

W.H. van Boom, S.E. Bartels en R. Leuyerink, Inleiding, in: R. Leuyerink, S.E. Bartels, W.H. van Boom (red.), Prijs en privaatrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 1-25

## Inleiding

W.H. van Boom, S.E. Bartels, R. Leuyerink<sup>1</sup>

### 1. Prijs en privaatrecht – een inleiding

#### 1.1 Inleiding op het thema van deze bundel

[1] Bij veel contracten is de kenmerkende prestatie iets anders dan de betaling van de prijs. Misschien wel daarom is er in het privaatrechtelijke debat weinig aandacht voor de prijs, en wordt de aandacht die er wel is lang niet altijd gepresenteerd als een vraagstuk van de prijs. Dat is jammer, want er zijn talrijke vraagstukken rondom 'prijs en privaatrecht'. Dit boek probeert een aantal van die vraagstukken voor het voetlicht te brengen. Het boek bestaat uit vijftien bijdragen. In dit inleidende hoofdstuk geven we een korte inleiding op het thema en introduceren we deze vijftien bijdragen. Zoals hierna zal blijken, hebben we de bijdragen – die elk uiteraard zelfstandig gelezen kunnen worden – gegroepeerd rondom een aantal thema's. Zes om precies te zijn. Aan wat voor soort vraagstukken moeten we denken als we het hebben over 'prijs en privaatrecht'? We geven een aantal voorbeelden van relevante vragen en vraagstukken, in het besef dat er veel andere voor in de plaats genoemd zouden kunnen worden.

In de theorie van de vrijemarkteconomie is de prijszetting overgelaten aan de krachten van vraag en aanbod en worden veel vragen rondom de prijs onbehandeld gelaten (buiten de gangbare mededingingsrechtelijke ijkpunten zoals verboden prijskartelvorming). Maar in de werkelijkheid van echte markten zijn deze vragen belangrijk: we kunnen niet zonder goede regels en beginselen rondom de prijs als we goed werkende markten (hoe ook gedefinieerd) nastreven.

Zo kan men denken aan prijs als *handelspraktijk* bij werving, reclame en uitnodigingen tot contractsluiting. De prijs en hoe die in onze economie aan [2] potentiële wederpartijen wordt voorgespiegeld, kan onderdeel uitmaken van de handelspraktijken van handelaren tegenover potentiële wederpartijen. In een ongereguleerde markt kan men verwachten dat handelaren die goederen en diensten aanbieden tegen een prijs in geld, die prijs op allerlei manieren kunnen formeren, modelleren, moduleren en presenteren om de vragende partij te verleiden, te verwarren of zelfs gevangen te houden. Wat voor praktijken zijn er zoal? Wat is de psychologie achter die praktijken, wat is de uitwerking ervan in economische zin, en wat doet het recht ermee? Eist het recht gestandaardiseerde prijzen die voor iedereen gelden of mag een handelaar de één meer in rekening brengen dan de ander? Hoe gaat het recht om met internetplatforms die diensten aanbieden die op het eerste gezicht gratis lijken, maar in economische zin eigenlijk wederkerige uitwisselingen blijken te zijn, waarbij wordt 'betaald' met persoonsgegevens?

In de tweede plaats kan de vraag worden gesteld wat de functie van de prijs is bij de *totstandkoming* van geldige overeenkomsten. Is een aanbieder van diensten verplicht om een prijslijst te hanteren en deze publiek bekend te maken? Mag een ondernemer de prijs opknippen in stukjes per onderdeel van de dienstverlening? Kan een contract bestaan als er geen overeenstemming is over de prijs? En zo ja, welke maatstaf bepaalt dan de uiteindelijk te betalen prijs? Bestaat er zoiets als een recht op een redelijke prijs, op een prijs die ten minste de economische waarde van de prestatie benadert, op een prijsaanpassing bij gewijzigde omstandigheden, of op

een prijsreductie als de betalingsverplichtingen te zwaar blijken te drukken? Moet de prijs kortom als eerlijke beloning worden gezien of is het eigenlijk alles 'wat de gek ervoor geeft'? Is de markt een wild westen waar alles mag en iedereen goed moet opletten om niet te worden verleid of verward door verborgen of opgeknipte prijzen of als het ware door algemene voorwaarden gevangen te worden gezet in een wekerende prijs- verplichting? Of stelt het recht grenzen aan wat mag? En doen die grenzen hun werk? Zijn er praktijken die wel zijn toegestaan, maar toch schadelijk voor economische groei zijn? Hoe gaan wetgever en rechter om met onredelijke prijzen en onduidelijke prijsbedingen?

