechtsstelsels geen invloed op de mogelijkheid van een persoon om als consument te worden gekwalificeerd.

Overeenkomsten die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene (natuurlijk persoon) te vergroten, worden in het Europees Gemeenschapsrecht,²⁴³ het Nederlandse, het Duitse²⁴⁴ en het Engelse recht²⁴⁵ (in beginsel) aangemerkt als consumentenovereenkomsten. Dat is slechts anders indien met een zekere regelmaat (binnen een kort tijdsbestek) transacties worden aangegaan teneinde winst te maken door aangeschafte goederen (onmiddellijk) te (her)verkopen.²⁴⁶ Met betrekking tot het Franse recht geldt dat in de literatuur is opgemerkt dat in geval van sparen niet gesproken kan worden van een consumententransactie.²⁴⁷ In hoeverre een Franse rechter hieraan gehoor zal geven is echter niet duidelijk.

In de laatste plaats stond in onderdeel B.1.b de (sub)vraag centraal of professioneel handelende instellingen of personen (ondernemers) gekwalificeerd kunnen worden als consument. Rechtspersonen worden in het Europees Gemeenschapsrecht,²⁴⁸

240 Hartkamp is, met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis ten aanzien van de algemene voorwaardenregeling, van oordeel dat gemengde overeenkomsten niet onder de artikelen 6:236 tot 6:238 BW vallen (zie Asser-Hartkamp, *o.c.*, 2004, nr. 367).

241 Heinrichs, H., *o.c.*, 1998, § 24a AGBG, randnr. 6 en Ulmer, P., *o.c.*, 1995, § 1 Verbraucher Kreditgesetz, randnr. 27 e.v.

242 Vergelijk de tegenstelling tussen Engelhardt, J., *o.c.*, p. 90 en Heinrichs, H., *o.c.*, 2003, § 13 BGB, randnr. 4.

243 Zo lijkt uit zaak C-89/91, *o.c.* te volgen.

244 Heinrichs, H., *o.c.*, 2003, § 13 BGB, randnr. 3.

245 *Standard Bank London Ltd. v. Apostolakis (No. 2)*, *o.c.*, waarover uitgebreider Beale, H. et. al. (eds.), *o.c.*, p. 387.

246 Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., *o.c.*, p. 5.

247 Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *o.c.*, p. 13 e.v. Anders: Cas, G. en Ferrier, D., *o.c.*, p. 12.

248 Gevoegde zaken C-541/99 en C-542/99, *o.c.*, alsmede de bewoordingen van artikel 2 van Richtlijn 85/577/EG, *o.c.*, artikel 1 lid 2 onder a van Richtlijn 87/102/EG, *o.c.*, artikel 2 onder b van Richtlijn 93/13/EG, *o.c.*, artikel 2 onder e van Richtlijn 97/7/EG, *o.c.*, artikel 2 onder e van Richtlijn 2002/65, *o.c.*, artikel 1 lid 2 onder a van Richtlijn 1999/44/EG, *o.c.*, artikel 2 onder e van Richtlijn 98/6/EG, *o.c.*, artikel 2 van Richtlijn 94/47/EG, *o.c.* en artikel 2 van het voorstel voor een Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, *o.c.*

het Nederlandse,²⁴⁹ en het Duitse recht²⁵⁰ in ieder geval niet als consument aangemerkt. In het Engelse²⁵¹ en Franse recht²⁵² kunnen rechtspersonen in rechte wel als consument worden gekwalificeerd, waarbij zij opgemerkt dat het lijkt alsof de (civiele kamer van de) Franse Cour de Cassation sinds enige tijd minder snel (of soms zelfs helemaal niet) bereid is om ondernemers (waaronder begrepen rechtspersonen) een beroep te laten doen op de consument beschermende bepalingen.²⁵³ Startende ondernemers, daaronder begrepen rechtspersonen en natuurlijke personen, lijken in het Europees Gemeenschapsrecht niet als consument te worden aangemerkt.²⁵⁴ Ook in het Nederlandse recht zijn startende ondernemers niet als consument aan te merken, met dien verstande dat middels reflexwerking wel een zekere bescherming kan worden verleend. Onder het huidige Duitse recht genieten (kleine) startende ondernemers een bevoorrechte positie met betrekking tot kredietovereenkomsten, in de zin dat zij onder omstandigheden een beroep kunnen doen op specifiek voor de consument opgestelde bepalingen (§ 507 van het BGB). § 507 van het BGB dient naar mijn mening echter gezien te worden als een uitzondering op de algemene definitie in § 13 van het BGB, zodat – mede gelet op het Europees recht in dit verband – startende ondernemers niet onder laatstgenoemde bepaling vallen.²⁵⁵ Startende ondernemers vormen geen aparte categorie in het Engelse recht. In het Franse recht worden startende ondernemers, hoewel de Franse rechter over het algemeen niet onwelwillend staat (stond) tegenover het binnen de werkingssfeer van het consumentenrecht brengen van ondernemers, niet aangemerkt als consument.²⁵⁶

In de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn er naar mijn mening aanwijzingen dat een ondernemer die een overeenkomst sluit die buiten zijn normale werkzaamheden valt niet (gauw) als consument wordt aangemerkt.²⁵⁷ Daarenboven is, mijns inziens, het Hof niet snel geneigd om aan te nemen dat een transactie

249 Vergelijk de bewoordingen (“natuurlijk(e) persoon”) van de artikelen 6:236, 6:237, 7:2 lid 1, 7:3 lid 1, 7:5, 7:7 lid 2, 7:8, 7:26 lid 4, 7:46a, 7:48a, 7:408 lid 3, 7:417 lid 2 en 4, 7:765, 7:857 BW en artikel 1 onder g van het Wetsvoorstel financiële dienstverlening.

250 Vergelijk de definitie van § 13 (“natürliche Person”) van het BGB.

251 *R&B Customs Brokers Co. Ltd. v. United Dominions Trust Ltd. (Saunders Abbott (1980) Ltd., third party)*, o.c. en *Feldarol Foundry Plc. v. Hermes Leasing (London) Ltd. and another*, o.c.

252 Cour de Cassation (1re chambre civile) 28 april 1987, o.c.

253 Vergelijk Cour de Cassation (1re chambre civile) 24 januari 1995, o.c.; Cour de Cassation (1re chambre civile) 3 januari en 30 januari 1996, o.c. en Cour de Cassation (1re chambre civile) 17 juli 1996, o.c.

254 Zaak C-269/95, o.c.

255 In soortgelijke zin Engelhardt, J., o.c., p. 91. Heinrichs lijkt in dit verband echter een andere mening te zijn toegedaan (Heinrichs, H., o.c., 2003, § 13 BGB, randnr. 3).

256 Pfeiffer, T., o.c., 1999, p. 35.

257 Dit lijkt te volgen uit het arrest Di Pinto (zaak C-361/89, o.c.), waaruit bleek dat artikel 2 van de Richtlijn colportage niet toestaat dat er tussen de transacties die in het kader van de beroepsactiviteiten worden gesloten, een onderscheid wordt gemaakt tussen normale bedrijfshandelingen en handelingen die een uitzonderlijk karakter dragen.

geheel buiten de handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit van een ondernemer valt. Het verrichten van een bedrijfsvreemde activiteit levert in het Nederlandse recht in ieder geval onvoldoende redenen op om een ondernemer als consument aan te merken.²⁵⁸ Ook de omstandigheid dat de wederpartij in een andere branche werkzaam is, betekent niet dat de ondernemer aangemerkt dient te worden als consument.²⁵⁹ Indien een natuurlijk persoon een transactie aangaat die geen enkel verband houdt met zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten, zal daarentegen de ondernemer in het Nederlands recht wel dienen te worden aangemerkt als consument. Daarbij dient niet te worden vergeten dat bijvoorbeeld de formulering van de aanhef van de artikelen 6:236 en 6:237 BW meebrengt dat de wederpartij die de toepasselijkheid van de artikelen inroept, deze moet bewijzen.²⁶⁰ Dat bewijs lijkt mij in dit verband niet eenvoudig. Een ondernemer die een overeenkomst sluit die buiten de normale werkzaamheden valt, wordt in het Duitse recht in beginsel niet aangemerkt als consument in de zin van § 13 van het BGB.²⁶¹ Indien door een ondernemer gecontracteerd wordt voor doeleinden die geheel buiten de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit gelegen zijn, zal hij echter mogelijkerwijs wel kwalificeren als consument.²⁶² Mede gelet op hetgeen hiervoor aan de orde kwam bij het Europees recht lijkt het echter niet waarschijnlijk dat spoedig sprake zal zijn van een situatie waarbij geheel buiten de bedrijfs- of zelfstandige beroepsactiviteit is gecontracteerd. Een ondernemer lijkt op grond van de uitspraak inzake R&B Customs Brokers in het Engelse recht onder de Unfair Contract Terms Act 1977 aanspraak te kunnen maken op de consument beschermende regels, indien de transactie geen “integral parts of the businesses” vormt en er bovendien geen “degree of regularity” is. In het Franse recht, ten slotte, lijkt het met de komst van het nieuwe criterium (“rapport direct”) tegenwoordig minder van belang te zijn of al dan niet buiten de professionele vaardigheid wordt gehandeld.

b. Voorstel voor een definitie

De hier voorgestelde definitie luidt als volgt:

“consument: een natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden die voor een overwegend gedeelte geen verband houden met een (toekomstig) beroep of bedrijf.”

Deze definitie hanteert de negatief doelgerichte omschrijving. Enerzijds omdat de omschrijving gehanteerd wordt in (praktisch) alle Europese instrumenten en ook overigens de dominante methode ter afbakening van het begrip consument

²⁵⁸ Asser-Hartkamp, *o.c.*, nr. 367.

²⁵⁹ Brunner, C. en Hondius, E. (red.), *o.c.*, commentaar bij artikel 6:236, aantekening 5.

²⁶⁰ Reehuis, W. en Slob, E., *o.c.*, p. 1651.

²⁶¹ Engelhardt, J., *o.c.*, p. 94.

²⁶² Heinrichs, H., *o.c.*, 2003, § 13 BGB, randnr. 2.

is in de onderzochte rechtsstelsels. Anderzijds aangezien een negatieve omschrijving, waaronder begrepen de negatief doelgerichte omschrijving, een natuurlijk persoon eerder als consument zal aanmerken dan een positieve omschrijving (zie hiervoor onder B.1.b). Dat lijkt mij vanuit een oogpunt van consumentenbescherming gewenst.

Dit laatste aspect speelt ook mee bij en verklaart de beslissing om uit te gaan van een subjectieve benadering. Een objectieve benadering heeft namelijk als “nadeel” dat geen sprake zal zijn van een consumententransactie indien de wederpartij (de ondernemer) er gegeven de omstandigheden op mag vertrouwen dat de natuurlijke persoon het goed of de dienst niet afneemt in de hoedanigheid van consument. Ik vind dat in dit geval het belang van de afnemer (consument) prevaleert boven dat van zijn wederpartij.

Een natuurlijk persoon die een gemengde overeenkomst sluit zal enkel als consument worden aangemerkt indien gehandeld wordt voor (een) doeleinde(n) die (dat) voor een *overwegend* gedeelte geen verband houd(t)(en) met een beroep of bedrijf. Het lijkt mij onnodig om een afnemer die voor een wezenlijk gedeelte handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf te beschermen. Aan de andere kant bevreemdt het dat een afnemer die voornamelijk handelt voor persoonlijke behoeftebevrediging en slechts voor een klein gedeelte handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf geen aanspraak kan maken op de consument beschermende bepalingen.

Bijzondere kennis en/of het aangaan van overeenkomsten die tot doel hebben om het vermogen van een betrokkene te vergroten vormen in de voorgestelde definitie geen reden om een natuurlijk persoon een beroep op het consumentenrecht te ontzeggen, tenzij bijvoorbeeld met een zekere regelmaat (binnen een kort tijdsbestek) transacties worden aangegaan teneinde winst te maken door aangeschafte goederen (onmiddellijk) te (her)verkoppen. Een en ander is in overeenstemming met de dominante benadering in de onderzochte rechtsstelsels.

Ondernemers – daaronder ook begrepen kleine ondernemers en rechtspersonen – dienen naar mijn mening zoveel mogelijk, behoudens het geval van gemengde overeenkomsten die voor een overwegend gedeelte geen verband houden met een beroep of bedrijf, buiten het consumentenrecht te worden gelaten. Dit verklaart waarom rechtspersonen in de definitie zijn uitgesloten (vgl. enkel een natuurlijk persoon kan consument zijn). Dit verklaart eveneens de keuze voor de zinsnede “geen verband houden met *een* beroep of bedrijf”. Het gebruik van deze zinsnede sluit bedrijfsvreemde overeenkomsten of overeenkomsten die buiten de handels-, beroeps- of bedrijfsactiviteit van een ondernemer vallen namelijk uitdrukkelijk uit van het consumentenrecht. Ook startende ondernemers zijn in de definitie uitdrukkelijk uitgesloten.

De door mij voorgestelde definitie wijkt mijns inziens inhoudelijk niet af van de definitie in het Draft Common Frame of Reference (“A ‘consumer’ means any

natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.”)²⁶³

2. *Het begrip ondernemer*

a. *Vergelijking*

Ik besteed in deze paragraaf geen aandacht aan het begrip ondernemer in het HGB en het begrip ondernemer in de Code de commerce (vgl. paragraaf C.2.b hieronder). Van de in onderdeel B onderzochte rechtsstelsels hanteren het Europees Gemeenschapsrecht,²⁶⁴ het Nederlandse²⁶⁵ en het Duitse recht²⁶⁶ een positief hoedanigheidsgerichte omschrijving van het begrip ondernemer (het recht van genoemde rechtsstelsels bepaalt met andere woorden wie als ondernemer moet worden aangemerkt, waarbij de hoedanigheid van de ondernemer centraal staat). De in de Franse literatuur voorgestelde definities²⁶⁷ – een (algemene) definitie van het begrip ondernemer ontbreekt immers in de Franse wetgeving – lijken over het algemeen bij de zojuist genoemde rechtsstelsels aan te sluiten. Het Engelse recht, hoewel verre van uniform, lijkt (eveneens) uit te gaan van een positieve benadering.²⁶⁸ Verder valt op dat onder het begrip ondernemer in alle onderzochte rechtstelsels natuurlijke personen en rechtspersonen (lijken te) vallen.²⁶⁹

Afbakening van het begrip ondernemer aan de hand van het tweede in onderdeel B.2.b genoemde criterium, de aard van de transactie (een ondernemer is bij

---

263 Draft Common Frame of Reference (Interim Outline Edition), o.c., p. 329. In het voorstel voor een Richtlijn betreffende consumentenrechten (Voorstel van 8 oktober 2008 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def.) wordt echter aangesloten bij een beperkte omschrijving van het begrip consument (Hardy, R. en Hesens, G., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2009, p. 70).

264 Artikel 2 van Richtlijn 85/577/EG, o.c., artikel 2 lid 3 van Richtlijn 97/7/EG, o.c., artikel 2 onder c van Richtlijn 93/13/EG, o.c., artikel 1 lid 2 sub c van Richtlijn 1999/44, o.c., artikel 2 van Richtlijn 1994/477EG, o.c., artikel 2 onder c van Richtlijn 2002/65, o.c., artikel 2 sub d van Richtlijn 1998/6, o.c. en artikel 1 sub b van Richtlijn 87/102/EG, o.c.

265 Artikelen 6:119a lid 1, 7:5, 7:46a, 7:48a onder b BW, artikel 2 van de Wet op het consumentencrediet en artikel 1 lid 1 onder a van de Colportagewet.

266 § 14 van het BGB.

267 Vergelijk bijvoorbeeld Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., o.c., p. 4.

268 Section 12 en 25 van de Unfair Contract Terms Act 1977, Section 14 (2) en (3) van de Sale of Goods Act 1979, Section 137 van de Fair Trading Act 1973, Regulation 3 (1) van de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, Regulation 3 van de Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, Regulation 2 van de Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations 1987 en het voorstel voor Regulation 2 van de Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004.

269 Zie voor het Europees Gemeenschapsrecht de bewoordingen van de hiervoor genoemde richtlijnen, voor het Nederlandse recht de bewoordingen van de hiervoor genoemde artikelen, voor het Duitse recht de bewoordingen van § 14 van het BGB en voor het Engelse recht met name de hiervoor genoemde Regulations.

hantering van dit criterium degene die een bepaalde transactie sluit), wordt niet toegepast in de onderzochte rechtsstelsels.

Conform de bevindingen bij het begrip consument, besteden ook de onderzochte rechtsstelsels bij de afbakening van het begrip ondernemer over het algemeen weinig tot geen aandacht aan de vraag of uitgegaan dient te worden van een subjectieve (de innerlijke bedoeling van de ondernemer is doorslaggevend) of een objectieve (van belang is hoe de afnemer zich uiterlijk heeft gedragen; op de innerlijke bedoeling van de ondernemer komt het niet aan) benadering. Dit geldt in het bijzonder voor de Europese richtlijnen, het Engelse en Franse recht, met als gevolg dat het in deze drie rechtsstelsels op dit moment niet duidelijk is welke van de hier besproken benaderingen prevaleert. Ook in het Nederlandse en Duitse recht is het niet (geheel) duidelijk of uitgegaan dient te worden van een objectieve of subjectieve benadering. Aan de ene kant lijkt het, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van het begrip consument, logisch om naar analogie uit te gaan van de subjectieve benadering in het Nederlandse, respectievelijk de objectieve benadering in het Duitse recht. Aan de andere kant geldt specifiek wat betreft het Nederlandse recht dat het doel van het consumentenrecht er aan in de weg lijkt te staan om van de subjectieve benadering uit te gaan en is de objectieve benadering meer voor de hand liggend. Bij gebrek aan rechtspraak in zowel het Nederlandse als het Duitse recht is op dit moment echter niet (met zekerheid) te zeggen welke van de hier besproken benaderingen prevaleert.

De overige in onderdeel B.2.b genoemde kwesties (de status van gemengde overeenkomsten en dergelijke) zijn reeds bij de bespreking van het begrip consument aan de orde gekomen en verdienen daarom hier geen aparte behandeling.

b. Voorstel voor een definitie

Mede op basis van het bovenstaande wordt de volgende definitie voorgesteld:

“ondernemer: een natuurlijk persoon of een rechtspersoon, die handelt in de uitoefening van een (toekomstig) beroep of bedrijf.”

De definitie hanteert aldus een positieve omschrijving waarbij de hoedanigheid van de natuurlijk persoon of rechtspersoon centraal staat. Dit is in overeenstemming met de onderzochte rechtsstelsels. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen ondernemer kunnen zijn.

Gekozen is verder voor de objectieve benadering. Dat lijkt vanuit een gezichtspunt van consumentenbescherming een voor de hand liggende keuze te zijn. Het is immers niet goed voorstelbaar dat een afnemer, zijnde natuurlijk persoon, geen beroep kan doen op regels van consumentenrecht op grond van de omstandigheid

dat zijn wederpartij niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, zonder dat eerstgenoemde daarvan op de hoogte was noch behoefde te zijn.

Het woord “toekomstig” is voor de volledigheid opgenomen, hoewel zo’n situatie zich niet vaak (denk bijvoorbeeld aan een natuurlijk persoon die alvast inventaris koopt voor een op te richten onderneming) zal voordoen.

Ik heb er uitdrukkelijk voor gekozen om geen aparte “handelsrechtelijke” definitie (vgl. het Duitse en Franse recht hierboven) op te nemen van het begrip ondernemer (of soortgelijke begrippen). Dat is volgens mij enerzijds niet nodig – één definitie van het begrip ondernemer voor het overeenkomstenrecht is voldoende – en leidt ook tot minder afbakeningsproblemen en complicaties.

De door mij voorgestelde definitie wijkt ietwat af van de definitie in het Draft Common Frame of Reference (“ ‘Business’ means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity.”)²⁷⁰ In het bijzonder ontbreekt in mijn voorstel een referentie naar het karakter van de rechtspersoon (“irrespective of whether publicly or privately owned”) en het winstoogmerk (“even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity”). Deze verwijzingen zijn naar ik aanneem opgenomen om het begrip “business” zo ruim mogelijk te houden. Inhoudelijk is er naar mijn mening echter nauwelijks of geen verschil tussen mijn voorgestelde definitie en de definitie in het Draft Common Frame of Reference.

D. Conclusie

In dit artikel stonden de begrippen consument en ondernemer centraal. Getracht is een overzicht te geven van die begrippen in het Europees Gemeenschapsrecht, het Nederlandse, het Duitse, het Engelse en het Franse recht aan de hand van vooraf vastgestelde criteria. Daarnaast zijn de onderzochte rechtsstelsels met elkaar, met behulp van de criteria, vergeleken. Op basis van deze informatie is een voorstel geformuleerd voor een definitie van het begrip consument. Eveneens is een voorstel gedaan voor een definitie van het begrip ondernemer.

---

270 Draft Common Frame of Reference (Interim Outline Edition), o.c., p. 328.

2 Precontractuele informatieplichten vanuit Europees perspectief¹

A. Inleiding

Het eens zo machtige adagium “emptor debet esse curiosus”, dat bepaalt dat iedere partij bij het totstandkomen van een (koop)overeenkomst zelf verantwoordelijk is voor het inwinnen van de voor hem of haar noodzakelijke informatie, heeft in de loop van de tijd aan belang ingeboet,² niet in de laatste plaats door de opkomst van talloze precontractuele informatieplichten, die veelal de professionele aanbieder (ondernemer) verplichten om allerhande informatie aan de particuliere afnemer (consument) beschikbaar te stellen. De opkomst van precontractuele informatieplichten heeft zich met name de laatste decennia voorgedaan onder invloed van een toegenomen aandacht voor de precontractuele fase en de opmars van de redelijkheid en billijkheid en wel op een zodanig grote schaal dat informatieplichten tegenwoordig in vele rechtstelsels worden gerekend tot de kerngebieden van het privaatrecht. Dat is niet alleen zo voor het Franse recht (waar het eerste boek van de Code de la Consommation de titel “Information des consommateurs et formation des contrats” heeft meegekregen), maar ook voor bijvoorbeeld het Belgische,³ Duitse⁴ en Nederlandse recht⁵ (waar weliswaar een algemeen, zelfstandig leerstuk met betrekking tot informatieplichten ontbreekt, maar waar de materie een plaats heeft verworven bij allerhande klassieke leerstukken uit

---

1 Een aangepaste versie van dit artikel is verschenen in *Vermogensrechtelijke Annotaties* (inmiddels: *Vermogensrechtelijke Analyses*), 2004, p. 19-45 en in Smits, J. en Stijns, S. (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 135-158.

2 Fleischer, H., “Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht”, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2000, p. 772. Vergelijk ook Hoffmann, D., “Analyse der europäischen Rechtssetzungstechniken im Bereich des Vertragsrecht aus der Sicht der Europäischen Kommission”, in Heusel, W. (red.), *Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz*, Keulen, Bundesanzeiger, 1999, p. 44.

3 Vergelijk de dissertatie van De Boeck, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

4 Vergelijk de uitvoerige, rechtsvergelijkende studie van Fleischer, H., *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München, Beck, 2001.

5 Vergelijk Vranken, J., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1989; Castermans, A., *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer, Kluwer, 1992 en Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

het verbintenissen- en overeenkomstenrecht, zoals bijvoorbeeld bij het leerstuk van de wilsgebreken). Ook de instituties van de Europese Unie hebben zich, bij hun inmenging met het privaatrecht van de Lidstaten, veelvuldig bediend van het instrument “precontractuele informatieplichten”. Inmiddels zijn, al dan niet sectorspecifieke, informatieplichten die hun oorsprong in het Europees Gemeenschapsrecht vinden dan ook talrijk: men treft ze onder andere aan in richtlijnen met betrekking tot consumentenkrediet, productaansprakelijkheid, op afstand gesloten overeenkomsten, colportage en timesharing.⁶

In dit artikel zal ik aandacht besteden aan uit het Europees Gemeenschapsrecht afkomstige informatieplichten, voor zover zij zien op de fase voor het (eventueel) sluiten van de overeenkomst (precontractuele fase);⁷ aan informatieverplichtingen bij de uitvoering van overeenkomsten wordt geen aandacht besteed. Een tweede beperking van deze bijdrage bestaat daarin dat niet gestreefd zal worden naar een uitputtende behandeling van alle uit het Europees recht afkomstige precontractuele informatieplichten; dat is gelet op het grote aantal en de verscheidenheid niet mogelijk en wenselijk. In plaats daarvan worden overkoepelende kenmerken in de Europese richtlijnen ten aanzien van het contractenrecht⁸ weergegeven, in de hoop en veronderstelling dat de materie daardoor aan inzichtelijkheid wint.

In onderdeel B analyseer ik precontractuele informatieplichten. Vervolgens komen de precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht aan bod (paragraaf C). Daarbij zal overigens getracht worden enkele algemene uitgangspunten met betrekking tot de inmenging van de Europese Unie op het terrein van het overeenkomstenrecht te schetsen (C.1). Daarnaast wordt gepoogd om de rol

---

6 Respectievelijk Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, Publicatieblad EG L 42/48 van 12 december 1987; Richtlijn 85/374/EG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Publicatieblad EG L 210/29 van 8 juli 1985; Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, Publicatieblad EG L 144/19 van 4 juni 1997; Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, Publicatieblad EG L 372/31 van 31 december 1985 en Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, Publicatieblad EG L 280/83 van 29 oktober 1994.

7 Sporadisch zal daarbij aandacht besteed dienen te worden aan eisen die door het Europees Gemeenschapsrecht worden gesteld aan de overeenkomst.

8 Daarbij zal zo veel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de indeling van Van Erp en Smits (Van Erp, J. en Smits, J., *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001). Uitgezonderd van deze bijdrage zijn (dan ook) in beginsel onder andere (precontractuele) informatieplichten betreffende prijsaanduiding, verpakking, etikettering, financiële dienstverlening en productenaansprakelijkheid.

van en het belang dat wordt gehecht aan informatie in het Gemeenschapsrecht in kaart te brengen (C.2). Dat lijkt zinvol aangezien deze algemene uitgangspunten, zoals zal blijken, hun weerslag hebben op de uit het Gemeenschapsrecht afkomstige informatieplichten. In onderdeel D sta ik stil bij de mogelijkheid om de in de Europese richtlijnen vervatte precontractuele informatieplichten te veralgemeniseren. Dit artikel wordt afgesloten met een conclusie (onderdeel E).

B. Analyse van precontractuele informatieplichten

1. *Precontractuele informatieplichten: afbakening, soorten en manieren van informatieverstrekking*

Informatieplichten kunnen op verschillende manieren onderscheiden worden: naar hun bron, naar hun rechtsgevolgen, naar hun doel, etcetera.⁹ Veelal wordt een onderscheid gemaakt naar het moment waarop de informatieplicht bestaat en de informatie moet worden bezorgd aan de wederpartij, namelijk voor het sluiten (precontractueel), tijdens de uitvoering (contractueel) of na de uitvoering van de overeenkomst (postcontractueel).¹⁰ Precontractuele informatieplichten zijn in die benadering dan plichten (afkomstig uit regelgeving of rechtspraak) die een partij opleggen informatie aan de wederpartij te verstrekken in de fase voorafgaand aan het (eventueel) sluiten van de overeenkomst.¹¹ Bij die definitie zal in het kader van deze bijdrage aansluiting worden gezocht.

Daarnaast kunnen, gebaseerd op de inhoudelijke intensiteit of draagwijdte, drie soorten precontractuele informatieplichten worden onderscheiden: de mededelings-, de waarschuwings- en de raadgevingsplicht (ook wel advies genoemd).¹² De mededelingsplicht is daarbij de minst verregaande van de precontractuele informatieplichten. Zij bestaat erin dat neutrale of objectieve informatie wordt verstrekt, zonder dat daarbij het oogmerk is rechtstreeks de handelwijze van de informatieontvanger te beïnvloeden. De waarschuwingsplicht gaat verder dan de mededelingsplicht en bestaat daarin dat zij, kort gezegd, de aandacht van de informatieontvanger wil vestigen op bepaalde gevaren of risico's (hetgeen een meer ingrijpende inmenging in andermans zaken met zich brengt). De precontractuele raadgevingsplicht, ten slotte, is de meest verregaande informatieplicht

9 Hesselink, M., *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 255.

10 Vergelijk Hesselink, M., o.c., p. 256 en De Boeck, A., o.c., p. 31. Afwijkend Fabre-Magnan, M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, L.G.D.J., 1992.

11 Vergelijk de De Boeck, A., o.c., p. 31.

12 Hesselink, M., o.c., p. 257 en De Boeck, A., o.c., p. 76. Deze indeling wordt in het Nederlandse recht, anders dan in het Duitse en Franse recht, niet vaak toegepast (Barendrecht, J. en Van den Akker, E., o.c., p. 36).

en heeft tot doel informatie over te dragen ten einde een opportuniteitsbeoordeling van de voorgenomen overeenkomst mogelijk te maken.¹³

Aan de, op grond van precontractuele informatieplichten, te verstrekken informatie worden geregeld (aanvullende) eisen gesteld, daar waar het de vorm van de informatie betreft. Een voorbeeld is de eis dat de informatieverstrekking schriftelijk dient te geschieden. Voor deze eis is wel wat te zeggen. Een groot voordeel van schriftelijke informatie is namelijk dat de afnemer de informatie in rust tot zich kan nemen en zo nodig herlezen.¹⁴ Aan schriftelijke informatieverstrekking zijn echter ook nadelen verbonden. Zo blijft mondelinge informatie bij veel mensen beter hangen en kan de mondelinge informatie beter op de specifieke situatie worden toegespitst.¹⁵

2. Redenen voor het opleggen van precontractuele informatieplichten

Voor het opleggen van precontractuele informatieplichten bestaan in het algemeen vier redenen. Zoals bovenstaand uiteen werd gezet is de precontractuele fase de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst of aan de beslissing een voorgenomen overeenkomst niet te sluiten. Opdat betrokkenen met kennis van zaken een beslissing nemen omtrent het al dan niet sluiten van een overeenkomst en de voorwaarden waaronder de overeenkomst eventueel wordt gesloten, hebben zij behoefte aan informatie. Een eerste belangrijke reden voor het opleggen van precontractuele informatieplichten is dan ook het vrijwaren van een volwaardige, met kennis van zaken gegeven, toestemming.¹⁶ De precontractuele informatieplichten zorgen er dus voor dat de gegeven toestemming zo nauw mogelijk aansluit bij het belang van elke partij,¹⁷ of, meer eenzijdig benaderd, dat de potentiële afnemer van een goed of een dienst een geïnformeerde en beredeneerde keuze kan maken.¹⁸ Precontractuele informatieplichten bevorderen dan ook een goede manier van wilsvorming aan de zijde van de afnemer en dragen er zodoende aan bij dat de wil van de afnemer vrij van gebreken is.¹⁹

Een tweede reden voor het opleggen van precontractuele informatieplichten is ongelijkheidscompensatie: de (informatie)ongelijkheid tussen potentieel contracterende partijen kan door precontractuele informatieplichten worden overbrugd.²⁰ Het idee is dat precontractuele informatieplichten de gelijkheid van

---

¹³ De Boeck, A., *o.c.*, p. 82.

¹⁴ Barendrecht, J. en Van den Akker, *o.c.*, p. 37.

¹⁵ Barendrecht, J. en Van den Akker, *o.c.*, p. 37.

¹⁶ De Boeck, A., *o.c.*, p. 37.

¹⁷ De Boeck, A., *o.c.*, p. 37.

¹⁸ Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 13.

¹⁹ Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 13 en De Boeck, A., *o.c.*, p. 37.

²⁰ Vergelijk Fabre-Magnan, M., *o.c.*, 1992, nr. 39.

partijen en de daarmee verbonden contractsvrijheid kunnen terugbrengen.²¹ Dat lijkt belangrijk aangezien gelijkheid van partijen en contractsvrijheid, wezenlijke uitgangspunten van het Burgerlijk Wetboek,²² ficties dreig(d)en te worden onder invloed van de toename van specialisatie en kennis aan de zijde van de aanbieders en de daarmee gepaard gaande informatieachterstand van de afnemers.²³ Onge-
lijkheidscompensatie als reden voor het opleggen van precontractuele informatie-
plichten past in de tendens van de laatste decennia om meer te denken in termen
van sociale rechtvaardigheid en de bescherming van de zwakkere partij.²⁴ Het is
dan ook niet verwonderlijk dat precontractuele informatieplichten veelal worden
gehanteerd ter bescherming van de consument.

In de derde plaats zijn precontractuele informatieplichten vanuit een trans-
actiekostenbenadering te verklaren. Het is voor de aanbieder namelijk over het
algemeen goedkoper om informatie te verstrekken, dan voor de afnemer om
informatie te zoeken.

Een vierde reden voor het opleggen van precontractuele informatieplichten
is eveneens economisch van aard. Bij onvolledige of asymmetrisch over aanbie-
ders en afnemers verdeelde informatie leidt het marktmechanisme namelijk niet
automatisch tot efficiënte uitkomsten doordat afnemers veelal in onzekerheid
verkeren over de vraag of zij producten en diensten kiezen overeenkomstig hun
preferenties.²⁵ Interventie door middel van het opleggen van precontractuele
informatieplichten kan dan zinvol zijn, aangezien daardoor die onzekerheid
wordt verminderd. De afname wordt daardoor efficiënter, er ontstaat een grotere
transparantie van de markt en de marktwerking verbetert.²⁶

3. *Het ontstaan van informatietekorten en remedies*

Wilsvorming, informatie en marktwerking zijn dus nauw met elkaar verbonden;
waar een informatietekort ontstaat, loopt de vrije wilsvorming gevaar en de goede
werking van de markt.²⁷ Dit inzicht hebben wij mede te danken aan Stigler.²⁸

21 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 13.

22 Vergelijk Smits, J., "Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht", *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998 p. 13 en 23.

23 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 14.

24 Vergelijk Langemeijer, G. / Schrage, E., *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Deven-
ter, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, p. 90.

25 Van den Bergh, R., "Economische analyse van het consumentenrecht", *Ars Aequi*, 1990, p. 189 en
Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 14.

26 Fabre-Magnan, M., *o.c.*, p. 131.

27 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 15.

28 Stigler toonde namelijk als eerste aan dat het Pareto-optimum niet door marktwerking alleen kan
worden bereikt ingeval er informatietekortkomingen omtrent prijs en kwaliteit zijn (Stigler, G.,
"The economics of information", *The Journal of Political Economy*, 1961, p. 213 e.v.).

Dat individuele afnemers niet over voldoende informatie kunnen beschikken, wil nog niet zeggen dat het opleggen van een informatieplicht per se noodzakelijk is. Zo heeft Grossman aangetoond dat ingrijpen niet altijd nodig is omdat marktwerking, indien aan bepaalde voorwaarden voldaan is, het probleem van informatietekort van afnemers kan verhelpen.²⁹ Hij baseert zich daarbij op een model, waarbij alle aanbieders in eerste instantie de informatie over de kwaliteit van hun product voor zich houden, zodat de afnemers er van uitgaan dat alle producten een gemiddelde kwaliteit hebben. Die omstandigheid benadeelt aanbieders met producten van een relatief hoge kwaliteit en zij zullen dan ook snel overgaan tot het verstrekken en verspreiden van informatie. In de tweede fase van het model zullen als gevolg daarvan, afnemers er van uit gaan dat wie geen informatie verstrekt, producten van relatief lage kwaliteit aanbiedt. Aanbieders van producten met een relatief gemiddelde kwaliteit worden daardoor aangezet om eveneens informatie te verstrekken. Uiteindelijk zullen alle aanbieders informatie verschaffen omtrent de kwaliteit van hun product, behalve de aanbieders van producten met de relatief laagste kwaliteit (die hebben daar immers geen belang bij).

Het model van Grossman gaat daarbij uit van de veronderstelling dat de afnemers weten welke informatie relevant is en dat zij bovendien op de hoogte zijn van de informatie die door concurrenten is meegedeeld. Het is echter twijfelachtig of dit in de realiteit veelvuldig het geval zal zijn. In de eerste plaats, omdat aanbieders die min of meer “spontaan” (lees: onder invloed van marktwerking) informatie aan afnemers verstrekken veelal enkel positieve informatie over hun producten of diensten zullen afgeven, hetgeen het maken van een “juiste” keuze voor afnemers bemoeilijkt.³⁰ Of aanbieders de zaken mooier kunnen voorstellen dan deze zijn, is afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat afnemers dat zullen ontdekken en van de waarschijnlijkheid dat dit tot gevolg heeft dat afnemers hun producten of diensten niet meer zullen afnemen. In bepaalde marktsectoren zijn die risico's voor de aanbieders zo klein dat de informatievoorziening door de aanbieders te wensen over zal laten (bijvoorbeeld vakantiereizen en tweedehands auto's).³¹ In de tweede plaats, dient niet te worden vergeten dat aanbieders er belang bij kunnen hebben om informatie over prijs, kwaliteit en verdere eigenschappen ontoegankelijk te houden.³² Risico's vormen ten slotte een derde belemmering. Een aanbie-

29 Grossman, S., “The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality”, *Journal of Law and Economics*, 1981, p. 461 e.v.

30 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 16.

31 Wat volgens Akerlof tot gevolg kan hebben dat aanbieders van kwalitatief goede producten van de markt verdwijnen, omdat afnemers deze producten niet van kwalitatief slechte producten kunnen onderscheiden (Akerlof, G., “The market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488 e.v.).

32 Vergelijk Gaysford, S., Koboldt, C. en Nawaz, M., *Consumer Detriment under Conditions of Imperfect Information*, Research paper for the Office of Fair Trading, nr. 11, 1997, p. 45, ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikbaar via http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/consumer_protection/oft194.pdf.

der zal risico's verbonden aan een bepaald product of een bepaalde dienst maar zelden uit zichzelf vermelden. Zelfs indien een aanbieder kan aantonen dat aan haar product of dienst minder risico's verbonden zijn dan van de concurrenten, wordt daarmee de aandacht gevestigd op een negatief aspect van het product of de dienst, hetgeen een potentiële afnemer mogelijk zal afschrikken.³³

In de meeste gevallen zijn afnemers dan ook niet volledig geïnformeerd. Het model van Grossman zal dan ook vaak niet opgaan, of meer algemeen geformuleerd, het marktmechanisme zal vaak niet automatisch tot efficiënte oplossingen leiden. Afnemers zullen zelf informatie dienen in te winnen. Daarbij kunnen zij ervoor kiezen zich te verenigen in organisaties (bijvoorbeeld een consumentenorganisatie) om informatie over producten of diensten te verzamelen, maar veelal zullen zij individueel op zoek gaan naar informatie.³⁴ Dat is niet zonder kosten: de afnemer zal zogenaamde zoekkosten moeten maken, die bij de marktprijs van het product of de dienst moet worden opgeteld.³⁵ Afnemers zullen in beginsel dan ook slechts zo lang doorgaan met het vergaren van informatie, tot de extra kosten van het verkrijgen van informatie niet langer opwegen tegen de vermindering van de twijfel mogelijk een verkeerde keuze te maken.³⁶ Gegevens die afnemers kunnen gebruiken om deze twijfel een verkeerde keuze te maken te verminderen, betreffen onder andere de kwaliteit van de aangeboden producten of diensten, de identiteit van de aanbieders en de prijzen die gehanteerd worden.³⁷ De kosten verbonden aan informatie met betrekking tot de kwaliteit van de goederen of diensten is afhankelijk van de aard van de aangeboden producten en diensten.³⁸ Een belangrijk onderscheid is dat tussen zoekgoederen of -diensten en ervaringsgoederen of -diensten.³⁹ Bij zoekgoederen of -diensten kan de afnemer, anders dan bij ervaringsgoederen of -diensten, voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst informatie vergaren die de onzekerheid over de kwaliteit reduceert. Bij ervaringsgoederen kan de onzekerheid enkel door herhaalde aankopen worden gereduceerd.

Informatietekorten kunnen ook door regulering worden ondervangen. Zo kunnen onder andere informatieplichten worden opgelegd, kunnen vormen van kwaliteitsregulering worden gehanteerd en kunnen aansprakelijkheidsregimes worden ingesteld. De vorm en mate van regulering is afhankelijk van de aard

33 Gaysford, S., Koboldt, C. en Nawaz, M., o.c., p. 53-54.

34 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., o.c., p. 17.

35 Van den Bergh, R. en Lehmann, M., "Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1992, p. 589.

36 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., o.c., p. 15.

37 Gaysford, S., Koboldt, C. en Nawaz, M., o.c., p. 35.

38 Van den Bergh, R., o.c., p. 189.

39 Nelson, P., "Information and Consumer Behavior", *Journal of Political Economy*, 1970, p. 311 e.v. Posner voegde daar later ook nog de categorie "confidence goods" (vertrouwensgoederen) aan toe (Posner, R., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Company, 1972, p. 84).

van het informatietekort, maar veelal is het opleggen van informatieplichten aan de aanbieder de minste van alle kwaden.⁴⁰ De aanbieder zal immers meestal al veel informatie voorhanden hebben en bijgevolg zijn de zoekkosten voor hem relatief laag. In hun artikel geven Beales, Craswell en Salop nog een andere reden waarom, algemeen gesproken, het opleggen van informatieplichten te verkiezen is boven andere vormen van regulering: informatieplichten ondervangen het informatietekort van de afnemer (consument) en stellen hem daarnaast, anders dan andere vormen van regulering, toch nog in staat eigen keuzes te maken.⁴¹ Informatieplichten geven afnemers dus de mogelijkheid zichzelf te beschermen in overeenstemming met hun eigen noden, in plaats van de wetgever te belasten met de moeilijke taak een uniforme standaard te ontwikkelen.⁴² Daarbij verdient wel vermelding dat het opleggen van een precontractuele informatieplicht veelal enkel zinvol is indien aanvullende eisen worden gesteld aan de informatie (bijvoorbeeld dat de informatie voldoende begrijpelijk is voor de afnemers).⁴³

4. Voor- en nadelen van precontractuele informatieplichten

Het belangrijkste gevolg van het opleggen van precontractuele informatieplichten aan aanbieders is dat laatstgenoemden informatie moeten verzamelen en overdragen. Dat levert kosten op; kosten die waarschijnlijk worden doorberekend aan de afnemer.⁴⁴ Cruciaal is dan ook de vraag of consumenten deze hogere prijs willen betalen.⁴⁵ Dat kan, anders dan sommige auteurs lijken te suggereren,⁴⁶ overigens wel degelijk het geval zijn. Als de precontractuele informatieplicht daarentegen te ver gaat, kan dat echter betekenen dat de consument uiteindelijk slechter af is. De kosten van de verbeterde informatievoorziening wegen dan niet op tegen de beoogde vermindering van de risico's van verkeerde keuzes. Dat doet zich voor indien de kosten van extra informatievergaring en informatieverschaffing aan de kant van de aanbieder, vermeerderd met de kosten van informatieverwerking aan de kant van de afnemer, groter zijn dan de afname van de risico's van verkeerde beslissingen die met behulp van de extra informatie wordt bereikt (gecorrigeerd voor de risicoaversie of -voorkeur van de betrokken afnemer).⁴⁷

40 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 18. In geval van niet vaak gekochte ervaringsgoederen zullen informatieplichten ontoereikend zijn. In dat geval liggen andere vormen van regulering voor de hand, zoals aansprakelijkheidsregimes.

41 Beales, H., Craswell, R. en Salop, S., "The efficient regulation of consumer information", *Journal of Law and Economics*, 1981, p. 513-514.

42 De Boeck, A., *o.c.*, p. 72.

43 Vergelijk Gaysford, S., Koboldt, C. en Nawaz, M., *o.c.*, p. 68.

44 Mackaay, E., *Economics of information and law*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980, p. 158.

45 Hartlief, T., *De vrijheid beschermd*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 57.

46 Hartlief, T., *o.c.*, p. 57.

47 Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *o.c.*, p. 20.

Daarbij dient echter niet vergeten te worden dat niet alleen aan het opleggen van precontractuele informatieplichten kosten verbonden zijn. Aan praktisch ieder ingrijpen op markten zijn niet beoogde consequenties (vaak kosten) verbonden. Indien de wetgever in plaats van precontractuele informatieplichten gebruik zou willen maken van andere regels ter bescherming van afnemers (veelal de consument) dan zijn daar eveneens kosten aan verbonden:

“Elke verbetering van de rechtspositie van de [consumenten] veroorzaakt kosten, die hun weerslag zullen vinden in de verkoopprijs.”⁴⁸

Een belangrijk ander gevolg van het opleggen van precontractuele informatieplichten is dat de transparantie in de markt wordt verbeterd. Dat wordt algemeen beschouwd als iets positiefs:

“It is often suggested that transparency will increase competition, reduce prices and price dispersion, and increase consumer surplus.”⁴⁹

De redenering is daarbij relatief eenvoudig. Indien afnemers (consumenten) de markt beter kunnen doorzien, zullen zij beter in staat zijn om die producten en diensten te kiezen die het beste aansluiten bij hun voorkeuren. Aanbieders zullen op hun beurt, zodra zij zien dat afnemers naar de concurrent stappen, die producten of diensten aanbieden die bij de vraag van de afnemers aansluiten – bijvoorbeeld betere producten tegen een lagere prijs. Boone en Potters hebben er echter terecht op gewezen dat deze redenering enkel opgaat ingeval goederen of diensten volledig substitueerbaar zijn en bedrijven produceren met constante marginale kosten.⁵⁰ Is niet aan deze voorwaarden voldaan, dan kan meer transparantie leiden tot meer vraag van specifieke producten of diensten en bijgevolg tot hogere prijzen van die producten of diensten. De welvaart neemt dan juist af. Daarbij komt dat indien transparantie leidt tot lagere prijzen, de prijsverschillen voor relatief gelijke producten onder omstandigheden kunnen toenemen. Boone en Potters concluderen dan ook terecht:

“The main result is that the following ‘common wisdom’ is incorrect: more transparent markets always future lower prices, higher consumer welfare and lower price dispersion.”⁵¹

---

48 Van den Bergh, R., o.c., p. 187.

49 Boone, J. en Potters, J., *Transparency, prices and welfare with imperfect substitutes*, CentER Discussion Paper, nr. 7, 2002, p. 1, ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikbaar via <http://center.uvt.nl/research>.

50 Boone, J. en Potters, J., o.c.

51 Boone, J. en Potters, J., o.c., p. 1.

Howells en Wilhelmsson brengen nog enkele andere nadelen van precontractuele informatieplichten tot uitdrukking:

“As many have noted, necessary information may not reach the consumers, they may have difficulties in understanding and using the information, and they may not even find it worthwhile to make use of the information, considering the relatively small advantages it may bring. (...) The regulation of information also lacks relevance if the consumer does not have any alternatives in practice. Information that a cheap product is of inferior quality in comparison to a corresponding more expensive one does not help a consumer who cannot afford to buy the more expensive one. In other words, well-off consumers tend to gain more from a transparency strategy than their less-advantaged brothers and sisters.”⁵²

Ten slotte zijn er aanwijzingen in de behavioural economics dat op grond van precontractuele informatieplichten verstrekte informatie soms zijn doel niet bereikt (ook daar waar het beter opgeleide afnemers betreft).⁵³ Een belangrijke les die bijvoorbeeld geleerd kan worden is dat individuen informatie niet neutraal bekijken:

“(...) [C]onsumers often interpret information in ways that suit their prejudices. Thus information which supports their desired decision will be favourably received, whereas unwelcome information that might cause them to change approaches will sometimes be ignored or downplayed. In other words consumers interpret information to justify their consumption behaviour and do not always use it in the rationale manner, as neutral advice, that traditional economists suggest they ought to.”⁵⁴

C. Precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht

1. Europese inmenging op het terrein van het contractenrecht⁵⁵

Inmenging van de instituties van de Europese Unie met het overeenkomstenrecht was tot voor kort nogal beperkt. Dat verbaast niet, aangezien de Europese Unie

---

52 Howells, G. en Wilhelmsson, T., “EC consumer law: has it come of age?”, *European Law Review*, 2003, p. 380.

53 Zie uitgebreid Eisenberg, M., “The Limits of Cognition and the Limits of Contract”, *Stanford Law Review*, 1995 en meer algemeen Sunstein, C. (red.), *Behavioural Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

54 Howells, G. en Wilhelmsson, T., *o.c.*, p. 381.

55 Dit onderdeel is (deels) gebaseerd op Smits, J. en Hardy, R., “De toekomst van het Europees contractenrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2002, p. 827 e.v.

alleen kan optreden waar daartoe een competentie bestaat en die competenties nauw gekoppeld zijn aan de in Artikelen 2 en 3 van het EG-verdrag omschreven doelstellingen. Op privaatrechtelijk terrein zijn het meest relevant het bevorderen van de werking van de interne markt en de versterking van de consumentenbescherming. Met name op basis van dat eerste motief (uitgewerkt in Artikel 95 van het EG-verdrag), al dan niet in combinatie met andere motieven, zijn dan ook vrijwel alle Europese richtlijnen op het terrein van het contractenrecht gegrond. De motivering is daarbij doorgaans dezelfde: het bestaan van verschillen tussen nationale wetgeving leidt tot verstoringen van de concurrentie tussen bedrijven en vereist daarom harmonisatie.⁵⁶ De belangrijkste consequentie van harmonisatie van recht via richtlijnen is dat dit leidt tot een fragmentarische eenheid; anders dan in de klassieke codificaties, waarin het gehele overeenkomstenrecht wordt bestreken, geschiedt de Europese harmonisatie vanuit specifieke thema's die op een bepaald moment op de politieke agenda komen van een van de Directoraaten-Generaal van de Europese Commissie. Dat is harmonisatie van geval tot geval. Nadeel hiervan is dat de Europese richtlijnen slechts deelgebieden van het contractenrecht bestrijken en soms maar weinig samenhangen. Wie bijvoorbeeld de richtlijnen analyseert op de diverse ontbindingstermijnen, bemerkt grote verschillen: zij variëren van zeven dagen in de Richtlijn colportage en tien dagen in de Richtlijn timeshare tot zeven werkdagen in de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten en wederom tien dagen in de Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten.

Wat verder opvalt is dat het met name het Directoraat Gezondheid en Consumentenbescherming is, dat het voortouw heeft genomen bij de harmonisatie van het overeenkomstenrecht.⁵⁷ Dat is niet geheel verbazend. Keerzijde van het totstandbrengen van een interne markt is namelijk dat de belangen van consumenten in het gedrang kunnen komen. Actie vanwege de Europese Unie is dan noodzakelijk ter bescherming van de consument, maar ook ter voorkoming van een verstoring van de interne markt (het bestaan van verschillen tussen nationale wetgeving op het terrein van de consumentenbescherming leidt immers tot verstoring). Consequentie van een en ander is wel dat veel richtlijnen, die

56 Dit motief vindt men in de Richtlijn misleidende reclame (Richtlijn 84/450 van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake misleidende reclame, Publicatieblad EG L 250/17 van 19 september 1984) en, via vrijwel alle andere richtlijnen, nog steeds in de Richtlijn inzake verkoop op afstand van financiële diensten (Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, Publicatieblad EG L 271/16 van 9 oktober 2002).

57 Vergelijk in dat verband ook de volgende door het Directoraat Gezondheid en Consumentenbescherming gepubliceerde documenten: Mededeling over Europees verbintenissenrecht van 11 juli 2001, COM(2001) 398 def., Publicatieblad EG 2001, C 255/01 en Een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM(2003) 68 def., Publicatieblad EG 2003, C 63/01.

gewijd zijn aan het overeenkomstenrecht, in hun toepassingsbereik beperkt zijn tot consumententransacties. Hierdoor ontstaat, naast fragmentatie (zie hiervoor), differentiatie in het overeenkomstenrecht. Een consumententransactie wordt immers onderworpen aan een eigen, van het gemene recht afwijkend, regime, waardoor versplintering van het contractenrecht optreedt.⁵⁸

2. Informatie en het Europees Gemeenschapsrecht

Het belang van informatie wordt door de Europese Unie over vrijwel de gehele linie van het Gemeenschapsrecht erkend.⁵⁹ Dat kan waarschijnlijk verklaard worden door het streven van de instellingen naar een goed functionerende interne markt en de daarvoor noodzakelijke transparantie.⁶⁰ Daarbij komt dat de Europese Gemeenschap in het algemeen uitgaat van een vrij klassieke, liberale inrichting van de interne markt;⁶¹ in het overeenkomstenrecht komt dit tot uitdrukking in het Actieplan van de Europese Commissie:

“De Commissie meent dat contractuele vrijheid een van de leidende beginselen van (...) het [contracten]recht moet zijn. Beperkingen op deze vrijheid mogen alleen in overweging worden genomen als dit met goede redenen kan worden verantwoord.”⁶²

Het belang van informatie komt met name in het Europees consumentenbeleid, specifiek bij de voorlichting van de consument, heel uitdrukkelijk naar voren. Dat bleek reeds betrekkelijk kort na de oprichting van de EG. Martinek merkt in dat verband het volgende op:

“In den programmatischen Festlegungen zur Verbraucherschutzpolitik haben die Organe der Europäischen Gemeinschaft von Anfang an und bis heute die besondere Priorität des Verbraucherinformation immer wieder betont, so in den Programmen zur Verbraucherschutzpolitik der Jahre 1975 bis 1990, in den beiden dreijährigen Aktionsplänen über die Verbraucherschutzpolitik 1990 bis 1992 sowie 1993 bis 1995 und unlängst in der Mitteilung der Kommission über Verbraucherschutzpolitische Prioritäten 1996 bis 1998.”⁶³

---

58 Vergelijk Smits, J., o.c., p. 27.

59 Staudenmayer, D. en Pelet, S., “Le droit à l'information du consommateur”, *L'Observateur de Bruxelles*, 1998, p. 39 en Fleischer, H., o.c., 2000, p. 781.

60 Vergelijk Howells, G. en Wilhelmsson, T., o.c., p. 380.

61 Hesselink spreekt in dit verband van “marktfetisjisme” (Hesselink, M., “Naar een coherenter Europees contractenrecht?”, *Nederlands JuristenBlad*, 2003, p. 2092).

62 Actieplan, o.c., no. 93.

63 Martinek, M., “Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr”, in Grundmann, S. (red.), *Systembil-*

Een blik op de in de loop der tijd aangenomen actieplannen op het terrein van het consumentenrecht bevestigt dit beeld.⁶⁴ Inmiddels wordt het belang van voorlichting ook in het primaire Gemeenschapsrecht expliciet tot uitdrukking gebracht: artikel 153, dat een expliciete bevoegdheid geeft aan de instellingen op het terrein van consumentenbescherming, spreekt van het “recht [van consumenten] op voorlichting”.⁶⁵

In de rechtspraak van het Hof van Justitie komt eveneens het belang van voorlichting van de consument naar voren. De zaak GB-IMMO-BM vormt hier een goede illustratie.⁶⁶ In die zaak had GB-IMMO-BM, een vennootschap die in België supermarkten exploiteert, reclamefolders in België en Luxemburg verspreid. De Confédération du commerce luxembourgeois, een vereniging die de belangen van Luxemburgse handelaren vertegenwoordigt, protesteerde hiertegen en stelde een rechtsvordering in voor de Luxemburgse rechter teneinde de verspreiding van de folders een halt toe te roepen. Volgens de vereniging was de in de folders opgenomen reclame in strijd met een Luxemburgse verordening betreffende oneerlijke mededinging, aangezien daarin is neergelegd dat aanbiedingen met tijdelijke prijsverlagingen buiten bijzondere verkopen of uitverkopen slechts zijn toegestaan op voorwaarde dat in de aanbieding noch de geldigheidsduur ervan wordt vermeld noch naar vroegere prijzen wordt verwezen (hetgeen in het onderhavige geval nu juist wel was geschied). De vennootschap stelde daar tegenover dat de in de folders vervatte reclame in overeenstemming was met de Belgische bepalingen betreffende oneerlijke mededinging en dat het derhalve in strijd zou zijn met het vrij verkeer van goederen (artikel 30 (inmiddels artikel 28) van het EG-verdrag) om op haar de verbodsbepalingen van de Luxemburgse verordening toe te passen. Het Hof van Justitie overwoog, na daartoe te zijn verzocht, dat belemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen moeten worden aanvaard voor zover dwingende vereisten, onder meer in verband met de bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties, de betrokken regeling rechtvaardigen en deze laatste zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde producten. De vereniging had gesteld dat het verbod om in de aanbieding de oude prijs te vermelden gerechtvaardigd zou zijn door de omstandigheid dat de consument in de regel niet in staat is de juistheid van de oude referentieprijzen te

---

dung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 518.

64 Vergelijk bijvoorbeeld het Tweede programma van de Europees Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument van 19 mei 1981, Publicatieblad EG 1981, C 133/1.

65 Zie uitgebreid Stuyck, J., “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer Policy in or beyond the internal market”, *Common Market Law Review*, 2000, p. 367 e.v.

66 Zaak C-362/88, *GB-INNO-BM SA tegen Confédération du commerce luxembourgeois*, [1990] Jurispr. I-667.

controleren en vermelding van de oude prijs een te grote psychologische druk op consument zou kunnen uitoefenen. Daarmee rees de vraag of een nationale wettelijke regeling die de consument de toegang tot bepaalde informatie ontzegt gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van de bescherming van de consument. Het Hof van Justitie concludeerde uiteindelijk dat artikel 30 (inmiddels artikel 28) van het EG-verdrag niet aldus kan worden uitgelegd dat een nationale wettelijke regeling die de consument de toegang tot bepaalde informatie weigert, haar rechtvaardiging kan vinden in dwingende vereisten in verband met de bescherming van de consument. Daarbij liet het Hof meewegen “dat het gemeenschapsrecht op het gebied van de consumentenbescherming de voorlichting van de consument als een van de voornaamste vereisten beschouwd”.⁶⁷ Met deze uitspraak benadrukt het Hof van Justitie het belang van voorlichting en geeft zij aan dat doelstellingen die hiermee verband houden prevaleren boven andere (eveneens belangrijke) doelstellingen van de EG (zoals consumentenbescherming als zodanig).⁶⁸

3. Indeling van de precontractuele informatieplichten aan de hand van de aard van de te verstrekken informatie

Het zal, gelet op het belang dat de Europese Unie aan informatie hecht, niet verbazen dat precontractuele informatieplichten aanwezig zijn in het secundaire Gemeenschapsrecht. Het is evenmin opmerkelijk dat de precontractuele informatieplichten zoals die in de richtlijnen te vinden zijn weinig blijk geven van systematiek; we zagen immers dat de richtlijnen slechts deelgebieden van het contractenrecht bestrijken, (soms) maar weinig samen hangen en niet altijd consistent zijn qua toepassingsbereik (hoewel een groot deel van de richtlijnen beperkt is tot consumententransacties). Van een algemene plicht tot handelen in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase, zoals veel nationale stelsels die kennen, is dan ook geen sprake in het Gemeenschapsrecht.⁶⁹

Interessant is het nu om uit de verschillende precontractuele informatieplichten overkoepelende kenmerken te distilleren. Indien de precontractuele informatieplichten worden ingedeeld aan de hand van de aard van de te verstrekken informatie, dan zijn op een abstracter niveau een drietal verschillende categorieën te onderscheiden: precontractuele informatieplichten met betrekking tot de kern van de overeenkomst (a), met betrekking tot bijkomende voorwaarden (b) en met betrekking tot het recht dat de afnemer heeft (c).

---

67 Zaak C-362/88, o.c., r.o. 18.

68 Fleischer, H., o.c., p. 783.

69 Vergelijk Hesselink, M., o.c., p. 67.

a. Informatie met betrekking tot de kern van de overeenkomst

Verschillende artikelen in richtlijnen verplichten de aanbieder om informatie die de kern van de (eventuele) overeenkomst betreft aan de afnemer over te dragen. Dat is bijvoorbeeld het geval in artikel 4 lid 1 aanhef en onder a, b, c en i van de Richtlijn bescherming consument bij afstandsovereenkomsten, waarin wordt bepaald dat de consument voor het sluiten van de overeenkomst moet beschikken over bepaalde informatie, daaronder onder andere begrepen de “belangrijkste kenmerken van het goed of de dienst”. Artikel 4 van de Richtlijn consumentenkrediet, artikel 3 lid 1 van de Richtlijn pakketreizen, artikel 3 en 4 van de Richtlijn timeshare en artikel 6 lid 1 aanhef en onder b (“de voornaamste kenmerken van het product”) en artikel 7 lid 1 (“essentieel informatie”) van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁷⁰ bevatten eveneens informatieplichten met betrekking tot de kern van de overeenkomst.

b. Informatie met betrekking tot bijkomende voorwaarden

Daarnaast zijn er artikelen die zien op bijkomende voorwaarden (voorwaarden die niet te rekenen zijn tot de kern van de (eventuele) overeenkomst). Voorbeelden zijn te vinden in artikel 3 lid 2 en artikel 4 lid 1 van de Richtlijn pakketreizen. Zo bepaalt artikel 3 lid 2 aanhef en onder d van genoemde richtlijn dat de brochure algemene informatie betreffende paspoorten en visa van de betrokken Lidstaat en de formaliteiten op gezondheidsgebied die voor reis en verblijf noodzakelijk zijn moet bevatten. Ook artikel 10 van de Richtlijn e-commerce, artikel 4 lid 1 aanhef en onder d en e van de Richtlijn afstandsovereenkomsten, artikel 6 lid 1 van de Richtlijn consumentenkrediet, artikel 6 lid 1 aanhef en onder f van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁷¹ en artikel 3 en 4 van en de bijlage behorend bij de Richtlijn timeshare bevatten precontractuele informatieplichten met betrekking tot bijkomende voorwaarden.

c. Informatie met betrekking tot het recht dat de afnemer heeft

Artikel 4 van de Richtlijn colportage, artikel 6 lid 1 derde streepje van de Richtlijn consumentenkrediet, artikel 4 lid 1 onder f van de Richtlijn afstandsovereenkomst, artikel 6 lid 1 aanhef en onder g van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁷² en artikel 3 lid en 4 van en de bijlage onder l behorend bij de Richtlijn timeshare bevatten, ten slotte, precontractuele informatieplichten met betrekking tot de rechten die de afnemer heeft.

⁷⁰ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG, Publikatieblad EG L 149/23 van 11 juni 2005. Men zou kunnen stellen dat het hier gaat om een negatieve verplichting.

⁷¹ Het betreft hier een negatieve verplichting.

⁷² Ibid.

4. *Indeling van de precontractuele informatieplichten aan de hand van de eisen die aan de informatie worden gesteld*

De uit het Gemeenschapsrecht afkomstige precontractuele informatieplichten laten zich eveneens indelen aan de hand van de inhoudelijke eisen die zij aan de informatie stellen.⁷³ Bekijken wij de richtlijnen, dan zijn de volgende inhoudelijke eisen te onderscheiden: er dient wezenlijke informatie te worden verstrekt (a), de verstrekte informatie dient duidelijk (b), makkelijk toegankelijk (c) handzaam (d) en makkelijk vergelijkbaar te zijn (e) en de verstrekking dient tijdig te geschieden (f). De eerste van de hier genoemde inhoudelijke eisen toont overigens, zoals hierna zal blijken, veel overlap met de in de vorige paragraaf reeds behandelde categorie “informatie met betrekking tot de kern van de overeenkomst”.

a. Wezenlijkheid van de informatie

Het komt geregeld voor dat een richtlijn ten aanzien van de te verstrekken informatie (mede) verwijst naar een bij de richtlijn opgenomen bijlage, waarin de gegevens zijn neergelegd die ten minste dienen te worden vermeld voordat, of ten tijde dat, de overeenkomst tot stand komt. Dat is bijvoorbeeld het geval in artikel 4 van de Richtlijn consumentenkrediet, dat bepaalt dat de overeenkomst de essentiële contractsvoorwaarden moet bevatten, waarbij bij wijze van voorbeeld verwezen wordt naar de in de bijlage opgenomen lijst van voorwaarden die als essentieel kunnen worden aangemerkt. Ook de Richtlijn pakketreizen kent een bijlage van gegevens die, indien relevant, in de overeenkomst moeten worden vermeld.⁷⁴ Ten slotte zij ook verwezen naar artikel 4 van de Richtlijn timeshare, waarin staat dat “de overeenkomst (...) ten minste de in de bijlage genoemde gegevens moet bevatten”. Bekijkt men de informatieplichten van de zojuist genoemde richtlijnen en bijlagen van een afstand dan blijkt dat zij gemeenschappelijk hebben dat de prestatie van de aanbieder, de prijs die daarvoor (door de afnemer) betaald moet worden, de contractsvoorwaarden en de rechtsmiddelen verstrekt dienen te worden voor het tot stand komen van de overeenkomst.

De zojuist genoemde gegevens hebben eigenlijk stuk voor stuk betrekking op wezenlijke (lees: voor het sluiten van de overeenkomst belangrijke) aspecten van de overeenkomst. Het Gemeenschapsrecht hecht er belang aan dat afnemers op de hoogte zijn van de voor hen belangrijke informatie.⁷⁵ Het motief is ook terug te

---

73 Vergelijk Mota Pinto, P., “Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht”, in Schulze, R., Ebers, M. en Grigoleit, H. (red.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003 en Fleischer, H., o.c., 2000.

74 Richtlijn 90/314/EG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten, Publicatieblad EG 158/59 van 23 juni 1990.

75 Mota Pinto, P., o.c., p. 164.

vinden in artikel 4 lid 1 aanhef en onder a, b, c en i van de Richtlijn bescherming consument bij afstandsovereenkomsten, waarin wordt bepaald dat de consument voor het sluiten van de overeenkomst moet beschikken over bepaalde informatie, daaronder onder andere begrepen de “belangrijkste kenmerken van het goed of de dienst”. Hetzelfde geldt voor artikel 10 van de Richtlijn elektronische handel.⁷⁶

b. Duidelijkheid van de informatie

Het is uiteraard enkel zinvol om aanbieders te verplichten om wezenlijke informatie te verstrekken, indien deze informatie voor de afnemers begrijpelijk is. Een tweede overkoepelend kenmerk van de precontractuele informatieplichten in het Europees Gemeenschapsrecht bestaat dan ook daarin dat de informatie duidelijk dient te zijn. Het kenmerk is onder andere aanwezig in artikel 3 lid 2 van de Richtlijn pakketreizen, op grond waarvan informatie in een aan de consument verstrekte brochure “leesbaar, duidelijk en nauwkeurig” dient te zijn. Ook in artikel 4 lid 2 van de Richtlijn bescherming consument bij afstandsovereenkomsten, waar melding wordt gemaakt van het “op duidelijke en begrijpelijke wijze” verstrekken van informatie, is het kenmerk terug te vinden. Hetzelfde geldt voor artikel 10 lid 1 van de Richtlijn elektronische handel. Vermelding verdient hier eveneens artikel 5 van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, dat bepaalt dat schriftelijke bedingen in consumentenovereenkomsten “steeds duidelijk en begrijpelijk” moeten zijn opgesteld.⁷⁷

Twee complicaties duiken echter op met betrekking tot de eis van duidelijkheid van de informatie. In de eerste plaats, dient de vraag zich aan wat de standaard is bij de beantwoording van de vraag of informatie duidelijk is. Daarop is, bij gebrek aan rechtspraak, op dit moment geen (stellig) antwoord te geven. Het ligt evenwel voor de hand, maar ook niet meer dan dat, om aansluiting te zoeken bij rechtspraak van het Hof van Justitie terzake van het vrij verkeer van goederen.⁷⁸ De standaard zou dan zijn of de informatie duidelijk is voor de “gemiddelde consument” (dat is: een “gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument”).⁷⁹ Een tweede complicatie heeft betrekking op de taal waarin de informatie wordt verstrekt. Kan bijvoorbeeld een brochure of een overeenkomst

76 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, in de interne markt, Publicatieblad EG L 178/1 van 17 juli 2000. Vergelijk Mota Pinto, P., o.c., p. 164.

77 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Publicatieblad EG L 95/29 van 21 april 1993.

78 Mota Pinto, P., o.c., p. 165.

79 Zie zaak C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb e.V. tegen Clinique Laboratoires SNC en Estée Lauder Cosmetics GmbH, [1994] Jurispr. I-317 en zaak C-210/96, Gut Springheide GmbH tegen Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, [1998] Jurispr. I-4657, later onder meer bevestigd in zaak C-220/98, Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. tegen Lancaster Group GmbH., [2000] Jurispr. I-117. Vergelijk eveneens Mota Pinto, P., o.c., p. 165.

die is opgesteld in een taal die de afnemer slechts beperkt machtig is, duidelijk zijn in de zin van de richtlijnen? Ook hieromtrent is op dit moment weinig met zekerheid te zeggen. In de preambule van de Richtlijn bescherming consumenten bij afstandsovereenkomsten wordt overwogen dat “het gebruik van de talen voor overeenkomsten op afstand onder de bevoegdheid van de lidstaten valt”.⁸⁰ Aan de andere kant zou men misschien uit het hierboven reeds aangehaalde artikel 4 lid 2 van dezelfde richtlijn kunnen afleiden dat te verstrekken precontractuele informatie dient te zijn opgesteld in een taal die de consument (tot op zekere hoogte) machtig is.⁸¹ De Richtlijn timeshare, ten slotte, bevat in artikel 4 wel vrij uitgebreide regels met betrekking tot de taal waarin de informatiebrochure en de overeenkomst dient te worden opgesteld:

“De Lid-Staten bepalen in hun wetgeving (...) dat de overeenkomst en [de informatiebrochure] moeten worden opgesteld in een van de officiële talen van de Gemeenschap, die, ter keuze van de verkrijger, de taal of een van de talen is van de Lid-Staat waar hij woont, of de taal of een van de talen van de Lid-Staat waarvan hij onderdaan is. De Lid-Staat waar de verkrijger woont, kan echter bepalen dat de overeenkomst in elk geval ten minste moet worden gesteld in de taal (talen) van dat land welke officiële taal (talen) van de Gemeenschap is (zijn), en – dat de verkoper ervoor moet zorgen dat de verkrijger een eensluidende vertaling aan de overeenkomst ontvangt in een van de officiële talen van de Gemeenschap, die de taal of een van de talen is van de Lid-Staat waar het onroerend goed gelegen is.”

c. Toegankelijkheid van de informatie

In de derde plaats, dient de te verstrekken informatie gemakkelijk toegankelijk te zijn. De eis komt in het overeenkomstenrecht tot uitdrukking in artikel 10 lid 3 van de Richtlijn elektronische handel, dat bepaalt dat de (algemene) voorwaarden van het contract de afnemer op een zodanige wijze ter beschikking moeten staan, dat hij deze kan opslaan en weergeven (lees: voor de afnemer permanent toegankelijk zijn). Daarnaast stellen sommige richtlijnen eisen aan de vorm van de te verstrekken informatie, ten einde de toegankelijkheid van de informatie te garanderen. Een voorbeeld is te vinden in artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn pakketreizen:

“De organisator en/of de doorverkoper verstrekken de consument *schriftelijk of in enige andere passende vorm*, vóór de sluiting van de overeenkomst, de (...) informatie (...)” [curs. RRRH]

---

⁸⁰ Richtlijn 97/7/EG, o.c., overweging 8 van de preambule.

⁸¹ Mota Pinto, P., o.c., p. 165.

Verder zij opgemerkt dat in verschillende richtlijnen eisen worden gesteld aan de vorm van de overeenkomst.⁸²

d. Handzaamheid van de informatie

Een vierde eis die in de precontractuele informatieplichten is terug te vinden betreft de handzaamheid van de te verstrekken informatie. De eis komt onder andere tot uitdrukking in artikel 4 lid 2 van de Richtlijn consumentenkrediet: de daar voorgeschreven eis van een opgave van het jaarlijkse kostenpercentage, geeft de consument op een kernachtige wijze belangrijke informatie betreffende de kredietovereenkomst. Ook in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn timeshare is de eis zichtbaar, daar waar de vervreemder van een onroerende zaak verplicht wordt “beknopte (...) informatie” te verstrekken aan een ieder die dat wenst.

Aan de eis van handzaamheid wordt echter niet over de gehele linie van het Europees Gemeenschapsrecht vastgehouden. Met name de Richtlijn pakketreizen bevat talloze zeer uitgebreide en gedetailleerde informatieplichten, die tot gevolg hebben dat de afnemer wordt overladen met allerhande, vaak zeer gedetailleerde en specifieke informatie. Hetzelfde is ook te zeggen van de Richtlijn timeshare.⁸³

e. Vergelijkbaarheid van de informatie

Informatieplichten zijn met name interessant indien zij deelnemers aan het economisch verkeer in staat stellen om producten en diensten (op een eenvoudige wijze) te vergelijken. Om die reden legt de Europese Gemeenschap in nogal wat richtlijnen de (aanvullende) eis op dat de te verstrekken informatie makkelijk vergelijkbaar dient te zijn. Deze eis komt, overigens buiten het overeenkomstenrecht, het meest nadrukkelijk tot uiting in de activiteiten van de Gemeenschap met betrekking tot de etikettering van producten. In het overeenkomstenrecht komt zij tot uitdrukking in het al eerder aangehaalde artikel 4 lid 2 van de Richtlijn consumentenkrediet. De opgave van het jaarlijkse kostenpercentage geeft de consument immers op relatief eenvoudige wijze de mogelijkheid om de aanbiedingen en condities van kredietverstrekkers met betrekking tot kosten met elkaar te vergelijken.

f. Tijdigheid van de verstrekking

Een laatste aspect van de precontractuele informatieplichten betreft het moment waarop (of waarvoor) de informatie verstrekt dient te zijn. Het opleggen van een precontractuele informatieplicht is immers enkel zinvol wanneer vóór (of ten

82 Vergelijk artikel 4 lid 2 aanhef en onder b van de Richtlijn pakketreizen (Richtlijn 90/314/EG, o.c.) en artikel 4 lid 1 van de Richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn 87/102/EG, o.c.).

83 Vergelijk Martinek, M., o.c., p. 521 en ook Roth, H., “EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht”, *JuristenZeitung*, 1999, p. 529 en 533.

laatste: met) het sluiten van de overeenkomst van de informatie kennis wordt genomen. Het is dan ook niet zonder reden dat artikel 4 lid 1 van de Richtlijn bescherming consument bij afstandsovereenkomsten bepaalt dat de consument tijdig voor het sluiten van een overeenkomst op afstand dient te beschikken over de informatie. Om een soortgelijke reden vermeldt artikel 10 lid 1 van de Richtlijn elektronische handel, dat “de dienstverlener (...) de (...) informatie verstrekt voordat de afnemer van de dienst zijn order plaatst”.

5. Intensivering van de precontractuele informatieplichten

De precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht, die hierboven werden besproken, behoren alle tot de categorie “mededelingsplichten”. De vraag die in deze paragraaf dient te worden gesteld, is of in het EG contractenrecht ook andere, intensievere precontractuele informatieplichten voorkomen. Met andere woorden: treft men ook precontractuele waarschuwings- en/of raadgevingsplichten aan in het EG contractenrecht? Daarbij verdient vermelding dat met name raadgevingsplichten vrij algemeen zijn in het Gemeenschapsrecht daar waar het financiële dienstverlening betreft. In het EG contractenrecht komen waarschuwings- en raadgevingsplichten echter slechts zeer sporadisch voor. Enkel in het Voorstel voor een (nieuwe) richtlijn consumentenkrediet is een precontractuele raadgevingsplicht aan te treffen.⁸⁴ Op grond van artikel 6 van de voorgestelde richtlijn wordt de kredietverlener (en de eventuele kredietbemiddelaar) namelijk een algemene raadgevingsplicht opgelegd, “opdat de consument de beste keus kan maken tussen de soorten krediet die de kredietverlener gewoonlijk aanbiedt”.⁸⁵ Bij het advies dient rekening te worden gehouden met het aflossingsvermogen van de consument, het risico, een al dan niet vast aflossingsschema, de mogelijkheden van kredietopneming en het doel van de gevraagde krediet.

6. Het spiegelbeeld van de precontractuele informatieplicht: de onderzoeksplicht

De omstandigheid dat precontractuele informatieplichten (specifiek: mededelingsplichten) in groten getale aanwezig zijn in het EG contractenrecht, sluit niet automatisch uit dat afnemers (in bepaalde gevallen) niet medeverantwoordelijk zouden zijn voor het verzamelen van de voor hen noodzakelijk geachte informatie. Net als in de nationale rechtsstelsels is het denkbaar dat op hen, tot op zekere hoogte, een zogenaamde onderzoeksplicht rust. Hoewel de Europese richtlijnen hieromtrent geen regels bevatten (dit is in beginsel een kwestie die grotendeels aan het nationale recht van de Lidstaten wordt overgelaten), lijken er volgens

---

⁸⁴ COM(2002) 443 def. van 11 september 2002.

⁸⁵ Voorstel, o.c., p. 14.

sommige auteurs in de rechtspraak van het Hof van Justitie inderdaad aanwijzingen te bestaan dat ook afnemers medeverantwoordelijk (kunnen) zijn voor informatie.⁸⁶ Zij baseren zich daarbij met name op de rechtspraak van het Hof inzake het vrij verkeer van goederen, waarbij wordt uitgegaan van een omzichtige en oplettende consument. Het is echter, bij gebrek aan rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt, twijfelachtig of de rechtspraak inzake het vrij verkeer van goederen getransponeerd kan worden naar de Europese richtlijnen inzake contractenrecht.⁸⁷

7. Rechtsgevolgen van het niet naleven van precontractuele informatieplichten

Wie, gelet op het grote aantal precontractuele informatieplichten, op grote schaal rechtsmiddelen en -gevolgen met betrekking tot geschonden informatieplichten in het Gemeenschapsrecht denkt aan te treffen komt bedrogen uit. Regelgeving met betrekking tot sancties en rechtsgevolgen ten aanzien van geschonden precontractuele informatieplichten wordt grotendeels aan de Lidstaten overgelaten.⁸⁸ Dit heeft tot gevolg dat weliswaar de informatieplichten in de door de richtlijnen bestreken terreinen als zodanig tot op zekere hoogte uniform zijn, maar dat de rechtsmiddelen en -gevolgen per Lidstaat (kunnen) afwijken.

Slechts op een enkele plaats bevatten de richtlijnen zelf regels ten aanzien van rechtsgevolgen. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen rechtsgevolgen die zien op het achterwege blijven van de informatieverstrekking als zodanig (de precontractuele informatieplicht heeft niet plaatsgehad) en op onjuiste informatieverstrekking (weliswaar is informatie verstrekt, maar die informatie is niet correct). Het achterwege blijven van de informatieverstrekking als zodanig heeft in het Gemeenschapsrecht tot gevolg dat de terugtrekkingstermijn van de wederpartij (de termijn waarbinnen men recht heeft om afstand te doen van de overeenkomst) wordt verlengd. Zo bepaalt artikel 6 lid 1 van de Richtlijn financiële dienstverlening:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de consument beschikt over een termijn van 14 kalenderdagen om de overeenkomst zonder boete en zonder opgave van redenen te herroepen. (...) De termijn waarop een overeenkomst kan worden herroepen

86 Hoffmann, D., o.c., p. 39 en 43 en Staudenmayer, D., “Europäisches Verbraucherrecht nach Amsterdam – Stand und Perspektiven”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1999, p. 733 en 737. Lurger is een andere mening toegedaan (Lurger, B., *Vertragliche Solidarität*, Baden-Baden, Nomos, p. 89).

87 In soortgelijke zin Fleischer, H., o.c., p. 791.

88 Vergelijk artikel 11 lid 1 van de Richtlijn bescherming consument bij afstandsovereenkomsten (Richtlijn 97/7/EG, o.c.): “De lidstaten zorgen ervoor dat passende en doeltreffende middelen beschikbaar zijn om de bepalingen van deze richtlijn in het belang van de consumenten te doen naleven.”

gaat in (...) op de dag waarop de consument de in artikel 5, lid 1 of 2, bedoelde contractvoorwaarden en [de vooraf te verstrekken] informatie ontvangt (...).”

Soortgelijke regels zijn te vinden in artikel 6 lid 1 van de Richtlijn bescherming consument bij afstandsovereenkomsten, artikel 5 lid 1 van de Richtlijn colportage en artikel 5 lid 1 van de Richtlijn timeshare. Of na afloop van de verlengde terugtredingstermijn andere rechtsmiddelen ter beschikking staan, is afhankelijk van het recht van de Lidstaten.

Het doen van een onjuiste precontractuele informatieverstreking heeft tot gevolg dat de onjuiste informatie onderdeel kan worden van de overeenkomst (mocht een overeenkomst tot stand komen). Een voorbeeld is te vinden in artikel 3 lid 2 van de Richtlijn pakketreizen, waaruit volgt dat gegevens in de informatiebrochure de organisator (of de doorverkoper) in beginsel binden. Een ander voorbeeld is te vinden in artikel 3 lid 2 van de Richtlijn timeshare. Ten slotte zij verwezen naar artikel 2 lid 2 aanhef en onder d van de Richtlijn verkoop en garanties consumptiegoederen, dat (a contrario) bepaalt dat consumptiegoederen niet in overeenstemming met de overeenkomst zijn indien de goederen, gelet op de door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen (met name in reclame of etikettering), niet de kwaliteit en prestaties bieden die de consument mag verwachten.⁸⁹

D. De mogelijkheid en wenselijkheid van het veralgemeniseren van precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht

Een belangrijke vraag is of de precontractuele informatieplichten, zoals die in de richtlijnen met betrekking tot het contractenrecht zijn te vinden, vatbaar zijn voor veralgemenisering. Dat zou immers in de lijn liggen van de Europese instellingen om de kwaliteit en de onderlinge consistentie van de al bestaande Europese regelgeving te verbeteren.⁹⁰

---

89 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, Publicatieblad EG 171/12 van 7 juli 1999.

90 Vergelijk Een coherenter Europees verbintenissenrecht, o.c. en de Mededeling over Europees verbintenissenrecht, o.c. Artikel 7 van de Richtlijn betreffende oneerlijke Handelspraktijken en hoofdstuk 2 van het voorstel voor een Richtlijn betreffende consumentenrechten (Voorstel van 8 oktober 2008 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def., waarover Hardy, R. en Hesen, G., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2009, p. 69-71) kennen min of meer algemene informatieverplichtingen voor alle soorten consumententransacties. Aan de andere kant voor onder andere pakketreizen, timeshare-overeenkomsten en financiële diensten blijven ook in het Richtlijnvoorstel nadrukkelijk speciale informatieverplichtingen gelden.

Een veralgemenisering van de precontractuele informatieplichten is echter om verschillende redenen lastig. In de eerste plaats, hebben veel van de in de richtlijnen opgenomen informatieplichten slechts betrekking op één bepaalde groep afnemers, namelijk consumenten. Veel van de regels lijken mede te zijn uitgevaardigd vanwege een informatieachterstand specifiek aan de zijde van de particuliere afnemer. Het is dan ook lastig voor te stellen dat het nuttig is om deze informatieplichten te transponeren naar verhoudingen waarbij geen particuliere afnemers betrokken zijn. Daar komt, in de tweede plaats, nog bij dat de functionele indeling van de Europese Commissie er blijkbaar aan in de weg staat, dat verschillende Directoraten-Generaal met elkaar samenwerken. Dat heeft voor het contractenrecht tot gevolg, zoals we ook reeds eerder zagen, dat richtlijnen op het gebied van het overeenkomstenrecht, die met name geïnitieerd worden door het Directoraat Gezondheid en Consumentenbescherming, in hun toepassingsgebied beperkt zijn tot consumenten. Dat hier niet snel veranderingen zijn te verwachten blijkt bijvoorbeeld ook uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁹¹ In de derde plaats zien de informatieplichten op specifieke situaties: er wordt geen algemene informatieplicht aan de professionele aanbieder opgelegd, maar situatiespecifieke precontractuele informatieplichten (enkel indien een particuliere afnemer een kredietovereenkomst wil sluiten, een recht van time-share wil aanschaffen, etcetera). Ik ben dan ook vrij somber gestemd omtrent de mogelijkheid de precontractuele informatieplichten te veralgemeniseren.

Een andere vraag is of het wenselijk zou zijn om de precontractuele informatieplichten zoals die in de richtlijnen zijn vervat te veralgemeniseren. Indien daarmee bedoeld wordt dat er meer systematiek wordt gebracht in de plichten en dat er consistentie komt wat betreft toepassingsgebied en rechtsgevolgen, dan ben ik daar zeker voorstander van. Indien daarmee bedoeld wordt op de vraag of de reeds nu beschikbare precontractuele informatieplichten zouden moeten worden uitgebreid tot andere situaties,⁹² dan ben ik daar geen voorstander van. Ten aanzien van de uitbreiding dient niet te worden vergeten dat precontractuele informatieplichten, net als ieder ingrijpen op markten, ook “kosten” met zich brengen: “kosten” die doorberekend zouden kunnen worden bijvoorbeeld in de

91 COM(2003) 356 def. van 18 juni 2003. Zie daarover De Vrey, R., “Eerlijk is eerlijk: de consument voorop?”, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 2004, p. 2 e.v.

92 Het uitbreiden van informatieplichten tot andere dan particuliere afnemers is door Lurger bepleit, specifiek in de context van het Europees Gemeenschapsrecht (Lurger, B., *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wenen, Springer Verlag, 2002). De auteur stelt voor om bij het aannemen van informatieplichten geen onderscheid te maken tussen het soort afnemers of transacties; informatieplichten dienen, aldus Lurger, gelijkelijk van toepassing te zijn op particuliere en professionele aanbieders (en ook afnemers zijn gehouden om informatie te verstrekken). Ook Mota Pinto, P., *o.c.*, p. 161 lijkt, tegen de achtergrond van het Gemeenschapsrecht, mogelijkheden te zien om de in eerste instantie op consumenten gerichte informatieplichten uit te breiden naar situaties waarbij twee professionele partijen betrokken zijn.

prijzen van goederen en diensten. Het lijkt mij dan ook niet zinvol om algemene informatieplichten voor het gehele contractenrecht te willen introduceren.

E. Conclusie

In dit artikel stonden precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht centraal. Gelet op het grote aantal en de verscheidenheid is niet gestreefd naar een uitputtende behandeling. In plaats daarvan is gepoogd om overkoepelende kenmerken in de Europese richtlijnen ten aanzien van het contractenrecht weer te geven, in de hoop dat de materie daardoor aan inzichtelijkheid heeft gewonnen. Daarbij is overigens aansluiting gezocht bij de aard van de te verstrekken informatie en de eisen die de precontractuele informatieplichten stellen aan de te verstrekken informatie. Om hierboven genoemde redenen acht ik het niet voor de hand liggend dat het Gemeenschapsrecht binnen afzienbare tijd zal beschikken over een algemene, in de zin van voor alle afnemers en situaties geldende, precontractuele informatieplicht.