Ook kan worden gedacht aan *de veronderstelde prijs*, de bepaling van de prijs in een andere context dan die van de totstandkoming van een overeenkomst. Denk aan de hypothetische situatie zonder onrechtmatige daad van een derde: hoe zou het contract waar deze derde als het ware in heeft geïnterfereerd, eruit hebben gezien als die onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd? Welke prijs zou er dan tot stand zijn gekomen? Of het **[3]** spiegelbeeld: wat als een contract niet voortijdig zou zijn beëindigd, hoe zou de betaalde prijs dan zijn terugverdiend?

De bijdragen aan dit boek gaan over dit soort vragen. Het boek brengt auteurs samen die elk vanuit hun eigen expertise schrijven over aspecten van prijs, prijsvorming, prijstransparantie en prijsvoorwaarden in het privaatrecht. Het biedt een brede waaier van invalshoeken, steeds met in het achterhoofd de vraag: wat doet het recht ermee, moet het recht er iets mee, of juist niet?

Nu we in algemene zin hebben geschetst wat het thema van deze bundel behelst en welke vragen daarbij zoal een rol kunnen spelen, willen we de bijdragen aan de bundel kort introduceren. We hebben de bijdragen zo geordend dat er zes thema's te ontdekken zijn. Daarmee sluiten we overigens niet uit dat een andere combinatie mogelijk tot andere thema's zou hebben kunnen leiden, een bewijs wederom van de rijke inhoud en verscheidenheid van de bijdragen. In de volgende paragrafen lopen we de zes thema's en daarmee de vijftien bijdragen langs. We wensen de lezer veel plezier met deze mooie oogst.

## 1.2 Rechtvaardige prijs en billijke vergoeding

Het eerste thema hebben we genoemd 'Rechtvaardige prijs en billijke vergoeding'. Onder deze noemer kunnen de bijdragen van Hartlief en Leuyerink mooi naast elkaar worden gezet.

Hartlief inventariseert in zijn bijdrage 'De rechtvaardige prijs (*iustum pretium*) anno 2024' waar we staan wat betreft het vraagstuk van de rechtvaardige prijs en aanverwante leerstukken. De bijdrage is daarmee een fraaie inleiding voor de bundel. De klassieke benadering is dat een eventuele disbalans tussen prijs en prestatie als zodanig geen grond voor aantasting van de overeenkomst oplevert. Alleen als bij de totstandkoming bijvoorbeeld sprake is geweest van een omstandigheid die tot een wils- gebrek heeft geleid, kan die disbalans een grond voor aantasting opleveren. Denk aan bedrog en dwaling. Hartlief vraagt echter aandacht voor ontwikkelingen die dit strakke beslisschema in de afgelopen jaren hebben genuanceerd. Hij noemt onder andere de Europeesrechtelijke invloed van de inhoudstoetsing van algemene voorwaarden en de regeling van de oneerlijke handelspraktijken, maar ook ervaringen in andere landen en actuele ontwikkelingen.

**[4]** Hartlief schetst in zijn bijdrage allereerst het discours in het Nederlandse privaatrecht van de afgelopen 25 jaar. Dat discours kent – niet verrassend – voor- en tegenstanders van een zekere toetsing van het contractueel evenwicht van de tussen partijen gemaakte afspraak. In wetgeving en rechtspraak gaan de ontwikkelingen wat geleidelijker, maar met name het Europese Hof van Justitie zet in het consumentencontractenrecht wel stappen die op een of andere manier te maken hebben met het adresseren van de disbalans tussen ondernemer en consument.

Hartlief wijst er ook op dat ten gunste van kleine ondernemers wordt bepleit dat het contractenrecht meer aandacht zou moeten hebben voor het rechtzetten van eventuele misstanden die door machtsonevenwicht ontstaan. De auteur wijst op tal van beleidsinitiatieven die juist oog hebben voor die kleine ondernemer, van regels over inkoopmacht van grote supermarkten tot bescherming tegen ongevraagde telefonische telemarketing. Ook op dit punt zijn er voor- en tegenstanders in het juridisch debat: sommigen menen dat kleine ondernemers bescherming verdienen, anderen geloven meer in de tucht van de markt.

Aan deze ontwikkelingen kan, zo oppert Hartlief, misschien wel de indruk worden ontleend dat de strikt gescheiden circuits van consumenten en ondernemerscontractenrecht door elkaar beginnen te lopen. In elk geval is duidelijk dat er ontwikkelingen zijn die maken dat argumenten van contractsvrijheid niet langer altijd opgaan. Zo wijst Hartlief op wettelijke regels in het financiële toezichtrecht die kort gezegd adviseurs en bemiddelaars verplichten om niet meer dan een redelijke prijs in rekening te brengen bij klanten. Ook wijst Hartlief op voortschrijdende digitalisering, die bijvoorbeeld technisch gezien prijspersonalisatie mogelijk maakt en vervolgens de vraag kan doen rijzen of een gepersonaliseerde prijs altijd een rechtvaardige prijs is. De oplossing die de Europese wetgever geeft, is gegrond op het informatiemodel. Art. 6:230m lid 1 onderdeel u Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) verplicht handelaren om consumenten erop te wijzen als gebruik wordt gemaakt van die techniek.<sup>2</sup>

Hartlief staat vervolgens ook stil bij de maatschappelijke ontwikkelingen – nu en in het verleden – die maken dat ‘onder druk alles vloeibaar wordt’. Zo heeft de coronacrisis de vraag naar contractueel evenwicht weer actueel gemaakt. Hartlief staat in dat verband uitgebreid stil bij het leerstuk [5] van de onvoorziene omstandigheden en hoe de coronacrisis dat leerstuk heeft ‘geactiveerd’. Hij laat zien dat er bijvoorbeeld ook bij de energiecrisis ingrepen te zien waren van toezichthouders en rechters. Of daarmee echt sprake is van een leer van ‘rechtvaardige prijs’, is voor Hartlief niet beslist. Hij laat in het laatste deel van zijn bijdrage zien dat de argumenten voor en tegen rechterlijke interventie in eenmaal gesloten contracten steeds langs dezelfde lijnen verlopen. Het brengt hem tot een poging om de argumenten te verzoenen: het contract bindt, tenzij er situaties zijn van bijvoorbeeld marktfalen waarin optreden gewenst is, omdat niet langer sprake is van reële prijzen. Hartlief meent weliswaar dat wetgever en toezichthouders beter toegerust zijn dan de rechter om deze interventies te plegen, maar hij wijst er ook op dat de rechter in voorkomende gevallen ‘noodhulp’ kan verlenen.

Dan de bijdrage van Leuyerink. Die gaat weliswaar over een deelgebied op het snijvlak van auteursrecht en contractenrecht, het auteurscontractenrecht, maar laat heel goed zien wat de moeilijkheid is bij het formuleren van een open norm die in essentie ziet op een rechtvaardige prijs en het vervolgens toepassen ervan en het ontwikkelen van gezichtspunten. In haar bijdrage ‘De prijs voor het verlenen van exploitatiebevoegdheid in het auteursrecht’ staat het leerstuk van de ‘billijke vergoeding’ in het auteurscontractenrecht centraal. Dat is een leerstuk dat in 2015 met de inwerkingtreding van de Wet auteurscontractenrecht in de Auteurswet is geïntroduceerd. Met deze wet werd getracht een balans aan te brengen in de contractuele verhouding tussen de maker van een auteursrechtelijk beschermd werk en een derde die gespecialiseerd is in de exploitatie van dat soort werken, zoals een uitgever of producent. Die balans is in veel gevallen afwezig, bijvoorbeeld omdat de gespecialiseerde partij effectief de toegang tot de afnemerszijde van de markt beheert en deze dus ook min of meer afgesloten kan houden voor de auteur. Er is dus in veel gevallen sprake van een prijsdrukkende economische machtspositie. De wettelijke regeling uit 2015 kent een bijzondere bepaling, art. 25c Aw, die hier enig tegenwicht aan zou moeten bieden. Het geeft de auteursrechthebbende recht op een billijke vergoeding voor het verlenen van exploitatiebevoegdheid. De wettekst behelst een open norm en geeft dus weinig houvast voor de vraag wat billijk is. Er is weinig rechtspraak, dus die route levert ook geen concreter beeld van wat een billijke prijs is voor het verlenen van exploitatiebevoegdheid.