3 Pre-contractual duties of disclosure in commercial sales transactions, in particular in sales of privately held companies¹

A. Introduction

One of the most hotly debated questions under the common law of contract is under what circumstances one has a duty to disclose relevant information unknown to the person with whom one bargains.² The nature and content of duties to provide information prior to contract is also at the heart of the Continental European legal systems.³ Yet, pre-contractual duties of disclosure are a topic in which one sees a particular divide between common and civil law. For instance, under French law, duties of disclosure represent a means of bringing equality and transparency to the contracting process, providing parties with a level playing field on which to negotiate.⁴ On the other hand, in English law, these duties are primarily seen as leading to unjust results, by which parties are deprived of an advantage legitimately gained at considerable time and expense (*cf.*, economic theories with regard to disclosure).⁵

In this paper, I study pre-contractual duties of disclosure in commercial sales transactions under Dutch, English, French and German law. In particular, I critically examine whether and under what conditions a seller of a privately held, non-listed company has a duty to disclose relevant information unknown to the buyer of that company. That is, when does a seller's duty to inform prevail over a buyer's duty to investigate? Or, in other words, when may the seller of a privately held company be liable for failing to disclose information to the buyer of

---

¹ Een aangepaste versie van dit artikel is bekroond met de Allen & Overy LLP Onderzoeksbeurs.

² Krawiec, K. and Zeiler, K., *Common Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-theories*, available via SSRN, p. 1.

³ *Cf.*, Giliker, P., "Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law", *European Review of Private Law*, 2005, p. 621.

⁴ Giliker, P., *o.c.*, p. 622.

⁵ Giliker, P., *o.c.*, p. 622. Economic theories with regard to disclosure predict that firms voluntarily disclose their private information, and that, therefore, there is no role for mandatory disclosure, *i.e.*, for pre-contractual duties of disclosure imposed by law (Fishman, M. and Hagerty, K., *Mandatory vs. Voluntary Disclosure in Markets with Informed and Uninformed Customers*, 1997, available at SSRN, p. 2).

that company, or to any other parties involved? This paper aims to investigate in detail to what extent contractual parties (try to) contract around the default rules, specifically in relation to pre-contractual duties of disclosure. It should be stressed that this paper does not deal with the situation where information disclosure is required under a previously undertaken contractual obligation of one party. In addition, pre-contractual duties stemming from securities laws will not be dealt with in this paper. Moreover, information requirements that find their basis in bulk sales laws are outside the scope of this paper.

This paper is structured as follows. Section B analyzes the laws of contract of the Netherlands, England, France and Germany with respect to pre-contractual duties of disclosure. To what extent are pre-contractual duties of disclosure recognized in these legal systems? In addition, in this Section, I investigate, in general terms, for each of the legal systems under scrutiny when a seller's duty to inform prevails over a buyer's duty to investigate. In Section C, I apply the theoretical analysis of Section B to three different practical legal settings (case studies). This paper ends with a conclusion (Section D).

B. Pre-contractual Duties of Disclosure under Dutch, English, French and German Law

1. Pre-contractual Duties of Disclosure under Dutch Law

a. Introduction

Different doctrines or sets of rules under Dutch law may serve as a ground for a duty to disclose information. A first doctrine from which pre-contractual duties of disclosure emerge under Dutch law is that of tortious liability, that is, the reasonable standard of care as provided for in Article 6:162 of the Dutch Civil Code. This standard of care may impose that, in the absence of any contractual relationship, a person availing of certain information may be under an obligation to communicate it to another person. Failing to do so may result in the award of damages to that other person. Depending on the circumstances of the particular case, withholding information or providing incorrect information may, therefore, constitute a pre-contractual fault.

An important doctrine of contract law that has been used to develop pre-contractual duties of disclosure is that of mistake ("dwaling") (Subsection B.1.b). Under Dutch law, it is also possible to detect the requirement of a pre-contractual duty of disclosure in, for instance, contract interpretation, and in the doctrine of reasonableness and fairness ("redelijkheid en billijkheid").

These and other doctrines are studied below (Subsections B.1.b-d). In Subsection B.1.e, I discuss the limitations to pre-contractual information duties

under Dutch law. Subsection B.1.f examines the circumstances that play a role in deciding between a duty of disclosure and a duty to investigate. This Section ends with a conclusion (Subsection B.1.g).

b. Mistake and Pre-contractual Duties of Disclosure

Mistake, within the meaning of Article 6:228 paragraph 1 under a of the Dutch Civil Code, concerns an error by one party as to the correct assessment of the facts under which the contract has been concluded. This error, or inaccuracy, challenges the very validity of the contract. Not every statement qualifies as a mistake, however. Mere puffs, for example, do not have any legal effects. The distinction between mere puffs and a statement which may induce a mistake depends on the extent to which it was reasonable for the other party to believe in the truth of the representation.

Under Dutch law, a mistake may result not only from an active misrepresentation, but according to Article 6:228 paragraph 1 under b of the Dutch Civil Code, also from a failure by one party to inform the other. In other words, a party may sometimes be bound to disclose certain facts that would prevent the other party from entering into the contract under the incorrect assessment of the facts.

A first condition for a successful claim in mistake, derived from Article 6:228 paragraph 1 of the Dutch Civil Code, is the requirement of causality (“causaal verband”) between the representation and the decision of the mistaken party to enter into the contract. The contract should have been entered into under the influence of a mistake.⁶ An additional condition is that the party not in mistake was, or ought to have been, aware of the facts or information it was required to disclose, *i.e.*, this party held a correct assessment of the facts.⁷ Generally, this condition will be more easily satisfied by a professional than a layman.⁸ Some authors have, however, suggested an extensive interpretation of this requirement.⁹ That interpretation would encompass a presumption of knowledge, whereby the “stronger” of both parties would *always* be held liable for the ignorance of both. This interpretation seems delicate to accept, however, for not only would it relax the requirement of proof necessary to establish a mistake, but it would also substantially broaden the protection of the mistaken party under the doctrine. The Hoge Raad does not appear to favor this extensive interpretation. For instance, in a case concerning the sale of a house, the buyers had, before the conclusion of the

6 Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht*, Volume II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12th edition, by Hartkamp, A., Deventer, Kluwer, 2004, no. 177.

7 Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten*, Volume I, *Koop en ruil*, 7th edition, by Hijma, J., Deventer, Kluwer, 2007, no. 234.

8 Asser-Hijma, *o.c.*, no. 236.

9 Girot, C., *User Protection in IT Contracts*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 236.

contract, asked whether there were any impending plans for further construction on the building lot, to which the real estate agent answered that, to his knowledge, no such plans were envisaged.¹⁰ However, a construction plan had been conceived at that time, and it was carried out after the conclusion of the contract. The buyers argued that the sale should be nullified for mistake, because any reasonably competent real estate agent should have checked this information, and a buyer should reasonably be entitled to expect that this verification had been made. The Hoge Raad, however, refused to hold the professional party to a general duty to undertake such an inquiry. Therefore, *a priori*, there seems to be no principle under Dutch law that requires one party to actively inquire as to certain facts of such a nature as to influence the decision of the other party, where the latter could, and should, have investigated these facts itself. On the other hand, the outcome of the case has been criticized, and there might be some ground to believe that the outcome is restricted to cases where research is costly, such as in the sale of real estate. A third condition for a successful claim in mistake is that the party not in mistake knows, or ought to have known, that the circumstances about which the other party was mistaken, have induced the latter to enter into the contract (“kenbaarheidsvereiste”).¹¹ If the party not in mistake did not know, or could not have presumed, the importance of the facts, it is not fair to blame that party for not having made them explicit. Finally, the mistaken party should not have been under a duty to inform itself, or, more generally, the mistake should be excusable.¹² Various circumstances distinguish excusable from inexcusable mistakes.¹³ These circumstances relate to a range of factors, such as the nature of the contract, and the relevant social or reasonable commercial standards of fair dealing (see Subsection B.1.f below). This implies, for instance, that a professional seller of goods should not be required to provide information on the price of similar goods offered by competitors. Not only would such a requirement go against the seller’s direct interests, but this sort of information, according to Dutch law, is for the other party to collect.

The effect of a successful claim in mistake is the annulment (“vernietiging”) of the contract.¹⁴

c. Conformity and Pre-contractual Duties of Disclosure

A party’s expectation *vis-à-vis* the quality of contractual performance is directly influenced by the information available before contract conclusion.¹⁵ With regard

¹⁰ Hoge Raad 18 April 1986, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1986, no. 747.

¹¹ Asser-Hijma, *o.c.*, no. 235.

¹² Asser-Hijma, *o.c.*, no. 242.

¹³ Asser-Hijma, *o.c.*, no. 236-237.

¹⁴ Asser-Hijma, *o.c.*, no. 248.

¹⁵ Tjittes, R., *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 170.

to consumer contracts, in assessing the requirement of conformity in respect of the object of sale, Article 7:18 of the Dutch Civil Code requires the courts to take into account the representations made by, or on account of, the professional seller at the time of the sale. In this respect, information contained in, *e.g.*, commercial advertisements may be taken into consideration. Similarly, the communication of pre-contractual information, as well as the absence thereof, may also influence the court in interpreting the terms of commercial contracts with respect to the quality of the performance. As the failure to disclose contractually relevant information may have an influence on the judicial assessment of the requirement of conformity, one could construe this as constituting a pre-contractual duty of disclosure. This logic is also visible in the interpretation of the requirement of conformity in commercial sales as laid down in Article 7:17 of the Dutch Civil Code.

A buyer may not invoke the non-conformity of the object of sale, however, if it was, or reasonably ought to have been, aware of the defect at the time the contract was concluded. Depending on the specific circumstances of the case, it follows from this requirement that a buyer may sometimes have a duty to investigate, and if the buyer fails to do this, he may not be able to successfully claim that the performance was non-conforming.¹⁶ A buyer may, therefore, not claim for a breach of the requirement of conformity if its expectations were contrary to common sense. For instance, when buying a second-hand car without any guarantee and without making any inquiry as to its safety, a buyer must consider it received what it could expect from the seller when the motor vehicle administration later refuses to issue an authorization of use for the car on the basis of deficient safety.¹⁷

It should be noted that courts frequently approach cases involving non-conformity in very much the same way as they would approach a case of mistake. Identical tests are often used.¹⁸ In fact, normally a plaintiff will rely on both grounds; also because the award of damages is easier to recover under an action for non-conformity.

d. Reasonableness and Fairness and Pre-contractual Duties of Disclosure

Pre-contractual duties of disclosure may also directly stem from the power of interpretation of the courts on the basis of Article 6:248 of the Dutch Civil Code, that is, on the basis of the supplementary function of the notion of reasonableness and fairness. This power of judicial interpretation, if it is carried out in a normative way, may eventually imply contractual duties of disclosure in categories of contracts where, *e.g.*, information exchange appears to be an essential element of the contract.¹⁹

16 Asser-Hijma, *o.c.*, no. 335-337.

17 Cf., Hoge Raad 15 November 1985, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1986, no. 213.

18 Girot, C., *o.c.*, p. 240.

19 Girot, C., *o.c.*, p. 240.

e. Balancing Pre-Contractual Duties of Disclosure

An important limitation to the obligation to disclose information under Dutch law is the obligation on the part of the other party to spontaneously inform itself (“onderzoeksplicht”), *i.e.*, the other party should spontaneously investigate the information that will help it form correct expectations of the subject matter of the contract, and also to inform the seller of its needs and expectations. This duty has specifically been developed with regard to the doctrine of mistake. *Baris v. Riezenkamp* is a fundamental case in this respect.²⁰ In that case, the buyer tried to have a sale nullified on the basis of Article 1348 of the old Dutch Civil Code (Article 6:228 paragraph 1 under b of the present Dutch Civil Code). The Hoge Raad held that when parties enter into contractual negotiations, the parties’ behavior is subject to good faith (reasonableness and fairness), which implies that their conduct should be governed by the justified interests of the other party. This implies, *inter alia*, that if one is considering to enter into a contract, there exists an obligation to take measures, within reasonable limits, to prevent oneself from entering into a contract under the influence of wrong assumptions. The extent of this obligation is, however, limited by the fact that one can normally rely on (the accuracy of) the other party’s information.

Not every mistake will thus qualify as an actionable mistake, but only those mistakes that are excusable (“verschoonbaar”) in the sense of Article 6:228 paragraph 2 of the Dutch Civil Code. In deciding whether or not a mistake is excusable, duties of disclosure and duties of spontaneous investigation usually play a very important role. Depending on whether predominance is given to the first or the second duty, the responsibility of conceiving wrong expectations as to the final performance of the contract will be ascribed to the first or the second party. The real difficulty under Dutch law, in fact, lies in determining how to alternate both duties so that the flow of information between the parties may be as optimal and fair as possible. The balance between the one and the other will essentially depend on the circumstances of the case. As a consequence, the possibility to research the facts one needs, or one’s expertise or professional qualification, as well as the nature of the contract, for instance, will help to decide whether a duty of spontaneous investigation exists or not (see Subsection B.1.f below). A professional party will more readily than a layman be held to have failed to carry out its duty of investigation adequately, so that a successful invocation of the doctrine of mistake will be less common in the former situation.

An important difference exists between a duty of disclosure and a duty of spontaneous investigation as far as the legal effects are concerned.²¹ If a party is held to be in breach of an obligation to disclose information, this failure will be the

²⁰ Hoge Raad 15 November 1957, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1958, no. 67.

²¹ Asser-Hijma, *o.c.*, no. 242.

source of liability for that party and will have effects on the contract itself. However, if a party is held to breach an obligation of spontaneous investigation, this will imply that it will be left to bear its disappointment, but it will not have any further consequence either on the contract or in terms of liability. In other words, the second type of duty is not an obligation *stricto sensu*. In English terminology, this duty would amount to an estoppel that prevents that party from seeking the other party's liability; in German terminology it would be called an "Obliegenheit".²²

The type of information to be disclosed constitutes a second limitation to the obligation to disclose information under Dutch law. In any event, it strikes a balance between the respective duties of the parties. The normal or presumptive duty of disclosure, the "mededelingsplicht", should be distinguished from the obligation to warn a party about any risks attached to the goods or services ("waarschuingsplicht"), and from the obligation to provide personal advice ("adviesplicht").²³ Generally, three criteria help to determine whether only the first, or also the second and maybe even the third form of information should be communicated to the other party. These criteria relate to the extent of the losses that would foreseeably result from the absence of communication of adequate information, the chance that these losses will occur, and the costs that are involved in communicating the information.²⁴

The normal or presumptive duty of disclosure relates to information on the objective features of the performance. Therefore, a seller of goods or a service provider will normally not be expected to provide information on circumstances that are external to the contract, such as information on a better price or quality of equivalent competitor's goods or services. This is especially true if the service is standard, in which case a client may only require an average level of diligence of the service provider. This certainly excludes providing information external to the contract. Moreover, it would seem that sellers of goods or service providers are not bound to disclose facts that may presumed to be generally known to the public. Occasionally, a "waarschuingsplicht" will arise in contractual relationships where the contract does not expressly provide for it. A bank, for example, may sometimes have to inform a client that intends to enter into a business relationship with a non-viable company. A warning may also be compulsory if the occurrence of certain risks is statistically frequent enough to be inherent the goods sold or the services provided. An "adviesplicht" is normally restricted to contracts dealing expressly with the provision of specialized advice. The obligation to advise commits the information provider to a high level of diligence. Duties to advise, therefore, normally exceed the scope of standard information duties.

22 Asser-Hijma, o.c., no. 242.

23 Cf., De Boeck, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 76 ff.

24 Girot, C., o.c., p. 246.

f. Range of Factors

The following circumstances, that is to say, range of factors, may play a role in deciding whether or not a seller, under Dutch law, is under a duty to disclose relevant information:²⁵

- The nature of the parties: A seller's competence, experience, resources, superior knowledge, expertise and/or reputation point in the direction of a duty of disclosure, especially if there is inequality between seller's competence and buyer's competence.
- The nature of the relationship between the parties: Prior dealing and/or a relationship of trust or confidence are indicative for a judge to impose a duty to disclose.
- Investigations: Has the buyer conducted investigations? What was the extent of these investigations, *i.e.*, did the seller allow the buyer to conduct investigations in part or in full? Were there any time constraints? Was the buyer represented by counsel and/or other experts? Has the seller conducted investigations as well? How cooperative were the parties during the investigation? All these elements play a role in deciding whether or not a duty to inform exists in a particular situation.
- The nature of the contract, the object of the sale, and the importance of the sale: The more unique the transaction, the more likely it is that a duty of disclosure applies.
- "Clean hands": A person that has acted wrongly, either morally or legally, that is to say, that has "unclean hands", will not be helped by a court when complaining about the actions of another.
- Common opinion: Information must be disclosed that is required by contemporary societal standards of good faith (*cf.*, Article 6:228 paragraph 2 of the Dutch Civil Code).
- Expectations: The reasonable and justifiable expectations one party may have from the other given the circumstances.
- The nature of the representation: Is the representation, for instance, one of a past or present event, or of a future event? Has it close resemblance to a sales puff? Has the party expressed that it was not entirely sure regarding its statement? Was it merely an opinion? Relevant is also at what stage during negotiations the statement has been made, how much time parties have spent on it, and whether or not the representation has become part of the contract.
- Losses: The extent of losses that may result from non-disclosure, and the probability of the occurrence of losses are also relevant. If the occurrence of certain risks is statistically frequent enough, compulsory disclosure is more likely. Where the losses foreseeable? If one knows that one can prevent problems or

---

25 Cf., Raaijmakers, G., *Garanties bij overnames*, Den Haag, BJu, 2003, p. 65 ff.

losses by speaking, one may be more likely to be required to actually disclose the information.

- The nature of the defect: How difficult was it to discover the defect? Was the buyer grossly negligent in failing to discover the defect? Did the seller willfully conceal the defect?

g. Conclusion

To summarize, the starting-point under Dutch law is that contracting parties in general must look after themselves. In practice, this means that a buyer has to assess any risks associated with the transaction, and if it finds any risk to be unacceptable not to assume responsibility in full or part of this risk by concluding a contract. That basically implies that every buyer has a duty to investigate. However, the seller may also have a duty to inform the buyer with regard to certain information prior to the conclusion of the contract. A buyer generally may rely on any information provided by the seller, unless the former knows or has reason to believe that the information is inaccurate or incorrect. Also, not just any statement has legal relevance; for instance, mere puffs cannot be relied upon. The seller, however, may certainly not actively mislead the buyer.

Under Dutch law, the different doctrines that reveal a legislative and judicial concern for the development of pre-contractual duties of disclosure have developed in similar ways. In the assessment of mistake and the requirement of conformity, courts make use of the same criteria. More generally, when deciding whether to hold a party in breach of an obligation to disclose information, courts will commonly examine, amongst other things, if the following elements have been satisfied: is there a causal link between the absence of information and the decision to conclude a contract; does, or should, the party under a duty to disclose relevant information have a clear representation of the facts; knows or ought it to know of the importance of those facts to the other party? In assessing these elements, *inter alia*, the following circumstances play a role: the relevance of the information to give enlightened consent to the contract; the respective competencies of the buyer and the seller; the complex nature of the contract, good or service; the extent of the losses that may result from the lack of information; and the probability of the occurrence of such losses.²⁶

---

²⁶ Cf., Asser-Hijma, *o.c.*, no. 242; Barendrecht, J. and Van den Akker, E., *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 54 ff.; and Girot, C., *o.c.*, p. 241-242.

2. *Pre-contractual Duties of Disclosure under English Law*

a. *No General Pre-contractual Duty of Disclosure*

In Continental European legal systems, the development of pre-contractual duties of disclosure has led to an extensive construction of the doctrines that are functionally equivalent to that of misrepresentation under English law, or in the development of an overriding principle of good faith. However, under English law there is not in general, on grounds of good faith or on any other ground, a duty for a contracting party to disclose facts known to it but not to the other party, even if the former is aware that a knowledge of those facts would deter the latter from entering into the contract.²⁷ Lord Ackner's statement in *Walford v. Miles* illustrates this resistance of the common law to intervene in the negotiation process:

"The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations."²⁸

From this, among other things, it follows that pre-contractual duties of disclosure should be limited to a minimum: the courts will not permit statements which actively mislead the other party, but this does not imply that information which would influence the other party has to be disclosed. Moreover, there is no duty under English law to correct a false assumption on which a party is relying.²⁹ In the words of Lord Atkin:

"Ordinarily the failure to disclose a material fact which might affect the mind of a prudent contractor does not give the right to avoid the contract. The principle of *caveat emptor* applies."³⁰

In line with the foregoing, it has, for instance, been held that a landlord is not liable if, before letting his house, he fails to tell the tenant that it is ruinous.³¹ This non-interventionist approach is certainly also applicable to controlled auctions of privately held companies under English law, as well as other commercial transactions. In order for there to be liability, there must be a positive warranty or representation,

---

27 Nicolas, B., "The Pre-contractual Obligation to Disclose Information: English Report", in Harris, D. and Tallon, D. (eds.), *Contract Law Today*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 169.

28 *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, 138.

29 *Smith v. Hughes* (1871) L.R. 6 Q.B. 597. Cf., also Giliker, P., *o.c.*, 624.

30 *Bell v. Lever Bros. Ltd.* [1932] A.C. 161, 227. *Caveat emptor* means let the buyer be aware, which means that a purchaser must examine, judge and test for himself.

31 *Keates v. Cadogan* (1851) 10 C.B. 591.

or at least circumstances from which such a warranty or representation can be inferred. English law retains a strict definition of misrepresentation.

English law, therefore, in general, is greatly reluctant to develop pre-contractual information duties, although it infrequently sanctions a party for not providing information to the other (Subsection B.2.c). The doctrine of misrepresentation, the doctrine from which general pre-contractual duties of disclosure could have emerged, is studied in Subsection B.2.b. The reasons for a principled refusal to allow pre-contractual duties of disclosure in the English law of contract are briefly examined in Subsection B.2.d. This Section ends with a conclusion (Subsection B.2.e).

b. The Doctrine of Misrepresentation

i. Definition of Misrepresentation

During the negotiations leading to the formation of a contract, numerous statements are exchanged between the parties. Some statements will be mere sales puffs which have no legal effect, *i.e.*, if a reasonable person hearing the statement would not take it seriously, no action in contract is available if the statement proves to be wrong. Others will be representations: statements of opinion that do not become terms of the contract. And yet others will constitute terms of the contract. The distinction between representations and terms is crucial because each gives rise to different remedies for breach.³² The intention of the parties generally determines whether a statement is a term or a representation. In addition, the courts occasionally hold a representation as a term of the contract, either as an incorporated representation or as a collateral contract. This may occur, for instance, if the representor has greater expertise than the representee, or if the misrepresentation has been made at a crucial stage in the negotiations.

A misrepresentation is an untrue statement of fact or law³³ made by the representor to the representee which induces or partly induces the latter to enter into the contract. The misrepresentation need not be the only matter which induces the representee to enter into the contract, however, other than in cases of fraudulent misrepresentation, the representee must be materially influenced by the misrepresentation.³⁴ This means that the misrepresentation must be such that

32 Cf., Chitty on Contracts, Volume I, *General Principles*, 27th edition, by Guest, A. (ed.), London, Sweet & Maxwell, 1994, § 6-004.

33 In the past, an action for misrepresentation could only be brought in respect of a misrepresentation of fact, but the High Court in *Pankhania and another v. London Borough of Hackney*, [2002] E.W.H.C. 2441 Ch. appears to have ruled that nowadays an action can lie for a misrepresentation of law.

34 In *Morris v. Jones and others* [2002] E.W.C.A. Civ. 1790, the Court of Appeal has characterised “material” as meaning relevant to the decision of the representee to enter into the contract. Materiality does not have to be shown in cases of fraud, or where the contract warrants the truth of the pre-contractual statement.

it would affect the judgment of a reasonable person in deciding whether to enter into the contract and on what terms. If the representee knew the statement was a misrepresentation but did not rely on it, the representee cannot claim that it was induced by the statement to enter into the contract. The fact that the representee had the opportunity to discover the truth does not prevent the statement from being a misrepresentation.³⁵ The appropriate test is whether there is actual and reasonable reliance on the misrepresentation. The doctrine of misrepresentation excludes liability for merely remaining silent; hiding a fact that would have deterred the other party from concluding the contract is, therefore, in principle, no cause for avoiding a contract under English law.³⁶

ii. Types of Misrepresentation

There are three types of misrepresentation: fraudulent misrepresentation, negligent misrepresentation and innocent misrepresentation.

A fraudulent misrepresentation occurs where a false representation has been made knowingly, or without belief in its truth, or recklessly as to its truth.³⁷ Therefore, there is no fraud if the representor honestly believed its statement was true. Likewise, mere negligence in making a false statement does not amount to fraud. An action for fraudulent misrepresentation is founded in the tort of deceit.

A negligent misrepresentation occurs where a statement is made carelessly or without reasonable grounds for believing its truth.³⁸ The test is an objective one. There is no requirement to establish fraud. It is for the maker of the statement to establish that it reasonably believed in the truth of the statement (the representation), which basically implies a reversal of the burden of proof.

An action for negligent misrepresentation is based on Section 2(1) of the Misrepresentation Act 1967. This Act creates a right to damages where a person has entered into a contract as a result of a misrepresentation made by another party, and where the former suffers loss as a result in circumstances where the representee would have been entitled to recovery if the misrepresentation had been fraudulent, unless the representor can prove that it had reasonable grounds to believe, and did believe up to the time the contract was made that the representation was true. This burden of proof may be difficult for the representor to discharge.

An innocent misrepresentation describes a misrepresentation made entirely without fault, that is to say, the representor can show that it had reasonable

---

³⁵ *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch. D. 1.

³⁶ See Subsection B.2.c below, however, for exceptions.

³⁷ *Derry v Peek* (1889) App. Case 337 and Chitty on Contracts, o.c., § 6-026 ff.

³⁸ Chitty on Contracts, o.c., § 6-035.

grounds to believe its statement was true.³⁹ It should be noted that before the entry into force of the Misrepresentation Act 1967, an innocent misrepresentation referred to any misrepresentation that was not fraudulent.

iii. Remedies for Misrepresentation

A distinction can be drawn between representations that are *not* incorporated into the contract as terms, and those that are.

Representations Not Incorporated into the Contract as Terms

The remedies for misrepresentation are rescission and/or damages.⁴⁰ It is, however, necessary to determine whether the misrepresentation was fraudulent, negligent, or innocent in order to ascertain which remedy is available. In case of fraudulent and negligent misrepresentation, a plaintiff may claim rescission *and* damages. In case of innocent misrepresentation, the court has a discretion to award damages in lieu of rescission, but the court cannot award both simultaneously. As the remedy of rescission is available for all three types of misrepresentation, the claimant always has a choice to rescind the contract or to affirm it.

Rescission means that the contract is set aside and the parties are put back into the position in which they were before the contract was made. In other words, where a contract is rescinded for misrepresentation the contract is set aside and treated as if it had never existed. Rescission may be contrasted with discharge of a contract for breach of a condition (a vital term going to the root of the contract). Where a party breaches a condition, the other party may elect to discharge the contract. This means that the future obligations of both parties under the contract are discharged but, in contrast to rescission, they are not released from obligations already accrued at the time of discharge, *i.e.*, the contract is not treated as if it had never existed and existing obligations remain.

The right to rescind may be lost as a result of an equitable bar.⁴¹ Affirmation may act as a first bar. As soon as the misrepresentation is discovered, the party to which it is made can select to either rescind or affirm the contract. Once the contract has been affirmed, the right to rescission is lost. Second, a claimant cannot obtain the equitable remedy of rescission where there has been undue delay in bringing the claim. With regard to fraudulent misrepresentation, delay will not in itself suffice to bar rescission, provided that the party bringing the claim, without any fault of its own, remains in ignorance of the fraud. However, once the party bringing the claim discovers the fraud, time begins to run from the discovery of the truth. Where the misrepresentation is innocent or negligent, time

³⁹ Chitty on Contracts, *o.c.*, § 6-055.

⁴⁰ See Chitty on Contracts, *o.c.*, § 6-061 ff.

⁴¹ Chitty on Contracts, *o.c.*, § 6-076 ff.

begins to run from conclusion of the contract and not from the date of discovery of the misrepresentation. Third, the right to rescission may be lost where it is no longer possible for the parties to be restored to their pre-contractual position. Although no precise rule has been formulated for the point at which equity will regard restoration to be no longer possible, among other things, the fault of the parties will be relevant. Finally, rescission is not possible where a *bona fide* third party has acquired rights under the contract.

In addition, it should be noted that rescission is at the discretion of the court, and the fact that none of the bars to rescission have arisen will not necessarily imply that the remedy will be granted.

For all types of misrepresentation, damages are awarded primarily on a tortious basis, placing a party into the position it would have been in had it not entered into the contract. The damages may cover losses arising from the contract, provided they are not too remote, but also the expenses of entering into the contract.

The type of misrepresentation determines the availability of damages and the basis on which they are awarded. As mentioned above, in case of fraudulent misrepresentation, a party has the right to rescind the contract *and* claim damages in the tort of deceit. Such damages seek to put the claimant into the position it was in before the misrepresentation was made. Where the maker of the misrepresentation is unable to show that it had reasonable grounds for believing, and did believe, that the statement was true, the other party, subject to the court's discretion, is entitled to rescind the contract and to claim damages under Section 2(1) of the Misrepresentation Act 1967. Finally, there is no right to damages in case of innocent misrepresentation; according to Section 2(2) of the Misrepresentation Act 1967, an award for damages can only be granted in lieu of rescission, and only if the right to rescission still exists. With regard to innocent misrepresentation, in deciding whether to award damages in lieu of rescission, the court, in accordance with Section 2(2) of the Misrepresentation Act 1967, will look at the nature of the misrepresentation and the loss that the latter would cause if the contract were upheld, as well as the loss that rescission would cause to the other party.

Representations Incorporated into the Contract as Terms

A statement made during negotiations can constitute a representation which then becomes a term of the contract. Such a term may be a condition, *i.e.*, a vital term which goes to the root of the contract, or a warranty, *i.e.*, a term of lesser importance.

Where the representation becomes a condition of the contract, the claimant may elect either to treat the contract as discharged and claim damages or to rescind the contract, in which case the claimant will usually not be able to claim damages, except in the case of a misrepresentation made fraudulently or negligently. In the event of discharge, the contractual measure of damages will always apply, that is,

the claimant will be put into the position as if the contract had been performed. Where the representation becomes a warranty in the written contract, the only remedy available is damages. Discharge is not available. This may make an action for misrepresentation more attractive as the remedy of rescission might be available.

In general one could say that where the transaction constitutes a good bargain (a party has paid less for something than its true market value), the representee prefers the contractual measure of damages which would give it its lost profit on the deal. Where the transaction is a bad bargain, however, the plaintiff will generally prefer the tortious measure of damages.

Where the contractual measure of damages would be higher than the tortious measure, a party will still usually plead the misrepresentation claim by including a cause of action in tort as well as in contract. This is because of the differences in the burden of proof under each measure. In a contractual claim, the plaintiff needs to prove the existence of the contract, the term breached, damage and causation. For a successful tortious claim under the Misrepresentation Act 1967, the plaintiff must prove that the representation was made and that it was false; the burden of proof then shifts to the defendant to prove a reasonable belief in the truth of the representation. Where the representor cannot prove reasonable belief, the claimant will be able to recover losses subject to the rules on causation and remoteness. A tortious claim under the Misrepresentation Act 1967 is, therefore, easier to prove than one in contract.

c. Exceptions: Pre-contractual Duties of Disclosure in Certain Cases

Although English contract law has no general pre-contractual duty to disclose, occasional exceptions to the principle of *caveat emptor* are accepted, *i.e.*, sometimes parties have to disclose relevant information, or if they fail to do so, they may face liability.

As discussed above, if a prospective party to a contract makes a representation of fact or law which it knows to be false and which would affect the judgment of a reasonable man who was contemplating entering into the contract, and if the representee relies on this representation, the latter may claim damages and/or rescission of the contract if it has entered into it. What constitutes a representation has been extensively interpreted by the courts. Against this background, a party must, for example, take no steps to conceal an inconsistent fact by painting over a crack in an engine or by putting an obstacle in the way of an inspection which would reveal a defect.⁴² In addition, there is a duty to disclose where a party makes a statement which is a half truth, that is, a statement which may be true as to what is said, but which becomes a misrepresentation by virtue of what is left unsaid.

---

⁴² Nicolas, B., *o.c.*, p. 171.

Moreover, where a party makes a statement that is true when it is made, but before the contract is made the circumstances change so that the statement is no longer true, the party who made the statement has a duty to tell the other party about the change and failure to do so will amount to a misrepresentation.

Second, in so-called contracts *uberrimae fidei* there is an obligation to disclose all material facts. The most important example is the contract of insurance: with regard to this type of contract, the assured must reveal any fact which it knows or ought to know and which a reasonable and prudent insurer might regard as material, even though the assured is unaware that it might be so regarded and even though the loss does not result from the undisclosed fact.⁴³ In addition, a duty of disclosure may arise from a fiduciary relationship between parties (a relationship implying a high level of mutual trust between the parties), either because it puts one party in a position to exercise undue influence on the other, *e.g.*, a parent *vis-à-vis* a child, or because it calls for trust between them, *e.g.*, a principal and an agent. Also, a person who puts into circulation a thing which is capable of causing injury or damage, is under a duty to take such measures as are appropriate to prevent such injury or damage.⁴⁴ The foregoing may then incorporate a duty to disclose the danger.

Third, in England there has been quite a fair amount of statutory or regulatory intervention requiring that information of various kinds should be given.⁴⁵ This is especially true with regard to consumer contracts. The Consumer Credit Act 1974 requires, for instance, that credit advertisements should give comprehensive information of the credit facilities offered and their true cost.⁴⁶

Finally, with regard to the sale of goods, on the basis of Section 14(2) of the Sale of Goods Act 1979, a seller that is selling in the course of a business is liable if the goods are not of satisfactory quality, except as regards any defect which was drawn to the buyer's attention. According to Section 14(3) of that same Act, a seller that is selling in the course of a business is also liable if the goods are not reasonably fit for any particular purpose for which the goods are bought, provided that the buyer expressly or by implication makes that purpose known to the seller. Although these provisions do not require information to be disclosed as such, they have the effect of making insignificant the absence of an obligation to disclose information, as the seller will be liable even if it is ignorant of the existence of the effect.⁴⁷ Where the buyer is a consumer, liability for breach of the conditions cannot even be excluded or restricted by any term of the contract; otherwise, liability can be excluded only if

---

43 Waddams, S., "Pre-contractual Duties of Disclosure", in Cane, P. and Stapleton, J. (eds.), *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 242-243 and Nicolas, B., *o.c.*, p. 172.

44 Nicolas, B., *o.c.*, p. 174.

45 Nicolas, B., *o.c.*, p. 175.

46 Nicolas, B., *o.c.*, p. 175.

47 Nicolas, B., *o.c.*, p. 170.

the seller can show that exclusion is reasonable. However, it should be noted that these implied terms are confined to contracts of sale of goods,⁴⁸ and, in particular, to such sales only when made in the course of a business.

d. Reasons to Refuse Pre-contractual Information Disclosure under English Law

The reasons to refuse the general implementation of pre-contractual duties of disclosure under English law generally relate to the so-called economic analysis of contract law.⁴⁹ A first argument to refuse pre-contractual information duties pertains to the risks incurred by the inherent vagueness and the imprecise scope of application of these duties. The lack of legal certainty would prove detrimental to the market. Concerns that paternalistic judicial protection would submerge traditional market values is a second justification to the refusal to commit one party to informing the other. A third argument relies on the assumption that contract law should implement a strong preference in favor of the cognitive abilities of decision-makers. This directly corresponds to the standard economic model of choice. As a consequence, a party's limited knowledge is legally irrelevant because each party could and should inform itself before entering into an agreement. Moreover, if a party needs additional information, it should pay for it (this usually entails the conclusion of an additional contract). This third argument implies that information has some value; information should not be given for free as this would amount to depriving the knowing party from its asset. This argument of the economic value of information has opened the door to another argument, which is utilitarian in nature: compulsory information disclosure is criticized because it might not only be unfair to the knowing party, but also counter-efficient in economic terms, and therefore detrimental to the market as a whole. In certain cases, it may, therefore, be more efficient not to disclose information than to disclose it, be it to the detriment of the ignorant party. Finally, law and economics scholars assert that a lack of information is irrelevant where the market is competitive. It is on the basis of the foregoing arguments that English law refuses to give way to a general principle of pre-contractual disclosure.

e. Conclusion

There is no general principle of pre-contractual information disclosure under English law. The few exceptions to the principle of *caveat emptor* discussed above are to be understood restrictively. However, English law certainly is not wholly insensitive to, for instance, protecting, especially, inexperienced parties against their ignorance.⁵⁰ One author has pointed out that a tendency toward the idea of

48 Though they may be extended by analogy to other related contracts (Nicolas, B., *o.c.*, p. 170).

49 Giro, C., *o.c.*, p. 230.

50 Giro, C., *o.c.*, p. 232.

co-operation in contracts is taking place.⁵¹ This idea of co-operation would involve an implied duty to give information at the stage of performance of the contract. Although this obligation thus does not concern the pre-contractual phase, and, moreover, would apply to long-term relationships only, this would be a first admission under English law of the importance of information exchange between contracting parties. In addition, it appears that various other doctrines or sets of rules under English law, such as the rules relating to implied terms, substitute for the functions fulfilled by pre-contractual information duties in other legal systems. Therefore, there might not be such a fundamental gap between English law on the one hand, and continental legal systems on the other hand. It seems undeniable, however, that Dutch, French and German law have gone further than English law by openly implementing pre-contractual duties of disclosure.

3. *Pre-contractual Duties of Disclosure under French Law*

a. Introduction

Since in most contracts the interests of the parties are opposed, the starting-point under French law, as under English law, is that contracting parties must in general look after themselves.⁵² Silence is, therefore, not blameworthy, unless there is a duty to speak. However, under French law the duty to disclose information has in recent years been extended. Statutory duties of disclosure have increasingly been enacted with regard to all sorts of contracts involving consumers.⁵³ In addition, in case law, a more general concern, not limited to the consumer context, has been expressed by the French courts to protect “weaker parties” against “stronger parties” in the general law of contract.⁵⁴

Pre-contractual obligations to disclose information under French law have several sources. Below, I examine these sources, *i.e.*, the relevant statutes and doctrines from which pre-contractual duties of disclosure have emerged (Subsections B.3.b-e). In particular, I look at mistake (Subsection B.3.c), and deceit (Subsection B.3.d). The methods in place to balance the disclosure of information are studied in Subsection B.3.f.

b. Tortious Liability and Pre-contractual Duties of Disclosure

Under French law, damages may be awarded on the basis of Article 1382 of the French Civil Code collaterally to the annulment of a contract under the doctrine of mistake (“*erreur*”), or instead of an annulment for mistake or deceit (“*dol*”) (these doctrines are studied below). For instance, in a commercial lease case in

51 Collins, H., *The law of contract*, London, Butterworths, 1997, chapter 10. Cf., Girot, C., *o.c.*, p. 233.

52 Nicolas, B., *The French Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 102.

53 Cf., Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 141 ff.

54 Girot, C., *o.c.*, p. 251.

which, in the course of negotiations, the lessor had given incorrect information regarding some figure for the previous year, the French court awarded as damages for the misinformation to the lessee, the difference between the true figure and the figure actually given.⁵⁵ Moreover, in recent case law, pre-contractual liability is sometimes invoked independently of any references to a defect of consent.⁵⁶ Keeping information silent or providing incorrect information may, therefore, constitute a pre-contractual fault, which can result in tortuous liability.

c. Mistake and Pre-contractual Duties of Disclosure

The French Civil Code mentions two types of mistake: “erreur sur la substance” and “erreur sur la personne”. Article 1110 states that a mistake is only a ground for annulment of the contract where it relates to the very substance of the thing which is the object of the agreement; mistake is, in principle, not a ground for annulment where it only rests on the person with whom one has the intention to contract. With regard to the latter, the idea is that in most contracts mistake as to the person with whom one is dealing is irrelevant because one is willing to contract with anyone.⁵⁷ The French courts have given a very wide and flexible interpretation to the first type of mistake (“erreur sur la substance”), which contrasts markedly with the restrictive attitude of English law.⁵⁸ As a result, mistake is a much more common ground of relief under French law than misrepresentation under English law.

The apparently narrow notion of “the very substance of the thing which is the object of the contract” has progressively been extended by courts and writers to include the substantial characteristics or qualities of the thing, the determining consideration, or the quality without which the buyer would not have entered into the contract.⁵⁹ Some examples may illustrate this. In *Villa Jacqueline* the plaintiff bought a villa from the defendant, with the intention to divide the ground into separate lots and re-sell them.⁶⁰ The contract of sale gave no indication for the superficial area of the land, but the villa had been advertised as having grounds of 7800 square meters. The true area turned out to be around 5200 square meters at most, which was inadequate for the buyer’s purposes. The French lower courts held that the area was a substantial quality of the thing sold, and the French Cour

55 Ghestin, J., “The Pre-contractual Obligation to Disclose Information: French Report”, in Harris, D. and Tallon, D. (eds.), *Contract Law Today*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 155-156 with reference.

56 Harris, D. and Tallon, D. (eds.), *o.c.*, p. 156 with reference.

57 Cf., Terré, F., Simler, P. and Lequette, Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1999, no. 211. On “erreur sur la personne”, see Ghestin, J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, 1993, no. 535 ff.

58 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 83. Cf., Ghestin, J., *o.c.*, 1993, no. 497.

59 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 86 with references.

60 Cour de cassation, Chambre civile, 23 November 1931, *Dalloz Périodique*, 1932.1.129.

de cassation upheld these decisions. In another case, the Cour d'appel of Orleans annulled the purchase of a chest of drawers wrongly described as Louis XV, on the ground that the antique character of the object was the quality which the buyer had principally in view and without which it would not have entered into the contract.⁶¹ In yet another case, the Cour d'appel of Paris annulled the sale of a second-hand car, because the year of manufacture specified in the contract of sale turned out to be incorrect.⁶² The court held that the year of manufacture of a second-hand car is of great importance to the buyer, and that, therefore, on the facts of the case, the mistake related to what was for the buyer the very substance of the object of the contract. A contract to refer a dispute to arbitration has in the past also been annulled, because one party to the contract was unaware that the arbitrator chosen had already given an option favorable to the other party's case.⁶³ Finally, the well-known *Poussin* case should also be mentioned here.⁶⁴

Although silence as such is not a cause for annulling a contract, silence may be sanctioned indirectly by the annulment of the contract for mistake. In a case concerning the buyer and the seller of a computer system, the contract was annulled for mistake on the double finding that the client was laboring under a mistake and that the seller had failed to fulfill his duty of information.⁶⁵ From the fact that the utility rate of the system delivered was null, the court deduced that the client's consent had necessarily been vitiated by a mistake on the substantial qualities of the thing; the court considered that if the buyer had known that the system was not adapted to its personal needs, it would not have concluded the contract.

Various conditions have to be met in order to be able to successfully claim annulment of the contract on the basis of mistake. First, the mistake should have induced the mistaken party to enter into the contract, as may be deduced *a contrario* from Article 110 of the French Civil Code.⁶⁶ Courts take the personality and the competence of the mistaken party into account in determining the reasonableness of the inducement.⁶⁷ Second, the mistake should bear on the very substance of the thing which is the object of the contract, as interpreted by the courts (see before). A mistake as to the very substance of the thing which is the object of the contract will usually also entail a mistake as to value, *i.e.*, price. It will indeed nearly always

61 Cour d'appel Orleans, 21 January 1931, *Recueil Dalloz*, Hebdomadaire 1931.172.

62 Cour d'appel Paris, 20 April 1964, *Recueil Dalloz*, Sommaires 97.

63 Cour de cassation, Chambre civile, 13 April 1972, *Recueil Dalloz*, 1973.2.

64 Cour de cassation, Chambre civile, 13 December 1983, *Juriclasseur Périodique*, 1984.II.20186 and Cour d'appel Versailles, 7 January 1987, *Gazette du Palais*, 1987.34. For a discussion of the *Poussin* case, see Beale, H. et al. (eds.), *Contract Law: Cases, Materials and Text*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 373 ff.

65 Girot, C., *o.c.*, p. 252 with reference.

66 Girot, C., *o.c.*, p. 253.

67 Girot, C., *o.c.*, p. 253.

be the mistake as to the value which is the real reason for a plaintiff bringing an action.⁶⁸ However, not every mistake as to value is a ground for annulment. The distinction drawn is between a mistaken valuation, and a mistaken understanding of the facts upon which the valuation is based: if the facts can be categorized as relating to the very substance of the thing which is the object of the contract, as interpreted by the courts, then there is a mistake. Third, the fact that the mistaken belief was the determining factor for the mistaken party must have been known to, or taken for granted by the other party. When dealing with a claim in mistake, the judge has, therefore, to establish whether the other party knew or should have known of the importance of the information for the mistaken party. This assessment will frequently depend on the level of competence and qualification of the contracting parties.⁶⁹ Finally, a mistake should be excusable.⁷⁰ Excusability is assessed *in concreto* by reference to the personality of the mistaken party, whereby various factors will be taken into account, such as the profession and the experience of that party.⁷¹ As a consequence, for instance, experienced professionals will find it difficult to prove that their mistake was excusable. This element was, among other things, considered by the Court of appeal of Aix-en-Provence in a case concerning a contract of sale.⁷² Depending on the particular circumstances, a mistaken party can, therefore, be said to have a duty to inform himself.⁷³ This requirement is further discussed in Subsection B.3.f below.

The principal effect of successfully invoking mistake is the annulment (rescission) of the contract with retroactive effect, similar to Dutch law. In addition, as we have seen, it is possible for the mistaken party to claim damages on the basis of Article 1382 of the French Civil Code, if the non-mistaken party's conduct can be described as "fautive". The fact of keeping silent may constitute a fault. In fact, it is the breach of a pre-contractual obligation to disclose information which is sanctioned in that case. As a result, at least indirectly, the failure to communicate contractually relevant information can be sanctioned via an action based on mistake. It is, however, especially under the heading of deceit that pre-contractual duties of disclosure have developed under French law. Indeed, deceit has been the most important basis on which pre-contractual duties of disclosure have developed under French law.

d. Deceit and Pre-contractual Duties of Disclosure

The equivalent of the French "dol" (deceit) under English and Dutch law, *i.e.*, fraudulent misrepresentation and "bedrog", have not, or have not extensively or

68 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 90.

69 Ghestin, J., *o.c.*, 1989, p. 158 and Girot, G., *o.c.*, p. 254.

70 Terre, F., Simler, P. and Lequette, Y., *o.c.*, no. 214 ff.

71 Ghestin, J., *o.c.*, 1993, no. 523.

72 Girot, G., *o.c.*, p. 254 with reference.

73 Terre, F., Simler, P. and Lequette, Y., *o.c.*, no. 215, and Ghestin, J., *o.c.*, 1993, no. 523.

specifically been dealt with in the previous country Sections. The development of the notion of deceit under French law, however, also displays many similarities with the English non-fraudulent misrepresentation and the Dutch “dwaling”. In fact, the notion of deceit as a ground for annulment of the contract under French law may be so wide as to encompass situations that the other systems would deal with under other qualifications. There is usually also overlap between deceit and mistake under French law. For instance, the courts are sometimes willing to annul a contract on the basis of mistake, even though the claim was originally formed in deceit. Not surprisingly, mistake and deceit, the latter possibly being a subcategory of the former, are very closely akin, and share most conditions under which they may be held as causes for annulment of the contract under French law, as can be seen below.

Deceit, according to Article 1116 of the French Civil Code, is a cause of annulment of the contract where the schemes used by one of the parties are such that it is obvious that the other party would not have entered into the contract without these schemes. One could say that deceit basically is a mistake, but a mistake that has been provoked by the other party’s behavior.⁷⁴ In other words, in both categories, the mistake must have induced the mistaken or deceived party to contract. However, a mistake induced by deceit need not relate to the very substance of the thing which is the object of the contract, as interpreted by the courts. Hence, a description as to value (price) or solvency may constitute deceit, but will generally not be a ground for annulment on the basis of mistake.⁷⁵ Nevertheless, since mistake, as we have seen, has been very broadly interpreted by the courts, often in cases where deceit is established, mistake can be, or is, also established.

The principal difficulty with the definition of deceit lies in the meaning of the term “schemes”. That the schemes must be illicit is generally accepted.⁷⁶ However, for the English reader it should be made clear from the outset that innocent misrepresentations, *i.e.*, non-fraudulent, non-negligent misrepresentations, in principle, have no legal consequences under French law, except insofar as they may constitute mistake. On the other hand, one should also bear in mind that deceit under French law is not confined to representations as such; the notion of schemes is elastic and it focuses more on the state of mind of the actor than on the precise nature of the act itself.⁷⁷ The legal definition of schemes is, therefore, quite wide. Schemes are classically defined as all sorts of acts tending to create a false appearance, including lies.⁷⁸ Traditionally, the exception to the admission of

---

74 Girot, C., *o.c.*, p. 255.

75 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 101.

76 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 101.

77 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 102.

78 Ghestin, J., *o.c.*, 1993, no. 562.

lies as schemes is that of the *dolus bonus*.⁷⁹ This amounts to the same distinction as under English and Dutch law between actionable misrepresentations and mere puffs, but while this distinction concerns non-fraudulent representations under English and Dutch law, it refers to fraudulent representations under French law. These “good lies” or exaggerations are tolerated by custom to the effect that the sanctions provided for deceit should not be available to one who is too credulous.⁸⁰ The scope of application of the notion of *dolus bonus*, however, appears to have been progressively restricted by the courts over the years. Misleading advertisements issued by professionals will, therefore, for instance, be sanctioned. Article L. 121-1 of the French Consumer Code even provides for criminal sanctions for such forms of advertising. In fact, the courts these days, irrespective of this statutory provision, generally tend to sanction any form of advertising that can be turned against consumers in one way or another.⁸¹

The line between schemes and dishonest silence is not sharp under French law. Indeed, deceit has increasingly been used by the courts to sanction the lack of communication of pre-contractual information (“reticence dolosive”; fraudulent concealment), by holding the fact of withholding the information as a possible cause for annulment of the contract.⁸² Especially in the last decades, a steady flow of cases has appeared in which the courts have held that deceit can consist of the silence of one party concealing from the other a fact which, if the latter had known it, would have prevented it from contracting.⁸³ This occurred, for instance, in a case in which the seller of a country-side house had not revealed to the buyer the existence of a plan to set up a piggery nearby.⁸⁴ There was also held to be deceit in a case in which the seller of land, that was aware that the purchaser wanted to build a hotel on the land, did not disclose the fact that the only water supply available was from a spring which was situated on land retained by the seller.⁸⁵

Consequently, fraudulent concealment is sometimes considered equivalent to the schemes which constitute a deceit, or, in other words, the courts have accepted that silence, without any need for schemes, may be sufficient to constitute deceit.⁸⁶ In addition, it follows from case law that fraudulent concealment is linked to a duty to disclose. One could say that this duty to disclose enables the courts to sidestep the need, in a claim based on deceit, to find an intention to deceive.⁸⁷ Originally,

---

79 Chestin, J., *o.c.*, 1993, no. 564.

80 Girot, C., *o.c.*, p. 256.

81 Girot, C., *o.c.*, p. 256.

82 Chestin, J., *o.c.*, 1993, no. 564.

83 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 102.

84 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 103.

85 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 103.

86 Terré, F., Simler, P. and Lequette, Y., *o.c.*, no. 225, and Kötz, H. and Flessner, A., *European contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 199.

87 Nicolas, B., *o.c.*, 1992, p. 103.

the courts, following a logic very similar to the few English cases admitting of an obligation to disclose, had validated the existence of such duties in fiduciary relationships, that is, in relationships implying a certain level of trust between the parties.⁸⁸ It was, in other words, the very nature of the contract that allowed the implication of such a duty. Progressively, however, case law has extended the notion of fraudulent concealment to situations where one party should have enlightened the other because of his special competence or qualifications. These situations concern many categories of professionals. The scope of this case law has been even further extended, in such a way that the notion of fraudulent concealment presently may be held against generally any professional.⁸⁹

As deceit is quite akin to mistake, most of the conditions required for a successful claim in deceit are similar to those concerning a claim in mistake. Similar to mistake, the information fraudulently communicated or withheld should be of such importance as to determine the consent of the deceived party. However, related to what we have already seen, courts seem to hold professionals liable for virtually any information fraudulently withheld that was necessary for the other party to conclude the contract with enlightened consent.⁹⁰ This thus entails that professionals should, in principle, communicate any relevant information which they know, or should have known, because of their competence. For instance, in a case in which a property developer had not informed the prospective co-owners of a block of flats that the legal status of the block prevented them from obtaining the necessary authorization for further construction work, the developer was held liable for failing to disclose this information, since his qualification as a professional in immovable transactions obliged him to know this information, or to verify it if he did not know it.⁹¹ This occasional “*devoir de s’informer pour informer*” (duty to inform oneself so as to inform the other party) refrains professionals from remaining, or pretending to be ignorant. It allows courts, indirectly, to maintain a certain leeway to judge the professional’s responsibility for defective contractual performance. As a consequence, deceit enables the courts to hold professionals liable for not communicating contractually relevant information even in cases that clearly do not have a fraudulent character.

The other conditions required for establishing a mistake do not apply to the case of deceit. So deceit, unlike mistake, is, in principle, excusable if the corresponding facts are established. As was already mentioned above, there is also no requirement similar to that in mistake, where the retention of information has to concern the very substance of the thing which is the object of the contract,

---

88 Girot, C., *o.c.*, p. 256.

89 Girot, C., *o.c.*, p. 257. However, see also Ghestin, J., *o.c.*, 1993, no. 567: “Cependant la nullité pour réticence dolosive frappe également des non-professionnels”.

90 Girot, C., *o.c.*, p. 257.

91 Girot, C., *o.c.*, p. 257 with reference.

as interpreted in case law. The conditions of liability under deceit seem, therefore, less demanding than in mistake, notably because a mistake requires evidence of a subjective nature (that is, the state of mind of the mistaken party), while fraudulent schemes are usually easier to prove.

The sanction for deceit resulting from the breach of a pre-contractual obligation to disclose information is identical to that of deceit resulting through schemes. In addition to the annulment of the contract, the plaintiff may recover damages to compensate for the losses caused by the deceit itself.⁹² In as much as fraudulent concealment is covered under the general law of tortious liability, Article 1382 of the French Civil Code may also be an independent basis for awarding damages to a plaintiff, irrespective of the annulment of the agreement. This has the advantage that damages may also be collected when the deceit results from a third party, *i.e.*, a person not party to the contract, whereas annulment of the agreement may not be granted under such circumstances.

e. Warranty Against Latent Defects, Conformity, and Pre-contractual Duties of Disclosure

Although as such not doctrines from which pre-contractual duties of disclosure emerge, the rules relating to warranty against latent defects and conformity deserve some attention, especially since they have the effect of making insignificant the absence of disclosing information.

In contracts of sale, Articles 1641 and following of the French Civil Code place on the seller an obligation to warrant against “vices cachés” (latent defects) which make the thing sold unfit for the use for which it was intended or so restrict this use that the buyer, if it had known of the defects, would not have bought the thing or would have done so only for a lower price. It is not required that the seller should have known of the presence of the defect or its importance to the decision of the other party. The seller of a defective good is, as a result, held to the warranty against latent defects on the basis of Article 1643 of the French Civil Code even if it was unaware of the defect, unless the seller expressly stipulated that it should not be bound by any warranty. The knowledge of the defect has an influence, however, on the sanction for the breach of the warranty. The traditional sanction for hidden defects is restitution, but actual knowledge of the existence of the defect on the part of the seller grants the aggrieved buyer an additional right to recover damages via Article 1645 of the French Civil Code.

With regard to the warranty against latent defects, one must likewise take note of the case law with regard to the liability of professional sellers. The Cour de cassation nowadays assumes that professional sellers and manufacturers, for the purposes of Article 1645 of the French Civil Code, are, in principle, aware of any

---

92 Terré, F., Simler, P. and Lequette, Y., *o.c.*, no. 221.

hidden defects. They are, therefore, liable for any consequential damages, and cannot take advantage of Article 1643 to escape liability via, for instance, exemption clauses.⁹³ In other words, whether aware of the existence of the defect or not, the professional seller will in any case be held liable via Article 1645 of the French Civil Code. One could, therefore, say that a professional seller is always in breach of a pre-contractual duty of disclosure from the very moment a defect is present in the thing sold.⁹⁴ This demonstrates again that French law intends to commit professionals to higher standards than, *e.g.*, consumers. It is certainly possible to speak of a general duty of disclosure weighing on each professional under French law. On the other hand, case law also holds that there can be no latent defect, and, therefore, no warranty, if the seller has made the defect known to the buyer.⁹⁵

Unlike the warranty against latent defects, the requirement of conformity is not limited to sellers of goods, but extends to include suppliers of services. The requirement of conformity sanctions the fact that the thing contracted for does not have the standard or basic characteristics that are expected of it, or that the thing is unfit for the client's specific needs as expressed under the terms of the contract.

f. Balancing Pre-contractual Duties of Disclosure

Under French law there are basically two ways to balance the disclosure of information. A first important limitation to pre-contractual duties of disclosure is the requirement that an aggrieved party should not be reprehensible for its ignorance, which includes the notion of duties of spontaneous investigation. This implies that, *e.g.*, a layman should be responsible for spontaneously informing himself about the outcomes of the contract he means to conclude. A layman is normally not entitled to rely on his ignorance, and he should effectively and spontaneously seek to inform himself. With regard to mistake this means, for instance, that a mistake may be a cause of annulment of the contract only where it is excusable.

This obligation of spontaneous investigation implies that a buyer should set the benchmarks according to which the quality of the good or service will be judged and that the buyer takes up all the responsibility in this respect.⁹⁶ In other words, a (potential) buyer should precisely define its needs, before it may reasonably be entitled to expect the seller or service provider to fulfill them.⁹⁷ Similar to Dutch law, the real issue, in fact, is to decide on which criteria this exchange of information should take place. The principle seems to be under French law that a professional is held by the primary duty to help the (potential) buyer to define its needs, and to guide the buyer's choices up to the final decision

---

93 Ghestin, J., *o.c.*, 1989, p. 156.

94 Girot, C., *o.c.*, p. 260-261.

95 Ghestin, J., *o.c.*, 1989, p. 156.

96 Girot, C., *o.c.*, p. 264.

97 Girot, C., *o.c.*, p. 264.

leading to the conclusion of a contract. Usually, the respective competencies of the parties involved is, however, also taken into account. In addition, the courts pay attention to the buyer's possibilities to acquire assistance by independent advisors. The standard nature of the contractual subject matter may also have an influence on the extent of the seller's or service provider's obligation to disclose: more protection will, for instance, be granted to the buyer if the contract involves a complex and costly service, while this protection will be less important in the case of standard services supplied to users with certain competencies.

The second limitation pertains to the type of information to be disclosed to the ignorant party. Under the general heading of "obligations d'information" (duties of disclosure), the courts use different degrees. The normal or presumptive duty of disclosure is the "obligation de renseignements". It consists of providing the buyer with all the information that is necessary for him to determine his choices consciously and in full awareness. This information will normally bear on, for example, technical specifications and the environment in which the object of the contract is meant to operate. In short, all neutral and objective information that is necessary to ensure the normal outcomes to be expected from the contact.⁹⁸ Occasionally, the modalities whereby this information is communicated have been the source of litigation. The obligation to advise (the "obligation de conseil") is distinct from the normal or presumptive duty of disclosure. Under the former, the provider must actively determine the needs and interests of the client, and advise him on the measures that are adequate in this respect.⁹⁹ This duty to advise may imply, for instance, that the provider is sanctioned for not having looked into the market for alternative methods of fulfilling the clients' needs.

g. Conclusion

Of the legal systems under scrutiny, France has devoted the most attention to pre-contractual duties of disclosure in both case law and doctrine. Some authors have concluded that, although duties of disclosure under French law are implemented in all sorts of contracts opposing professionals to laymen, the criteria that decide whether or not a duty of disclosure applies are, or at least can be, systematically applied.¹⁰⁰ The underlying philosophy of duties of disclosure would be that the party that knew, or should have known, notably because of its professional qualifications, a fact that it knew to be determining for the other party, is bound to inform the latter since that party could not inform itself or could legitimately trust the informed party, either because of the nature of the contract, the positions of the parties, or the exact information which the latter had provided.¹⁰¹

---

98 Girot, C., *o.c.*, p. 267.

99 Girot, C., *o.c.*, p. 268.

100 Cf., Girot, C., *o.c.*, p. 261.

101 Girot, C., *o.c.*, p. 262-263.

If the foregoing is true, this would enable one to harmonize the sometimes different outcomes with regard to pre-contractual duties of disclosure. It would also allow unification of the special statutes concerned with the explicit protection of certain parties under the same heading. As a consequence, this would enable one to conclude that, rather than implementing isolated pre-contractual duties of disclosure, French law has in fact instituted a general duty of disclosure in contracts with professionals. Harmonization would, furthermore, provide evidence of an important shift in contemporary French contract law. For instance, it would manifest that inequality of bargaining power, or more generally, inequality between parties to a contract has deserved extensive attention in the courts and that increasing responsibilities have been ascribed to professionals in dealing with this inequality. It would also manifest that the responsibilities of the parties are in fact determined by the principle of good faith rather than by the parties' wills.

The general trend under French law to protect inexperienced parties against professional parties can probably be considered as an independent obligation. Therefore, on the basis of the foregoing, one could conclude that French law, contrary to, for instance, English law, recognizes a general principle of disclosure.

4. Pre-contractual Duties of Disclosure under German Law

a. Introduction

The starting-point under German law, like in the other legal systems under scrutiny, is that contracting parties must in general look after themselves.¹⁰² Therefore, silence in principle is not blameworthy, unless there is a duty to speak. Whether or not there is a duty to speak depends on all the relevant circumstances of the case. In addition, under German law, similar to what we have seen before with respect to the other legal systems, statutory duties of disclosure ("Informationspflichten") have increasingly been enacted with regard to all sorts of contracts, and especially with regard to all sorts of contracts involving consumers.¹⁰³

In this Subsection, the relevant statutes and doctrines from which pre-contractual duties of disclosure have emerged under German law are studied. I examine the doctrines of "Treu und Glauben" (good faith) and "culpa in contrahendo" (fault in contracting) (Subsection B.4.b), "arglistige Täuschung" (deceit) (Subsection B.4.c), and § 442 of the German Civil Code relating to conformity (Subsection B.4.d). Unlike in Dutch law, duties of disclosure under German law do not emerge from the doctrine of mistake. The limitations set to pre-contractual information

---

¹⁰² Cf., J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Book 1, *Allgemeiner Teil*, by Hertel, C. et al., Berlin, Sellier-De Gruyter, 2004, § 123, no. 10.

¹⁰³ Cf., Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-InfoV).

duties in the German law of contract are briefly dealt with in Subsection B.4.e. Subsection B.4.f then examines the range of factors that play a role in deciding between a duty of disclosure and a duty to investigate.

b. Good Faith, “Culpa in Contrahendo” and Pre-contractual Duties of Disclosure

German courts regularly invoke good faith (§ 242 of the German Civil Code) to imply or establish collateral obligations between contracting parties, or when fleshing out the main or collateral obligations of the parties (the so-called supplementary function (“Ergänzungsfunktion”) of good faith). These obligations may also be established in the pre-contractual context. Under German law the principal remedy for breach of a pre-contractual duty of disclosure, e.g., incomplete or incorrect information about the object of sale in the course of negotiations, is liability for *culpa in contrahendo*. The doctrine of *culpa in contrahendo*, as established by Rudolph Von Jhering,¹⁰⁴ is based on the notion that damages should be recoverable against the party whose blameworthy conduct during negotiations for a contract brought about its invalidity or prevented its perfection.¹⁰⁵ Liability is based on the idea that a party, by entering into a pre-contractual contact, assumes a certain responsibility towards the other contracting party. *Culpa in contrahendo* essentially developed in German case law, became anchored in the principle of good faith, and turned into an important notion of German private law. Indeed, one could say that the doctrine is a peculiarity of German law. According to Markesinis *et al.*, *culpa in contrahendo* is a doctrine *sui generis*, “floating freely between contract and tort, sometimes acquiring the characteristics of one and sometimes of the other classic category of obligations”.¹⁰⁶

Several major fields of application of the doctrine can be distinguished, including expert liability for advice, valuations, and the like. It is virtually impossible to identify one single common element in these major fields of application, except that liability is derived from the conduct of a person occurring before the formation of the contract, i.e., in the pre-contractual phase. For the purpose of this Subsection, the so-called category of “Pflichtwidrige Herbeiführung des Vertragsschlusses”,¹⁰⁷

¹⁰⁴ Von Jhering, R., “Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1861, 4, p. 1-112. According to Markesinis, B. et al., *The German Law of Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 92 it was Von Jhering who *firmly established* the idea of pre-contractual liability imposed by law.

¹⁰⁵ Novoa, R., *Culpa in contrahendo: a comparative law study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005, p. 584.

¹⁰⁶ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 92.

¹⁰⁷ Cf., J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Book 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, by Löwisch, M. and Thüsing, G., Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005, § 311, no. 116 ff.

one of the major fields of application of *culpa in contrahendo*, is most important. From this category, pre-contractual duties of disclosure emerge.

In general, one could say that a duty to inform can be established, whenever it is contrary to good faith to withhold information. Abstract rules as to when exactly good faith requires the disclosure of information, however, do not exist. The relevant law developed on a case-by-case basis, and much depends on the facts of the individual case. Nonetheless, the type of contract, and the status and bargaining position of the contracting parties are especially important factors in deciding whether and to what extent the seller is under a pre-contractual duty of disclosure.¹⁰⁸ In addition, the obligation appears to exist only where the potential purchaser could have expected to be properly informed, and there is a huge body of case law when this will be the case. The general thrust of these decisions is that the greater the importance evidently attributed to particular information by the purchaser, the more comprehensive, complete and careful the disclosure of this information to the purchaser must be.¹⁰⁹

An important limitation to a claim in *culpa in contrahendo* stems from the fact that, at least according to the prevailing view, the application of the doctrine is not possible where the information in question concerns a characteristic of the subject-matter of the contract that may give rise to liability for breach of contract under a special regime, that is, under sets of rules with regard to specific types of contracts.¹¹⁰ For instance, in relation to the sale of goods, the only features of the object of sale that may give rise to liability under *culpa in contrahendo* are those which do not fall under § 434 of the German Civil Code, that is to say, those features that do not constitute a defect of the object of sale.

The most recent modernization of the German Civil Code has codified *culpa in contrahendo* in § 311 II and III of the German Civil Code. The codification of the doctrine, however, is quite vague.¹¹¹ In fact, from the provision one does not learn much more than that there exists an obligation not to harm the interest of another (*cf.*, also § 241 II of the German Civil Code) and that this obligation may arise in a pre-contractual situation. Therefore, it appears that case law with regard to *culpa in contrahendo* from before the codification is still highly relevant.

c. Deceit and Pre-contractual Duties of Disclosure

§123 I of the German Civil Code states that a person who has been induced to make a declaration of intention by deceit, can rescind this declaration. Deceit is a ground for rescission of a contract. Deceit is usually defined as the deliberate misrepresentation of facts with the intention to provoke or sustain an error or

¹⁰⁸ J. Von Staudingers, *o.c.*, § 311, no. 118.

¹⁰⁹ See Subsection B.4.f below for a more detailed analysis of the relevant range of factors.

¹¹⁰ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 314.

¹¹¹ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 93.

mistake.¹¹² The induced mistake must have been relevant for the decision of the deceived party. The misrepresentation must also at least have been negligent, that is, the misrepresenter could know, or should have known, that the misrepresentation was misleading. A merely negligent false representation could, however, entitle the innocent party to get out of the contract under the doctrine of *culpa in contrahendo*.

An interesting question is whether the deceit must be unlawful, in order for a claimant to successfully rescind the contract (*cf.*, § 123 I of the German Civil Code requires unlawfulness only for coercion, and not for deceit). There appears to be an assumption, however, under German law that every deceit as such is unlawful and, therefore, cannot be justified. Nevertheless, in exceptional circumstances, German courts do sometimes recognise reasons which justify lying or deceiving during the process of entering into a contract.¹¹³ This is especially true for lies during interviews with an eye to entering into a labor contract.¹¹⁴ Therefore, although in principle one could say that if parties to a contract make statements during contract negotiations they must speak the truth, given false answers may sometimes be justifiable under German law.

With regard to the subjective element of deceit, the Bundesgerichtshof has adopted a broad approach. The Court has developed, *inter alia*, the rule that *dolus eventualis* (“bedingter Vorsatz”) suffices to establish (willful) deceit.¹¹⁵ Statements made without certain knowledge that the facts are as claimed are, therefore, classified as deceit.¹¹⁶ Similarly, statements known to be potentially false, are also caught under § 123 I of the German Civil Code.

Another important clarification of the Bundesgerichtshof with regard to the scope of application of § 123 I of the German Civil Code was that deceit can take place not only by actively providing wrong information to the other party, *e.g.*, lying, but also by withholding information which is crucial to the other party. Deceit by omission (“Täuschung durch Unterlassen”) presupposes that the party withholding the information was under a duty to disclose that information (“Aufklärungspflicht”).¹¹⁷ However, as was already mentioned in the introduction, the starting-point under German law is that contracting parties must in general look after themselves. From this premise, the courts have distilled that as a general rule parties to a contract do not owe each other wide-ranging duties of disclosure.¹¹⁸ Every party in principle is thus responsible for acquiring for itself the

---

112 Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 303.

113 Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 304.

114 Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 304.

115 Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 305.

116 Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 305.

117 Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 305.

118 J. Von Staudingers, *o.c.*, § 123, no. 10 and Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 305.

information which it regards as relevant to the decision to enter into an agreement. However, important exceptions to these general principles exist in the German law of contract.¹¹⁹ A duty to inform arises, for instance where one party specifically requested information, or asked questions.¹²⁰ Also, a partial concealment is as good as a lie.¹²¹

Crucial for establishing a right to rescind a contract on the basis of deceit by omission is the precise scope and nature of the duty of disclosure. In general, as was seen above, one could say that a duty to inform can be established, whenever it is contrary to good faith to withhold information. Failing to inform then amounts to deceit, which entitles the other party to set the contract aside. Here it is also difficult, if not impossible, to formulate abstract hard and fast rules as to when exactly good faith requires the disclosure of information, as again much depends on the facts of an individual case.

If a duty to inform is violated, the other party in principle needs to show that it would not have entered into the contract if it had possessed knowledge of the respective circumstances. In some cases, the courts, however, have allowed the other party to claim that it would have entered into the contract on different terms from those actually agreed.¹²²

d. Conformity, in Particular § 442 of the German Civil Code and Pre-contractual Duties of Disclosure

Conformity is the absence of physical (§ 434 of the German Civil Code) and legal defects (§ 435 of the German Civil Code). The German Civil Code poses multiple requirements in relation to the physical condition of a thing. § 434 of the German Civil Code states that, in the first place, the parties to a contract define the standard which the thing has to satisfy. If this standard has not specifically been agreed upon, § 434 I 2 of the German Civil Code lists a number of factors which must be taken into account in deciding whether the thing is free from physical defects: the thing must be suitable for the use assumed according to the contract; or it must be suitable for the normal or usual use, and have a composition which is usual for things of that kind, and which the purchaser can expect in accordance with the type of thing.¹²³ According to § 434 I of the German Civil Code, the characteristics of the good also include those that the purchaser can expect according to the public statements of the seller, of the manufacturer or his assistant, in particular in the advertising or in the marketing of the thing, unless the seller did not know of the statement and also need not have known of it, it was corrected at the point in time of

---

¹¹⁹ J. Von Staudingers, *o.c.*, § 123, no. 10 ff.

¹²⁰ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 307 with references.

¹²¹ Beale, H. et al. (eds.), *o.c.*, p. 417.

¹²² Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 311.

¹²³ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 499.

the conclusion of the contract in an equally valid manner, or it could not influence the decision to purchase. § 434 II of the German Civil Code contains the rule that a physical defect is also present if the agreed assembly has been carried out by the seller or his agent improperly or if the assembly has been carried out as a result of incorrect instructions. § 434 III of the German Civil Code treats the delivery of a different thing or too small a quality as a non-conforming performance too. In addition, according to Markesinis, if generic goods are promised and the seller delivers goods that belong to a different kind, or if a specific thing is the subject-matter of the contract and a different object has been delivered, this constitutes a case of non-conforming performance as well.¹²⁴ According to § 435 of the German Civil Code, a thing is free from legal defects if third parties cannot claim any rights as against the purchaser in relation to the thing. A non-existent right entered in the land register is equivalent to a legal defect. The relevant moment for assessing conformity is defined in § 434 I 1 of the German Civil Code: a thing is free from physical defects if it has the agreed composition at the point when the risk passes. It should, finally, be noted that the provisions relating to conformity do not only cover contracts for the sale of goods, but, according to § 453 of the German Civil Code, also contracts for the sale of rights and other abstract entities. The provisions also apply to contracts that involve the production of goods (§ 651 of the German Civil Code).

The rights of the buyer in case of non-conforming performance – the buyer's rights are described in § 437 *et seq.* of the German Civil Code –, depend on whether the buyer can be presumed to have unconditionally accepted the thing.¹²⁵ This is partly reflected in § 442 of the German Civil Code. On the basis of this provision, the rights of the buyer in respect of the conformity of the thing delivered are excluded if the buyer knew of the defect. The same applies if the buyer was grossly negligent in failing to discover the defect, provided that the seller did not commit a deceit by omission, *i.e.*, willfully concealed the defect, or undertook a warranty in respect of the conformity. A buyer is grossly negligent if it was under a duty of spontaneous investigation ("Untersuchungs- und Erkundigungspflicht") at the time of conclusion of the contract.¹²⁶ As a general rule, the buyer normally is not under such a duty, but the courts have recognized a number of exceptions.¹²⁷ The extent of the obligation is also limited by the fact that one can normally rely on

¹²⁴ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 500.

¹²⁵ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 501. In this context, in dealings between commercial merchants, the German Commercial Code considerably increases the standard required of the buyer: § 377 imposes a number of obligations on the buyer to notify the seller of any apparent defects and also to examine the goods on receipt.

¹²⁶ Cf., J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Book 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, by Beckmann, R., Berlin, Sellier-De Gruyter, 2004, § 442, no. 24.

¹²⁷ J. Von Staudingers, *o.c.*, § 442, no. 24.

(the correctness of) any information communicated by the other party. However, in individual cases, good faith may require a buyer to investigate, in the absence whereof a buyer will be grossly negligent and, therefore, may not be able to exercise the rights under § 442 of the German Civil Code. The following criteria, which have been distinguished in case law, may help to identify whether and to what extent a buyer is in fact under an obligation of spontaneous investigation:¹²⁸ more is expected of a buyer that has expert knowledge, especially if the seller has no expert knowledge; if a buyer chooses not to inspect the object of sale although there were indications that the object was defective, the buyer is grossly negligent in failing to discover the defect; a buyer is grossly negligent in failing to discover a defect, if the latter results from superficial inspection of the object of sale; the value of the transaction may play a role; other special circumstances may, finally, also impose a duty of investigation on the buyer (*cf.*, also Subsection B.4.f below).

In addition to these statutory provisions relating to conformity, parties may also agree to contractual warranties (§ 443 of the German Civil Code). Furthermore, § 444 of the German Civil Code provides that a seller may not rely on an agreement excluding or restricting the buyer's rights in respect of defects if the seller fraudulently concealed the defect, or if it has guaranteed the quality of the thing.

e. Balancing Pre-contractual Duties of Disclosure

There are basically three limitations to pre-contractual duties of disclosure in the German law of contract, two of which have already been mentioned above. First, as we have just seen, with regard to the rules relating to conformity, a buyer sometimes is under a duty of spontaneous investigation at the time of conclusion of the contract. This balances the rule contained in § 434 I of the German Civil Code that, in principle, the characteristics of the good also include those that the purchaser can expect according to the public statements of the seller, of the manufacturer or his assistant, in particular in the advertising or in the marketing of the thing. Second, with respect to § 311 II of the German Civil Code, the type of contract, and the status and bargaining position of the contracting parties are important factors in deciding on the extent of pre-contractual duties of disclosure. In other words, the degree of information disclosure will usually depend on the circumstances of an individual case. This limit also allows the courts to keep a certain balance between the parties' respective responsibilities. Moreover, it avoids turning pre-contractual duties of disclosure under German law into black-and-white issues. Finally, the type of information that has to be disclosed constitutes a third restraint to information duties. Under German law, the normal

---

¹²⁸ J. Von Staudingers, *o.c.*, § 442, no. 24-36.

or presumptive duty of disclosure is limited to information about the objective features of the performance.

f. Range of Factors

As mentioned above, the answer to the question whether one party is obligated to disclose certain information depends on all circumstances of the case. The following range of factors may be critical in deciding whether or not a seller is under a duty to disclose relevant information:¹²⁹

- Intensity of negotiations: The more intense, and the longer the duration of the negotiations, the more probable it is that a duty of disclosure is imposed on the seller.
- Expertise, sophistication and intelligence of contracting parties: If the seller has more expertise and/or intelligence than the buyer, this points in the direction of a duty of disclosure. In addition, an imbalance in skill or access to information leading to significant reliance on the part of the challenging party is likely to lead to a duty to disclose.¹³⁰
- Risk associated with the transaction: The riskier the transaction, the less likely it is that a duty of disclosure will be imposed. In addition, the more speculative the transaction, the less likely it is that an information duty applies.
- Investigations: If the buyer has conducted (extensive) investigations, there is less room to impose a duty to disclose on the side of the seller.
- The importance of the information: In general, the greater the importance evidently attributed to particular information by the purchaser, the more comprehensive, complete and careful the disclosure of this information to the purchaser must be. In particular, circumstances which are of evident and overwhelming importance must be disclosed; especially, if they are essential for achieving the purpose of the contract:

“A person who undertakes a considerable debt is under an obligation to disclose financial difficulties if bankruptcy is imminent (...). In the case of a contract of sale, the seller may not withhold information as to grave defects of the sold goods (...). In the case of particularly substantial defects, even the mere danger of them occurring in the future must be made known (...). Many of these cases concern the sale of used cars by professional car dealers or the sale of land. In this particular group of cases the courts tend to impose quite extensive duties to inform. For instance, a previous accident must be disclosed even if the car has been repaired (...). Likewise, in the case of land, any major defect must be

129 See, *inter alia*, Stengel, A. and Scholderer, F., “Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 162 and 163.

130 Beale, H. et al. (eds.), *o.c.*, p. 417.

brought to the attention of the potential purchaser. For instance, if the building suffered damage from humidity and it is not clear whether an attempt to rectify the defect will be successful, then this must be disclosed (...). Similarly, if the land was contaminated the seller must inform the potential buyer of this fact (...). The duty may also arise in the absence of a permission, authorisation, or license required to achieve the purpose of the contract (...).¹³¹

- Relationship of trust: Family relationships, close personal ties, long-term relationships, as well as the particular position of a professional in his trade (e.g., car dealers, bankers) may serve to establish duties to inform.¹³²
- Difficulty of discovering: If the person with knowledge is aware that the other party cannot, or cannot easily discover the information, the former is more likely to be under a duty to disclose the information.
- Complexity: The more complex a transaction, the more likely it is a duty of disclosure applies.¹³³

g. Conclusion

Pre-contractual duties of disclosure play an important role in the German legal system. Pre-contractual information duties under German law are, however, presently not systematically severed from their original sources, that is, from the statutes and doctrines from which they emerge. In addition, unlike Dutch law, the different bases that reveal a legislative and judicial concern for the development of pre-contractual duties of disclosure have not developed in similar ways. Therefore, it appears fair to say that under German law pre-contractual information duties are not an independent doctrine as such.

Under German law, the answer to the question whether a seller is obliged to disclose certain information relating to the object of sale depends on all circumstances of the case. Likewise, the existence of a pre-contractual duty of spontaneous investigation also depends on all circumstances of the case.

5. Comparison

Although there are still many cases that require a plaintiff to investigate carefully, particularly in arm's length commercial transactions, and that impute to a plaintiff all knowledge it would have learned had it performed a diligent or reasonable investigation, the modern trend has been to lessen the plaintiff's duty of investigation and to permit a finding of justifiable reliance as long as the

---

¹³¹ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 307 and 308 with references.

¹³² Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 309 with references.

¹³³ Beale, H. et al. (eds.), *o.c.*, p. 417.

representation or omission relied upon is not obvious and the plaintiff's reliance was reasonable or in good faith. In particular, the following common factors may be helpful to determine whether one party should have disclosed information:

- The difference in the degree of intelligence of the parties to the transaction: A greater duty of disclosure is imposed on the intelligent party if the opposing party is unusually ignorant. Superior material information concerning a transaction must also sometimes be disclosed when the other party cannot reasonably discover the information and is under a mistaken belief with regard to it.
- The relation that the parties bear to each other: If the parties are in a confidential relationship or one party has reposed confidence and trust in the other, this supports a higher duty of disclosure.
- The manner in which the information is acquired: If the information subject to being disclosed has been discovered by chance or by an illegal act, this favors disclosure of the information. However, if the information has been gained by extensive effort, no one would contend that the duty of disclosure should always exist.
- The nature of the fact not disclosed: There is a heightened duty of disclosure with regard to intrinsic facts and not as high a duty of disclosure with regard to extrinsic facts.
- The general class to which the person who is concealing the information belongs: The buyer is not generally under the same duty of disclosure as the seller.
- The nature of the contract itself: Certain agreements (*e.g.*, contracts of insurance in and contracts of suretyship in some of the legal systems) call for a heightened duty of disclosure.
- The materiality of the fact not disclosed: The more important the fact is, the more likely it should be disclosed.
- The type of damage which the ignorant person will, or is likely to, suffer from a non-disclosure.
- The conduct of the person with knowledge of the fact not disclosed: There is a heightened duty of disclosure if the person with knowledge of the material fact takes any affirmative steps to conceal those facts.
- Statements that are later discovered to be, or turn out to be, false must be corrected; and
- All material facts must be disclosed if anything is said, or if specific questions are asked.

In addition, all facts must be disclosed as required by statutory law.

C. Case Studies

1. *Digression: Methods to Sell Privately Held Companies*

A decision to actively market a company can be initiated by a seller either as a result of a decision to sell the company, or in response to an unsolicited bid. The process chosen by the board of directors to actually sell the company¹³⁴ can fundamentally affect the dynamic of the negotiating process, including the balance of power between the seller and prospective buyers and the outcome of the sale process. The choice of the appropriate sale process will, *inter alia*, be governed by underlying market conditions, the number of potential buyers and the bargaining position of the seller. In appropriate circumstances, a more formal controlled auction process can achieve better results for a seller than the less formal, but relatively more common,¹³⁵ process of privately negotiating an acquisition agreement with a single prospective purchaser (a negotiated sale, also known as a private treaty sale).

The following Subsections serve to explain the auction process and highlight the differences between the auction process and the negotiated sale or private treaty sale. The remainder of this paper focuses on the sale of a privately held company via a controlled auction.

a. Negotiated Sales

In a typical negotiated sale, the seller engages in informal discussions with potential buyers. This is followed by detailed negotiations with a single buyer, and the process culminates in the entering into of an acquisition agreement that includes appropriate deal protection mechanisms, and the issuance of a circular seeking shareholder approval. Notwithstanding the efforts of the prospective buyer to “lock-up” the seller with tough “no-shop provisions” and “break fees”, it is not uncommon for unsolicited competing bids to emerge.

The most stringent formulation of the no-shop provisions of an acquisition agreement will require the board of directors of the target company, among other things, to provide the original bidder with notice of the identity of the competing bidder and to conclude in good faith, prior to providing any information to, or engaging in discussions or negotiations with, any competing bidder that the

---

134 The sale of a company can take the form of an asset purchase or a share purchase. In an asset purchase (asset deal), the buyer acquires all individual assets; in a share purchase (share deal), the buyer acquires the shares in the target-company. A disadvantage of an asset deal may be, for instance, that it is difficult to identify and transfer the assets.

135 Controlled auctions have recently become more popular, however; see, for instance, Boone, A. and J. Harold Mulherin, *How Are Firms Sold?*, 2004, available at http://public.kenan-flagler.unc.edu/faculty/shivdasani/unc-duke%20corporate%20finance/How_are_firms_sold.pdf.

unsolicited proposals would, if closed, result in a transaction more favorable to its shareholders from a financial point of view than the pending merger and is reasonably capable of being concluded. If this threshold is satisfied, discussions can begin with the second bidder provided that this bidder enters into a confidentiality and standstill agreement containing terms substantially similar to those found in the agreement with the initial bidder. If an agreement is reached with the second bidder, the seller must give notice of the terms to the first bidder, and provide it with a right to match the offer. In a less stringent formulation of the no-shop provisions, the board of directors is not required to reach a definitive conclusion that the competing bid is in fact superior, but instead will be permitted to engage in negotiations with a competing bidder if the competing bid could reasonably be expected to constitute a superior offer. An even softer formulation permits the board to enter into negotiations if it determines that taking such actions would be reasonably likely to lead to delivery of a superior proposal.

*b. The Controlled Auction Process*¹³⁶

In a controlled auction, the seller solicits competing bids for the target through a structured process designed and controlled by its investment advisors, usually under the supervision of a special committee of its board of directors. While no auction process is identical, most controlled auctions are typically conducted in three distinct stages.

i. The First Stage: Solicitation of Expressions of Interest

In the initial stage, the seller will identify potential buyers from among the universe of prospective buyers, targeting potential bidders with a strategic interest in the target's business, as well as financial buyers, including consortia of such buyers formed to make a joint bid. The seller will also establish the "rules" for the auction process, determine timing and coordinate communications among the parties. As the next step, each entity on the list of potential buyers will be contacted. If a desire to participate is expressed, the potential bidder is then asked to execute a confidentiality and non-solicitation agreement, including a standstill provision. Potential bidders that execute the confidentiality agreement will be provided with a non-statutory form of the confidential information memorandum. The "book", as it is sometimes called, typically includes an executive summary, industry description, description of the target's business, description of the target's management and historical and projected financial statements.

The confidential information memorandum is the main selling document, and is accompanied by a process letter which serves to invite potential buyers

¹³⁶ On the controlled auction process, see also, e.g., Guynn, S. and Curtin, D., "How to Sell a Business at Auction", *International Financial Law Review*, 1991, no. 10, p. 38 ff.

to submit indicate offers. The memorandum does not purport to contain all material information or to be accurate, complete, fair or sufficient. It will generally contain a legal disclaimer, and a reservation entitling the seller to modify the sales procedures.¹³⁷ In addition, the memorandum and/or the process letter will usually state that the highest price does not guarantee a successful bid: e.g., “The shareholders do not undertake to accept the highest or any offer and reserve the right to accept or reject any offer.” The seller must, nevertheless, take care to accurately describe the business and in preparing projected financial information, as prospective buyers will be asked to prepare their initial bids on the basis of this information and if, on the basis of the buyer’s subsequent due diligence, this information turns out to be inaccurate, the inaccuracies may be used by the prospective buyer to justify renegotiation of its initial bid. Moreover, depending on the particular circumstances of the case, in some jurisdictions, the information memorandum may be relied upon by a disappointed bidder in, e.g., a tort claim (*cf.*, misleading advertisement), and the legal disclaimer may not be given effect.

In that sense, it is important for the seller to plan ahead. Therefore, before engaging in the actual process of a sale, the seller should thoroughly commit to investigate its company such that no unpleasant surprises may arise during the auction process and that the manner of disclosure of information can be controlled. Proper due diligence will ensure that issues such as third party consents, contract or title problems, potential claims and environmental issues are identified. A thorough due diligence process will also ensure a well-prepared and complete data room (see below), and the correct preparation of the disclosure schedules, also known as the disclosure letter. The disclosure letter is a document that contains general and specific disclosures regarding the warranties and representations¹³⁸ contained in the acquisition agreement.¹³⁹ The disclosure letter may, and usually will, qualify some or all of these warranties and representations.

After having received the confidential information memorandum and the process letter, the initial bid participants will be asked to submit a preliminary non-binding expression of interest, indicating their offering price, proposed transaction structure, sources of financing, material conditions and contingencies and the nature and extent of the proposed due diligence process, including principal areas of due diligence concern. Sometimes, the bidder will also be asked to detail its valuation method, model and assumptions. This request may be resisted by the

¹³⁷ Cf., Thomas, R., “England and Wales”, in International Association of Young Lawyers (ed.), *Sale of Private and Public Companies by Auction*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 119.

¹³⁸ Warranties and representations are contractual statements that amount to promises or assurances as to the condition of the company or business.

¹³⁹ A bundle of documents is usually attached to the disclosure letter to support the seller’s disclosures.

bidder, however, because of the strategic information it conveys to the seller in any subsequent pricing negotiations.

The initial, non-binding bids will then be screened and assessed by the target company.

ii. The Second Stage: Invitation to Submit Binding Offers

Some potential buyers will be invited to a second round of bidding – the round at which “binding best and final offers” are submitted – and may normally carry out due diligence. Bidder’s due diligence is the term used to describe the investigation of the target business by the buyer and its advisors before entering into the sales agreement. If carried out carefully, it should not only help the buyer’s understanding of the business but also identify potential risks. If the due diligence exercise reveals unknown liabilities, problems or other information not known when concluding the deal, the buyer has an opportunity to renegotiate the terms.

Potential buyers will be given the opportunity to access the data room(s) (or the electronic or virtual data room(s)), visit sites, meet with management and will usually be provided with the draft sales document. A data room is usually set up off-site and allows potential buyers to access information and documents necessary to assess and evaluate sales conditions. The seller will have to take care in regulating access to the data room properly and ensure that procedures for access are in place. The data room procedure facilitates the provision of data to different bidders in ensuring that all bidders have access to the same information and that the distribution of information is centralized.

An electronic data room involves the uploading of the documents which would otherwise be deposited in a physical data room as, for instance, PDF images on a hosted website built and maintained by either the seller’s law firm or by a third party service provider. Bidders and their professional advisors are assigned user names and passwords, with each individual being given a certain level of access that determines which documents may or may not be viewed. Certain sensitive documents may be given read-only and restricted printing privileges.

The use of an electronic data room site usually has advantages for both the seller and for bidders. From the bidders’ perspective, due diligence teams can view and analyze documents as often as and whenever needed without the logistical challenges involved in traveling to and booking access to a physical data room. From the point of view of the seller, an electronic data room especially has advantages when the seller is conducting a simultaneous process with a large number of potential bidders. In this circumstance, managing a physical data room is difficult, where the objective is to keep the potential bidders separate and apart, both for confidentiality reasons, and to prevent the sharing of information. Use of an electronic data room avoids incurring the cost and inconvenience of setting up multiple off site data rooms. Moreover, an electronic data room can have cost

advantages. Although the documents must be converted to, e.g., PDF format before posting, this is no more costly nor time consuming than the traditional photocopying of documents, and the staffing, photocopying and other costs associated with a physical data room can be largely avoided. More substantively, an electronic data room can provide a seller with a strategic or tactical advantage, given the opportunity that it provides to monitor usage, track who has logged on, the period each user logs in for, and what documents were reviewed. This statistical information can be used by the seller to gauge the seriousness of potential bidders and as a forewarning of what the bidder considers to be the “hot button items” when negotiations begin.

In this second stage of a controlled auction, bidders will also be provided with a “seller friendly” form of the purchase agreement prepared by the seller’s legal counsel. The first draft will typically contain representations limited to factual, objectively determinable matters, numerous materiality and knowledge qualifiers, high liability thresholds and low liability caps, short limitation periods and minimal conditions to closing. It is also standard practice for the draft to state that all information in the data room is disclosed. Bidders will be asked to propose changes by way of returning a mark up.

In response, the bidder may either take this request at face value and table a redlined acquisition agreement which it would be prepared to sign or may choose to bypass this requirement and to instead submit a memorandum specifying in general terms the changes that they would make and to expressly indicate that they are not precluded from making other changes.

An important issue is whether or not draft disclosure schedules are provided with the draft acquisition agreement. One argument is that they should not be provided as including them would necessitate the buyer spending time reviewing the schedules rather than focusing on significant deal issues. On the other hand, it is really not possible for the bidder to sign off on matters such as the warranty and indemnity clauses in the acquisition agreement without understanding the nature and extent of deficiencies. Also, it is not possible for the parties to determine the types of clauses that are necessary in respect of pension and adjustment, or representations on employment matters without an understanding of details of the target’s pension plans and collective agreements which would typically be included in the disclosure schedules.

The second stage of the controlled auction process culminates in the delivery by participants of best and final offers. The offers, although sometimes stated in such a manner as not to give rise to a legally binding contract upon acceptance by the seller, are usually intended to be enforceable if accepted.¹⁴⁰ They identify the purchaser, detail the purchase price, including the form of consideration and the

---

¹⁴⁰ Cf., Thomas, R., *o.c.*, p. 123.

nature of post-closing adjustments, additional due diligence requirements and conditions, plans for management and a mark up of the purchase agreement.

iii. The Third Stage: Final Negotiations

At the final negotiating stage, a single buyer will be selected and, at its insistence, will usually be granted an exclusivity period during which to resolve remaining issues and complete final due diligence prior to execution of a definitive acquisition agreement. Immediately, the balance of negotiating power shifts dramatically to the bidder (*cf.*, because it may be increasingly difficult for the seller to start-up and continue negotiations with a second bidder once negotiations with the first preferred bidder have broken off) who will often attempt to renegotiate on certain issues as a result of findings in its due diligence process.

iv. Advantages and Disadvantages of Controlled Auctions

The principal advantage of selling a business in a controlled auction rather than by way of a traditional negotiated transaction is that a controlled auction permits the seller to maximize its sales price since it encourages participation by a greater number of bidders, competing in a process which allows the former to play sophisticated buyers off against each other.¹⁴¹ At least where there is a large variance among potential buyers as to the maximum price that they are willing to pay for the business being sold, a controlled auction should allow the seller to capture the maximum benefits from the transaction.

In addition, controlled auctions are a pro-active approach to selling a company which permits the seller to fully mobilize the resources of its financial and legal advisors early in the process and to enable them to orchestrate the sales process towards a favorable outcome in terms not only of price but also timing of closing of the transaction and in terms of the indemnities and other risk allocation terms given by the seller.

Moreover, the seller can exert a greater degree of control over the sales process and can assess competing offers in a systematic fashion. For example, the seller may be able to exercise a greater influence over the terms of the acquisition by tabling its form of the acquisition agreement.

Finally, a controlled auction takes place in stages, allowing the seller to minimize the disclosure of its proprietary and competitively sensitive information during the early stages of the process. Participating bidders are required to table details of their offers early on in the process, and are forced to get more specific as to their "bottom line" with respect to price and other terms as the bidding progresses.

A disadvantage of a controlled auction is that some potential buyers may simply refuse to participate in a controlled auction because they view it as unduly biased

---

¹⁴¹ See, *e.g.*, Thomas, R., *o.c.*, p. 124.

towards the seller's interests. Theoretically, at least, the process should result in the seller receiving full value for its assets and a potential buyer may feel at a disadvantage because it has limited control over the process, including the ability to engage in face-to face negotiations with the seller.

Also, since a number of potential bidders will be contacted in a controlled auction process, it may be more difficult to maintain confidentiality. Rumors of the transaction can adversely impact employee, supplier and customer relationships and create more anxiety among management and key employees than a negotiated transaction with a known buyer. An unsuccessful auction that does not generate an acceptable offer can inhibit the remarketing of the business until a significant period of time has elapsed.

Third, as the seller systematically reduces the number of bidders in the auction to a short list, there is a risk that the remaining bidder will endeavor to renegotiate price or other terms, based on the results of its due diligence investigations. Often, it will be difficult at this stage to re-activate discussions with other potential bidders.

Furthermore, a controlled auction usually entails significant costs to the seller, as the auction process includes the appointment of a third party contact point, the drafting of the first set of sales documents and negotiations with more than one potential buyer; costs which the seller foregoes in a typical private treaty sale.

Fifth, the auction process offers competitors an opportunity to uncover information about the target while they may pose as potential bidders. Although, as mentioned above, the seller will try to avoid information leaks through the conclusion of confidentiality undertakings, in practice, such undertakings might not always be effective. Therefore, as mentioned above, a seller, in principle, does not commit to disclose highly sensitive information until the final stage of negotiations.

In addition, the auction process exposes the seller to a number of legal concerns, which would not arise in a negotiated sale (see Subsection C.1.b.v below).

Of course, the seller's advantages mirror the disadvantages of the bidder involved in the auction process. First of all, the maximization of prices in an auction process may force the potential buyer to pay a higher price than in a typical negotiated sale. The bidder will have to expend a greater amount of resources while the chances of success due to the number of bidders are lower than in a private treaty sale. In addition, the level of contractual protection, the amount of information to be received on the target company and the chance to build up a relationship with the target are usually lower in an auction process compared to a private treaty sale. Finally, an auction sale also involves a greater risk that the business of the target will be damaged during the sale due to leak of information on the auction process. In light of the foregoing, a bidder will usually aim to get selected as a preferred bidder, which will allow for a period of exclusivity, *i.e.*, it

will allow the preferred bidder to conduct negotiations as if it concerned a typical private treaty sale. Alternatively, a bidder may make a pre-emptive bid in order to secure similar conditions (exclusivity and early target access).

v. Legal Concerns

There are several general legal concerns that must be taken into account when engaging in a controlled auction process. First, since the process includes competitive bidding, the seller or his financial advisors may be tempted to overstate other bidders' interests in order to exert a higher offer from counter bidders. Such statements or action, however, may, in English legal terminology, amount to fraudulent misrepresentations.¹⁴² Second, some jurisdictions limit the extent to which a seller may disregard bids in imposing liability on the seller if it does not consider all submitted bids. In order to forego such liability, in the process letter, a seller should expressly state that it does not oblige itself to consider all submitted bids. In the third place, both sellers and buyers should make certain that their process letters and negotiation documents cannot constitute an offer or acceptance and, therefore, a binding agreement, and that both parties pursue to be bound only once all negotiations and relevant processes relating to the auction have taken place.¹⁴³ Fourth, the seller may be required to bring out a prospective that complies with the regulations of the local jurisdiction. Fifth, the seller should take into account and be aware of any consequences of misleading or incorrect statements and any duties of good faith while drafting the information memorandum.

2. The Case Studies

In either an asset acquisition or a share purchase of a company, it is well recognized that the typical buyer ought to be informed or have knowledge of the following information and facts about the business:

- Tax and audit history;
- The financial history of the business, including its past stability, growth, and diversity of operations;
- The profit and loss statements, balance sheets, and tax returns;
- Good will, including reputation or prestige of business and ownership of trade or brand names; and
- Contracts and other agreements.

¹⁴² On fraudulent misrepresentation, see Subsection B.2.b above.

¹⁴³ In addition, parties should be aware of any local laws that may impose duties to negotiate in good faith.

In addition, in an asset deal, the buyer should be given a detailed description of the assets that are to be purchased. In a share purchase, the buyer should also be aware of, or informed of, additional facts, such as the company's history, and should be given access to, *inter alia*, the company's minute articles of incorporation and by-laws. Moreover, in a share purchase, the buyer should be informed of other facts because the buyer may be subject to all liabilities of the seller's company, whether known or unknown; thus, the buyer should be informed, *e.g.*, of all outstanding or threatened litigation, debts, leases, and insurance.

In most instances, the foregoing information will be sought out and discovered by the buyer or experts hired by the buyer prior to the sale of the company. But what if the buyer has not discovered or made sufficient inquiries to discover all of the material information related to the sale of the company? In such a case, does the seller have the duty to disclose such information? Does it matter whether a reasonable investigation could have produced the information?

In this Section, I investigate how the legal systems under scrutiny solve three case studies about duties of disclosure in controlled auctions of privately held companies. In particular, I explore how the seller's pre-contractual duties of disclosure relate to the buyer's duties of spontaneous investigation in practice in each of the following three situations:

1. In the context of the acquisition of a company, where the buyer has full access to the company, its books and records, and where the buyer can perform all sorts of due diligence, and it receives the customary warranties;
2. Same situation as in 1, but without the customary warranties; and
3. Same situation as in 1, but without any buyer's due diligence and without the customary warranties.

It should be noted that most transactions involving the sale of a company via a controlled auction involve sophisticated parties that are represented frequently by counsel and/or other experts. Such sales, as with most business transactions, are generally said to be – in Anglo-American terminology – “at arm's length”. A significant body of law follows the rule that there is no affirmative duty to disclose information in such arm's length business transactions. This is especially true with regard to English law, but the law has been applied even in the legal systems explicitly recognizing that notions of good faith and fair dealing determine the duty to speak during pre-contractual negotiations. This suggests that at least some courts believe that our society's mores and business ethics permit the non-disclosure of material facts in arm's length business transactions. On the other hand, many recent cases involving business transactions show a marked, though admittedly at times carefully worded, movement toward disclosure of (material) facts.

3. Case Study 1

a. Dutch Law

i. Mistake

As discussed in Subsection B.1 above, under Dutch law, the legal standards as to when a duty of disclosure exists are not that clear and straightforward. In any case, for such a duty to exist, three basic conditions must be satisfied.¹⁴⁴ First, the party not in mistake was, or ought to have been, aware of the facts or information it was required to disclose, that is to say, the party not in mistake had a correct assessment of the facts. Second, that party knew, or ought to have known, that the circumstances about which the other party was mistaken, have induced the latter to enter into the contract, *i.e.*, the contract would not have been concluded had there been a correct assessment of the facts. Third, the party not in mistake knew, or ought to have known, that the other party was acting under the influence of an incorrect assessment of the facts. Even if these basic three conditions are met, a duty to inform will only apply if disclosure would have been in accordance with generally accepted views (the common opinion). This will be assessed *in concreto*, considering all the circumstances (*cf.*, Subsection B.1.f above).

On the other hand, under Dutch law, generally accepted views also require a party that is considering entering into a contract to take measures, within reasonable limits, to prevent it from giving consent under the influence of wrong assumptions. The legal standards as to whether a party had a duty to investigate, and the extent of that duty, are again not clear and straightforward: all the circumstances will be taken into account.

Moreover, the standards determining the relation between the duty to inform and the duty to investigate are complicated. For instance, a seller's duty to disclose and a buyer's duty to investigate may coexist. The outcome will yet again have to be determined *in concreto*. However, in case law, certain rules of thumb have been formulated. In principle, a party may rely on information provided by the other, and a seller that fails to disclose information to a buyer can generally not successfully invoke the argument that the buyer did not adequately perform its duty to investigate (in that sense, one could say that a duty to disclose prevails over a duty to investigate).

In relation to the sale of a company, Advocate General Langemeijer has considered whether, and to what extent the legal standards, as discussed above, may be applied to a share purchase transaction.¹⁴⁵ The Advocate General concluded that

¹⁴⁴ Although, I discuss this Subsection from the perspective of the doctrine of mistake, the analysis would be very much the same for the doctrine of non-conformity (*cf.*, Hoge Raad 4 January 1991, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1991, no. 254).

¹⁴⁵ Hoge Raad 16 June 2000, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, no. 559.

these legal standards are applicable. However, he also appeared to place greater emphasis on the buyer's duty to investigate in the case of the sale of a company, given, *inter alia*, the buyer's possibility to conduct due diligence in these type of corporate transactions. In another case, Advocate General Timmerman also placed greater emphasis on the buyer's duty to investigate.¹⁴⁶ He even seemed to suggest that in relation to the sale of a company, a buyers' duty to investigate prevails over a seller's duty to disclose. In a more recent case, however, Timmerman used more nuanced language, and he emphasized that even where professional parties are involved, and even if a due diligence has taken place, there can be instances – considering all the circumstances – under which a seller may nevertheless be required to disclose information.¹⁴⁷ In other words, under Dutch law, the principle of non-disclosure does not apply in relation to the sale of a company. Having said that, it would appear to me that courts will not readily impose a duty to disclose information on a seller of a privately held company.

Against this background, and taking Subsection B.1 into account, the following “rules” seem to be relevant for duties of disclosure and investigation in relation to the sale of a company:

- In principle, a buyer always has a certain duty to investigate the company;
- Courts will generally not impose a duty of disclosure on the seller, except in certain “atypical” situations, such as where there is a relationship of trust, or in case of a gross disparity between seller's and buyer's competence;
- Where the buyer has conducted a due diligence, courts are generally even less inclined to impose a duty of disclosure on the seller;¹⁴⁸
- However, the seller may be required to disclose information (more extensively) when it appears to him that the buyer has a false impression of certain essential matters of the company,¹⁴⁹ e.g., where the seller monitors an electronic data room, and understands that certain essential documents were not reviewed;¹⁵⁰
- In principle, a party may rely on information provided by the other;¹⁵¹
- If, after, e.g., the performance of a due diligence investigation, there are any unclear matters, the buyer, in principle, should ask for clarification, by asking specific questions;
- Related to this, courts will generally not interfere where a buyer is aware that the seller provided insufficient, inadequate or incorrect information, but it nonetheless decides to conclude the agreement (without insisting on warranties);

¹⁴⁶ Hoge Raad 10 October 2003, LJN: A0306, Co2/149HR.

¹⁴⁷ Hoge Raad 14 May 2004, LJN: AO1214, Co2/291HR.

¹⁴⁸ Cf., Rechtbank Utrecht 28 March 2001, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2002, no. 192.

¹⁴⁹ Cf., Hoge Raad 22 December 1995, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1996, no. 300.

¹⁵⁰ That is not to say, however, that I am of the opinion that a seller is required to monitor the virtual dataroom as such.

¹⁵¹ See, for instance, Rechtbank Zutphen 24 December 1998, *Jurisprudentie Onderneming en Recht*, 1999, no. 33.

- Likewise, there appears to be a strengthened duty to investigate for the buyer, if the latter has reasons for not trusting the accuracy of the information;¹⁵² and
- If the purchase price is (significantly) decreased in light of certain unclear matters, this will make it less likely for the courts to impose a duty of disclosure on the seller.

Under Dutch law, there appears to be no relevant case law dealing with the influence of controlled auctions on the above analysis. Although the fact that in controlled auctions, as compared to private treaty sales, a buyer might sometimes have less opportunity to perform a due diligence investigation may be relevant (see also Case Study 3 below). In addition, the information memorandum, even though it usually contains a disclaimer and it does not purport to be accurate, may help a court to decide to impose on the seller a duty to inform. On the other hand, in relation to controlled auctions, there are also at least two circumstances which make it less likely that a buyer will be able to successfully invoke the doctrine of mistake. First, controlled auctions usually take place between larger professional (sophisticated), commercial parties. Second, a team of (legal) advisors normally assists these parties.¹⁵³ Furthermore, because a controlled auction is largely a formal process, in which there is relatively little room for individual negotiations up until the very last stage, there may be even less room for imposing a duty to disclose information on the seller.¹⁵⁴

ii. Buyer's Due Diligence

The influence of buyer's due diligence on pre-contractual duties of disclosure is also discussed in Section C.3.a.i above. In short, a buyer always has a certain duty to investigate the company, and failing to do so may lead to an unsuccessful claim in, e.g., mistake. Therefore, it is generally wise of a buyer to conduct a due diligence, although failing to perform such an investigation does not *per se* mean that the seller is relieved from disclosing relevant information. Failing to conduct a due diligence may, however, constitute mismanagement on the part of the buyer's management, possibly leading to (personal) liability of the directors involved.¹⁵⁵ Also, because warranties are usually capped both in time and money, parties typically disagree on the exact scope and meaning of the warranties,¹⁵⁶ recourse

¹⁵² Cf., Rechtbank Utrecht 28 March 2001, *o.c.*

¹⁵³ Cf., Hoge Raad 4 January 1991, *o.c.* and Hoge Raad 29 June 2007, C05/285HR.

¹⁵⁴ More generally, one could question whether the Hoge Raad's ruling in *Baris v. Riezenkamp* – and the good faith implications associated with it – (see Subsection B.1 above) has relevance for the first stages of a controlled auction, since parties can hardly be said to be negotiating on the conclusion of a contract at that moment.

¹⁵⁵ See Kersten, H., "Het due diligence onderzoek", *Onderneming en Financiering*, 2003, p. 32, with reference.

¹⁵⁶ Cf., Hoge Raad 19 January 2007, *Jurisprudentie Onderneming en Recht*, 2007, no. 166.

may be difficult at a later stage, and courts may restrict the scope of the warranties (see Subsection C.3.a. iv below) it may be prudent of a buyer of a company to conduct a due diligence.

Sometimes a prospective buyer may choose to disclose a copy of its due diligence report to the seller for the purpose of obtaining a confirmation by the seller that the buyer has gained a proper understanding of the object of the sale. For practical reasons, however, this will not often happen. First, this approach may compromise the buyer's negotiation strategy. In addition, a seller will most likely not be receptive to such a suggestion, as it will entail an implied warranty by the seller that the information researched by the prospective buyer is comprehensive, and that the analysis thereof is accurate.

The risk that buyer's advisors are negligent in discovering information during a due diligence lies with the buyer. In other words, the buyer's advisors' negligence will be imputed to the buyer, making it difficult, if not impossible, for the buyer to successfully invoke the doctrine of mistake against the seller.¹⁵⁷ This may be different, however, if the seller knows, or should have known, that the buyer(s advisors) had a false impression of certain essential matters.

Buyer's due diligence may also influence the scope of the warranties (see Subsection C.3.a.iv below).

iii. Seller's Due Diligence

In the Netherlands, in recent years, sellers increasingly commission a vendor's due diligence. Depending on the size of the object of the sale and the monetary interests involved, it is not uncommon for the seller to disclose a copy of its due diligence report to the buyer. This practice enhances the clarity of disclosed information.

The seller's advisors may want to include a disclaimer in the due diligence report, which reads something like this:

"This report summarizes the results of our legal due diligence examination of certain specified documents and other matters relating to the company. Our due diligence examination has been conducted in connection with the possible acquisition by buyer of substantially all of the assets and liabilities of the company. Our report is based upon documents supplied by the company to date. This report was prepared at the request of the company. It is confidential to the company (and its professional advisers acting in their capacity as such) and may not be given to, used by, or relied upon by, any other person."

---

¹⁵⁷ Rechtbank Utrecht 28 March 2001, *o.g.*

The question, however, is if such a disclaimer can prevent a buyer from relying on the information contained in the due diligence report.¹⁵⁸ On the one hand, the disclaimer seems to be primarily aimed at preventing the buyer from suing the seller's advisors, and construction of the disclaimer may, therefore, lead a court to conclude that it does not prevent a buyer from relying on the disclosed information against the seller. In addition, the seller (and its advisors) will have to realize that disclosing this important information to the buyer will likely affect the buyer's assessment, and that, as a result, it may be unreasonable of the seller to disclose this information subject to the disclaimer, *i.e.*, that it may be unreasonable to think a buyer will not rely on the information. On the other hand, a court may want to give effect to a provision of non-reliance in a commercial contract between experienced parties of equal bargaining power. But even then, the information in the due diligence report may serve as evidence of the actual representations (oral or otherwise) made during the negotiation process. From a practical point of view, it is likely that both the seller and the buyer will "rely" on the seller's due diligence report, and any inaccurate information contained therein – assuming they do not discover the inaccurate element(s) – will usually be reflected in the acquisition agreement (see also Subsection C.3.a.vi). The buyer may also try to base its claim for inaccurate information contained in the seller's due diligence on a breach of a duty of care (tort law).

Since a party, in principle, may rely on information provided by the other, the practice of disclosing a copy of the seller's due diligence report, in my opinion, relaxes a buyer's duty to investigate, unless the latter does not trust, or has reason not to trust (*cf.*, knowledge), the accuracy of the information.

iv. Warranties and the Disclosure Letter

An acquisition agreement is a negotiated document that in large part reflects how favorable the parties view their respective deals, the parties' relative bargaining power and other attendant circumstances (*e.g.*, time pressure). Warranties and representations often make up the first article in an acquisition agreement, following the purchase price provisions, and, therefore, often set the tone for the entire agreement. The effect of warranties, if properly made and accepted, in principle, is to re-allocate some or all of the risk in relation to the existence or extent of a particular liability from the beneficiary to the warrantor, *i.e.*, from the buyer to the seller.

¹⁵⁸ *Cf.*, Parijs, S., "Fairness opinions in het licht van misleidende reclame", *Ondernemingsrecht*, 2003, p. 616-617. On pre-contractual statements containing incorrect information, see also Hoge Raad 25 January 2002, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, no. 31 and Van Laarhoven, M., "Aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste informatie in een precontractuele verhouding", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2002, p. 287 *e.v.*

Under Dutch law, a buyer may, in principle, rely on the seller's warranties (*cf.*, also the rule that a party may rely on information provided by the other, mentioned in Subsection C.3.a.i), unless the latter has qualified them in, *e.g.*, the disclosure letter. This implies generally that in case of warranties, the buyer's duty of investigation is relaxed.¹⁵⁹ That is not to say, however, for reasons mentioned before, that the buyer should not conduct a due diligence whenever it receives warranties. Furthermore, it seems that, in certain circumstances, a buyer may not *per se* invoke the seller's warranties. First, the scope of the seller's warranties is usually restricted by buyer's actual knowledge, prior to entering into a transaction, of facts or circumstances contradicting the warranties issued by the seller, independent of whether these facts form part of the disclosure letter.¹⁶⁰ Also, if the buyer had, or ought to have had, serious doubts regarding the accuracy of seller's warranties, it may be barred from invoking them.¹⁶¹ Therefore, any information (including oral information and public knowledge) a prospective buyer receives prior to entering into the agreement should be carefully considered to avoid dilution of the warranties. In that sense, one could say that even if the seller gives warranties, the buyer may, under circumstances, have to investigate certain matters, or face the risk that a court will not enforce the warranty provisions. This can also be explained, *inter alia*, against the background that courts, in assessing representations and warranties, will consider all the circumstances.

There may be "good" reasons why a seller, knowing that a warranty is untrue, nevertheless wants to make it, because it prefers the prospect of a claim for damages (with all the difficulties of quantification and related cost that this may involve for the beneficiary), rather than the more immediate likelihood that the beneficiary will seek to renegotiate the purchase price or even withdraw from the negotiations. Basically, the seller "assumes" the risk that a buyer may start a legal procedure at a later stage. In that sense, I am of the opinion that a warranty should generally be enforceable, if, in short, both the buyer and seller have actual, imputed or constructive knowledge of the inaccuracy of the seller's warranty. I thus believe that the "risk" in that case should lie with the seller (*cf.*, Article 6:228 paragraph 1 under c of the Dutch Civil Code). Especially, since the seller is typically better informed about "its" company than the buyer, or, at least, one may expect that the seller is better informed. In addition, where the buyer is better informed than the seller, the former normally has obtained this information through (extensive,

¹⁵⁹ See, *e.g.*, Rechtbank Rotterdam 19 November 1998, *Jurisprudentie Onderneming en Recht*, 1999, no. 31.

¹⁶⁰ See, *e.g.*, Hoge Raad 22 December 1995, *o.c.*; Rechtbank Utrecht 23 April 1997, *Jurisprudentie Onderneming en Recht*, 1997, no. 92; Rechtbank Rotterdam 17 September 1998, *Jurisprudentie Onderneming en Recht*, 1999, no. 4; Rechtbank Rotterdam 19 November 1998, *o.c.*; and Rechtbank Zutphen 24 December 1998, *Jurisprudentie Onderneming en Recht*, 1999, no. 33. See also Raaijmakers, G., *o.c.*, p. 192.

¹⁶¹ Raaijmakers, G., *o.c.*, p. 192.

and expensive) research or investigation (e.g., due diligence), or because the information as such concerns extrinsic facts. Again, this points in the direction of allocating the risk to the seller, I think.

Sometimes the seller insists on including the words “to the seller’s knowledge”, “to the seller’s best knowledge” or “to the seller’s best knowledge after investigation” (or similar language) in the warranties, in order to limit the scope of them. Its ability to secure either of these qualifications depends, *inter alia*, on the negotiation positions of the parties. In practice, the effect of these qualifications appears to be that the seller limits the extent of the warranty to, e.g., its own knowledge upon the subject, as where he warrants qualities or characteristics to be of a certain sort so far as it knows, and in such a case there can be no recovery by the buyer upon the warranty beyond the limit thus set to it. For instance, where the seller warrants that “there is no action pending or, to the knowledge of the seller, threatened against or affecting the seller, any of the assets involved or the business, before or by any court, arbitrator, panel or other government authority”, and it later turns out that there was, e.g., a case pending before a court, the buyer will only be able to successfully invoke the warranty if the buyer can prove that the seller knew that an action was pending. Even though most contracts usually contain a definition of “knowledge” (e.g., “‘knowledge’, when used with respect to: (a) an entity, means the actual and constructive knowledge of any officer, director or management-level employee of such entity after due inquiry; and (b) an individual, means the actual and constructive knowledge of such individual after due inquiry”),¹⁶² the real difficulty with these qualifications, in practice, could nevertheless be that their exact meaning might sometimes be unclear,¹⁶³ also because parties in a controversy will try to construct the provisions in a way favorable to their case. Another question that arises is whether the seller is under an obligation to investigate the subject matter as to which it warrants something to the best of its knowledge.¹⁶⁴ Under Dutch law, there is no clear answer to that question, and much will depend on the circumstances, and the exact wording of the warranties. Courts in the Netherlands will generally interpret the meaning of contract provisions in accordance with the *Haviltex* formula, which implies that the exact meaning of a provision will, to a large extent, depend on what the parties, in the given circumstances, could expect the provision to mean (“subjective meaning”), whereby the courts take reasonableness and fairness into account.¹⁶⁵ In addition, since asset and share

¹⁶² Cf., Hoge Raad 7 September 2007, Co6/055HR.

¹⁶³ Cf., Hoge Raad 28 January 2000, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2000, no. 575 and Hoge Raad 19 January 2007, *o.c.*

¹⁶⁴ Raaijmakers, G., *o.c.*, p. 202.

¹⁶⁵ Hoge Raad 13 March 1981, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1981, no. 635. Where an agreement is unclear or incomplete, trade customs may also play an important role in filling any gaps in the agreement. Under certain circumstances, courts will stick (more) closely to the “objective” meaning of contract clauses.

purchase agreements, in my opinion, to a certain extent, consist of standard terms,¹⁶⁶ and courts, typically, seem to be more willing to interfere in contracts of adhesion, Dutch courts might especially be keen on constructing the warranty provisions in accordance with what they deem reasonable and fair under the given circumstances. On the other hand, there also seems to be a tendency in the Netherlands, especially in relation to (“purely”) commercial contracts between sophisticated parties, for the courts to stick more closely to the “objective” meaning of contract clauses.¹⁶⁷ This is particularly true were the parties have had professional legal advice,¹⁶⁸ which will be typically the case in controlled auctions. Also, since corporate practice in many countries, including the Netherlands, is “inspired” by Anglo-American law,¹⁶⁹ and if there may be said to be a “uniform global meaning” of, e.g., the term “to the seller’s knowledge”, courts might want to stick closely to an objective (textual) interpretation of the warranty provisions. Therefore, I would conclude that courts in the Netherlands, in general, would refrain from obliging the seller to investigate the particular subject matter to which the warranty relates. Case law also seems to point in that direction.¹⁷⁰

Parties sometimes include other provisions in their share or asset purchase agreement with the intent to shift the risk in relation to the transaction from one to the other party. For instance, an acquisition agreement may sometimes state that the seller has “disclosed all relevant information” (e.g., “seller has provided to buyer or its counsel all information necessary to respond to buyer’s requests for information”). Or a warranty may be qualified by stating that it only applies as far as the buyer has not learned of any facts contradicting the warranty. The effect of these clauses will, again, depend on what meaning the courts give to these provisions, but the courts will generally respect the parties’ risk allocation.

The disclosure letter also qualifies the warranties. The effect of the disclosure letter, if properly made and accepted by the beneficiary, is to pass the risk back to the beneficiary in respect of the matter disclosed, as if the warranty had never been given or had been given subject to a qualification in respect of the relevant matter, i.e., no claim will lie if the seller has made a fair disclosure against that warranty.¹⁷¹ A warranty in the acquisition agreement might, for instance, read:

166 For Germany, see Carstens, C., *Qualifikation von Klauseln eines Unternehmenskaufvertrages als allgemeine Geschäftsbedingungen*, available via http://www2.jura.uni-hamburg.de/hirte/seminar/0203/klauseln_eines_unternehmenskaufvertrages_als_agb-l.pdf. See also Advocate General Verkade’s Conclusion under Hoge Raad 29 June 2007, LJN: BA4909, Co5/285HR, in relation to entire agreement clauses. On the other hand, see Bundesgerichtshof 17 January 2007 (VIII ZR 37/06), available via <http://www.bundesgerichtshof.de>.

167 Cf., Hoge Raad 19 January 2007, o.c. and Hoge Raad 29 June 2007, o.c.

168 Cf., Hoge Raad 29 June 2007, o.c.

169 See Advocate General Langemeijer’s Conclusion under Hoge Raad 16 June 2000, o.c.

170 Cf., Hoge Raad 18 April 1986, o.c. See also Raaijmakers, G., o.c., p. 202.

171 From a theoretical perspective, an interesting question is how the disclosure letter actually achieves

“Except as set forth on schedule x, there is no action pending or, to the knowledge of seller, threatened against or affecting seller, any of the acquired assets or the business, at law or in equity, before or by any court, arbitrator, panel or other government authority.”

v. Conformity

It should be noted that a buyer of a company, in the majority of cases, will want to claim monetary compensation (damages) for breach of contract (non-performance), in particular, for breach of warranties.¹⁷² The doctrine of (non-)conformity is highly relevant in this respect. The relationship between non-conformity and non-performance is as follows.¹⁷³ Under Dutch law, every failure in the performance of an obligation – and in case of non-conformity there is such a failure – obliges the debtor to repair the damage that the creditor suffers there from, unless the failure cannot be imputed to the debtor. Articles 6:75 BW *et seq.* indicate under what circumstances the debtor may invoke non-liability for the non-performance: a failure in the performance cannot be imputed to the debtor if it does not result from its fault, and if the debtor cannot be held accountable for it by law, legal act or common opinion either.

As discussed in Subsection B.1 above, in the assessment of pre-contractual duties of disclosure in relation to both the doctrines of mistake and (non-) conformity, courts in the Netherlands make use of the same criteria.¹⁷⁴ This is important to realize, because it implies that what is said in, *e.g.*, Subsection C.3.a.i above, is, in principle, also largely applicable to cases in which the buyer invokes the non-conformity of the company. It is, however, not entirely uncontroversial whether the rules relating to conformity also apply to, for instance, the sale of a privately held company. Some legal scholars are of the opinion that they do not.¹⁷⁵ Others think they do, and their view seems to constitute the majority opinion.¹⁷⁶ In this paper, I take over the majority opinion and assume that the rules relating to conformity are indeed of relevance to the types of corporate transactions discussed here.¹⁷⁷

---

ves this, *e.g.*, by amendment or variation of the warranty provisions, or by waiver by the buyer of remedy for what otherwise would be breach, or by some other principle or rule of contract law (*cf.*, *Prentice v. Scottish Power plc.* [1997] 2 BCLC 264).

172 Kersten, H., *o.c.*, p. 29.

173 Hoge Raad 9 January 1998, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, no. 272. See also Advocate General Keus' Conclusion under Hoge Raad 23 December 2005, LJN: AU2414, Co4/294HR.

174 See also Kersten, H., *o.c.*, p. 29.

175 See Raaijmakers, G., *o.c.*, p. 43, with references.

176 Raaijmakers, G., *o.c.*, p. 43-44.

177 Although it should be noted that it might be somewhat difficult to apply the rights of redress (remedies) provided for in the Dutch Civil Code in case of non-conformity, to cases involving the sale of a company; see Raaijmakers, G., *o.c.*, p. 45 and 46.

vi. Parties' Contractually Provided For Risk Allocation

In acquisition agreements, parties may try to contract around the legal regime provided for by the state, and often, maybe because of legal certainty, they seem to try to produce enforceable legal documents that operate, more or less, independently from the state's law.¹⁷⁸ The question is to what extent Dutch law allows the parties to do this. In this Subsection, I discuss that question in relation to pre-contractual duties of disclosure.

As discussed in Subsection C.3.a.iv above, parties usually make arrangements regarding the disclosure of information in the warranties and representations, and in the disclosure letter, and this is generally permitted. One could speak of a contractually arranged for risk allocation regarding pre-contractual duties of disclosure.

Parties may also try to contractually exclude a claim for mistake.¹⁷⁹ In 2001, in relation to acquisition agreements, Advocate General Bakels concluded that this practice, under Dutch law, is permitted.¹⁸⁰ However, like any other exclusion clause, a provision limiting a claim for mistake is subject to interpretation by the courts, and a court may want to limit the extent of this provision, especially if it is drafted in unclear, or confusing language. That is, where there is doubt about the meaning of the provision, the courts may want to use an interpretation that is most favorable to the other party. In addition, excluding clauses are subject to the overriding principle of reasonableness and fairness.

In, e.g., England and the United States (U.S.), it is quite common for the parties to include an entire agreement provision in the acquisition agreement, which reads something like this: "This agreement and the other transaction documents contain the entire agreement by, and among, the parties, with respect to the subject matter hereof, and all prior negotiations, writings and understandings relating to the subject matter of this agreement, including the letter of intent dated (...) between buyer and seller, are merged in, and are superseded and canceled by, this agreement and the other transaction documents."¹⁸¹ However, the parol evidence rule¹⁸² as such is not generally recognized under Dutch law, and a

¹⁷⁸ See Advocate General Langemeijer's Conclusion under Hoge Raad 16 June 2000, *o.c.*

¹⁷⁹ See Du Perron, C. And Van Wechem, T., "Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptable of een onacceptable boilerplate", *Vermogensrechtelijke Annotaties*, 2004, p. 4 ff.

¹⁸⁰ Hoge Raad 13 April 2000, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, no. 326. However, under Dutch law, e.g., a claim for deceit (fraud) cannot be successfully contractually excluded, according to Advocate General Bakels.

¹⁸¹ See also Hoge Raad 19 January 2007, *o.c.*: "This agreement contains the entire agreement of the parties in relation to its subject matter. From the moment that its agreement is signed, all previous agreements and arrangements made by the parties in relation to its subject matter, if any, shall terminate."

¹⁸² "When the parties to an agreement have reduced their agreement to a writing intended by them or treated by the court as a final and complete statement of the entire agreement, the writing may

clause that restricts a party from providing evidence of earlier oral agreements or additional documents that contradict or supplement a later contract, although valid in principle, is not always enforceable *per se*: any lack of clarity, or a gap, in a contract may be subject to the so-called *Haviltex* formula, and the overriding principle of reasonableness and fairness.¹⁸³ An entire agreement clause may help the court to accept that the content of the agreement is compelling evidence of what the parties have agreed upon – this seems to be especially true for corporate transactions as the ones discussed in this paper –, but the parties may provide the court with contrary evidence, and the court is free to determine the evidentiary value of the presented evidence. In that sense an entire agreement clause does not *per se* relieve a seller from disclosing relevant information prior to the conclusion of an acquisition agreement.

The information memorandum is the main selling document. It does not purport to contain all material information or to be accurate, complete, fair or sufficient, generally contains a reservation entitling the seller to modify the sales procedures, and will usually state that the highest price does not guarantee a successful bid.¹⁸⁴ In addition, the information memorandum will generally contain a legal disclaimer, such as the following:

“Although the information contained in this memorandum has been prepared in good faith, no representation or warranty, express or implied, is or will be made, and no responsibility or liability is or will be accepted by the accuracy or completeness of this memorandum, or any other written or oral information made available to any interested party or its advisers, and any liability, therefore, is hereby expressly disclaimed. The information contained herein is being supplied as a guide only and prospective buyers must make their own investigations and must satisfy themselves as to the condition and prospect of the company’s business and assets and the accuracy and completeness of the statements contained herein. The information contained herein is supplied on the condition that no shareholder, director or employee of the company accepts any responsibility and/or liability for any loss or damage of whatsoever nature that may result or occur by reliance on such information and howsoever arising. No information set out in this memorandum or referred to in any other written or oral information supplied

---

not be contradicted, varied or even supplemented by prior oral or written understandings of the parties. If the parties intended, or the court believes, that the writing was intended to be merely a final expression of some of the terms of the agreement, the writing may be supplemented but not varied or contradicted by prior oral and written understandings of the parties” (Henning, W., Wallach, G. and Lawrence, W., *The Law of Sales under the Uniform Commercial Code*, St. Paul, Minn., Thomson West, 2003-, § 3:12).

¹⁸³ See Advocate General Verkade’s Conclusion, *o.c.*

¹⁸⁴ See also Hoge Raad 25 January 2002, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, no. 31 and Van Laarhoven, M., *o.c.*, p. 287 e.v.

to any prospective purchaser will form the basis of any contract. Any prospective purchaser of the business and/or assets will be required to acknowledge that it has not relied on or been induced to enter a contract for the purchase of the business and/or assets by any representation, warranty or undertaking other than those contained in such contract.”¹⁸⁵

The question is whether this legal disclaimer will be effective. To answer this question one should distinguish between two situations. First, if the prospective buyer, on the basis of its due diligence, finds out that the information is inaccurate, it may wish to renegotiate its initial bid, or refrain from submitting any subsequent bid. Second, if the buyer does not find out that the information contained in the memorandum is wrong, but, after concluding the contract, it, nevertheless, turns out that the information was incorrect, the buyer will most likely invoke the relevant warranty and representation provision(s). If the situation is not covered under any of the warranties, the court will have to decide the case on the basis of the “rules” discussed in Subsection C.3.a.i. In that light, the nature of the representation seems to be a very important factor. In addition, it is also important to realize that, under Dutch law, exemption clauses are generally tested against the principle of reasonableness and fairness. The standard is whether invoking the exemption clause would be unacceptable considering all the circumstances of a particular case. In contracts between professional parties, it can be argued, however, that extra restraint must be exercised when determining whether an exemption clause is unacceptable. The information memorandum may, however, serve as evidence of the actual representations (oral or otherwise) made during the negotiation process. The buyer may also try to base his claim for inaccurate information contained in the seller’s due diligence on a breach of a duty of care (tort law). It should, finally, be noted that the specific rules regarding misleading advertisement (Article 6:194 *et seq.* of the Dutch Civil Code) are most likely not applicable to an information memoranda addressing the sale of a privately held company. On the basis of the foregoing, I think a legal disclaimer, such as the one above, may be effective.

vii. Real Property

The sale of a company might also involve the sale of the real property of the company, such as factories. In general, Dutch law does not treat the sale of commercial real property fundamentally differently from that involving personal property.¹⁸⁶ In the literature, however, it has been noted that a buyer might more easily, successfully

---

¹⁸⁵ Text taken from an anonymous information memorandum.

¹⁸⁶ Asser-Hijma, *o.c.*, no. 131. The situation is different, however, for sales involving consumer.

invoke the doctrine of mistake for material defects with regard to real property.¹⁸⁷ I am not sure whether this statement is true, however, also taking, *inter alia*, into account the decision of the Hoge Raad of April 18, 1986, discussed in Subsection B.1.b above.¹⁸⁸ I would say that there is typically no different disclosure standard in cases involving the sale of commercial real property, as compared to cases dealing with commercial personal property. Much will depend on all the circumstances, whereby the nature of the contract is also taken into account, but this, generally, is only one of many factors that courts will take into consideration. In contracts involving real property, the seller is most likely not under a duty to inform itself so as to inform the buyer.¹⁸⁹ Limitations to real property stemming from public law will typically have to be investigated by the buyer.¹⁹⁰ Unless the seller knew, or ought to have known, that there, *e.g.*, will be title defects, it does generally not have to disclose this kind of information to the buyer.

b. English Law

i. Misrepresentation

As explained in Subsection B.2 above, English law recognizes no general principle of good faith in contract. The default position is “cards close to the chest”¹⁹¹ rather than “putting one’s cards face upwards on the table”.¹⁹² Therefore, under English law, as a general rule, no obligation exists to disclose material information to a buyer that may influence its decision whether to enter into an agreement, and a buyer is normally responsible for its own investigation. This is particularly true for commercial transactions, such as the ones discussed in this paper. There are exceptions, however, to this general rule of non-disclosure, most notably in so-called contracts *uberrimae fidei* and fiduciary relationships – absent special circumstances, these exceptions are not relevant for the types of transactions discussed in this paper –, where there is active concealment, or where a party makes a statement which is a half truth, or which becomes untrue. The latter three of these five exceptions may be relevant for the purposes of this Subsection, may lead a court to conclude that a seller of a privately held company was required to disclose relevant facts, and are caught under the heading of the doctrine of misrepresentation.

¹⁸⁷ Van Rossum, M., *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, Deventer, Kluwer, 1991.

¹⁸⁸ Hoge Raad 18 April 1986, *o.c.* In addition, in case of real property, it might be more difficult to succeed in a claim for mistake; see Advocate General Hartkamp’s Conclusion under Hoge Raad 23 December 2005, *o.c.*

¹⁸⁹ See Hoge Raad 23 December 2005, *o.c.*

¹⁹⁰ Cf., Advocate General Keus’s Conclusion under Hoge Raad 23 December 2005, *o.c.*

¹⁹¹ Brownsword, R., “Reviews”, *Modern Law Review*, 1998, p. 115.

¹⁹² Bingham L.J. in *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual* [1989] QB 433.

As discussed in Subsection B.2.b, a misrepresentation is an untrue statement of existing or past fact – not merely a statement of opinion –, made to the party misled, either directly or to another with the intention that the statement be passed on, before or at the time of entering into an agreement, which induces that party to enter into the agreement in question. The remedies for fraudulent misrepresentation include an absolute right to rescind the contract, which cannot be excluded by contract (see below), and the right to sue for damages in respect of any loss suffered. It should be noted, however, that rescission may not be a practical remedy in case of a sale of a privately held company, as rescission is only available where it is possible to restore the parties to their position before the contract – and there will usually have been significant changes to the company since the purchase, and third parties will typically be effected if the company is handed back to the seller.¹⁹³ If fraudulent intention cannot be proved, liability to pay damages and a right of rescission may still arise under Section 2(1) of the Misrepresentation Act 1967 if the representation was made negligently. Rescission is also available, unless expressly excluded by the contract, although the court has a discretion under Section 2(2) of the Misrepresentation Act to award damages in lieu. Even if no element of fraud or negligence is involved, a person who is induced to enter into a contract as a result of an innocent misrepresentation may be entitled to rescission – again, unless expressly excluded by the agreement. The party misled will also be able to recover any amounts incurred for the purpose of performing the contract.

ii. Buyer's Due Diligence

Common law, in principle, expects a buyer to be responsible for its own investigation (*cf.*, *caveat emptor*). Applied to the sale of a privately held company, this means that a buyer, in principle, will not succeed in a claim against the seller for not having disclosed relevant information (especially not where the former could have discovered a problem in relation to the company himself) – see Subsection C.3.b.iv below for the influence of warranties on this analysis, however. For this reason, and the reasons set forth in Subsection C.3.a.ii, it would generally be wise of a buyer to conduct a due diligence.

iii. Seller's Due Diligence

If a seller chooses to disclose information, *e.g.*, by way of giving its due diligence report to the buyer and if that report contains an untrue statement of existing or past fact (and not merely a statement of opinion) which induced the latter to enter into the acquisition agreement, the buyer may be able to succeed in a claim for misrepresentation. The misrepresentation contained in the due diligence

---

¹⁹³ *Cf.*, *Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd.* [1996] 2 All. E.R. 573.

report need not be the only matter which induced the buyer to enter into the agreement. However, other than in cases of fraudulent misrepresentation, the buyer must be materially influenced by the misrepresentation, that is to say, the misrepresentation must be such that it would affect the judgment of a reasonable person in deciding whether to enter into the contract and on what terms. If the buyer knew the statement was a misrepresentation – *i.e.*, that the representation was (obviously) false –, or if it could not be expected to be taken seriously, the buyer cannot claim that it was induced by it to enter into the contract. The fact that the representee had the opportunity to discover the truth, *e.g.*, by conducting its own due diligence, does not prevent the statement from being a misrepresentation as such. Nevertheless, if the buyer relied solely on his own investigation, rather than the misrepresentation in the seller's due diligence report, it is not entitled to relief. In short, the appropriate test is whether there is actual and reasonable reliance on the misrepresentation.

A disclaimer in the seller's due diligence report, comparable to the one stated in Subsection C.3.a.iii above, may, however, influence the foregoing analysis. In the recent case of *IFE Fund SA v. Goldman Sachs International*, the Queen's Bench Division (and, subsequently, the Court of Appeal) upheld the effectiveness of a disclaimer, and considered, among other things, the relationship between a disclaimer and reliance.¹⁹⁴ Although that case was decided in relation to an information memorandum, the outcome, I believe, may also be relevant for a seller's due diligence report. The facts of the case are as follows. In 2000, IFE (the plaintiff) purchased from Goldman Sachs (the defendant) bonds and warrants issued by Autodis SA for €20 million. The transaction was part of syndicated credit facilities made available to Autodis for the acquisition of Finelist Group plc. That acquisition, however, turned out to be unsuccessful; it transpired that Finelist's financial position was not as had been shown in the audited accounts, and that the group had deceived its auditors by transferring money between different members of the group so as to paint a false picture of its financial position. IFE brought an action seeking damages for its loss on the transaction against the defendant, on the grounds of misrepresentation (pursuant to Section 2(1) of the Misrepresentation Act 1967), and negligence (either negligent misstatement or a breach of a duty of care to inform). In essence, the plaintiff claimed that it was induced to enter into the transaction by information provided by the defendant, who presented a picture that was in fact misleading and which was not corrected or qualified after the defendant had cause to doubt its reliability as a result of receiving two reports from investigating accountants. The information memorandum included an "Important Notice" containing a large number of disclaimers of responsibility, and stated, *inter alia*, that Goldman Sachs had not independently verified the

---

194 *IFE Fund SA v. Goldman Sachs International* [2006] EWHC 2887 (Comm), and [2007] EWCA Civ 811.

information, that no representation or warranty was made as to its accuracy, and the information should not be assumed to have been updated at any time after the date shown on the cover of the memorandum. The Queen's Bench Division held, *inter alia*, that taking into account the important notice, a reasonable person would not have understood that the defendant was making any express or implied representations as alleged by the claimant. In this respect, the Court considered that:

"It would not be right to approach the [information memorandum] as if it were a document issued to members of the public unversed in financial matters and unlikely to have professional advice. It was a document issued to financially sophisticated entities operating in a specialist market. The structuring of syndicated mezzanine finance is a complex business, but one that is understood by its participants. (...) [I]n the speciali[z]ed world of syndicated finance there is everything to be said for leaving the participants to determine the respective responsibilities and risks (...) The [information memorandum] has to be read as a whole in order to see what a reasonable participant would understand was the scope of the responsibility undertaken by the arranger in relation to its contents."

The Court concluded that the important notice did not exclude liability for misrepresentation as such (and, therefore, the Misrepresentation Act 1967 and the Unfair Contract Terms Act 1977 were not relevant), but it had as an effect that the alleged representations were not made at all. The only implied representation made by Goldman Sachs arising out of the information memorandum was one of good faith; Goldman Sachs would only be under a duty to disclose if it knowingly had put forward information likely to mislead, or if it subsequently became aware that the information it had supplied in good faith was misleading. Moreover, the defendant was not under an obligation to carry out any investigation of its own into the information provided in the memorandum. Furthermore, there was also no free standing duty of care owed by Goldman Sachs to IFE in light of the terms of the important notice: the former was not assuming any responsibility, as the defendant was not acting as an adviser to the claimant (it was acting for the sponsors) or purporting to carry out any professional service. Finally, a specific clause in the Bondholders' Agreement prevented IFE from bringing any claim. The claim was, therefore, dismissed.

iv. Representations and Warranties, and the Disclosure Letter

The most straightforward cause of action for the buyer in a share or asset sale dispute will be breach of contract – either breach of an express term of the contract, or breach of a warranty. Unless an acquisition agreement contains an

express contractual right of rescission, a breach of a term which constitutes a warranty will only give rise to a claim for damages. However, warranties are often defined such that they constitute representations as well as warranties. A breach of a representation has the advantage to the beneficiary (buyer) that it may give rise to a right of rescission under the general law – whatever the terms of the acquisition agreement, unless any right to rescind is expressly excluded, to the extent that this is possible (see Subsection C.3.b.vi below) –, in addition to a claim for damages. Against that background, it is quite common in England for the seller of a company to resist giving representations as well as warranties, and to refrain from using the term “representation” in the acquisition agreement, and related documents. This is sometimes considered to minimize the risk of a claim for damages and/or rescission at common law on the ground of fraudulent misrepresentation, or under the Misrepresentation Act 1967. In reality, however, the simple categorization of a statement as a warranty, without any further provisions, seems to have little bearing on whether the statement is susceptible to being treated as a representation. A seller seeking to exclude the remedies for misrepresentation may, therefore, to the extent possible, want to include an express provision to that effect in the contract.

In England, the seller’s disclosures against the warranties are typically contained in a separate disclosure letter, rather than in schedules to the agreement itself, as is typically the case in the U.S. The disclosure letter usually contains “general disclosures” (e.g., matters that appear in public records), which qualify all warranties, and “(company-)specific disclosures”, which, independent of whether or not they specifically refer to a particular warranty, are usually also treated as effective disclosures in relation to all the warranties. The disclosure letter may have annexed to it a large volume of documents (disclosure bundle), some of which are included because they are expressly referred to in the disclosure letter itself, but also because the seller seeks to treat the entire contents of the documents contained in the disclosure bundle as disclosed in relation to all the warranties. Especially in controlled auction sales, the seller may also seek to treat as generally disclosed, in relation to all warranties and representations, the contents of the documents contained in the data room. Since the decisions in *New Hearts v. Cosmopolitan Investments* (in which the warranties were qualified by reference to those matters fairly disclosed) and *Prentice v. Scottish Power plc.*, English law appeared to require, for a disclosure to be effective, that details of the matter to be disclosed had to be spelled out in the disclosure letter, and that a mere reference to a source of information would not be sufficient:¹⁹⁵

---

¹⁹⁵ *New Hearts Ltd. v. Cosmopolitan Investments Ltd.*; *Cosmopolitan Investments Ltd v. New Hearts Ltd.* [1997] 2 BCLC 249, and *Prentice v. Scottish Power plc* [1997] 2 BCLC 264.

“In my view one can properly say that in general there must be fair disclosure of facts and circumstances material to the bargain sufficient in detail to identify the nature and scope of the matter disclosed and to enable the purchaser or acquirer of the shares to form a view whether to exercise any of the rights conferred on him by the contract.”¹⁹⁶

However, in *Infinitel and Ltd. v. Artisan Contracting Ltd.*, the Court of Appeal made clear that this assumption is incorrect and that the adequacy of disclosures in any particular case must be assessed in the context of the relevant contractual requirements (the requirement of the agreement in question) and the particular circumstances of the case.¹⁹⁷ In addition, in *MAN Nutzfahrzeuge AG and others v. Freightliner Ltd. and others*, the Queen’s Bench Division indicated that it could give effect to a disclosure clause specifically providing that inferences capable of being drawn from disclosed documents would be deemed to be generally disclosed.¹⁹⁸ Consequently, in order to prevail in a breach of warranty claim, a buyer has to pay particular attention to the language contained in the draft acquisition agreement and the draft disclosure letter, and resist: (i) any attempt on the seller’s part to include language to the effect that, where only brief particulars of a matter are set out, a document is referred to but not attached, or reference is made to a particular part of a document, full particulars shall be deemed to have been given; and (ii) language that seeks to imply that the buyer accepts the content of the disclosure letter as constituting fair disclosure. A buyer may also want to try to include an express “fair disclosure provision” in the acquisition agreement, pursuant to which a disclosure, in order to be effective, must contain such information as would enable a reasonable buyer to make a reasonably informed assessment of the matters, facts, and circumstances giving rise to the inconsistency with the warranties and their implications.

Actual knowledge of a buyer, prior to the execution of the agreement, of facts, matters, or circumstances that would be inconsistent with or that would result in a breach of warranty when given, may preclude it from raising a successful claim for breach of warranty. In *Eurocopy plc v. Teesdale and others*, the agreement contained a provision that the warranties were given subject to the disclosure letter, but that no other information relevant to the company of which the buyer had (actual, constructive, or imputed) knowledge precluded or affected any claim the buyer may bring in respect of breach of warranty.¹⁹⁹ The Court of Appeal

---

¹⁹⁶ *Prentice v. Scottish Power plc, o.c.*

¹⁹⁷ *Infinitel Limited and another v. Artisan Contracting Limited and another* [2004] EWHC 955 (Ch).

¹⁹⁸ *MAN Nutzfahrzeuge AG and others v. Freightliner Limited Ltd. and others* [2005] EWHC 2347 (Comm).

¹⁹⁹ *Eurocopy plc v. Teesdale and others* [1992] BCLC 1067.

seemed to suggest that a buyer may not be able to rely on such a clause where it has actual knowledge of certain facts not disclosed in the disclosure letter. One issue in *Infiniteland Ltd. v. Artisan Contracting Ltd.* – the case is also mentioned above – concerned a warranty claim that the accounts did not show a true and fair view of the profit and loss of the target company. The acquisition agreement included a “knowledge-saving provision”, to the effect that a claim for breach of warranty would not be affected by any of the buyer’s due diligence investigations of the company, except to the extent that such investigations gave the buyer actual knowledge of the relevant facts or circumstances giving rise to the breach. The seller provided materials to the buyer that, if properly examined by the buyer, would have revealed – and in fact did reveal to the buyer’s accountants – the inconsistency of the financial statements with the warranty. The buyer claimed not to be aware of the problem, and that its accountants had not informed it of the issue they had discovered. The Court of Appeal found that *actual* knowledge of the buyer would defeat any claim for breach of warranty, but *constructive* knowledge would not prevent the buyer from relying on the knowledge-saving clause in the acquisition agreement. The more difficult question was, however, whether actual knowledge includes imputed knowledge (the knowledge of the buyer’s agents). The Court found that the knowledge of the buyer’s agents would not be presumed to be that of the buyer, unless the contract provided for that to be the case. In light of this case, a seller may attempt to include the knowledge of agents and advisors in the knowledge-saving provision of an acquisition agreement.

It should be noted that where a representation is qualified by words such as “not so far as the seller is aware”, this and similar phrases are treated by the courts as an implied representation that the seller and its agents have no actual knowledge of a relevant matter, and that they have made all the investigations that a prudent seller and agent would be expected to have made.²⁰⁰

Furthermore, a seller cannot *per se* escape liability simply by qualifying its representation, with a statement to the effect that the buyer should rely on its own survey.²⁰¹

On Material Adverse Change (MAC) clauses, see Subsection C.3.b.vi below.

v. Implied Terms

Section 61 of the Sale of Goods Act 1979 defines “goods” as “all personal chattels other than things in action and money (...); and in particular ‘goods’ includes emblements, industrial growing crops, and things attached to or forming part

200 *William Sindall Plc v. Cambridgeshire County Council* [1994] 1 WLR 1016.

201 This is not a matter of exclusion of liability as such, but a question of materiality. The representee does not need to show that the misrepresentation was the only matter on which it relied when entering into the contract as long it was a material matter.

of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale; and includes an undivided share in goods.” The Sale of Goods Act 1979 may be applicable to certain or all assets in the sale of a privately held company.²⁰² In addition, since Section 14(2) of the Act states that “[w]here the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality”, and since “in the course of a business” has been broadly defined,²⁰³ a disappointed buyer may bring a claim for “non-conformity” of the assets on the basis of the Sale of Goods Act 1979. On the other hand, Section 55(1) of the Act allows parties to exclude any implied terms by contract, and parties appear to make use of this possibility in the sale of privately held companies.

vi. Parties’ Contractually Provided For Risk Allocation

Entire Agreement Clauses, Non-reliance Clauses, and Clauses Limiting Remedies

A seller may want to ensure that it cannot subsequently be found liable for representations and/or warranties that are not incorporated in the written acquisition agreement. A seller will, therefore, try to include an “entire agreement clause” in the contract (an entire agreement clause is a provision in a final agreement, which provides that when the agreement is signed, it constitutes the entire agreement between the parties and supersedes any prior agreements or negotiations), and a provision to the effect that the buyer has not relied on any statement or promise not included in the written agreement (non-reliance clause). However, under English law, where a buyer can demonstrate that it was actually induced to enter into the bargain by a pre-contractual statement, which has not been incorporated in the written agreement, it may still be able to challenge the validity of these clauses. In *Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd.*, the buyer allegedly relied upon pre-contractual statements. The seller’s defense was founded upon the following clause:

---

202 Moreover, according to Nicolas, implied terms in the Sale of Goods Act 1979 may be extended by analogy to other related contracts (Nicolas, B., *o.c.*, p. 170).

203 On the basis of the approach taken in *Stevenson v. Rogers* [1999] 1 All. E.R. 613, and taking into account the legislative history, as long as a sale is even incidental to the seller’s business, and not a purely private sale, it is in the course of a business for the purposes of Section 14(2) of the Sale of Goods Act 1979 (see Macdonald, E., “ ‘In the course of a business’- a fresh approach”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1999, no. 3).

“This [a]greement sets forth the entire agreement and understanding between the parties or any of them in connection with the Business and the sale and purchase described herein. In particular, but without prejudice to the generality of the foregoing, the [p]urchaser acknowledges that it has not been induced to enter into this [a]greement by any representation or warranty other than the statements contained or referred to in [the warranty schedule].”²⁰⁴

The Chancery Division held that the first sentence of the clause, on any literal interpretation, could not operate as an exclusion of any remedies available at law for misrepresentation, because the clause did not say that such remedies were excluded. To be effective, an entire agreement clause must expressly state that the remedies the seller is seeking to exclude are excluded. Moreover, the Court made clear that, even if a contract includes a non-reliance clause, the remedies in tort available for misrepresentation may nevertheless be available to a buyer. In that respect it is important to realize that Section 1 of the Misrepresentation Act 1967 provides that, where a buyer has entered into a contract following a misrepresentation, and (i) the misrepresentation has become a term of the contract, and/or (ii) the contract has been performed, the buyer is entitled to rescind the agreement – the effect of which is to preserve both tortious and contractual remedies. In *EA Grimstead & Son Ltd v. McGarrigan*, the Court of Appeal held that a non-reliance clause could nevertheless operate as an evidential estoppel if (i) the clause was clear and unequivocal, (ii) the buyer intended the clause to be acted upon, and (iii) the seller believed that the statement was true and acted upon it.²⁰⁵ The burden of proof is on the party seeking to rely on the clause.²⁰⁶

The effectiveness of provisions trying to minimize or exclude liability for misrepresentation (e.g., a seller may expressly want to include in the agreement a provision to the effect that the only remedies available to the parties shall be for breach of contract, or that the buyer shall not have the right to rescind the agreement after closing) will depend upon the application of the Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA).²⁰⁷ A term which excludes or restricts liability for misrepresentation resulting in death or personal injury caused by negligence is wholly ineffective (Section 2(1) UCTA). In the case of other loss or damage, a term which excludes or restricts liability for misrepresentation, or which excludes any remedy for misrepresentation, is enforceable only to the extent that it satisfies the reasonableness test under UCTA (Section 3 of Misrepresentation Act 1967). The assessment as to what is reasonable and what is not, will be made by reference

²⁰⁴ *Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd. o.c.*

²⁰⁵ *EA Grimstead & Son Ltd. v. McGarrigan* [1999] Court of Appeal (Civil Division), (Transcript: Smith Bernal), 27 October 1999.

²⁰⁶ See also *Watford Electronics Ltd. v. Sanderson CFL Ltd.* [2001] EWCA Civ 317.

²⁰⁷ And, additionally, in the case of agreements with consumers, the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.

to the circumstances that were, or ought reasonably to have been, known to the parties when the contract was made (Section 11(1) UCTA). It is for those claiming that a contract term satisfies the requirement of reasonableness to show that it does (Section 11(5) UCTA). UCTA contains a non-exhaustive list of guidelines for determining the reasonableness of exclusion or limitation of liability for misrepresentation (Schedule 2 UCTA):

- “[T]he strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met;
- [W]hether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;
- [W]hether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);
- [W]here the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable; and
- [W]hether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.”

As the guidelines in Schedule 2 are non-exhaustive, the court may consider other matters in determining whether a term is reasonable.²⁰⁸ The issue of reasonableness will be looked at in the context of each particular case.²⁰⁹ It may be difficult for the representor to show that an exclusion clause is reasonable, e.g., in *Pankhania and another v. Hackney London Borough Council and another*, the High Court decided that it was unreasonable to exclude liability for a deliberate misrepresentation on a matter that the representor knew to be of importance to the claimant.²¹⁰ Indeed, it seems unlikely that the exclusion of liability for fraudulent misrepresentation will ever be reasonable.²¹¹ Therefore, any entire agreement clause or non-reliance statement that fails to provide that it does not apply in the case of fraudulent misrepresentation is likely to result in the court finding that the entire clause is unenforceable under English law (whether or not the matter to which the seller is seeking to apply the exclusion or limitation actually involved a fraudulent element).

---

208 *W Photoprint Ltd. v. Forward Trust Group Ltd. and another*, QBD 12 Tr. L.146.

209 *Walker v. Boyle; Boyle v. Walker* [1982] 1 All ER 634.

210 *Pankhania and another v. Hackney London Borough Council and another* [2002] EWHC 2441. See also Chancery Division: [2004] EWHC 323 (Ch).

211 Cf., *Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd., o.c.* On the other hand, the case of *National Westminster Bank v. Utrecht-America Finance Company* [2001] 3 All. E.R. 733 may point in another direction.

Material Adverse Change (MAC) Clauses

In England, MAC clauses are not commonplace, and there is relatively little case law on the subject of these clauses. The only significant case is *Levison and others v. Farin and others*, which concerned the following MAC clause:

“Save as disclosed the vendors hereby jointly and severally warrant to and undertake with the purchasers that between the balance sheet date and the completion date: (...) there will have been no material adverse change in the overall value of the net assets of the company on the basis of a valuation adopted in the balance sheet allowing for normal trade fluctuations (...).”²¹²

The Queen’s Bench Division upheld the clause (warranty), held that, in the absence of a definition of the term “material”, a reduction in the value of the net assets in the region of 20 percent would be seen as material for purposes of such a warranty, and awarded damages to the plaintiffs for breach of warranty.

Disclaimers

I refer to Subsection C.3.b.iii above on disclaimers in information memoranda. In short, a disclaimer, depending on the particular circumstances of the case, may make that the information disclosed is qualified, in the sense that the information will either be considered not to have been made at all, or, more likely, that the other party could not have understood that the representor was making any express or implied representations, *i.e.*, there was no actual and reasonable reliance. This is true both for a disclaimer in an information memorandum and a due diligence report, particularly where sophisticated parties that have professional advice are involved, such as will most often be the case in controlled auctions of privately held companies.

vii. Real Property

There is a well-established rule of equity that a seller of land has a positive duty to disclose any known defect in title or encumbrance, which cannot be excluded by contract.²¹³ Accordingly, as regards the sale of any interest in land, a seller cannot rely on an express provision that the property is sold “subject to all adverse interests”, nor on deemed disclosure of, *e.g.*, local land charges. Therefore, in an asset acquisition where (substantial) real property interests are involved, whether or not warranties are given, known title defects have to be disclosed by the seller.

²¹² *Levison and others v. Farin and others* [1977] 2 All ER 1149.

²¹³ See, *e.g.*, *Rignall Developments Ltd. v. Halil* [1987] 3 WLR 394 and *Nottingham Patent Brick and Tile Co. v. Butler* (1885) 16 QBD 261.

It should finally be noted that contracts for the sale of land usually incorporate standard conditions, such as the Standard Commercial Property Conditions of Sale, that limit the availability of both damages and rescission for pre-contract representations.

c. French Law

i. Share and Asset Purchase Agreements

Under French law, the determination of whether an acquisition is a share deal or an asset deal is of considerable importance, inasmuch as a host of consequences, both fiscal and legal, devolve there from.²¹⁴ An acquisition of shares in many ways resembles standard international practice, and the parties can follow American methods and draft lengthy share purchase agreements or they can avail themselves of the succinct documents which are commonly used in France. An asset acquisition of a going business (“fonds de commerce”), on the other hand, is highly regulated and governed by the French Commercial Code,²¹⁵ as well as by general principles of contracts and sales agreements.

Where there is an asset acquisition, the seller has a statutory obligation to indicate: (a) the name of the prior owner, the date and the nature of the agreement pursuant to which the seller acquired the going business and the purchase price for such prior acquisition, broken down as among intangible assets, merchandise and equipment; (b) all liens, mortgages, security interests or other rights of third parties encumbering the going business; (c) the turnover of the going business for each of the three fiscal years preceding the sale, or, if the seller has not owned the going business for three fiscal years, for the duration of the ownership thereof; (d) the turnover of the going business for each month between the end of the most recent fiscal year and the month preceding the sale; and (e) the date and duration of the lease, if any, relating to the going business, as well as the name and the address of the lessor.²¹⁶ The absence of any of this information, or inaccurate information, can lead to the cancellation of the agreement at the request of the buyer within one year. If the buyer can prove that the seller intentionally provided inaccurate information, the buyer may recover additional damages.²¹⁷ In the event

214 Lovells and Paul, Hastings, Janofsky & Walker (Europe) LLP, *Doing Business in France*, Volume 1, Newark, Matthew Bender, 2007, § 5.11[1][a].

215 However, where an asset acquisition consists of the sale of isolated assets or a bundle of assets which do not constitute a going business – *i.e.*, a group of tangible and intangible assets used by an individual or a legal entity in the conduct of a specific commercial activity – the rules applicable to such acquisition are determined in function of the particular assets acquired (*Doing Business in France*, *o.c.*, § 5.01[1] and § 5.11[1][a]). I assume that the sale of a company through an asset transaction constitutes the transfer of a going business.

216 Article L. 141-1 of the French Commercial Code. See, *Doing Business in France*, *o.c.*, § 5.11[1][b][1].

217 Article L. 141-3 of the French Commercial Code, and Article 1645 of the French Civil Code. See, *Doing Business in France*, *o.c.*, § 5.11[1][b][iii][A].

that an intermediary who assisted in the negotiation or drafting of the acquisition agreement knew of the inaccuracy of any of the information, such intermediary is himself jointly and severally liable with the seller for damages payable to the buyer.²¹⁸

Both the buyer and the seller, by statute, are also required to: (a) review all accounting books kept by the seller for the three fiscal years preceding the sale; and (b) take an inventory of such books, and deliver a signed copy of such inventory at or before the closing to both parties. During the three years following the sale, the seller must make such books available to the buyer.²¹⁹

Moreover, under certain circumstances, a break-down of the purchase price has to be included in the acquisition agreement, setting forth that portion of the purchase price allocable to intangible assets, equipment, and merchandise.²²⁰

Furthermore, by law, the seller warrants: (a) the accuracy of the information contained in the agreement – such statutory warranty cannot be contractually excluded;²²¹ (b) it will not engage in any activity detrimental to the buyer, such as establishing another business competitive with and located in the vicinity of the business sold (warranty against competition);²²² (c) there exists no right of any third party which would prohibit the use and operation of the business by the buyer (warranty of quiet enjoyment) – this warranty can be extended or limited by contract;²²³ and (d) that the business is free of all latent defects which would render it unfit for commercial use or which would make such use so difficult that the buyer would not have acquired the business upon the agreed terms had it been informed thereof (warranty against latent defects).

ii. Mistake

In order to rescind a contract and obtain damages based on mistake, the error must relate to the very substance of the thing – *e.g.*, the shares – being sold (see Subsection B.3.c). In a share transaction, rescission is available only where the error relates to the shares transferred – *e.g.*, a purchaser who thought he was purchasing double voting rights shares which turned out to be regular shares with no double voting rights – and not to their value (or indirectly, the value of the privately held company and its business). An error “merely” relating to the value of a company as such is not enough to successfully invoke the doctrine of mistake.²²⁴

218 Article L. 141-3 of the French Commercial Code. See, *Doing Business in France, o.c.*, § 5.11[1][b][iii] [A].

219 Article L. 141-2 of the French Commercial Code. See, *Doing Business in France, o.c.*, § 5.11[1][b][1].

220 Article L. 141-5 of the French Commercial Code. See, *Doing Business in France, o.c.*, § 5.11[1][b][1].

221 Article L. 141-3 of the French Commercial Code.

222 *Doing Business in France, o.c.*, § 5.11[1][b][iii][B].

223 *Doing Business in France, o.c.*, § 5.11[1][b][iii][C].

224 Lefebvre, F., *Droit des affaires, Sociétés Commerciales*, Levallois Perret, Editions Francis Lefebvre, 2006, p. 207.

However, sometimes, the courts apply the above rule with lenience, and, on occasion, have ordered rescission, for example, where the company was unable to carry out its business as defined in the purpose clause of the company's by-laws. However, courts are generally reluctant to rule that a mistake has occurred where the buyer had professional experience in the same business field as the seller. On the other hand, ignorance regarding the fact that the company bought cannot, or can no longer, perform the economic activities it was purchased for, amounts to a mistake with regard to substantial characteristics.²²⁵ Likewise, I would think that where it had not been disclosed that the revenues of the business at sale were declining and were not sufficient for the business to survive, the courts will order rescission. These are types of "defects" of which the seller was, or must have been, aware that they were essential for the buyer, *i.e.*, induced consent.

If it is generally admitted that a seller is obliged to disclose relevant factors about which it has knowledge, namely those which may change the buyer's behavior, it is likewise considered that the latter has a duty to require information:²²⁶ a buyer of a privately held company may not avoid the contract in the circumstances its mistake was inexcusable, and a mistake will be inexcusable if the buyer was negligent or imprudent in not carrying out its duty to investigate.²²⁷ The foregoing is assessed *in concreto* by reference to the personality of the mistaken party, whereby a range of factors is taken into account (*e.g.*, the price paid, and the conditions in which the sale occurred). The most important of these factors is the experience and profession of the parties. Given the fact that in controlled auctions of privately held companies, buyers typically will be qualified as professional and competent, a mistake generally will not be qualified as excusable. In other words, it would seem that a buyer in a controlled auction is under an obligation to inform itself, for example, through a due diligence investigation, although a buyer – especially a layman-buyer – is not required *per se* to make use of (external) professional advisors.²²⁸

Do doubts as to the accuracy or correctness of the seller's information disqualify a mistake? The answer to this question is not entirely clear, and much will depend on the specific circumstances, but, in general, it seems that one can say

225 Lefebvre, F., *o.c.*, p. 206 with reference.

226 Sefton-Green, R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 99, with a reference to Fabre-Magnan, M., *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, no. 169, p. 132 ff.

227 Lefebvre, F., *o.c.*, p. 207 with reference: "A commis une erreur inexcusable l'acquéreur de parts sociales d'une SARL en état de cessation des paiements et mise en liquidation judiciaire deux mois après la cession dès lors que, associé majoritaire de la société depuis sa création, il avait participé à toutes les assemblées et approuvé à 'l'unanimité' les comptes de l'exercice ayant précédé la cession, lesquels reflétaient la situation économique réelle de la société à la date considérée et n'avaient pas été manipulés."

228 See Advocate General Cavarroc's Conclusion under Cour de Cassation 27 Octobre 2006, no. 545, available via http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/, with references.

that this is indeed the case: one could reason that the buyer has either accepted the risk that the information provided is incorrect,²²⁹ or that there can be no reasonable reliance on the seller's information.²³⁰

As discussed in Subsection C.3.b.i, it should finally be noted that rescission might not (always) be a practical remedy in case of a sale of a privately held company.

iii. Deceit

If a seller intentionally induced a buyer through misleading statements during negotiations, or by intentionally omitting to disclose important information, the buyer may seek rescission of the contract for deceit – again, rescission may not be a practical remedy in case of a sale of a privately held company. The deceit must be such that, had the buyer known about it, it would not have entered into the contract. Therefore, if the error provoked is minimal,²³¹ or where the buyer is aware of the exact situation with regard to the company, rescission cannot be successfully invoked.²³² Likewise, in relation to fraudulent concealment, where an experienced buyer could have informed itself of the real situation of the target-company via the company's books and records through his advisor, rescission will not be granted.²³³ The same is true where the purchase price is (exceptionally) low.²³⁴

Contrary to the rules in relation to mistake, rescission may be sought where the misrepresentation relates to the value of the thing being sold, and, consequently, the value of the shares, business or assets of the purchased company. The buyer may also claim for damages. In any event, the buyer must produce evidence of the seller's deceit – the buyer will have the burden of proving the fraud –,²³⁵ which is a factual matter that may prove to be difficult to establish. Fraud is especially difficult to prove in case of an omission as to the duty to disclose, but fraudulent intention is often deduced both from the fact that the seller remained silence and the importance that this retained information could have represented to the contracting party.²³⁶

In case of misleading statements, the buyer's error is typically excusable. Therefore, in principle, a buyer may rely on information provided by the seller. However, in case of fraudulent concealment, the courts have to assess whether the buyer could, or should, have informed itself with regard to the target-com-

229 Cf., Sefton-Green, *o.c.*, p. 98 and 99.

230 Giliker, P, "Unifying European Contract Law: Identifying a European Pre-Contractual Obligation to Inform", Bell, J. and Kilpatrick, K. (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 151 and 152.

231 Cour de cassation 23 June 2004, no. 1016.

232 Cour de cassation 19 March 1985.

233 Cour de cassation 26 April 1988 and Cour d'appel of Versailles 20 November 2003, no. 00-7871.

234 Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 28 January 2003, no. 112.

235 Sefton-Green, *o.c.*, p. 137.

236 Sefton-Green, *o.c.*, p. 137.

pany's situation.²³⁷ Similar to mistake, courts assess this *in concreto*. To this end, they take the personality and experience of the buyer into account, as well as the seller's expertise in the field. Depending on the circumstances, a court may conclude that a buyer was negligent or imprudent in not carrying out a due diligence, or asking for specific warranties.²³⁸

With regard to the sale of a company, courts have held that fraudulent concealment was established where: the seller had not disclosed to the potential purchaser that revenues had declined considerably;²³⁹ a part of the company's activities had ceased to operate;²⁴⁰ the seller concealed pollution at one of the company's sites;²⁴¹ the seller concealed that the company had ceased its payments;²⁴² and the seller did not disclose that a lawsuit had been brought against the company.²⁴³

Much of the court's assessment will also depend on whether or not the buyer's reliance on the seller was legitimate. Was the information available to the public at large or only to the seller? When information is available to the public at large, it was arguably not legitimate for the buyer to have trusted the seller since it could, and should, have made the necessary enquiries. If, however, only the seller had access to the information – which is not unlikely in the sale of a company – the buyer would have a better change of succeeding with his claim. However, all this boils down to questions of facts to be assessed by the trial courts, and the outcome is, therefore, somewhat unpredictable.

iv. Beyond Mistake and Deceit

Some scholars, notably Ghestin,²⁴⁴ have argued for the existence of a general duty to disclose information independent of mistake and deceit. Under French law, there have also been a number of cases in which the courts have imposed liability for non-disclosure without reference to either mistake or deceit.²⁴⁵ According to Legrand, under French law, a pre-contractual obligation of information may be imposed by the court where there exists: (a) an informational asymmetry flowing from the status of the parties, one being a "professionnel" (businessman) and the other a "profane" (layman), (b) a legitimate dependence or reliance by the "profane" on the "professionnel", and (c) a fact relating to the object of the contract

237 Cour de cassation, Chambre commerciale, 21 January 1997, no. 140 and Cour d'appel of Lyon 3 April 2003, no. 02-6347.

238 Cozian, M., Viandier, A. and Deboissy, F., *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 2005, p. 315.

239 Cozian, M., Viandier, A. and Deboissy, F., *o.c.*, p. 321 and 322 with references.

240 Cozian, M., Viandier, A. and Deboissy, F., *o.c.*, p. 321 and 322 with references.

241 Lefebvre, F., *o.c.*, p. 208 with reference.

242 Lefebvre, F., *o.c.*, p. 208 with reference.

243 Lefebvre, F., *o.c.*, p. 208 with reference.

244 Ghestin, J., *o.c.*, 1989, p. 151.

245 Legrand, P., "Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, p. 336 ff.

which is known, or ought to be known, by the “professionnel” to be material to the “profane’s” decision to enter into the contract at all or to do so on different terms.²⁴⁶

Pre-contractual duties to inform will appear most commonly in relation to a professional (sophisticated and experienced party)/layman (inexperienced party) relationship, although it is important to recognize that the real question is one of informational asymmetry or disparity. There is, therefore, in principle, no reason why a professional buyer inexperienced in the field should not be able to benefit. However, a professional buyer may sometimes be expected to seek out the information itself and check information given to it by the seller.

Reliance will be legitimate where a buyer cannot obtain the information in question, although the French courts have been prepared to infer that information is unobtainable simply by virtue of the professional/layman relationship. If a buyer has special or unusual needs that have not been communicated to the seller, reliance will not be legitimate. The courts will also not impose liability where the buyer has proven itself careless.

Materiality (or relevance) may be inferred by the courts, or a buyer may bring proof that the importance of the information was brought to the seller’s attention.

The term “known, or ought to be known” goes beyond actual knowledge one is expected to possess. Professional sellers are, therefore, expected to be informed of their own field of expertise, which may require positive efforts to keep themselves informed, although this does not extend to facts beyond their field.

What does all of the foregoing come down to? Actually, the French law on pre-contractual duties of disclosure in relation to the sale of a company seems to be somewhat similar to the Dutch law on this topic, that is to say, the “rules” described in Subsection C.3.a.i above also have relevance for French law. However, under French law, unlike Dutch law, by far the most important factor that will be taken into account by the courts is the nature of the parties, and this factor will influence – *i.e.*, alter – the “rules” referred to above. In addition, asset transactions are highly regulated by statute. In short, in principle, a seller must provide the buyer information about the object of sale. This obligation comes especially into play whenever the seller has particular technical or professional expertise relating to the object of sale, or where the party with which it deals is so inexperienced or incompetent that it is unable to obtain such information itself. Notwithstanding, where the buyer is a professional player and fully familiar with the object of sale, the seller need not always satisfy its obligation to inform.

---

²⁴⁶ Legrand, P., *o.c.*, p. 338.

v. Buyer's Due Diligence

See Subsection C.3.a.ii and Subsections C.3.c.i-iv above. Under French law, a seller – who will typically be a “professionnel” –, in principle, owes a duty to a buyer to disclose any material fact in relation to the target. However, depending on the facts of the case, a buyer – more is expected of a “professionnel” –, in principle, may also have a certain duty to investigate the target-company, and failing to do so may lead to an unsuccessful claim in mistake or fraudulent concealment. Specific rules apply for asset transactions. See also Subsection C.3.c.viii below on due diligence and the statutory warranty against latent defects provisions.

vi. Seller's Due Diligence

See Subsection C.3.a.iii and Subsections C.3.c.i-iii above. A seller, typically, is under an obligation to disclose information to a buyer – especially where the buyer is a “profane” –, and, in that sense, it may be wise of a seller to disclose its vendor's due diligence report to the buyer. Specific rules apply for asset transactions.

vii. Warranties and the Disclosure Letter

As implied warranties available by law to the buyer are quite limited, and mostly concern the shares themselves, as opposed to the underlying assets, the parties will typically negotiate individual representations and warranties.

The Anglo-American practice of drafting detailed and lengthy representations and warranties and indemnities (“garantie”) has been increasingly incorporated into French practice; the same is true for the disclosure letter (or the disclosure schedules). Although the expression “representations and warranties” itself has been directly imported from Anglo-American practice and is commonly used in French transactions, French law does not recognize any difference between representations and warranties in the way that Anglo-American law does.

Prior knowledge of a buyer of facts or circumstances contradicting the warranties issued by the seller, may preclude the buyer from raising a successful claim for breach of warranty.

viii. Statutory Warranty Against Latent Defects, and Conformity

Share deals (on asset deals, see also Subsection C.3.c.i above) are within the scope of the provisions of the French Civil Code on sales, including, in particular, the statutory warranty provisions. Articles 1641 ff. of the French Civil Code place on the seller of shares an obligation to warrant against any latent defects of the shares which make them unfit for the use for which they were intended at the time of the purchase, or which impair their use to such an extent that the buyer would not have acquired them, or would only have acquired them at a lower price, had it been (made) aware of such defects.

Upon discovery of a latent defect, a buyer may either sue for rescission of the acquisition agreement and repayment of the purchase price, or it may affirm

the agreement and sue for repayment of that portion of the purchase price corresponding to damages suffered as a result of the latent defect; a buyer must commence such lawsuit promptly upon discovery of the latent defect.

The statutory warranty provisions against latent defects do not include an implied warranty as to the value of the shares or assets as such. However, where the business of the company sold could not be operated at the time the shares were sold, courts are less reluctant to interfere. From this perspective, the latent defect warranty provisions are quite similar to those on “*erreur*”.

While the warranty against latent defects covers only those defects which were not apparent, or which could not have been discovered by reasonable inspection (*cf.*, due diligence), a seller is nonetheless liable for those latent defects of which it did not have knowledge.²⁴⁷ Although the parties to the acquisition agreement may contractually provide that the seller shall not be held liable as a result of any implied warranty against latent defects, such a waiver is ineffective as regards those defects of which the seller was aware.²⁴⁸

If a buyer, at the moment of the transfer of the object of sale, was aware that it had a defect, it cannot invoke the rules on latent defects. For instance, a buyer cannot invoke these rules when the defect is obvious, or where the seller made the buyer aware of the latent defect. Moreover, a professional buyer in a similar field of specialty as the seller is presumed to be aware of the defects of the object of sale that it buys, except in case of fraud of the seller, or in the case of an undetectable defect.²⁴⁹ On the other hand, where the seller is a professional, the seller is presumed to be aware of the latent defects in the products it sells.

Pre-contractual duties of disclosure may also play a role in assessing conformity. A buyer may allege that the seller’s oral stipulation is deemed to be incorporated into the contract, and that the object of sale (the company) that has actually been “delivered” (transferred) fails to match up to its description, *i.e.*, does not conform to the terms of the contract.²⁵⁰ Alternatively, a buyer may claim that the non-conformity of the object of sale “delivered” is understood as being unfit for the purpose.²⁵¹

ix. Parties’ Contractually Provided For Risk Allocation

Clauses Limiting or Excluding Liability

Under French law, clauses limiting or excluding liability will not be given effect where, *inter alia*, the breach was intentional – liability for “*dol*” cannot be limited or excluded²⁵² –, was caused by the breaching party’s gross negligence, or resulted

247 Doing Business in France, *o.c.*, § 5.11[1][b][iii][D].

248 Doing Business in France, *o.c.*, § 5.11[1][b][iii][D].

249 Doing Business in France, *o.c.*, § 7.02[3][D].

250 Sefton-Green, *o.c.*, p. 230.

251 Sefton-Green, *o.c.*, p. 230.

252 Terré, F., Simler, P., and Lequette, Y., *o.c.*, p. 562 and 566.

in the cancellation of the essential obligation of the breaching party (essential obligations are those obligations in the absence of which parties would not have contracted; courts may construe essential obligations from the parties' common intention, and thus take into account pre-contractual representations).

But apart from this, the particularity of the French law regarding limitation of liability clauses is that it can never be known for sure – that is, until the courts have ruled – whether these clauses are in fact enforceable. Indeed, the validity of such clauses depends on different criteria. These criteria are, amongst other things, the legal grounds chosen by the party claiming damages, the capacity of each party to the agreement, their specific knowledge, and the nature of the damages suffered.

Entire Agreement Clauses

In accordance with the principle of contractual freedom, parties are free to agree to an entire agreement clause. However, such a clause will not be enforceable where, *e.g.*, it seeks to exclude or limit liability for certain types of behavior or damage.

Disclaimers

Disclaimers are permitted, but may not always be enforceable (see Subsection C.3.c.i.). On the other hand, a disclaimer can make it (more) difficult for a buyer to successfully bring a claim for, *e.g.*, deceit, as such a disclaimer may make that the buyer did not have legitimate reliance.

x. Real Property

A seller is under a statutory obligation to provide the buyer with information regarding the environmental condition of the property where the property is sold directly to the buyer through an asset deal.²⁵³ In addition, a seller must provide the buyer with certain specific information in relation to, *e.g.*, asbestos and lead.²⁵⁴

d. German Law

i. Deceit

As discussed in Subsection B.4 above, a duty to inform may be imposed on a seller, whenever it would be contrary to good faith to withhold information. Hard and fast rules as to when exactly good faith requires the disclosure of information are difficult, if not impossible, to give, as much depends on the facts of an individual case. The range of factors listed in Subsection B.4.f may be relevant in deciding whether a seller is required to disclose information. In particular, information, which is essential for achieving the purpose of the contract must be disclosed.

---

²⁵³ Doing Business in France, *o.c.*, § 11.03[3][c].

²⁵⁴ Doing Business in France, *o.c.*, § 11.03[3][c].

In relation to the sale of a company, in the past, the Bundesgerichtshof has found liability for *culpa in contrahendo*, e.g., where it had not been disclosed that revenues of the business at sale were declining and were not sufficient for the business to survive; or where the vendor had not disclosed to the potential purchaser that revenues had declined by 40% shortly before the signing of the respective sale and purchase agreement; significant unpaid debts, in particular tax burdens, must also be disclosed; in addition, false statements by one party entitle the other party to rescission.

Nevertheless, a buyer's due diligence investigation before taking the decision to purchase a company was thought to (significantly) lessen a seller's obligation to disclose (additional) information. In 2001, however, the Bundesgerichtshof ruled that, given the buyer's difficulty to assess the object of sale (the company) – i.e., a buyer primarily depends on information provided by the seller, such as the financial statements –, a circumstance that will not be fully neutralized by the buyer's possible expertise, the buyer's dependence on the completeness and accurateness of the information given to it, in particular with regard to the financial conditions of the company, and the frequently far-reaching consequences a decision on whether or not to purchase a company will have, an increased duty of disclosure should be imposed on the seller, whereby a high standard of care applies.²⁵⁵ In any case, the seller's duty of disclosure necessitates the disclosure of all the circumstances that seriously threaten the company's survival, in particular, high indebtedness or an (impending) inability to pay.²⁵⁶ On the other hand, sometimes, specific factors may again somewhat relax the seller's obligations. For instance, a lower standard of care seems to apply where a buyer, through an asset purchase agreement, whereby it does not take over any debts, intends to integrate the object of sale (the company) into its own business, which business is active in the same branch of trade as the object of sale (*cf.*, expertise), and where the knowledgeable buyer had access – and indeed made use of this access – to the company, its books and records.²⁵⁷ Nevertheless, it appears that a seller of a company, under German law, generally cannot, or can no longer, escape liability by relying on the fact that it gave the buyer access to the company, its books and records, and that, therefore, the buyer should have been able to discover any issues itself; nowadays, it seems the seller must explicitly point out all the circumstances that are of particular importance (e.g., specific risks) to the buyer in assessing the object of sale.

255 Bundesgerichtshof 4 April 2001 (VIII ZR 37/01), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2163 (also available via <http://www.bundesgerichtshof.de>).

256 Bundesgerichtshof 4 April 2001, *o.c.* See also, Bundesgerichtshof 6 February 2002 (VIII ZR 185/00), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 853 (also available via <http://www.bundesgerichtshof.de>).

257 Bundesgerichtshof 28 November 2001 (VIII ZR 37/01), available via <http://www.bundesgerichtshof.de>.

ii. Buyer's Due Diligence

In general, it would be prudent of a buyer to conduct a due diligence. However, see also Subsection C.2.e.i above with regard to the influence of due diligence on the doctrine of deceit.

An interesting question is whether not conducting a due diligence investigation amounts to gross negligence within the meaning of § 442 of the German Civil Code. In the literature, it has been noted that this is generally not the case.²⁵⁸ However, not conducting a due diligence may equal gross negligence in the following three situations: (a) where the defect was noticeable, (b) where there was an indication that there was a defect, and (c) where the buyer has special expertise and the seller not – although this exception will be relevant only in a very small number of cases and it should be restrictively made use of in relation to the sale of a company.²⁵⁹ Moreover, failing to conduct a due diligence may constitute a breach of the duty of care owed by the directors of the purchasing company vis-à-vis the purchasing company.²⁶⁰

What if the buyer discovers any defect during due diligence? According to § 442 of the German Civil Code, this means that the buyer cannot invoke its rights in respect of the defect(s). Not discovering an existing defect during the investigation does not amount to gross negligence, however.

The risk that buyer's advisors are negligent in discovering or passing on information during a due diligence lies with the buyer.²⁶¹

iii. Seller's Due Diligence

Taking into account Subsection C.3.d.i, it may be wise of a seller to conduct a due diligence, and provide the potential buyers with a copy of the report. A seller, however, is not, in any way, required to conduct such an investigation, and it will not be held liable for not doing this as such, provided, however, it is able to explicitly point out all the circumstances that are of particular importance to the potential buyers in assessing the object of sale.

iv. Warranties ("Garanties", "Gewährleistung") and the Disclosure Letter

Under German law, warranties can be either of two types: (a) statutory warranties as to title and quality, *i.e.*, warranties provided for in the German Civil Code ("Gewährleistung"), and (b) independent warranties, *i.e.*, the parties' contractually provided for warranties ("Garanties").

As discussed in Subsection B.4.d, a seller has a statutory obligation to transfer goods – that is, in an asset deal, the individual assets belonging to the company,

---

²⁵⁸ Wortmann, N., *Unternehmenskauf und Due Diligence*, p. 4 ff, available via http://www2.jura.uni-hamburg.de/hirte/seminar/0203/unternehmenskauf_und_due_diligence-l.pdf.

²⁵⁹ Wortmann, N., *o.c.*, p. 5 ff.

²⁶⁰ Wortmann, N., *o.c.*, p. 8.

²⁶¹ Wortmann, N., *o.c.*, p. 17.

and in a share deal, the shares in the company – free of quality and legal defects. If a defect exists, the buyer must generally allow the seller an attempt to remedy it. If the seller fails to do so, the buyer can either: (a) rescind the contract, (b) reduce the purchase price, and/or (c) claim damages (§ 437 of the German Civil Code). A defect is deemed to exist if the object of sale is not of the agreed quality or, if no agreement was made, if it is not of the quality common to comparable objects (§ 434 of the German Civil Code). The German Courts have held that, in relation to a company sale, reduced profits or turnover in the short-term as such, in principle, do not amount to defects. In other words, turnover and profit statements, as long as they do not negatively impact the company in the long-term, in principle, are not quality characteristics as such and, therefore, the statutory warranty provisions do not apply to them.²⁶² As mentioned before, a buyer of a company cannot make any claims for defects that it was aware of at the time it entered into the agreement (§ 442 of the German Civil Code). If the buyer is not aware of a defect due to gross negligence, it can only raise claims if the seller either fraudulently concealed the defect, or if the latter granted an express contractual warranty.

When a seller gives an independent warranty, it warrants to the buyer the existence or, *vice versa*, the non-existence of certain circumstances – and usually indemnifies the buyer for all damages resulting from any breach of this –, regardless of whether this was caused by the fault of the seller.²⁶³ Independent warranties usually cover issues identified during the due diligence examination and they provide appropriate solutions for these issues. An independent warranty can extend to any present or future fact and is, therefore, in contrast to a statutory warranty, not limited to quality characteristics of the object of sale. Under an independent warranty, a seller is basically obliged to procure the state of things that would have existed if the warranty promise had been fulfilled. Usually the legal consequences for breach of warranty are stipulated in the contract, and the amount that can be claimed for breach is normally capped.

262 “Auch bei fehlenden Abschlussangaben des Verkäufers (unrichtige Angaben zu Ertrag oder Umsatz oder sonstigen Bilanzzahlen) kann er bei der bisherigen Rechtsprechung verbleiben; solche Angaben stellen nur dann eine ‘Beschaffenheit’ des Unternehmens dar, wenn sie sich auf einen mehrjährigen Zeitraum beziehen und Auswirkungen auf den Unterhemensertrag haben. Diese Angaben müssen als Beschaffenheitsvereinbarung ausdrücklich im Kaufvertrag verankert werden. Bei unrichtigen einfachen Abschlussangaben verbleibt es bei Ansprüchen auf Verschulden bei Vertragsverhandlungen, §§ 311 Abs. 2, 280 BGB (...)” (Weitnauer, W., “Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2511 ff.).

263 Examples of the types of independent warranties that can be given include: (a) warranty for success: the seller undertakes that the company will achieve a certain level of economic success, (b) uncertainty warranty: the seller warrants that a precisely defined risk will have no detrimental effect for the purchaser, (c) equity warranty: the seller promises the buyer that, at a certain date, the company has a certain amount of equity, and (d) warranty of existence: this can relate to the nature and position of real property, operational facilities, shares in companies and relationships with companies as well as capital and personnel.

However, under German law, legal uncertainty existed in relation to the seller's lawful ability to cap its liability for "Garanties" made in the context of company sales. This uncertainty has been eliminated as of October 1, 2004, when an amendment to § 444 of the German Civil Code came into effect.²⁶⁴ The original wording of the provision had caused some confusion among German corporate practitioners and scholars since its introduction in January 1, 2002. When the legislator reformed the German law of obligations, it introduced, among other things, new § 444 to the German Civil Code – this provision is discussed in Subsection B.4.d –, which provided that a seller may not cap or otherwise limit its liability for any warranty relating to the nature or quality of the goods or other matters being sold. Partly due to the broad language of this new provision, the question arose whether it was intended to apply only to statutory warranties, or also to parties' contractually provided for warranties. Since agreements for the sale and purchase of shares or assets equally qualify as sales contracts under the law of obligations, a related question that arose was whether this new mandatory rule should also apply to share and asset deals.

Immediately after the enactment of the new § 444 of the German Civil Code, a debate amongst scholars and practitioners began as to whether the legislator meant to affect company sales, and limit sophisticated parties. The majority opinion appears to have been that § 444 of the German Civil Code did not apply to company sales, but, unfortunately, the position of the German Ministry of Justice on this issue remained unclear.

Rather than waiting for the many years that it would take to clarify this question before the German courts, a parliamentary faction took the initiative to resolve the matter on a legislative level by submitting a bill to the German Parliament calling for company sales to be excluded from the scope of § 444 of the German Civil Code. Parliament indeed clarified that the parties to a company sale – subject to the requirement of unambiguous contractual provisions – may cap or otherwise limit their contractually provided for warranties.

Finally, it should be noted that disclosure in relation to German purchase agreements, particularly in share deals, increasingly resembles agreements to which U.S. law applies, with more extensive representations and warranties; past practice was to rely more on the provisions of the German Civil Code to supply typical disclosure items.

v. Conformity

The provisions relating to conformity do not only cover contracts for the sale of goods, but, according to § 453 of the German Civil Code, also contracts for the purchase of rights and other objects. The purchase of rights, within the meaning

---

²⁶⁴ Deutscher Bundestag, 30 June 2004, *Drucksache*, 15/3483.

of § 453 of the German Civil Code, includes the sale of a privately held company via a share deal.²⁶⁵ An asset deal falls under the category “purchase of other objects”.²⁶⁶ Therefore, the provisions with regard to the purchase of things apply correspondingly to the sale of a privately held company.²⁶⁷

vi. Parties’ Contractually Provided For Risk Allocation

“Garanties”

As mentioned above, the statutory regulations regarding warranties (“Gewährleistung”) relate to all (regular) purchase agreements, and parties to a corporate transaction often feel that these statutory provisions do not really work well in the complex world of company sales (e.g., remedies such as rescission do not usually reflect the interests of the parties to a company sale). Therefore, the parties often try to contract around the Civil Code provisions dealing with warranties, and, instead, they typically negotiate individual independent warranties (“Garanties”) specific to the transaction, which includes matters relating to the scope of these warranties, as well as caps and other limits on liability. In principle, the parties are free to deviate from the statutory warranty provisions, exclude them, and create a contractual warranty system tailored to fit their individual case. To ensure that a seller would be held strictly liable for a breach of a contractually provided for warranty, that is, in order to avoid a buyer from requiring demonstrating culpable behavior on the part of the seller in the event of a breach, these contractually provided for warranties are classified as independent undertakings of guarantees regardless of fault (“selbständiges und verschuldensunabhängiges Garantieverprechen”). A contract may, for example, state:

“Warranties of the seller: The seller represents by way of an independent undertaking of warranty regardless of fault (‘selbständiges und verschuldensunabhängiges Garantieverprechen’) that the following statements are true and correct as of today and as of the effective date (unless indicated otherwise), it being understood that the following do not constitute warranties regarding qualities or characteristics (‘Beschaffenheitsgarantien’) in the meaning of Sections 443, 444 of the German Civil Code (‘BGB’) and it being further understood that the content (‘Inhalt’) and the consequence of a possible infringement or untruthfulness of each of the following independent undertakings of warranties

²⁶⁵ Weitnauer, W., o.c., p. 2511 ff.

²⁶⁶ Weitnauer, W., o.c., p. 2511 ff.

²⁶⁷ However, some legal scholars are of the opinion that, under German law, the rules relating to conformity only apply to asset deals and not to share deals; see, e.g., Stengel, A. and Scholderer, F., o.c., p. 159.

regardless of fault shall be further determined as set out in section x of this agreement: (...).”

However, the seller may insist on including the words “to the seller’s knowledge” (“nach Kenntnis”) or “to the seller’s best knowledge” (“nach bestem Wissen und Gewissen”) in the contractually provided for warranties.

Parties will typically also include in their agreement any remedies for breach of contractually provided for warranties:

“Buyer’s claims: In the event of any breach by seller of any of its obligations under this agreement, seller shall put buyer into the same economic condition buyer would have been in if the breach had not occurred, either by providing for such condition in kind (‘Naturalrestitution’), or, at the sole discretion of buyer (subject, however, to buyer’s not unreasonably withholding their agreement to any remediation in kind proposed or provided by seller) by paying damages (‘Schadensersatz in Geld’). As damages, seller shall pay to buyer such amount which is necessary to restore the economic condition which would have existed for such entity had the breach not occurred.”

In addition, parties may include a provision on when a buyer is barred from invoking the contractually provided for warranties:

“Exclusions of liability: Seller shall not be liable for, and buyer shall not be entitled to bring any claim relating to, a breach if and to the extent that: (...)

Material facts constituting the breach have been disclosed in this agreement (including any of the exhibits to this agreement), in a manner reasonably indicating such breach (although not specifically referring to the provision in question).”

Clauses Limiting a Claim for Deceit

Under German law, parties cannot successfully contractually exclude a claim for deceit.²⁶⁸ This general rule also applies to contracts for the sale of a company.²⁶⁹

Entire Agreement Clauses

Entire agreement clauses are valid in commercial transactions, as they merely echo the presumption under German law that written contracts contain the

---

²⁶⁸ See, e.g., Bundesgerichtshof 17 January 2007, o.c., with references: “Ein im Voraus vertraglich vereinbarter Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist mit dem von § 123 BGB bezweckten Schutz der freien Selbstbestimmung unvereinbar und deshalb unwirksam, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt wird, die nicht Dritter im Sinne des § 123 BGB Abs. 2 BGB ist.”

²⁶⁹ Cf., Bundesgerichtshof 17 January 2007, o.c.

complete agreement between the parties. However, parties to a contract may always provide proof that other terms have been agreed upon. As a consequence, entire agreement clauses do not affect statutory provisions, or exclude or render ineffective terms that have been individually negotiated prior to, during or after the conclusion of the contract.

Disclaimers

A disclaimer in the information memorandum, such as the one listed in Subsection C.3.a.vi above, may become “part” of the acquisition agreement, if it can be established that the buyer silently (“*stillschweigend*”) accepted the disclaimer provisions. Even in that case, the seller’s (or the seller’s advisor’s) liability, however, may not be successfully excluded to the fullest extent. On the basis of § 276 paragraph 3 of the German Civil Code, for instance, a seller may not exclude its liability in advance for intent. In addition, a disclaimer in an information memorandum may be qualified as standard terms, to which the § 305 ff. of the German Civil Code apply. According to § 305 paragraph 1 of the German Civil Code, standard terms are those terms which have been devised for use in a multitude of contracts, have been suggested by one of the parties – as opposed to a third person –, and which have not been individually negotiated. § 307 paragraph 1 of the German Civil Code invalidates standard terms that, contrary to good faith, operate unreasonably to the detriment of the other party. This abstract formula is fleshed out in § 307 paragraph 2. This paragraph states that, in case of doubt, a term is unreasonable if it deviates from a central purpose of the statutory rule, *e.g.*, the default rules contained in the German Civil Code. In addition, the paragraph adds that this is also the case when the terms interferes with the essential rights and duties of the parties (“*Kardinalpflichten*”), and, thereby, endangers the purpose of the contract.

The foregoing analysis is also relevant for a disclaimer in a seller’s due diligence report, such as the one stated in Subsection C.3.a.iii. It should be noted, however, that whereas an information memorandum does not purport – and is not expected – to contain all material information or to be accurate, complete, fair or sufficient, the standard of care in relation to a seller’s due diligence report is much higher. Moreover, as discussed in Subsection C.3.d.i above, a seller must explicitly point out all the circumstances that are of particular importance (*e.g.*, specific risks) to the buyer in assessing the object of sale. Against that background, it may be even more difficult for a seller to successfully exclude its liability.

vii. Real Property

According to Markesinis, in the case of land, any major defect must be brought

to the attention of the potential purchaser.²⁷⁰ For example, if a building suffered damage from humidity, and it is not clear whether an attempt to rectify the defect will be successful, then this must be disclosed.²⁷¹ Similarly, if the land was contaminated, the seller must inform the potential buyer of this fact.²⁷²

4. Case Study 2

a. Dutch Law

Because parties in this Case Study have not included warranties in their contract, the question whether the seller was under a duty to disclose relevant information to the buyer of the company, prior to concluding the contract, will have to be assessed in accordance with the rules of thumb mentioned in Subsection C.3.a.i, and the analysis in both that Subsection and the Subsections C.3.a.ii-vi above. I refer here to those Subsections. In principle, the absence of warranties is relevant, because it might indicate that parties did not want to shift the allocation of risks from the buyer to the seller – maybe because the seller had a stronger bargaining position. The foregoing combined with the fact that a buyer, in principle, always has a certain duty to investigate the company, leads me to conclude that courts will not readily impose a duty of disclosure on the seller. Of course, there can be other facts that may point in the direction of imposing an information duty on the seller, such as a gross disparity between seller's and buyer's competence, but generally I think the courts will respect the parties' (implied) risk allocation.

b. English Law

See Subsection C.3.b.i. Courts will not, in principle, impose a duty of disclosure on the seller. A seller may be liable for misrepresentation, however, if it discloses information to a buyer that influences the buyer's decision whether to enter into an agreement.

c. French Law

See Subsection C.3.c above. Depending on all the circumstances of the case, a seller may be under an obligation to disclose information to the buyer. On the other hand, again depending on the circumstances, a court may conclude that a buyer was negligent or imprudent in not asking for specific warranties. By law, in an asset acquisition, the seller is, *inter alia*, obliged to disclose certain information.

---

²⁷⁰ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 308.

²⁷¹ Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 308, with a reference to *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 1703.

²⁷² Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 308, with a reference to *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1549 (land used as waste dump). But no duty, *e.g.*, exists where a gas company previously operated on land (Markesinis, B. et al., *o.c.*, p. 308, with a reference to *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 253).

d. German Law

See Subsection C.3.d.i above. A seller is required to disclose all matters that are material to a buyer's decision, including all contingent liabilities, independent of whether or not the parties have included warranties in their acquisition agreement.

5. Case Study 3

a. Dutch Law

The rules of thumb mentioned in Subsection C.3.a.i above, and the analysis in that Subsection are also highly relevant for this Case Study. I refer to that Subsection. The fact that the buyer has not conducted a due diligence might influence the outcome of a case in two distinct ways. First, if the buyer intentionally did not conduct a due diligence, courts will generally infer there from, that the risk should fall on it if things turn out for the worse. This is especially true where a buyer (is aware that it) has insufficient or inadequate information, and does not insist on warranties, but nevertheless decides to conclude the agreement. On the other hand, the situation is different if it is the seller that restricts (either in time or scope) the buyer's possibilities to conduct a thorough investigation, or where the former simply does not permit to conduct a due diligence at all. According to the Court of Appeals of Amsterdam, in a case in which the seller did not permit the buyer to do a due diligence, this fact influences both the scope and the quality of the seller's information, in the sense that seller's information disclosure will have to comply with higher standards.²⁷³ In other words, in these circumstances, seller, in principle, owes a higher duty of care to the buyer, breach of which may lead a buyer to succeed in an action for mistake, or a claim for non-conformity (breach of contract).

b. English Law

In principle, a buyer bears the risk for not conducting a due diligence investigation, and for concluding an acquisition agreement without insisting on warranties. This outcome is not different if the seller restricts the buyer's possibility to conduct a thorough investigation, or where the former simply does not permit to conduct a due diligence at all: courts will most likely conclude that the buyer voluntarily accepted the risk created by the inability to investigate.

---

²⁷³ Hof Amsterdam 16 April 1998, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1999, no. 161.

c. French Law

Depending on all the circumstances of the case, a seller may be under an obligation to disclose information to the buyer. On the other hand, again depending on the circumstances, a court may conclude that a buyer was negligent or imprudent in not carrying out a due diligence, or asking for specific warranties. By law, in an asset acquisition, the seller is, *inter alia*, obliged to disclose certain information.

d. German Law

A seller of a company cannot escape liability by relying on the fact that it gave the buyer access to the company, its books and records. *Vice versa*, a seller can also not escape liability by refusing the buyer's request to conduct due diligence. In both situations, a seller is required to disclose all matters that are material to a buyer's decision.

6. Discussion

Courts sometimes seem reluctant to interfere in transactions involving the sale of a company. There are, however, sound reasons why – in Anglo-American terminology – the doctrine of *caveat emptor*, or related doctrines, could be discarded in the sale of a privately held company via a controlled auction, *i.e.*, why courts could more readily impose a duty to disclose information on a seller that uses a controlled auction to sell a privately held company.

First, although most transactions involving a controlled auction may be, in Anglo-American terminology, qualified as at arm's length, they usually involve some amount of cooperation and the free and open exchange of information before they can be closed. It would, therefore, be false to believe that these transactions are adversarial in nature *per se* – a notion that has led courts to suggest that the seller need not disclose facts to the buyer, and to characterize the seller and the buyer as hostile and adversaries. Therefore, the courts could impose heightened disclosure requirements. On the other hand, because a controlled auction is largely a formal process in which there is relatively little room for individual negotiations at the first stages of the auction, there may be less room for imposing a duty to disclose information on the seller.

Second, and related to the foregoing, in the sale of a company via a controlled auction, the seller will volunteer some information about the business in, *e.g.*, the information memorandum to encourage the sale of the company, and to justify the price it is asking. It does not take too much imagination to suggest that this scenario fits within the exception, mentioned in Subsection B.5 above, that all material facts must be disclosed if anything is disclosed at all. In other words, any information a seller gives to the buyer about the company could be construed to be a partial disclosure requiring a full disclosure of all material facts.

Likewise, the superior knowledge factor, mentioned in Section B.5 above, seems to be relevant to the sale of a company via a controlled auction. A seller will almost always have superior or special knowledge about the company (*cf.*, the buyer is typically purchasing an ongoing commercial venture that may include products or services, existing customers or business opportunities, debts and obligations and other contracts and agreements), and this knowledge may not be readily available to the buyer without the seller's disclosure of the information. To the extent that courts in some legal systems require the seller to know that the buyer was mistaken about the true facts, this may be found by a court merely on the basis of the purchase price; if it is obvious from the price that the company has been sold for an amount that a reasonable purchaser probably would not have paid had it been aware of all of the facts, a court might find that the seller should have known of the mistake. To the extent that an undisclosed fact concerns the ability of a company to continue to function, it is likely that a court will impose liability for non-disclosure.

Fourth, Kronman has argued that parties negotiating a contract should, in general, disclose information that has been casually acquired.²⁷⁴ This argument supports disclosure of all material facts relevant to the sale of the company, because the seller will generally have acquired this information in the normal course of its business. The costs of acquiring the information would have been incurred in any case, and information disclosure will not reduce the incentive to produce the information, because the operation of the company itself drives the incentive. Moreover, the seller is in a better and less costly position to reveal the information – it does not make economic sense to require the (potential) buyer of the company to engage in a costly independent investigation of the seller's company when the seller has the information and can divulge it at almost no cost. I believe the issue of confidential information does not materially alter this analysis, although it may be appropriate for a seller to withhold confidential information until it has become clear that the buyer is serious and that a deal will probably be struck, or to insist on a confidentiality agreement.

Fifth, the sale of a company via a controlled auction may, depending on the parties and the company involved, constitute a unique transaction, and in some legal systems, this is a "traditional" reason to impose more easily a disclosure obligation on a seller.

The foregoing does not mean that courts should require the seller of a privately held company to specifically remind the buyer of obvious facts, or facts that the seller has every right to believe that the buyer ought to know because of what has been disclosed or what is available through observation. Courts may take into

---

274 Kronman, A., "Mistake, Disclosure, Information, and The Law Of Contracts", *Journal of Legal Studies*, 1978, p. 1 ff.

account the sophistication and intelligence of the buyer in determining what is an obvious fact, and what the buyer ought to know. In addition, it should be noted, that sophisticated parties involved in the sale of a company do, of course, generally deal with disclosures on their own. However, the question how the law should handle the situation when the parties do not expressly deal with the issue is also then highly relevant.

D. General Conclusion

Theoretically, all five legal systems impose a duty to disclose information where certain conditions are fulfilled. However, English law is generally reluctant to impose such a duty on a seller. Dutch and German law, on the other hand, are less reluctant to compel a seller to disclose information, although these legal systems place great emphasize on the particular circumstances of a case, *i.e.*, a range of factors is used in order to establish whether a duty to inform applies in a particular case. French law is the most “generous” legal system in obliging the seller to disclose relevant information to the buyer prior to the conclusion of the contract. French law places great emphasis on the nature of the parties: “weaker parties”, which may include commercial purchasers, are afforded the most protection, especially when dealing with “stronger parties”.

4 Algemene voorwaarden¹

A. Inleiding

Algemene voorwaarden worden op grote schaal in het rechtsverkeer gebruikt, zowel in overeenkomsten van ondernemers met consumenten als in overeenkomsten tussen ondernemers onderling. In de jaren tachtig heeft Gras rechtssociologisch onderzoek gedaan naar de omvang van het gebruik van standaardcontracten in de praktijk.² Hij kwam destijds tot de conclusie dat in het Nederlandse bedrijfsleven als geheel en in de afzonderlijke bedrijfstakken het percentage ondernemers dat algemene voorwaarden hanteert overal groter is dan 50%, en meestal zelfs groter dan 80%. In de Verenigde Staten is het gebruik van algemene voorwaarden in de praktijk zelfs op 99% geschat.³

Aan het gebruik van algemene voorwaarden zijn belangrijke voordelen verbonden.⁴ Denk bijvoorbeeld aan de enorme besparing van tijd en kosten voor beide partijen, omdat niet voor elke transactie afzonderlijk de voorwaarden moeten worden besproken en vastgesteld. Daarnaast kan rekening worden gehouden met allerlei omstandigheden die in de toekomst tot moeilijkheden aanleiding zouden kunnen geven. Voor mogelijk hieruit voortvloeiende onenigheden wordt bij voorbaat een oplossing gegeven. Dit voorkomt niet alleen een vertroeveling van de onderlinge verhoudingen tussen de contractspartijen, maar is ook gunstig vanuit het perspectief van de rechtszekerheid.

Tegenover deze voordelen staan ernstige nadelen.⁵ Standaardcontracten worden vaak door de ondernemer, of door een groep van ondernemers, eenzijdig opgesteld en bevatten dikwijls bedingen die voor de wederpartij nadelig zijn. Indien op het briefpapier van de ondernemer met kleine lettertjes wordt verwezen naar algemene voorwaarden die slechts op één plaats in het land ter inzage liggen, wordt het daarnaast voor de meeste wederpartijen praktisch onmogelijk gemaakt om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Zelfs indien de

---

1 Een aangepaste versie van dit artikel is verschenen in *Vermogensrechtelijke Analyses* (voorheen: *Vermogensrechtelijke Annotaties*), 2007, p. 5-54.

2 Gras, F., *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract*, diss. Amsterdam, 1984.

3 Slawson, W., "Standard form contracts and democratic control of law making power", *Harvard Law Review*, 1971, p. 529.

4 Vergelijk Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12e druk bewerkt door Hartkamp, A., Deventer, Kluwer, 2004, nr. 343.

5 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 343.

wederpartij van tevoren kennis neemt van de voorwaarden, heeft het veelal geen zin om zich tot een andere ondernemer te wenden, omdat alle ondernemers van dezelfde branche soortgelijke algemene voorwaarden hanteren.

B. Nadere indeling van de studie

Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat reeds sedert enkele decennia gezocht wordt naar middelen om de wederpartij te beschermen tegen de gevolgen van onereuze (bedingen in) algemene voorwaarden.

In dit artikel zal ik nagaan of en in hoeverre differentiatie plaatsvindt met betrekking tot de regulering van algemene voorwaarden in het Europees Gemeenschapsrecht, het Nederlandse recht, het Duitse recht, het Engelse recht en het Franse recht. Opgemerkt zij dat bij de regulering van algemene voorwaarden op verschillende manieren rekening kan worden gehouden met de hoedanigheid van contractspartijen, of nauwkeuriger geformuleerd, met de omstandigheid of sprake is van een consumentenovereenkomst of een handelscontract. In de eerste plaats zou bij de begripsomschrijving van algemene voorwaarden een ruimere definitie in geval van consumentenovereenkomsten kunnen worden gehanteerd. Dit impliceert dat consumenten eerder een beroep op bijvoorbeeld een nationale algemene voorwaardenregeling zouden kunnen doen. Daarnaast zou een snellere gebondenheid aan algemene voorwaarden kunnen worden aangenomen in geval van transacties waarbij enkel ondernemers betrokken zijn. In de derde plaats kan ook bij de mogelijkheid om standaardcontracten te vernietigen rekening worden gehouden met de omstandigheid of sprake is van een consumentenovereenkomst of een handelscontract. Onderstaand onderzoek ik elk van deze drie subonderdelen voor de genoemde rechtsstelsels, waarna ik de verkregen uitkomsten met elkaar vergelijk.

C. Algemene voorwaarden in het Europees Gemeenschapsrecht

1. Begripsomschrijving van algemene voorwaarden

Op 5 april 1993 is de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aangenomen.⁶ Kern van de Richtlijn is dat oneerlijke (of misschien beter:

---

⁶ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Publicatieblad EG L 95/29 van 21 april 1993. Hoofdstuk 5 van het voorstel voor een Richtlijn betreffende consumentenrechten (Voorstel van 8 oktober 2008 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def.) neemt overigens in grote lijnen de bepalingen van de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in

onredelijke) bedingen in consumentenovereenkomsten niet bindend zijn.⁷ De Richtlijn heeft een zogenaamd minimumkarakter: artikel 8 van de Richtlijn staat Lidstaten toe om verder te gaan met het treffen van beschermende maatregelen.

Artikel 3 lid 1 beperkt de werkingssfeer van de Richtlijn tot “beding[en] in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld”. Artikel 3 lid 2 geeft hieraan een nadere invulling:

“Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben.”

Uit het voorgaande volgt onder andere dat de Richtlijn enkel consumenten beschermt. Handelstransacties vallen daarmee, anders dan bijvoorbeeld in de Nederlandse algemene voorwaardenregeling, buiten de werkingssfeer van de Richtlijn. Hierdoor wordt in het Europees Gemeenschapsrecht, voor wat betreft de inhoudscontrole van overeenkomsten, dus rechtstreeks een onderscheid gecreëerd tussen consumentenovereenkomsten enerzijds en handelsovereenkomsten anderzijds. Overigens zij opgemerkt dat stikt genomen de Richtlijn op meer ziet dan enkel algemene voorwaarden.⁸ Uit artikel 3 volgt onder andere dat een beding in een consumentenovereenkomst dat kenbaar voor eenmalig gebruik is opgesteld ook onder het toepassingsgebied van de Richtlijn valt.

Vermelding verdient hier nog dat artikel 4 lid 2 van de Richtlijn bepaalt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking heeft op kernbedingen, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. De Richtlijn doelt in dit verband uiteraard op kernbedingen in *consumentenovereenkomsten*.

2. Vernietigingsgronden

De Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten kent mijns inziens geen regeling omtrent gebondenheid aan algemene voorwaarden in de strikte betekenis van het woord.⁹ Artikel 6 lid 1 van de Richtlijn, dat bepaalt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, is naar mijn mening in het licht

---

consumentenovereenkomsten over, zij het dat het Voorstel uitgaat van maximumharmomisatie (zie Hardy, R. en Hesens, G., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2009, p. 71).

7 Jongeneel, R. en Wessels, B., “Onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *Nederlands Juristenblad*, 1993, p. 897.

8 Vergelijk Brunner, C. en Hondius, E. (red.), *Verbintenissenrecht* (losbladig), Deventer, Kluwer, 1990-heden, commentaar bij Boek 6, titel 5, afdeling 3, aantekening 10.

9 Zie ook Jongeneel, R. en Wessels, B., *o.c.*, p. 897.

van onder andere de Nederlandse algemene voorwaardenregeling, het best te vergelijken met een vernietigingsgrond. Ik zal artikel 6 lid 1 van de Richtlijn in dit artikel dan ook niet als een apart onderdeel behandelen. Overigens behouden Lidstaten in mijn visie ten aanzien van het leerstuk van de gebondenheid aan algemene voorwaarden een zekere mate van vrijheid; dat is overigens mede te verklaren tegen de achtergrond van het minimumkarakter van de Richtlijn.¹⁰

De toelaatbaarheid van een beding dient te worden beoordeeld aan de hand van het criterium in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn:

“Een beding in een overeenkomst (...) wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.”

Het Hof van Justitie heeft zich in een prejudiciële beslissing in 2000 tot op zekere hoogte uitgelaten over dit criterium.¹¹ Het Hof besliste destijds dat een forumkeuzebeding, dat is opgenomen in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper zonder dat daarover afzonderlijk is onderhandeld en waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, moet worden aangemerkt als oneerlijk in de zin van artikel 3 van de Richtlijn, aangezien het in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

De open norm van artikel 3 lid 1 wordt in de Richtlijn overigens nader ingevuld met een lijst van “verdachte” clausules.¹² Artikel 3 lid 3 bepaalt daartoe dat de bijlage bij de Richtlijn “een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen [bevat] die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt”. Het Hof van Justitie heeft zich over de betekenis van die lijst uitgesproken in een inbreukprocedure tegen Zweden (laatstgenoemde had de lijst niet in de wetgeving ter implementatie van de Richtlijn opgenomen, maar in de bijbehorende memorie van toelichting):

“De bijlage bedoeld in artikel 3, lid 3, van de richtlijn, waarvan de omzetting hier in geding is, bevat volgens de bewoordingen van die bepaling zelf, een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.

10 Uit zaak C-350/03, *Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, [2005] Jurispr. I-9215 zou echter kunnen volgen dat die vrijheid niet overschat dient te worden. Genoemd arrest had overigens betrekking op de Richtlijn colportage.

11 Gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA / R. Murciano Quinter en Solvat Editores SA / J.M. Sánchez Alcón Prades e.a.*, [2000] Jurispr. I-4941.

12 Vergelijk Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij Boek 6, titel 5, afdeling 3, aantekening 10.

Het staat vast dat een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nochtans oneerlijk kan worden bevonden. Nu de lijst in de bijlage bij de richtlijn geen beperking aanbrengt in de vrijheid van de nationale autoriteiten bij de beoordeling of een beding oneerlijk is, wordt daarmee niet beoogd de consumenten verdergaande rechten toe te kennen dan uit de artikelen 3 tot en met 7 van de richtlijn voortvloeien. Zij brengt geen enkele wijziging in het door de richtlijn nagestreefde resultaat, dat als zodanig van de lidstaten wordt verlangd. (...) Aangezien de lijst in de bijlage bij de richtlijn een indicatieve en illustratieve waarde heeft, dient zij als informatiebron zowel voor de nationale autoriteiten die belast zijn met de toepassing van de omzettingsmaatregelen als voor de particulieren die belang hebben bij die maatregelen.”¹³

Ingevolge artikel 6 dienen de adressanten van de Richtlijn (de Lidstaten) te bepalen dat een of meer oneerlijke bedingen tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. De in artikel 6 gehanteerde formulering roept de vraag op of en in hoeverre het in sommige Lidstaten gehanteerde stelsel van vernietigbaarheid, specifiek ten aanzien van consumententransacties, hiermee in overeenstemming is. Er kunnen immers verschillen in rechte optreden, bijvoorbeeld indien het beroep op vernietigbaarheid door verjaring niet meer kan worden ingeroepen.¹⁴ Het door het Hof van Justitie gewezen Océano-arrest geeft ten dele antwoord op de zojuist geformuleerde vraag.¹⁵

De casus die aanleiding gaf tot het Océano-arrest betrof de verkoop op afbetaling door verschillende consumenten in Spanje van encyclopedieën. In de algemene voorwaarden was de rechter te Barcelona bevoegd verklaard, ook al waren de kopers elders woonachtig. Aangezien laatstgenoemden de verschuldigde bedragen op de overeengekomen vervaldatum niet voldeden, wendden de verkopers zich in het kader van een verkorte procedure voor geschillen betreffende kleine geldsommen, waarin zij betaling van de verschuldigde bedragen vorderden, tot de Spaanse rechter. Die vorderingen werden uiteindelijk niet aan de verweerders in de hoofdgedingen betekend, omdat de verwijzende rechter betwijfelde of hij bevoegd was om van de geschillen kennis te nemen. Hij wees er namelijk op, dat soortgelijke bevoegdheidsbedingen in het verleden meermaals door het Spaanse Tribunal Supremo als oneerlijk waren beoordeeld. De rechter te Barcelona vroeg

¹³ Zaak C-478/99, *Commissie v. Koninkrijk Zweden*, [2002] Jurispr. I-4147.

¹⁴ Hondius, E., “Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2000, p. 651.

¹⁵ Gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, o.c. Zie Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij Boek 6, titel 5, afdeling 3, aantekening 10.

zich echter af of hij de forumkeuzebedingen ambtshalve nietig mocht verklaren – en zichzelf dus voor het overige onbevoegd. Hij stelde hierop een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Het Hof oordeelde, zoals hiervoor al kort aan de orde kwam, dat de forumkeuzebedingen oneerlijk waren. Belangrijker nog is dat het Hof van Justitie deze gelegenheid aangreep om een algemene uitspraak te doen over ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen door de rechter:

“Wat de vraag betreft, of een rechter aan wie een geschil in verband met een tussen een verkoper en consument gesloten overeenkomst is voorgelegd, ambtshalve mag toetsen, of een beding in die overeenkomst oneerlijk is, zij eraan herinnerd, dat (...) [d]e doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, (...) mogelijk niet [kan] worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen. (...) In geschillen betreffende kleine geldvorderingen kunnen de advocatenhonoraria hoger zijn dan het gevorderde bedrag, hetgeen de consument ervan kan afhouden zich te verweren tegen de toepassing van een oneerlijk beding. (...) Bijgevolg kan een doeltreffende bescherming van consumenten enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen. (...) Derhalve dient de verwijzende rechter, aan wie een geschil is voorgelegd dat onder de richtlijn valt en waaraan feiten ten grondslag liggen die plaatsvonden ná afloop van de omzettingstermijn voor de richtlijn, bij de toepassing van de ten tijde van de feiten vigerende bepalingen van nationaal recht (...), deze zoveel mogelijk uit te leggen in overeenstemming met de richtlijn, zodanig dat zij ambtshalve kunnen worden toegepast.”

De voorgaande overwegingen resulteerden in de volgende verklaring voor recht:

“De bescherming die richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consumenten biedt, vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.”

De conclusie uit het Océano-arrest was dus in ieder geval dat de rechter de bevoegdheid dient te hebben om zo nodig ambtshalve te beoordelen of een forumkeuzebeding oneerlijk of onredelijk is. Voor het overige liepen de meningen over de interpretatie van het arrest in de juridische literatuur sterk uiteen.¹⁶ Ook bijvoorbeeld

---

¹⁶ Loos, M., “Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruimer uitleg van Océano bevestigd”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2003, p. 73.

in Nederland werden zeer uiteenlopende interpretaties gegeven aan de uitspraak van het Hof van Justitie.¹⁷ Sommige rechtsgeleerden betoogden dat het arrest de rechter er toe dwingt voortaan niet meer lijdelijk af te wachten of de consument zich op het onredelijke karakter van bedingen in algemene voorwaarden beroept, maar zo nodig het beding ambtshalve dient te toetsen.¹⁸ In die visie brengt de uitspraak dus een actievere rol voor de rechter mee in consumententransacties. Men zou kunnen betogen dat deze visie verdere differentiatie in de nationale rechtstelsels tot gevolg heeft ten aanzien van algemene voorwaardenregelingen, specifiek met betrekking tot consumentenovereenkomsten enerzijds en overige contracten, waaronder begrepen handelsovereenkomsten, anderzijds.¹⁹ Prechal erkende dat de rechter tot ambtshalve toetsing verplicht was bij forumkeuzebedingen en eventueel bij andere bedingen die betrekking hebben op de mogelijkheid van een effectieve toegang tot de rechter. Ten aanzien van andere onredelijke bedingen daarentegen stelde zij dat het doortrekken van de verplichting tot ambtshalve toetsing niet of niet zonder meer voor de hand lag.²⁰ De meest terughoudende visie was afkomstig van Hartkamp, die niet verder wilde gaan dan de aanname dat in ieder geval ten aanzien van forumkeuzebedingen de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing bestaat, zonder daar evenwel een verplichting toe aan te nemen.²¹

Uit het Cofidis-arrest lijkt te volgen dat de schrijvers die de ruime uitleg van het Océano-arrest voorstonden, het gelijk aan hun kant hebben.²² In eerstgenoemde zaak verstrekke Cofidis aan een Franse consument (Fredout) een krediet. Nadat Fredout in gebreke was gebleven met de aflossingen, daagde Cofidis hem voor het Tribunal d'instance van Vienne en vorderde zij betaling van de achterstallige bedragen. Tijdens de behandeling van de zaak bleek dat het krediet aangeboden was op een aan weerszijden bedrukt formulier. Op de voorzijde was in vette letters vermeld kosteloze aanvraag van geldreserve, terwijl op de achterzijde in kleine letters vermeldingen stonden met betrekking tot het contractuele rentetarief, alsmede een boetebeding. Het Tribunal leidde hieruit af dat de financiële bedingen

17 Loos, M., o.c., p. 73.

18 Zie Hondius, E., o.c., p. 652; Frenk, N., "Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het Europese Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2001, p. 74 e.v.; Loos, M., *Algemene voorwaarden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, nr. 111 en Loos, M., "Europese toetsing van algemene voorwaarden", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2001, p. 100 e.v.

19 Vergelijk ook *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, nr. 703, noot M.R.M.: "Het beschermen van zwakkere partijen, bijvoorbeeld door het bestrijden van het euvel van de kleine lettertjes heeft zeker aantrekkelijke kanten, maar het gaandeweg lek schieten van nationale stelsels van privaatrecht zou ook wel eens heel gevaarlijke bijwerkingen kunnen hebben."

20 Prechal, S., "Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2001, p. 106 en 107.

21 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 355.

22 Zaak C-473/00, *Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*, [2002] Jurispr. I-10875. Vergelijk Loos, M., o.c., 2003, p. 71 e.v.

onvoldoende leesbaar en misleidend waren voor de consument. Het concludeerde daarom dat de financiële bedingen als oneerlijk dienden te worden beschouwd. Aangezien het evenwel ging om een transactie inzake consumptief krediet was de in artikel L. 311-37 van de Code de la consommation voorziene vervaltermijn van twee jaar na contractssluiting van toepassing, en aangezien die termijn gepasseerd was, belette dit het Tribunal de bedingen waarvan het had vastgesteld dat ze oneerlijk waren, nietig te verklaren. Het Tribunal schorste daarop de behandeling van de zaak en stelde aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag of de verplichting tot richtlijnconforme uitleg impliceert dat de nationale rechter een procesrechtelijke bepaling, zoals de wettelijke vervaltermijn om te klagen over de inhoud van een overeenkomst, buiten toepassing moet laten voorzover zij hem verbiedt om na het verstrijken van die vervaltermijn ambtshalve of op verzoek van de consument oneerlijke bedingen in de overeenkomst nietig te verklaren. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag gaf het Hof allereerst de kern van het Océano-arrest weer: de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing of een beding onredelijk is, moet worden beschouwd als een geschikt middel om overeenkomstig artikel 6 van de Richtlijn te voorkomen dat een individuele consument door een oneerlijk beding wordt gebonden en om het voorkomen van dergelijke bedingen te voorkomen. In het Cofidis-arrest benadrukte het Hof van Justitie vervolgens dat wanneer de bevoegdheid van de rechter tot ambtshalve toetsing, of tot toetsing op verzoek van de consument in de tijd wordt beperkt, aan de doeltreffendheid van de beoogde bescherming afbreuk wordt gedaan omdat de verkoper immers niets meer hoeft te doen dan af te wachten tot de door de nationale wetgever vastgestelde termijn is verstreken, alvorens tenuitvoerlegging te vorderen van de onredelijke bedingen. Het Hof concludeerde dan ook dat de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten zich verzet tegen de toepassing van een wettelijke vervaltermijn.

Ingevolge de hierboven behandelde arresten dient de vraag of het stelsel van vernietigbaarheid met betrekking tot consumentenovereenkomsten, zoals dat bijvoorbeeld te vinden is in afdeling 6.5.3 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, in overeenstemming is met artikel 6 van de Richtlijn, naar alle waarschijnlijkheid dan ook ontkennend te luiden.²³

Tot slot van dit onderdeel, nog enkele korte opmerkingen bij de in artikel 5 van de Richtlijn gecodificeerde contra proferentem-uitlegregel en het zogenaamde “Transparenzgebot” (begrijpelijkheids- of transparantiegebot). De Richtlijn brengt mee dat Lidstaten verplicht zijn om de contra proferentem-regel wat betreft consumentenovereenkomsten op te nemen in het nationale recht. De betekenis van het in artikel 5 eerste volzin opgenomen “Transparenzgebot”, dat inhoudt dat

23 Vergelijk ook Brunner, C. en Hondius, E. (red.), *o.c.*, commentaar bij Boek 6, titel 5, afdeling 3, aantekening 10.

algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn, blijft – ietwat ironisch – voorlopig onduidelijk.²⁴ In het Duitse recht (zie hierna), waar het gebod al voor de invoering van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten bekend was, heeft het zich als een nagenoeg zelfstandige vernietigingsgrond ontwikkeld.²⁵ In het Cofidis-arrest verzuimde het Hof, ondanks de mogelijkheid daartoe, zich uit te spreken over de betekenis van het gebod.

D. Algemene voorwaarden in het Nederlandse recht

1. Begripsomschrijving van algemene voorwaarden

In artikel 6:231 onder a BW worden algemene voorwaarden omschreven als een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Uit deze definitie blijkt dat het Nederlandse recht uitgaat van het bestemmingscriterium; niet de vraag of de algemene voorwaarden in een aantal overeenkomsten zijn opgenomen is van belang, maar de vraag of zij met die bedoeling (oogmerk) zijn opgesteld.²⁶ Opmerking verdient hierbij dat de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, zoals hiervoor ook reeds aan de orde is gekomen, spreekt over een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dus niet het bestemmingscriterium als uitgangspunt hanteert. In theorie valt, anders dan uit artikel 6:231 onder a BW lijkt te volgen, onder het algemene voorwaarden begrip dus ook een beding in een consumentenovereenkomst dat kenbaar voor eenmalig gebruik is opgesteld.²⁷ Aan de andere kant biedt de Nederlandse regeling meer bescherming dan de Richtlijn, aangezien de omstandigheid dat over een beding is onderhandeld, niet meebrengt dat het aan het toepassingsgebied van de regeling is onttrokken.²⁸ Een ander verschil tussen de Nederlandse en de Europese regeling betreft voorts de status van door een derde van te voren geformuleerde bepalingen, waarop een consument geen invloed heeft kunnen uitoefenen (denk bijvoorbeeld aan de (ver)koop van een huis tussen particulieren waarbij gebruik gemaakt wordt van bedingen die door de notaris zijn opgesteld teneinde geregeld door hem in akten te worden gebezigd).²⁹ Zulke bedingen vallen wel onder de Richtlijn, maar niet

24 Vergelijk Loos, M., o.c., 2003, p. 74.

25 Loos, M., o.c., 2003, p. 74.

26 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 347.

27 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 347.

28 Smits, J., “Europees privaatrecht en rechtsvergelijking”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2000, p. 283 en 284 en Asser-Hartkamp, o.c., nr. 347.

29 Vergelijk Jongeneel, R., “Reactie”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996, p. 225 en Asser-Hartkamp, o.c., nr. 347.

onder artikel 6:231 onder a BW.³⁰ Door middel van richtlijnconforme interpretatie of, indien dat niet (goed) mogelijk blijkt te zijn, artikel 6:248 BW zou voor dit specifieke geval, in geval van consumentenovereenkomsten, niettemin recht kunnen worden gedaan aan de Richtlijn.³¹ Volgens de Nederlandse wet moest verder sprake zijn van een of meer *schriftelijke* bedingen. Hoewel dit begrip volgens de parlementaire geschiedenis ruim moest worden uitgelegd,³² was de eis vreemd aan de Europese richtlijn.³³ Op grond van de Richtlijn werd dan ook aangenomen dat bijvoorbeeld mondelinge bedingen, voor zover gestandaardiseerd en in consumententransacties, aan het beschermende regime van afdeling 6.5.3 BW waren onderworpen. Uiteindelijk is bij wet het woord “schriftelijke” in artikel 6:231 onder a BW geschrapt.³⁴

Opgemerkt zij overigens dat op grond van artikel 6:231 onder a BW onder algemene voorwaarden niet zijn begrepen bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.³⁵ Bij de begripsomschrijving van kernbedingen wordt overigens geen onderscheid gemaakt tussen consumenten- en handelstransacties.

2. Gebondenheid aan algemene voorwaarden

De vraag naar de gebondenheid aan algemene voorwaarden wordt in het Nederlandse recht in beginsel beheerst door de algemene regels die gelden voor de

30 Jongeneel, R. o.c., p. 225 en Reehuis, W. en Slob, E., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer, Kluwer, 1990, p. 1567.

31 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 347.

32 Loos, M., o.c., 2001, nr. 2.

33 Smits, J., o.c., p. 283.

34 Wet van 13 mei 2004, *Staatsblad*, 2004, nr. 210.

35 De ratio van deze uitzondering is gelegen in het feit dat de toetsing van kernbedingen (waaronder begrepen de prijs) aan het criterium of een beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, zou neerkomen op een gedeeltelijk introductie van de (in Nederland verworpen) leer van de *iustum pretium* (Asser-Hartkamp, o.c., nr. 348). Blijkens een arrest van de Hoge Raad van 19 september 1997, dat overigens aansluit bij de parlementaire geschiedenis, moet het begrip “bedingen die kern van de prestaties aangeven” zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de *essentialia* zonder samenvallen met de *essentialia* zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt (Hoge Raad 19 september 1997, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, nr. 6). Verder geeft de Hoge Raad in genoemd arrest aan dat voor de vaststelling wat onder een kernbeding moet worden verstaan, niet bepalend is of het beding in kwestie voor (een der) partijen een belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen. Het vereiste dat een beding, teneinde onder de uitzondering voor kernbedingen te vallen, duidelijk en begrijpelijk moet zijn geformuleerd, is ontleend aan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (zie Wissink, M., “Een ‘effectief’ wetsvoorstel”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1999, p. 679).

totstandkoming van een overeenkomst. Er gelden dus in principe geen strengere, of anderszins bijzondere, eisen in het kader van de totstandkoming ingeval gebruik wordt gemaakt van algemene voorwaarden.³⁶ Beslissend is het reguliere aanbod en aanvaarding regime van afdeling 6.5.2 BW, in combinatie met de wils/vertrouwensleer van de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Het gaat er met andere woorden om of de gebruiker van de algemene voorwaarden er gerechtvaardigd vanuit mocht gaan dat de wederpartij instemde met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Dit blijkt ook (indirect) uit artikel 6:231 onder c BW dat een omschrijving geeft van de wederpartij: “degene die (...) de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard”. Om een voor de hand liggend verweer van de wederpartij op dit punt te voorkomen, bepaalt artikel 6:232 BW daarnaast dat een wederpartij ook dan aan de algemene voorwaarden is gebonden als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud niet kende. De omstandigheid dat de gebruiker weet dat zijn wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kent, staat dus niet aan de toepasselijkheid in de weg.³⁷ Niet vereist is verder dat de wederpartij de mogelijkheid heeft gehad om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Het Nederlands recht gaat dus in het algemeen uit van een snelle gebondenheid aan, of toepasselijkheid van, algemene voorwaarden.³⁸

Voor de vraag of algemene voorwaarden in een concreet geval deel uitmaken van de overeenkomst spelen desalniettemin de specifieke omstandigheden van het geval een belangrijke rol, daaronder begrepen de omstandigheid of sprake is van een handels- of consumentenovereenkomst.³⁹ Die omstandigheid speelt in de jurisprudentie met name een rol bij de vraag of algemene voorwaarden toepasselijk zijn indien daar niet naar verwezen wordt, de gebruiker eerst bij de schriftelijke (order)bevestiging van een reeds bestaande overeenkomst naar de standaardvoorwaarden verwijst, er op andere wijze naar algemene voorwaarden verwezen wordt, of wanneer een dergelijke verwijzing eerst op de factuur plaatsvindt. Hieronder zal ik nader ingaan op deze jurisprudentie.

In een arrest van 24 januari 1994 oordeelde het Hof Den Haag dat aangenomen kan worden dat Kersten Hunik Internationaal Transportbedrijf B.V. bij het aangaan van de in het geding zijnde overeenkomst er niet op heeft gewezen dat zij zich van die voorwaarden bediende.⁴⁰ Het gebruik van de Fenex-voorwaarden

36 Vergelijk Hoge Raad 20 november 1981, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1982, nr. 517.

37 Hartlief, T., “VNP/Havrij: algemene voorwaarden en informatieplicht”, *Ars Aequi*, 2002, p. 270.

38 Daarbij zij wel opgemerkt dat de Hoge Raad in arresten van 20 november 1981, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1982, nr. 517 en 1 juli 1993, *Nederlands Jurisprudentie*, 1993, nr. 688, gewezen onder het recht, heeft aangegeven dat het niet uitgesloten is dat er bedingen zijn met een zodanig uitzonderlijke inhoud dat de gebruiker dient te begrijpen dat de wederpartij met toepasselijkheid daarvan niet heeft ingestemd (zie Hartlief, T., o.c., p. 270 met verdere verwijzing).

39 Vergelijk Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij artikel 6:232, aantekening 6.

40 Hof Den Haag 24 januari 1994, *Schip en Schade*, 1996, nr. 40.

in de expeditiebranche is echter zo algemeen verspreid, zo vervolgde het Hof, dat het niet aannemelijk is dat de tegenpartij (Granuband B.V.) niet van het bestaan van die voorwaarden op de hoogte was. Mede gelet op de aard van haar bedrijf, het recyclen van materialen in de ruimste zin des woords, achtte het Hof het aannemelijk dat Granuband regelmatig met de transport- en expeditiewereld te maken heeft, in verband met de aanvoer en afvoer naar en van haar bedrijf, zodat kennis van de aldaar geldende voorwaarden, de Fenex-voorwaarden daaronder inbegrepen, verondersteld mag worden. Ook in een vonnis van de Rechtbank Rotterdam werd stilgestaan bij de toepasselijkheid van algemene voorwaarden (in casu: Duwconditiën) waarnaar niet in de vervoersovereenkomst noch elders verwezen werd.⁴¹ De Rechtbank oordeelde dat het gebruik van Algemene Duwconditiën in de duwvaart zodanig gebruikelijk is dat ook als deze niet door (professionele) partijen bij het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk zijn overeengekomen, partijen ervan uit moeten gaan dat deze voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst.

Het Hof Arnhem heeft zich in een arrest van 2 april 1996 onder andere gebogen over de vraag of een besloten vennootschap (Respo) een beroep kan doen op een exoneratiebeding in de Metaalunie- of Smecomavorwaarden jegens een vennootschap onder firma (Ostrich Trade), nu eerst in de opdrachtbevestiging door eerstgenoemde is verwezen naar de voorwaarden.⁴² Daarbij verdient vermelding dat daartegen niet door laatstgenoemde was geprotesteerd. Het Hof achtte in dat arrest beslissend de vraag of de gelding van de litigieuze Smecomavorwaarden door Ostrich Trade is aanvaard. Het Gerechtshof overwoog als volgt:

“Waar in het handelsverkeer tussen ondernemers toepasselijkverklaring van (de onderhavige) algemene voorwaarden door een bedrijf als Respo gebruikelijk is en Ostrich als professionele opdrachtgever daarop bedacht behoorde te zijn, dient geoordeeld te worden dat Ostrich gelet op de artikelen 6:231 onder c juncto 6:232 juncto 3:35 BW de gelding van de Smecomavorwaarden heeft aanvaard. Hierbij is niet relevant dat Respo de Smecomavorwaarden niet reeds vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan Ostrich heeft ter hand gesteld dan wel op dat moment op andere wijze haar met de inhoud daarvan heeft bekend gemaakt. Dienaangaande zou anders moeten worden geoordeeld indien partijen ter gelegenheid van hun gesprekken voorafgaande aan de opdrachtbevestiging een complete overeenkomst zouden hebben gesloten in dier voege dat Ostrich niet meer zou behoeven te verwachten dat Respo daarin bij het schriftelijk bevestigen van die overeenkomst nog wijziging zou brengen door een verwijzing naar algemene voorwaarden.”

⁴¹ Rechtbank Rotterdam 11 juli 2002, *Schip en Schade*, 2002, nr. 128.

⁴² Hoge Raad 2 april 1996, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1996, nr. 689.

In een arrest van 4 september 2001 concludeerde het Hof Den Haag dat algemene voorwaarden van toepassing waren, nu er in de cognosementen naar werd verwezen.⁴³ Een arrest van hetzelfde rechtscollege van 18 december 2001 behandelde de vraag of algemene voorwaarden toepasselijk zijn indien op briefpapier daarnaar verwezen wordt.⁴⁴ Het Hof beantwoorde die vraag positief en overwoog daartoe onder andere:

“Tussen partijen staat vast, zoals door de rechtbank onder de vaststaande feiten overwogen, dat Frank & Schulte, een zeer groot bedrijf, en Steinweg al geruime tijd zaken met elkaar doen en dat Steinweg op de achterzijde van haar briefpapier (...) het voorwaardenpakket vermeldt, waarop zij haar activiteiten uitvoert.”

Ook een verwijzing naar algemene voorwaarden in een bestelformulier kan ertoe leiden dat algemene voorwaarden van toepassing zijn, zo lijkt te volgen uit een vonnis van de Rechtbank Den Bosch.⁴⁵ Een andere belangrijke uitspraak in dit verband is een arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2001.⁴⁶ De vennootschap naar Duits recht Petermann verzocht Frans Maas Rotterdam B.V. om een offerte en vroeg daarbij ook onder andere om “Mitteilung Ihrer Lieferkonditionen”. Frans Maas deed vervolgens een kostenopgave op briefpapier waarop onderaan de voorgedrukte tekst was vermeld: “Onze werkzaamheden zijn expeditiewerkzaamheden en derhalve zijn hierop van toepassing de algemene voorwaarden (...) der Federatie van Nederlandse Expeditieorganisaties (...)”. Nadat Frans Maas vervolgens in opdracht van Petermann een aantal expeditiewerkzaamheden had verricht, ontstond er een geschil waarbij de vraag aan de orde was of de algemene voorwaarden van Frans Maas inderdaad toepasselijk waren. Petermann was van mening dat dit niet het geval was, nu op het specifieke verzoek om aan te geven of en zo ja welke algemene voorwaarden Frans Maas wenste te hanteren door laatstgenoemde niet anders was gereageerd dan door een verwijzing in een in het Nederlands voorgedrukte voettekst onderaan het briefpapier. In de visie van Petermann had Frans Maas op veel explicietere wijze en bovendien ook in het Duits, althans in een voor Petermann toegankelijke taal moeten reageren. De Hoge Raad oordeelde anders:

“Naar het kennelijk en niet onbegrijpelijk oordeel van het Hof had de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier, ook al was deze in tegenstelling tot de overige correspondentie niet in het Duits maar in het Nederlands gesteld, Petermann, die als internationaal opererende handelsonderneming ervan op de hoogte is

43 Hof Den Haag 4 september 2001, *Schip en Schade*, 2002, nr. 102.

44 Hof Den Haag 18 december 2001, *Schip en Schade*, 2002, nr. 109.

45 Rechtbank Den Bosch 9 februari 2001, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 2001, p. 112 e.v.

46 Hoge Raad 2 februari 2001, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, nr. 200.

dat dit soort voetteksten verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten, aanleiding moeten geven om, als zij van de betekenis van die tekst niet zeker was, daarover opheldering te vragen aan Frans Maas alvorens deze een opdracht tot het verrichten van expeditiewerkzaamheden te verstrekken. Dit in aanmerking genomen, geeft het oordeel van het Hof dat Petermann, door geen nadere toelichting op de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier van Frans Maas te vragen en haar zonder meer de opdracht tot het verrichten van de expeditiewerkzaamheden te verstrekken, bij Frans Maas het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

De vier zojuist genoemde uitspraken hebben alle betrekking op professioneel handelende partijen. In contrast daarmee staat een arrest van het Hof Amsterdam van 14 december 1995.⁴⁷ In dat arrest gaf een particuliere eigenaar van een woonschip, Peters, opdracht aan Weko Amsterdam B.V. om het schip op de helling te trekken. Bij deze opdracht ontstond echter schade. In hoger beroep stond de vraag centraal of de (exoneratieclausule in de) Cebosine-condities van toepassing waren. De Rechtbank had in eerste aanleg, gelet op de omstandigheid dat op de werf van Weko door middel van een of meer schilden naar deze condities werd verwezen en daarnaast op de overhandiging van een visitekaartje van Weko waarop eveneens naar die condities werd verwezen, beslist dat de Cebosine-condities aan Peters konden worden tegengeworpen. Het Hof kwam echter tot een ander oordeel en overwoog daartoe onder andere:

“Anders dan de Rb. overweegt in punt (4.4) van het vonnis waarvan beroep, mag er niet van worden uitgegaan dat het voor personen, die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van algemene bekendheid is dat bedrijven als Weko zich bedienen van algemene voorwaarden waaronder zulke vergaande exoneraties en vrijwaringsbedingen als die waarop Weko zich thans beroept.”

Een voorbeeld van toepasselijkheid van algemene voorwaarden ingeval verwijzing er naar eerst per factuur geschiedt, biedt het arrest Apparatenfabriek Helpman N.V./Imbema Kunststofchemie B.V.⁴⁸ Eind jaren 80 leverde Imbema naar aanleiding van afzonderlijke bestellingen van Helpman isolatiemateriaal voorzien van dubbelzijdig klevende tape. Naar aanleiding van aansprakelijkheidsstelling wegens wanprestatie (tussen het isolatiemateriaal en de lijmlaag ontstond ont-hechting), beriep Imbema zich op een exoneratieclausule in haar leverings- en betalingsvoorwaarden, waarnaar herhaald op facturen werd verwezen. Het Hof

⁴⁷ Hof Amsterdam 14 december 1995, *Schip en Schade*, 1997, nr. 77.

⁴⁸ Hoge Raad 19 december 1997, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, nr. 271.

Amsterdam achtte de voorwaarden van toepassing. De Hoge Raad concludeerde dat dit oordeel niet blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting:

“Het Hof heeft bij dit oordeel de in zijn rov. 2.7-2.10 vermelde omstandigheden in aanmerking genomen. 's Hofs oordeel komt erop neer dat onder deze omstandigheden (a) Helpman niet erop mocht vertrouwen dat de twee handgeschreven faxbrieven van augustus 1987, waarin Imbema aan Helpman offerte deed, een volledige opgave bevatten van de condities die Imbema aan de overeenkomst wenste te verbinden, (b) Helpman door niet te protesteren tegen de herhaalde verwijzing op de facturen van Imbema naar haar algemene voorwaarden geacht moet worden met de toepasselijkheid daarvan te hebben ingestemd, (c) het onder (b) gestelde in het bijzonder geldt voor de factuur van 19 oktober 1987, die als een orderbevestiging moet worden beschouwd.”

De Hoge Raad oordeelde dus dat onder de door het Hof aangenomen omstandigheden Helpman gebonden was aan de algemene voorwaarden van Imbema, hoewel een verwijzing naar die voorwaarden eerst op de factuur plaatsvond. De omstandigheden bestonden hieruit dat partijen handelden in het kader van hun professionele beroepsuitoefening, waardoor Helpman erop bedacht moest zijn dat Imbema algemene voorwaarden hanteerde; dat Helpman niet erop mocht vertrouwen dat de handgeschreven fax waarin de offerte werd gedaan, de volledige opgave bevatte van de condities van de overeenkomst; dat Helpman door niet te protesteren tegen de herhaalde verwijzing naar de algemene voorwaarden op de facturen geacht moet worden met de toepasselijkheid te hebben ingestemd en; dat dit in het bijzonder geldt voor één bepaalde factuur, die als orderbevestiging moet worden beschouwd. Met name de omstandigheid dat het in casu twee ondernemers (professionele partijen) betrof lijkt hier van doorslaggevend belang.⁴⁹

In een vonnis van de Rechtbank Rotterdam werd daarentegen beslist dat de algemene voorwaarden van Machinefabriek Olthof N.V. door de enkele verwijzing er naar bij factuur niet van toepassing waren ten aanzien van een overeenkomst met Springer, een (professionele) schipper.⁵⁰ De Rechtbank overwoog daartoe als volgt:

“Daarbij slaat de rechtbank acht op het gegeven dat het de eerste keer is dat partijen met elkaar zaken hebben gedaan, zomede dat Springer een schipper is die lading vervoert en geen ondernemer is in dezelfde bedrijfstak waarin Olthof zich beweegt en waarin de betrokken voorwaarden op grote schaal worden gehanteerd

49 Vergelijk ook Hof Amsterdam 30 maart 1995, *Schip en Schade*, 1996, nr. 38; Rechtbank Arnhem 18 juli 1996, *Schip en Schade*, 1997, nr. 32; Hof Arnhem 15 februari 2000, *Schip en Schade*, 2002, nr. 19 en President Rechtbank Zwolle 20 december 1994, *Schip en Schade*, 1996, nr. 39.

50 Rechtbank Rotterdam 12 april 2001, *Schip en Schade*, 2002, nr. 63.

(en Springer die voorwaarden dus zelf ook niet hanteert). Springer is veeleer aan te merken als een “gewone” klant die zich tot Olthof heeft gewend (...). Nu ook niet is gebleken dat Springer eerder dergelijke (onderhouds)werkzaamheden aan zijn schip heeft laten verrichten die bekendheid met in die branche gebruikelijke voorwaarden vermogen te veronderstellen, kan Springer niet geacht worden bekend te zijn met de door Olthof gehanteerde voorwaarden (...).”

Zoals blijkt uit nog een aantal andere uitspraken zijn algemene voorwaarden waarnaar eerst bij factuur wordt verwezen niet per definitie toepasselijk ingeval ondernemers in het geding zijn. Daarbij verdient wel opmerking dat in de hierna te behandelen arresten zich bijzondere omstandigheden voordeden.⁵¹ In een arrest van 25 november 1997 oordeelde het Hof Arnhem dat uit het feit dat in facturen met betrekking tot eerdere transacties tussen Houtplex B.V. en Bouwbedrijf De Vries B.V., namelijk twee facturen van eerstgenoemde aan laatstgenoemde van 28 juni 1991 respectievelijk 16 september 1991, wordt verwezen naar algemene voorwaarden, niet tot het oordeel kan worden gekomen dat De Vries geacht moet worden met betrekking tot de onderhavige overeenkomst tussen partijen, de gelding van die voorwaarden te hebben aanvaard.⁵² Hierbij speelde wel de omstandigheid een rol dat Houtplex zich in die casus beriep op andere algemene voorwaarden dan waarnaar op de eerdere facturen verwezen werd. In het arrest Visser/Avéro Schadeverzekeringen N.V. heeft de Hoge Raad verder beslist dat wanneer door de gebruiker van twee verschillende sets algemene voorwaarden, beide sets in één verwijzing van toepassing worden verklaard op door hem te verrichten leveringen, zonder dat op enigerlei wijze is aangegeven (hoe moet worden bepaald) welke set in het concrete geval van toepassing is, geen van beide sets deel uit maakt van de overeenkomst.⁵³ In Staro Beheer BV/Van Staaveren BV, ten slotte, betoogde Van Staaveren onder meer dat op de koopovereenkomst tussen partijen haar algemene voorwaarden van toepassing waren, omdat partijen voorafgaand aan de totstandkoming van de onderhavige overeenkomst vaker zaken met elkaar hebben gedaan en Van Staaveren in verband met die overeenkomsten telkens facturen aan Staro heeft gezonden waarop vermeld stond dat op alle overeenkomsten met Van Staaveren haar algemene voorwaarden van toepassing waren.⁵⁴ Daarbij komt dat Staro, hoewel bekend met de toepasselijkheid van de

51 Vergelijk eveneens Rechtbank Rotterdam 5 februari 2003, *Schip en Schade*, 2003, nr. 136; Rechtbank Zwolle 21 mei 2003, *Nederlandse Jurisprudentie kort*, 2003, nr. 80; President Rechtbank Zutphen 9 juli 2001, *Schip en Schade*, 2002, nr. 76 en Rechtbank Rotterdam 17 januari 2002, *Schip en Schade*, 2002, nr. 135.

52 Hof Arnhem 25 november 1997, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, nr. 753.

53 Hoge Raad 28 november 1997, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, nr. 705.

54 Hof Amsterdam 21 november 1996, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1999, nr. 212.

algemene voorwaarden, daartegen niet geprotesteerd heeft bij de totstandkoming van de overeenkomst. Het Hof stemde niet in met deze visie:

“Het betoog van Van Staaveren faalt. Uit de door haar (...) overgelegde vijf facturen, waarop een verwijzing naar algemene voorwaarden voorkomt, blijkt het volgende. Vier facturen dateren van 21 februari 1990, waarvan er twee (...) een gratis proefzending betreffen die dan ook niet als normale handelstransacties kunnen worden aangemerkt. Dit laatste geldt ook voor de vijfde faktuur (...), die bovendien van dezelfde datum (4 september 1990) dateert als de faktuur ter zake van de onderhavige overeenkomst en die dus niet vóór de totstandkoming van de onderhavige overeenkomst aan Staro is gezonden. Al met al vormen de overgelegde facturen onvoldoende adstructie om tot de conclusie te kunnen komen dat Staro rekening moest houden met het feit dat Van Staaveren algemene voorwaarden hanteerde. Van Staaveren mocht er redelijkerwijze niet van uitgaan dat Staro, door niet te protesteren, instemde met toepasselijkheid van de algemene voorwaarden op de onderhavige overeenkomst.”

Blijkens een tweetal hier te noemen uitspraken wordt in geval van consumententransacties niet spoedig aangenomen dat een verwijzing naar algemene voorwaarden bij faktuur ertoe leidt dat de voorwaarden toepasselijk zijn. Voor het Hof Arnhem deed zich een zaak voor waarin reeds vier eerdere overeenkomsten tussen partijen waren gesloten, telkens gevolgd door een faktuur met verwijzing naar op achterzijde daarvan afgedrukte algemene voorwaarden.⁵⁵ Vraag was of de wederpartij, Gerritsen, daarmee de voorwaarden had aanvaard. Het Hof beantwoorde die vraag ontkennend:

“Van belang is voorts dat Gerritsen, nu gesteld noch gebleken is dat zij bij het kopen van de litigieuze auto's van [Garage] Musterd [BV] heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf, als consument-wederpartij ten opzichte van Musterd heeft te gelden. (...) De te beantwoorden vraag is of Gerritsen, door niet tegen de verwijzing naar de algemene voorwaarden van Musterd op de – verondersteld door haar ontvangen – facturen te protesteren, bij Musterd het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt de gelding van die algemene voorwaarden te aanvaarden. (...) Het hof beantwoordt die vraag ontkennend. Volgens vaste rechtspraak kan een gerechtvaardigd vertrouwen als vermeld in het algemeen niet zijn gewekt door het niet protesteren tegen een tweede faktuur, houdende een verwijzing naar algemene voorwaarden. Nu tussen de eerste en de tweede faktuur een tijd is gelegen van bijna een jaar, kan het niet protesteren door Gerritsen als consument tegen die verwijzing op de derde faktuur, ook al is

55 Hof Arnhem 5 november 2002, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, nr. 393.

de derde factuur slechts drie maanden na de tweede factuur verzonden, evenmin bij Musterd een gerechtvaardigd vertrouwen van aanvaarding van de gelding van die voorwaarden voor daarop volgende transacties door Gerritsen hebben gewekt. Het hof beantwoordt die vraag ook ontkennend wat betreft de verwijzing naar algemene voorwaarden op de vierde factuur. Die vierde factuur is weliswaar de derde in een tijdsbestek van iets meer dan een half jaar, maar – anders dan in een rechtsverhouding tussen Musterd en een professionele wederpartij – kan Musterd niet jegens Gerritsen als consument, en ten aanzien van wie niet is gebleken dat zij op dit punt over relevante rechtskennis beschikt, de gerechtvaardigde verwachting hebben gekoesterd dat zij oog heeft gehad voor de verwijzing naar de algemene voorwaarden van Musterd op die vierde factuur en om die reden de gelding van die voorwaarden, door niet daartegen te protesteren, zou hebben aanvaard.”

Ook de Rechtbank Utrecht kwam in een vonnis van 21 februari 2001 tot de conclusie dat de algemene voorwaarden van een ondernemer niet van toepassing waren ten aanzien van een overeenkomst met een consument op grond van een eerder door de ondernemer verstuurd factuur met verwijzing naar die algemene voorwaarden.⁵⁶

Tot slot van dit onderdeel verdient een arrest van 28 oktober 1997 hier enige aandacht.⁵⁷ In dat arrest stelde Kusters, verkoper van een partij maïs, voor het Hof Den Bosch dat zijn leveringsvoorwaarden van toepassing waren op de mondelinge gesloten koopovereenkomst met Van de Bijgaart, aangezien daarnaar was verwezen op een vijftal facturen terzake van eerdere transacties en tegen toepassing van die voorwaarden niet werd geprotesteerd. Het Hof oordeelde als volgt:

“Een vijftal facturen welke door Kusters aan Van de Bijgaart terzake van eerdere transacties waren toegezonden, houdende vermelding in ‘Alg. Handelsvoorwaarden geldende bij A.H.V.R.’. Uit deze vermelding kon het Van de Bijgaart duidelijk zijn dat Kusters deze bedoelde voorwaarden op zijn handelsrelatie met Van de Bijgaart van toepassing wilde doen zijn en door vervolgens zonder protest daartegen met Kusters zaken te blijven doen heeft Van de Bijgaart dat stilzwijgend aanvaard.”

Interessant is verder dat het Hof overwoog dat de omstandigheid dat Van de Bijgaart niet van de inhoud van die voorwaarden op de hoogte werd gesteld en zelfs niet van de plaats waar hij daarvan zou kunnen kennisnemen, evenwel van betekenis is bij het bepalen van de gevolgen van die aanvaarding. Bij transacties als de onderhavige, die telefonisch worden gesloten met mondelinge vastlegging slechts van de bestelde hoeveelheid, de prijs en de plaats van aflevering kunnen, aldus het

---

⁵⁶ Rechtbank Utrecht 21 februari 2001, *Schip en Schade*, 2002, nr. 108.

⁵⁷ Hof Den Bosch 28 oktober 1997, *De Praktijkids*, 1998, nr. 4888.

Hof, na de eerste afspraak diverse onderwerpen nog een nadere regeling behoeven ten dienste van een goede afwikkeling. Voorzover de toepasselijk verklaarde voorwaarden dergelijke regelingen bevatten kon Van de Bijgaart daarop bedacht zijn en heeft hij zich daaraan gebonden, ook al was hij ten tijde van de afspraak niet met de inhoud ervan bekend. Dit kan echter niet zonder meer worden gezegd van bepalingen die in de algemene voorwaarden welke de strekking hebben om de contractuele positie van partijen ingrijpend te regelen in afwijking van het gewone recht, zo vervolgde het Hof Den Bosch. De omstandigheden kunnen meebrengen dat toepassing van zodanige voorwaarden, nu Van de Bijgaart niet van de inhoud ervan op de hoogte was gesteld, in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht. Daarmee lijkt het Hof met andere woorden aan te geven dat het niet uitgesloten is dat er bedingen (kunnen) zijn met een zodanig uitzonderlijke inhoud dat de gebruiker dient te begrijpen dat de wederpartij met de toepasselijkheid daarvan niet heeft ingestemd. Hieruit zou (voorzichtig) de conclusie kunnen worden getrokken dat de onder het oude recht gewezen arresten Hoge Raad 20 november 1981 en 1 juli 1993 ook voor het huidige recht van belang zijn.⁵⁸ In zijn noot bij eerstgenoemd arrest merkt Brunner overigens op dat niet mag worden uitgesloten dat de Hoge Raad aanvaardbaar zou achten dat de rechter minder gemakkelijk zou oordelen dat algemene voorwaarden met de consument zijn overeengekomen.

3. Vernietigingsgronden: inhoudscontrole, informatieplicht en uitleg

Het complement van de in beginsel snelle toepasselijkheid van de algemene voorwaarden in het Nederlandse recht, is de bescherming die langs de weg van artikel 6:233 BW wordt geboden. Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar, indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn totstandgekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (artikel 6:233 onder a BW) of indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (artikel 6:233 onder b BW).

De open norm van artikel 6:233 onder a BW regelt in algemene termen een inhoudscontrole van algemene voorwaarden die in overeenkomsten zijn opgenomen. In beginsel is niet van belang door wie de voorwaarden worden gebruikt, noch jegens wie zij worden gebruikt.⁵⁹ In artikel 6:235 lid 1 BW wordt hierop echter een belangrijke uitzondering gemaakt in geval van bepaalde (grote) onder-

⁵⁸ Hoge Raad 20 november 1981, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1982, nr. 517 en Hoge Raad 1 juli 1993, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1993, nr. 688. Zie ook Hartlief, T., o.c., p. 270 met verwijzing en vergelijking eveneens Hof Den Haag 4 september 2001, *Schip en Schade*, 2002, nr. 102.

⁵⁹ Asser-Hartkamp, o.c., nr. 357.

nemers. Het betreft hier kort gezegd ondernemers die een jaarrekening hebben gepubliceerd (dus niet kunnen volstaan met een beperkte balans als bedoeld in artikel 2:396 BW), of die dit niet behoeven te doen op grond van de regeling voor groepsmaatschappijen van artikel 2:403 BW en om wederpartijen die vijftig of meer werknemers hebben. Op grote ondernemers is de open norm van artikel 6:233 onder a BW met andere woorden niet van toepassing. De reden voor de niet-toepasselijkheid is volgens de parlementaire geschiedenis dat grote wederpartijen de beschikking hebben over voldoende deskundigheid en dat zij een marktpositie innemen die het mogelijk maakt dat zij zich tegen door hen niet gewenste bedingen kunnen verzetten.⁶⁰ De bepaling van artikel 6:235 lid 1 BW sluit evenwel niet uit dat een dergelijke wederpartij zich op artikel 6:248 lid 2 BW kan beroepen.

Volgens lid 2 van artikel 6:235 BW kan op de vernietigingsgrond van artikel 6:233 onder a BW mede een beroep worden gedaan door een partij voor wie de algemene voorwaarden door een gevolmachtigde zijn gebruikt, mits de wederpartij meermalen overeenkomsten sluit waarop dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn.⁶¹ Volgens de parlementaire geschiedenis is hierbij in het bijzonder gedacht aan particulieren die een overeenkomst sluiten door middel van een gevolmachtigde die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en daarbij algemene voorwaarden gebruikt.⁶²

Lid 3 van artikel 6:235, ten slotte, beoogt te voorkomen dat een partij die zelf meermalen een bepaalde clause gebruikt, wanneer zij de wederpartij is, een beroep zou kunnen doen op het onredelijk bezwarend karakter van deze clause. Hier moet worden gedacht aan het geval dat de partijen bij een overeenkomst dezelfde sterk verwante bedrijfsactiviteiten verrichten en daarbij van (praktisch) dezelfde voorwaarden gebruik plegen te maken.⁶³

Een beding in algemene voorwaarden kan dus worden vernietigd indien het voor de wederpartij onredelijk bezwarend is. Daarbij speelt de waardering van tal van omstandigheden een belangrijke rol.⁶⁴ Artikel 6:233 onder a BW noemt als relevante omstandigheden de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Onder de overige omstandigheden van het geval kan voor wat betreft het Nederlandse recht eveneens de hoedanigheid en onderlinge verhouding van partijen worden

60 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1631. Zie ook Tjittes, R., *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 199 e.v. met verwijzingen; Asser-Hartkamp, o.c., nr. 359 met verwijzingen p. 373-374 en Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij artikel 6:236, aantekening 4 met verwijzingen.

61 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 359.

62 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1624 en 1627.

63 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 360. Vergelijk eveneens Hoge Raad 6 april 2001, *Rechtspraak van de Week*, 2001, nr. 74.

64 Vergelijk Hoge Raad 15 december 1995, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1996, nr. 319.

genoemd.⁶⁵ Meewegen van deze omstandigheid betekent dat een clause de redelijkheidstoets eerder doorstaat naarmate de onderlinge verhouding van partijen evenwichtiger is.⁶⁶

Als uitwerking van de open norm van artikel 6:233 onder a BW sommen de artikelen 6:236 en 6:237 BW voor consumentenovereenkomsten een aantal bedingen in algemene voorwaarden op die respectievelijk als onredelijk bezwarend worden aangemerkt of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. De lijsten van de artikelen 6:236 en 6:237 BW zijn volgens hetzelfde principe opgebouwd.⁶⁷ Zij beginnen met een aantal bedingen waarin de rechten van de wederpartij c.q. de verplichtingen van de gebruiker worden beperkt ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit. Daarna volgen bedingen waarin de verplichtingen van de wederpartij c.q. de rechter van de gebruiker worden uitgebreid. Ten slotte, volgen bedingen van andere aard.

Hoewel een rechtstreeks beroep op de artikelen 6:236 en 6:237 BW voorbehouden is aan consumenten, kunnen kleine rechtspersonen en kleine ondernemers meer in het algemeen, soms krachtens reflexwerking beschermd worden als ware zij consument. Ondernemers kunnen zodoende hun situatie aan de rechter voorleggen ter toetsing aan het criterium van artikel 6:233 onder a BW of de redelijkheid en billijkheid, waarbij de rechter zich zal laten inspireren door hetgeen in de artikelen 6:236 en 6:237 BW staat vermeld en daaromtrent is overwogen.

Bij de beoordeling van de vraag of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) een beroep op algemene voorwaarden toekomt, moeten eveneens alle omstandigheden worden meegewogen.⁶⁸ Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is bijvoorbeeld de aangewezen inhoudscontrole ingeval grote ondernemers wederpartij zijn of indien sprake is van individuele bedingen.⁶⁹ Evenals bij artikel 6:233 onder a speelt bij artikel 6:248 lid 2 BW de hoedanigheid, deskundigheid en rechtskennis van contractspartijen een belangrijke rol.⁷⁰ Hoewel de omstandigheid dat sprake is van

65 Vergelijk Hoge Raad 19 mei 1967, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1967, nr. 261. In dat opzicht spelen de deskundigheid en rechtskennis van partijen mede een rol (vergelijk Rijken, G., "De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1998, p. 367 en 369).

66 Duyvensz, J., *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 20.

67 Asser-Hartkamp, o.c., nr. 362.

68 Vergelijk bijvoorbeeld Hoge Raad 11 februari 2000, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2000, nr. 294.

69 Zie verder Tjittes, R., o.c., p. 203 en 204. De Hoge Raad heeft overigens in een arrest van 14 juni 2002 beslist dat een kleine ondernemer of consument de keuze heeft tussen een vordering gebaseerd op afdeling 6:5.3 of op artikel 6:248 BW (Hoge Raad 14 juni 2002, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, nr. 112).

70 Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij artikel 6:233, aantekening 19 e.v. Vergelijk eveneens Hoge Raad 19 mei 1967, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1967, nr. 261; Hoge Raad 20 februari 1976, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1976, nr. 486 en Hoge Raad 16 januari 1987, *Nederlandse Juris-*

een consumenten- of handelstransactie dus belangrijk is bij de beoordeling in het kader van artikel 6:248 BW, is het niet zo dat deze omstandigheid van doorslaggevende betekenis is. Het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is met andere woorden in het handelsverkeer niet per definitie van geringe praktische betekenis.⁷¹ Een tweetal arresten ter illustratie. In een arrest van de Hoge Raad van 8 maart 1991 ging het om de vraag of een beroep op een exonerationclausule in strijd was met de redelijkheid en billijkheid, nu de professionele wederpartij buiten het terrein van zijn bedrijfsuitoefening handelde.⁷² Staalgrit De Kleijn B.V. leverde grit aan de Handelonderneming Staalstraal- en Schilderwerken Van der Ende en Zoon. Laatstgenoemde betaalde een deel van de leveranties niet, waarop eerstgenoemde een vordering tot betaling instelde. Op zijn beurt vorderde Van den Ende vervolgens schadevergoeding wegens wanprestatie (er zaten okerkleurige deeltjes in het grit als gevolg waarvan na het stralen van twee tankdaken roestvorming was opgetreden). De Kleijn verweerde zich met een beroep op een exonerationclausule in haar leveringsvoorwaarden. De vraag was of De Kleijn zich jegens Van den Ende naar redelijkheid en billijkheid op de exonerationclausule kon beroepen. Het Hof Den Haag oordeelde dat dit niet geval was. Een relevante omstandigheid daarbij was de speciale deskundigheid van de leverancier (De Kleijn) die de afnemer (Van den Ende) niet bezat. De Hoge Raad kon zich in deze lezing van het Gerechtshof vinden. De Hoge Raad overwoog daarbij nog dat de omstandigheid dat de afnemer een professionele gebruiker van staalgrit is, niet afdoet aan het oordeel dat de afnemer niet de deskundigheid bezit die vergelijkbaar is met de leverancier. In een arrest van 25 juli 2000 oordeelde het Hof Arnhem dat een beroep van een ondernemer jegens een andere ondernemer op zijn algemene voorwaarden, inhoudende dat deze aan een beroep op verrekening en opschorting in de weg staan, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Daarbij overwoog het Hof dat:

“Aan het zojuist gegeven oordeel kan niet afdoen dat partijen beide ondernemer zijn en de onderhavige overeenkomst in het kader van het zakelijk verkeer tussen hun ondernemingen is gesloten.”⁷³

In bepaalde gevallen stelt de Hoge Raad overigens de contractsvrijheid tussen ondernemers wel duidelijk voorop. Dit blijkt onder meer uit het arrest Matatag

---

prudentie, 1987, nr. 553.

71 Anders Brunner, C., “De billijkheid in het Nieuwe BW”, in Brunner, C. (red.), *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 99. Vergelijk ook Mendel, M., “Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid”, in Klomp, R., e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (preadvis van de Vereeniging Handelsrecht), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, p. 131 e.v.

72 Hoge Raad 8 maart 1991, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1991, nr. 396.

73 Hof Arnhem 25 juli 2000, geciteerd in Hoge Raad 14 juni 2002, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, nr. 112.

c.s./De Schelde (ook wel Cebosine-arrest genoemd).⁷⁴ Daarin overwoog de Hoge Raad dat bij een overeenkomst van de onderhavige aard (reparatie- en onderhoudswerkzaamheden aan een schip), gesloten tussen partijen die behoren tot bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben en waarin standaardisering van overeenkomsten door algemene voorwaarden met exonaties een alledaags verschijnsel is, niet gezegd kan worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijkheid ook voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren, geheel of gedeeltelijk uit te sluiten en op deze uitsluiting een beroep te doen.

De gebruiker van algemene voorwaarden heeft op grond van artikel 6:233 onder b BW juncto 6:234 BW een informatieplicht jegens de wederpartij. Verzaakt de gebruiker deze informatieplicht, dan kan de wederpartij een beding in algemene voorwaarden vernietigen. Hoofregel is dat de gebruiker de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand moet stellen (artikel 6:234 lid 1 onder a BW). Aan deze informatieverplichting kan (en moet) de gebruiker voldoen in al die gevallen waarin persoonlijk contact bestaat tussen partijen ten tijde van het sluiten van een overeenkomst. Bij consumententransacties zal zich deze situatie veelvuldig voordoen. Wanneer terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, zoals bij telefonisch afgesloten contracten en massacontracten in het openbaar vervoer,⁷⁵ kan worden volstaan met mededeling van ter inzage legging of depot en toezending op verzoek (artikel 6:234 lid 1 onder b BW). Kan toezending redelijkerwijs niet worden geleverd, denk aan algemene voorwaarden die hele boekwerken beslaan,⁷⁶ dan kan met mededeling van ter inzage legging of depot worden volstaan (artikel 6:234 lid 3 BW).

Lange tijd was er onduidelijkheid over de vraag of in artikel 6:234 lid 1 BW al dan niet op limitatieve wijze is aangegeven hoe de gebruiker invulling dient te geven aan zijn informatieplicht; de wetstekst lijkt in artikel 6:234 BW uit te gaan van een limitatief systeem, maar in de literatuur en de jurisprudentie werd dit wel bestreden.⁷⁷ In het arrest inzake Geurtzen/Kampstaal is de vraag naar het gesloten karakter van 6:234 BW aan de orde geweest.⁷⁸ In dat arrest overwoog de Hoge Raad, dat het met de tekst van artikel 6:234 lid 1 BW en de parlementaire geschiedenis van dat artikel strookt om aan te nemen dat de in dat artikel genoemde mogelijkheden limitatief zijn bedoeld. De Hoge Raad liet hier echter op volgen

74 Hoge Raad 31 december 1993, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1995, nr. 389.

75 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1581 en 1585.

76 Reehuis, W. en Slob, E., o.c., p. 1581.

77 Jongeneel, R., *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991, nr. 160; Hijma, J., *Algemene voorwaarden*, Mon. Nieuw BW B-55, Deventer, Kluwer, 1997, nr. 36; Loos, M., o.c., nr. 62; Asser-Hartkamp, o.c., nr. 353 en Hoge Raad 19 september 1997, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, nr. 6.

78 Hoge Raad 1 oktober 1999, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2000, nr. 207.

dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW meebrengt dat de wederpartij de algemene voorwaarden niet kan vernietigen wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Volgens de Hoge Raad valt daarbij bijvoorbeeld te denken aan partijen die regelmatig soortgelijke overeenkomsten met elkaar aangaan en waarbij de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exonerationclausule, die in de winkelruimte op duidelijke wijze aan de klanten wordt gepresenteerd. Advocaat-generaal Hartkamp sprak in zijn conclusie bij genoemd arrest met betrekking tot het eerste geval over:

“(…) het in de praktijk belangrijke geval van een zakelijke relatie tussen twee contractanten, waarin regelmatig gelijksoortige overeenkomsten worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij de eerste transactie aan de wederpartij zijn ter hand gesteld.”

De Hoge Raad overwoog vervolgens nog dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op de artikelen 6:233 onder b en 6:234 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁷⁹

Voor de uitleg van algemene voorwaarden en van overeenkomsten die op basis hiervan zijn gesloten, gelden naast de algemene uitlegeregels ook enige bijzondere regels.⁸⁰ Dit is onder andere de regel dat algemene voorwaarden bij onduidelijkheid ten gunste van de wederpartij moeten worden uitgelegd. Deze regel staat bekend als de contra proferentem-regel en is wat betreft consumentovereenkomsten in het Nederlandse recht vervat in artikel 6:238 lid 2 BW. In handelstransacties is echter niet sprake van een rechtsregel als zodanig, maar geldt als algemeen gezichtspunt dat naar gelang van de omstandigheden mag meewegen dat een eenzijdig opgesteld beding in geval van twijfel ten gunste van de wederpartij moet worden uitgelegd.⁸¹ Sommige auteurs menen overigens dat de reikwijdte van de contra proferentem-regel als zodanig in de Nederlandse wet niet beperkt zou moeten zijn tot consumenten, maar voor alle wederpartijen zou moeten gelden.⁸²

79 In het arrest VNP/Havrij gaf de Hoge Raad overigens aan dat van de uitzonderingen niet te snel gebruik mag worden gemaakt (Hoge Raad 6 april 2001, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2002, nr. 384).

80 Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij artikel 6:238, aantekening 12.

81 Zie bijvoorbeeld Van Schaick, A., “Uitlegeregels”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1998, p. 275 en Brunner, C. en Hondius, E. (red.), o.c., commentaar bij artikel 6:238, aantekening 12. Vergelijk eveneens Hoge Raad 21 maart 1997, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, nr. 219 en Hoge Raad 18 oktober 2002, *Rechtspraak van de Week*, 2002, nr. 164.

82 Jongeneel, R., “Een richtlijn die weinig schade aanricht”, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1993, p. 130 en Sandee, F., *Algemene voorwaarden en fabriekenkoop*, diss. Rotterdam, 1995, p. 43.

E. Algemene voorwaarden in het Duitse recht

1. Definitie van algemene voorwaarden

Van algemene voorwaarden (“Allgemeine Geschäftsbedingungen”) kan ingevolge § 305 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) gesproken worden indien bedingen “vorformuliert” zijn teneinde voor een “Vielzahl von Verträgen” te worden gebruikt. De heersende opvatting in het Duitse recht is dat het minimum aantal overeenkomsten waarvoor de bedingen dienen te worden opgesteld, wil van algemene voorwaarden sprake zijn, bij drie ligt.⁸³ Voor consumentenovereenkomsten bepaalt § 310 III onder 2 BGB dat bedingen die kenbaar voor eenmalig gebruik zijn opgesteld ook onder het toepassingsbereik van de algemene voorwaarden-regeling vallen en dus eigenlijk aan te merken zijn als algemene voorwaarden. § 305 BGB bepaalt verder dat, ook al is aan de twee hiervoor genoemde vereisten voldaan, voor toepassing van de in de § 305-310 BGB neergelegde inhoudscontrole geen plaats is indien de betreffende bedingen “zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt” zijn en een “Individualabrede” dus kan worden aangenomen. Bedingen waarover voldoende is onderhandeld, worden dus niet als algemene voorwaarden aangemerkt.

§ 305 BGB geeft verder aan dat vormkenmerken niet doorslaggevend zijn bij de beoordeling of al dan niet sprake is van algemene voorwaarden. Onbelangrijk is bijvoorbeeld of bedingen in een contractsformulier zijn opgenomen of in een afzonderlijk geschrift, hoe ze vermenigvuldigd zijn, welke omvang ze hebben en wat de vorm van de overeenkomst is.⁸⁴

Onder het Duitse recht mogen kernbedingen in algemene voorwaarden zijn opgenomen (voor de vraag naar de gebondenheid eraan is dan de algemene voorwaardenregeling van belang), maar op grond van § 307 III BGB zijn kernbedingen wel aan de inhoudelijke toetsing van het BGB onttrokken. De toetsing van de § 307 t/m 309 wordt in genoemd lid namelijk beperkt tot bedingen die van “Rechtsvorschriften” afwijken of deze aanvullen.⁸⁵ Met betrekking tot kernbedingen in het Duitse recht wijst Basedow op een mogelijke differentiatie, die door de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten zou kunnen ontstaan, tussen consumentenovereenkomsten enerzijds en overige

83 Basedow, J., in Krüger, W. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2003, commentaar bij § 305 BGB, randnr. 18.

84 Jongeneel, R., o.c., 1991, p. 63.

85 Volgens Duitse juridische literatuur dient § 307 III BGB een dubbel doel. In de eerste plaats beoogt het lid bedingen die met de wet overeenstemmen van de inhoudelijke toetsing uit te zonderen, aangezien het niet in de bedoeling van de wetgever lag om andere wetten aan het BGB te toetsen. Daarnaast is het doel om “Leistungsbeschreibungen und Preisregelungen” buiten het bereik van de inhoudelijke toetsing van de algemene voorwaardenregeling te brengen, omdat de rechter geen prijsstoetsing kan en mag uitvoeren.

overeenkomsten anderzijds. De auteur doelt meer bepaald op een mogelijk interpretatieverschil:

“Trotz der erheblichen Abweichungen in der Formulierung wurde § 307 Abs. 3 (§ 8 AGBG aF) bei der Umsetzung der Richtlinie 1996 nicht geändert. Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 RL zusammengenommen inhaltlich mit den zu § 307 Abs. 3 entwickelten Grundsätzen übereinstimmen und dass sich künftig Diskrepanzen vermeiden lassen, indem man den ohnehin stark interpretationsbedürftigen § 307 Abs. 3 richtlinienkonform auslegt. Auch im Schrifttum wird der Wortlaut des § 307 Abs. 3 zwar häufig als wenig geglückt empfunden, eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, die AGB-Vorschriften insoweit zu ändern, aber ganz überwiegend verneint. Jedenfalls für der Richtlinie unterfallende Verbrauchervertragsklauseln darf § 307 Abs. 3 den kontrollfreien Raum nicht weiter ziehen als diese. Aus Gründen der Konsistenz des nationalen Rechts sollte § 307 Abs. 3 freilich auch für sonstige AGB in gleicher Weise ausgelegt werden.”⁸⁶

Ook andere rechtsgeleerden hebben zich in dit verband tegen een “gespaltene Bedeutung” uitgesproken.⁸⁷

Met het aannemen van de Richtlijn is in ieder geval nu reeds op nog een andere plaats differentiatie ontstaan met betrekking tot de definitie van algemene voorwaarden. De in § 305 BGB geformuleerde voorwaarde dat de gebruiker van de bedingen de wederpartij de voorwaarden “stellt” (dat wil zeggen: eenzijdig oplegt), wil van algemene voorwaarden sprake zijn, wordt wat betreft consumententransacties namelijk in § 310 III onder 1 BGB gekwalificeerd:

“Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, das sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden.”

Door een derde van te voren geformuleerde bepalingen, waarop een wederpartij geen invloed heeft kunnen uitoefenen (denk bijvoorbeeld aan bedingen die door een notaris zijn opgesteld) vallen daarmee, voor wat betreft consumenten-transacties, onder de werkingssfeer van de algemene voorwaardenregeling.⁸⁸ Als ondernemers daarentegen besluiten een contractsmodel te gebruiken dat door een derde is opgesteld, is in beginsel van “eenzijdig opleggen” geen sprake en geldt de Duitse algemene voorwaardenregeling niet.⁸⁹

---

⁸⁶ Basedow, J., o.c., commentaar bij § 307, randnr. 4.

⁸⁷ Ulmer, P. e.a., *AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Köln, Schmidt, 1997, commentaar bij § 8 AGBG, randnr. 4b.

⁸⁸ Vergelijk Basedow, J., o.c., § 310 randnr. 56 e.v.

⁸⁹ In de praktijk wordt dit “gebrek” ondervangen door middel van het (eventueel) toestaan van een beroep op de inhoudelijke toetsing aan § 242 BGB.

2. Gebondenheid aan algemene voorwaarden

Gebondenheid aan algemene voorwaarden treedt in indien voldaan wordt aan de drie in § 305 II BGB genoemde cumulatieve vereisten. In de eerste plaats moet de gebruiker uitdrukkelijk verwijzen naar de algemene voorwaarden. Indien dit wegens de aard van de overeenkomst op relatief grote moeilijkheden stuit, moet de verwijzing verricht worden door middel van een duidelijk zichtbaar bord op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten.⁹⁰ In de tweede plaats moet de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid bieden om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen, waarbij eerstgenoemde onder andere rekening moet houden met kenbare lichamelijke tekortkomingen aan de zijde van de wederpartij. In de derde plaats, moet de wederpartij met de gelding van de algemene voorwaarden instemmen.

Centraal in de regeling van § 305 II BGB staat het zojuist als eerste genoemde vereiste. Daarbij zij opgemerkt dat de verwijzing niet enkel uitdrukkelijk dient te geschieden, maar ook duidelijk en plaats heeft te vinden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁹¹ Er moet ook verwezen worden naar bepaalde algemene voorwaarden.⁹² Als de gebruiker met verschillende sets algemene voorwaarden werkt, moet uit de verwijzingen duidelijk blijken welke set bedoeld wordt. Zo niet, dan is de verwijzing onvoldoende bepaald en treedt er geen gebondenheid in. Toelaatbaar wordt verder geacht dat verwezen wordt naar twee of meer verschillende sets algemene voorwaarden.⁹³ Een doorverwijzing in algemene voorwaarden naar weer andere algemene voorwaarden is in beginsel eveneens mogelijk, zolang het geheel van regels maar niet zo complex wordt dat het voor de wederpartij als onbegrijpelijk heeft te gelden.⁹⁴ Het enkel afdrukken van de algemene voorwaarden op bijvoorbeeld de achterzijde van de overeenkomst zonder verdere verwijzing ernaar op de voorzijde, is niet voldoende.⁹⁵ Een uitdrukkelijke verwijzing is onontbeerlijk zelfs indien het gebruik van de algemene voorwaarden in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijk of gewoon is.⁹⁶

Een verwijzing naar algemene voorwaarden kan zowel schriftelijk als mondeling geschieden.⁹⁷ Als een gebruiker een schriftelijk aanbod doet, wordt in begin-

90 De Duitse literatuur onderscheidt in dit verband twee categorieën van gevallen: gevallen waarin verwijzing niet mogelijk is door het ontbreken van persoonlijk contact met de wederpartij en gevallen waarin overeenkomsten massaal worden gesloten en uitdrukkelijke verwijzing wel mogelijk zou zijn, maar op relatief grote moeilijkheden zou stuiten (Heinrichs, H., in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2003, commentaar bij § 305 BGB, randnr. 31).

91 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 54 en 72.

92 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 29.

93 Vergelijk Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 36.

94 Jongeneel, R., o.c., p. 99 met verwijzing.

95 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 29.

96 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 29.

97 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 29.

sel ook een schriftelijke verwijzing naar de algemene voorwaarden verwacht. Als de wederpartij een schriftelijk aanbod doet, zal dat in de regel een aanbod zijn zonder toepasselijkverklaring van de algemene voorwaarden van de gebruiker. Wil de gebruiker dat de algemene voorwaarden in dat geval deel uit gaan maken van de overeenkomst, dan moet hij een nieuw aanbod doen (dat kan bijvoorbeeld in de vorm van een opdrachtbevestiging geschieden, maar het niet reageren is onvoldoende voor toepasselijkheid).⁹⁸ In een enkel geval bevat het aanbod van de wederpartij een verwijzing naar de algemene voorwaarden van de gebruiker (bijvoorbeeld in geval van een voorgedrukt bestel- of opdrachtformulier). Dat is in beginsel voldoende om de gebondenheid aan de algemene voorwaarden in te laten treden, indien een doorsnee klant bij vluchtige lezing de verwijzing niet over het hoofd zien kan.⁹⁹ Wordt de overeenkomst mondeling gesloten, dan dient de verwijzing in beginsel uitdrukkelijk mondeling te geschieden.

Zoals gezegd moet de verwijzing hebben plaatsgevonden bij het sluiten van de overeenkomst. Dit wil zeggen in samenhang met de verklaringen die tot het totstandkomen van een bepaalde overeenkomst hebben geleid.¹⁰⁰ De verwijzing moet dus eigenlijk worden gedaan tijdens de onderhandelingen over de overeenkomst. Hieruit wordt afgeleid dat, ook indien er een lopende handelsrelatie is tussen gebruiker en wederpartij, een verwijzing bij elke overeenkomst opnieuw noodzakelijk is.¹⁰¹ Een verwijzing op een toegangsticket, vliegticket, parkeerkaart en dergelijke geldt niet als een verwijzing die heeft plaatsgevonden bij het sluiten van de overeenkomst.¹⁰² In gelijke mate is ook een verwijzing naar de bedingen op een opdrachtbevestiging, afleveringsbon of factuur onvoldoende.¹⁰³

Naast de verplichting om naar de algemene voorwaarden te verwijzen dient voldaan te zijn aan het hiervoor als tweede genoemde vereiste wil van gebondenheid sprake zijn: de wederpartij moet een redelijke mogelijkheid geboden worden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Dit vereiste is te vergelijken met de zogenaamde informatieplicht in het Nederlandse recht (zie hiervoor); zij het dat de Nederlandse variant strengere eisen lijkt te stellen.¹⁰⁴ De “informatieplicht” heeft een sterk casuïstisch karakter in het Duitse recht. In de rechtspraak werd onder andere geoordeeld dat bij het overhandigen van een exemplaar van de algemene voorwaarden voldaan was aan de verplichting om de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden om van de algemene voorwaarden kennis te laten nemen.¹⁰⁵ Ook werd voldoende geacht: het ter inzage neerleggen of ophangen van

98 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 29.

99 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 29.

100 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 30.

101 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 30.

102 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 30.

103 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 30.

104 Jongeneel, R., o.c., p. 117.

105 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 62.

een exemplaar; het afdrukken van de algemene voorwaarden op het aanbod of het op een andere wijze voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst toezenden van de algemene voorwaarden; of het publiceren van de voorwaarden in catalogi, prijslijsten of prospectussen, indien de wederpartij deze voor het sluiten van de overeenkomst ontvangen heeft.¹⁰⁶ Indien verwijzing door een bord mag plaatsvinden, is het op een bord opnemen van de tekst van de algemene voorwaarden ook voldoende.¹⁰⁷ Als de wederpartij verder beroepshalve zo vaak met de gebruikte voorwaarden te maken heeft, dat mag worden aangenomen dat hij ze al kent, moet wel naar de voorwaarden worden verwezen, maar behoeven deze niet te worden afgedrukt.¹⁰⁸ Bij contractsformulieren, ten slotte, werd geoordeeld dat automatisch voldaan was aan de informatieplicht.¹⁰⁹

Onleesbare of onbegrijpelijke voorwaarden worden op een lijn gesteld met het schenden van de informatieplicht. In het Duitse recht wordt de informatieplicht namelijk uitgelegd als een “Tranzparenzgebot” (begrijpelijkheidsgebod).¹¹⁰ Het gebod komt overigens zo dadelijk bij de bespreking van de vernietigingsgronden nogmaals aan bod. De gedachte is dat indien de gebruiker van algemene voorwaarden onleesbare of onbegrijpelijke bedingen hanteert, hij de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van die voorwaarden kennis te nemen, waardoor zij geen onderdeel worden van de overeenkomst. Schending van het begrijpelijkheidsgebod leidt er dus toe dat de algemene voorwaarden geen onderdeel worden van de overeenkomst.¹¹¹ Zowel bij onleesbaarheid als onbegrijpelijkheid gaat het overigens om een geobjectiveerd begrip; bepalend is dus het intellect van een niet juridisch geschoolde doorsnee wederpartij, waarbij rekening zal worden gehouden met de in het geding zijnde bedrijfstak en klantenkring.¹¹²

Wat het derde vereiste betreft, de instemming, geldt dat deze niet schriftelijk en zelfs niet uitdrukkelijk hoeft te worden gegeven, maar dat deze ook in een gedraging besloten kan liggen.¹¹³ Wanneer de eerste twee vereisten vervuld zijn en een overeenkomst tot stand komt, dan mag in de regel worden aangenomen dat de algemene voorwaarden van die overeenkomst deel uitmaken en dus dat aan het derde vereiste voldaan is.¹¹⁴ Als echter pas in een orderbevestiging of op een factuur naar bijgevoegde algemene voorwaarden wordt verwezen, mag uit het zwijgen van de wederpartij geen instemming worden afgeleid.¹¹⁵ Ook bij borden

106 Basedow, J., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 62.

107 Basedow, J., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 62.

108 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 34.

109 Basedow, J., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 62.

110 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 39.

111 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 41.

112 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 39.

113 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 43.

114 Jongeneel, R., *o.c.*, p. 102.

115 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 43.

met exoneratieclausules wordt uit zwijgen geen instemming afgeleid. Het aanvaarden van de prestatie is in dit kader evenmin instemming.¹¹⁶

Opmerking verdient dat de zojuist geschetste regeling van § 305 II BGB ingevolge § 310 I BGB geen toepassing vindt bij “[a]llgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden”. De regeling betreffende de gebondenheid aan algemene voorwaarden en de informatieplicht is dus onder andere niet van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemers onderling. Voor de gebondenheid van ondernemers aan algemene voorwaarden gelden in beginsel de gewone regels van totstandkoming van overeenkomsten en meer specifiek regels zoals door de rechtspraak ontwikkeld.¹¹⁷ Deze kunnen als volgt worden samengevat.

Indien de voorwaarden conform § 305 BGB in acht zijn genomen worden de algemene voorwaarden zonder meer onderdeel van de overeenkomst.¹¹⁸ Algemene voorwaarden zijn in het handelsverkeer in beginsel echter ook zonder verwijzing toepasselijk als ze in een bepaalde branche gebruikelijk zijn.¹¹⁹ Het aanbod wordt dan geacht ook de toepasselijkheid van de gebruikelijke algemene voorwaarden te omvatten, ook zonder dat daarnaar verwezen wordt (gewoonte). Gebondenheid treedt verder ook in ingeval verwijzing eerst plaatsvindt na het sluiten van het contract, indien de wederpartij weet of moet weten dat de gebruiker algemene voorwaarden hanteert, het voor eerstgenoemde duidelijk is dat de gebruiker alleen bereid is onder toepasselijkheid van zijn algemene voorwaarden een overeenkomst te sluiten en de wederpartij de voorwaarden niet uitdrukkelijk heeft verworpen.¹²⁰ Indien partijen met een zekere regelmaat overeenkomsten sluiten, kunnen algemene voorwaarden toepasselijk worden door herhaalde, ook voor de vluchtige lezer zonder meer kenbare verwijzingen.¹²¹ Een verwijzing mag in dat geval echter niet op de achterzijde van een factuur staan. Ook een verwijzing bij een vroegere overeenkomst geldt in dat geval niet; evenmin als een verwijzing in vroegere correspondentie. Als de voorwaarden niet uitdrukkelijk van toepassing zijn verklaard, kan toepassing niettemin worden aangenomen als de gebruiker kenbaar naar zijn algemene voorwaarden verwijst en de gedragingen van de wederpartij als een instemming kunnen worden gekwalificeerd.¹²² Het afdrucken van de algemene voorwaarden op de achterzijde of het enkele bijvoegen van voorwaarden is echter niet voldoende.¹²³

116 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 43.

117 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 89. Vergelijk eveneens Tjittes, R., o.c., p. 231.

118 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 91.

119 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 89.

120 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 91.

121 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 89.

122 Basedow, J., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 91.

123 Heinrichs, H., o.c., commentaar bij § 305, randnr. 52.

Gebondenheid aan het standaardcontract wordt verder aangenomen ook indien de voorwaarden niet bij het voor de overeenkomst beslissende schriftelijke stuk waren gevoegd en eveneens indien de wederpartij de voorwaarden niet kent.¹²⁴ Wel moet een mogelijkheid worden geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. De commerciële wederpartij heeft dus – met name als het gaat om niet gebruikelijke, niet gemakkelijk toegankelijke voorwaarden – recht op verstrekking van of inzage in de algemene voorwaarden.¹²⁵ Biedt de gebruiker desgevraagd deze mogelijkheden niet, dan handelt hij (mogelijkerwijs) in strijd met § 242 BGB en kan hij zich (eventueel) niet op zijn algemene voorwaarden beroepen.

Daar de leesbaarheids- en begrijpelijkheidseisen worden gekoppeld aan § 305 II BGB, geldt dat deze eisen niet van toepassing zijn voor het handelsverkeer. In de literatuur wordt verder verdedigd dat aan de leesbaarheid in het handelsverkeer geen al te hoge eisen mogen worden gesteld, maar volstrekt onleesbare voorwaarden lijken in de rechtspraak niet te worden geaccepteerd.¹²⁶

Op grond van § 305 c BGB geldt dat verrassende bedingen geen inhoud van de overeenkomst worden. Deze regel geldt zowel voor overeenkomsten van ondernemers met consumenten als voor overeenkomsten tussen ondernemers onderling. Daarbij moet wel worden bedacht dat van ondernemers meer handelservaring verwacht mag worden, zodat er niet snel sprake zal zijn van een verrassend beding.¹²⁷ Verrassende bedingen zijn in het BGB een aparte categorie naast onredelijke bedingen in de zin van § 307 en volgende. Verrassendheid en onredelijkheid zullen wel vaak samenvallen. Een beding is verrassend als het ongebruikelijk is én er in het beding een verrassingselement schuilt. Voor de gebruikelijkheid of ongebruikelijkheid van een beding gaat men in het Duitse recht uit van de normale verwachtingen bij de desbetreffende kring van wederpartijen, of de bijzondere verwachtingen die zijn gewekt door het gedrag van de gebruiker ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Ongebruikelijkheid is echter niet voldoende; het beding moet daarnaast zo ongewoon zijn dat de wederpartij er ook geen rekening mee hoefde te behouden. Daarbij moet worden uitgegaan van de kennis en het begrip van de bij de overeenkomst te verwachten kring van wederpartijen. De presentatie van het beding is overigens de belangrijkste van de omstandigheden van het geval die een rol spelen bij de beoordeling van de verrassendheid van een beding. Een beding wordt sneller als verrassend aangemerkt als het op een onverwachte plaats staat, bijvoorbeeld op de achterkant van een contractsformulier, terwijl op de voorkant hetzelfde onderwerp al aan de orde is gekomen.

124 Heinrichs, H., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 51.

125 Basedow, J., *o.c.*, commentaar bij § 305, randnr. 91.

126 Jongeneel, R., *o.c.*, p. 137.

127 Tjittes, R., *o.c.*, p. 231.

3. Vernietigingsgronden

Maatstaf voor de inhoudelijke toetsing van § 307 I BGB is dat een beding de wederpartij “entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt”. Deze open norm wordt nader gespecificeerd in onderdeel II van de genoemde bepaling. In geval van twijfel moet namelijk een onredelijke benadeling worden aangenomen indien een beding afwijkt van wezenlijke grondgedachten van de wettelijke regeling waarvan wordt afgeweken, of indien wezenlijke rechten en plichten die uit de aard van de overeenkomst volgen zo worden beperkt dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar komt.

§ 308 en 309 BGB bevatten – om in Nederlandse terminologie te spreken – de grijze en zwarte lijst. Deze lijsten zijn op grond van § 310 I BGB niet van toepassing op handelstransacties. De enige maatstaf voor inhoudelijke toetsing in geval van handelsovereenkomsten is dan ook de open norm van § 307 BGB. In § 310 BGB wordt echter wel een basis gelegd voor mogelijke reflexwerking (“Indizwirkung”). De volgende gezichtspunten zijn van belang bij het vaststellen van mogelijke “Indizwirkung” van de lijsten:

“Eine (...) ‘Parallelwertung’ wird von den Eigenheiten der Parteien, des Geschäfts und der AGB abhängen. Sie wird umso eher angezeigt sein, je größer die wirtschaftliche Abhängigkeit des unternehmerischen Vertragspartners vom Klauselverwender ist, je mehr der Vertragspartei also genötigt ist, das Geschäft zu den Konditionen des Verwenders oder gar nicht abzuschließen. Eine solche ‘Parallelwertung’ ist insbesondere am Platze, wenn der Vertragspartner zwar Unternehmer ist, das konkrete Geschäft aber nicht zum Kern seiner produktiven Tätigkeit zählt. (...) Eine ‘Parallelwertung’ (...) drängt sich auch auf, wenn die Gefahr besteht, dass der Unternehmer von seinen Abnehmern, die als Verbraucher den Schutz des Gesetzes in vollem Umfang genießen, und von seinen Lieferanten, die ihre AGB von der Kontrolle nach §§ 308 und 309 freigestellt wissen wollen, ‘in die Zange’ genommen wird.”¹²⁸

Net als bij de uitleg van algemene voorwaarden wordt ook bij de inhoudelijke toetsing in beginsel niet uitgegaan van de individuele wederpartij en zijn concrete omstandigheden, maar van de kring van wederpartijen waarvan de wederpartij deel uitmaakt.¹²⁹ De Europese Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten lijkt voor het Duitse recht – voorzover het een met een consument gesloten overeenkomst betreft – echter een verandering in de zojuist beschreven

¹²⁸ Basedow, J., o.c., commentaar bij § 310, randnr. 8.

¹²⁹ Zijn bij de gebruiker echter bijzondere omstandigheden van de wederpartij bekend, dan kan de gebruiker zich niet beroepen op een beding dat met die bijzondere belangen in strijd is.

toetsingswijze te hebben aangebracht. De uitwerking van deze verandering is neergelegd in § 310 III nr. 3 BGB. Ingevolge deze bepaling dient de rechter, naast een algemeen abstracte toets, eveneens de concrete omstandigheden met betrekking tot het sluiten van de overeenkomst in aanmerking te nemen. De gezichtspunten die van belang zijn voor de vraag of een beding toelaatbaar is, worden hierdoor verruimd, zodat het eventuele economische en intellectuele overwicht van de gebruiker ingevolge § 310 III nr. 3 BGB door de rechter kan worden meegewogen bij de beoordeling van de redelijkheid van het bestreden beding.¹³⁰ Uit de rechtspraak blijkt echter dat de rechter deze extra individueel concrete toets niet toepast; de Duitse rechter blijft volstaan met een algemeen abstracte toetsing. De reden voor het niet toepassen van de individueel concrete toets zou gelegen kunnen zijn in de omstandigheid dat een onredelijk beding veelal met de algemeen abstracte toets kan worden bestreden, zodat de rechter eenvoudigweg niet toekomt aan toepassing van de individueel concrete toets.¹³¹

Over de vraag of het terecht is dat de inhoudelijke toetsing ook geldt voor algemene voorwaarden die gebruikt worden jegens ondernemers wordt in de Duitse literatuur verschillend gedacht.¹³² Von Hippel wees er enkele jaren geleden op dat er overeenstemming bestaat over de omstandigheid dat in eerste instantie de consument moet worden beschermd, maar dat de open norm ook zo nodig ondernemers dient te beschermen.¹³³ Over de Duitse situatie, waarin de ondernemers alleen onder de open norm vallen, merkt Ulmer op, dat er misschien wel enkele uitspraken zijn waarin een te zware maatstaf is aangelegd, maar dat het beschermingsdoel van de algemene voorwaardenregeling vereist dat deze wet ook het handelsverkeer omvat.¹³⁴ Op hen die bepleiten dat het handelsverkeer aan de inhoudelijke toetsing onttrokken zou moeten worden, rust volgens Ulmer de plicht te bewijzen dat het handelsverkeer naar zijn aard de ingreep van de wetgever niet verdraagt en dat de nauwelijks te ontkennen misbruiken op een andere wijze bestreden kunnen worden. Ohlendorf-Von Hertel heeft in zijn dissertatie over de toetsing van algemene voorwaarden in het handelsverkeer betoogd dat de rechtspraak (huidig) § 310 onvoldoende serieus neemt.¹³⁵ De auteur betoogt verder dat in het handelsverkeer de inhoudelijke toetsing wezenlijk milder zou dienen te zijn, dat er voor reflexwerking geen plaats is en dat § 310 uitstraling zou dienen te hebben op andere normen in het BGB.

¹³⁰ Basedow, J., o.c., commentaar bij § 310, randnr. 71 en 72.

¹³¹ Duyvensz, J., o.c., p. 24.

¹³² Vergelijk Tjittes, R., o.c., p. 234.

¹³³ Von Hippel, E., *Verbraucherschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1986, p. 137 e.v.

¹³⁴ Ulmer, P. in Heinrichs, H., Löwe, W. en Ulmer, P., *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Köln, RWS Kommunikationsforum, 1987, p. 12.

¹³⁵ Ohlendorf-Von Hertel, B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, 1988.

Ten slotte zij opgemerkt dat het zogenaamde “Transparenzgebot” in het Duitse recht de afgelopen jaren sterk in de belangstelling heeft gestaan. In de rechtspraak werd aangenomen dat de onduidelijkheid van een beding in algemene voorwaarden een reden kan zijn om dat beding te vernietigen op grond van de open norm van § 307 BGB. In het Duitse recht heeft het gebod zich als een nagevoeg zelfstandige vernietigingsgrond ontwikkeld. Uit vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof volgde dat als een beding het gebod schendt, de wederpartij daarmee onredelijk benadeeld wordt, zelfs indien het beding op zichzelf tot redelijke resultaten leidt.¹³⁶ Het gebod is inmiddels in § 307 BGB gecodificeerd.

F. Algemene voorwaarden in het Engelse recht

1. Inleidende opmerking

Het Engelse recht neemt een wat vreemde positie in wat betreft de in dit artikel gehanteerde onderverdeling. De Engelse handboeken bevatten namelijk meestal geen hoofdstuk met betrekking tot algemene voorwaarden (“standard terms”) als zodanig. Het is veeleer gebruikelijk om daarvoor in de plaats een hoofdstuk over de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, aan te treffen alsmede een hoofdstuk over exoneratieclausules.¹³⁷ Ik besteed in dit artikel geen aparte aandacht aan exoneratieclausules in het Engelse recht.¹³⁸

2. Begripsomschrijving van algemene voorwaarden

In het Engelse recht treft men slechts op één plaats iets aan wat lijkt op een algemene begripsomschrijving van algemene voorwaarden. Ik doel in dit verband op Regulation 5 van de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten:

“A contractual term which has not been individually negotiated (...). A term shall always be regarded as not having been individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term.”

---

¹³⁶ Jongeneel, R., o.c., p. 138 e.v.

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld *Chitty on contracts*, Volume 1, London, Sweet & Maxwell, 2004, hoofdstukken 14 en 15.

¹³⁸ Zie inleidend daarover bijvoorbeeld Hardy, R., “Europese Klassiekers: Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.: exoneratie en de ‘doctrine of fundamental breach’”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2004, p. 318-324.

Wellicht ten overvloede merk ik op dat deze omschrijving beperkt is tot bedingen in consumentenovereenkomsten.

3. Gebondenheid aan algemene voorwaarden

Indien de wederpartij een document tekent waarin algemene voorwaarden zijn opgenomen, dan zijn deze voorwaarden van toepassing, ook al heeft de wederpartij ze niet gelezen of is hij niet op de hoogte van de exacte inhoud (of de gevolgen) van de bedingen.¹³⁹ Een uitzondering geldt mogelijkserwijs voor niet leesbare of in een vreemde taal opgestelde algemene voorwaarden.¹⁴⁰ Daarbij lijkt te gelden dat in geval van consumententransacties sneller wordt aangenomen dat in een vreemde taal opgestelde algemene voorwaarden niet van toepassing zijn.¹⁴¹

Indien een document dat de algemene voorwaarden bevat niet getekend is, maar enkel onder de aandacht van de wederpartij is gebracht, dan doen zich gevallen voor waarin kan worden aangenomen dat er geen gebondenheid intreedt. Zo wordt wel aangenomen dat voor of uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst een wederpartij de mogelijkheid moet worden geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Gebeurt dit niet, dan worden de bedingen geen onderdeel van de overeenkomst.¹⁴²

Algemene voorwaarden worden niet noodzakelijkerwijs onderdeel van een overeenkomst op grond van eerdere transacties tussen partijen waarbij toentertijd een of meer standaardcontracten van toepassing werden verklaard.¹⁴³ Gebondenheid kan echter wel intreden indien de wederpartij weet of moet weten dat de gebruiker algemene voorwaarden hanteert en het voor eerstgenoemde duidelijk is dat de gebruiker alleen bereid is onder toepasselijkheid van zijn algemene voorwaarden een overeenkomst te sluiten (“constructive knowledge”). Indien een of meer bedingen bijvoorbeeld in een bedrijfstak gebruikelijk zijn en partijen gelijkwaardig zijn (“parties are of equal bargaining party”), dan wordt vrij spoedig aangenomen dat de algemene voorwaarden toepasselijk zijn.¹⁴⁴ Hetzelfde geldt voor algemene voorwaarden die in een “regular and consistent course of dealings” worden gebruikt.¹⁴⁵ Deze regel lijkt met name van belang te zijn voor bestendige commerciële relaties.

¹³⁹ *L'Estrange v. Graucob* [1934] 2 K.B. 394.

¹⁴⁰ Girod, C., *User Protection in IT Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, p. 308.

¹⁴¹ Vergelijk *Geier v. Kujawa* [1970] 1 Lloyd's Reports 364; *Glynn (Covent Garden) Ltd. v. Wittleder* [1959] 2 Lloyd's Reports 409 en *Crédit Lyonnais v. P.T. Barnard & Ass. Ltd.* [1976] Lloyd's Reports 557. Vergelijk eveneens Girod, C., *o.c.*, p. 324.

¹⁴² Illustratief in dit verband zijn de zaken *Olley v. Marlborough Court Ltd.* [1949] 1 K.B. 532 en *Thorn-ton v. Shoe Lane Parking Ltd.* [1971] 2 Q.B. 163. Genoemde zaken hadden overigens betrekking op consumentenovereenkomsten.

¹⁴³ *Hollier v. Rambler Motors* [1972] 1 All E.R. 399.

¹⁴⁴ *British Crane Hire Cpn. v. Ipswich Plant Hire Ltd.* [1975] Q.B. 303.

¹⁴⁵ *Spurling v. Bradshaw* [1956] 2 All E.R. 121; *Kendall v. William Lillico* [1969] 2 AC 31 en *Cutcheon v. Mc*

In Parker zijn drie algemene regels geformuleerd met betrekking tot de gebondenheid aan algemene voorwaarden die vervat zijn in een ticket of bon:

- “1. A person receiving the ticket who did not see or know that there was any writing on the ticket will not be bound by the conditions.
2. A person who knows there was writing, and knows or believes that the writing contained conditions, is bound by the conditions.
3. A person who knows that there was writing on the ticket, but does not know or believe that the writing contained conditions, will nevertheless be bound where the delivery of the ticket in such a manner that the writing on it could be seen is reasonable notice that the writing contained conditions.”¹⁴⁶

De zojuist als derde genoemde regel, die ook bekend staat als het vereiste van “reasonable sufficiency of notice”, wordt het meest toegepast.¹⁴⁷ Het vereiste komt er op neer dat indien de gebruiker, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs voldoende heeft gedaan om de algemene voorwaarde onder de aandacht van de wederpartij te brengen, deze voorwaarden onderdeel worden van de overeenkomst. Girot merkt nog het volgende op:

“[I]f the document was intended as a mere acknowledgement of payment, the client contracting on the drafter’s terms could not reasonably expect this receipt to contain substantial terms of the agreement. (...) In *Chapellon v. Barry UDC*, for instance, the defendants had failed to identify the ticket as a contractual document, and an exoneration of liability clause was held inapplicable. (...) In some extreme cases, judges have even meant to impose a requirement of a ‘See back’ mention on the ticket, for instance, in the case of clauses seeking to exclude liability for death or personal injury. In the same line of thought, Schedule 3 of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 [inmiddels vervangen door de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, RRRH] qualifies all clauses which ‘irrevocably bind the consumer to terms with which he had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract’ as ‘terms which may be considered as unfair’.”¹⁴⁸

Indien een beding ongebruikelijk of anderszins verrassend is, dan worden strenge eisen gesteld aan de kennisgeving. In dit verband heeft de Engelse rechter er – ietwat gechargeerd – op gewezen dat sommige clausules “would need to be printed in red ink on the face of the document with a red hand pointing to

---

Brain [1964] 1 W.L.R. 125.

¹⁴⁶ *Parker v. South Eastern Ry.* (1877) 2 C.P.D. 416.

¹⁴⁷ Beatson, J., *Anson’s law of contract*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 166.

¹⁴⁸ Girot, C., *o.c.*, p. 314 en 315.

it before the notice could be held to be sufficient.”¹⁴⁹ Deze regel vindt eveneens toepassing in handelsovereenkomsten.¹⁵⁰

Duidelijk zichtbare algemene voorwaarden op de plaats waar de overeenkomst worden gesloten, ten slotte, binden in beginsel de wederpartij.

4. Vernietigingsgronden

Ik volsta hier met twee opmerkingen betreft mogelijke verschillen in het Engelse recht die omwille van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten zouden hebben kunnen, nog kunnen, of reeds zijn ontstaan. De eerste opmerking betreft de implementatie van de contra proferentem-regel in het Engelse recht. Ik kan hierover kort zijn: de Richtlijn heeft wat betreft de contra proferentem-regel niets nieuws in het Engelse recht gebracht. Meer nog: de uitleg contra proferentem werd niet enkel toegepast in de common law, maar de toepassing geschiedde zowel in overeenkomsten van ondernemers met consumenten als in overeenkomsten tussen ondernemers onderling:

“Regulation 7 of the 1999 Regulations refers only to one of the effects of a failure in a term to fulfill the requirement of use of plain and intelligible language: that where there is as a result doubt as to its meaning it shall be interpreted in a way most favourable to the consumer. This effect does not seem to add much to the existing position at common law, which has long recognised a rule of construction that an ambiguous written instrument shall be construed more strongly against the person who made it: construction is contra proferentem.”¹⁵¹

De tweede opmerking heeft betrekking op het in de Richtlijn neergelegde transparantiegebod. Dit gebod heeft mogelijkwerwijs een meer fundamentele invloed op het Engelse recht wat betreft consumentenovereenkomsten:

“The implications of this requirement for the drafting of English consumer contracts are fundamental. The general style of traditional English contractual drafting echoes the general style of English legislative drafting: it is precise, detailed and elaborate, consisting of long clauses (sometimes without punctuation), providing many definitions of the terms or expressions which they use and attempting to leave as little as possible to chance. In its defence, these characteristics may be argued to allow the avoidance of disputes and, therefore, of litigation, but this assumes a degree of understanding of the complexities of the terminology used and its attendant legal

¹⁴⁹ Geciteerd in Beatson, J., o.c., p. 167 met verwijzingen.

¹⁵⁰ Illustratief is het arrest inzake *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433.

¹⁵¹ *Chitty on contracts*, o.c., p. 928.

implications which is absent in all but the most sophisticated of commercial parties: to a consumer of average intelligence it is incomprehensible.”¹⁵²

G. Algemene voorwaarden in het Franse recht

1. Begripsomschrijving van algemene voorwaarden

Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation bevat strikt genomen geen definitie van algemene voorwaarden,¹⁵³ maar veeleer een omschrijving van oneerlijke, onereuze of onredelijke bedingen:

“Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.”

Uit deze begripsomschrijving volgt dat de bescherming tegen onredelijke bedingen voorbehouden is aan consumenten en zij die aangemerkt worden als “non-professionnels”.¹⁵⁴ Dit is een verschil ten opzichte van de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Gelet op in artikel 1 besproken restrictieve Franse rechtspraak heeft het er echter de schijn van dat dit verschil aan het vervagen is.¹⁵⁵ Artikel L. 132-1 maakt verder duidelijk dat de bescherming wordt geboden ongeacht vormkenmerken:

“Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou ticket, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.”

---

¹⁵² *Chitty on contracts*, o.c., p. 927.

¹⁵³ In de Franse literatuur is echter de volgende begripsomschrijving voorgesteld: “Le contrat d’adhésion peut (...) être défini comme l’adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l’une des parties ou par un organisme représentant ses intérêts exclusifs et auquel l’autre adhère sans possibilité réelle de le modifier” (Ghestin, J. en Marchessaux-Van Melle, I., “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens”, in Ghestin, J. en Fontaine, M. (red.), *La protection de la partie- faible dans les rapports contractuels*, Parijs, 1996, L.G.D.J., p. 4).

¹⁵⁴ Zie artikel 1 voor een overzicht van deze begrippen.

¹⁵⁵ Vergelijk eveneens Davo, H., “Clauses abusives: loi du février 1995 transposant la directive 93/13/CEE en droit français”, *European Review of Private Law*, 1997, p. 162 en 163 en Sinay-Cytermann, A., “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français”, in Ghestin, J. en Fontaine, M. (red.), o.c., p. 259 e.v.

Belangrijker nog is dat uit de zojuist weergegeven passage expliciet blijkt dat het toepassingsbereik van de Franse regeling verder gaat dan dat van de Richtlijn: *alle* onredelijke bedingen in kort gezegd consumentenovereenkomsten, dus ook die waarover afzonderlijk is onderhandeld vallen onder de werkingssfeer van Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation.¹⁵⁶ Ook de uitzondering van artikel 1 lid 2 van Richtlijn (contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale verdragen zijn overgenomen, zijn niet aan de Richtlijn onderworpen) is aan het Franse recht vreemd.¹⁵⁷

Wel kent de Franse regeling het aan de Richtlijn ontleende voorbehoud dat de bescherming niet wordt toegekend ten aanzien van bedingen die de kern van de overeenkomst betreffen (kernbedingen), voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd:

“L’appréciation du caractère abusif des clauses (...) ne porte ni sur la définition de l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.”

2. Gebondenheid aan algemene voorwaarden

In navolging van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten bevatten de Artikelen L. 131-1 e.v. van de Code de la consommation geen (of beter: nauwelijks) regels met betrekking tot de gebondenheid aan algemene voorwaarden. Aan de rechtspraak zijn wel enige regels te ontleen.

Het tekenen van een document waarin algemene voorwaarden zijn opgenomen, impliceert in het Franse recht een sterk vermoeden dat de wederpartij van (de toepasselijkheid van) de voorwaarden op de hoogte is, dat hij van de inhoud van de voorwaarden kennis heeft genomen en de toepasselijkheid er van heeft aanvaard.¹⁵⁸ Algemene voorwaarden worden bij ondertekening in beginsel ook dan onderdeel van de overeenkomst, wanneer de wederpartij heeft nagelaten de voorwaarden te lezen of wanneer hij een of meer bedingen niet heeft begrepen. Zoals gezegd betreft het hier echter een vermoeden; indien de wederpartij kan bewijzen dat hij in werkelijkheid niet heeft ingestemd met de toepasselijkheid van het standaardcontract, dan treedt geen gebondenheid in.¹⁵⁹ Dit bewijs zal echter veelal lastig te leveren zijn. In geval van een handelstransactie geldt dat het zeer

¹⁵⁶ Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1999, p. 300 en 302 en Davo, H., o.c., p. 162.

¹⁵⁷ Davo, H., o.c., p. 162.

¹⁵⁸ Girot, C., o.c., p. 309. Vergelijk ook Fontaine, M., “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels” in Ghestin, J. en Fontaine, M. (red.), o.c., p. 630.

¹⁵⁹ Girot, C., o.c., p. 309.

onwaarschijnlijk is, zo niet haast onmogelijk, dat een commerciële contractspartij er in slaagt om aan te tonen dat zijn handtekening niet de aanvaarding van de voorwaarden inhield: voor ondernemers geldt de zeer sterke presumptie dat zij de gevolgen van het ondertekenen van documenten dienen te overzien.¹⁶⁰ Een uitzondering is echter soms mogelijk ingeval de algemene voorwaarden onder de handtekening zijn afgedrukt of op de achterzijde van het ondertekende document.¹⁶¹

Indien het document dat de algemene voorwaarden bevat niet getekend is, maar onder de aandacht is gebracht van de wederpartij vóór of uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, dan zijn de voorwaarden in beginsel ook van toepassing.¹⁶² Omgekeerd geldt dat het onder de aandacht brengen van de voorwaarden ná het sluiten van de overeenkomst in principe onvoldoende is om gebondenheid te doen laten intreden. Dit laatste is met name relevant voor algemene voorwaarden die staan vermeld op facturen, tickets en bonnetjes. In dit soort gevallen zullen de voorwaarden enkel van toepassing zijn indien de gebruiker kan bewijzen dat de oorspronkelijke aanvaarding van de wederpartij ook betrekking had op de later ontvangen voorwaarden, of dat er sprake is van een nieuwe aanvaarding aan de zijde van de wederpartij.¹⁶³ In een geval werd in rechte gebondenheid aangenomen, aangezien de algemene voorwaarden, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gebruikelijk zouden zijn.¹⁶⁴

Een verwijzing dient niet enkel tijdig te geschieden; ook dient een voldoende of redelijke mogelijkheid geboden worden om daadwerkelijk van de voorwaarden kennis te nemen. In dit verband bepaalt Artikel L. 133-2 van de Code de la consommation:

“Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.”

Meer specifiek bepaalt Artikel L. 113-3 van de Code de la consommation:

“Tout vendeur de produit ou tout prestataire de service doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées

160 Cour de Cassation (1re chambre civile) 23 juli 1979, *Gazette du Palais*, 1979, Volume 2, p. 488.

161 Cour de Cassation (1re chambre civile) 3 mei 1979, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*, I, 1979, nr. 108.

162 Girot, C., *o.c.*, p. 312 en 313.

163 Girot, C., *o.c.*, p. 313.

164 Cour de Cassation (1re chambre civile) 3 juni 1970, *Recueil Dalloz Sirey*, 1971, p. 373.

par arrêtes du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation."

Artikel L. 134-1 bevat, ten slotte, de regel dat ondernemers op verzoek van een ieder (consument) die daarin geïnteresseerd is, een exemplaar van veelvuldig gebruikte contractuele documenten (bijvoorbeeld een standaardcontract) ter hand moet stellen:

"Les professionnels vendeurs ou prestataires de service doivent remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement."

Ook enkele andere wettelijke bepalingen bevatten ten aanzien van bepaalde type overeenkomsten en clausules soortgelijke bepalingen.¹⁶⁵ Tegen de achtergrond van het voorgaande is het kort gezegd zaak dat de algemene voorwaarden effectief aan de wederpartij zijn gecommuniceerd, of indien de voorwaarden niet zijn opgenomen in de overeenkomst (of in bijlagen), dat de wederpartij in ieder geval redelijkerwijs toegang heeft tot de voorwaarden.¹⁶⁶ Voldoende is geoordeeld het publiekelijk bekendmaken van de algemene voorwaarden (bijvoorbeeld door middel van een duidelijk zichtbaar bord op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten), op voorwaarde dat dit duidelijk en precies geschiedt en er ook overigens daadwerkelijk kennis van de voorwaarden kan worden genomen.¹⁶⁷ Bij handelstransacties kan de omstandigheid dat partijen met een zekere regelmaat overeenkomsten sluiten van belang zijn voor de vraag of de algemene voorwaarden toepasselijk zijn.¹⁶⁸

Wat betreft de gebondenheid aan algemene voorwaarden die in een vreemde taal (lees: een taal anders dan het Frans) zijn opgesteld, moet een strikt onderscheid worden gemaakt tussen consumentenovereenkomsten enerzijds en handelsovereenkomsten anderzijds. Ten aanzien van laatstgenoemde categorie geldt in de regel – een enkele uitzondering daargelaten – dat zulke voorwaarden onderdeel worden van de overeenkomst.¹⁶⁹ De wet van 4 augustus 1994 met betrekking tot het gebruik van de Franse taal heeft echter belangrijke consequenties voor

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld Artikel 48 van de Nouveau Code de Procédure Civile en Artikel L. 112-3 en 112-4 van de Code des assurances.

¹⁶⁶ Cour de Cassation (chambre commerciale) 4 december 1979, *Semaine Juridique*, Edition Générale, 1998, IV, p. 73.

¹⁶⁷ Girod, C., o.c., p. 317 met een verwijzing naar Cour de Cassation (1re chambre civile) 11 februari 1908, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 357, Cour de Cassation (1re chambre civile) 1 maart 1988, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*, I, 1988, nr. 57 en Cour de Cassation (1re chambre civile) 11 maart 1969, *Recueil Dalloz Sirey*, 1969, p. 492.

¹⁶⁸ Girod, C., o.c., p. 317 en 318.

¹⁶⁹ Girod, C., o.c., p. 325 en 326 met verwijzingen. Vergelijk ook Fontaine, M., o.c., p. 630 en 631.

het overeenkomstenrecht, voor zover het consumententransacties betreft.¹⁷⁰ Deze wet stelt bijvoorbeeld in Artikel 1 lid 2, op straffe van strafrechterlijke sancties, verplicht:

“Dans la désignation, l’offre, la présentation, le mode d’emploi ou d’utilisation, la description de l’étendue et des conditions de garantie d’un bien, d’un produit ou d’un service, ainsi que dans les factures et quittances, l’emploi de la langue française (...)”

Het voorgaande geldt eveneens voor “toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle” (Artikel 1 lid 2). Strikt genomen betekent dit dat alle algemene voorwaarden, voor zover een Franse consument wederpartij is, in het Frans dienen te worden opgesteld. Deze verplichting is echter niet absoluut: de wet van 4 augustus bevat enkele uitzonderingen en ook op grond van het Europees Gemeenschapsrecht – en dan met name de regels in verband met het vrij verkeer van goederen – zijn er redenen om aan te nemen dat de verplichting begrensd is.¹⁷¹

Ten slotte zij opgemerkt dat de Commission des clauses abusives in maart 1990 de volgende – overigens rechtens niet-bindende – aanbeveling heeft uitgevaardigd, specifiek voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in consumententransacties:

“La Commission des clauses abusives,
Recommande :

Que dans les contrats proposés par les professionnels aux non-professionnels ou consommateurs, soient présumées abusives, sous réserve de ce que, dans un modèle de contrat particulier, il ne soit pas établi qu’elles ne résultent pas d’un abus de puissance économique et n’entraînent pas un avantage excessif pour leur rédacteur, les clauses ou combinaisons de clauses qui ont pour objet ou pour effet de:

1. Constaten l’adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles dont il n’a pas eu une connaissance effective au moment de la formation du contrat, soit en raison de la présentation matérielle des documents contractuels, notamment de leur caractère illisible ou incompréhensible, soit en l’absence de justification de leur communication réelle au consommateur[.]”¹⁷²

170 Loi no. 94-665 relative à l’emploi de la langue française.

171 Vergelijk zaak C-369/89, *Piageme v. Peeters* [1991] Jurispr. I-2971 en *Girod, C.*, o.c., p. 326 en 327.

172 Recommandation de synthèse nr. 91-02 van 23 maart 1990, *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* van 6 september 1990.

3. Vernietigingsgronden

Het criterium om vast te stellen of een beding onredelijk is, is te vinden in de eerste alinea van Artikel L. 132-1 van de Code de la consommation. De vraag is of een of meer clausules “ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du (...) consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat”. Indien een beding in een overeenkomst het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort, dan wordt het beding als onredelijk beschouwd en bindt het, ingevolge de zesde alinea van Artikel L. 132-1 de consument niet; meer nog: het beding is nietig (“[l]es clauses abusives sont réputées non écrites”¹⁷³). Voor het overige blijft de overeenkomst voor partijen bindend, voor zover de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan (Artikel L. 132-1, alinea 8).

Op grond van Artikel L. 132-1 alinea 5 van de Code de consommation worden, onverminderd de in het Franse recht aanwezige uitlegeregels (zie de Artikelen 1156-1161, 1163 en 1164 van de Code civil), voor de beoordeling van het onredelijk karakter van een beding alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen.

Het is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een beding in concreto onredelijk is. Bij deze vaststelling heeft de Franse rechter wel enige houvast. In de eerste plaats kunnen, ingevolge Artikel L. 132-1 alinea 2, decreten worden uitgevaardigd door de Conseil d’État die bedingen publiekrechtelijk als onredelijk aanmerken. Hierbij zij opgemerkt dat tot nu slechts éénmaal in 1978 van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt.¹⁷⁴ Bij dit decreet werden vooral twee soorten bedingen verboden: clausules in een koopovereenkomst die het recht op schadevergoeding van de koper beperken in geval van tekortkoming van de verkoper; en clausules die ondernemers toestaan eenzijdig de aard van de prestatie te veranderen, tenzij het gaat om een verandering die verband houdt met de voortschrijding van de techniek zonder dat dit invloed heeft op de prijs.¹⁷⁵ In de tweede plaats vindt de rechter enige houvast in de bijlage bij Artikel L. 131-1 die een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Het is wel aan de

¹⁷³ Zie hierover Kullman, J., “Remarques sur les clauses réputées non écrites”, *Recueil Dalloz*, 1993, p. 59 en Cottureau, V., ‘La clause réputée non écrite’, *Semaine Juridique*, 1993, I, 3691. Vergelijk ook Ghestin, J. en Marchessaux-Van Melle, I., o.c., p. 55.

¹⁷⁴ Décret no. 464 van 24 maart 1978.

¹⁷⁵ Vergelijk Tjittes, R., o.c., p. 228.

eiser (in beginsel de consument dus¹⁷⁶) om aan te tonen dat een of meer in de lijst genoemde bedingen daadwerkelijk onredelijk is. In de derde plaats vormen ook de op grond van de Artikelen L. 132-2 e.v. door de Commission des clauses abusives uitgevaardigde aanbevelingen – één zo’n aanbeveling is hierboven reeds kort aan de orde gekomen – een bron voor de rechter. En ook het jaarlijks rapport dat door dezelfde commissie wordt gepubliceerd, schijnt in de praktijk van nut te zijn.¹⁷⁷ De rechter kan, ten slotte, ook advies vragen aan genoemde commissie.¹⁷⁸ Opmerking verdient nog dat de Cour de cassation controle houdt over de vaststelling of sprake is van een onredelijk beding; de vaststelling is dus geen feitelijke vraag, maar een rechtsvraag.¹⁷⁹

Alinea 1 van Artikel L. 133-2 van de Code de la consommation bevat het begrijpelijksheidsgebod:

“Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.”

Alinea 2 van hetzelfde artikel bevat de contra proferentem-regel:

“Elles s’interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n’est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l’article L. 421-6.”

Davo merkt omtrent laatstgenoemde regel het volgende op:

“Si cette disposition est nouvelle dans le Code de la consommation et directement issue de la directive [93/13/CEE], on peut cependant remarquer qu’elle n’est pas nouvelle dans notre droit civil. L’article 1162 du code civil indique, en effet; ‘Dans le doute, la convention s’interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l’obligation’. La jurisprudence a toujours interprété ce texte en faveur du consommateur.”¹⁸⁰

---

176 Terecht merken Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., *o.c.*, p. 310 op dat: “(...) la loi du 5 janvier 1988 complétée par la loi du 1 février 1995 donne aux associations de consommateurs le droit ‘de demander à la juridiction civile d’ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression des clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leur membres’ (...)”. Zie inmiddels Artikel L. 421-1 e.v. Code de consommation en met name Artikel L. 421-6.

177 Zie Artikel L. 132-5 van de Code de la consommation. Vergelijk Tjittes, R., *o.c.*, p. 229.

178 Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., *o.c.*, p. 309 met een verwijzing naar een decreet van 10 maart 1993.

179 Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., *o.c.*, p. 309.

180 Davo, H., *o.c.*, p. 158.

Opmerking verdient wel dat het door Davo genoemde Artikel 1162 van de Code civil, in tegenstelling tot Artikel L. 133-2 van de Code de la consommation en ook Artikel 1602 van de Code civil dat ziet op koopovereenkomsten, als zodanig geen rechtsregel is, maar slechts een gezichtspunt.¹⁸¹ De twee genoemde artikelen van de Code Civil zijn overigens ook van belang voor handelstransacties.

Voor de zekerheid vermeld ik (nogmaals) uitdrukkelijk dat de hierboven besproken vernietigingsgronden – met uitzondering van de contra proferentem-regel in de Code civil – in beginsel enkel betrekking hebben op consumentenovereenkomsten. Deze oplossing is door sommige auteurs bekritiseerd.¹⁸² In het Franse recht zijn ondernemers, voor wat betreft vernietigingsgronden, echter niet totaal overgeleverd aan een gebruiker van algemene voorwaarden: het leerstuk van de causa, en het mededingingsrecht kunnen bijvoorbeeld uitkomst brengen:

“[I]l convient de citer tout particulièrement la jurisprudence qui, prenant appui sur la cause, répute non écrites les clauses d’un contrat des lors qu’elles sont contraires à l’économie d’ensemble de celui-ci. (...) En dehors même du droit civil, le droit de la concurrence permet aux professionnels d’obtenir, notamment sur le fondement de l’article 9 de l’ordonnance de 1986 qui dispose qu’est nul “tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8”, la nullité de clauses dont certaines présentent une parenté étroite avec les clauses réputées non écrites au titre de la législation sur les clauses abusives.”¹⁸³

H. Vergelijking

Een vergelijking van de onderzochte rechtssstelsels aan de hand van de in de inleiding genoemde subonderdelen levert het volgende beeld op. Wat betreft de begripsomschrijving van algemene voorwaarden valt op dat de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten differentiatie in enkele van de onderzochte nationale rechtssstelsels heeft gecreëerd. Onder invloed van het Europees Gemeenschapsrecht wordt namelijk een op punten (licht) afwijkende definitie van algemene voorwaarden gehanteerd in geval van consumentenovereenkomsten in het Nederlandse en het Duitse recht.

Bij de vraag of algemene voorwaarden in een concreet geval deel uitmaken van de overeenkomst wordt in het Nederlandse recht een onderscheid gemaakt tussen handels- en consumentenovereenkomsten. Dit komt met name tot uit-

¹⁸¹ Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., o.c., p. 416.

¹⁸² Zie Mazeaud, D., “L’attraction du droit de la consommation”, *Revue Trimestrielle de droit commercial*, 1998, p. 104.

¹⁸³ Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., o.c., p. 311 en 312.

drukking bij de deelvraag of algemene voorwaarden toepasselijk zijn indien daar niet naar verwezen wordt, de gebruiker eerst bij de schriftelijke (order) bevestiging van een reeds bestaande overeenkomst naar de standaardvoorwaarden verwijst, er op andere wijze naar algemene voorwaarden verwezen wordt, of wanneer een dergelijke verwijzing eerst op de factuur plaatsvindt. In het Duitse recht is de regeling betreffende de gebondenheid aan algemene voorwaarden en de informatieplicht, zoals vervat in § 305 II BGB, ingevolge § 310 I BGB niet van toepassing op handelsovereenkomsten. Bij de gebondenheid van *ondernemers* aan algemene voorwaarden in het Duitse recht gelden in principe de gewone regels van totstandkoming. Rechtspraak in dit kader leert dat ondernemers sneller gebonden zijn aan algemene voorwaarden dan consumenten in grotendeels vergelijkbare situaties. Ten aanzien van verrassende bedingen in het Duitse recht (§ 305 c BGB) geldt dat zij geen inhoud van de overeenkomst worden – deze regel betreft zowel ondernemers als consumenten, met dien verstande dat in geval van overeenkomsten tussen ondernemers onderling er niet spoedig sprake zal zijn van een verrassend beding. Het Engelse recht maakt slechts op een enkele plaats een onderscheid tussen consumenten -en handelstransacties. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar bij in een vreemde taal opgestelde algemene voorwaarden en in geval van bestendige relaties. In het Franse recht wordt, ten slotte, op verschillende plaatsen bij de vraag naar de gebondenheid aan algemene voorwaarden een onderscheid gemaakt tussen consumenten -en handelsovereenkomsten. Dit is het meest zichtbaar indien rechtens moet worden bepaald of het ondertekenen van algemene voorwaarden inhoudt dat men met de toepasselijkheid ervan heeft ingestemd (voor ondernemers, anders dan consumenten, geldt de zeer sterke presumptie dat eerstgenoemden de gevolgen van het ondertekenen van documenten dienen te overzien) en bij in een vreemde taal opgestelde voorwaarden (ten aanzien van handelstransacties geldt dat zulke voorwaarden in beginsel onderdeel worden van de overeenkomst).

Ook ten aanzien van de vernietigingsgronden treedt differentiatie in de onderzochte rechtsstelsels op. Een beding in algemene voorwaarden kan in het Nederlandse recht worden vernietigd indien het voor de wederpartij onredelijk bezwarend is. Daarbij speelt onder andere de hoedanigheid en onderlinge verhouding van partijen een rol. Meewegen van deze omstandigheid betekent dat een clausule de redelijkheidstoets eerder doorstaat naarmate de onderlinge verhouding van partijen evenwichtiger is. Als uitwerking van de open norm van artikel 6:233 onder a BW sommen de artikelen 6:236 en 6:237 BW voor consumentenovereenkomsten een aantal bedingen in algemene voorwaarden op die respectievelijk als onredelijk bezwarend worden aangemerkt of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. De contra-proferentem regel is in het Nederlands recht voor wat betreft consumententransacties vervat in artikel 6:238 lid 2 BW; in handelsovereenkomsten is echter niet sprake van een rechtsregel, maar geldt als

algemeen gezichtspunt dat naar gelang van de omstandigheden mag meewegen dat een eenzijdig opgesteld beding in geval van twijfel ten gunste van de wederpartij moet worden uitgelegd. Ook het Duitse recht hanteert voor consumentenovereenkomsten een tweetal lijsten (§ 308 en 309 BGB) met een aantal bedingen in algemene voorwaarden die respectievelijk als onredelijk bezwarend worden aangemerkt of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. De vernietigingsgronden in de Engelse *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, is uitdrukkelijk beperkt tot consumenten. De vernietigingsgronden in de Franse regeling inzake algemene voorwaarden is overwegend beperkt tot consumententransacties.

I. Conclusie

In dit artikel stond differentiatie in de regulering van algemene voorwaarden in het Europees contractenrecht centraal. Getracht is een overzicht te geven van de algemene voorwaardenregelingen in het Europees Gemeenschapsrecht, het Nederlandse, het Duitse, het Engelse en het Franse recht aan de hand van vooraf vastgestelde subvragen. Daarnaast zijn de onderzochte rechtsstelsels met elkaar, wat betreft de subvragen, vergeleken. Op basis van deze informatie kan geconcludeerd worden dat in alle onderzochte rechtsstelsels een relatief verregaande mate van differentiatie optreedt ten aanzien van algemene voorwaarden in enerzijds consumentenovereenkomsten en anderzijds handelstransacties. Dit is een belangrijke conclusie aangezien tot op dit moment onvoldoende duidelijk was in hoeverre in het huidige recht daadwerkelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen commerciële overeenkomsten en consumentenovereenkomsten. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat de regulering van algemene voorwaarden traditioneel een consumentrechtelijk georiënteerd onderwerp is en daarom misschien sterker onderworpen is aan differentiatie dan andere onderdelen van het overeenkomstenrecht.

5 Is the system of contract remedies in the E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees efficient from a law and economics perspective?¹

A. Introduction

Imagine that you have managed to secure and buy a rare Chinese vase, which constitutes the latest addition to your art collection of fine Oriental art. However, the seller fails to deliver, breaching his promise under the contract. For the presentation of your Oriental art collection to your friends, you have ordered forty champagne and wine glasses from “La Casserole Party Catering”. Once again you are out of luck as “La Casserole” does not deliver on time. Finally, the band which you have booked to play during the party cancels. Which remedies are, or should be, available to you, the promisee, after each of the foregoing events? Are you or should you be able to enforce delivery from the seller of the Chinese vase, or will an award of damages suffice? Similar questions arise in respect of the order for forty champagne and wine glasses from “La Casserole” and the booking of the band: are or should you be able to choose between either damages or specific performance and if so, would you be indifferent between either?

The case outlined above relates to three different situations in which breach of contract occurs by the promisor. The remedies available to the promisee in each of these situations will differ according to the applicable legal system. Should you reside in the Chelsea district of New York City, the United States (U.S.) or in the South Bank in London, England – *i.e.*, a common law jurisdiction –, then

---

1 Een aangepaste versie van dit artikel is verschenen in Smits, J., Haas, D. en Hesen, G. (red.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2008 (met Hesen, G.). Opgemerkt zij dat hoofdstuk 4 van het voorstel voor een Richtlijn betreffende consumentenrechten (Voorstel van 8 oktober 2008 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def.) bepalingen bevat betreffende aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (zie daarover Hardy, R. en Hesen, G., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2009, p. 69-71).

breach of contract on the part of the promisor would entitle you to an award of damages. Specific performance, on the other hand, would be restricted to special circumstances, *e.g.*, in which an award of damages is found to be inadequate. This is often the case, for instance, when the transaction concerns the sale of unique goods. In light of the foregoing, you might, at the discretion of the court, then be able to enforce delivery of your rare Chinese vase. However, should you reside in a traditional canal house on the Herengracht in Amsterdam, the Netherlands – a civil law country –, then you would in principle be free to resort to the remedy which best suits you, subject to the condition that you, in principle, grant the promisor an additional period to perform. This free choice of remedies in case of breach of contract is found in most civil law jurisdictions, as opposed to common law jurisdictions where damages are the normal or presumptive remedy for breach of contract, and the equitable remedy of specific performance is extraordinary.² The European Community (EC) Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (hereafter the “Consumer Sales Directive”, or the “Directive”) has further complicated things by establishing a remedial scheme for breach of contract in consumer transactions that was different from that of most European Union (EU) Member States.³

In the last decades, law and economic scholars, predominantly in the U.S., have subjected the system of remedies to an economic analysis: can the current system of remedies in the U.S., *i.e.*, the award of damages as the normal or presumptive remedy for breach of contract, be justified from an economic point of view? In other words, is this system supported by efficiency arguments? Starting in the 1970s, concurrent with the expansion of the law and economics movement, American legal scholars have reviewed efficiency justifications for the American system of remedies for breach of contract. While earlier scholarship has held that the award of damages as the normal or presumptive remedy for breach of contract complies with efficiency concerns and the enhancement of total welfare, later papers have countered these propositions and argued that a broader basis for the award of specific performance ought to be sought.

These and other papers are examined below.⁴ In particular, in this paper I critically assess whether the system of contract remedies in the Consumer Sales

---

2 It is commonly asserted that the routine availability of damages in common law jurisdictions is partly due to the nature of the contracting parties involved in cases before the courts; proceedings in common law jurisdictions are dominated primarily by commercial contracting parties, who seek swift performance, and, therefore, prefer an award of damages to specific performance, as damages allow them to promptly obtain comparable performance elsewhere. See, for instance, Zweigert, K. and Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 510.

3 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, O.J. L 171/12 of 7 July 1999.

4 It should be made clear from the outset that the limited length of this paper does not allow me to provide a complete overview of the law and economics literature on this subject.

Directive is efficient from a law and economics perspective. This paper is structured as follows. In Section D, I provide the reader with an overview of arguments made in law and economics literature both against and in favour of specific performance as the normal or presumptive remedy for breach of contract. In particular, as arguments *contra* I discuss the theory of efficient breach (D.1), pre-breach negotiation costs (D.3), post-breach negotiations costs (D.4), other transaction costs (D.5), liberty interests (D.6), and supervision costs (D.7). The arguments *pro* specific performance that I consider relate to the under-compensatory effect of damages (D.2), and empirical work (D.9). It should be noted, however, that some of the arguments just mentioned have been countered in subsequent writings – where necessary, I also discuss these. Section D is preceded by a brief explanation of the general economic theory of contracts (B), and the common law system of remedies for breach of contract (C). I believe these accounts enable the reader to better understand the point of departure in the law and economics literature. Section E discusses briefly the Dutch system of the free choice of contract remedies. In Section F, I apply the insights from law and economics to the Consumer Sales Directive, as I analyze whether the system of remedies in the Directive may be characterized as efficient from a law and economics perspective. This paper ends with a conclusion (G).

B. The Economic Theory of Contracts

Each legal system recognizes a scheme of remedies for breach of contract. But why are these remedies necessary and what goal exactly should these remedies serve? In principle, economic theory, and in that light also the law and economics literature, purports that contractual remedies should help to achieve efficient contracting situations which enhance total welfare. The following paragraphs serve to introduce the reader to economic contract theory in order to enhance the understanding of the notion of an efficient contract and welfare maximization. As such, these paragraphs will also familiarize the reader with some basic principles underlying the school of law and economics.

A contract – in common law terminology – consists of the exchange of promises or the exchange of a promise for a performance or the exchange of performances. All other circumstances being equal, parties will usually commit to perform their promises. However, a change of circumstances may alter the advantages initially conferred upon a party through the conclusion of a contract, causing that party to regret its promise. In a perfect world, the contract will excuse performance upon occurrence of such a circumstance, whenever this non-performance will result in a greater joint wealth, *i.e.*, the wealth of both parties is increased

when one of the parties fails to perform.⁵ Economists call such a contract “state contingent” or “perfectly complete”, indicating that the agreement optimally specifies parties’ obligations and rights (“payments”) to be rendered under each possible circumstance or contingency.⁶ Strict adherence to the terms of such a contract leaves both parties best off; neither party has an incentive to depart from the contract.

The perfectly complete or state contingent contract can only be drafted in a perfect world or under the assumption of the perfect market. Such a market is characterized by many buyers and sellers who are perfectly and completely informed, as the sellers have equal access to resources and information, offer functionally identical (homogeneous) commodities, and face low entry and exit barriers. Absent any constraints, such as information asymmetries or transaction costs, allocative and productive efficiency are achieved in market equilibrium: the goods produced are those most highly valued by consumers and production of these goods is carried out at minimum cost. Allocative efficiency under perfect market conditions will constitute Pareto efficiency;⁷ meaning it will be impossible to make at least one person better off without making another person worse off.⁸ Conversely, a Pareto improvement occurs when it is possible to make at least one person better off by moving from one allocation to another, without making any other person worse off. Pareto efficiency occurs when no further Pareto improvements can be made. Under Pareto efficiency, consumer and producer surplus are maximized. Consumer surplus refers to the benefit that the consumer receives from the market transaction, *i.e.*, the value of the good to the consumer (“willingness to pay”) minus the price of the good. Producer surplus refers to

5 Shavell, S., “Damage Measures for Breach of Contract”, *The Bell Journal of Economics*, 1980 (11(2)), p. 466-490.

6 See amongst others Hart, O. and Moore, J., “Foundations of Incomplete Contracts”, *Review of Economic Studies*, 1999 (66), p. 115-138; Williamson, O., *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985; Maskin, E. and Tirole, J., “Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts”, *Review of Economic Studies*, 1999 (66), p. 83-114. The economic definition of a complete or state contingent contract is distinct from the traditional legal definition of a complete contract. The latter refers to a contract which does not contain any gaps, *i.e.*, the contract covers every conceivable contingency. In contrast to the economic definition, this legal definition does not include any element of efficiency. The traditional distinction between the legal and economic definition of a complete contract is presently less sharp; see amongst others Van Bijnen, R., *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005, p. 414.

7 Birmingham, R., “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, *Rutgers Law Review*, 1970 (24), p. 280: “Although Pareto optimality is a characteristic of any equilibrium which maximizes community utility, this characteristic is shared by an infinite set of economic states.”

8 In practice, however, it is almost impossible to make a change without making at least one person worse off. Presently, economists often refer to the Kaldor-Hicks criterion rather than Pareto efficiency. Under the Kaldor-Hicks criterion, the market outcome is efficient if those that are made better off (“the winners”), gain enough such that, in theory, they can compensate those that are made worse off (“the losers”). It is not also required that compensation actually takes place.

the benefit the seller attains from the market exchange, thus the price of the good minus its cost of production. The maximization of consumer and producer surplus implies that all the potential gains from trade are exploited. Consumer and producer surplus may be used to indicate a certain degree of welfare. For reasons of simplicity, I assume that the maximization of consumer and producer surplus in market equilibrium also implies a maximization of total welfare. State contingent or perfectly complete contracts, which are based upon the assumption of perfect markets, realise this maximization of welfare; the terms of the contract are efficient and there are no mutually beneficial changes that the parties can make in order to increase their wealth.

In the real world, however, market conditions are far from perfect: parties are boundedly rational and face information asymmetries and transaction costs.⁹ More specifically, parties lack the rationality and information to foresee all possible (change of) circumstances, and the conclusion of contracts entails search and negotiation costs. Under the condition of imperfect markets, contracts are incomplete or not state contingent. Therefore, parties have an incentive to depart from their contract terms when they feel that adherence would not be in their best interest and as such does not maximize their welfare.

The economic function of a system of contract remedies is to alter the incentives in respect of a party who regrets the conclusion of the contract. In the real world of imperfect markets, courts must supplement incomplete contracts with damages measures that induce behavior that a party would exhibit under a state contingent contract.¹⁰

C. Remedies for Breach of Contract in Common Law Jurisdictions

Generally, in common law jurisdictions, there are two types of remedies available to the injured party in case of breach of contract: monetary damages and a decree for specific performance.¹¹ Damages accord the promisee a right to monetary compensation for the loss caused by the breach, aiming to place the promisee in

9 See amongst others Coase, R., "The Nature of the Firm", *Economica*, 1937 ((4)16), p. 386-405; Williamson, O., *o.c.*

10 Mahoney, P., "Contract Remedies: General", in Bouckaert, B. and De Geest, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III, *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 120; Kornhauser, L., "An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies", *University of Colorado Law Review*, 1986 (57), p. 697: "The economic analysis of remedies seeks to identify the measure of damages that leads to efficient outcomes, ones in which neither promisee nor promisor can be made better off without making the other worse off"; Cooter, R. and Ulen, T., *Law & Economics*, Boston, Addison Wesley, 2003, p. 237-239.

11 Another remedy which may be considered is rescission or termination of the contract, but this possibility will not be discussed in this paper. It may be noted, however, that a claim for termination is often accompanied by a claim for monetary damages.

the position in which he would have been had the contract been performed, and specific performance assigns the promisee an absolute entitlement to the goods or services from the moment the contract is made.¹² In the following paragraphs these two types of remedies will be discussed in greater detail from a common law perspective, and within this category, particularly from the point of view of American contract law.

In common law jurisdictions, every contract is treated as containing a warranty for performance. In other words, every contractual term, express or implied, is in law a warranty. If a term is broken, the innocent party is entitled to claim damages for breach of contract.¹³ This liability is strict, in the sense that the claim for damages is not dependent on whether or not the promisor is at fault. In order for a claim for damages to succeed, however, a causal link must exist between the contractual breach and the damages. In other words, the breach must have caused the harm suffered by the promisee.

In assessing the amount of monetary damages to be awarded, three different interests may be considered: restitution interest, reliance interest, or expectation interest.¹⁴ First, a party may have relied on a promise and in that light bestowed some value on the counterparty to the contract. If the latter subsequently fails to perform, the court may compel the defaulting party to re-assign the value received to the non-breaching party. The restitution interest prevents any gain of the defaulting promisor at the expense of the promisee and thus aims to prevent unjust enrichment.¹⁵ Second, a promisee may have changed its position in reliance on the promise, in the sense that it has made some preparatory investments or not pursued any opportunities with third parties. In light of the reliance interest, a court will award damages to the innocent party in the amount necessary to place the plaintiff in its pre-contractual position. Damages based on the reliance interest seek to compensate for any harm the plaintiff has suffered in reliance on the promise of the defendant. Finally, damages based on the expectation interest aim to place the innocent party in the position in which he would have been had the contract been performed. These damages seek to award to the promisee the net benefit it would have received had performance been effected.¹⁵

12 See *Robinson v. Harman* (1848) 1 Exch. 850, p. 855. On the distinction between property and liability rules, see also Calabresi, G. and Melamed, D., "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 1972 (85), p. 1089-1128.

13 The innocent party must, however, continue to uphold his own side of the bargain.

14 Fuller, L. and Purdue, W., "The Reliance Interest in Contract Damages I", *Yale Law Journal*, 1936 (46), p. 52-96. See also Ulen, T., "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", *Michigan Law Review*, 1984 (83), p. 341-403.

15 See Fuller, L. and Purdue, W., *o.c.*; Fuller, L. and Purdue, W., "The Reliance Interest in Contract Damages II", *Yale Law Journal*, 1937 (46), p. 373-420. Damages based on the expectation interest are often referred to in civil law jurisdictions as "positive damages".

The standard damage measure in most legal systems – whether common law or civil law – equates to compensation based on the injured party's expectation, placing the promisee in the position in which he would have been had contract been performed: "In fixing the amount of (...) damages, the general purpose of the law is, and should be, to give compensation: that is, to put the plaintiff in as good a position as he would have been in had the defendant kept his contract".¹⁶ This common law rule was first enunciated in *Robinson v. Harman*.¹⁷ In principle, expectation damages are measured in relation to the actual value that performance of the specific contract would have conferred upon the injured party and not the value that performance of the contract might have had to some hypothetical reasonable person. In measuring the expectation damages, the court will therefore attempt to take account of the specific circumstances of the case.¹⁸ In the end, the expectation measure is expected to grant full compensation to the injured party. However, as will be especially shown in Subsection D.2 below, several limitations may cause the expectation remedy to fall short of full compensation.

Thus, in principle, breach of contract in common law entitles the plaintiff to a claim for damages. However, rules in equity may, under special circumstances, allow the plaintiff to resort to a claim for specific performance instead of damages. A court order for specific performance is an order requiring a party to perform a specific act, in this case the completion of the transaction. Generally, a claim for specific performance may be made if the plaintiff can show that the remedy available at law – damages – is inadequate or that the sought interest in performance of the contract cannot be translated into money terms.¹⁹ As mentioned in the

16 Williston, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, revised edition, New York, Baker, Voorhis & co., 1936-38, § 1338 cited by Birmingham, R., o.c., p. 281. See also Restatement (Second) of Contracts § 344 in which expectation interest is defined as the party's "interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed (...)".

17 The court ruled: "W]here a party sustains a loss by reason of breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed' (154 Eng. Rep. 363, p. 365 (Ex. 1848). See also Scott, R. and Triantis, G., "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, 2004 (104), p. 1446, who indicate that the adoption of Article 2 UCC in the 50 States has elevated recovery of the expectation interest as a default and overarching norm: "The remedies provided in this Act shall be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed (...)") (UCC § 1-305(a)). See also Restatement (Second) of Contracts § 347: "Subject to the limitations stated in §§ 350-51, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform".

18 Farnsworth, A., *Farnsworth on Contracts*, 2nd edition, New York, Aspen Publishers, 2000, § 12.8.

19 *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* A.C. 1 (ENG); cf., Restatement (Second) of Contracts § 359(1): "Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party (...)".

introduction, whether or not a claim for specific performance will be awarded lies within the discretion of the court.

Traditionally, damages have been considered inadequate, and claims for specific performance justified, as far as regards contracts for the transfer of land or real rights²⁰ or unique goods.²¹ It is submitted that where no substitute performance is attainable, it will be difficult to estimate the amount of damages with any degree of accuracy and full compensation cannot then be achieved. In contrast, damages are likely to be an adequate remedy when the claimant is able to obtain the promised performance from another source and the damages serve to cover the difference in cost of the alternative performance.²² It is important to note that the inadequacy of the damages measure is very important but not determinative for an order of specific performance to be made.²³ Developments in case law have led the courts to consider a broader range of factors to decide whether or not to grant an order for specific performance, *e.g.*, the degree of hardship that realisation of specific performance would cause the defendant; whether consideration for the defendant's promise to perform is inadequate; the conduct of the plaintiff, in the sense that if the plaintiff has acted unfairly or improperly this may be used as a basis for denying the remedy on the ground that the plaintiff does not have 'clean hands'; whether performance is still possible; and whether execution of a judgment for damages would cause grave inconvenience in general.²⁴ Cases in which the courts have rejected a claim for specific performance include construction contracts because of the difficulty of framing and enforcing orders, contracts that are too vague, and contracts sought to be enforced in part only.²⁵ In addition, specific performance will not usually be granted where it concerns the performance of a

20 Historically, real property has been held in special esteem by English courts and, therefore, singled out for special treatment. Each plot of land was considered unique and its value difficult to assess. As such, monetary compensation was not considered an adequate means to enable the promisee to secure a substitute, and thus specific performance would be granted. See also Farnsworth, A., *o.c.*, § 12.8.

21 *Cf.*, *Hoffman v. Boone*, 708 F. Supp. 78 (S.D.N.Y. 1989) and UCC § 2-716.

22 See also Restatement (Second) of Contracts § 369: "[In] determining whether the remedy in damages would be adequate, the following circumstances are significant: (a) the difficulty of proving damages with reasonable certainty, (b) the difficulty of procuring a suitable substitute performance by means of money awarded as damages, and (c) the likelihood that an award of damages could not be collected".

23 *Cf.*, *Van Wagner Advertising Corp v. S & M Enters*, 492 N.E.2d 756 (N.Y. 1986), where a claim for specific performance concerning the lease of a unique outdoor advertising space was not granted, because " 'uniqueness' is not a magic door to specific performance" and "at some level all property may be interchangeable with money". See also Farnsworth, A., *o.c.*, § 12.8.

24 Nevertheless, the majority of the courts will refuse a claim for specific performance where damages would be adequate and the aforementioned developments seem to be less dramatic than they appear.

25 In both the U.S. and England, rules concerning a decree for specific performance have also been provided by statute, *e.g.*, Article 2 of the Uniform Commercial Code (UCC) and Section 52 of the Sale of Goods Act 1979.

personal service.²⁶ This includes employment contracts, but also applies to other “contracts involving personal service even though they are not strictly contracts of service”.²⁷ The foregoing is based on the understanding that the defendant would be forced into involuntary servitude (see also Subsection D.6 below) and the fact that it will be difficult for the court to establish whether the level of service is in accordance with the contract.

Although specific performance is not generally granted, often

“[A]n injunction is used as an indirect means of enforcing a duty to act. Instead of ordering that the act be done as a court would in granting specific performance, the court orders forbearance from inconsistent action. This is done most often in cases in which specific performance is objectionable on some ground that can be avoided by the use of an injunction”.²⁸

D. Arguments Against and in Favour of Specific Performance as the Normal or Presumptive Remedy for Breach of Contract

1. The Theory of Efficient Breach

One of the first theories in law and economics to address the choice of remedies for breach of contract is efficient breach. Proponents of efficient breach theory such as Birmingham and Posner²⁹ argue that parties to a contract should be able to forego performance and breach a contract when this would be efficient from an economic point of view, *i.e.*, in those situations where a state contingent contract would excuse performance based on welfare justifications:

“[I]n some cases a party [to a contract] would be tempted to breach the contract simply because his profit from breach would exceed his expected profit from completion of the contract. If his profit from breach would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and if damages

26 See, *e.g.*, *Johnson v. Shrewsbury and Birmingham Ry.* (1853) 3 d.M. & G. 358; *Brett v. East India and London Shipping Co. Ltd.* (1864) 2 H & M. 404. Especially under English law, specific performance is only impeded in case of a contract concerning a personal service; there is no general rule against the award of specific performance merely because the contract concerns the provision of a service in general.

27 Gordley, J. and Von Mehren A. (eds.), *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006, p. 530.

28 Farnsworth, A., *o.c.*, p. 771.

29 Birmingham, R., *o.c.*, 1970; Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 1st edition, New York, Aspen Publishers, 1972.

are limited to the loss of expected profit, there will be an incentive to commit a breach. There should be".³⁰

One can also frame efficient breach as an opportunity for one of the parties to obtain a Pareto improvement, because non-performance will make the breaching party better off, without making the non-breaching party worse off (both parties move to a new equilibrium in which Pareto efficiency is obtained). This condition only holds true, however, if the injured party is compensated in full for its expectation interest. Let me illustrate this with a simple example.³¹ Imagine a contract for the sale of a machine concluded by a seller and buyer 1 at \$ 100. The seller's production cost is \$ 70 and, therefore, the seller will make a profit of \$ 30 (\$ 100-\$ 70) upon completion of the contract. Before delivery of the machine, however, buyer 2 offers to buy the machine at \$ 150.³² Subsequently, the market price rises to \$ 125. According to efficient breach theory, the seller will have an incentive to breach his contract with buyer 1 in order to deal with buyer 2, as this non-performance will increase not only the seller's expected profit, but also total welfare. How? The seller will be able to make a profit from the contract with buyer 2 of \$ 80 (\$ 150-\$ 70), which is higher than the profit the seller would make under the contract with buyer 1 (\$ 30). In contrast, breach will make buyer 1 worse off by \$ 25 (\$ 125-\$ 100). However, the seller will be able to compensate buyer 1 for his loss and still retain a profit of \$ 55 (\$ 80-\$ 25) for himself – almost twice as much as under the first contract. The seller is thus made better off without making buyer 1 worse off. Pareto improvement is possible and total welfare is increased when the seller breaches the contract with buyer 1.³³

30 Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 1st edition, New York, Aspen Publishers, 1972, p. 57, cited in Eisenberg, M., "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law", *California Law Review*, 2005 (93(4)), p. 997. Likewise Birmingham, R., *o.c.*, 1970, p. 284; Farnsworth, A., "Damages and Specific Relief", *American Journal of Comparative Law* 1979 (27), p. 247-248.

31 This example concerns a breach by the seller where the buyer is able to secure substitute performance on the market. Different situations, however, are possible. For example, the transaction may concern unique performance for which no substitute is available, or the buyer rather than the seller may breach the contract. See for a more elaborate differentiation of cases, *e.g.*, Cooter, R. and Ulen, T., *o.c.*, p. 237-295.

32 This may be referred to as a fortunate contingency, which makes non-performance even more profitable than performance, *i.e.*, a third party, buyer 2, values the product even more than buyer 1. Another situation is the occurrence of an unfortunate contingency, *i.e.*, a circumstance which will increase the cost of performance. In this case, for example, the seller's production cost may rise to \$ 110, which would make non-performance more profitable for the seller than performance. See also Cooter, R. and Ulen, T., *o.c.*, p. 254-261 and Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 6th edition, New York, Aspen Publishers, 2003, p. 118-120.

33 See, *e.g.*, *Patton v. Mid-Continent Sys.*, 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988) in which Judge Posner states: "Even if the breach is deliberate, it is not necessarily blameworthy. The promisor may simply have discovered that his performance is worth more to someone else. If so, efficiency is promoted by allowing him to break his promise, provided he makes good the promisee's actual losses". See

In accordance with efficient breach theory, the traditional debate on remedies for breach of contract in the law and economics literature has taken the view that expectation damages equate to the most efficient remedy. This view also justifies the position in common law that damages are the normal or presumptive remedy for breach of contract, and the equitable remedy of specific performance is extraordinary.³⁴

Efficient breach theory, however, is not without its shortcomings. Several authors have argued that the premises on which the economic theory of contracts in general and efficient breach theory in particular are based are closely associated with over-simplifications of the competitive market model, which falls short of perfection. Economic contract theory, for example, assumes that renegotiations are always successful, parties are able to achieve efficient outcomes and neither party will exhibit opportunistic behaviour.³⁵ Yet, in practice, parties are faced by numerous constraints such as transaction costs, information asymmetries and bounded rationality, which may affect the efficiency outcome of the different remedies. Related to the foregoing is the assumption that the court can adequately calculate the amount in damages, making the promisee indifferent between a claim for specific performance and damages. In the real world, however, the aforementioned constraints may prevent an accurate estimation of damages, thereby failing to provide the plaintiff with full compensation.³⁶ If courts systematically underestimate damages, then just as specific performance would lead to over-performance, expectation damages may lead to excessive breach.³⁷ Furthermore, several legal scholars indicate that the economic perspective obscures the traditional notions in contract theory such as sanctity of contract and the moral obligation to keep one's promises.³⁸ Finally, some authors assert that the (narrow) focus of efficient breach theory on allocative efficiency undermines the importance of distributive efficiency.³⁹

---

also Farnsworth, A., *o.c.*, 2000, § 12.3, n. 3.

34 See also Farnsworth, A., *o.c.*, 1979, p. 247-248.

35 Kornhauser, L., *o.c.*, p. 707.

36 Friedman, L., *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*, Madison, University of Wisconsin Press, 1965, p. 20.

37 Mahoney, P., *o.c.*, p. 125-126; Birmingham, R., *o.c.*, p. 285.

38 Farnsworth, A., *o.c.*, 2000, § 12.3. See also Birmingham, R., *o.c.*, p. 281. Cf., Ulen, T., *o.c.*, p. 345: "At least with regard to remedies in contract law, we believe it to be the case that widely held notions of fairness and morality argue for the same sort of conclusions as emerge from an efficiency analysis".

39 See, e.g., Friedman, D., "The Efficient Breach Fallacy", *Journal of Legal Studies*, 1989 18(1), p. 5.

2. *The Under-compensatory Effect of Damages*

The primary goal of remedies for breach of contract is compensation. The injured party should be fully compensated for its loss. Proponents of the routine availability of expectation damages argue that expectation damages are in principle fully compensatory, making the promisee indifferent between actual performance and breach coupled with an award of damages. This is referred to as the “indifference principle”.⁴⁰ If damages are indeed fully compensatory and the indifference principle holds true, the general introduction of specific performance would lead to over-performance, since the promisor would be required to perform even in cases where non-performance would actually increase total welfare.

However, even advocates of the routine availability of monetary damages recognize that the amount in damages awarded by the court may fall short of full compensation, leading to under-compensation.⁴¹ Kronman, in this light, argues that the risk of under-compensation depends on the completeness and reliability of the information available to the court on which it bases the amount of damages to be awarded. On the one hand, there exists the well-developed market which encompasses complete and reliable information on substitutable goods, meaning products which are similar to the performance under the contract and which can replace the performance under the contract.⁴² On the other hand, a court may be faced with the existence of an undeveloped market for unique goods (goods without a substitute or equivalent)⁴³ in which information on substitutes or comparable goods is thin and unreliable. It is precisely in case of transactions concerning unique performance or goods that are embedded in an undeveloped market that the court cannot acquire at reasonable cost sufficient information on substitutes which will allow it to calculate the amount in damages without an inappropriately high risk of under-compensation. In contrast, when courts are able to rely on a well-developed market that generates abundant and highly dependable information on available substitutes, the risk of under-compensation in awarding damages for breach of contract is negligible. Proponents of expectation damages, amongst whom Kronman, generally argue that it is, therefore, precisely

40 Cf., Schwartz, A., “The Case for Specific Performance”, *Yale Law Journal*, 1979 (89), p. 274; Eisenberg, M., *o.c.*, p. 989-996; Ulen, T., *o.c.*, [1984], p. 365; Kornhauser, L., *o.c.*, p. 708; and Varadarajan, D., “Tortious Interference and the Law of Contract: the Case for Specific Performance Revisited”, *Yale Law Journal*, 2001 (111), 2001, p. 737-738.

41 See, e.g., Kronman, A., “Specific Performance”, *University of Chicago Law Review*, 1978 (45), p. 363.

42 Kronman, A., *o.c.* indicates that there is a difference between the economic substitutability of a good and the common uniqueness of a good, like its properties. With regard to the substitutability of goods, economists refer to the cross-elasticity of demand. The cross-elasticity of demand measures the degree to which alteration in the relative price of one good affects the demand for another good, *i.e.*, the degree of substitutability of two goods. In essence, under economic theory all goods are ultimately commensurable.

43 Kronman, A., *o.c.*, p. 358-359.

in the case of unique goods or services that the court should award a decree for specific performance instead of damages, since the risk of under-compensation in these specific cases exceeds the risk of over-performance mentioned above.⁴⁴ The common law rules regarding remedies for breach of contract reflect this “uniqueness-test”.

According to Kronman, there is a second reason why money damages are under-compensatory in the case of unique goods. When a party seeks to buy a good on the market, it will incur a certain level of pre-contractual search costs (the costs of locating the object, obtaining information about it, etcetera). These pre-contractual search costs, while incurred, are generally not compensated for by way of a monetary award. In the case of non-unique goods, however, a party can largely “re-use” the obtained information in search of a substitute. In the case of unique performance on the other hand, the undeveloped market will usually necessitate a new search for each alternate product. Pre-contractual search costs are then likely to be higher in transactions concerning unique performance.

By contrast, advocates of specific performance indicate that specific performance is the most accurate manner in which to achieve the goal of compensation. The promisee is able to get precisely what it contracted for, without over-compensation or under-compensation (ever) taking place, and the very fact that a promisee will request specific performance reflects in essence a shortfall in the award of damages.⁴⁵ In addition, proponents of a broader availability of specific performance such as Schwartz argue that under-compensation is not only a risk associated with unique goods, but is also built into the structure of money damages in general. In the first place, the subjective preferences of promisees are often not reflected in the market price, and therefore damages based on the difference between the contract price and the constructed market price will regularly fail to satisfy the indifference principle. Indeed, Goetz and Scott indicate that the achievement of full compensation is particularly difficult when there is a developed market for the promised performance, “but the promisee attaches an additional idiosyncratic value to the performance” – idiosyncratic value meaning any subjective or fanciful appraisal which varies considerably from the market value.⁴⁶ Ulen adds that the costs of ascertaining any subjective value to a court are

44 Kronman, A., *o.c.* indirectly remarks that even in a developed market the exact value of performance to the buyer may be difficult to calculate as the buyer may prefer certain qualities of goods or know certain things about goods which are not reflected in the market price. An example is the knowledge that a particular good may last longer than others. In other words, the objective value of the good on the market does not always reflect the subjective value of a good to a buyer.

45 See also Schwartz, A., *o.c.*, p. 274.

46 Goetz, C. and Scott, R., “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, 1977 (77), p. 570. See also n. 47 on p. 570 in which the authors refer to the tort case of *Thomason v. Hackney & Moale Co.*, 159 N.C. 299, 305, 74 S.E. (1912), p. 1024 where the court defined this

very high.⁴⁷ Secondly, the general reluctance of courts to award damages which are uncertain, difficult to measure, unforeseeable, or compensate for emotional harm associated with contractual breach, may also hinder full compensation.⁴⁸ First, the amount in damages is reduced when a proportion of the promisee's loss is attributable to circumstances that could not have been foreseen at the time of formation of the contract.⁴⁹ The degree of foreseeability is traditionally quite high.⁵⁰ Second, the amount of damages is reduced when a portion of the promisee's loss is attributable to the promisee's failure to take actions that would have minimized losses subsequent to the promisor's breach (mitigation rule). Third, the amount in damages is reduced to the extent that the promisee cannot show that the loss was reasonably certain. The level of certainty is set at a higher level under contract law than tort:⁵¹ it is not sufficient that it is probable that the plaintiff suffered a loss as a result of breach, but the plaintiff must prove the amount of this loss with sufficient certainty. Fourth, the amount in damages is reduced to the extent that the loss consists of emotional distress.⁵² It has also been contended that to make the promisee indifferent between a claim for specific performance and an award of damages, the promisee should be able to recover the time value of its lost gains during the period between the date of breach and the date on which judgment is rendered, measured by the compound interest rate that he pays for borrowed funds.⁵³

---

idiosyncratic value as "an imaginary value placed upon a thing by the fancy of its owner, growing out of his or her attachment for the specific article, its associations and so forth, which, perhaps, may not inaptly be called its sentimental value".

47 More specifically, Ulen, T., *o.c.*, p. 361-365 argues that the problem with expectation damages is measuring lost profit; a promisee has an incentive to exaggerate the gain he expected from performance, while the promisor will assert that the gain could never have been that large. Ulen argues that the court's best shot is to determine the relative magnitude of surplus vis-à-vis the costs to the seller of completing the contract. This can, however, go wrong, see, *e.g.*, *Peeverhouse v. Garland Coal & Mining Co.*, 382 P.2d 109 (Okla.), *cert. denied*, 375 U.S. 906 (1963) and the discussion of the case by Linzer 1981, p. 135.

48 See, *e.g.*, Schwartz, A., *o.c.*, p. 276; Scott, R. and Triantis, G., *o.c.*, p. 1434; Goetz, C. and Scott, R., *o.c.*, p. 570-572; Eisenberg, M., *o.c.*, p. 991-995; Posner, E., "Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation", in Bouckaert, B. and De Geest, G. (eds.), *o.c.*, p. 163.

49 See *Hadley v. Baxendale*, Court of Exchequer, 1854, 9 Exch. 341.

50 Hesen, G. and Hardy, R., "Hadley v. Baxendale: 'perhaps the best-known of all English contract cases'", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2006, p. 326-331.

51 See also the comment under Restatement (Second) of Contracts § 352 and *Kenford Co v. County of Erie* 493 N.E.2d 234 (N.Y. 1986).

52 See also Restatement (Second) of Contracts §§350-53 on avoidability, unforeseeability, uncertainty and loss due to emotional disturbance respectively.

53 Eisenberg, M., *o.c.*, 996 in reference to the case of *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc.* 841 F.2d 742, 751 (7th Circuit 1988).

3. *Pre-breach Negotiation costs*

According to Kronman, the uniqueness or adequacy test in common law, described above, is justified by the fact that it distinguishes between specific performance and money damages in accordance with the intention of most contracting parties and thereby saves pre-breach negotiation costs. Kronman illustrates this intention-justification theory with an example.⁵⁴ Kronman argues that, in general, a promisee will favour the incorporation of a provision entailing specific performance as this will give the promisee exactly what he or she contracted for. A promisor, on the other hand, will generally prefer a provision which allows him or her to breach and pay compensatory damages. In light of these divergent preferences, a promisee will incur costs (*e.g.*, a higher contract price or less favourable terms) to secure a right to specific performance, and the promisor will incur costs (*e.g.*, a reduction in the contract price or additional warranty) in order to avoid the establishment of such a right in the contract. The promisee will only incur the costs associated with the incorporation of a right to specific performance if the benefits exceed the costs to the promisor, *i.e.*, the benefit of specific performance must exceed the reduction in contract price or additional warranty otherwise obtained. The promisee will be more willing to incur these costs when substitute performance is difficult to attain (*e.g.*, in the case of unique performance), and in relation to the foregoing, the risk of under-compensation is thus large. Subsequently, it will be more costly for the promisor to exclude a right to specific performance in this situation. The costs that the promisor is willing to incur in order to exclude a right to specific performance are dependent on the likelihood that the promisor believes he might breach the contract. This likelihood will be greater in case of a transaction concerning non-unique goods or services, as the availability of a developed market will increase the likelihood of alternative offers. Specific performance would require the promisor to buy his way out of the contract, which is often more expensive than paying damages.

The foregoing leads to the conclusion that in the case of unique performance, the parties will most likely agree to the incorporation of a specific performance clause: the promisee is willing to incur the (extra) costs to assure performance, and the promisor is indifferent as the chance of alternative offers is low. In case of non-unique performance, both parties will generally agree to damages. The promisor is willing to incur the costs to assure the possibility to breach, and the promisee is indifferent because monetary damages will allow the latter to secure substitute performance. These *ex ante* preferences and interests of both parties illustrate that the uniqueness-test reflects the typical solution parties would arrange for themselves. While the uniqueness-test reflects parties' intentions, the current

---

54 Kronman, A., *o.c.*, p. 365-369.

rules in common law reduce pre-breach negotiation costs which parties would otherwise have incurred at the time of contracting. In particular, according to the intention-justification theory, general availability of specific performance would induce parties to negotiate contract provisions which would precisely restrict the use of specific performance, which leads parties to incur additional pre-breach negotiation costs.

Schwartz takes objection to this line of reasoning since he finds no reason to assume that parties' preferences are congruent with law, and he finds it difficult to derive from parties' preferences general legal rules for remedies.⁵⁵ The author argues that even in the case of unique goods, a promisor will to a certain extent want to preserve his right to breach. While Kronman may be correct to assert that in case of unique goods, alternative offers will be few, Schwartz indicates that the offers that *are* made will be of a much higher value than the former offers. It is generally acknowledged that in an undeveloped market for unique goods, increases in demand have a substantial effect on price, as the market is inelastic.⁵⁶ A promisor operating in the unique goods market will have random and infrequent offers, but these offers will show greater dispersion in price. Thus, at this point the intention-justification theory goes awry.

In addition, Schwartz states that there is no empirical evidence that a restriction of the specific performance remedy minimizes the pre-contractual negotiation costs, justifying the abandonment of the intention-justification theory.⁵⁷ In other words, Schwartz argues that under the current common law regime, parties may actually incur pre-breach negotiation costs in providing for liquidated damage clauses, which carry out a function similar to specific performance, in cases in which the latter is now prohibited or the success of a claim is uncertain. If, on the other hand, specific performance were made routinely available, the pre-breach negotiation costs related to these types of clauses would be saved. Similarly, Ulen indicates that for those parties who place a subjective valuation on performance and would prefer specific performance to money damages, the routine availability of specific performance would reduce formation (*i.e.*, pre-breach negotiation) costs by relieving them of the costs of contracting around the inadequacy of money damages or demonstrating at trial the inadequacy of money damages. While Ulen acknowledges that the routine availability of specific performance will oblige parties who prefer money damages to incur extra costs in order to avoid being specifically bound in the event of breach, Ulen contends that the growth of boilerplate clauses for these types of cases will mitigate these costs.⁵⁸

---

55 Schwartz, A., *o.c.*

56 Schwartz, A., *o.c.*, p. 281-283.

57 See, *e.g.*, Schwartz, A., *o.c.*

58 Ulen, T., *o.c.*

Some authors have also questioned the classification of unique and non-unique goods in general, and more particularly their assimilation with an undeveloped respectively a developed market. Schwartz asserts that equating the market for unique goods with an undeveloped market as Kronman does may be misleading, as markets for unique goods may actually be well-organized, such as the market for antiques.⁵⁹ Thus, in such a case there may well be enough information available which enables the court to realize a correct estimation of an amount in damages. Damages then do not *per se* lead to under-compensation in the case of unique goods. Related to this, Bishop indicates that it is important not to distinguish between non-unique and unique goods, but between non-unique and unique uses.⁶⁰ Ulen, furthermore, argues that not uniqueness but subjective valuation should be used to refer to the situations which make specific performance attractive to parties.⁶¹ Others have argued that the single characteristic of uniqueness is hardly determinative of parties' preferences: no single factor can determine parties' preferences for a specific type of remedy, since this choice will always depend on the contracting context.⁶² Bishop, for example, breaks down contract breaches into a number of categories dependent on the identity of the breaching party (buyer or seller), the type of contract, and the alternative transactions available to buyer and seller, and relates a particular type of remedy to each category.⁶³ Eisenberg argues that actual specific performance should be awarded unless a special moral, policy, or experiential reason suggests otherwise in a given class of cases, or the promisee can accomplish virtual specific performance. A promisee can accomplish virtual specific performance if he can readily find on the market a commodity that he could not in good faith reject as an equivalent of the defective performance, given his demonstrable preferences, by which Eisenberg means subjective preferences whose existence can be satisfactorily demonstrated. More particularly, Eisenberg similarly states that whether a contract for the sale of goods should incorporate a specific performance remedy (actual specific performance) depends on the nature of the goods, the nature of the market, the nature of the contract and the party

---

59 Schwartz, A., *o.c.*, p. 281.

60 Bishop, W., "The Choice of Remedy for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, 1985 (14), p. 314-317.

61 Ulen, T., *o.c.*, p. 375-376. Ulen indicates that there is of course a relation between the two: the greater the likelihood that an individual's valuation of performance exceeds the objective market value, the greater the chance that performance is unique or one of a kind. However, the class of things to which someone attaches a subjective valuation is greater than the class of unique items or performance.

62 For example, in some property cases, parties may prefer damages to specific performance (Schwartz, A., *o.c.*, p. 284). Ulen, T., *o.c.*, p. 373-375, indicates that specific performance has been awarded in numerous cases where the uniqueness of goods is not obvious, e.g. in case of conveyance of land and agreements not to compete.

63 Bishop, W, *o.c.*, p. 305.

that has committed contractual breach.⁶⁴ Likewise, some authors argue that the preferable type of remedy should be driven by the transaction costs eminent in each individual case.⁶⁵

4. *Post-breach Negotiation Costs*

Another argument advanced in the literature to justify compensatory damages as the normal or presumptive remedy is the existence of post-breach negotiation costs.⁶⁶ Specific performance is similar to a punitive sanction that seeks to deter breach absolutely. In order for specific performance to have that effect, however, the assumption must be made that renegotiation over the specific performance award is costly. Take once more the example of the contract for the sale of the machine.⁶⁷ Buyer 1 contracts with the seller to buy the machine for \$ 100. Prior to delivery, however, demand increases and buyer 2 comes along and offers a price of \$ 150 for the same machine. Subsequently, equilibrium price rises to \$ 125. If available as a remedy, buyer 1 will demand specific performance, unless the seller pays \$ 25 in substitution damages plus \$ 15 profit. This premium is higher than what buyer 1 would have received under normal damages ($\$ 125 - \$ 100 = \$ 25$). The seller can sell to buyer 2 at \$ 150, compensate buyer 1 and still make a profit. Whenever the offer made by buyer 2 is higher than the market price, the seller will thus have an incentive to breach and buyer 1 will have an incentive to threaten with the enforcement of specific performance, in order to capture some of the profit the seller stands to gain from breach. More specifically, the seller, under a decree for specific performance, will negotiate with buyer 1 the surrender of the latter's right to specific performance in exchange for a sum of money. These post-breach negotiations, however, represent a deadweight loss, as they only serve to redistribute wealth between the seller and buyer 1 and do not generate additional wealth: buyer 1 accrues part of the profit otherwise collected by the seller.

64 For example, in case of a sale for homogeneous goods in light of a long-term supply contract, specific performance should be granted because the promisee will place a high premium on the reliability of supply. While these goods are homogeneous from an objective point of view, the supply plays a central role in this contract and, with regard to the question whether the promisee can secure similar performance on the remote market (virtual specific performance), the particular time period during which the goods are available plays a central role (Eisenberg, M., *o.c.*, p. 1030-1032).

65 See amongst others Ulen, T., *o.c.*; Mahoney, P., *o.c.*; Macneil, I., "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", *Virginia Law Review*, 1982 (68(5)), p. 958, who states that all transactions costs must be considered, such as the costs of initial planning of the first contract including negotiations (referred to as "pre-breach negotiations" by Kronman and Schwartz), the costs of planning after a new opportunity comes along, the costs of potential or actual litigation, information costs, uncertainty costs, and relational costs such as damage to a party's reputation.

66 See also Schwartz, A., *o.c.*, p. 284-285; Varadarajan, D., *o.c.*, p. 739.

67 A comparable example is also used by Schwartz, A., *o.c.*, p. 285.

If society is indifferent as to whether sellers or buyers profit from an increase in demand, and this is the case if society attempts to increase total welfare, then the law should eliminate such efficiency loss. Apparently, money damages eliminate this loss by foreclosing post-breach negotiations. Under an award of money damages, the seller in the example set out above would be able to make a larger profit, and compensate buyer 1 according to the expectation interest, without incurring any post-breach negotiation costs. This *ex post* efficiency argument is the cornerstone of the efficient breach theory espoused by Posner.⁶⁸

Absent transaction costs, however, either remedy should achieve similar efficiency results, albeit with a different wealth distribution among parties.⁶⁹ In particular, absent post-breach negotiation costs and assuming that negotiations are successful, the promisor will be able to buy his way out of the specific performance without incurring any cost. If we mirror reality and add transaction costs to our model,⁷⁰ why should it be assumed that post-breach negotiation costs are higher in the case of specific performance than in the case of an award of damages? The efficiency of each remedy depends on the transaction costs associated with each individual situation. Proponents of expectation damages presume, however, that in case of an award of damages, post-breach negotiation costs are zero, and post-breach negotiation costs in case of specific performance are so high that this will force a promisor to buy its way out of performance and subsequently lead to over-performance.

In my opinion, Schwartz correctly argues that the foregoing analysis is erroneous. Designating damages as the routine remedy would only be more efficient if post-breach negotiation costs under damages were smaller than under a decree for specific performance. It might indeed seem easy to assume that this is the case. The difference between the market price and the contract is easily determined, inducing the seller to pay promptly and reap the additional profits of selling to buyer 2. However, Schwartz illustrates that this conjecture is based upon the assumption that buyer 1 has access to the market at a significantly lower cost than the seller, *i.e.*, buyer 1 is assumed to easily attain another offer with the amount of money awarded as expectation damages.⁷¹ If both buyer 1 and the seller have similar access to the market, however, the seller would have an incentive to sell to buyer 1 at \$ 100 and buy a new machine on the market for \$ 125 to sell to buyer 2 for \$ 150. This implies that the seller can cover as easily as the buyer,

---

68 Posner, R., *o.c.*, 2003, p. 133.

69 Mahoney, P., *o.c.*; Macneil, I., *o.c.*

70 See also Kornhauser, L., *o.c.*, p. 708 who indicates that proponents of monetary damages as the routine remedy wrongly assume that that costs of initial contract negotiation and dispute resolution amount to zero.

71 Schwartz, A., *o.c.*, p. 285, n. 46 defines cover costs as "the costs incurred in locating the substitute and making a second transaction".

which would result in three transactions taking place. None of the aforementioned transactions involve post-breach negotiation costs. If sellers are able to cover as well as buyers, specific performance will not lead to post-breach negotiation costs. The question is whether similar cover costs exist in practice. Schwartz assumes that this is indeed the case and counters the arguments which might indicate that cover costs differ, thereby subsequently undermining the assumption of higher post-breach negotiation costs in case of specific performance.⁷²

Schwartz puts forward and counters the following arguments. A first argument is that dissimilar cover costs may encourage a buyer to breach the contract in order to redistribute part of the gains from breach through post-breach negotiations. Schwartz indicates, however, that underlying this argument is the erroneous assumption that the cover costs of both parties exceed the buyer's litigation costs.⁷³ The second argument made against similar cover costs is that in some cases the seller may not be able to cover at all (say, if the seller is a monopolist), and specific performance may lead to excessive post-breach negotiations. However, in such a case, the buyer will most likely face the same problem; thus post-breach negotiations will generally not differ for either remedy.⁷⁴ The third objection refers to the fact that buyer 1 and buyer 2 have different uses for performance, for example buyer 1's use is fungible while buyer 2's is not. Since cover costs for buyer 1 are then low, specific performance will generate high(er) post-breach negotiation costs as buyer 1 attempts to capture some of the gains from breach. In these cases, the exception should therefore be made for specific performance. However, Schwartz counters this argument by stating that the litigation and uncertainty costs of such an exception are likely to exceed the efficiency gains associated with suspending specific performance.⁷⁵ Finally, an argument against the assumption of similar cover costs and consequently post-breach negotiation costs is that upon occurrence of changed circumstances, post-breach negotiation costs will be higher under an order for specific performance than under money damages. However, Schwartz shows that specific performance and monetary damages "create identical incentives for the parties to engage in costly post-breach negotiations in the event of (e.g.) unexpected inflation".⁷⁶

Ulen substantiates the arguments made by Schwartz on similar cover costs, and makes two additional arguments to undermine the assumption of high post-negotiation costs in case of specific performance. First of all, parties may have taken their relative access to the market advantages into account in their contract price. The party with superior access abilities may have used this advantage to

---

72 Schwartz, A., *o.c.*, p. 287-290.

73 Schwartz, A., *o.c.*, p. 287-288; Ulen, T., *o.c.*, p. 386.

74 Schwartz, A., *o.c.*, p. 288-289; Ulen, T., *o.c.*, p. 386-387.

75 Schwartz 1979, p. 289-290; Ulen, T., *o.c.*, p. 387.

76 Schwartz 1979, p. 291; Ulen, T., *o.c.*, p. 387-388.

offer the counterparty more attractive terms: “If so, then the matter of who should bear liability for covering in the event of breach becomes a matter of determining parties’ implicit assignment of the risk of a particular contingency”.⁷⁷ Second, it is an overstatement to call post-breach negotiation costs a deadweight efficiency loss in so far as they serve only to redistribute wealth. While this might be the case in some situations, these short term efficiency losses may also lead to a superior exchange of mutually beneficial promises in the future and so pay for themselves:

“The short-term efficiency losses that occur are transitory and should not form the basis of a general argument in favor of money damages. That is, these losses should be balanced against the present discounted value of the resulting increases in the efficiency of exchanging promises in the future plus the present discounted value of the savings from reduced uncertainty about and from litigation over the terms of future exchanges”.⁷⁸

Several other arguments may be made against the disposition of higher post-breach negotiation costs under an order for specific performance. Ulen argues that in general, post-breach negotiation costs should never be high, as parties are engaged in, and have built up a relationship; if they have not yet provided for relief in case of breach, the costs of doing so post-breach should be low.⁷⁹ Ulen states additionally that under specific performance, the costs of determining parties’ valuations of performance are borne by those parties in voluntary negotiations.⁸⁰ Finally, Ulen contends that if contractual parties are on aware that valid promises will be specifically enforced, they will exchange reciprocal promises more efficiently at the time of formation. In particular, they will have a stronger incentive than currently exists under the dominant legal remedy of monetary damages to allocate efficiently the risks of loss from breach rather than leave that task, in whole or in part, to the court or to post-breach negotiations conducted under the threat of a potentially inefficient legal remedy. In contrast, in case of monetary damages, parties may incur high post-breach negotiation costs relative to specific performance: under an order for specific performance, the inquiry of the court ends with the determination that breach has occurred; in case of monetary damages, the court must also establish the amount of damages that will efficiently compensate the innocent promisee.⁸¹ Indeed, Eisenberg and Schwartz indicate that post-breach negotiation costs are also incurred in case of damages, as the

---

77 Ulen, T., *o.c.*, p. 388.

78 Ulen, T., *o.c.*, p. 389.

79 Ulen, T., *o.c.*, p. 370.

80 Ulen, T., *o.c.*, p. 365-366.

81 Ulen, T., *o.c.*, p. 365.

plaintiff will incur costs related to the determination of the value of the loss, the employment of experts to aid in that determination, the negotiations conducted in order to recover the losses and the legal fees and costs of litigation.⁸²

In contrast, Bishop indicates that even when no empirical evidence has been found, there is sound theoretical reason to believe that the post-breach negotiation costs generated by specific performance are higher than those generated by the expectation damages rule.⁸³ In his analysis, Bishop refers to a concept that is wider than unique goods, namely non-substitutable contracts, indicating that the seller cannot substitute his performance with an act or object different from the original one. Bishop identifies two critical components of the post-breach negotiation costs: information costs (the costs of transmitting information), and bargaining costs (the costs generated by a bilateral monopoly). According to Bishop, negotiations are successful when parties are able to avoid both excessive performance and breach. Consider the example mentioned earlier with buyer 1 and 2 and the seller. As far as regards monetary damages, only the value of buyer 1's expectancy under the contract is of importance; the seller's expectancy of the second sale is relevant, but only for the seller. In contrast, as far as specific performance is concerned, the value of the seller's expectancy on buyer 2 is also of relevance to buyer 1, as buyer 1 will want to reap part of the profits from breach. Thus contends Bishop, more time is spent acquiring information in light of post-breach negotiations under a specific performance award than under a damages rule, which increases information and subsequently post-breach negotiation costs. This is especially the case since information is asymmetric between buyer 1 and the seller: the seller will want to make buyer 1 believe that the expectancy value of buyer 2 is low, an assertion which buyer 1 will distrust, demanding more evidence. In the second place, post-breach negotiation costs will also be higher due to the fact that the bargaining game will be extended under a specific performance award, even when parties agree on a value at the time of breach.⁸⁴ The bilateral monopoly situation under a specific performance award poses a problem because the value of the seller's payment to buyer 1 can range from buyer 1's expectancy value under the original contract to the seller's expectancy value from breach. Thus, the bilateral monopoly induces an extra cost of strategic behavior between buyer 1 and the seller. Each will attempt to capture the largest part of the pie. In contrast, under a damages rule the result would be determinate, *i.e.*, the seller pays an amount in damages and reaps profits of buyer 2, but the foregoing illustrates that under a specific performance award, the game is indeterminate.⁸⁵

82 Schwartz, A., *o.c.*, p. 288; Eisenberg, M., *o.c.*

83 Bishop, W., *o.c.*, p. 311-314. See also for more elaborate criticism Yorio, E., "In Defense of Money Damages for Breach of Contract", *Columbia Law Review*, 1982 (82), p. 1365-1424.

84 Bishop, W., *o.c.*, p. 313.

85 Bishop, W., *o.c.*, p. 314.

Finally, Bishop argues that the analysis by Schwartz in relation to cover costs is too simplistic? The analysis is based on the distinction between unique and non-unique goods, but Bishop, as mentioned before, argues that a distinction should instead be made between unique and non-unique uses: “[a] particular good may be unique in [buyer 1’s] use and non-unique in [buyer 2’s] use, and vice versa”,⁸⁶ while in addition the seller’s performance may or may not be substitutable. Bishop illustrates that damages will be superior in the case where buyer 1’s use is non-unique and buyer 2’s use is unique. For example, Schwartz argues that specific performance will be inefficient in the case where the seller has higher cover costs than the buyer, but that these cases are rare. Bishop indicates that Schwartz does not consider the reverse case where damages may be inefficient under higher cover costs for buyer 1 “[b]ecause [buyer 1’s] damages will always include his cover cost, [and the seller] has an automatic incentive under a damages rule to cover himself whenever he has a cover cost advantage”.⁸⁷ Damages then are always efficient in this case, in contrast to specific performance.

5. *Transaction Costs*

Mahoney argues that the choice for a particular remedy should depend on the transaction costs associated with each type of remedy in each particular situation.⁸⁸ Even if the choice of a remedy has no allocative consequences, it will have distributive consequences, which may affect the risk borne by each party. In his article, Mahoney attempts to determine how those distributional effects influence parties’ preferences for a certain type of remedy. In doing so, Mahoney characterizes money damages as an option, more specifically the option of the seller to buy back his performance by paying an amount of money. Under a specific performance award, this option is lacking. The option approach provides a plausible explanation for the rules adopted under the common law.

Besides post- and pre-breach negotiation costs, Ulen indicates that there may be other transaction costs, such as mitigation costs, that may well lead to the inefficiency of specific performance compared to expectation damages.⁸⁹ In case of money damages, the plaintiff has an obligation to mitigate its losses. Such a common law rule, however, does not exist in relation to a claim for specific performance, which may give the plaintiff an incentive to act otherwise. Ulen directly counters this possibility and illustrates with several examples that

---

86 Bishop, W., *o.c.*, p. 314.

87 Bishop, W., *o.c.*, p. 316.

88 Mahoney, P., *o.c.*, p. 139-163.

89 Ulen, T., *o.c.*

alternative contract remedies are actually equally efficient in mitigating the recoverable loss as money damages.⁹⁰

Macneil finds that the transaction cost analysis should not stop at pre-breach and post-breach negotiation costs, but that negative transaction costs and externalities must also be taken into account.⁹¹ Negative transaction costs refer to the effects created by rules which limit the amount of monetary damages to be awarded. The costs depend on the type of rule and on whether breach occurs or is threatened or whether negotiations are viewed as leading toward mutually beneficial allocations of increased productivity. For example, the foreseeability and certainty rule will cause parties to communicate distress early on in their relationship, leading to additional costs. Externalities refer to the extent to which a party that commits breach can avoid paying all the costs of the decision not to perform. Externalities will increase the likelihood of an inefficient breach decision. Under U.S. law, for example, externalities are caused *inter alia* by the fact that a major part of the costs of litigation are borne by the party that initially incurs them, the uncertainty of measuring damages, and the costs of litigation in general. Macneil indicates that one manner in which externalities may be reduced is by requiring joint decision-making by the parties in case of termination, as occurs under specific performance.

6. Liberty Interests

A fifth argument against the routine availability of specific performance is that this would compromise the liberty interests of the promisor.⁹² In other words, specific enforcement would force a promisor to do something that he or she does not want to do. This argument is not limited to the law and economics literature.⁹³ Eisenberg, for example, states that in case of contracts for the provision of personal services where the employee breaches the contract and the employee may be qualified as the promisor “selling the services”, no decree for specific performance should be awarded as far as this would result in involuntary servitude and raise moral objections.⁹⁴

Schwartz counters these liberty concerns by stating that even in the case of roughly fungible or unique goods, “the goods are assets to the promisor much like cash; requiring their delivery is not relevantly different from requiring the

90 Likewise Ulen, T., *o.c.*, p. 389-393 investigates whether other rules, such as the foreseeability and certainty rule, which usually limit the amount of damages recoverable, may aid to render expectation damages a more efficient remedy than specific performance.

91 Macneil, I., *o.c.*, p. 957.

92 See, e.g., Varadarajan, *o.c.*, p. 740-741.

93 See, e.g., Farnsworth, A., *o.c.*, 2000, § 12.4; Zweigert, K. and Kötz, H., *o.c.*, p. 482.

94 Eisenberg, M., *o.c.*, p. 1019-1020 and p. 1036-1040.

delivery of cash”.⁹⁵ Likewise, services offered by large corporations are impersonal and thus comparable to monetary transactions, such that neither the corporation’s liberty interests nor interests of employees are burdened by a specific performance decree. According to Schwartz, the liberty interests are only affected in case of “an individual promisor who performs personal services”.⁹⁶ Current law in the U.S. already takes this concern into account and does not award specific performance in such a case.⁹⁷ This is also true for most civil law systems and the Principles of European Contract Law (PECL).⁹⁸ Therefore, the liberty interest and the related concerns regarding the coercion to perform against an individual’s will should not pose a barrier to the expansion of specific performance to cases concerning the sale of roughly fungible goods and services in general.

In addition, Eisenberg, as well as Schwartz, argue that any principle governing the type of remedy to be administered should be promisee-centered and not court-centered. Promisees themselves, and not the courts, are in the best position to decide whether a damages remedy will provide adequate compensation, and whether a decree of specific performance entails enforcement difficulties.⁹⁹ The routine availability of specific performance would allow parties to make this choice themselves.

7. Supervision Costs

One final point made by critics of the normal or presumptive availability of specific performance is that this increases the administrative or supervision costs to courts.¹⁰⁰ It increases administrative costs while the court will have to see to it that performance is indeed enforced and that the performance is of the quality as ordained by the contract.¹⁰¹ Lando and Rose, for example, compare (the use of) the remedy of specific performance in several civil law countries. The authors provide evidence that specific performance is in fact a rare remedy in Denmark, Germany, and France. This evidence was found in Denmark by researching a database which contains the cases reported in the Danish Weekly Law Report (*Ugeskrift for Retsvaesen*) from 1950 till April 2000. While a comparable database was not available in Germany and France, the authors for these countries relied

---

95 Schwartz, A., *o.c.*, p. 297.

96 Schwartz, A., *o.c.*, p. 297.

97 Restatement (Second) of Contracts § 367; *Lumley v. Wagner*, 42 Eng. Rep. 687 (Ch. 1852).

98 Article 9:102 PECL.

99 Schwartz, A., *o.c.*, p. 277.

100 See, e.g., Farnsworth, A., *o.c.*, 2000, § 12.4 & § 12.7; McKendrick, E., *Contract Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 1131. See also *Ryan v. Mutual Tontine Association* [1893] 1 Ch. 116.

101 See, e.g., Shavell (2006), “Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, *Texas Law Review*, 2006 (84(4)), p. 845-846.

on accounts by legal experts, and a survey of the comparative literature on contract breach. The authors ascribe their findings primarily to the administrative costs associated with enforcement of a specific performance award. More specifically, the authors contend that the costs of writing down the specific obligations in case of an order for specific performance exceed the costs related to the establishment of the amount in monetary damages. Furthermore, when the defendant does not comply with the order for specific performance, the court will have to impose periodic fines. In contrast, when damages constitute the remedy, the bailiff can just enforce the claim, *e.g.*, assets can be seized. In addition, during the time-period that it takes to enforce and administer specific performance, the value of performance may have fallen. In order to prevent the foregoing and speed up the process of enforcement, the court may refer to penalizations. However, penalization also involves (extra) costs.¹⁰²

Advocates of the routine availability of specific performance indicate that the administrative costs are overstated. Eisenberg indicates that supervision or administrative costs are actually no greater in the case of specific performance than in the case of damages. Likewise, Ulen states that these costs are likely to be high in a relatively small number of cases, *e.g.*, cases concerning personal services,¹⁰³ and in these cases the associated inefficiencies are highly exaggerated. In case of an order for specific performance, a defendant may either decide not to perform because this is not possible or too costly, or the possible effects on the reputation of the defendant will induce correct performance. In addition, Ulen indicates that if supervision costs are really that high and frequently incurred, then these costs could be mitigated by a system of special masters who are employed to oversee the equitable decrees. In such a manner, the costs are born by the litigants and not by the taxpayers in general. A similar argument is made by Schwartz.¹⁰⁴

8. Empirical Evidence

Listokin argues that while neither remedy, damages or specific performance, is better from a theoretical perspective, the choice of remedies should be an empirical one.¹⁰⁵ Listokin suggests that when the risks of under-compensation are greater than the risks of over-performance, specific performance is the preferred remedy. In contrast, when the risks of over-performance are greater, damages

---

102 Lando, H. and Rose, C., "The enforcement of specific performance in civil law countries", *International Review of Law and Economics*, 2004 (24(4)), p. 473-487.

103 Ulen, T., *o.c.*, p. 399.

104 Schwartz, A., *o.c.*, p. 293-296.

105 Listokin, Y., "The empirical case for specific performance: evidence from the IBP-Tyson Litigation", *Journal of Empirical Legal Studies*, 2005 (2(3)), p. 493.

provide a better remedy.¹⁰⁶ In case of specific performance, however, inefficient performance will ensue if post-breach negotiations fail. Listokin uses the *Tyson v. IBP* case¹⁰⁷ to provide empirical evidence for the *ex-post* efficiency of the specific performance award.¹⁰⁸ In a world with transaction costs, failures in bilateral monopoly bargaining resulting from differing valuations, liquidity constraints, spite and endowment effects may make inefficient non-performance a likely outcome when performance is not compelled. Even if efficient performance occurs in spite of these obstacles, a damage remedy necessitates costly bargaining to attain the efficient outcome. Tyson, the largest chicken company in the U.S., agreed to acquire IBP, the largest U.S. beef producer, to create the “nation’s leading protein provider”. Tyson, however, at some point during the acquisition process, asserts that certain developments have adversely affected IBP’s business and thereby violated IBP’s warranties. Consequently, Tyson attempts to terminate the acquisition through invocation of a material adverse change (MAC) clause in the merger agreement.¹⁰⁹ The case was brought before court which rejected Tyson’s claim and awarded specific performance, *i.e.*, Tyson was required to merge with IBP.¹¹⁰ Listokin in his article examines the stock market consequences of this event. The court felt that Tyson was inappropriately attempting to reassign exogenous risks by exercising the clause in the merger agreement. In addition, the court was concerned about the miss-estimation of a damage remedy, and finally the court found no evidence that the underlying logic of the merger had been changed by the downturn in the industry. The court chose specific performance over damages in order to mitigate the risks of under-compensation and minimize bargaining costs otherwise associated with bargaining over damages. While the market expected an award in damages, it responded positively when it learned that specific performance was granted: the combined stock value rose 4.6% within one day of trading and 5.4% over a three-day window. Listokin indicates that the increase in stock market value was most likely the result of an increase in the probability of a value enhancing merger.¹¹¹ The order for specific performance raised this prob-

---

¹⁰⁶ Listokin, Y., *o.c.*, p. 475.

¹⁰⁷ *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.* (Del. Ch. June 15, 2001).

¹⁰⁸ Listokin, Y., *o.c.*, p. 469-493.

¹⁰⁹ The Delaware Chancery Court later concludes that Tyson was actually using the MAC clause to exit the merger while the beef industry was gripped by a post-cyclical downturn after the agreement had been signed, which adversely affected IBP’s value: “the notion that the [MAC clause] gave Tyson a right to walk away simply because of a downturn [in the industry] is untenable” (*IBP*, 789 A.2d., p. 66).

¹¹⁰ Listokin, Y., *o.c.*, p. 471.

¹¹¹ Listokin, Y., *o.c.*, p. 487-488. Listokin also considers whether the value increase could have been caused by the reduction of the probability that Tyson would be forced to make large damages payments that would cause value-destroying financial distress. Listokin disposes of this argument, however, contending that it was unlikely that financial distress would result from any hypothetical damages payments in the case.

ability as both parties had undertaken transaction specific investments that could not be recouped in case of a failure to merge, and Tyson and IBP chose to resort to court rather than settle their differences internally, suggesting that each parties held distinct views with regard to their rightful share of total surplus, making successful negotiations less attainable, while court procedure contributed to the hostility between parties. These and other factors may have prevented a successful merger outside a mandate.¹¹² The facts of the case, in addition, indicate that over-performance was not a salient concern. Apparently the specific performance award reduced the probability of bargaining breakdowns in a bilateral monopoly setting between two hostile parties and mitigated principal-agent conflicts that might have impeded an efficient merger. The foregoing may suggest that the law may not be providing an efficient balance between damages and specific performance remedies. Listokin adds that specific performance may be particularly appropriate in material adverse change clause litigations, since there are reasons to believe that these clauses create unusually high risks of underperformance.¹¹³

E. Digression: Remedies for Breach of Contract in Civil Law: Dutch Law

In Dutch law, in case of breach of contract, the injured party has a “free choice” between a range of remedies: specific performance, specific performance combined with compensatory damages for delayed performance (“aanvullende schadevergoeding”), compensatory damages (“vervangende schadevergoeding”), and, in case of synallagmatic contracts, termination of the contract (invoking the consequences of discharge by breach), and termination combined with damages.¹¹⁴ In addition, breach of contract will give the creditor a right to withhold its own performance, or demand a price reduction (*action quanti minoris*).

According to Dutch law, a promisee of an obligation may, in principle, always bring an action for specific performance. Specific performance is generally regarded as the primary remedy. As long as performance remains possible, the creditor is not obliged to content itself with a substitute. The promisee may bring an action for performance even in case of an obligation “to do” or “not do to”. Article 3:296 of the Dutch Civil Code (hereafter: “BW”) gives the creditor the right to enforce any obligation or duty in court, whether or not the debtor is in default in performing the obligation. Article 3:296 BW constitutes a procedural right. The reason behind the formulation of a general procedural right to specific performance

---

¹¹² Listokin, Y., *o.c.*, p. 489.

¹¹³ Listokin, Y., *o.c.*, p. 493.

¹¹⁴ Of course this “free choice” is restrained by the fact that the party must still fulfil the particular conditions for each type of remedy. The Dutch Civil Code contains special provisions on remedies for breach of contract in consumer sales transactions: Articles 7:21 *et seq.*

emanates from the fact that the right to (specific) performance is inherent in the existence of an obligation (in this case contract) itself, and therefore is not merely a consequence of non-performance.

The law, the nature of the obligation or a legal act may restrict a claim for specific performance. From Article 3:40 BW, it follows that a legal act, *e.g.*, a contract, is deemed null and void if its content or intention is found to impinge upon the *bona mores* or *ordre public*. Subsequently, a claim for specific performance concerning an obligation arising from such an illicit contract will not be honoured. When performance has become absolutely or relatively impossible, a claim for specific performance will not be upheld. In the case of a temporary impossibility to perform, a claim for specific performance may be brought, albeit subject to the condition that performance will become possible at a later stage; the impediment to performance must fall away.

While parties are in principle free to restrict the right to specific performance by contract, such a restriction must be in compliance with other provisions of the BW, such as Articles 6:2 and 6:248 BW (requirements of reasonableness and fairness).

In case of an obligation “to do” or “not to do”, a debtor cannot himself be forced to perform the contract or obligation, as coercion, similar to common law, is considered illicit: *nemo praecise ad factum cogi potest*. According to Article 3:299 paragraph 1 BW, however, the court may, upon demand, where a person does not do what he is obliged to do, or refrains from doing, authorize the creditor of the obligation to effectuate himself that which would have resulted from the performance. Article 3:299 BW only applies to performance which can also be covered by a third party; in principle the article is not applicable to obligations which concern precisely the performance of the specific creditor, *e.g.*, an opera singer, a presentation of academic caliber, the provision of information, etcetera. As such, obligations of a personal nature may not be, or usually are not enforced. The foregoing restriction on specific performance does not grant the debtor leeway to simply complete performance and seek another customer; if this does occur, buyer 1 will simply be allowed to seek this performance. The impediment to specific performance in case of obligations of a personal nature is justified by similar reasoning as under common law. First of all, to demand specific performance in case of a contract concerning a personal service is looked upon as coercion, which must be avoided. Secondly, the quality of performance is not guaranteed. A claim for specific performance of a labor contract is admissible, but may not be accompanied by a demand for a “dwangsom” (a periodic penalty payment for non-compliance with the court order to perform the obligation), or “gijzeling” (imprisonment in order to coerce the employee to perform his obligation); in such cases unsuccessful compliance with the court’s order for performance may only result in a claim for damages, termination or the withholding of the creditor’s own performance.

A claim for specific performance may also be restricted on the ground of an abuse of right. Parties to an agreement must act in accordance with requirements of reasonableness and fairness (“redelijkheid and billijkheid”). The abuse of a right is generally prohibited under Article 3:13 BW. An abuse of right occurs when whichever right, including a right to claim specific performance, is exercised with the sole intention of harming another or for a purpose other than that for which it was granted, or where its holder could not reasonably have decided to exercise it, given the disproportion between the interest to exercise the right and the harm caused thereby (Article 3:13 paragraph 2 BW). According to Loos, this article implies that the creditor may not demand specific performance if that remedy would unreasonably burden the debtor and the specific performance would not be more beneficial to the creditor than another remedy would have been.¹¹⁵ The Hoge Raad has stated that, in principle, the creditor is free to resort to the remedy of specific performance, insofar as performance is still possible, instead of damages.¹¹⁶ However, the Hoge Raad emphasized that in choosing the type of remedy, the creditor is bound by the requirements of reasonableness and fairness, which implies that in the process of choosing a particular remedy, the creditor must take into account the justified interests of the debtor. Whether a creditor is entitled to claim specific performance thus depends on the balance of interests between the creditor and the debtor. These interests do not only concern financial economic interests. The Hoge Raad’s ruling may be seen as an application of the requirement of proportionality.¹¹⁷ The balancing of interests, *i.e.*, the notion that in certain cases the interests of the debtor in case of non-performance should carry greater weight than the interests of the creditor in case of performance emanates from the requirements of reasonableness and fairness.¹¹⁸

According to Article 6:248 BW, a contractual or legal provision does not apply if its application would be unacceptable according to the criteria of reasonableness and fairness. This application is illustrative of the restrictive function of the principle of reasonableness and fairness. This restrictive function has led to the doctrine of “rechtsverwerking” (forfeiture of rights). A special case of the doctrine of forfeiture of rights has been incorporated in statute in Article 6:89 BW. This article provides that a creditor may no longer invoke a defect in the performance if he has not complained to the debtor promptly after he has discovered or should reasonably have discovered the defect.

The free choice of remedies in Dutch law may counter the argument concerning

115 Loos, M., “Right to performance”, in Busch, D. *et al.* (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 355.

116 Hoge Raad 5 January 2001, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, no. 79.

117 Loos, M., *o.c.*

118 Veldman, M., “Grenzen aan het recht op nakoming”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2001, p. 734.

the under-compensatory effects of damages and the uniqueness test. In Dutch law, the choice of remedy lies with the parties and the creditor may choose the type of remedy which is found to be most suitable. When a transaction concerns non-unique goods, particularly in business transactions, parties will on the whole be eager to agree on an award of damages, in order to provide for swift relief. Full compensation will be possible in principle. Should the creditor attach a subjective value to the non-unique goods or use of these goods, which would make damages – in common law terminology – an inadequate remedy, the creditor would be able to claim specific performance in Dutch law in contrast to common law jurisdictions; evading the strict uniqueness test and the objections made thereto. In case of such a claim, the fact that the creditor attaches a subjective value to the goods will shift the goods to the party which values them the most, taking into account also distributive justice. If specific performance would cause a greater loss to the debtor than compensation, the parties can still decide to enter into negotiations in order to allow the debtor to buy its way out of performance. If these negotiations are costly, the question is whether such negotiations and avoidance of specific performance will in the end be less costly than direct performance.

The risk that a creditor might behave strategically in choosing between remedies under Dutch law is also relaxed by Article 3:13 BW, and, moreover, by the Hoge Raad's ruling that a creditor, in choosing a particular remedy, must take into account the justified interests of the debtor.

The Dutch system also seems to concede the objections to a more routine availability in light of pre-breach negotiation costs. It is important to state that I find the reasoning underlying the intention justification theory to be weak: parties' intentions will never be completely congruent with the uniqueness test. Evidence thereof is also provided by the fact that the common law has attempted to render the strict system of remedies more flexible through the grant of injunctions. Even under a restriction of the type of remedy for breach of contract as in the case of the common law, parties will incur pre-breach negotiation costs in their attempt to incorporate provisions which simulate the effects of the incorporation of a right to specific performance, such as liquidated damage clauses. Whenever the choice of remedies is unrestricted, as in most civil law systems, parties on the other hand may incur pre-breach negotiation costs through the restriction of the choice of remedies available in their contract. Hence neither system diminishes or eliminates these pre-breach negotiation costs. The question then is in which case the incurrence of pre-breach negotiation costs is greater. I believe that this is the case under a restrictive regime of remedies, as also purported by Ulen.¹¹⁹ An *ab initio* greater choice of remedies grant parties greater leeway for restriction, for which standard boilerplate can easily be developed, in contrast to the case where

---

¹¹⁹ Cf., Subsection D above.

parties will have to investigate and design all kinds of complicated clauses, which may serve to simulate the effect of a specific performance clause.

Is Dutch law, in the third place, able to eliminate the excessive post-breach negotiation costs which accompany specific performance according to proponents of the routine availability of damages? It is submitted that I agree with the proposition that there is no empirical evidence that post-breach negotiation costs under an order for specific performance will be higher than under an award of damages. Schwartz theoretically derives arguments to prove that higher post-breach negotiation costs will only occur if cover costs between parties are dissimilar and consequently counters the latter proposition.¹²⁰ He states and challenges the argument that dissimilar cover costs may encourage the creditor to breach the contract in order to reap part of the debtor's profit through post-breach negotiations. The foregoing reasoning for dissimilar cover costs may also be countered by the fact that loss mitigation rules will discourage behavior on the side of the creditor which induces breach, thus even if cover costs are dissimilar such post-breach negotiation costs will be reduced. Even if cover costs were dissimilar, I agree with Ulen that such costs may have beneficial effects in the long run.¹²¹ In Dutch law, in addition, even when a creditor demands damages, the creditor will have to incur costs to place the debtor into default and finally collect the damages, which also constitute post-breach negotiation costs. Moreover, as mentioned by several other authors, the proof of damage incurred by the parties to the court and the estimation of damages is not without costs.¹²² Furthermore, other types of (transaction) costs as mentioned by Macneil and Ulen in Subsection D.5 not only play a role in common law jurisdictions, but also affect the efficiency of each type of remedy in civil law systems, such as Dutch law.¹²³

It is generally assumed both in the legal literature as well as in the law and economics literature that enforcement of a contract concerning a service of personal nature would impede upon liberty of the individual debtor concerned.¹²⁴ I do not believe, however, in line with proponents of a more routine availability of specific performance, that this routine availability would indeed lead to involuntary servitude. Transactions concerning a service of a personal nature in principle exclude a claim to specific performance in both common law and civil law jurisdictions. This illustrates that the more general availability of specific performance is possible while preserving an impediment to a claim of specific performance in certain cases in which it is not desired and contrary to public moral. Both in the United States and the Netherlands employment contracts are

---

¹²⁰ Subsection D above.

¹²¹ Subsection D above.

¹²² Subsection D above.

¹²³ Subsection D above.

¹²⁴ Subsection D above.

enforceable but not to the extent that persons may be forced to cooperate upon penalty of a fine or imprisonment.

With regard to the administrative costs, I agree with the advocates of the routine availability of specific performance that these costs are highly exaggerated. In addition, there are also costs connected with the enforcement and execution of an award of damages. These costs are neglected by proponents of the damage doctrine. Administrative costs for the enforcement of a remedy for breach of contract exist irrespective of the type of jurisdiction and system of remedies. These costs may only be reduced through effective rules of enforcement.

I conclude by stating that whether a particular remedy is efficient probably depends on the particular circumstances of the case. However, I agree with proponents of a routine availability of specific performance that such a routine availability will not *per se* lead to inefficient solutions in remedies for breach of contract. To the contrary, Dutch law seems to provide the creditor and even debtor with more flexibility than common law jurisdictions without immediately imposing inefficient solutions in contract law regarding remedies for breach.¹²⁵ Dutch law allows the creditor to choose the type of remedy which it finds most apt instead of constraining parties' choice and leaving the decision to the court. It indeed seems that parties will often have a better feeling and view of their relationship and can, through the free choice of remedies, choose the most efficient solution. Therefore, I believe the system of contract remedies in the Netherlands is relatively efficient from a law and economics perspective.

F. Remedies for Breach of Contract in the Consumer Sales Directive

1. Introduction

On May 25, 1999, the EC adopted its Consumer Sales Directive. The heart of the Consumer Sales Directive is in Articles 2 and 3, which require that where consumer goods are sold to a consumer, "the seller must deliver goods (...) which are in conformity with the contract", and prescribe the remedies available to the consumer in the event of the seller's failure to do so. Any contractual terms or other restrictions on the consumer's rights or remedies before the lack of conformity is

¹²⁵ See also Katz, A., "Remedies for Breach of Contract under the CISG", *International Review of Law & Economics*, 2006 (25), p. 394, who contends that: "In judging the economic rationality of the CISG's remedial provisions, one should attend to the differences in relative transaction costs and institutional constraints between international and domestic sales contracts (...) Because of the difficulty of generalizing about these costs and constraints (...) we should (...) make it easier for the parties to choose the regime for themselves which best suits their individual needs. For example the law should defer liberally to parties' ex ante contractual choices between money damages and specific performance (...)"

brought to the seller's attention (*i.e.*, whether agreed before or after delivery of the goods), are ineffective (Article 7).

For the purposes of the Consumer Sales Directive “consumer”, “seller” and “consumer goods” are defined in Article 1. “Consumer goods” are defined as “any tangible movable item, with the exception of: (i) goods sold by execution or otherwise by authority of law, (ii) water and gas where they are not put up for sale in a limited volume or set, and (iii) electricity”. The Consumer Sales Directive does not seem to apply to most non-sale supplies; the Directive's language throughout refers to “seller” and “contract of sale” which suggests that arrangements such as hire purchase are excluded from its scope. On the other hand, the Consumer Sales Directive does contain express provisions for two types of non-sale arrangements. First, it applies to contracts to supply and install goods where “installation forms part of the contract of sale of the goods and the goods were installed by the seller or under his responsibility” (Article 2, paragraph 5). Second, “[c]ontracts for the supply of consumer goods to be manufactured or produced shall also be deemed contracts of sale for the purpose of [the] Directive” (Article 1 paragraph 4 of the Directive).

Article 2 paragraph 2 of the Directive states that:

“Consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they:

- (a) comply with the description given by the seller and possess the qualities of the goods which the seller has held out to the consumer as a sample or a model;
- (b) are fit for any particular purpose for which the consumer requires them and which he made known to the seller at the time of conclusion of the contract and which the seller has accepted;
- (c) are fit for the purposes for which goods of the same type are normally used;
- (d) show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect (...).”

This list of “most common situations” is not exhaustive, and creates a *rebuttable* presumption of conformity.¹²⁶ Therefore, goods which comply with the requirements of Article 2 paragraph 2 may not be in conformity with the contract if they do not correspond with other express or implied terms of the contract. Moreover, there may be no lack of conformity even where goods do not comply with the requirements of Article 2 paragraph 2. Paragraph 3 of Article 2 mentions two situations where this may be the case. First, where the consumer was aware, or could not reasonably have been unaware, of the lack of conformity at the time

---

¹²⁶ Recital 8.

the contract was concluded. Second, where the contract is for the supply of goods manufactured by the seller using materials supplied by the consumer, and the lack of conformity originates in the materials supplied by the consumer. Conformity is to be judged at the time of delivery.

The Consumer Sales Directive's remedial scheme is different from the system of contract remedies in the legal systems of the Member States (e.g., the Netherlands). The starting point of the Directive is party autonomy: "(...) in cases of a lack of conformity, the seller may always offer the consumer, by way of settlement, any available remedy; (...) it is for the consumer to decide whether to accept or reject this proposal".¹²⁷ In the absence of agreement, Article 3 states that the consumer shall be entitled to one or more of the following remedies ("rights"): (i) repair of the goods, (ii) replacement of the goods, (iii) price reduction, or (iv) rescission of the contract. Whereas earlier proposals of the Directive provided for the consumer to choose between these remedies, the final text effectively establishes a hierarchy of remedies.¹²⁸ Repair and replacement are the primary remedies, with price reduction or rescission available only in limited circumstances:

"[T]he consumer may require the seller to repair the goods or he may require the seller to replace them, in either case free of charge, unless this is impossible or disproportionate. [Repair or replacement] shall be deemed to be disproportionate if it imposes costs on the seller which, in comparison with the alternative remedy, are unreasonable, taking into account: (i) the value the goods would have if there were no lack of conformity, (ii) the significance of the lack of conformity, and (iii) whether the alternative remedy could be completed without significant inconvenience to the consumer. Any repair or replacement shall be completed within a reasonable time and without any significant inconvenience to the consumer (...). The consumer may require an appropriate reduction of the price or have the contract rescinded: (i) if the consumer is entitled to neither repair nor replacement, or (ii) if the seller has not completed [repair or replacement] within a reasonable time (...) or (...) without significant inconvenience to the consumer."

The relationship between repair and replacement in the Directive is unclear. It seems, however, that the availability of repair and replacement must be considered separately, i.e., it appears that there may be cases where both remedies are available together, where neither is available, and where one is available but the other not. As has been rightly pointed out in the literature, repair "involves a potentially complicated, time-consuming and expensive process that may require special

¹²⁷ Recital 12.

¹²⁸ Twigg-Flesner, C. and Bradgate, R., "The E.C. Directive on Certain Aspects of Consumer Goods and Associated Guarantees – All Talk and No Do?", *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000, no. 2.

(...) facilities”, and may leave the consumer with goods that have lost some of their value.¹²⁹ Repair will generally be the primary remedy. Replacement may be burdensome for the seller, as the seller will have to provide new goods, but may be left with the defective original ones.

There clearly will be cases where replacement is impossible, *e.g.*, where the supplier has produced goods to the consumer’s order from materials supplied by the consumer, or where the contract is for unique goods. Replacement, in the sense of substitution, will be impossible, since any substitute item will simply not be the item contracted for. Also, in the case of second hand goods, replacement will not always be impossible (*cf.*, Recital 16). There may also be cases where repair is impossible, *e.g.*, where goods do not correspond with the seller’s description, or sample.

In assessing “proportionality”, the Directive looks first to the seller’s interests and only secondly to the consumer’s (see also Recital 11). The question is whether the chosen remedy imposes costs on the seller which, in comparison with any alternative remedy, are unreasonable. “[I]n order to determine whether the costs are unreasonable, the costs of one remedy should be significantly higher than the costs of the other remedy” (Recital 11). Whether a remedy is disproportionate has to be determined objectively (Recital 11). The test will typically favor repair, which will be the seller’s preferred option.

Rescission is not available where “the lack of conformity is minor”. The right of rescission may be further circumscribed. Rescission will normally result in the consumer receiving a refund of the price paid, but Recital 15 permits Member States to provide for the amount of any refund to the consumer to be reduced to take account of any use the consumer has had of the goods.¹³⁰

2. *The Directive’s Remedial Scheme, and Law and Economics*

The remedies contemplated by the Consumer Sales Directive are at the immediate disposal of the parties. Such choice and design of remedies may be wise, given their immediate effect towards the minimization of adjudication costs (administrative costs).¹³¹ Moreover, in cases of lack of conformity, the Directive states that the seller may always offer the consumer, by way of settlement, any available remedy (it is for the consumer to decide whether to accept or reject this

129 Wiewiórowska-Domagalska, A., “Certain Aspects of the Right of Repair and Replacement under EC Directive 1999/44 and its Implementation in Poland”, in Smits, J., Heslen, G., Haas, D. (eds.), *Specific Performance: National and Other Perspectives*, Antwerp, Intersentia, 2008.

130 *Cf.*, Case C-404/06, *Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

131 Parisi, F., “The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, 2004 (52, 2), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=276993>.

proposal). Emphasizing party autonomy is efficient. The priority given to repair and replacement seems also reasonable, as it allows sellers to exploit economies of scale in repair and, to some extent, replacement. “The Commission has proposed the remedies of repair and replacement because they correspond to the modern reality of mass marketing products.”¹³² Furthermore, the Consumer Sales Directive follows intuitive principles of cost-benefit analysis: whenever the cost burden of the repair or replacement is disproportionate, it seems to be efficient to frustrate the buyer’s expectations. On the other hand, it has been argued that the disproportionality criterion may have the effect of (i) giving the buyer the right to repair for expensive quality goods only, and (ii) replacement for in-expensive mass-produced goods.¹³³

The remedies of repair and replacement as the normal or presumptive remedy for breach of contract in the Directive may counter the argument concerning the under-compensatory effect of damages (*cf.*, Section E above).

Is there any risk under the Directive’s regime that a consumer will behave strategically? Can a consumer, for example, take unfair advantage of the right to replacement in order to obtain such a remedy long after delivery? I believe such risks are overestimated as the average consumer will rather leave the decision for a certain remedy to the seller, *e.g.*, because the consumer is not well informed about its rights, or because the consumer may not have a certain preference anyway. Moreover, rescission is available to consumers only if other remedies are not effective in the case at hand. This will reduce the risk of opportunistic use of the rescission remedy to satisfy changing needs and preferences of the consumer. *Vice versa*, a system that favors repair as the primary remedy may create a possibility for the seller to impose this remedy on the consumer.

All in all, the Consumer Sales Directive seems to provide a balanced solution between the buyer’s and the seller’s interests, which also contributes to lower transaction costs. The drawback of the Directive is the somewhat complicated disproportionality criterion. This criterion can be tolerated for consumer sales, but makes the solution provided in the Directive, in my opinion, less suitable for commercial sales, which typically involve more complex transactions.¹³⁴ Conflicts may be avoided if there is a clear rule applicable. Furthermore, especially in relation to commercial sales, it may seem to be preferable to give the choice between repair and replacement to the seller, as this may better enable cost savings with respect to the typically larger sums of money involved.¹³⁵

¹³² Staudenmayer, D., “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law”, *European Review of Private Law*, 2000, p. 554.

¹³³ Wiewiórowska-Domagalska, A., *o.c.*

¹³⁴ *Cf.*, Sivesand, H., *The Buyer’s Remedies for Non-conforming Goods*, München, Sellier, 2005, p. 234.

¹³⁵ *Cf.*, Sivesand, H., *o.c.*, p. 234.

G. Conclusion

Returning to the introduction of this article, both U.S. and Dutch law grant the creditor specific performance with respect to the delivery of the Chinese vase as this transaction concerns a unique object. Replacement, within the meaning of the Consumer Sales Directive, will be impossible. Is the claim for specific performance justified here? I think it is, because under-compensation is prevented and the creditor gets precisely what he contracted for. However, if the debtor is offered a higher price for the vase by a second buyer, the seller will want to breach the contract with buyer 1 (you) in order to sell to the higher bidder. Under common law, the creditor must ask for specific performance, but the ability to grant specific performance lies within the discretion of the court. If I assume that the creditor seeks specific performance in the U.S. or England, the court will most likely accept the claim for specific performance. Similarly in Dutch law, where the choice for specific performance is at the discretion of the creditor, if the creditor seeks specific performance, the court will normally accept such a claim. In both systems then, the debtor will have to “buy” its way out of specific performance. When the creditor does not seek specific performance, both jurisdictions allow a claim for damages. The claim for damages will be more easily granted in the U.S. or England where the non-performance is not subject to the requirement of imputability as in Dutch law.

With regard to the order for forty champagne and wine glasses from “La Casserole”, the creditor is provided with a greater choice of remedies in Dutch law. In England and the U.S., a claim for specific performance by the creditor will most likely not be granted while damages will be deemed to constitute an adequate remedy and able to compensate the creditor in full. The risk exists, of course, that the creditor has attached a subjective value to these particular glasses and thus damages which mirror the objective market value may fail to provide full compensation. This same risk, however, would also exist in civil law. Apart from the miscalculation related to any subjective value in performance, damages seem to be the “best” remedy if I assume that delivery has become too expensive for the debtor and damages will allow the debtor to escape from his obligation. Total welfare will be increased by this choice: the creditor is compensated and the debtor is not forced into performance (over-performance). In Dutch law, the debtor may well choose to demand specific performance, which may lead to over-performance in this case. The precise inefficiency effects, however, depend on the particular circumstances of the case, *i.e.*, transaction costs – for example, on the post-breach negotiation costs associated with enforcement of the award of damages.

With respect to the third non-performance, the booking of the band, both common law and civil law jurisdictions will prevent a claim for specific performance as the contract concerns a personal service and forced performance is assumed to

lead to coercion or involuntary servitude. The Consumer Sales Directive does not apply to this particular situation. In traditional contract law theory, an individual has a moral obligation to uphold his or her promise. In this particular situation, I find that morality provides for an exception and even efficiency arguments must yield to the moral argument of involuntary servitude.

6 Naar een gedifferentieerd overeenkomstenrecht

A. Inleiding

In dit artikel bespreek ik de normatieve vraag of het overeenkomstenrecht dient te worden vormgegeven rond een algemeen overeenkomstenrecht, gevormd door voor alle overeenkomsten en contractspartijen geldende grondslagen en beginselen of dat dit idee als zinloos dient te worden opgegeven en dat gekozen dient te worden voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht.

Met een gedifferentieerd overeenkomstenrecht bedoel ik in dit verband overigens een overeenkomstenrecht dat afwijkt van een algemeen en daarmee uniform en consistent contractenrecht. Om het voorgaande enigszins te verhelderen: ik zou het Nederlandse overeenkomstenrecht in de zojuist genoemde onderverdeling – niettegenstaande de differentiatie die (mogelijkerwijze) optreedt door het belang dat gehecht wordt aan de omstandigheden van het geval bij allerlei algemene leerstukken (waarover hieronder meer) – in hoofdzaak als een algemeen overeenkomstenrecht kwalificeren, aangezien er zowel formeel (er is één codificatie: het Burgerlijk Wetboek) als materieel (er zijn uniforme begrippen voor alle typen overeenkomsten en alle contractspartijen) grotendeels één contractenrecht is.¹

De term “gedifferentieerd overeenkomstenrecht” als door mij gehanteerd heeft een neutrale betekenis. Hij houdt geen waardeoordeel in, noch geeft hij als zodanig aan hoe het gedifferentieerd overeenkomstenrecht vorm gegeven is of zou dienen te zijn. Daarbij dient een ieder zich wel te realiseren dat differentiatie als hier bedoeld zich slechts via een beperkt aantal manieren kan manifesteren in het overeenkomstenrecht. Voor de hand liggend is enerzijds dat differentiatie zich voordoet op het niveau van de structuur en beginselen van het overeenkomstenrecht. Differentiatie op dit niveau heeft (naar alle waarschijnlijkheid) een duidelijk zichtbare “splitsing” van het recht tot gevolg. Voor wat betreft het continentale recht zou deze vorm van differentiatie zich bijvoorbeeld manifesteren in ofwel een apart wetboek voor bepaalde contractspartijen of typen overeenkomsten (bijvoorbeeld een apart wetboek voor handelscontracten), ofwel in een of meer aparte boeken, titels, afdelingen of artikelen binnen één codificatie (bijvoorbeeld een apart boek voor handelscontracten binnen een burgerlijk

---

¹ Vergelijk ook Smits, J., “Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht”, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998, p. 22.

wetboek). Anderzijds kan de differentiatie zich – waarschijnlijk minder duidelijk zichtbaar – voordoen op het niveau van de algemene leerstukken. De leerstukken worden dan door de wetgever anders of nader vormgegeven (bijvoorbeeld aparte artikelleden voor handelscontracten). Ook kan de rechter de leerstukken anders invullen al naargelang de in het geding zijnde partijen en overeenkomsten (bijvoorbeeld de omstandigheid dat twee ondernemers een conflict hebben speelt een belangrijke rol). Een meer zichtbare vorm van differentiatie, die bij de zojuist genoemde variant aansluit, kan er ten slotte in bestaan dat de rechter direct en duidelijk in zijn uitspraak aangeeft dat het type contractspartij of overeenkomst bij uitsluitel doorslaggevend is geweest voor het beslissen van het geschil. Maar nogmaals: waar ik in het hiernavolgende gedeelte van deze dissertatie spreek van een gedifferentieerd contractenrecht refereer ik in beginsel aan geen van de zojuist besproken varianten. In soortgelijke zin is ook het begrip “een apart overeenkomstenrecht” – en varianten daarop – te begrijpen: het is waardenneutraal, duidt slechts aan dat er sprake is van een gedifferentieerd overeenkomstenrecht en laat in het midden op welke specifieke wijze (lees: hoe) de differentiatie plaatsvindt. Met een apart overeenkomstenrecht voor consumenten of ondernemers, bedoel ik dus dat consumententransacties, respectievelijk handelscontracten aan een van het algemene overeenkomstenrecht afwijkend regime onderworpen zijn, zonder evenwel aan te geven hoe dat regime er uit ziet (lees: welke variatie van differentiatie van toepassing is).

De indeling van dit artikel ziet er als volgt uit. In onderdeel B besteed ik aandacht aan het algemeen overeenkomstenrecht. In onderdeel C breng ik de argumenten die pleiten voor, respectievelijk tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht in kaart. In onderdeel C.2 bespreek ik de argumenten die relevant zijn zowel voor een apart overeenkomstenrecht voor consumenten, als voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers. Daarna behandel ik in onderdeel C.3 de argumenten voor én tegen een separaat contractenrecht voor consumenten, voor zover die argumenten niet in onderdeel C.2 aan de orde zijn geweest. Onderdeel C.4 is gewijd aan argumenten voor én tegen een afzonderlijk overeenkomstenrecht voor ondernemers – wederom worden de argumenten die reeds aan bod gekomen zijn in onderdeel C.2 niet (opnieuw) besproken. Onderdeel D bouwt voort op de door sommige auteurs geuite gedachte dat een algemeen overeenkomstenrecht heeft afgedaan. Ik zal betogen dat een gedifferentieerd overeenkomstenrecht gewenst is. Dit is mede gebaseerd op het idee dat het juiste criterium dat ten grondslag dient te liggen aan een normatieve theorie voor zowel het overeenkomstenrecht van ondernemers als het overeenkomstenrecht van consumenten welzijnsmaximalisatie is. In onderdeel D.1 betoog ik dat met name het gedrag van consumenten grotendeels afwijkt van dat van ondernemers en dat dit in de richting wijst van een gedifferentieerd overeenkomstenrecht. In onderdeel D.2 bekijk ik de positie van de kleine ondernemer. In onderdeel D.3 wordt

de normatieve theorie voor het overeenkomstenrecht van ondernemers geschetst en verdedigd, waarna de gevolgen van de theorie voor het overeenkomstenrecht worden besproken. In onderdeel D.4 wordt hetzelfde gedaan voor de normatieve theorie voor het overeenkomstenrecht van consumenten.

De voornaamste bron voor mijn onderzoek is de juridische literatuur; rechtspraak en wetgeving blijven in dit artikel dus in beginsel buiten beschouwing.

B. Het algemeen overeenkomstenrecht

1. *Het idee van het algemeen overeenkomstenrecht*

Algemeen aanvaard is in Nederland het idee dat er een aantal beginselen en leerstukken is die gelijkelijk gelden voor *alle typen van overeenkomsten*. Het is dan ook gebruikelijk om te spreken van het “algemene overeenkomstenrecht”, het “algemeen deel van het contractenrecht” en van de “algemene leerstukken van het contractenrecht”.² Het Burgerlijk Wetboek van 1992 vormt volgens sommigen de apotheose van dit idee: uit de gelaagde structuur valt af te leiden dat algemene bepalingen over de rechtshandeling (Boek 3) voorafgaan aan de meer specifieke bepalingen over de overeenkomst (Boek 6) en aan nog specifiekere bepalingen over bijzondere overeenkomsten (Boek 7 en 8).³ De bepalingen over de rechtshandelingen en de overeenkomst vormen samen de algemene leer van het contractenrecht, die geldt waar daarvan in de bijzondere bepalingen niet wordt afgeweken. Er bestaat dan ook een zekere neiging in de wetenschap om het overeenkomstenrecht te behandelen als een geheel van algemene en bijzondere regels.⁴

Volgens de klassieke leer bestaat het algemeen overeenkomstenrecht enerzijds uit bepaalde rechtsbeginselen en anderzijds uit een bepaalde systematiek en structuur. Wat betreft de rechtsbeginselen dient gedacht te worden aan het beginsel van de contractsvrijheid, het consensualisme en verbindende kracht van de overeenkomst.⁵ Op de systematiek en structuur werd hierboven al kort ingegaan.

2 Zie bijvoorbeeld Hartlief, T., “Beweging in het contractenrecht. Het belang van het algemeen deel”, in De Jong, G., e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 41 e.v. en Van den Berg, P. en Zondag, W. (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2003.

3 Smits, J., o.c., p. 12.

4 Zie Smits, J., o.c., p. 12, met een verwijzing naar verschillende handboeken. Vergelijk ook De Jong, G., e.a. (red.), o.c. en Van den Berg, P. en Zondag, W. (red.), o.c.

5 Zie omtrent deze beginselen Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12e druk, bewerkt door Hartkamp, A., Deventer, Kluwer, 2004, nrs. 33-44.

De chronologische opbouw van het recht, bestaande uit regels over de totstandkoming, inhoud en uitvoering van de overeenkomst, valt met name op.

Daarnaast geldt het algemeen overeenkomstenrecht in beginsel voor *een ieder* gelijkelijk – ongeacht of contractspartijen de hoedanigheid van bijvoorbeeld consument of ondernemer bezitten. Het is algemeen bekend dat dit niet altijd het geval is geweest. Nederland heeft namelijk in navolging van Frankrijk een apart Wetboek van Koophandel gekend, waardoor kooplieden en daden van koophandel onder een apart – gedeeltelijk van het algemeen of burgerlijk recht afwijkend – regime vielen. In zoverre gold het overeenkomstenrecht zoals dat te vinden was in het Burgerlijk Wetboek in mindere mate voor ondernemers. Het Wetboek van Koophandel is, in navolging van de doelstelling van Meijers, in de loop van de jaren echter bijna geheel uitgekleet.⁶ Met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is de scheiding tussen burgerlijk en handelsrecht zelfs volledig opgeheven, aangezien de wetgever van mening was dat de privaatrechtelijke regels al versmolten waren met de normen voor ondernemers en de handelsrechtelijke noties.

2. Nuancering van het algemeen overeenkomstenrecht

Op basis van het bovenstaande is de conclusie op het eerste gezicht duidelijk: het algemeen overeenkomstenrecht geldt voor alle contractspartijen en alle contractstypes. Toch is hier enige nuancering op zijn plaats.

In de eerste plaats valt namelijk op dat waar de ondernemer als aparte categorie uit het zicht lijkt – of misschien meer correct: leek – te zijn verdwenen, de consument – soms particulier genoemd⁷ – sinds de jaren zestig in toenemende mate in de belangstelling van het recht is komen te staan. Er lijkt – of misschien is het ook hier inmiddels correcter om te spreken van “leek” – immers een tendens te bestaan om natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf extra te beschermen bij hun deelname aan het economisch verkeer. Een tendens die overigens samenviel met de algemenere gedachte om de zwakkere partij als zodanig meer bescherming te bieden. Aanvankelijk kreeg die bescherming gestalte in bijzondere wet- en regelgeving (denk onder andere aan de Wet op het Consumentenkrediet en de Colportagewet), later in het Burgerlijk Wetboek zelf (regels inzake de koop op afstand en de regeling van de algemene voorwaarden) en in de rechtspraak. Vanaf dat moment, dat wil zeggen vanaf het moment dat de bescherming plaatsheeft binnen het Burgerlijk Wetboek, worden verschillende algemene leerstukken van het overeenkomstenrecht

6 Tjittes, R., “Zaken zijn zaken”, *RM Themis*, 2000, p. 321.

7 Zie omtrent het onderscheid Brunner, C., “De billijkheid in het Nieuwe BW”, in Brunner, C. (red.), *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 93 en Castermans, A., “Bespreking van Hondius, Consumentenrecht, Mon. Nieuw BW A-8”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1993, p. 302.

(zoals bijvoorbeeld de bepalingen inzake totstandkoming) op een de consument beschermende wijze “ingekleurd”. Strikt genomen geschiedt de inkleuring dus binnen het algemeen overeenkomstenrecht: “[D]e typische kenmerken van de consumentenovereenkomst [worden] niet tot uitdrukking (...) gebracht in de structuur en beginselen van het contractenrecht: dat blijft algemeen, hoewel, de *invulling* daarvan wel typisch is gericht op bescherming van de zwakkere partij”.⁸ Op deze manier blijven de systematiek en structuur, onderdelen van het algemeen overeenkomstenrecht, behouden en “kan de schade, door de opkomst van het consumentenrecht toegebracht (...) worden beperkt”.⁹ De gedifferentieerde toepassing van de algemene leerstukken nam echter wel toe.

Door de met de beschermingstendens gepaard gaande inkleuring van de diverse leerstukken, lijkt nog een andere afwijking op te treden. Niet langer lijken de algemene rechtsbeginselen van contractsvrijheid, consensualisme en verbindende kracht van de overeenkomst het fundament te vormen van het contractenrecht. Dit geldt waarschijnlijk over de hele linie van het overeenkomstenrecht, maar is misschien wel het meest opvallend daar waar consumenten in het geding zijn. Hondius heeft met betrekking tot de bescherming van de zwakke partij in het overeenkomstenrecht reeds in 1999 betoogd dat niet meer gesproken kan worden van uitzonderingen op de contractsvrijheid, maar dat het er veeleer op lijkt dat de uitzonderingen de hoofdregel zijn geworden.¹⁰ Verder betoogt Hondius dat de bescherming van de zwakke partij een leidend beginsel is geworden van het Nederlands overeenkomstenrecht. Desalniettemin ziet hij nog wel degelijk een belangrijke rol weggelegd voor het beginsel van de contractsvrijheid: “Het contractenrecht dient twee meesters: de contractsvrijheid en de bescherming van de zwakke partij.”¹¹ Ook andere auteurs hebben de verminderde betekenis van de contractsvrijheid opgemerkt.¹² Van Dunné merkt bijvoorbeeld op dat de contractsvrijheid steeds meer wordt uitgehold, door onder andere toenemende bemoeienis van hoger hand en toetsing van het overeengekomene aan in de maatschappij aanvaarde normen.¹³ De twee andere beginselen kennen inmiddels ook de nodige uitzonderingen. Zo wordt het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst bijvoorbeeld doorkruist doordat contracten soms door de

8 Smits, J., o.c., p. 22 en 23.

9 Hartkamp, A., *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. Nieuw BW A-1, Deventer, Kluwer, 1990, nr. 17.

10 Hondius, E., “De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht”, in Hartlief, T. en Stolker, C. (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 387.

11 Hondius, E., o.c., 1999, p. 393.

12 Zie bijvoorbeeld Beekhuis, J., *Contract en contractsvrijheid*, Groningen, J. Wolters, 1953 en Mok, M., *Pacta sunt servanda; ja toch?*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.

13 Van Dunné, J., “De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?”, *Nederlands Juristenblad*, 1980, p. 668.

wet worden gewijzigd, daarnaast bepalen wettelijke regels soms dat bepaalde clausules van rechtswege deel uitmaken van de overeenkomst en heeft de rechter ook de mogelijkheid om bepaalde clausules met een beroep op de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing te laten. Verder kan de groei van het aantal vormvoorschriften en bedenktijden aanleiding geven voor het idee dat de verbindende kracht van een overeenkomst beperkt is.¹⁴ Ten slotte heeft ook het beginsel van het consensualisme de laatste decennia de nodige beperkingen ondergaan. Er lijkt bijvoorbeeld sprake te zijn van een herleving van het formalisme mede gelet op de zojuist aangestipte groei van het aantal vormvoorschriften.

In de tweede plaats lijkt de ondernemer de laatste tijd weer terug te keren als aparte categorie in het overeenkomstenrecht. Smits merkte al eerder op dat een apart contractenrecht voor ondernemers lijkt te ontstaan en verschillende auteurs hebben gepleit voor meer aandacht voor de ondernemer in het privaatrecht.¹⁵ Brunner heeft reeds bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek betoogd dat wetsbepalingen die het mogelijk maken contractuele of wettelijke regels buiten toepassing te laten, waaronder de regels inzake de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, alleen van belang zijn voor consumenten en niet of nauwelijks voor ondernemers.¹⁶ Het zakenleven heeft volgens Brunner namelijk zijn eigen regels en zijn eigen moraal. Het welbewust nemen van risico's behoort volgens Brunner tot de kern hiervan. Op het moment dat bijvoorbeeld de ene ondernemer de andere moet gaan waarschuwen, of dat kosten naar een ander kunnen worden doorgeschoven, wordt de kern van het zakenleven aangetast. De boodschap van Brunner is duidelijk: in het zakenleven dient het idee voorop te staan dat contract contract is en wetgevers en rechters dienen dit uitgangspunt te respecteren. Ook andere auteurs wijzen er op dat de handelsmoraal anders is dan de gewone moraal en dat met name de rechtszekerheid in een relatie tussen ondernemers veel belangrijker is dan in andere contractuele relaties. Van Delden stelt bijvoorbeeld dat men "in de handel en (...) het recht, dat die handel beheerst, streeft (...) naar eenvoudige oplossingen en strikte risicoverdeling: contract is contract, standaardisering, fatale termijnen, korte termijnen met betrekking tot [de] oplossing van geschillen, strikte, bij voorkeur grammaticale, interpretatie, zekerheid en dus zo min mogelijk open normen".¹⁷ In soortgelijke zin Tjittes:

"Ondernemers hebben in de eerste plaats behoefte aan rechtszekerheid. Het recht is voor een ondernemer een risico(regeling) verbonden aan het zakendoen. (...) Aan

---

14 Zie Hartlief, T., o.c.

15 Smits, J., o.c., p. 24. Zie bijvoorbeeld ook Brunner, C., o.c., p. 87-100, Tjittes, R., o.c., p. 321-322 en Van Delden, R., "Handelsrecht een partijtje ongeregeld?", in Van Delden, R., e.a. (red.), *Haven en Handel*, Deventer, Kluwer, 1992.

16 Brunner, C., o.c., p. 87-100.

17 Van Delden, R., o.c., p. 18.

de door ondernemers onderling overeengekomen contractuele risicoregelingen (in het bijzonder exonerationbedingen) moet de rechter dan ook zo min mogelijk rommelen.”¹⁸

Volgens Brunner krijgen commerciële relaties in de rechtspraak dan ook – net zoals bij consumenten – een eigen invulling.¹⁹ Strikt genomen blijft daarmee dus het algemeen overeenkomstenrecht als zodanig behouden, maar geldt een verschillende invulling van de algemene leerstukken naar gelang welke contractspartijen betrokken zijn. Dit impliceert dus ook dat de gehanteerde invulling ingeval ondernemers in het geding zijn niet toepasbaar is op de relatie tussen een ondernemer en een consument. In zoverre lijkt het algemeen deel van het contractenrecht niet, althans niet onverkort, te gelden voor alle contractspartijen.

In de derde plaats kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij de stelling dat het algemeen overeenkomstenrecht geldt voor alle contractstypes. Het lijkt er immers op dat het algemeen deel van het contractenrecht van geringe betekenis is voor de bijzondere overeenkomsten zoals die zijn neergelegd in Boeken 7 en 7A van het Burgerlijk Wetboek. Smits merkte reeds eerder op dat in de delen bijzondere overeenkomsten van de Asser-serie, er slechts spaarzaam verwezen wordt naar het algemeen deel van het contractenrecht.²⁰ Uiteraard levert deze bevinding geen onomstotelijk bewijs op, maar het vormt wel een indicatie. Ook los hiervan lijkt het, mede gelet op de in het geding zijnde contractspartijen, voor de hand te liggen dat het algemeen deel van mindere betekenis is voor de bijzondere overeenkomsten en regels zoals die zijn neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. Men treft in de Boeken 7 en 7A namelijk, naast regels van aanvullend recht die de rechten en plichten van partijen verduidelijken, veelal regels aan van dwingend recht. Denk behalve de regels inzake de arbeidsovereenkomst ook aan andere bepalingen ter bescherming van de consument of andere zwakkere partijen (zoals de agent in de agentuurovereenkomst). Het behoeft geen verbazing dat hier de algemene rechtsbeginselen, onderdeel van het algemeen overeenkomstenrecht, van weinig, of althans van mindere, betekenis zijn. De contractsvrijheid en het algemene deel zullen volgens Hartlief overigens meer en meer van hun zeggingskracht verliezen naarmate er meer regelingen in het bijzondere deel terecht zullen komen.²¹ Daarnaast zijn een aantal onbenoemde contracten opgekomen die in

---

18 Tjittes, R. o.c., p. 321.

19 Brunner, C., o.c., p. 92 e.v.

20 Smits, J., o.c., p. 25.

21 Hartlief, T., o.c. Met zijn stelling, dat beoefenaren van het bijzondere contractenrecht soms uit het oog verliezen wat de mogelijkheden van het algemeen overeenkomstenrecht zijn, lijkt Snijders hier ook indirect op te wijzen; zie Snijders, W., “Openheid van het vermogensrecht”, in Kortmann, S. (red.), *Onderneming en tien jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 53.

een onzekere verhouding tot het algemeen deel staan.²² Het gaat hierbij onder andere om contracten als franchising, engineering, factoring en licensing.²³

3. De “crisis” van het algemeen overeenkomstenrecht

Daarmee is de stelling dat het algemeen overeenkomstenrecht geldt voor alle contractspartijen en alle contractstypes niet, of althans niet onverkort, houdbaar. Niet langer staat enkel de contractsvrijheid voorop. De beschermingsgedachte lijkt een even belangrijke functie te bekleden in het Nederlands rechtsstelsel. Daarnaast valt op dat waar de algemene leer wel behouden blijft, de invulling van de algemene leerstukken verschilt al naar gelang welke contractspartijen betrokken zijn. Daarmee verwordt het algemeen overeenkomstenrecht tot een “lege huls”,²⁴ of anders geformuleerd, gelden de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek eigenlijk voor niemand.²⁵

Onder deze omstandigheden is het niet toevallig dat veel auteurs sinds geruime tijd zich bezinnen over de rol en de toekomstmogelijkheden van het overeenkomstenrecht. Opvallend, maar evenmin verbazend, is daarbij de constatering van veel auteurs dat de overeenkomst en het contractenrecht zich in een precaire situatie zijn komen te bevinden.²⁶ Van Dunné vergelijkt de overeenkomst bijvoorbeeld met een met uitsterven bedreigde diersoort.²⁷ Interessant is overigens dat ook in diverse andere westerse landen door verschillende auteurs is gewezen op de precaire situatie, soms zelfs crisis genoemd. Zo schrijft de Amerikaanse auteur Gilmore dat het contract dood is: “[w]e are told that Contract (...) is dead (...) [a]nd so it is.”²⁸ Weinig optimistisch ten aanzien van het Franse contractenrecht waren ook de auteurs Morin, Savatier en Batiffol.²⁹ Ook in België is de achteruitgang van het overeenkomstenrecht beschreven. Zo stelt de Belgische auteur Vandeputte, dat “klaarblijkelijk (...) het domein van het contract in België [vernauwt] (...)” en “dat voor de meeste en in ieder geval voor de belangrijkste [contracten], gepleegd door de ‘economisch zwakkere’, het traditioneel contractenrecht van het Burgerlijk Wetboek uitgediend heeft.”³⁰ Atiyah heeft ten aanzien

---

22 Smits, J., *o.c.*, p. 25.

23 Zie ook Grosheide, F., “Nieuwe contractsvormen”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996, p. 411.

24 Smits, J., *o.c.*, p. 25.

25 Tjittes, R., *o.c.*, 2000, p. 321.

26 Zie bijvoorbeeld Nieskens-Isphording, B., *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 1991, m.n. p. 157.

27 Van Dunné, J., *o.c.*, p. 668.

28 Gilmore, G., *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974, p. 3.

29 Morin, G., *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Parijs, F. Alcan, 1927, Savatier, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Parijs, Librairie Dalloz, 1964 en Batiffol, H., “La ‘crise du contrat’ et sa portée”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1968, p. 13 e.v.

30 Vandeputte, R., *De lotsbestemming van het contract* (Mededelingen van de Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België. Klasse der letteren), Brussel,

van het Engelse recht gewezen op de “decline of contract”.³¹ En ten slotte maakt, aan de geschriften van Kramer en Medicus te oordelen, het Duitse recht blijikbaar ook moeilijke tijden door.³²

De verschuiving van contractsvrijheid naar de beschermingsgedachte lijkt echter niet de enige reden te zijn voor het ontstaan van de “crisis”. Smits zoekt de oorzaak van de crisis met name daarin dat het belang voor de materiële rechtsregel is afgezwakt en de nadruk is komen te liggen op de methodische voorbereiding van het beslissen van een geval.³³ Dit heeft misschien niet zozeer tot gevolg dat een minder zeker en minder voorspelbaar recht ontstaat, maar leidt wel tot een minder eenvoudig onderkennen van verbanden met eerder bestaande leerstukken. Daarnaast is de vraag welke rechtsregel(s) moet(en) worden toegerekend aan de feiten problematisch geworden aangezien de gevallen steeds diverser zijn geworden en steeds minder aansluiten bij de gevallen, die de wetgever oorspronkelijk voor ogen had. Onder deze omstandigheden rijst dan ook de vraag welke rechtsgevolgen voor die (nieuwe) gevallen gepast zijn. Ook de opkomst van de open normen komt hier om de hoek kijken; deze maakte het immers mogelijk om, bij afwezigheid van meer passende regels, toch tot een oplossing te komen. Daardoor ontstaan uiteraard wel steeds meer ongeschreven normen, subnormen en vuistregels die met name van belang zijn voor die nieuwe gevallen. Smits ziet overigens een interactie tussen beide oorzaken: “Enerzijds zal de afwezigheid van een eerder door wetgever, rechter of wetenschap geformuleerde, en als juist aanvaarde, regel leiden tot een grotere druk op de manier hoe de rechter in een vrije waardering van de te wegen belangen tot zijn oordeel komt, anderzijds leidt deze praktijk niet tot formulering van nieuwe regels die de rechter wederom in staat zouden kunnen stellen om op grond *daarvan* tot zijn oordeel te komen.”³⁴

De verschuiving van de aandacht voor het belang voor de materiële regel naar de accentuering van het geval en, daarmee gepaard gaan, het ontstaan van ongeschreven normen, subnormen en vuistregels is ook elders in de literatuur opgemerkt. Vranken bevestigt dat “[d]e rechtspraak, en in haar voetspoor de wet-

---

Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België, 1979, p. 10.

31 Atiyah, P., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979, m.n. p. 716-779.

32 Kramer, E., *Die Krise des liberalen Vertragsdenkens; eine Standortbestimmung*, München, Fink, 1974 en Medicus, D., *Probleme um das Schuldverhältnis*, Berlin, De Gruyter, 1987.

33 Smits, J., *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint 1995, p. 8-13. In feite signaleert de auteur dus een verplaatsing van accentuering van de rechtsregel naar accentuering van het geval in de huidige tijd. Een ontwikkeling die ook in buitenland is geconstateerd; zie voor Engeland bijvoorbeeld Atiyah, P., *Pragmatism and theory in English law*, Londen, Stevens & Sons, 1987, p. 69 en 128-129 en voor Duitsland bijvoorbeeld Esser, J., “Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht”, in Bachof, O., e.a. (red.), *Summum Ius Summa Iniuria; Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, Mohr, 1963, p. 25.

34 Smits, J., o.c., 1995, p. 12.

gever van 1992, (...) sterk de nadruk [hebben] gelegd op het concrete geval”.³⁵ Dat beslissingen nauwkeurig kunnen worden toegesneden op de bijzonderheden van de concrete situatie, vindt Vranken echter een onmiskenbaar voordeel van het vooropstellen van het geval. Een nog belangrijker voordeel is dat het daardoor mogelijk is om het recht bij de tijd te houden. Toch heeft ook hij bedenkingen bij het vooropstellen van het geval: “Desondanks is de vraag legitiem of de methode niet te ver is doorgeschoten”.³⁶ De vraag dient zich dan ook aan of er geen sprake is van een zekere normloosheid, dan wel dat er teveel genuanceerd wordt.

4. Reactie ten aanzien van de “crisis”: scherpe normen en normaaltypen

Met name Barendrecht heeft de nodige malen vage regels of normen in het burgerlijk recht bekritiseerd.³⁷ Uitgangspunt van Barendrecht is dat het burgerlijk recht, daaronder begrepen het overeenkomstenrecht, te weinig informatief is. Het recht dient, naar de mening van de auteur, immers niet alleen op rechtvaardige wijze te ordenen, maar ook de bij het recht betrokkenen te informeren over de manier waarop die ordening plaatsvindt. Het recht kan juist door deze informatieoverdracht een bijdrage leveren aan de rechtvaardige oplossing van geschillen tussen burgers, aldus Barendrecht. En die bijdrage lijkt nu juist in het Nederlands burgerlijk recht niet heel groot te zijn.³⁸ De reden daarvoor? “[Het lijkt] te komen doordat de rechtsregels van het civiele recht, wettelijk of in de jurisprudentie gevormd, wel een aardig begripsmatig karakter vormen waarmee het concrete geschil kan worden benaderd, maar de praktijkjurist, als het echt spannend wordt, laten zitten met begrippen als ‘redelijkheid’, ‘gerechtvaardigheid’, of ‘letten op alle omstandigheden van het geval’: vage normen.”³⁹

Daarnaast heeft in het bijzonder Tjittes de nadruk op allerlei subtiliteiten van het geval bekritiseerd.⁴⁰ Om de hanteerbaarheid van het overeenkomstenrecht te verbeteren pleit Tjittes in de eerste plaats voor een vereenvoudiging van het recht. Deze vereenvoudiging zou kunnen worden bewerkstelligd door verschillende normaaltypen te onderscheiden in het overeenkomstenrecht. Tjittes onderscheidt

35 Vranken, J., “Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1997, p. 1845.

36 Vranken, J., o.c., p. 1846.

37 Barendrecht, J., *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, dez., “Scherpe regels”, *Nederlands Juristenblad*, 1993, p. 961-962, dez., “Vragen aan Schoordijk over open normen”, *RM Themis*, 1995, p. 142-144, dez., “Gedisserteerd. Een pleidooi voor informatiever burgerlijk recht”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1995, p. 165-170 en dez., “Vertrouwen koppelen aan feiten”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996, p. 353-358. Zie ook Van Zaltbommel, L., *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993.

38 Barendrecht, J., o.c., 1995, p. 165.

39 Barendrecht, J., o.c., 1995, p. 165.

40 Tjittes, R., *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer, Kluwer, 1996.

drie verschillende categorieën: de particulier (de consument), de ondernemer en de overheid. Dit lijkt neer te komen op een verdere differentiatie binnen het overeenkomstenrecht. Hartlief ziet de eerste sporen van deze trend inmiddels ook in de rechtspraak terug.⁴¹ Smits gaat nog een stap verder.⁴² Smits heeft betoogd dat het idee van een algemeen overeenkomstenrecht dat geldt voor alle overeenkomsten verlaten moet worden en aanvaard dient te worden het idee van de onmogelijkheid van een alomvattende uniforme en consistente contractenleer:

“In de eerste plaats is er dan een contractenrecht van de handelsmoraal. (...) In de handel wordt nooit gecontracteerd met als doel een specifiek goed te verkrijgen, maar is het contract middel tot een doel, namelijk het maken van winst. (...) Voor dit type contracten bewijst de rechtseconomische benadering goede diensten: indien partijen een economische realiteit zoeken, dient het recht zich daarbij aan te passen. Het negentiende-eeuwse contractenrecht is hiervoor ontwikkeld en er is geen reden om dit niet toe te passen op deze partijen. (...) In de tweede plaats zou een contractenrecht van de sociale rechtsstaat kunnen worden onderscheiden. Daar wordt niet gecontracteerd voor financieel gewin, maar gaat het om ‘wonen, werken, leven en gezondheid’. Houdt de wederpartij zich niet aan de overeenkomst, dan komt het welzijn van het individu zelf in gevaar. Hier is het veeleer de ‘contractuele rechtvaardigheid’, deels neergelegd in consumentenbeschermende wetgeving en deels door de rechter ontwikkeld, die de rechten en plichten van partijen kleurt. (...) Mijn overtuiging is dat deze beide moralen een eigen contractenrecht verdienen.”⁴³

In vergelijkbare zin ook Van Boom:

“De realiteit is dat ons BW op krampachtige wijze *twee* stelsels bij elkaar probeert te houden: het consumentenvermogensrecht en het ondernemersvermogensrecht. (...) [H]et [is] inmiddels (...) vruchtbaarder (...) om (...) de rechtsmaterie (weer) onder te verdelen in het vermogensrecht voor natuurlijke personen enerzijds en het vermogensrecht voor ondernemingen anderzijds.”⁴⁴

41 Hartlief, T., o.c., 2003, p. 8.

42 Smits, J., o.c., 1998, p. 31 e.v. Zie ook kort Smits, J., “Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe”, in Grundmann, S. en Stuyck, J. (red.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, p. 387-398.

43 Smits, J., o.c., 1998, p. 33.

44 Van Boom, W., “Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht”, *RM Themis*, 2003, p. 305.

5. Reactie ten aanzien van de “crisis”: de herleving van de contractsvrijheid

Ook de beschermingsgedachte zou te ver zijn doorgeschoten en pleidooien worden gehoord om de contractsvrijheid weer meer ruimte te laten. De bekendste uitdager van dit idee is waarschijnlijk Hartlief.⁴⁵ Hij zet vraagtekens bij de categoriale bescherming van de consument als zodanig. Categoriale bescherming betekent immers dat niet relevant is of betrokkene in concreto werkelijk bescherming verdient; de consument wordt immers in zijn hoedanigheid beschermd.⁴⁶ Hartlief vindt dit een rare constructie, aangezien het dus niet uitmaakt of de consument in het concrete geval een waakzaam of juist een naïef of economisch zwak persoon is. Daarbij komt dat het optreden van de consument niet beperkt is tot een bepaalde overeenkomst of een bepaald deelterrein. Meer in het algemeen lijkt hij geen voorstander te zijn van ongelijkheidscompensatie binnen het privaatrecht: “Vooralsnog schaar ik mij aan de zijde van diegenen die menen dat sociale tekorten zoveel mogelijk door het publiekrecht moeten worden opgeheven.”⁴⁷ Daarnaast wijst Hartlief erop dat bescherming van de zwakkere partij ook haar prijs heeft.⁴⁸ In de eerste plaats raakt de eigen verantwoordelijkheid van contractspartijen meer en meer op de achtergrond, waardoor onzorgvuldig gedrag zou kunnen worden bevorderd. In de tweede plaats kan de groei van het aantal vormvoorschriften en bedenktijden aanleiding geven voor het idee dat een contract een minder serieus te nemen avontuur is, althans dat de bindende kracht van het contract beperkt is. In de derde plaats zijn er volgens Hartlief gevolgen voor de prijs van goederen en diensten:

“Informatieverplichtingen, toedeling van risico, beperking van vrijtekeningsmogelijkheden et cetera brengen kosten met zich die de leverancier, producent of dienstverlener in de prijs zal doorberekenen. (...) Prijsverhoging kan er zelfs toe leiden dat de betrokken goederen of diensten buiten bereik van de lagere inkomensgroepen blijven. En andere gevaren zijn er natuurlijk ook: pacht-, huur-, en ontslagbescherming kunnen ongewenste effecten hebben als een beperkt aanbod op de markt en een slechte concurrentiepositie voor de industrie.”⁴⁹

Hartlief staat niet alleen met zijn kritiek. In Europeesrechtelijke context heeft ook Kötz gewezen op de effecten van een overtrokken bescherming van de zwakkere partij: “(...) all (...) customers then have to pay more, including those alert and

45 Zie onder andere Hartlief, T., o.c., dez., “Vrijheid en bescherming in het contractenrecht”, *Contracteren*, 2003, p. 5-14 en dez., *De vrijheid beschermd*, Deventer, Kluwer, 1999.

46 Hartlief, T., o.c., 2003, p. 7.

47 Hartlief, T., o.c., 1999, p. 8.

48 Hartlief, T., o.c., 2003, p. 9 en 10.

49 Hartlief, T., o.c., 2003, p. 9.

experienced enough to look after their own interest with the help of these mandatory cost-increasing rules”.⁵⁰ Van den Bergh heeft zelfs betoogd dat de doelstelling van de bescherming van de zwakke partij geen deugdelijk uitgangspunt vormt:

“Een beleid gericht op het bestrijden van problemen op consumentenmarkten moet in de eerste plaats in staat zijn de oorzaken van deze problemen bloot te leggen. De slogan van de zwakke consument mist op dit punt elke verklarende waarde. Men kan geen ‘zwakke’ consumenten beschermen indien men niet weet wat de oorzaken van de beweerde zwakheid zijn.”⁵¹

Niet de symptomen, maar de oorzaken van het slecht functioneren van markten dienen dus te worden aangepakt. Het consumentenrecht kan daarbij wel degelijk een belangrijke rol vervullen en is dus zeker niet overbodig, aldus Van den Bergh.⁵² Wel moet worden gewaakt dat de consumentenwetgeving geen kosten veroorzaakt die hoger liggen dan de uiteindelijke baten en dient het beeld dat de wetgever van de consument heeft te worden aangepast:

“Een beleidsmaker die de zwakke consument wil beschermen is blind voor het moreel risico: hij ziet niet in dat van de geboden bescherming misbruik kan worden gemaakt. De wetgever kan niet tegelijk disproportioneel zware sancties opleggen aan aanbieders die door onoplettendheid regels van consumentenrecht schenden en zijn ogen sluiten voor ongewenste gedragsaanpassingen van beschermde consumenten.”⁵³

De hierboven gesignaleerde gezichtspunten lijken de laatste jaren ook tot de Nederlandse wetgever te zijn doorgedrongen. Zo heeft onder invloed van het idee van marktwerking en deregulering het idee postgevat dat beschermingsmaatregelen van de consument niet (veel) verder dienen te worden uitgebreid:

“In de afgelopen jaren zijn op tal van terreinen voorzieningen tot stand gebracht om de positie van de consument te ondersteunen. (...) In het algemeen mag

50 Kötz, H. en Flessner, A., *European Contract Law*, volume 1, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 127.

51 Van den Bergh, R., *Averechts Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 14, met betrekking tot het consumentenrecht. Vergelijk ook dez., “De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief”, in Smits, J. (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 79-93, dez., “Wer schützt die europäischen Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz? Zu den möglichen adversen Effekten der europäischen Richtlinien zum Schutze des Verbrauchers”, in Ott, C. en Schäfer, H. (red.), *Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 77-102 en dez., “Economische analyse van het consumentenrecht”, *Ars Aequi*, 1990, 185-191.

52 Van den Bergh, R., o.c., 2003, p. 81.

53 Van den Bergh, R., o.c., 2000, p. 15.

gesteld worden, dat het wettelijk stelsel gericht op de basisbescherming van de consument goeddeels voltooid is.”⁵⁴

Daarnaast heeft de wetgever ook het beeld van de consument bijgesteld: “Tegenwoordig ziet de overheid de consument niet primair als een ‘zielig’ iemand die bescherming nodig behoeft, maar als een volwaardige marktpartij, die gebruik makend van de hem ter beschikking staande middelen in staat geacht moet worden voor zijn belangen op te komen.”⁵⁵

6. *Reactie ten aanzien van de “crisis”: een sociaal rechtvaardig overeenkomstenrecht*

Ging het in de vorige paragraaf om het beperken van de beschermingsgedachte c.q. het accentueren van de contractsvrijheid over het *geheel* van het overeenkomstenrecht, in tegenovergestelde richting gaat het idee om te komen tot een sociaal rechtvaardig overeenkomstenrecht.⁵⁶ Dit idee heeft inmiddels op Europees niveau een nieuwe impuls gekregen. Door enkele invloedrijke auteurs is namelijk verdedigd dat de Europese wetgever een vergaande vorm van contractuele solidariteit dient neer te leggen in een bindend Europees wetboek, ongeacht of het gaat om commerciële of consumentenovereenkomsten. Alleen zo zou tegenwicht kunnen worden geboden aan de werking van de markt. Behalve door Mattei is deze visie verdedigd door de “Study group on social justice in European private law”.⁵⁷ Volgens de studiegroep legt de Europese Unie (EU) een te eenzijdige nadruk op de bevordering van de interne markt.⁵⁸ Daardoor ontbreekt, anders dan in het nationale recht, een “Europese” visie op contractuele rechtvaardigheid. Nodig is de ontwikkeling van een “social justice agenda”:

---

54 Kamerstukken II 1996-1997, 23.162, nr. 7, p. 3.

55 Kamerstukken II 1996-1997, 23.162, nr. 7, p. 4.

56 Zie bijvoorbeeld Collins, H., “Distributive Justice through Contracts”, *Current Legal Problems*, 1992, p. 51 e.v., die een andere invulling van het algemeen overeenkomstenrecht heeft voorgesteld, waarbij niet de klassieke liberale gedachte, maar “distributive justice” aan het overeenkomstenrecht ten grondslag zou moeten liggen.

57 Mattei, U., “Hard Code Now! A Critique and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification”, in Mattei, U., *The European Codification Process: Cut and Paste*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, p. 107 v. en Study group on social justice in European private law, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, 2004, p. 653 e.v.

58 Inderdaad hanteert het Europese recht een onconventioneel standpunt hanteert ten aanzien van het overeenkomstenrecht. Het goed laten functioneren van de interne markt lijkt *de* reden te zijn om in te grijpen in het nationaal overeenkomstenrecht. Vergelijk in dat opzicht ook dat vrijwel alle Europese richtlijnen op het terrein van het privaatrecht zijn gegrond op het bevorderen van de werking van de interne markt: het bestaan van verschillen tussen nationale wetgeving leidt tot verstoring van de concurrentie tussen bedrijven en vereist daarom interventie.

“At the heart of the social justice agenda beats the concern about the distributive effects of the market order. The rules of contract law shape the distribution of wealth and power in modern societies. (...) A modern statement of the principles of the private law of contract needs to recognise its increasingly pivotal role in establishing distributive fairness in society.”⁵⁹

Hiermee wordt het geheel van het overeenkomstenrecht – dus inclusief het commercieel contractenrecht – een herverdelende functie toegedicht.

7. *Het algemeen overeenkomstenrecht in Duitsland, Frankrijk en Engeland*

Ook buiten Nederland is gewezen op het spanningsveld tussen het algemeen overeenkomstenrecht en de veelal dwingendrechtelijke regels ter bescherming van zwakke partijen. Zo overweegt Lurger dat het contractenrecht van de lidstaten van de EU zich al meerdere decennia langs twee verschillende richtingen lijkt te bewegen:

“In den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten entwickelt sich das Vertragsrecht schon seit mehreren Jahrzehnten auf mindestens zwei Schienen: 1) als allgemeines Vertragsrecht, das oft auf älteren oder sehr alten Zivilrechtskodifikationen oder auf dem ebenfalls mit langer Tradition behafteten common law der britischen und irischen Gerichte beruht - und 2) als in vielen einzelnen Gesetzen meist viel neueren Datums verstreutes Vertragsrecht. Aus letzterem Bereich leuchtet neben den vielen Eingriffen in das Vertragsrecht, die überwiegend öffentlichen oder überindividuellen Interessen dienen, jene große Gruppe von zwingenden Vertragsregeln heraus, die überwiegend dem Schutz der einen schwächeren Partei eines Vertrages dienen sollen.”⁶⁰

Dit leidt tot problemen aangezien “[d]as neuere Schutzrecht [sich] entwickelt *neben* dem gleichbleibenden allgemeinen Vertragsrecht, um dieses herum und über dieses hinaus”.⁶¹

Heinrich en Behr hebben gewezen op dit spanningsveld specifiek ten aanzien van het Duitse overeenkomstenrecht.⁶² Interessant is in dit kader ook de op 1 januari 2002 in werking getreden herziening van het Bürgerliches Gesetzbuch

⁵⁹ Study group on social justice in European private law, *o.c.*, p. 665.

⁶⁰ Lurger, B., “Prinzipien eines Europäischen Vertragsrechts: liberal, marktfunktional, solidarisch, oder ...?”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 1998, volume 2.1.

⁶¹ Lurger, B., *o.c.*

⁶² Heinrich, D., “Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel”, in Beuthien, V, e.a. (red.), *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 199 e.v. en Behr, V., “Das BGB im Jahr 2096”, in Schlosser, H. (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996*, Heidelberg, C.F. Müller, 1997, p. 233 e.v.

(BGB). Een van de doelstellingen van deze herziening was het reïntegreren van privaatrechtelijke wetgeving die in de loop der tijd buiten het BGB terecht was gekomen. Het betrof hier vooral omzettingen van Europese richtlijnen op het gebied van het privaatrecht. Anders dan in Nederland werd dit recht van Europese oorsprong in Duitsland buiten het burgerlijk wetboek gehouden om enerzijds het BGB systematisch “zuiver” te houden en anderzijds in staat te zijn de richtlijn vrij letterlijk over te nemen om aldus te voldoen aan de Europese eisen ten aanzien van de wijze van implementatie.⁶³ Met de herziening zijn vijf wetten – met name op het gebied van consumentenbescherming – deel geworden van het BGB. Of het wetboek daarmee inderdaad “uniformer” is geworden, blijft echter een open vraag. Consumentenovereenkomsten wijken immers inmiddels zodanig af van “gewone” contracten, dat de vraag gerechtvaardigd is of de algemene leerstukken van het overeenkomstenrecht wel met deze moeten worden belast.⁶⁴ Verder geldt dat hoe groter het toepassingsbereik is van de algemene leerstukken, hoe lager hun informatieve waarde is. Vanuit een oogpunt van consumentenbescherming impliceert dit het risico dat het bestaande consumentenrecht in rechtspraak en literatuur zal verwateren.⁶⁵ Onder deze omstandigheden hebben sommige auteurs zich afgevraagd of het niet beter zou zijn om een apart consumentenwetboek te creëren.⁶⁶

Het Franse recht ter bescherming van de consument werd in 1993 in de Code de la Consommation samengevoegd. Daarvoor was het over verschillende wetgeving verspreid. Ook in Frankrijk wordt de divergentie tussen het algemeen overeenkomstenrecht en de meer recente bijzondere overeenkomsten gesignaleerd. Lurger merkt op: “Auch im französischen Recht wird die Kluft einer von den neueren vertragsrechtlichen Entwicklungen unberührten ‘théorie générale des contrats’ und den sich mit dem Schutzrecht zugunsten der Verbraucher und ‘non-professionnels’ herausbildenden neuen vertragsrechtlichen Prinzipien als unbefriedigend empfunden”.⁶⁷ Savaux heeft uitdrukkelijk de eenheid van het overeenkomstenrecht in Frankrijk bekritiseerd: het zou niet overeenkomen met de huidige praktijk, het zou enkel “un droit commun des amphithéâtres et des livres” zijn.⁶⁸ Verschillende auteurs hebben daarnaast gewezen op de tekortkomingen van het algemeen overeenkomstenrecht. Zo stelt Thibierge-Guelfucci dat

63 Smits, J., “De herziening van het Duitse verbintenissenrecht”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2002, p. 375.

64 Smits, J., o.c., 2002, p. 378.

65 Smits, J., o.c., 2002, p. 378. Zie ook Graf von Westphalen, F., “AGB-Recht ins BGB – eine erste Bestandsaufnahme”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 13.

66 Zie bijvoorbeeld Ulmer, P., “Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk”, *Juristenzeitung*, 2001, p. 491 e.v.

67 Lurger, B., *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wenen, Springer, 2002, p. 321.

68 Savaux, E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Parijs, LGDJ, 1997, p. 300.

het klassieke overeenkomstenrecht dringend moeten worden aangevuld en aangepast aan de eisen van deze tijd.⁶⁹ En sommige auteurs voorspellen een verandering van het algemeen overeenkomstenrecht.⁷⁰ In de woorden van Lurger: "Einige Autoren prognostizieren einen allmählichen Wandel des allgemeinen Vertragsrecht des Code Civil, das sich für die Prinzipien der persönlichen Gleichheit der Parteien, des inhaltlichen Gleichgewichts der Verträge zum Abschlusszeitpunkt und in der Zeit danach sowie einem umfassenden Treu- und Glaubens-Prinzip öffnen werde."⁷¹

Ook bij het Engelse algemene overeenkomstenrecht, dat traditioneel een liberaal uitgangspunt hanteert en geen onderscheid maakt tussen verschillende contractspartijen, zijn de laatste tijd vraagtekens geplaatst. Zo heeft Wightman de eenheid van het overeenkomstenrecht verworpen en gepleit voor differentiatie:

"This book has argued that general theories of contract doctrine – whether based on promise, reliance and benefit, efficiency, or the justice of the social market – are ultimately unsatisfactory. (...) I (...) argue that it is useful to differentiate between commercial and personal contracts (...)." ⁷²

De vraag of een algemeen overeenkomstenrecht gevormd door voor alle overeenkomsten en alle contractspartijen geldende grondslagen en beginselen onmogelijk is, is ook in 2003 in de (Engelse) literatuur opgeworpen. Steyn kwam tot de conclusie dat er aanwijzingen zijn dat het idee van een algemeen overeenkomstenrecht dient te worden verlaten: "There is much to be said for approaching commercial transactions and consumer agreements somewhat differently."⁷³ Bridge ging, specifiek ten aanzien van de koopovereenkomst in het Engelse recht, nog verder: "The time has come to separate consumer and non-consumer sales."⁷⁴

8. Beïnvloeding van het nationale overeenkomstenrecht door de Europese Unie⁷⁵

In de tot nu toe gevoerde discussie is het Europese Gemeenschapsrecht (EG-recht) slechts in de kantlijn ter sprake gekomen. Een bespreking van het nati-

69 Thibierge-Guelfucci, C., "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 357 e.v. Ook andere auteurs hebben soortgelijke geluiden laten horen; zie bijvoorbeeld Pizzio, J., "La protection des consommateurs par le droit commun des obligations", *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1998, p. 58 e.v. en Chazal, J., "Le consommateur existe-t-il?", *Recueil Dalloz Chronique*, 1997, p. 263 e.v.

70 Zie bijvoorbeeld Pizzio, J., o.c., p. 58 e.v. en Chazal, J., o.c., p. 58 e.v.

71 Lurger, B., o.c., 2002, p. 321.

72 Wightman, J., *Contract: A Critical Commentary*, Londen, Pluto Press, 1996, p. 96.

73 Steyn, J., "The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts", *Sydney Law Review*, 2003, p. 5 e.v.

74 Bridge, M., "What Is to Be Done about Sale of Goods?", *Law Quarterly Review*, 2003, p. 173-77.

75 Zie ook Smits, J. en Hardy, R., "De toekomst van het Europees contractenrecht", *Weekblad voor*

onaal overeenkomstenrecht is echter niet compleet zonder daarbij het EG-recht te betrekken. Een analyse van de invloed van de EU op het algemeen overeenkomstenrecht is om meer dan een reden interessant. Ik noem er hier twee. In de eerste plaats omdat de laatste twee decennia heel wat richtlijnen op het gebied van het overeenkomstenrecht zijn uitgevaardigd (denk onder andere aan de richtlijnen inzake overeenkomsten op afstand, timesharing en e-commerce). Een steeds groter wordend gedeelte van het nationaal overeenkomstenrecht wordt daarmee bepaald door Europese regelgeving, ook al is deze regelgeving vaak niet consistent en heeft het storende neveneffecten, gelet op de gehanteerde methode van harmonisatie – een tweede reden waarom een bespreking van het EG-recht interessant is. De Europese methode van harmonisatie leidt eigenlijk tot een fragmentarische eenwording. Anders dan in de klassieke codificaties, waarin het gehele privaatrecht wordt bestreken, geschiedt de Europese harmonisatie vanuit specifieke thema's die op een bepaald moment op de politieke agenda komen. Dit heeft mede tot gevolg dat een geheel van rechtsregels ontstaat dat systematisch afwijkt van het traditionele nationaal overeenkomstenrecht:

“It used to be so that for example German, French, Dutch and English contract law were supposed to be governed by general principles: common rules governing the formation of contracts, governing the remedies of the contracting parties, governing the way of interpretation etc., *regardless* of the type of contract involved. The Europeanization of these national legal systems through directives leads to the contrary: not to a *uniform*, but to a *diverse* contract law in which for example important remedies in case of breach of consumer contracts for the sale of movable goods are governed by different rules than these same remedies in case of other contracts (...).”⁷⁶

Een verklaring voor de hierboven gesignaleerde pleidooien voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht kan dus (mede) terug te voeren zijn op de Europese inmenging in het overeenkomstenrecht.

Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 2002, p. 827-833, Smits, J. en Hardy, R., “Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2003, p. 385-389 en Smits, J., Hardy, R. en Kornet, N., “Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2004, p. 1001-1006.

⁷⁶ Smits, J., o.c., 2002.

C. Argumenten voor en tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht

1. Argumenten voor én argumenten tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht

a. Argumenten voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht

Smits heeft gewezen op de ongedetermineerdheid en leegheid van de algemene contractenleer.⁷⁷ Hij overweegt dat de eenheid van het (Nederlandse) overeenkomstenrecht slechts schijn is, aangezien enerzijds het consumentenrecht is opgekomen en anderzijds er ook een apart contractenrecht voor ondernemers lijkt te (zijn) ontstaan. Daarnaast relateert de auteur de gelding van het algemeen overeenkomstenrecht voor de bijzondere overeenkomsten. Smits vindt het tegen deze achtergrond verbazingwekkend dat het algemeen overeenkomstenrecht stand heeft weten te houden. De auteur zoekt de oorzaak daarvan in de constatering dat zowel de contractenrechtelijke beginselen als de structuur van het overeenkomstenrecht zo algemeen zijn dat vrijwel alle casus, op welke wijze dan ook op te lossen, daarin kunnen worden ondergebracht:

“Die beginselen en die structuur leiden zozeer een van de specifieke contracten onafhankelijk bestaan dat de rechtsvinder er geen enkele last van heeft: *dankzij* hun ongedetermineerdheid, blijven zij voortleven. Maar beginselen die ooit van toepassing waren op *alle* contracten wijzen thans nog slechts de weg voor enkele en de structuur, waarin ooit totstandkoming, inhoud en uitvoering alle drie van even groot belang waren, heeft eveneens voor veel contracten afgedaan.”⁷⁸

Indien het overeenkomstenrecht inderdaad, zoals Smits stelt, als ongedetermineerd en leeg is aan te merken, dan heeft dit belangrijke nadelen tot gevolg.⁷⁹ In de eerste plaats kan een ongedetermineerd contractenrecht tot rechtsonzekerheid leiden, of in ieder geval tot een verminderde rechtszekerheid. In het algemeen zal namelijk gelden dat hoe minder gedetermineerd (of: hoe vager) het recht is, dat wil zeggen hoe geringer het aantal potentiële falsificaties, hoe geringer de voorspellende kracht van het recht is. Het recht zal dus nauwelijks informatie geven over de juiste oplossing van een geval. In de tweede plaats kan de rechtsstatelijkheid in geval van ongedetermineerde wetsbepalingen eerder in het geding komen, aangezien de wetgever wel schijnbaar de normen waaraan de rechter gebonden is stelt, maar de norm de rechter zoveel ruimte voor invulling laat dat moeilijker vol te houden is dat het oordeel van de rechter gestoeld is op een demo-

77 Smits, J., o.c., 1998, p. 10 e.v.

78 Smits, J., o.c., p. 27.

79 Deze nadelen zijn (deels) ontleend aan Barendrecht, J., o.c., 1992, p. 66 e.v.

cratisch vastgestelde wettelijke bepaling. Daarmee samenhangend bestaat het risico op een te grote rechterlijke vrijheid. Dit wordt meestal als nadelig gezien, vermits het gevaar aanwezig is dat de rechter zijn persoonlijke opvattingen in zijn beslissing laat meewegen.⁸⁰ Ook de rechtsontwikkeling zou in gevaar kunnen komen – een vierde nadeel. Aanvaarding van een norm met een geheel vage verwijzing naar de omstandigheden van het geval, betekent in wezen namelijk dat iedere keer opnieuw dient te worden begonnen met de ontwikkeling van het recht. De speurtocht naar de rechtvaardigheid begint met andere woorden weer van voren af aan, aangezien alle kennis niet meer in de toepasselijke norm is neergelegd. De vage norm geeft de ontwikkeling van werkelijke nieuwe normen daarom ook geen stimulans. Het zojuist genoemde nadeel kan op zichzelf ook tot weer een ander nadeel aanleiding geven. De kans bestaat namelijk dat de kennis over rechtvaardigheid op een minder, of zelfs niet-efficiënte wijze wordt gebruikt en opgeslagen. Een zesde nadeel bestaat er in dat gedragsbeïnvloeding minder makkelijk zal plaatsvinden, aangezien een ongedetermineerd contractenrecht geen werkelijke richtsnoeren geeft voor het handelen van betrokkenen. En ook de rechtsgelijkheid – dat onderstaand nog zal worden besproken als argument tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht – kan in gevaar komen door de algemene leer. De uitleg van Barendrecht, specifiek met betrekking tot scherpe en vage normen, lijkt mij ook hier relevant. Hij stelt dat op grond van een vage norm iedere beslissing kan worden gerechtvaardigd en het dan ook te verwachten valt dat beslissingen in vergelijkbare gevallen onderling sterk uiteenlopen. Door het ontbreken van scherpe normen wordt rechtsongelijkheid bovendien versluierd, aldus Barendrecht. Criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of gevallen vergelijkbaar zijn ontbreken immers. Juist de scherpe norm brengt volgens de auteur scheidslijnen aan die het vergelijken van gevallen mogelijk maakt; zonder scherpe regels is de vage norm het enige criterium en zal de conclusie snel worden getrokken dat ongelijk behandelde gevallen dus ook ongelijk zijn.

De voorgaande nadelen kort samenvattend zou men kunnen stellen dat het gevaar bestaat dat het algemeen overeenkomstenrecht inefficiënt is. Dat is een belangrijk argument tegen een algemeen overeenkomstenrecht.

In de literatuur is verder opgemerkt dat commerciële overeenkomsten op andere “beginselen” berusten dan die welke gelden voor particuliere overeenkomsten.⁸¹ Daarmee wordt meer concreet bedoeld dat er een verschil zou zijn tussen de verhouding middel en doel in consumentenovereenkomsten enerzijds en commerciële overeenkomsten anderzijds. Dit is mijns inziens een belangrijk

80 Barendrecht, J., *o.c.*, p. 70.

81 Van Schaick, A., “De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten” in Klomp, R., e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, p. 121; Van Schaick, A., in Klomp, R., e.a., *o.c.*, p. 32 en Smits, J., *o.c.*, p. 33.

tweede argument voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht. Van Schaick merkt in dit verband het volgende op:

“[V]oor de consument [is] de koopovereenkomst een middel om te komen tot een nader te bepalen doel. De consument (...) beoogt door het sluiten van een koopovereenkomst een zaak aan zijn vermogen toe te voegen. Deze eigendomsverkrijging is een opstap naar motieven die wij niet onmiddellijk kennen. Voor de handelaar is de koopovereenkomst een doel op zichzelf. Zij verschaft hem de koopsom en daarmee zijn winst. Dat betekent dat de handelaar een ander perspectief heeft dan de consument; de handelaar beoogt een vermogensverschuiving te verwezenlijken. De vermogensverschuiving zelf verschaft de handelaar zijn winst. De consument streeft juist naar de vermogensophoping die van de vermogensverschuiving een gevolg is. De eigendomsverkrijging geeft hem de mogelijkheid om achterliggende motieven te bevredigen.”⁸²

Ook Smits heeft gewezen op het fundamentele verschil tussen middel en doel in consumententransacties enerzijds en commerciële overeenkomsten anderzijds.⁸³ Dit verschil op het niveau van de “beginselen”, leidt tot belangrijke verschillen in de toepassing van het recht, althans zou daartoe aanleiding moeten geven, aldus zowel Van Schaick als Smits. Ik laat Van Schaick aan het woord:

“De ondernemer heeft er belang bij dat een overeenkomst op snelle en eenvoudige wijze tot stand komt, dat de koopovereenkomst een beperkte inhoud heeft die eenvoudig kenbaar is en waaraan zijn wederpartij heel weinig rechten kan ontnemen. Als het contractenrecht de daartoe vereiste voorwaarden creëert, is de kans heel klein dat er achteraf gezeur over die overeenkomst ontstaat en dat de overeenkomst ongedaan wordt gemaakt waardoor de vermogensverschuiving niet tot stand komt en de ondernemer dus zijn winst misloopt. Dat brengt dan met zich dat partijen bij de overeenkomst een hoge mate van eigen verantwoordelijkheid hebben. Voor de ondernemer, die bestaat van het sluiten van overeenkomsten, is dat niet zo'n bezwaar. Hij zal in het algemeen over een zekere behendigheid beschikken bij het sluiten van overeenkomsten. Zolang de elementaire fatsoensregels in acht worden genomen, zal een ondernemer niet veel problemen ondervinden van die eigen verantwoordelijkheid en heeft hij ook weinig reden om die eigen verantwoordelijkheid terzijde te stellen. Het belang van de ondernemer bij snel totstandkomende overeenkomsten met een beperkte inhoud botst met het belang van de particulier. Zijn belang is juist dat de overeenkomst langzaam

---

⁸² Van Schaick, o.c., p. 32.

⁸³ Smits, J., o.c., p. 33.

tot stand komt, dat er veel hindernissen in de totstandkomingsfase bestaan en dat er vormvoorschriften en informatieverplichtingen bestaan die de wederpartij dwingen tot nader onderzoek naar de motieven die aan de eigendomsverkrijging door de koper ten grondslag liggen. De koper wordt dan gedwongen tot heroverweging van zijn voorlopige beslissing om een koopovereenkomst te sluiten en daardoor ontstaat er de zekerheid dat de overeenkomst zal beantwoorden aan het achterliggende doel. Als achterliggende motieven relevant worden geacht, leidt dat tot een royale inhoud van de overeenkomst, waardoor meer mogelijkheden ontstaan om een overeenkomst te ontbinden wegens wanprestatie of te vernietigen wegens dwaling of bedrog.”⁸⁴

Een derde argument voor een gedifferentieerd overeenkomstenrecht is dat zo een contractenrecht zich, in verhouding tot een algemeen overeenkomstenrecht, makkelijk leent voor aanvullingen en wijzigingen.⁸⁵

In de context van het Europese streven om tot een codificatie van het overeenkomstenrecht te komen zou men, ten slotte, als voordeel van een gedifferentieerd contractenrecht kunnen aanvoeren dat het in dat geval eenvoudiger is om een gedeelte uniform te maken. Dit argument is echter in de praktijk, mede als gevolg van de door de Europese Unie gekozen methode van eenmaking van het recht, met name relevant in de context van een apart overeenkomstenrecht voor consumenten. Dat is ook de reden waarom ik dit argument hier niet nader bespreek.

b. Argumenten tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht

Een eerste argument tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht komt van de hand van Mattei. Zijn argument komt er in essentie op neer dat er niet zoiets is als een aparte markt⁸⁶ voor consumenten en ondernemers:

“(...) [T]here is no such thing as a separate market for consumers (demand) and a separate market for producers (supply) (...).”⁸⁷

---

84 Van Schaick, A., o.c., p. 32 en 33.

85 Hartkamp vindt dit argument evenwel niet overtuigend: “Tenslotte acht ik de tegenwerping dat een codificatie zich minder gemakkelijk voor wijziging een aanvulling leent dan een afzonderlijke wet evenmin valabel, omdat ik van mening ben dat een wetboek moet worden bijgehouden en waar nodig aan de eisen van de zich ontwikkelende samenleving moet worden aangepast.” (Hartkamp, A., “De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht”, in Nieskens-Isphording, M. en Schoordijk, H. (red), *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 102.)

86 In deze context wordt met markt een abstract begrip bedoeld waar gevraagde goederen en diensten (vraag) samenkomen met aangeboden goederen en diensten (aanbod).

87 Mattei, U., “Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules”, *Virginia Journal of International Law*, 1999, p. 538.

Het contractenrecht moet volgens de auteur rekening houden met deze realiteit om inefficiëntie zoveel mogelijk tegen te gaan.⁸⁸ Met inefficiëntie doelt de auteur in dit verband op het naast elkaar bestaan van een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers en een apart overeenkomstenrecht voor consumenten, met alle mogelijke afbakeningsproblemen als gevolg (dit argument komt hieronder nog terug). Het voorgaande impliceert, aldus Mattei, dat “the dichotomy between merchant law and consumer law as two different non-communicating bodies of contract law” zoveel mogelijk moet worden vermeden.⁸⁹ De auteur laat met deze formulering mijns inziens wel ruimte voor een beperkte mate van divergentie, maar is duidelijk gekant tegen een verregaande vorm van differentiatie. Interessant is nog dat Mattei de volgende verklaring geeft voor het ontstaan van differentiatie:

“A law of contract that supports purely free market-oriented decisionmaking is much more acceptable and easy to support when dealing with businessmen. In arguing for a fully default legal regime that might accept harsh treatment of the weaker party in the name of market competition, it is nice to know that there also exists a different body of law applicable to the weak consumer who really deserves protection. Conversely, when arguing for patently inefficient rules that substitute the will of the parties for that of the judge without taking too much care of the incentives that this kind of decision making might introduce, it is comforting to know that there also exists a ‘real’, efficient contract law that works as a framework for business transactions. In other words, the artificial creation of one legal framework for the supply side and of one for the demand side lowers responsibility and is, therefore, easy to accept as a mediation between conflicting ideological positions.”⁹⁰

Een tweede argument tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht is te vinden in de coherentie en eenvoud van een algemeen overeenkomstenrecht. Het onderscheid tussen bijvoorbeeld burgerlijk recht en handelsrecht, tussen burgerlijke daden en daden van koophandel, tussen koopman en niet-koopman, dat in verschillende rechtstelsels – zoals in België en Frankrijk – tot moeilijkheden aanleiding heeft gegeven, is namelijk bij een interne eenheid van het overeenkomstenrecht niet of in mindere mate aanwezig.⁹¹ De rechter hoeft zich in geval van een algemeen contractenrecht bijgevolg niet uit te laten over de vraag of de wederpartij nu al dan niet te maken heeft met een koopman. In soortgelijke zin

---

88 Mattei, U., o.c., 1999, p. 538.

89 Mattei, U., o.c., 1999, p. 538.

90 Mattei, U., o.c., 1999, p. 555.

91 Fredericq, S., *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, Antwerpen, De Sikkel, 1957, p. 123.

kan ook het oordeel of sprake is van een consumententransactie achterwege blijven. Afbakeningsproblemen worden derhalve bij een algemeen overeenkomstenrecht voorkomen.⁹² Hartkamp geeft de nadelen verbonden aan een gedifferentieerd contractenrecht (afbakeningsproblemen en een verminderde coherentie), specifiek ten aanzien van een apart wetboek voor handelscontracten, nog eens duidelijk weer in de volgende passage:

“An important disadvantage is that such a division clearly disrupts the unity and coherence of the system of private law as a whole. Moreover, it has proven difficult to elaborate a convincing criterion for the application of the commercial law rules, especially where rules of contract law are concerned. Some legal systems have opted for a subjective criterion (the concept of ‘merchant’), others for an objective one (the concept of ‘commercial acts’) (...). Another serious problem is which rules apply to ‘mixed contract’, i.e. contracts concluded between a merchant and a non-merchant. (...) Finally, the distinction poses practical problems of several kinds. (...) For the legislator: where to insert a set of rules, into the Civil Code or into the Commercial Code? Or should he take recourse to a specific statute outside the Codes whenever the subject matter to be regulated falls within the scope of both civil and commercial law or when it is actually unclear to which of the two it belongs?”⁹³

Vriesendorp merkt overigens, naar mijn mening terecht, op dat er in het recht altijd wel afbakeningsproblemen zullen ontstaan; dus ook in geval van een algemeen contractenrecht:

“Maar hebben wij nu een Wetboek van Koophandel of een wetboek van handelsrecht of een wetboek van handel of hoe je het ook maar wilt noemen, nodig? (...) Door bijvoorbeeld [de] ‘koopman’ af te schaffen zou een formele barrière zijn geslecht. Er behoeft niet een discussie te worden gevoerd, zoals bijvoorbeeld in België en Frankrijk, of men nu te maken heeft met een koopman of niet. De rechter behoeft zich daarover dan niet uit te laten. Maar verplaatst de discussie zich dan niet vervolgens naar bijvoorbeeld de vraag of men te maken heeft met een particuliere relatie of een zakelijke relatie?”⁹⁴

Een verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel kan als derde argument tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht dienen. In het verleden is namelijk door sommige juristen naar voren gebracht dat het bestaan van bijzondere regels, toe-

92 Vergelijk ook Hondius, E., in Klomp, R., e.a., o.c., p. 45.

93 Hartkamp, A., “The relation between civil law and commercial law”, in Franken, H. e.a. (red.), *Drieden: over politiek, beleid en recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 316.

94 Vriesendorp, R., in Klomp, R., e.a., o.c., p. 43 en 44.

passelijk op bepaalde overeenkomsten (destijds contracten waarbij een koopman partij was), onverenigbaar is met de principes van een democratisch regime, waarin gelijkheid tussen alle staatsburgers moet heersen.⁹⁵ Het argument komt duidelijk tot uiting in de eerste geschriften van de Italiaan Vivante en kwam ook naar voren tijdens de voorbereidende werkzaamheden aan het Zwitserse Obligationenrecht van 1881.⁹⁶

Aangenomen wordt wel dat in periodes dat het burgerlijk recht onvoldoende flexibel is om aan de behoeften van contractspartijen tegemoet te komen, er de behoefte ontstaat aan afwijkende, zelfstandige contractenrechtelijke normen, of zelfs aan een gedifferentieerd overeenkomstenrecht. Klomp heeft het voorgaande met betrekking tot het handelsrecht als volgt verwoord:

“In periodes dat het burgerlijk recht onvoldoende flexibel was om aan de behoefte van de handelspraktijk tegemoet te komen, ontstond de behoefte aan een afwijkend, zelfstandig, eigen handelsrecht. Dan wenste men eigen regels voor de handel los te creëren, los van de starre, al dan niet dogmatische, katholieke invloeden op het algemeen burgerlijk recht. (...) [Z]odra het burgerlijk recht [dus] starre trekjes ging vertonen, ontstond de behoefte aan een soepeler, aan de behoefte van de handel tegemoetkomend handelsrecht.”⁹⁷

Indien nu echter het burgerlijk recht als voldoende “flexibel” gekwalificeerd kan worden, dan is er – Klomps redenering doortrekkend – veel minder of zelfs geen behoefte aan één of meer van het algemene contractenrecht afwijkende regimes. In dit opzicht is het interessant dat verschillende rechtsgeleerden recentelijk hebben betoogd dat het huidige (Nederlandse) overeenkomstenrecht inderdaad voldoende flexibel is om rekening te houden met de huidige en toekomstige behoeften en verwachtingen van contractspartijen.⁹⁸ Specifieke vermelding in dit verband verdient wederom Klomp. Hij overweegt dat “juist met dat flexibele burgerlijke recht met open normen er een uitgelezen kans is om bij iedere rechtsverhouding rekening te houden met de aard ervan en met de hoedanigheid van de betrokken partijen.”⁹⁹ De open normen in het huidige overeenkomstenrecht, en de daarmee gepaard gaande flexibiliteit, vallen zodoende als een argument tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht aan te merken.

95 Fredericq, S., *o.c.*, p. 123.

96 Fredericq, S., *o.c.*, p. 123. Het argument volgt met name ook uit een boodschap van de Federale Raad van Zwitserland van 27 november 1879, gehecht aan het wetboek van 1881. Deze boodschap rechtvaardigt het ontbreken van een bijzonder wetboek van koophandel onder andere door het wantrouwen dat de Zwitserse bevolking, uit hoofde van zijn democratische overtuiging, zou koesteren jegens bijzondere rechten voor de kooplieden.

97 Klomp, R., in Klomp, R., e.a., *o.c.*, p. 30.

98 Vriesendorp, R., *o.c.*, p. 44 en 45 en Jansen, C., in Klomp, R., e.a., *o.c.*, p. 37.

99 Klomp, R., *o.c.*, p. 30.

Als vijfde argument tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht kan, ten slotte, aangevoerd worden dat in geval van een algemeen overeenkomstenrecht verschillende soorten bepalingen elkaar (mogelijkerwijs) makkelijker wederkerig kunnen beïnvloeden. Kruisbestuiving tussen bijvoorbeeld beschermingsregels en algemene bepalingen zou, met andere woorden, zodoende eenvoudiger zijn:

“Een burgerlijk wetboek wordt juist een levend geheel wanneer daarin onderscheidende beginselen tot uitdrukking komen. Dit heeft tevens als voordeel dat de beschermingsregels en de algemene bepalingen elkaar gemakkelijker wederkerig kunnen beïnvloeden dan indien de rechtsstof over verschillende wetboeken c.q. wetten is verdeeld en dus de materiële eenheid van het systeem niet door de ordening van de stof wordt onderstreept. Deze beïnvloeding zal doorgaans via het intermediair van de open normen lopen, waarvan de eenheidsbevorderende functie niet genoeg kan worden onderstreept.”¹⁰⁰

Wederom is het systeem van de open normen hier onontbeerlijk.

2. Argumenten voor én tegen een apart overeenkomstenrecht voor consumenten

a. Argumenten voor een apart overeenkomstenrecht voor consumenten

Een argument voor een apart overeenkomstenrecht voor consumenten is te ontleenen aan het Europees Gemeenschapsrecht, of meer specifiek, aan de inmenging van de instituties van de Europese Unie met het overeenkomstenrecht. Met een apart overeenkomstenrecht voor consumenten zou enerzijds recht gedaan kunnen worden aan de door de Europese inmenging ontstane differentiatie. Anderzijds zouden de reeds bestaande en toekomstige Europese richtlijnen op het terrein van het overeenkomstenrecht daar eenvoudig(er) kunnen worden ondergebracht. Het gevaar bestaat dan ook minder dat het door de nationale wetgever gehanteerde systeem wordt aangetast:

“We zijn hier beland op het gevoelige onderwerp van de inmenging van consumentenrecht in het contractenrecht. Contractenrecht kenmerkt zich, zoals bekend, door een systematische (gelaagde) opbouw. Het consumentenrecht kent echter niet een dergelijke strakke structuur (...). Dit kan in het bijzonder problemen opleveren bij de implementatie van consumentenrechtelijke regels (...). Daarbij moet vaak de keuze worden gemaakt tussen het creëren van

---

¹⁰⁰ Hartkamp, A., o.c., 1991, p. 101. Het argument van beïnvloeding of wisselwerking komt ook tot uitdrukking bij Van Huizen, P., *De cessie ter incasso: keerzijde van de betalingsopdracht; een illustratie van het handelsrecht als venster op het privaatrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, p. 20, waar hij spreekt over “communicerende vaten”.

losse consumentenrechtelijke regelgeving, [bijvoorbeeld] in een afzonderlijk consumentenwetboek, of implementatie van de richtlijn – voorzover deze privaatrechtelijk is georiënteerd – in het [burgerlijk wetboek], wat het gevaar met zich meebrengt dat het systeem van het [burgerlijk wetboek] aangetast wordt.”¹⁰¹

b. Argumenten tegen een apart overeenkomstenrecht voor consumenten

Een argument tegen een apart overeenkomstenrecht voor consumenten wordt door Lurger naar voren gebracht.¹⁰² Het argument komt er op neer dat er geen apart overeenkomstenrecht voor consumenten is, noch kan komen, omdat de groep van consumenten simpelweg te heterogeen is:

“Der klassische, abstrakte Verbraucherbegriff schützt natürliche Personen, die Verträge mit Unternehmen zum Zwecke der Deckung des privaten Bedarfs abschließen. Dieser Begriff wird auch überwiegend in anderen europäischen Staaten und im EG-Recht verwendet. (...) In der Wirklichkeit gibt es keineswegs den Verbraucher, der immer die gleichen Fähigkeiten und gleichen Bedürfnisse des gesetzlichen Modellbildes (Verbraucherleitbildes) besitzt. Es gibt arme und reiche, gebildete und ungebildete Verbraucher und solche, die irgendwo in der Mitte zwischen diesen Extremen liegen. Der an der Armutsgrenze lebende Arbeiter oder Arbeitslose mit Grundschul- oder Sonderschulbildung, der an der Grenze zur Insolvenz wandelnde kleine Handwerker oder Gewerbetreibende hat auch bei seinen Aktionen am Konsummarkt wenig gemein mit dem wohlhabenden Chirurgen, leitenden Beamten, Universitätsprofessor, Politiker oder Manager. Dennoch werden sie durch den abstrakten Begriff des Verbrauchers, wenn sie für private Zwecke bei einem Unternehmer einkaufen oder andere Verträge abschließen, alle über einen Kamm geschoren. Die Abstraktion verhüllt die Tatsache, dass es viele verschiedene Typen von Verbrauchern gibt mit unterschiedlichen Problemen und Bedürfnissen.”¹⁰³

Ik ben het met Lurger eens dat de onderlinge kenmerken van consumenten (enigszins) kunnen verschillen. Toch denk ik niet dat deze constatering per se aan een goede werking van het consumentenrecht in het algemeen of een apart overeenkomstenrecht voor consumenten in het bijzonder in de weg hoeft te staan. Het is mijns inziens (inmiddels) goed mogelijk om te komen tot een algemeen geaccepteerde en werkbare definitie van het begrip consument. Dat onder

¹⁰¹ De Vrey, R., “Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken”, *Vermogensrechtelijke Annotaties*, 2006/1, p. 54.

¹⁰² Lurger, B., *o.c.*, 2002, p. 335 en 336. Voor de volledigheid vermeld ik dat de auteur in haar boek nog enkele andere argumenten naar voren brengt tegen een apart contractenrecht voor consumenten. Deze argumenten zijn mijns inziens echter geen van alle overtuigend.

¹⁰³ Lurger, B., *o.c.*, p. 335 en 336.

dit enigszins abstracte begrip een veelheid aan onderling verschillende situaties schuil gaat, lijkt mij niet erg problematisch, zolang maar voldaan is aan de volgende twee voorwaarden: de gehanteerde definitie is relevant en accuraat voor een groot gedeelte van de betroffenen en er is geen “betere” definitie voorhanden. Ik geloof dat aan deze twee voorwaarden voldaan wordt. Desalniettemin vormt Lurger's constatering mijns inziens wel degelijk een argument tegen een apart overeenkomstenrecht voor consumenten.

Verder is volgens Hartkamp een apart overeenkomstenrecht voor consumenten voor wat betreft Nederland overbodig aangezien het consumentenrecht is opgekomen in de periode waarin aan het nieuwe Burgerlijk Wetboek werd gewerkt. Het was zodoende, aldus de auteur, mogelijk om in de algemene gedeelten met het consumentenrecht rekening te houden en om bijzondere regelingen op geschikte plaatsen in het wetboek op te nemen. Een beleid dat volgens Hartkamp bij de voltooiing van de Boeken 7 en 8 van het Burgerlijk Wetboek nog zal worden voortgezet.¹⁰⁴

3. *Argumenten voor én tegen een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers*

a. Argumenten voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers

Uit de literatuur kan als argument voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers het bijzondere karakter van het handelsrecht gedistilleerd worden.¹⁰⁵ Dit argument valt uiteen in drie componenten. In de eerste plaats wordt beweerd dat het handelsrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk recht, een spoedeisend karakter heeft. Verder zou aan het krediet een overwegende rol worden toegekend in het handelsrecht. Ten slotte wordt gesuggereerd dat in het bedrijfsleven een bijzondere moraal geldt. Ik zal elk van deze drie componenten kort toelichten. Er wordt in de literatuur beweerd dat de economische bedrijvigheid talrijke transacties eist, die snel op elkaar volgen en die snel hun beslag moeten krijgen.¹⁰⁶ Hieruit wordt afgeleid dat het sluiten van handelsrechtelijke overeenkomsten, alsmede de uitvoering en het bewijs ervan niet kan geschieden volgens de gewone regels van het recht. Er zijn, zo stelt men, van het burgerlijke recht afwijkende bepalingen voor nodig die een zelfstandig karakter vertonen. De spoedeisendheid van de verrichtingen heeft onder meer de vrijheid van het bewijs tot gevolg. Krediet maakt rechtsregels noodzakelijk tegen degenen die hun handelsverbintenissen niet naleven.¹⁰⁷ Voor wat betreft de bijzondere moraal wordt gesteld dat de handel een deel van het maatschappelijk verkeer vormt waar eigen normen gelden die

---

¹⁰⁴ Hartkamp, A., o.c., 1991, p. 101.

¹⁰⁵ Zie over dit bijzondere karakter ook Bydliński, F., *Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht*, Berlijn, Walter de Gruyter, 1990, p. 17.

¹⁰⁶ Fredericq, S., o.c., p. 113 met verdere verwijzingen.

¹⁰⁷ Fredericq, S., o.c., p. 113.

als regel door het recht geaccepteerd worden.¹⁰⁸ De vrijheid van handel en bedrijf staan voorop, ook al geldt een aantal basisnormen van behoorlijkheid; het handelsrecht kent vele rechtsbeginselen, gewoonten en gebruiken die typerend zijn voor het handelsverkeer.

Een tweede argument voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers zou gevonden kunnen worden in het ritme van de evolutie van het handelsrecht. Het handelsrecht, dat zich moet aanpassen aan talrijke wijzigingen in het economische leven, evolueert snel.¹⁰⁹ De ontwikkelingen in het burgerlijk recht daarentegen geschieden langzamer en meer geleidelijk.¹¹⁰ Het burgerlijk recht verzet zich tegen brutale wijzigingen – experimenten, die gevaren voor contractspartijen kunnen meebrengen, worden er niet ingevoerd. In het handelsrecht zou verder de staat dikwijls en op grondige wijze ingrijpen. Met deze tendensen dient rekening te worden gehouden.

Het internationale karakter van het handelsrecht vormt een derde argument voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers. Het idee is dat het handelsrecht, anders dan het burgerlijk recht en het consumentenrecht, voor een belangrijk deel grensoverschrijdend en internationaal is. Tjittes geeft de volgende voorbeelden:

“Talloze handelsrechtelijke verdragen zijn geratificeerd en in werking getreden. Denk bijvoorbeeld aan het Weens Koopverdrag (CISG) betreffende de internationale koop van roerende zaken, de Geneefse Verdragen inzake wissels en cheques (1930 en 1931). (...) Verder zijn er internationale standaardcondities zoals de door de Internationale Kamer van Koophandel (ICC) te Parijs opgestelde regelingen als de Uniform Customs and Practice for Documentary Credits betreffende documentair krediet en de Incoterms die prijs- en leveringsbedingen bij de handelskoop reguleren, de York-Antwerp Rules terzake van avarij grosse en de FIDIC-condities voor bouwprojecten. Deze internationale standaardcondities worden door sommigen gezien als de ‘nieuwe lex mercatoria’.”¹¹¹

Haak en Timmerman hebben eveneens gewezen op de invloed van internationale ontwikkelingen op het handelsrecht.¹¹² Interessant in dit verband is ook de volgende passage van de hand van Kisch:

---

108 Tjittes, R., *o.c.*, 1994, p. 24 en 25.

109 Fredericq, S., *o.c.*, p. 113.

110 Fredericq, S., *o.c.*, p. 113.

111 Tjittes, R., *o.c.*, p. 29.

112 Haak, K., *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 1996, p. 1-5 en Timmerman, L., “Bezinning op het handelsrecht”, *TVVS, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 1990, p. 1 e.v.

“Het burgerlijk recht is functie van de nation[a]le gemeenschap, het handelsrecht is, of ontwikkelt zich als functie van internationale verschijnselen. Elk trekt in een andere richting; in één tuig gaan zij niet samen. (...) [H]et handelsrecht is gerechtvaardigd als afzonderlijke, positieve categorie [é]n omdat het een functie is van de economische verschijnselen die worden gekenmerkt door streven naar winst, door regelmaat en frequentie van soortgelijke transacties – [é]n omdat het, meer dan [e]nig ander deel van het privaatrecht, tendeert naar unificatie.”¹¹³

Een codificatie waarin het handelsrecht en het burgerlijk recht samen worden gebracht is volgens Kisch niet alleen als gedachte onjuist, maar ook als ideaal onaantrekkelijk. Het zou het handelsrecht belemmeren in zijn ontwikkeling naar internationaal uniform recht.

De grote waarde die in het handelsrecht aan de rechtszekerheid wordt gehecht, pleit eveneens voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers. Deze hang naar rechtszekerheid in het handelsrecht hangt waarschijnlijk samen met de essentie van de handel, die er volgens Tjittes in bestaat het duidelijk voor ogen hebben van risico's die men kan lopen om op die basis al dan niet een transactie aan te gaan, en zo ja, op welke voorwaarden (waaronder de prijs).¹¹⁴ Dat de rechtszekerheid in het handelsrecht een belangrijke rol speelt houdt ook verband met de omstandigheid dat contractspartijen (veelal) “repeat-players” zijn. Voor een “repeat-player”, anders dan voor een “one-shotter” (denk bijvoorbeeld aan een consument), is de voorspelbaarheid van de uitkomst – de rechtszekerheid dus – van meer belang dan de billijkheid in een concreet geval. Het recht is voor een “repeat-player” als een risico-verdeling aan te merken, waarmee hij rekening houdt in de bedrijfsvoering en bij de prijsstelling en verzekering van risico's. De volgende passage sluit bij het voorgaande aan:

“Rechtszekerheid stelt de ondernemer in staat risico's af te bakenen en te anticiperen op kostenposten. Ondernemers zullen daarom trachten termijnen zoveel mogelijk bij voorbaat te concretiseren en kort te houden. Typerend is ook de ondernemersbehoefte aan concrete uitlegregels.”¹¹⁵

Aansluitend bij de rechtszekerheid, heeft Haak het bestaansrecht van het handelsrecht gezocht in een andere, meer beperkte toepassing van de redelijkheid en billijkheid.¹¹⁶ Daartoe heeft de auteur een aantal handelsrechtelijke casus besproken,

---

¹¹³ Kisch, I., “Rechtsvergelijking en handelsrecht” (openbare les UvA, 1935), opgenomen in Kisch, I., *Uitgelezen opstellen: een bloemlezing uit het werk van Prof. mr. I. Kisch*, Zwolle, W.E.J. Tjeek Willink, 1981, p. 131.

¹¹⁴ Tjittes, R., o.c., p. 25.

¹¹⁵ Van Schaick, A., in Klomp, R., e.a., o.c., p. 120 en 121.

¹¹⁶ Haak, K., “Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht”, in Loonstra, C. e.a., *Recht in bedrijf*,

waarin de rol van de redelijkheid en billijkheid (en/of de goede trouw) tot een absoluut minimum beperkt blijft. Haak komt op basis daarvan tot de conclusie dat risico's in commerciële overeenkomsten ingeschat en afgedekt behoren te worden. In het handelsverkeer spelen, volgens de auteur, de redelijkheid en billijkheid (bijgevolg) nauwelijks een rol van betekenis. In soortgelijke zin Brunner:

“Dat betekent dat in het zakenleven nog voluit geldt dat contract contract is, dat de (geldig gesloten) overeenkomst partijen tot wet strekt, daar de derogerende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid nauwelijks betekenis heeft.”¹¹⁷

Ten slotte noem ik nog kort drie – mijns inziens – minder belangrijke argumenten die pleiten voor een aparte behandeling van handelsovereenkomsten.¹¹⁸ In de eerste plaats is wel beweerd dat het handelsrecht een sterke invloed uit de economie ondervindt. Daarnaast spelen in handelsrechtelijke verhoudingen, vaker dan in bijvoorbeeld consumentenverhoudingen, drie of meer partijen een rol, waarbij mogelijke complicaties door abstracties, waarbij geabstraheerd wordt van achterliggende verhoudingen, worden verkomen. Ook de dynamiek van het handelsrecht, die bijvoorbeeld ook tot uitdrukking komt in de zojuist genoemde meerpartijen-verhoudingen, spreekt tot op zekere hoogte voor een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers.

b. Argumenten tegen een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers

Een belangrijk argument tegen een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers vormt de door sommige auteurs geuite constatering dat ondernemers, en ook de rechtsverhoudingen tussen hen, zeer uiteenlopen.¹¹⁹ Het voorgaande kan geïllustreerd worden aan de hand van een verwijzing naar de Parlementaire geschiedenis bij de invoering van het Nederlandse Nieuw Burgerlijk Wetboek. Naar aanleiding van de vraag of er ook voor ondernemersverhoudingen een grijze lijst van bedingen in algemene voorwaarden moest komen wees de Nederlandse regering er namelijk op daar van af te willen zien, aangezien:

Rotterdam, Gouda Quint, 1997, p. 107 e.v.

¹¹⁷ Brunner, C., o.c., 1992, p. 95. Mendel, M., “Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn”, in Klomp, R. e.a., o.c., p. 129 e.v. komt echter tot een geheel andere conclusie: de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid speelt volgens de auteur op de door hem onderzochte gebieden van het handelsrecht (vennootschapsrecht, industriële eigendom, verzekering, vervoer waardepapieren en documentaire kredieten) juist een duidelijke rol. Ik ga niet nader op deze tegenstelling in.

¹¹⁸ Vergelijk ook Timmerman, L., o.c., p. 1-5.

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld Mendel, M., o.c., p. 233; Vranken, J., o.c., nr. 24 en Raaijmakers, G., *Garanties bij overnames*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 62.

“(…) het hele gebied van aan weerszijden in de commerciële sfeer gesloten overeenkomsten zo buitengewoon heterogeen en onoverzichtelijk is. (...) Tussen bijvoorbeeld een overeenkomst inzake de bouw van een schip of een raffinaderij, de levering van machines aan een schoenmakerij, de verzekering van een fabriek, kredietverlening aan een concern of de bevoorrading van een drogisterij bestaan juridisch en economisch zulke grote verschillen dat het niet verantwoord zou zijn om de bepalingen van artikel 3, zelfs ook in de afgezwakte vorm van een grijze lijst, daarop zonder onderscheid van toepassing te verklaren.”¹²⁰

Hierbij aansluitend heeft Raaijmakers meer recent opgemerkt dat achter de term zakenleven (inderdaad) een enorme diversiteit schuil gaat.¹²¹ Deze constatering zet hem er onder andere toe aan te concluderen dat voor een afzonderlijk privaatrecht – en bijgevolg ook voor een afzonderlijk overeenkomstenrecht – voor ondernemers geen plaats is:

“Ik heb moeite met het maken van scherpe onderscheiden tussen bijvoorbeeld ‘het zakenleven’ en dat deel van het rechtsverkeer dat daar niet onder valt, of tussen professionele partijen en niet-professionele partijen, in de zin dat voor professionele partijen steeds strenge normen gelden en alleen ruimte is voor bestrijding van oneerlijke concurrentie, terwijl voor de overige deelnemers aan het rechtsverkeer het burgerlijk recht in volle omvang van toepassing is met al zijn nuances, zoals die uiteindelijk voortvloeien uit de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hét zakenleven is te diffuus en te divers om als één categorie te worden aangemerkt waarop een aparte set regels – een soort gekwalificeerd privaatrecht – van toepassing verklaard zou kunnen worden.”¹²²

Ook Mendel betoont zich tegen de achtergrond van de hier bedoelde pluraliteit, in het kader van zijn onderzoek naar de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid in rechtsverhoudingen tussen ondernemers, tegenstander van een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers:

“De wens een systematisch opgezet, afzonderlijk stuk privaatrecht voor ondernemers te creëren, miskent de – ook door onze wetgever destijds onderkende – grote diversiteit van gevallen die zich hier kunnen voordoen. Het lijkt voorshands beter de talloze casusposities die zich hier kunnen manifesteren op te vangen met het instrument van de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid, uitgaande van de bestaande wet. Om met Van Gerven te spreken: men moet niet datgene

---

120 Reehuis, W. en Slob, E., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer, Kluwer, 1990, p. 1656 en 1657.

121 Raaijmakers, G., o.c., p. 62.

122 Raaijmakers, G., o.c., p. 62.

wat nu juist het nut is van vage, onbepaalde begrippen voor het rechtssysteem ongedaan maken.”¹²³

Naar ik begrijp sluit Hartkamp zich bij deze zienswijze aan waar hij stelt dat ook detaillisten – of kleine ondernemers meer in het algemeen – bescherming in het recht verdienen.¹²⁴ Van Bijnen heeft eveneens aandacht gevraagd voor de verschillen tussen en de uiteenlopende behoeften van enerzijds kleine commerciële contractanten en anderzijds grote commerciële contractspartijen.¹²⁵ In dit onderdeel volsta ik met deze signalering en ga ik niet nader in op het onderscheid. Op basis van het voorgaande is mijns inziens echter wel duidelijk geworden dat de heterogeniteit van ondernemers als argument tegen een bijzonder overeenkomstenrecht voor ondernemers kan worden aangemerkt.

Jansen heeft gewezen op het bestaan van een nauwe samenhang tussen het burgerlijke recht en het handelsrecht.¹²⁶ Volgens de auteur bestaat er nauwelijks een innerlijk verschil tussen beide onderdelen. De consequentie van deze zienswijze is dat aan een afzonderlijk handelsrecht (of een afzonderlijk Wetboek van Koophandel) nauwelijks behoefte bestaat. Problemen van handelsrechtelijke aard kunnen, volgens Jansen, in beginsel aan de hand van de leerstukken van het burgerlijke recht worden opgelost. Juist de algemene normen van het burgerlijke recht stellen de rechter in staat, aldus Jansen, om te differentiëren naar gelang de aard van het probleem, om rekening te houden met een eventuele specifieke handelsrechtelijke inkleuring van een bepaalde kwestie. Hoewel Jansen niet specifiek spreekt over het overeenkomstenrecht is mijns inziens het voorgaande ook van belang voor het contractenrecht. Ik beschouw het voorgaande dan ook als een tweede argument tegen een apart overeenkomstenrecht voor ondernemers.

Een derde argument tegen een separaat contractenrecht voor ondernemers komt van de hand van Klomp.¹²⁷ Hij wijst op de huidige internationale ontwikkelingen op het gebied van het burgerlijk recht. Hij doet daarmee in de eerste plaats op het feit dat door verschillende vooraanstaande juristen wordt gewerkt aan een internationale codificatie van het burgerlijk recht, waarvan de resultaten waarneembaar zijn in bijvoorbeeld de Unidroit Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law. In de tweede plaats zinspeelt hij daarmee op de omstandigheid dat het inmiddels nu juist consumenten zijn, bij uitstek niet handelsrechtelijk optredende mensen, die met een klik op de computer internationale contracten sluiten en waarbij men zich kan afvragen waar het contract nu eigenlijk gesloten is als de provider in het ene land zit, de aanbieding vanuit een ander land wordt gedaan en het product bij de consument

123 Mendel, M., o.c., p. 233.

124 Hartkamp, A., o.c., 1995, p. 322 en 323.

125 Van Bijnen, R., *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005.

126 Jansen, C., o.c., p. 36.

127 Klomp, R., o.c., p. 48 en 49. Kritisch: Haak, K., in Klomp, R., e.a., o.c., p. 39.

in een derde land thuis wordt bezorgd. Daar het burgerlijk recht, althans volgens Klomp, in een proces van internationalisering is terecht gekomen, verliest het hierboven onder C.3.a genoemde argument dat het handelsrecht een internationaal karakter draagt en daarom een aparte behandeling verdient, een deel van zijn waarde. Anders geformuleerd zou men het internationale karakter van het huidige burgerlijk recht kunnen aanduiden als een argument tegen een afzonderlijk overeenkomstenrecht voor ondernemers.

D. Naar een gedifferentieerd overeenkomstenrecht

1. Consumentengedrag en ondernemersgedrag

Mijns inziens wijkt het gedrag van consumenten in tenminste de volgende aspecten fundamenteel af van dat van (niet-kleine) ondernemers: (i) consumenten beschikken vaak niet over de noodzakelijke informatie om goed beredeneerde keuzes te kunnen maken, (ii) consumenten kunnen (“ontbrekende”) informatie ook veelal niet eenvoudig en goedkoop verkrijgen, (iii) consumenten ondervinden meer cognitieve belemmeringen bij het verwerken van beschikbare informatie en bij het maken van keuzes, (iv) consumenten kunnen transactiekosten (waaronder zoek- en besliskosten) en risico’s niet efficiënt spreiden over een groot aantal transacties en (v) hebben slechts in beperkte mate toegang tot kapitaal.

a. Het gedrag van consumenten

In de neo-klassieke economische theorie wordt verondersteld dat consumenten rationeel en nutsmaximaliserend handelen en goed in staat zijn om de voor hen beste keuzes te maken. Twee belangrijke aannames hierbij zijn: (i) volledigheid: voor elk paar opties kan de consument zeggen welk van beide de voorkeur geniet, of dat hij onverschillig staat tegenover deze keuze en (ii) transitiviteit: als een consument de voorkeur geeft aan alternatief A boven alternatief B, en alternatief B boven alternatief C, dan zal hij ook de voorkeur moeten geven aan alternatief A boven alternatief C.¹²⁸

Verondersteld wordt dus dat de consument over alle informatie beschikt om alle verschillende alternatieven te rangschikken op voorkeur, dat hij daadwerkelijk in staat is om een dergelijke ordening te bewerkstelligen en dat hij consequent is in zijn keuzes. Dit keuzeproces geldt ten opzichte van verschillende producten, maar ook ten opzichte van verschillende aanbieders van hetzelfde (of soortgelijke) product. Dit betekent dan ook dat aangenomen wordt dat de consument: (i) de

---

¹²⁸ Ministerie van Economische Zaken, *De psychologie van het kiezen*, 2007, p. 5, ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikbaar via <http://www.ez.nl/dsresource?objectid=151311&type=PDF>.

markt in de gaten houdt, in de zin dat hij attent is op ontwikkelingen in prijs en kwaliteit (“motivatie”), (ii) informatie over producten en aanbieders zoekt en verkrijgt, (iii) de gevonden informatie vergelijkt, (iv) een keuze maakt en (v) zijn keuze evalueert en de markt in de gaten blijft houden.¹²⁹

Inmiddels zijn bovenstaande aannames over de consument en zijn omgeving genuanceerd. Zo wordt in de economische theorie onder andere steeds meer aandacht besteed aan de complexiteit en onzekerheid die kenmerkend is voor veel keuzeprocessen. Tegenwoordig is bijvoorbeeld algemeen geaccepteerd dat door de toegenomen hoeveelheid en complexiteit van producten bijvoorbeeld de kosten in termen van tijd en geld om informatie over producten en aanbieders te verzamelen en te vergelijken sterk oplopen. De zoek- en besliskosten kunnen zodanig oplopen dat beslissingen uiteindelijk niet op basis van volledige informatie worden genomen. De verwachting dat de zoekkosten te hoog zullen zijn ten opzichte van het verwachte voordeel kan er zelfs voor zorgen dat het keuzeproces niet van start gaat. Daarbij speelt ook een rol dat de consument de zoek- en besliskosten niet over een groot aantal transacties kan spreiden. En evenmin risico's efficient kan spreiden:

“[S]elf-insurance is not nearly as good an option for an individual as for a business. With fewer transactions, the consumer cannot assume that routine fluctuations will average smoothly. With fewer assets, the consumer cannot assume that she will be able to weather an unusually bad bit of luck well. Consumers can and do buy third-party insurance, as do businesses, but even then the types of insurance and their costs vary greatly. Some consumers are able to contract on favorable terms because their employers or their unions provide the bargaining power, and some get subsidized insurance of some types, mainly for personal injury. For economic loss or property loss, however, subsidies are relatively rare, and businesses may be able to secure superior rates.”¹³⁰

Consumenten hebben ook minder makkelijk toegang tot kapitaal. Zij kunnen bijvoorbeeld geen aandelen uitgeven of zich anderzins toegang verschaffen tot de kapitaalmarkten en slechts in beperkte mate goederen in zekerheid geven.¹³¹

Naast de nuanceringen die binnen de economische theorie zelf zijn ingebracht wordt er ook vanuit de psychologie kritiek geuit op de neoklassieke aannames. Tegenover de veronderstelde cognitieve capaciteiten stelt de gedragseconomie bij-

¹²⁹ Ministerie van Economische Zaken, *o.c.*, p. 5 e.v.

¹³⁰ Garvin, L., *Small Businesses and the False Dichotomies of Contract Law*, beschikbaar via SSRN, p. 10 en 11.

¹³¹ In de Verenigde Staten is het aantal verzoeken tot faillissement van individuen – misschien mede daardoor – disproportioneel groot ten opzichte van het aantal verzoeken afkomstig van ondernemers (Garvin, L., *o.c.*, p. 11).

voorbeeld dat consumenten vaak niet in staat zijn om alle informatie te verkrijgen en te verwerken (beperkte rationaliteit). Een gevolg van deze beperking is dat consumenten uitwijken naar eenvoudige vuistregels (heuristiek) die het nemen van beslissingen aanzienlijk gemakkelijker maken, maar ook kunnen leiden tot verkeerde beslissingen.

Ad (i) De bereidheid en mogelijkheid van consumenten om de markt in de gaten te houden is in het bijzonder genuanceerd met verwijzing naar “inaction inertia”, de “status quo bias” en het “endowment effect”. “Inaction inertia” is het mechanisme waarbij het niet aannemen van een aanvankelijk aantrekkelijk aanbod door een consument doorwerkt in de toekomst bij soortgelijke keuzes. Als de consument namelijk een vergelijkbaar aanbod zou accepteren betekent dit indirect dat hij fout zat door het eerdere aanbod niet te accepteren. Deze gedachte leidt tot spijt en dit gevoel van spijt is te vermijden door het vergelijkbare aanbod niet te accepteren. Hoe vaker besloten wordt een vergelijkbaar voordelig aanbod af te slaan, hoe kleiner de kans dat zo’n aanbod in de toekomst wel zal worden geaccepteerd. Onderzoek toont ook aan dat goederen die in bezit zijn hoger gewaardeerd worden dan goederen die (nog) niet in bezit zijn. Mensen zijn dan ook pas bereid iets af te staan als de (financiële) compensatie hoog genoeg is; vaak veel hoger dan de kosten die men ooit heeft gemaakt om het goed aan te schaffen. Dit zogenaamde “endowment effect” wordt versterkt door de tijd: hoe langer mensen iets in hun bezit hebben, of hebben gehad, des te sterker is dit effect. Het endowment effect wordt vooral verklaard vanuit verliesaversie. Net als het nauw verwante concept “status quo bias”, de overdreven voorkeur voor de huidige situatie.

Daarnaast zijn er aanwijzingen dat consumenten ofwel “maximizers” of “satisficers” zijn. “Maximizers” nemen alleen met het beste genoegen. Ze zijn vaker dan “satisficers” geneigd om producten te gaan vergelijken en kiezen pas nadat ze eerst alle opties hebben onderzocht. “Satisficers” zijn mensen die na een kort vooronderzoek datgene kiezen wat ze goed genoeg vinden.

Ad (ii) Het zoeken en verkrijgen van informatie over producten en aanbieders door de consument is eveneens onderhevig aan een aantal “biases” die afwijken van rationeel gedrag. Uit onderzoek is bijvoorbeeld naar voren gekomen dat naarmate de “information load” toeneemt, een geringer percentage van de informatie wordt verwerkt en de kwaliteit van de beslissing afneemt. Consumenten hebben daarnaast de neiging om aan ingenomen opinies en opvattingen vast te houden. Psychologen spreken hier van “cognitive dissonance” of “confirmation bias”: gezocht wordt naar een bevestiging en niet naar een ontkenning van vermoedens of overtuigingen.

Ad (iii) Psychologen hebben onderzocht of consumenten anders kiezen wanneer alternatieven tegelijkertijd of afzonderlijk worden beoordeeld. Wat blijkt is dat naarmate minder vergelijking mogelijk is, mensen meer bereid zijn te betalen.

Alternatieven die gegroepeerd worden aangeboden worden minder vaak gekozen dan wanneer die alternatieven apart worden aangeboden. De verklaring hiervoor is dat blijkbaar onderlinge vergelijking de voor- en nadelen benadrukt, waarbij nadelen zwaarder wegen dan voordelen.

Daarnaast kunnen de volgende psychologische factoren aanleiding geven tot vertekende beoordelingen (en tot conservatisme). “Opportunity kosten”, de alternatieven die we opgeven ten koste van wat we kiezen (het gevoel iets te verliezen of voorbij te laten gaan), zorgen ervoor dat het maken van een beslissing als moeilijk wordt ervaren. Uit onderzoek blijkt ook dat de wijze van presentatie van het keuzeproces de beslissingen van consumenten kan beïnvloeden. “Framing”, dat wil zeggen de formulering van keuzealternatieven in positieve (winst) of in negatieve (verlies) termen, bepaalt mede de keuze van consumenten, terwijl dat volgens de economische theorie van het keuzegedrag niet zou mogen uitmaken. “Framing” hangt nauw samen met de “prospect theory”. Deze theorie voorspelt dat het bij het keuzegedrag van burgers niet om een objectieve beoordeling van eindsituaties gaat, maar om een beoordeling van veranderingen ten opzichte van een referentiepunt. Welk referentiepunt door de consument wordt gehanteerd, beïnvloed uiteindelijk zijn keuze. Consumenten vertonen daarbij (wederom) een assymetrie ten opzichte van winst en verlies. Het verdriet van een individu als hij iets kwijtraakt is groter dan de vreugde als hij precies datzelfde bedrag ontvangt (verliesaversie).

Net als een teveel aan informatie een probleem voor de consument kan vormen, kan hij vaak ook over onvoldoende informatie beschikken voor een goede, weloverwogen beslissing of kunnen emoties een te grote rol spelen in deze beslissingen. In dit soort situaties van onzekerheid passen consumenten veelal niet de regels van de logica en de waarschijnlijkheidsleer toe, maar vuistregels die het hen mogelijk maken om op een eenvoudige manier een oplossing te vinden. Een voorbeeld van een dergelijke vuistregel is de zogenaamde “anchoring heuristic”, het vasthouden van mensen aan een beginindruk. Een andere vuistregel waar mensen zich door laten leiden is de “availability heuristic”, de beschikbaarheid van informatie in het geheugen. Bij het nemen van beslissingen laten consumenten zich beïnvloeden door het verleden. Daardoor krijgen recente gebeurtenissen een grotere kans toebedeeld dan wat op grond van de statistiek zou mogen worden verwacht. Ook opvallende of emotioneel geladen gebeurtenissen kunnen mensen zich sneller voor de geest halen.

Ad (iv) Mensen kunnen fouten maken als zij een beslissing nemen, vooral als deze gecompliceerd is. Is de beslissing te moeilijk, of zijn er te veel alternatieven, dan kan de beslissing uitgesteld worden of zelfs vermeden. Hiermee worden ook mogelijke psychologische kosten vermeden, zoals onzekerheid, teleurstelling en spijt. Consumenten kunnen spijt ervaren als achteraf blijkt dat zij niet de juiste keuze hebben gemaakt, maar spijt kan ook vóór een beslissing een rol spelen

(geanticipeerde spijt). Mensen kunnen zich immers indenken hoeveel spijt ze zullen ervaren als ze een verkeerde keuze maken. Alternatieven worden dan ook soms niet gekozen vanwege de verwachting spijt te krijgen van de gemaakte keuze. Geanticipeerde spijt maakt een keuze moeilijker; spijt achteraf maakt dat consumenten minder kunnen genieten van de keuzen die ze gemaakt hebben. De mate van spijt wordt onder meer bepaald door de verantwoordelijkheid die men ervaart bij het maken van een keuze en het gemak waarmee men zich een beter alternatief kan voorstellen. Negatieve uitkomsten die veroorzaakt zijn door actie (dus door de situatie te veranderen) of moeilijk omkeerbaar zijn, resulteren in de meeste spijt. Een vergelijkbaar mechanisme bepaalt de uitkomst van het keuzeproces bij het aanbieden van een standaardoptie. Mensen kiezen in meerderheid namelijk voor deze standaardoptie ("default bias"). In sommige gevallen zijn consumenten juist weer vaak overmoedig en over-optimistisch bij het maken van keuzes.

Ad (v) Bij het evalueren van keuzes en het in de gaten houden van de markt spelen met name de achtergrondkenmerken van de consument, het "endowment effect" en "de anchoring heuristic" een rol. Deze zijn hierboven reeds aan de orde gekomen en worden daarom hier niet opnieuw besproken.

b. Het gedrag van ondernemers

Vergelijk nu het gedrag van ondernemers. In de handel is de overeenkomst middel tot een doel, namelijk het maken van winst. Ondernemers streven het maximaliseren van (lange termijn) winsten na.¹³² Ondernemers (en hun bedrijven) zijn veelal meer risiconutraal dan consumenten (deze laatste zijn, zoals zojuist ter sprake kwam, risico-avers).¹³³ Ondernemers zijn, doordat zij "repeat players" zijn, ook beter in staat om risico's en kosten efficiënt te spreiden (denk bijvoorbeeld aan de kosten voor het opstellen van overeenkomsten) en hebben gemakkelijker en goedkoper toegang tot kapitaal. Ondernemers hebben ook beter toegang tot informatie. Producenten weten door middel van tests en feedback bijvoorbeeld in beginsel alles over de goederen die zij maken; verkopers hebben over het algemeen minder informatie tot hun beschikking dan producenten, maar meer dan de gemiddelde consument (een "one-shotter"). Ondernemers kunnen eenvoudiger aan informatie komen (vergelijk ook de mogelijkheid tot spreiding van kosten). Ten slotte maken ondernemers minder cognitieve fouten bij het verwerken van informatie en het maken van keuzes. Dit laatste klinkt misschien verwonderlijk, aangezien ondernemers ook consument zijn in hun vrije tijd, maar is gelegen in de omstandigheid dat ondernemers veelal in "georganiseerd verband", daarmee

¹³² Hieronder zal ik nader ingaan op enkele in het verleden naar voren gebrachte tegenwerpingen bij deze veronderstelling.

¹³³ Schwartz, A. en Scott, R., "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, 2003, p. 550, vtnt. 16.

bedoel ik als bedrijf, deelnemen aan het economisch verkeer en “repeat players” zijn en daardoor cognitieve fouten grotendeels kunnen vermijden.

Het gedrag van kleine ondernemers, in het bijzonder de allerkleinste (denk aan bedrijven met één werkzame persoon), zal veelal kenmerken vertonen van dat van consumenten. Dat betekent mijns inziens echter niet dat kleine ondernemers aan een ander regime onderworpen zouden dienen te worden dan de andere ondernemers.

2. De kleine ondernemer en het overeenkomstenrecht

Elders (vergelijk artikel 1) heb ik betoogd dat ondernemers – daaronder ook begrepen kleine ondernemers – zoveel mogelijk buiten het consumentenrecht dienen te worden gehouden. Zojuist heb ik bovendien betoogd dat kleine ondernemers gelijk andere ondernemers dienen te worden behandeld. Het is zinvol om iets te zeggen over de redenen die aan deze keuzes ten grondslag liggen. Ik zou de discussie overigens op scherp durven te zetten door te stellen dat bescherming van ondernemers (klein, groot of startend) als zodanig in het algemeen onzinnig is. Om mijn argument te begrijpen is het belangrijk in te zien dat de reden waarom sommige auteurs pleiten voor de bescherming van (met name kleine) ondernemers gelegen is in de ongelijke onderhandelingspositie van de (kleine) ondernemer ten opzichte van de wederpartij (vaak een grote ondernemer) en de veronderstelling dat door deze ongelijke onderhandelingspositie oneerlijke of eenzijdige overeenkomsten worden gesloten, alsmede de gedachte dat (ex ante of ex post) regulering verbetering in deze situatie kan brengen.

De veronderstelling en de gedachte zijn echter niet juist. De onderhandelingspositie van partijen wordt namelijk met name door twee factoren beïnvloed.¹³⁴ In de eerste plaats door de markt als zodanig en de positie die partijen daar binnen innemen en in de tweede plaats door het geduld dat partijen kunnen bewaren tijdens onderhandelingen.¹³⁵ Men kan dan ook pas wat zinnigs zeggen over de onderhandelingspositie van partijen nadat men eerst de bedrijfstak(ken) waarin partijen opereren heeft geanalyseerd en dan heeft vastgesteld welke positie partijen binnen die bedrijfstak(ken) innemen – iets wat economen en bedrijfskundigen overigens geregeld doen.¹³⁶ Het voorgaande kan bijvoorbeeld met behulp van “Porter’s Five Forces model”.¹³⁷ Elke bedrijfstak laat zich volgens Porter volgens een vast schema analyseren. Hij gaat ervan uit dat binnen elke sector vijf dezelfde

¹³⁴ Schwartz, A. en Scott, R., *o.c.*, p. 550 e.v.

¹³⁵ Ik realiseer mij dat onderhandelingsstrategieën ook van invloed kunnen zijn op ieders aandeel in het contractuele surplus binnen de bandbreedte die bepaald wordt door de twee factoren.

¹³⁶ Bijvoorbeeld in mededingingszaken en in strategisch managementadvies.

¹³⁷ Porter, M., *Competitive Strategy*, New York, Free Press, 1998.

“concurrentiekrachten” werkzaam zijn. De structuur van elke bedrijfstak wordt bepaald door deze krachten, waarbij de onderlinge verhouding tussen de krachten verschilt van bedrijfstak tot bedrijfstak (en daardoor bijvoorbeeld de gemiddelde winstgevendheid van sectoren). De vijf krachten zijn: de macht van leveranciers, de macht van afnemers, de mate van rivaliteit (interne concurrentie van spelers) in de bedrijfstak, de mate waarin substitueerbare en complementaire goederen verkrijgbaar zijn en de dreiging van nieuwe toetreders tot de markt. Deze krachten zijn op hun beurt verder te ontleden in verschillende factoren, waarop ik in dit kader niet verder in zal gaan. Waar het om gaat – en dat lijken sommige auteurs zich volgens mij niet te realiseren – is dat enerzijds de onderhandelingspositie van partijen wordt bepaald tegen de achtergrond van de bedrijfstak(ken) waarin zij opereren en de positie die zij daarbinnen innemen en dat anderzijds ondernemers – praktisch altijd¹³⁸ – mogelijkheden hebben om op deze elementen invloed uit te oefenen, door activiteiten te ontplooiën in een “gunstige” bedrijfstak (bijvoorbeeld een sector waar weinig rivaliteit heerst) en/of zichzelf slim binnen een of meer bedrijfstak(ken) te positioneren (bijvoorbeeld door een strategie van differentiatie na te streven).¹³⁹ Uit het eerste element volgt dat kleine ondernemers niet per definitie een zwakke onderhandelingspositie hebben; en grote ondernemers niet per definitie een sterke. Een en ander is afhankelijk van de bedrijfstak(ken) en de positie daarbinnen van de betrokken bedrijven ten tijde van de transactie. Het tweede element geeft aan waarom bescherming van ondernemers minder noodzakelijk is dan soms gedacht wordt: is het immers niet contraproductief (en oneerlijk) om ondernemers die minder succesvol zijn (bij het zichzelf positioneren binnen een bedrijfstak) te beschermen?¹⁴⁰

Wat verder belangrijk is om zich te realiseren is dat ondernemers geen invloed (meer) kunnen uitoefenen op de zojuist genoemde elementen op het moment van onderhandelen; op het moment dat onderhandeld wordt over bijvoorbeeld de koop van goederen zijn partijen “gebonden” aan de marktsituatie van dat moment en hun onderlinge positie in de betrokken sector(en). Deze factoren bepalen de bandbreedte van ieders aandeel in het contractuele surplus van de transactie.¹⁴¹ Wil een van de onderhandelende partijen een aandeel dat (of contractsclausules die) niet reëel (marktconform) zijn, dan zal de andere partij naar alternatieven

138 Er zijn marktsituaties denkbaar waarbij ondernemers geen invloed op de elementen kunnen uitoefenen. Met een toezichthouder inzake mededinging zal dit echter slechts zelden het geval zijn.

139 Vergelijk Porter, M., o.c.

140 Het is overigens ook maar de vraag of partijen die een relatief sterke onderhandelingspositie innemen per se “oneerlijke” overeenkomsten zullen opstellen. Misschien dat dit de reputatie op lange termijn schaadt. Misschien dat zo’n contractspartij veel meer geïnteresseerd is in het vragen van een “oneerlijke” prijs (iets wat door het ontbreken van de *iustum pretium* leer – en ook los daarvan door de praktische onmogelijkheid van de rechter om de redelijkheid van de prijs te evalueren – in veel rechtsstelsels wel mogelijk is).

141 Schwartz, A. en Scott, R., o.c., p. 550 e.v.

zoeken. De aanwezigheid van alternatieven is afhankelijk van de hierboven genoemde elementen en is daarmee op het moment van onderhandelen niet te beïnvloeden door de partij die in het zojuist gegeven voorbeeld een niet marktconform aandeel vroeg. Zijn er geen alternatieven dan zal het oorspronkelijk als niet reëel beschouwde aandeel (of dan zullen de contractsclausules) als marktconform dienen te gelden.

De uitkomst verandert niet wezenlijk indien de factor “geduld” – de tweede factor die de onderhandelingspositie van partijen beïnvloedt – bij de analyse betrokken wordt. Weliswaar geldt dat ongeduldige partijen (eerder) genoeg zullen nemen met een lager aandeel in het contractuele surplus dan geduldige partijen (die ongunstige aanbiedingen eerder zullen afslaan), maar ook op deze factor kunnen partijen geen invloed uitoefenen tijdens onderhandelingen. De mate van (on)geduld is namelijk onder andere afhankelijk van de kapitaalcracht van een ondernemer en zijn financieringsmogelijkheden (mogelijkheid om kapitaal uit de markt aan te trekken) en die worden wederom niet door partijen ten tijde van de onderhandeling beïnvloed. Gegeven de onmogelijkheid van onderhandelende partijen om invloed uit te oefenen op de bandbreedte van het aandeel dat zij zullen ontvangen in het contractuele surplus, zullen zij er de voorkeur aan geven (en pogen) om een overeenkomst op te stellen die de gezamenlijke voordelen (winst) maximaliseert.¹⁴²

Het voorgaande heeft belangrijke gevolgen voor het recht. In de eerste plaats is ex ante regulering (wetgeving) van commerciële contracten waarbij kleine ondernemers betrokken zijn weinig zinvol, aangezien de bandbreedte van het aandeel in het contractuele surplus (de winst) dat partijen uit hoofde van de transactie zullen ontvangen reeds op voorhand vaststaat en dit tot gevolg heeft dat, indien een bepaalde gedraging (denk aan het opstellen van bepaalde contractsclausules) door de wetgever niet toelaatbaar wordt geacht, terwijl partijen dit anders wel waren overeengekomen, de – niet toelaatbaar geachte – gedraging verdisconteerd wordt in de prijs (in de mate waarin de elasticiteit van de vraag dit toelaat). En aangezien ondernemers, anders dan consumenten – in overeenkomsten waarbij consumenten betrokken zijn kan ex ante regulering bijgevolg wel zinvol zijn – enkel contracteren met als doel het maken van winst, is ex ante regulering niet zinvol.

In de tweede plaats en om dezelfde reden is ex post regulering (rechterlijk ingrijpen) eveneens weinig zinvol. Weliswaar zal een rechter in een individueel geval kunnen ingrijpen – het is overigens op basis van het voorgaande maar de vraag in hoeverre dat eerlijk is –, maar nadat een bepaalde contractsclausule

¹⁴² Schwartz, A. en Scott, R., o.c., p. 550 e.v. Empirisch onderzoek wijst voorzichtig in deze richting; zie Arrunada, B., “The quasi-judicial role of large retailers: an efficiency hypothesis of their relation with suppliers”, in Brousseau, E. en Clachant, J. (red.), *The Economics of Contracts*, Cambridge, 2002, p. 337 e.v.

nietig is verklaard of vernietigd is, zullen marktdeelnemers hun overeenkomsten op punten aanpassen met het oog op toekomstige situaties en daarbij een en ander verdisconteren in de prijs. Daar komt nog bij dat het in de meerderheid van de gevallen bijzonder onverstandig is om als rechter in commerciële verhoudingen in te grijpen (in de zin dat van de overeenkomst wordt afgeweken ten gunste van bijvoorbeeld een kleine ondernemer). In een procedure voor de civiele rechter zal – anders dan in bijvoorbeeld mededingingszaken – immers geen of weinig aandacht worden besteed aan het analyseren van de bedrijfstak(ken) en de respectievelijk positie daarbinnen van betrokkenen. Dat is begrijpelijk omdat dat simpelweg te duur is en te veel moeite kost, maar daarmee wordt een beslissing van de rechter wel heel willekeurig (essentiële omstandigheden worden immers buiten beschouwing gelaten).

Op basis van het bovenstaande¹⁴³ lijkt mij het pleidooi van sommige auteurs om kleine – hetzelfde geldt mijn inziens ook voor startende of “zwakke” – ondernemers te beschermen niet houdbaar. Reden dan ook waarom ik in de in artikel 1 voorgestelde definitie ondernemers grotendeels geen beroep heb willen laten doen op het consumentenrecht. Reden ook waarom kleine ondernemers niet aan een ander regime onderworpen zouden dienen te worden dan andere ondernemers.

3. *Het overeenkomstenrecht van ondernemers*

a. Welzijnsmaximalisatie als criterium in het recht

Over de vraag of het recht een middel is om het welzijn van mensen te verhogen of dat (daarnaast) andere waarden het doel van het recht dienen te zijn wordt al tijden gedebatteerd en gefilosofeerd. Meer recent hebben Kaplow en Shavell zich ook met die vraag bezig gehouden.¹⁴⁴ In 2002 hebben zij een uitdagend boek gepresenteerd onder de titel “Fairness versus Welfare”, dat de aanleiding vormde voor het verschijnen van tientallen – ongekennd felle en soms zelfs emotionele – artikelen. Kaplow en Shavell plaatsen de welzijnseconomische benadering, waarin oordelen over (juridische) regels enkel worden gebaseerd op de wijze waarop deze het welzijn van individuen beïnvloeden, tegenover andere benaderingen waarin normatieve principes van rechtvaardigheid een meer of minder zelfstandige rol spelen (rechtvaardigheidstheorieën). Een voorbeeld van een rechtvaardigheidsprincipe in dit verband, toegespitst op het overeenkomstenrecht, is het beginsel

¹⁴³ Het lijkt mij overigens om nog een andere reden bijzonder onverstandig om een onderscheid te maken in het overeenkomstenrecht tussen kleine ondernemers en andere ondernemers. Stel dat het begrip “kleine ondernemer” gedefinieerd zou worden aan de hand van het aantal in dienst zijnde personen en dat het omslagpunt bij zes personen ligt, bedrijf x op dit moment vijf personen in dienst heeft, en overweegt om uit te breiden. Bedrijf x zou een strategische keuze kunnen maken om niet uit te breiden indien het verwacht dat het onderworpen zijn aan een minder gunstig regime belangrijke nadelen met zich brengt.

¹⁴⁴ Kaplow, L. and Shavell, S., *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

dat overeenkomsten moeten worden nagekomen of het beginsel dat “zwakke” contractspartijen beschermd dienen te worden. Overigens verstaan de auteurs onder welzijn alles waar een individu waarde aan hecht; welzijn is in die benadering dus niet gelimiteerd tot materialistisch genot, zodat ook wanneer een individu een voorkeur heeft voor noties van rechtvaardigheid, deze voorkeur – middels empirisch onderzoek – meegewogen wordt. En Kaplow en Shavell doen nog een handreiking door te stellen dat de aantrekkelijkheid van veel rechtvaardigheidsnoties of rechtsbeginselen verklaard kan worden doordat zij in de meeste gevallen het welzijn verhogen.

Hetgeen de gemoederen in beroering heeft gebracht is de conclusie van Kaplow en Shavell dat rechtvaardigheidstheorieën – indien los bezien van de effecten van (rechts)regels op het welzijn van individuen – tot ongewenste resultaten aanleiding (kunnen) geven. Voor zover het toepassen van rechtvaardigheid tot een andere aanpak leidt dan de welzijnseconomische benadering, zullen er namelijk individuen zijn die slechter af zijn (van wie het welzijn vermindert). Rechtvaardigheidstheorieën leiden er dan ook nogal eens toe dat uiteindelijk iedereen slechter af is. Daarnaast wijzen de auteurs op nog een aantal andere problemen die gerelateerd zijn aan rechtvaardigheidstheorieën: vaak blijft onduidelijk wat nu wel en niet als rechtvaardig moet worden gezien, worden consequenties van regels vaak niet meegewogen en is het toepassen van rechtvaardigheid meestal *ex post* van aard, hetgeen betekent dat vooral gefocust wordt op datgene wat is gebeurd, in plaats van te bezien wat *ex ante* had kunnen gebeuren.

b. De theorie

De theorie die hier wordt gepresenteerd – en die in de Verenigde Staten door met name Scott wordt uitgedragen¹⁴⁵ en door Van Bijnen de formele benadering wordt genoemd¹⁴⁶ – komt er kort gezegd op neer dat het overeenkomstenrecht de poging van commerciële contractspartijen om de gezamenlijke winst in een transactie (het contractuele surplus) te maximaliseren dient te bevorderen. Niets meer en niets minder. Anders geformuleerd zou men kunnen zeggen dat het overeenkomstenrecht voor ondernemers zich dient te beperken tot het bevorderen van efficiëntie. De theorie is verweven met de vooronderstelling dat de staat met betrekking tot commerciële contracten (overeenkomsten waarbij enkel ondernemers betrokken zijn) het overeenkomstenrecht praktisch uitsluitend dient vorm te geven rondom het criterium van welzijnsmaximalisatie. In zoverre neemt de in dit onderdeel voorgestelde normatieve theorie de bevindingen van Kaplow en Shavell, zoals hiervoor kort besproken, over. De meeste auteurs zijn het er, naar ik aanneem, wel over eens dat het overeenkomstenrecht, althans het overeenkom-

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Schwartz, A. en Scott, R., *o.c.*

¹⁴⁶ Van Bijnen, R., *o.c.*, 2005.

stenrecht voor ondernemers, efficiënte handel en investering moet stimuleren. Het vernieuwende van de hier besproken theorie schuilt in de systematische uitwerking van die gedachte.

Aangetoond dient echter te worden dat commerciële contractspartijen inderdaad pogen om het contractuele surplus te maximaliseren. Indien daarnaast kan worden aangetoond dat negatieve externe effecten (externaliteiten), herverdeling en rechtvaardigheid in het kader van deze contractstheorie buiten beschouwing kunnen worden gelaten, dan heeft dit tot consequentie dat de belangen van commerciële contractspartijen en de samenleving als geheel samenvallen. In dat geval ligt het voor de hand om commerciële contractspartijen, meer dan nu het geval is, vrijheid te laten ten aanzien van de keuze voor en de concrete inrichting van een overeenkomst. Zij zijn immers beter dan wetgever of rechter (derden) in staat om een overeenkomst (efficiënt) in te richten en aangezien hun belangen samenvallen met die van de staat, is er geen reden om hen die vrijheid te ontfemen.

c. Tegenwerpingen

Verskillende argumenten kunnen worden aangevoerd tegen de gedachte dat een overeenkomstenrecht voor ondernemers zich dient te beperken tot het bevorderen van efficiënte handel en investering (efficiëntie). In de eerste plaats kan men betwijfelen of het uitgangspunt van de gedachte – het idee dat commerciële contractspartijen pogen om het contractuele surplus te maximaliseren – correct is. Is het immers niet zo dat ondernemers soms niet streven naar het maximaliseren van winst en zelfs al zouden zij dat wel doen dan daar niet altijd in slagen omwille van cognitieve tekortkomingen bij de personen die het bedrijf exploiteren, besturen en/of vertegenwoordigen (bestuurders, werknemers, en dergelijke)? De werking van markten leidt er naar mijn mening echter juist toe dat commerciële partijen er in het algemeen toe worden aangezet om het maximaliseren van winst na te streven. Doen zij dit niet dan bestaat immers een reële kans dat hun voortbestaan in het gevaar komt. Sterker nog, ondernemers zullen daadwerkelijk uit de markt worden verdrongen. Anders gezegd, zelfs indien sommige ondernemers er de voorkeur aan zouden willen geven om een ander primair doel dan het maximaliseren van winst te streven, dan “dwingt” de werking van de markt hen ertoe het gedrag aan te passen teneinde het overleven van het bedrijf veilig te stellen. En het voortbestaan van een bedrijf wordt – los gezien van concrete strategieën – op lange termijn veilig gesteld door het genereren van zoveel mogelijk winst. Ondernemers en anderen die bij het bedrijf betrokken zijn hebben er dan ook belang bij om de bedrijfswinst te maximaliseren (op voorwaarde uiteraard dat de belangen van het bedrijf samen vallen met de belangen van degenen die het bedrijf exploiteren, besturen en/of vertegenwoordigen, waarover hieronder). Daarbij komt, zoals wij zagen, dat ondernemers in de economische literatuur verondersteld worden (veelal) risiconutraal (men maakt de keuze voor een

bepaalde gedraging niet afhankelijk van de mogelijkheid dat een ongewenste situatie optreedt) te zijn, hetgeen impliceert dat een bepaalde stijging (of daling) van het kapitaal tot een toename (respectievelijk afname) van het nut leidt, die onafhankelijk is van het beginkapitaal. De nutsfunctie van een (risiconeutrale) ondernemer is daarmee lineair en het marginaal nut constant, hetgeen betekent dat een ondernemer “values each additional dollar of wealth it may receive as much as it valued all previous dollars”.¹⁴⁷

Cognitieve tekortkomingen van personen die het bedrijf exploiteren, besturen en/of vertegenwoordigen hebben naar mijn mening geen invloed op de stelling dat ondernemers in het algemeen het maximaliseren van winst nastreven. Niet is uit te sluiten dat cognitieve tekortkomingen tot gevolg kunnen hebben dat bepaalde bedrijven substantieel niet in staat zullen zijn om winst te behalen of te maximaliseren (of misschien zelfs maar in staat zijn dit doel na streven), maar deze bedrijven zullen – zoals ook reeds hiervoor aan de orde kwam – uit de markt worden verdrongen. Daarnaast is niet uit te sluiten dat bepaalde bij het bedrijf betrokken personen (systematisch) “foutieve” beslissingen zullen nemen. Zij hebben er echter wel belang bij om deze systematisch foutieve beslissingen zoveel mogelijk achterwege te laten voorzover de belangen van hen en het bedrijf samenvallen.¹⁴⁸ En zelfs indien dit laatste niet of slechts gedeeltelijk het geval is, hebben betrokkenen er in het algemeen nog steeds belang bij om systematisch foutieve beslissingen achterwege te laten; doen zij dat namelijk niet dan bestaat het gevaar dat bij ontdekking zij ontslagen worden of dat promotie onthouden wordt. Het niet kunnen maximaliseren van winst als gevolg van systematische cognitieve tekortkomingen zal zich dan ook vaker – maar niet enkel – voordoen bij kleinere bedrijven (bijvoorbeeld eenmanszaken), aangezien daar minder snel duidelijk zal worden dat sprake is van een dergelijke situatie. Grotere bedrijven zullen ook cognitieve tekortkomingen beter kunnen corrigeren door meerdere personen (zoals vaak het geval zal zijn) bij een specifieke beslissing te betrekken.

Ten slotte kort enige aandacht voor het geval dat de belangen van de personen die het bedrijf exploiteren, besturen en/of vertegenwoordigen niet samenvallen met de belangen van het bedrijf zelf. Deze kwestie is reeds hiervoor aangestipt. Het is niet uitgesloten dat een bedrijf door deze omstandigheid (tijdelijk) niet in staat is om zijn winst te maximaliseren. Deze conclusie heeft echter geen gevolgen voor de in dit onderdeel genoemde contractstheorie. Het betreft hier immers uitzonderingssituaties van meestal korte duur en het recht heeft specifieke regels opgesteld om dit soort gedrag tegen te gaan (denk bijvoorbeeld aan regels inzake het rechtspersonen- of arbeidsrecht). Daarnaast is ook niet gezegd dat in dit soort

¹⁴⁷ Schwartz, A. en Scott, R., o.c., p. 550, vtnt. 16.

¹⁴⁸ Onderstaand besteed ik aandacht aan het geval dat deze belangen niet samen vallen.

situaties per definitie niet wordt gepoogd om de winst in een transactie met een derde te maximaliseren. Stel bijvoorbeeld dat een bestuurder (niet tevens zijnde aandeelhouder) van een besloten of naamloze vennootschap zijn eigen inkomen probeert te maximaliseren in plaats van de bedrijfswinst. Ook in dat geval zal de bestuurder pogen om de winst in een transactie met een derde partij te maximaliseren, omdat dat simpel gezegd eveneens positieve gevolgen heeft voor zijn eigen inkomen.¹⁴⁹

In de tweede plaats kan men tegen de theorie inbrengen dat, hoewel ondernemers als zodanig in het algemeen wel het maken van winst nastreven, zij niet pogen om de gezamenlijke winst in een transactie te maximaliseren, omdat iedere contractspartij uit is op het maximaliseren van haar eigen winst. Kiezen contractspartijen soms niet eenzijdige in plaats van wederzijds voordelige voorwaarden? Ik heb hiervoor echter reeds betoogd dat contractspartijen tijdens de onderhandelingsfase voorafgaand aan (en ten tijde van) het sluiten van een overeenkomst, er de voorkeur aan geven om een overeenkomst op te stellen die de gezamenlijke voordelen maximaliseert. Hiertoe veronderstelde en betoogde ik dat de bandbreedte van ieders aandeel in het contractuele surplus van te voren – onder invloed van exogene omstandigheden – is vastgesteld. Gegeven de onmogelijkheid van onderhandelende partijen om invloed uit te oefenen op de bandbreedte van het aandeel dat zij zullen ontvangen in het contractuele surplus, zullen zij er de voorkeur aan geven (en pogen) om een overeenkomst op te stellen die de gezamenlijke voordelen (winst) maximaliseert. Dat betekent overigens niet dat partijen onder alle omstandigheden de meest efficiënte contractsclausules zullen kiezen. Onder invloed van informatie-asymmetrie is het mogelijk dat partijen niet een “optimale” overeenkomst zullen opstellen. Gegeven de voor iedere partij beschikbare informatie dienen deze overeenkomsten echter als efficiënt te worden beschouwd. Ingrijpen van de overheid (wetgever of rechter) heeft hier ook zelden zin, aangezien zij in het algemeen ook niet over de informatie beschikt die voor een van de betrokken partijen verborgen of niet-verifieerbaar is.

Een derde tegenwerping kan gevonden worden in negatieve externe effecten. Dient de theorie niet rekening te houden met negatieve externaliteiten, zoals bijvoorbeeld milieuvervuiling of het bemoeilijken van toetreding tot een markt? Dit (en ander) gedrag wordt echter gereguleerd door andere disciplines van het recht (zoals het milieurecht of het mededingingsrecht). Daarnaast zijn de effecten van commerciële overeenkomsten meestal beperkt tot de bij de specifieke overeenkomst betrokken partijen. Eén verliesgevende overeenkomst zal bijvoorbeeld slechts zelden leiden tot ontslagen binnen het bedrijf; het is veel meer het

¹⁴⁹ Wel zou in zo'n geval eerder winst op korte termijn dan op lange termijn kunnen worden nagestreefd. Dit geldt overigens ook voor sommige aandeelhouders, zoals bijvoorbeeld bepaalde hedge funds.

systematisch maken van verliesgevende keuzes door een bedrijf dat tot negatieve externe effecten aanleiding kan geven. Een overeenkomstenrecht voor ondernemers hoeft hier echter geen rekening mee te houden.

Herverdeling kan als een vierde argument tegen de theorie worden ingebracht. Toch is dit argument in geval van commerciële overeenkomsten niet erg sterk aangezien ondernemers veelal in verschillende capaciteiten deelnemen aan het economisch verkeer (ze zijn bijvoorbeeld zowel koper als verkoper). Een rechtsregel die bijvoorbeeld ongelijkheidscompensatie beoogd te creëren voor kopers ten koste van verkopers zal uiteindelijk dan ook weinig tot geen effect hebben aangezien zo'n regel een ondernemer "voordelen" brengt indien hij grondstoffen afneemt van een leverancier, maar ook "nadelen" indien hij enige tijd later zijn eindproduct verkoopt aan een distributeur. Daarbij komt dat het huidige overeenkomstenrecht grotendeels bestaat uit aanvullend recht en partijen daarom contractueel kunnen (en zullen) afwijken van rechtsregels die rekening houden met herverdelingsvraagstukken. Uit hetgeen hiervoor aan bod is gekomen volgt dat dwingendrechtelijke rechtsregels uit hoofde van herverdeling niet gewenst zijn en los daarvan in de prijs verdisconteerd kunnen worden. Ten slotte hebben investeerders en ondernemers ook vaak belangen in verschillende bedrijven en verschillende sectoren hetgeen herverdeling ten gunste van een bepaalde sector bemoeilijkt.

Een vijfde tegenwerping zou ten slotte kunnen worden gevonden in beginse-len van rechtvaardigheid. Ik ga hier onderstaand op in.

d. Een schets van het overeenkomstenrecht van ondernemers

Een overeenkomstenrecht van ondernemers dat zich richt op het bevorderen van efficiëntie wijkt in belangrijke mate af van een algemeen overeenkomstenrecht. Meest opvallend is dat zo'n overeenkomstenrecht veel minder uitgebreid is. Daarmee bedoel ik dat een overeenkomstenrecht van ondernemers beduidend minder rechtsregels (ongeacht of deze uit wetgeving of rechtspraak voortvloeien) bevat dan een algemeen overeenkomstenrecht. Om het voorgaande te begrijpen is het belangrijk in te zien dat voor veel commerciële verhoudingen het overeenkomstenrecht niet noodzakelijk is om nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Anders geformuleerd: ook zonder remedies die niet-nakoming sanctioneren zouden veel commerciële overeenkomsten worden nageleefd. Partijen komen een overeenkomst vrijwillig na omdat: (i) de transactie als zodanig winst oplevert voor de betrokken partijen, (ii) omdat de transactie als zodanig geen winst oplevert (in geval van gewijzigde marktomstandigheden bijvoorbeeld), maar toekomstige transacties met dezelfde partij wel en deze toekomstige winst het verlies van de huidige transactie – naar verwachting – overstijgt en de toekomstige transacties bij niet-nakoming van de huidige transactie – naar verwachting – niet tot stand

zouden komen en (iii) omdat de transactie als zodanig geen winst oplevert en ook toekomstige transacties met dezelfde partij niet (omdat er bijvoorbeeld geen transacties meer te verwachten zijn), maar transacties met andere contractspartijen wel en die transacties anders gevaar zouden lopen (reputatie).

Wanneer overeenkomsten niet “self-enforcing” zijn, dan is het met name noodzakelijk om de rechten van een contractspartij te doen gelden: (i) in geval van volatiele (beweeglijke) markten, waarbij het voortbestaan van de contractspartij in gevaar zou kunnen komen als gevolg van niet-nakoming van de wederpartij en (ii) wanneer het contractuele surplus is toegenomen als gevolg van transactie- of relatiespecifieke investeringen (met andere woorden: wanneer de alternatieve aanwendbaarheid van de produktiemiddelen laag is, of wanneer er een hoge mate van eenzijdige afhankelijkheid bestaat). In deze twee situaties wordt de gezamenlijke winst zonder ingrijpen niet gemaximaliseerd en een overeenkomstenrecht van ondernemers zou hiervoor rechtsregels dienen te bevatten.

Daarnaast dient een overeenkomstenrecht van ondernemers een wilsgebrekenregeling te bevatten, in het bijzonder voor wat betreft bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (ook hier wordt anders de gezamenlijke winst niet gemaximaliseerd) en rechtsregels die nakoming van de overeenkomst bevorderen en vereenvoudigen.

Verder dient mijns inziens een ex post rechtvaardigheidstoetsing van de overeenkomst in uitzonderingsgevallen door de rechter mogelijk te zijn. Uit onder meer hetgeen ik hiervoor betoogde volgt echter dat de rechter zich bewust moet zijn van zijn beperkingen: (i) partijen zijn zelf het beste (lees: dus beter dan de rechter) in staat om een overeenkomst op te stellen die het gezamenlijke contractuele surplus maximaliseert, (iia) geen of weinig aandacht kan door de rechter worden besteed aan het analyseren van de relevante bedrijfstak(ken) en de respectievelijk positie die betrokkenen daarbinnen innemen en de rechter beschikt dus over beperkte informatie (meer nog: hij mist essentiële informatie), (iib) betrokkenen kunnen er belang bij hebben om in de civiele procedure de voor hen gunstige informatie aan te dragen, of informatie te “kleuren” en de rechter kan deze informatie slecht verifiëren, (iii) hierbij aansluitend, een overeenkomst die onrechtvaardig of onredelijk lijkt kan dus wel degelijk rechtvaardig of redelijk zijn, (iv) de rechter kan fouten maken en (iv) betrokkenen (en andere contractspartijen) kunnen hun overeenkomst aanpassen en deze aanpassing verdisconteren in de prijs als gevolg van een uitspraak van de rechter en ingrijpen van de rechter heeft daarom op lange termijn weinig effect. Ik pleit dan ook voor een zeer terughoudende rol voor de rechter in commerciële verhoudingen. In dat kader zou ik willen betogen dat er een zeer sterke presumptie geldt dat “contract contract is” en dat een clause enkel buiten toepassing kan worden gelaten wanneer het naleven ervan zou leiden tot een dermate onrechtvaardig effect voor

een van de betrokkenen dat het afdwingen van naleving van die clause absoluut onaanvaardbaar is.

Een overeenkomstenrecht van ondernemers dient ook te beschikken over uitlegeregels. Ik zie in dit kader wederom een terughoudende rol voor de rechter weggelegd. De rechter dient mijns inziens in beginsel zo dicht mogelijk aansluiting te zoeken bij de (schriftelijke) overeenkomst van de partijen en de context – om hierboven genoemde redenen – zo veel mogelijk buiten beschouwing te laten. Een tekstuele uitleg van de overeenkomst dus. De wetgever (of de rechter zelf) zou deze uitlegregel als aanvullend recht dienen voor te schrijven. Dit impliceert dat contractspartijen contractueel van deze regel kunnen afwijken indien zij daaraan behoefte zouden hebben en, daarmee samenhangend, zelf zouden kunnen kiezen wat als bewijs in rechte zou mogen worden bekeken door de rechter. Meer vrijheid op dit punt dus voor partijen.

Hierboven haalde ik de volgende passage van de Parlementaire geschiedenis bij de invoering van het Nederlandse Nieuw Burgerlijk Wetboek aan:

“(...) het hele gebied van aan weersijden in de commerciële sfeer gesloten overeenkomsten [is] zo buitengewoon heterogeen en onoverzichtelijk (...). Tussen bijvoorbeeld een overeenkomst inzake de bouw van een schip of een raffinaderij, de levering van machines aan een schoenmakerij, de verzekering van een fabriek, kredietverlening aan een concern of de bevoorrading van eendrogisterij bestaan juridisch en economisch zulke grote verschillen (...)”

Ik onderschrijf deze passage. Wat ik echter niet begrijp is dat de wetgever hieruit niet heeft afgeleid dat het voor hem simpelweg onmogelijk was om ex ante rechtsregels (anders dan die in dit onderdeel expliciet zijn aangehaald) uit te vaardigen die “relevant” zouden zijn voor het buitengewoon heterogeen en onoverzichtelijk gebied van in de commerciële sfeer gesloten overeenkomsten. De wetgever had niet dienen te besluiten om dan maar vage normen (veelal standaarden) te hantieren die alle situaties – inclusief niet in commerciële sfeer gesloten overeenkomsten – omvatten; besloten had veeleer dienen te worden om dan maar geen rechtsregels op te stellen voor commerciële overeenkomsten. Mijns inziens is een groot deel van het huidige algemeen overeenkomstenrecht irrelevant voor commerciële contractspartijen. Het verbaast dan ook niet dat uit de praktijk klachten komen dat het overeenkomstenrecht niet meer is toegesneden op de behoeften van de

moderne commerciële contractspraktijk en daarmee van commerciële partijen.¹⁵⁰ Commerciële partijen worden gedwongen om contractueel af te wijken van het aanvullend recht. Het huidige recht voegt dus weinig tot niets toe ten opzichte van de situatie waarbij geen rechtsregels waren opgesteld.¹⁵¹ Veel dwingendrechtelijke bepalingen zijn opgesteld zonder dat daar redenen voor zijn.

4. Een schets van het overeenkomstenrecht van consumenten

Consumentenovereenkomsten zijn naar mijn mening minder vaak “self-enforcing” dan commerciële overeenkomsten. Partijen komen ook hier een overeenkomst vrijwillig na omdat de transactie als zodanig winst oplevert voor de betrokken partijen. Echter, indien de transactie als zodanig geen winst oplevert voor een van de partijen bestaat veel meer het gevaar dat de overeenkomst niet wordt nagekomen aangezien partijen elkaar veelal niet (of veel minder goed) “kennen” omdat er minder persoonlijk contact is tussen hen en daarom de verwachting dat toekomstige transacties met dezelfde partij winst zullen generen relatief laag is. Reputatie-effecten zijn ook minder belangrijk, aangezien informatie over niet-nakomende ondernemers of consumenten zich minder eenvoudig verspreidt over de “loose-knit” populatie.¹⁵² Een overeenkomstenrecht van consumenten dient hiermee rekening te houden om efficiëntie te bevorderen. Dit betekent bijvoorbeeld dat een overeenkomstenrecht van consumenten meer, of meer uitgebreide regels inzake niet-nakoming zou dienen te bevatten. Ik zie hier plaats voor dwingendrechtelijk ingrijpen.

Wanneer overeenkomsten niet “self-enforcing” zijn, dan is het met name noodzakelijk om de rechten van de consument te doen gelden daar waar het wel zijn (meest extreem: het voortbestaan) van de consument rechtsstreeks in gevaar kan komen door niet-nakoming van de wederpartij (bijvoorbeeld maar niet enkel in geval van volatiele markten).

Een overeenkomstenrecht van consumenten dient eveneens over een wilsgebrekenregeling te beschikken, alsmede over een ex post rechtvaardigheidstoet-

---

¹⁵⁰ Drion, C. en Van Wechem, E., “Kroniek van het vermogensrecht”, *Nederlands Juristenblad*, 2004, p. 472. Ik realiseer mij dat Drion en van Wechem het in hun bijdrage hadden over het aanvullend contractenrecht, maar aangezien het verbintenissenrecht – en daarmee het overeenkomstenrecht – overwegend aanvullend van aard is (Asser-Hartkamp, *o.c.*, nr. 247), zie ik geen bezwaar om hetgeen zij schreven in een breder verband te plaatsen.

¹⁵¹ Tegen de hier gepresenteerde theorie kan naar voren worden gebracht dat zij partijen geen transactiekosten laat besparen. (Van Bijnen, R., *o.c.*, p. 182). De gedachte daarbij is dat wanneer er weinig rechtsregels zijn, partijen gedwongen zijn alle onderdelen van het contract zelf uit te onderhandelen en zeer secuur moeten zijn bij het opstellen van het contract, hetgeen kosten met zich brengt. Mijn stelling is echter dat deze kosten niet vermeden worden in geval van een “meer uitgebreid” overeenkomstenrecht. Dit zou empirisch dienen te worden onderzocht.

¹⁵² Vergelijk Strahilevitz, L., “Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups”, *University of Chicago Law Review*, 2003, p. 359 e.v.

sing, vergelijkbaar aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Eveneens zie ik plaats voor een meer uitgebreide inhoudscontrole, conform de Europese richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Ik vraag mij af of consumenten beschermd dienen te worden tegen bepaalde door de partijen contractueel vastgestelde uitlegmethoden (zoals een zuiver textuele uitleg). Ik zie daar eigenlijk geen goede reden voor. Wel zou de contra proferentem regel uitkomst kunnen bieden in bepaalde omstandigheden en zouden partijen deze regel niet in rechte mogen uitsluiten.

Goed functionerende markten garanderen dat de belangen van consumenten optimaal worden gediend. Markten functioneren echter niet altijd optimaal. Het aantal aanbieders kan beperkt zijn, waardoor bijvoorbeeld prijzen kunnen worden berekend die boven competitief niveau liggen. Het mededingingsrecht houdt zich daar mee bezig. Naast een tekort aan concurrentie kunnen markten echter ook niet optimaal functioneren tengevolge van informatieproblemen: indien consumenten niet goed geïnformeerd zijn over aangeboden diensten en goederen kunnen de aanbieders hun informatievoorsprong misbruiken en de kwaliteit doen dalen beneden het optimale niveau (gecorrigeerd voor de verwachtingen van consumenten en hun bereidheid tot betalen). Hier zie ik ruimte weggelegd voor het overeenkomstenrecht van consumenten. Een overeenkomstenrecht van consumenten dient dan ook over informatieverplichtingen te beschikken voor specifieke gevallen. Hetzelfde geldt voor kwaliteitsstandaarden, en afkoelingsperiodes daar waar het gaat om infrequent genomen belangrijke beslissingen. Ook omkering van de bewijslast is onder omstandigheden gewenst. Daarbij zal steeds moeten worden gewaakt voor de situatie dat de specifieke rechtsregels kosten veroorzaken die uitstijgen boven de baten.

Een overeenkomstenrecht van consumenten dient eveneens rekening te houden met de cognitieve beperkingen van consumenten, in het bijzonder met de “status quo bias”, het “endowment effect”. Het overeenkomstenrecht kan geprecipieerde drempels wegnemen door aanbieders te verplichten informatie over kwaliteit beschikbaar te maken daar waar er een beperkt inzicht in kwaliteit is; of een verbod op het automatisch laten doorlopen van bepaalde overeenkomsten. “Information overload” kan worden teruggedrongen door de informatieverschaffing door aanbieders te reguleren. Verplichte etikettering kan overmoed terugdringen.

5. Tot slot

Mijns inziens is het huidige overeenkomstenrecht suboptimaal voor met name commerciële overeenkomsten. Rechtsregels die geschikt zijn voor consumentenovereenkomsten (en andere typen overeenkomsten) worden te vaak toegepast op situaties waarbij commerciële contractspartijen betrokken zijn. Anders

gezegd, het handelsrecht heeft sinds tijden een onderscheid gemaakt tussen (kort gezegd) kooplieden en zij die daden van koophandel verrichten enerzijds en anderen anderszijds. Auteurs hebben niet systematisch rekening met de normatieve implicaties van dit klassieke onderscheid. In dit artikel heb ik een poging ondernomen om een theoretische, normatieve basis te leggen voor een hedendaags overeenkomstenrecht van ondernemers. Dat overeenkomstenrecht bevat veel minder rechtsregels dan het geldende recht en geeft meer “vrijheid” aan contractspartijen.

Daarnaast heb ik de contouren van een overeenkomstenrecht van consumenten geschetst. Dit overeenkomstenrecht bevat meer rechtsregels, meer dwingend recht en is er onder meer op gericht om de informatieasymmetrie tussen partijen en de cognitieve tekortkomingen van consumenten terug te dringen. Eigenlijk vertoont zo’n overeenkomstenrecht kenmerken van zowel de huidige codificaties (zoals bijvoorbeeld het Nederlands Burgerlijk Wetboek) en de minder systematische interventie van de EU door middel van richtlijnen – systematiek is immers lastig omdat de rechtsregels beperkt zijn tot bepaalde specifieke situaties, hetgeen inbedding in een bestaand systeem lastig maakt.

Het voorgaande leidt tot twee overeenkomstenrechten en daarmee tot differentiatie. Dat hoeft mijns inziens echter geen probleem te zijn. Immers, overeenkomsten waarbij particulieren diensten aanbieden aan ondernemers (arbeids-overeenkomsten) zijn bijvoorbeeld ook grotendeels van het algemene overeenkomstenrecht afgescheiden. Een gedifferentieerd overeenkomstenrecht zoals in dit artikel besproken zou zich mijns inziens, voor wat betreft het vaste land van Europa, manifesteren in ofwel een apart wetboek voor ondernemers, ofwel een apart boek voor handelscontracten binnen een burgerlijk wetboek.

Samenvatting en conclusies

In het eerste artikel (hoofdstuk 1) stonden de begrippen consument en ondernemer centraal. Een overzicht is gegeven van die begrippen in het Europees Gemeenschapsrecht, het Nederlandse, het Duitse, het Engelse en het Franse recht aan de hand van vooraf vastgestelde criteria. Daarnaast zijn de onderzochte rechtsstelsels met elkaar, met behulp van de criteria, vergeleken. Op basis van deze informatie is een voorstel geformuleerd voor een definitie van het begrip consument. Eveneens is een voorstel gedaan voor een definitie van het begrip ondernemer. De door mij voorgestelde definitie van het begrip consument is ruimer dan het recente voorstel voor een Richtlijn betreffende consumentenrechten.

Het tweede artikel (hoofdstuk 2) zag op uit het Europees Gemeenschapsrecht afkomstige informatieplichten, voor zover zij zien op de fase voor het (eventueel) sluiten van de overeenkomst (pre-contractuele informatieplichten). Ik heb ook stil gestaan bij de mogelijkheid om de in de Europese richtlijnen vervatte pre-contractuele informatieplichten te veralgemeniseren. Mijn conclusie is dat het veralgemeniseren van uit het Europees Gemeenschapsrecht afkomstige precontractuele informatieplichten om verschillende redenen lastig is en – los daarvan – ook onwenselijk.

Het derde artikel (hoofdstuk 3) besteedde aandacht aan pre-contractuele informatieplichten in commerciële verhoudingen, in het bijzonder bij de verkoop van een onderneming. Mijns inziens toont het artikel aan dat commerciële partijen in verregaande mate contractueel afwijken van het algemeen (aanvullend) overeenkomstenrecht.

In het vierde artikel (hoofdstuk 4) bekeek ik in welke mate differentiatie optreedt ten aanzien van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten en handelstransacties. Het artikel maakt duidelijk dat in rechte in verregaande mate een onderscheid wordt gemaakt tussen commerciële overeenkomsten en consumentenovereenkomsten ten aanzien van het onderzochte onderwerp. Toekomstig onderzoek zou moeten aantonen of dit ook het geval is voor wat betreft andere onderwerpen in het huidige recht.

In het vijfde artikel (hoofdstuk 5) heb ik de remedies vanuit rechtseconomisch perspectief bestudeerd en in het bijzonder de Europese Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

In het zesde artikel (hoofdstuk 6) heb ik de argumenten voor en de argumenten tegen een gedifferentieerd overeenkomstenrecht in kaart gebracht. Ik kom in het zesde artikel tot de conclusie dat het huidige (Nederlandse) overeenkomstenrecht

suboptimaal is voor met name commerciële overeenkomsten. Ik heb geprobeerd om een theoretische, normatieve basis te leggen voor een mijns inziens meer optimaal overeenkomstenrecht van ondernemers. Dat overeenkomstenrecht bevat veel minder rechtsregels dan het geldende recht en geeft meer “vrijheid” aan contractspartijen. Verder heb ik de contouren van een overeenkomstenrecht van consumenten geschetst. Dit overeenkomstenrecht bevat meer rechtsregels, meer dwingend recht en is er onder meer op gericht om de informatieasymmetrie tussen partijen en de cognitieve tekortkomingen van consumenten terug te dringen. In het zesde artikel heb ik betoogd dat dit leidt tot twee overeenkomstenrechten en daarmee tot differentiatie. Een gedifferentieerd overeenkomstenrecht zoals in dat artikel besproken zou zich, voor wat betreft het vaste land van Europa, manifesteren in ofwel een apart wetboek voor ondernemers, ofwel een apart boek voor handelscontracten binnen een burgerlijk wetboek.

Summary and conclusions

This doctoral dissertation untitled *Divergence in European Contract Law* consists of six articles in the field of European contract law. It should be noted from the outset that this dissertation is limited to E.C. law, English law, Dutch law, French law, and German law. This dissertation is also limited to business contract law and consumer contract law. In other words, this dissertation deals only with contracts by which: (i) a firm sells to another firm, and (ii) a firm sells to an individual. Therefore, this dissertation is not concerned with contracts by which (i) an individual sells to an individual, or (ii) an individual sells to a firm.

Five out of the six articles (Articles 1 to 5) have been published – sometimes slightly adjusted – as articles in law journals or books, or have been written in the context of a scholarship project. Two of these articles were drafted in the English language, and have also been incorporated in this dissertation in English (Articles 3 and 5).

The first Article (Chapter 1) critically examines the terms “consumer” and “merchant” (*ondernemer*) from a comparative perspective. The article also proposes standard definitions for these terms. The suggested definition of the term “consumer” is broader than the definition in the recent E.C. Proposal for a Directive on consumer rights.

The second Article (Chapter 2) studies pre-contractual duties of disclosure in E.C. contract law. The Article concludes that, in the EU context, presently, it is not possible, nor desirable to come to a general duty to disclose information.

In the third Article (Chapter 3), I study pre-contractual duties of disclosure in commercial sales transactions under Dutch, English, French and German law. In particular, I critically examine whether and under what conditions a seller of a privately held, non-listed company has a duty to disclose relevant information unknown to the buyer of that company. That is, when does a seller’s duty to inform prevail over a buyer’s duty to investigate? In my opinion, the results of this Article show that firms, to a large extent, contract around the general law of contract.

In the fourth Article (Chapter 4), I study whether and to what extent the law of contract in relation to standard forms differs depending on whether the transaction is a consumer contract (*i.e.*, a contract between a consumer and a firm) or a commercial contract (*i.e.*, a contract between firms). In that Article, I conclude that the outcome of a case depends to a considerable extent on the type of contract involved. It should be noted, however, that the Article is limited to the doctrine of standard forms; future research will have to clarify whether the conclusion also holds for other doctrines within the law of contracts.

In the fifth Article (Chapter 5), the system of contract remedies, in particular

the system of contract remedies in the E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, is critically examined from a law and economics perspective.

In the sixth Article (Chapter 6), I provide the reader with an overview of the arguments in favour of, and against separate sets of rules for consumer contracts, and business contracts. In Article 6, I also conclude that current contract law is sub-optimal for business contracts. I set out a theory of contract law for a more optimal regulation of business contracts. That theory mandates that, for business contracts, most of the mandatory contract law rules, and most of the defaults should disappear from the law, *i.e.*, contract law for firms should be narrower and more deferential to contracting parties than current contract law. I also set out a theory for consumer contracts. Such a contract law should contain more mandatory rules, and should aim to reduce information asymmetries between contracting parties. The foregoing results in separate sets of rules for consumer contracts on the one hand, and business contracts on the other.

Bibliografie

A

- Akerlof, G., "The market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 1970.
- Arrunada, B., "The quasi-judicial role of large retailers: an efficiency hypothesis of their relation with suppliers", in Brousseau, E. en Clachant, J. (red.), *The Economics of Contracts*, Cambridge, 2002.
- Atiyah, P., *Pragmatism and theory in English law*, Londen, Stevens & Sons, 1987.
- Atiyah, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

B

- Barendrecht, J. en Van den Akker, E., *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.
- Barendrecht, J., "Gedisserteerd. Een pleidooi voor informatiever burgerlijk recht", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1995.
- Barendrecht, J., "Scherpe regels", *Nederlands Juristenblad*, 1993.
- Barendrecht, J., "Vragen aan Schoordijk over open normen", *RM Themis*, 1995.
- Barendrecht, J., *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992.
- Barendrecht, J., "Vertrouwen koppelen aan feiten", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996.
- Batiffol, H., "La 'crise du contrat' et sa portée", *Archives de Philosophie du Droit*, 1968.
- Baumbach, A., Hopt, K. en Duden, K., *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co. Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, München, Beck, 2000.
- Beale, H. e.a. (red.), *Contract Law: Cases, Materials and Text*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- Beales, H., Craswell, R. en Salop, S., "The efficient regulation of consumer information", *Journal of Law and Economics*, 1981.
- Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1998 en 2002.
- Beekhuis, J., *Contract en contractsvrijheid*, Groningen, J. Wolters, 1953.
- Behr, V., "Das BGB im Jahr 2096", in Schlosser, H. (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996*, Heidelberg, C.F. Müller, 1997.

- Bell, J., Boyron, S. en Whittaker, S., *Principles of French law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Birmingham, R., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", *Rutgers Law Review*, 1970.
- Bishop, W., "The Choice of Remedy for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, 1985.
- Boone, A. en J. Harold Mulherin, *How Are Firms Sold?*, 2004, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via http://public.kenan-flagler.unc.edu/faculty/shivdasani/unc-duke%20corporate%20finance/How_are_firms_sold.pdf.
- Boone, J. en Potters, J., *Transparency, prices and welfare with imperfect substitutes*, CentER Discussion Paper, nr. 7, 2002, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via <http://center.uvt.nl/research>.
- Brack, A., *Consument, recht en koopkracht*, Deventer, Kluwer, 1981, p. 141.
- Bridge, M., "What Is to Be Done about Sale of Goods?", *Law Quarterly Review*, 2003.
- Brownsword, R., "Reviews", *Modern Law Review*, 1998.
- Brunner, C. en Hondius, E. (red.), *Verbintenissenrecht* (losbladig), Deventer, Kluwer, 1990-heden.
- Brunner, C., "De billijkheid in het Nieuwe BW", in Brunner, C. (red.), *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer, Kluwer, 1992.
- Bülow, P., *Verbraucherkreditgesetz*, Heidelberg, RWS Verlag, 2001.
- Bydlinski, F., *Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht*, Berlijn, Walter de Gruyter, 1990.

C

- Calabresi, G. en Melamed, D., "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 1972.
- Calais-Auloy, J. en Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, Parijs, Dalloz, 2000.
- Carstens, C., *Qualifikation von Klauseln eines Unternehmenskaufvertrages als allgemeine Geschäftsbedingungen*, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via http://www2.jura.uni-hamburg.de/hirte/seminar/0203/klauseln_eines_unternehmenskaufvertrages_als_agb-l.pdf.
- Cas, G. en Ferrier, D., *Traité de droit de la consommation*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1986.
- Castermans, A., "Bespreking van Hondius, Consumentenrecht, Mon. Nieuw BW A-8", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1993.
- Castermans, A., *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer, Kluwer, 1992.
- Chazal, J., "Le consommateur existe-t-il?", *Recueil Dalloz Chronique*, 1997.

- Chitty on Contracts, Deel I, *General Principles*, 27e druk, bewerkt door Guest, A. (red.), Londen, Sweet & Maxwell, 1994.
- Cluysenaer, Y., “Bescherming tegen onbehoorlijke colportagepraktijken”, *Nederlands Juristenblad*, 1994.
- Coase, R., “The Nature of the Firm”, *Economica*, 1937.
- Collins, H., “Distributive Justice through Contracts”, *Current Legal Problems*, 1992.
- Collins, H., *The law of contract*, Londen, Butterworths, 1997.
- Cooter, R. en Ulen, T., *Law & Economics*, Boston, Addison Wesley, 2003.
- Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1987.
- Cottureau, V., “La clause réputée non écrite”, *Semaine Juridique*, 1993.
- Cozian, M., Viandier, A. en Deboissy, F., *Droit des sociétés*, Parijs, Litec, 2005.

D

- Davo, H., “Clauses abusives: loi du février 1995 transposant la directive 93/13/CEE en droit français”, *European Review of Private Law*, 1997.
- De Boeck, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000.
- De Vrey, R., “Eerlijk is eerlijk: de consument voorop?”, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 2004.
- De Vrey, R., “Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken”, *Vermogensrechtelijke Annotaties*, 2006.
- Drion, C. en Van Wechem, E., “Kroniek van het vermogensrecht”, *Nederlands Juristenblad*, 2004.
- Du Perron, C. en Van Wechem, T., “Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptable of een onacceptable boilerplate”, *Vermogensrechtelijke Annotaties*, 2004.
- Duyvensz, J., *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003.

E

- Eisenberg, M., “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, *California Law Review*, 2005.
- Eisenberg, M., “The Limits of Cognition and the Limits of Contract”, *Stanford Law Review*, 1995.
- Engelhardt, J., *Europäisches Verbrauchervertragsrecht im BGB*, Frankfurt, Lang, 2001.

Esser, J., “Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht”, in Bachof, O., e.a. (red.), *Summum Ius Summa Iniuria; Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, Mohr, 1963.

F

Faber, W., “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalen Zivil- und Kollisionsrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998.

Fabre-Magnan, M., *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Parijs, L.G.D.J., 1992.

Farnsworth, A., “Damages and Specific Relief”, *American Journal of Comparative Law*, 1979.

Farnsworth, A., *Farnsworth on Contracts*, 2e druk, New York, Aspen Publishers, 2000.

Fishman, M. en Hagerty, K., *Mandatory vs. Voluntary Disclosure in Markets with Informed and Uninformed Customers*, 1997, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via SSRN.

Fleischer, H., “Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht”, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2000.

Fleischer, H., *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München, Beck, 2001.

Flume, W., “Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000.

Fontaine, M., “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels” in Ghestin, J. en Fontaine, M. (red.), *La protection de la partie-faible dans les rapports contractuels*, Parijs, L.G.D.J., 1996.

Fredericq, S., *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, Antwerpen, De Sikkels, 1957.

Frenk, N., “Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het Europese Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2001.

Friedman, D., “The Efficient Breach Fallacy”, *Journal of Legal Studies*, 1989.

Friedman, L., *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*, Madison, University of Wisconsin Press, 1965.

Fuller, L. en Purdue, W., “The Reliance Interest in Contract Damages I”, *Yale Law Journal*, 1936.

Fuller, L. en Purdue, W., “The Reliance Interest in Contract Damages II”, *Yale Law Journal*, 1937.

G

- Garvin, L., *Small Businesses and the False Dichotomies of Contract Law*, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via SSRN.
- Gaysford, S., Koboldt, C. en Nawaz, M., *Consumer Detriment under Conditions of Imperfect Information*, Research paper for the Office of Fair Trading, nr. 11, 1997, p. 45, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/consumer_protection/oft194.pdf.
- Ghestin, J. en Marchessaux-Van Melle, I., "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens", in Ghestin, J. en Fontaine, M. (red.), *La protection de la partie-faible dans les rapports contractuels*, Parijs, 1996.
- Ghestin, J., "The Pre-contractual Obligation to Disclose Information: French Report", in Harris, D. en Tallon, D. (red.), *Contract Law Today*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- Ghestin, J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1993.
- Giliker, P., "Unifying European Contract Law: Identifying a European Pre-Contractual Obligation to Inform", Bell, J. en Kilpatrick, K. (red.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- Giliker, P., "Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law", *European Review of Private Law*, 2005.
- Gilmore, G., *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.
- Girod, C., *User Protection in IT Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001.
- Goetz, C. en Scott, R., "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, 1977.
- Gordley, J. en Von Mehren A. (red.), *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006.
- Graf von Westphalen, F., "AGB-Recht ins BGB – eine erste Bestandsaufnahme", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002.
- Gras, F., *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract*, diss. Amsterdam, 1984.
- Grosheide, F., "Nieuwe contractsvormen", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996.
- Grossman, S., "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality", *Journal of Law and Economics*, 1981.

H

- Haak, K., "Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht", in Loonstra, C. e.a., *Recht in bedrijf*, Rotterdam, Gouda Quint, 1997.
- Haak, K., *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 1996.
- Hardy, R., "Europese Klassiekers: Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.: exoneration en de 'doctrine of fundamental breach' ", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2004.
- Hardy, R., "De begrippen consument en ondernemer in het Europees contractenrecht", *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2005.
- Hardy, R., "Differentiatie in de regulering van algemene voorwaarden in het Europees contractenrecht", *Vermogensrechtelijke Analyses* (voorheen: Vermogensrechtelijke Annotaties), 2007.
- Hardy, R., "Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht", in Smits, J. en Stijns, S. (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005.
- Hardy, R., "Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht", *Vermogensrechtelijke Annotaties* (inmiddels: Vermogensrechtelijke Analyses), 2004.
- Hardy, R. en Hesens, G., "Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2009.
- Hart, O. en Moore, J., "Foundations of Incomplete Contracts", *Review of Economic Studies*, 1999.
- Hartkamp, A., "De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht", in Nieskens-Isphording, M. en Schoordijk, H. (red.), *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991.
- Hartkamp, A., "The relation between civil law and commercial law", in Franken, H. e.a. (red.), *Drie treden: over politiek, beleid en recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.
- Hartkamp, A., *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. Nieuw BW A-1, Deventer, Kluwer, 1990.
- Hartlief, T., "Beweging in het contractenrecht. Het belang van het algemeen deel", in De Jong, G., e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003.
- Hartlief, T., "VNP/Havrij: algemene voorwaarden en informatieplicht", *Ars Aequi*, 2002.
- Hartlief, T., "Vrijheid en bescherming in het contractenrecht", *Contracteren*, 2003.
- Hartlief, T., *De vrijheid beschermd*, Deventer, Kluwer, 1999.

- Heinrich, D., "Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel", in Beuthien, V, e.a. (red.), *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1999.
- Henning, W., Wallach, G. en Lawrence, W., *The Law of Sales under the Uniform Commercial Code*, St. Paul, Minn., Thomson West, 2003.
- Herre, J., Hondius, E. en Alpa, G., *The notions of consumer and professional and some related questions*, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via http://www.sgecc.net/media/downloads/consumers_and_professionals.pdf.
- Hesen, G. en Hardy, R., "Hadley v. Baxendale: 'perhaps the best-known of all English contract cases'", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2006.
- Hesselink, M., "Naar een coherenter Europees contractenrecht?", *Nederlands JuristenBlad*, 2003.
- Hesselink, M., *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999.
- Hijma, J., "Consumentenkoop of gewone koop?", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1992.
- Hijma, J., *Algemene voorwaarden*, Mon. Nieuw BW B-55, Deventer, Kluwer, 1997.
- Hoffmann, D., "Analyse der europäischen Rechtssetzungstechniken im Bereich des Vertragsrecht aus der Sicht der Europäischen Kommission", in Heusel, W. (red.), *Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz*, Keulen, Bundesanzeiger, 1999.
- Hondius, E., "Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2000.
- Hondius, E., "De consumentenkoop in Europees perspectief/naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties", *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1996.
- Hondius, E., "De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht", in Hartlief, T. en Stolker, C. (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999.
- Hondius, E., *Consumentenrecht*, Monografieën Nieuw BW A8, Deventer, Kluwer, 1992.
- Hondius, E., *Konsumentenrecht* (preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer, Kluwer, 1976.
- Horn, N., in Wolf, M., Horn, N., en Lindacher, W., *AGB-Gesetz - Kommentar*, München, Beck, 1994.
- Howells, G. en Wilhelmsson, T., "EC consumer law: has it come of age?", *European Law Review*, 2003.

J

- J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Boek 1, *Allgemeiner Teil*, bewerkt door Hertel, C. e.a., Berlin, Sellier-De Gruyter, 2004.
- J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Boek 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, bewerkt door Beckmann, R., Berlijn, Sellier-De Gruyter, 2004.
- J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Boek 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, bewerkt door Löwisch, M. en Thüsing, G., Berlijn, Sellier-De Gruyter, 2005.
- Jongeneel, R. en Wessels, B., "Onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten", *Nederlands Juristenblad*, 1993.
- Jongeneel, R., "Een richtlijn die weinig schade aanricht", *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1993.
- Jongeneel, R., "Reactie", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996.
- Jongeneel, R., *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991.
- Joustra, C., "Naar een uniform begrip 'consument'?", in Van Buren-Dee, J., Hondius, E. en Kottenhagen-Edzes, P. (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer, Kluwer, 1996.
- Joustra, C., *De internationale consumentenovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 1997.

K

- Kaplow, L. en Shavell, S., *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- Katz, A., "Remedies for Breach of Contract under the CISG", *International Review of Law & Economics*, 2006.
- Kersten, H., "Het due diligence onderzoek", *Onderneming en Financiering*, 2003.
- Kisch, I., "Rechtsvergelijking en handelsrecht" (openbare les UvA, 1935), opgenomen in Kisch, I., *Uitgelezen opstellen: een bloemlezing uit het werk van Prof. mr. I. Kisch*, Zwolle, W.E.J. Tjeek Willink, 1981.
- Klomp, R., *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998.
- Kornhauser, L., "An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies", *University of Colorado Law Review*, 1986.
- Kötz, H. en Flessner, A., *European Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Kramer, E., *Die Krise des liberalen Vertragsdenkens; eine Standortbestimmung*, München, Fink, 1974.

- Krawiec, K. en Zeiler, K., *Common Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-theories*, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via SSRN.
- Kronman, A., "Mistake, Disclosure, Information, and the Law Of Contracts", *Journal of Legal Studies*, 1978.
- Kronman, A., "Specific Performance", *University of Chicago Law Review*, 1978.
- Krüger, W. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2003.
- Kullman, J., "Remarques sur les clauses réputées non écrites", *Recueil Dalloz*, 1993, p. 59.

L

- La Commission de refonte du droit de la consommation, *Propositions pour un code de la consommation*, Parijs, 1990.
- Lando, H. en Rose, C., "The enforcement of specific performance in civil law countries", *International Review of Law and Economics*, 2004.
- Langemeijer, G. / Schrage, E., *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.
- Lefebvre, F., Droit des affaires, *Sociétés Commerciales*, Levallois Perret, Editions Francis Lefebvre, 2006.
- Legrand, P., "Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986.
- Listokin, Y., "The Empirical Case for Specific Performance: Evidence from the IBP-Tyson Litigation", *Journal of Empirical Legal Studies*, 2005.
- Loos, M., "Europese toetsing van algemene voorwaarden", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2001.
- Loos, M., "Het begrip 'consument' in het Europese en Nederlands privaatrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2005.
- Loos, M., "Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruimer uitleg van Océano bevestigd", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2003.
- Loos, M., "Right to performance", in Busch, D. e.a.. (red.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002.
- Loos, M., *Algemene voorwaarden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001.
- Loos, M., *Consumentenkoop* (Monografieën Nieuw BW B65b), Deventer, Kluwer, 2004.
- Lovells en Paul, Hastings, Janofsky & Walker (Europe) LLP, *Doing Business in France*, Deel 1, Newark, Matthew Bender, 2007.
- Lurger, B., "Prinzipien eines Europäischen Vertragsrechts: liberal, marktfunktional, solidarisch, oder ...?", *Electronic Journal of Comparative Law*, 1998.

Lurger, B., *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wenen, Springer, 2002.

Lurger, B., *Vertragliche Solidarität*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

M

Macdonald, E., “In the course of a business’ – a fresh examination”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1999 (ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via: <http://webjcli.ncl.ac.uk/1999/issue3/macdonald3.html>).

Mackaay, E., *Economics of information and law*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980.

Macneil, I., “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky”, *Virginia Law Review*, 1982.

Mahoney, P., “Contract Remedies: General”, in Bouckaert, B. en De Geest, G. (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Deel III, *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

Markesinis, B. e.a., *The German Law of Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

Martinek, M., “Unsystematische Überregulierung und konstraintionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr”, in Grundmann, S. (red.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

Maskin, E. en Tirole, J., “Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts”, *Review of Economic Studies*, 1999.

Mattei, U., “Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules”, *Virginia Journal of International Law*, 1999.

Mattei, U., “Hard Code Now! A Critique and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification”, in Mattei, U., *The European Codification Process: Cut and Paste*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003.

Mazeaud, D., “L’attraction du droit de la consommation”, *Revue Trimestrielle de droit commercial*, 1998.

McKendrick, E., *Contract Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Medicus, D., *Probleme um das Schuldverhältnis*, Berlijn, De Gruyter, 1987.

Mendel, M., “Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid”, in Klomp, R., e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (preadvies van de Vereeniging Handelsrecht), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

Mestre, J. en Pancrazi, M., *Droit commercial*, Parijs, L.G.D.J., 2001.

Ministerie van Economische Zaken, *De psychologie van het kiezen*, 2007, p. 5, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via <http://www.ez.nl/dsresource?objectid=151311&type=PDF>.

- Mok, M., *Pacta sunt servanda; ja toch?*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.
- Mölenberg, L., *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, Arnhem, Gouda Quint, 1995.
- Morin, G., *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Parijs, F. Alcan, 1927.
- Mortelmans, K. en Watson, S., "The notion of consumer in community law: a lottery?", *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1995.
- Mortelmans, K., "Colportage en minimum-harmonisatie. Kan het Europees consumentenrecht ook handelaren bescherming bieden?", *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1991.
- Mota Pinto, P., "Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht", in Schulze, R., Ebers, M. en Grigoleit, H. (red.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, *Koop en ruil*, 7^e druk bewerkt door Hijma, J., Deventer, Kluwer, 2007.
- Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, *Verbruikleen, altijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, 6e druk bewerkt door Van Schaick, A., Deventer, Kluwer, 2004.
- Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12^e druk, bewerkt door Hartkamp, A., Deventer, Kluwer, 2004.

N

- Nelson, P., "Information and Consumer Behavior", *Journal of Political Economy*, 1970.
- Nicolas, B., "The Pre-contractual Obligation to Disclose Information: English Report", in Harris, D. en Tallon, D. (red.), *Contract Law Today*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- Nicolas, B., *The French Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Nieskens-Isphording, B., *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 1991.
- Novoa, R., *Culpa in contrahendo: a comparative law study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005.

O

Ohlendorf-Von Hertel, B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, 1988.

Oughton, D., *Consumer Law*, Londen, Blackstone Press Ltd., 1991.

P

Paissant, G., “Essai sur la notion de consommateur en droit positif”, *Juriclasseur périodique*, 1993.

Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 1998 en 2003.

Parijs, S., “Fairness opinions in het licht van misleidende reclame”, *Ondernemingsrecht*, 2003.

Parisi, F., “The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, 2004.

Pfeiffer, T., “Der Verbraucher nach § 13 BGB”, in Schulze, R. en Schulte-Nölke, H. (red.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

Pfeiffer, T., “Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht”, in Schulte-Nölke, H. en Schulze, R., (red.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

Pizzio, J., “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations”, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1998.

Porter, M., *Competitive Strategy*, New York, Free Press, 1998.

Posner, E., “Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation”, in Bouckaert, B. en De Geest, G. (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Deel III, *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

Posner, R., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 1972 en 2003.

Prechal, S., “Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2001.

Price, D., “When is a Consumer Not a Consumer?”, *Modern Law Review*, 1989.

R

Raaijmakers, G., *Garanties bij overnames*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002.

Reehuis, W. en Slob, E., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer, Kluwer, 1990.

Rijken, G., “De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1998.

Ripert, G. en Roblot, R., *Traité de droit commercial*, Deel 1, 16^e druk, bewerkt door Germain, M., Parijs, L.G.D.J., 1996.

Roth, H., "EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht", *JuristenZeitung*, 1999.

S

Sandee, F., *Algemene voorwaarden en fabriektenkoop*, diss. Rotterdam, 1995.

Savatier, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Parijs, Librairie Dalloz, 1964.

Savaux, E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Parijs, LGDJ, 1997.

Schwartz, A. en Scott, R., "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, 2003.

Schwartz, A., "The Case for Specific Performance", *Yale Law Journal*, 1979.

Scott, R. en Triantis, G., "Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, 2004.

Sefton-Green, R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Shavell (2006), "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", *Texas Law Review*, 2006.

Shavell, S., "Damage Measures for Breach of Contract", *The Bell Journal of Economics*, 1980.

Sinay-Cytermann, A., "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français", in Ghestin, J. en Fontaine, M. (red.), *La protection de la partie-faible dans les rapports contractuels*, Parijs, L.G.D.J., 1996.

Sivesand, H., *The Buyer's Remedies for Non-conforming Goods*, München, Sellier, 2005.

Slawson, W., "Standard form contracts and democratic control of law making power", *Harvard Law Review*, 1971.

Smits, J. en Hardy, R., "De toekomst van het Europees contractenrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2002.

Smits, J. en Hardy, R., "Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2003.

Smits, J., "De herziening van het Duitse verbintenissenrecht", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2002.

Smits, J., "Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht", *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998.

Smits, J., "Europees privaatrecht en rechtsvergelijking", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2000.

Smits, J., "Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe", in Grundmann, S. en Stuyck, J. (red.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002.

- Smits, J., Haas, D. en Hesen, G. (red.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2008.
- Smits, J., Hardy, R. en Kornet, N., “Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2004.
- Smits, J., *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint 1995.
- Snijders, W., “Openheid van het vermogensrecht”, in Kortmann, S. (red.), *Onderneming en tien jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2002.
- Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Deel III, Stuttgart, Kohlhammer, 1991.
- Staudenmayer, D. en Pelet, S., “Le droit à l’information du consommateur”, *L’Observateur de Bruxelles*, 1998.
- Staudenmayer, D., “Europäisches Verbraucherrecht nach Amsterdam – Stand und Perspektiven”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1999.
- Staudenmayer, D., “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law”, *European Review of Private Law*, 2000.
- Stengel, A. en Scholderer, F., “Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994.
- Steyn, J., “The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts”, *Sydney Law Review*, 2003.
- Stigler, G., “The economics of information”, *The Journal of Political Economy*, 1961.
- Strahilevitz, L., “Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups”, *University of Chicago Law Review*, 2003.
- Study group on social justice in European private law, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, 2004.
- Stuyck, J., “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer Policy in or beyond the internal market”, *Common Market Law Review*, 2000.
- Sunstein, C. (red.), *Behavioural Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

T

- Terré, F., Simler, P. en Lequette, Y., *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1999.
- Thibierge-Guelfucci, C., “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997.
- Thomas, R., “England and Wales”, in International Association of Young Lawyers (red.), *Sale of Private and Public Companies by Auction*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996.

- Timmerman, L., "Bezinning op het handelsrecht", *TVVS, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 1990.
- Tjittes, R., "Zaken zijn zaken", *RM Themis*, 2000.
- Tjittes, R., *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer, Kluwer, 1994.
- Treitel, G., *The Law of Contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 1999.
- Twigg-Flesner, C. en Bradgate, R., "The E.C. Directive on Certain Aspects of Consumer Goods and Associated Guarantees – All Talk and No Do?", *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000.

U

- Ulen, T., "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", *Michigan Law Review*, 1984.
- Ulmer, P. e.a., *AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Köln, Schmidt, 1997.
- Ulmer, P. in Heinrichs, H., Löwe, W. en Ulmer, P., *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Köln, RWS Kommunikationsforum, 1987.
- Ulmer, P., "Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk", *Juristenzeitung*, 2001.
- Ulmer, P., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Deel III, München, Beck, 1995.

V

- Van Bijnen, R., *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005.
- Van Boom, W., "Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht", *RM Themis*, 2003.
- Van Delden, R., "Handelsrecht een partijtje ongeregeld?", in Van Delden, R., e.a. (red.), *Haven en Handel*, Deventer, Kluwer, 1992.
- Van den Berg, P. en Zondag, W. (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2003.
- Van den Bergh, R. en Lehmann, M., "Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1992.
- Van den Bergh, R., "De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief", in Smits, J. (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003.
- Van den Bergh, R., "Economische analyse van het consumentenrecht", *Ars Aequi*, 1990.

- Van den Bergh, R., "Wer schützt die europäischen Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz? Zu den möglichen adversen Effekten der europäischen Richtlinien zum Schutze des Verbrauchers", in Ott, C. en Schäfer, H. (red.), *Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht*, Tübingen, Mohr, 1997.
- Van den Bergh, R., *Averechts Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000.
- Van Dunné, J., "De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?", *Nederlands Juristenblad*, 1980.
- Van Erp, J. en Smits, J., *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001.
- Van Huizen, P., *De cessie ter incasso: keerzijde van de betalingsopdracht; een illustratie van het handelsrecht als venster op het privaatrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.
- Van Laarhoven, M., "Aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste informatie in een precontractuele verhouding", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2002.
- Van Rossum, M., *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, Deventer, Kluwer, 1991.
- Van Ruler, J., "Wijziging Colportagewet om rechtseenheid te bereiken", *Nederlands Juristenblad*, 1994.
- Van Schaick, A., "De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten" in Klomp, R., e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (preadvis van de Vereniging Handelsrecht), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.
- Van Schaick, A., "Uitlegregels", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1998.
- Van Zaltbommel, L., *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993.
- Vandeputte, R., *Delotsbestemming van het contract* (Mededelingen van de Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België. Klasse der letteren), Brussel, Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België, 1979, p. 10.
- Varadarajan, D., "Tortious Interference and the Law of Contract: the Case for Specific Performance Revisited", *Yale Law Journal*, 2001.
- Veldman, M., "Grenzen aan het recht op nakoming", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2001.
- Von Hippel, E., *Verbraucherschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1986.
- Von Jhering, R., "Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1861.
- Vranken, J., "Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht", *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1997.

Vranken, J., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989.

W

Waddams, S., "Pre-contractual Duties of Disclosure", in Cane, P. en Stapleton, J. (red.), *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Wansink, J., "Verzekerde hoedanigheid (particulier/in beroep of bedrijf) en gelijkheid/ongelijkheid van rechten en verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst", *Het verzekeringsarchief*, 1990.

Weitnauer, W., "Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002.

Wiewiórowska-Domagalska, A., "Certain Aspects of the Right of Repair and Replacement under EC Directive 1999/44 and its Implementation in Poland", in Smits, J., Heslen, G., en Haas, D. (red.), *Specific Performance: National and Other Perspectives*, Antwerp, Intersentia, 2008.

Wightman, J., *Contract: A Critical Commentary*, Londen, Pluto Press, 1996.

Williamson, O., *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985.

Williston, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, bewerkte druk, New York, Baker, Voorhis & co., 1936-38.

Wissink, M., "Een 'effectief' wetsvoorstel", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1999.

Wortmann, N., *Unternehmenskauf und Due Diligence*, p. 4 ff, ten tijde van het schrijven van dit proefschrift beschikbaar via http://www2.jura.uni-hamburg.de/hirte/seminar/0203/unternehmenskauf_und_due_diligence-l.pdf.

Y

Yorio, E., "In Defense of Money Damages for Breach of Contract", *Columbia Law Review*, 1982.

Z

Zweigert, K. en Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

Curriculum vitae

Robert Hardy (Zeist, 1979) studeerde rechten aan de Universiteit Maastricht (Propedeuse Nederlands Recht (*cum laude*), 1998; Doctoraal European Law School, 2001), de University of Cambridge, de Université de Paris I Panthéon-Sorbonne en Harvard Law School (Master of Laws, 2007). Tijdens zijn studie in Maastricht was hij student-lid van de redactie van het Maastricht Journal of European and Comparative Law en student-assistent bij onder meer het Maastrichts Europees Instituut voor Transnationeel Rechtswetenschappelijk Onderzoek; tijdens zijn studie aan Harvard was hij *research assistant* van Prof. E.R. Elhauge en Prof. G.G. Triantis. Hij heeft verschillende beurzen ontvangen ten behoeve van zijn studie aan Harvard Law School, waaronder een beurs van het Prins Bernhard Cultuurfonds (Carolus Magnus Fonds), een Netherland-America Foundation Fulbright Fellowship en een Stibbe Buitenlandbeurs. Robert Hardy was van 2002 tot 2006 als junior-onderzoeker verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht. Tijdens deze periode heeft hij onder meer, met gebruikmaking van een reisbeurs van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek, onderzoek verricht (*visiting scholar*) aan de University of California, Berkeley School of Law (Boalt Hall). Verder was hij redactiesecretaris van het tijdschrift Vermogensrechtelijke Annotaties (inmiddels: Vermogensrechtelijke Analyses) en voorzitter van de Promovendicommissie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Praktijkervaring heeft hij als student-stagiair opgedaan bij Houthoff Buruma te Den Haag, als stagiair bij Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP te Brussel en bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP te Amsterdam, en als *visiting attorney* bij Hughes Hubbard & Reed LLP te New York. Robert Hardy heeft meer dan vijftientig publicaties op zijn naam staan. Hij is inmiddels werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.