Leuyerink wijst er overigens op dat de wetgever recentelijk een wijziging van art. 25c Aw heeft voorgesteld, die erop neerkomt dat collectief bereikte [6] vergoedingen vermoed worden billijk te zijn. Het achterliggende idee is dat het stimuleren van collectieve onderhandelingen hier een oplossing zou kunnen zijn. Dat is interessant omdat het aansluit bij andere collectiviseringstendenzen die economische tegenmacht activeren en het coördinatieprobleem van prijsvorming oplossen – denk aan instrumenten als cao-loon, maar ook aan WAMCA-uitkeringen – maar tegelijk laten zien dat het klassieke idee van prijsvorming door *the invisible hand* van individuele en onafhankelijke onderhandelingen, het soms moet afleggen tegen overwegingen van sociale rechtvaardigheid: kennelijk vinden we het belangrijk dat makers een billijke vergoeding krijgen voor de exploitatie van hun werken.

Vergelijking met het Duitse recht leert dat een omstandighedencatalogus kan worden ontwikkeld om de billijke vergoeding ‘handen en voeten’ te geven. Leuyerink behandelt deze omstandigheden uitvoerig. Uitgangspunt is bij de Duitse regeling steeds dat de maker een vergoeding krijgt die wordt berekend op basis van de duur, de omvang en de intensiteit van het gebruik. Deze en andere omstandigheden kunnen worden gewogen en bijdragen aan inzichtelijke oordeelsvorming van de rechter.

Of de catalogusbenadering tot meetbaar billijkere prijzen aanleiding geeft, is een andere vraag. Wel maakt de analyse van het Duitse recht door Leuyerink duidelijk dat er in Duitsland meer wordt geprocedeerd over die

billijkheidsvraag. Daar kunnen verschillende processuele en culturele verklaringen voor zijn, die hier buiten beschouwing kunnen blijven. Wel wijzen we op één duidelijk verschil in rechtscultuur dat mogelijk een rol speelt. Het Duitse recht kent een juridische cultuur die toetsing van contracten aan de open norm van het woekerverbod toestaat (§ 138 Bürgerliches Gesetzbuch). Die toetsing maakt het mogelijk om *wucherähnliche Rechtsgeschäfte* nietig te verklaren; ook bij die remedie is de afwijking van wat gemiddeld genomen gebruikelijke prijzen zijn, een relevante factor. Onze rechtscultuur is kariger en dat zal deels te maken hebben met een geloof in een terughoudende overheid als het gaat om prijsvorming.

### 1.3 Perspectief: vroeger en elders

Het tweede thema hebben we genoemd 'Perspectief: vroeger en elders'. Onder deze noemer kunnen de bijdragen van Van Loock & Samoy en van Jansen naast elkaar worden gezet.

**[7]** In hun bijdrage 'De prijs in het nieuwe Boek 5 "Verbintenissen" in het Belgische Burgerlijk Wetboek' geven Van Loock & Samoy een diepgaand overzicht van de positie van het verschijnsel 'prijs' in het nieuwe Belgische contractenrecht. In Boek 5 Belgisch Burgerlijk Wetboek (hierna: BBW) is het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht opnieuw gecodificeerd en bij de tijd gebracht; zo werd in 2023 na ruim tweehonderd jaar een nieuw verbintenissenrecht in het BBW ondergebracht.

De auteurs bespreken een aantal leerstukken die in het nieuwe Boek 5 BBW een overeengekomen prijs kunnen laten variëren of tenietdoen, zoals wanneer de prijs tot stand is gekomen onder invloed van misbruik van omstandigheden, een verandering van omstandigheden na contractsluiting het prijsevenwicht heeft aangetast of wanneer een gedeeltelijke wan- prestatie een gedeeltelijke prijsreductie rechtvaardigt. Allereerst wijzen ze op de fundamentele van contractsvrijheid. In dat verband wordt aandacht besteed aan de aanvullende bepaling art. 5.49 BBW (bepaalbaarheid van het voorwerp), waarin wordt bepaald dat de prestaties bepaalbaar dienen te zijn. Dat schept de mogelijkheid om in bepaalde gevallen waarin geen exacte prijs is afgesproken toch tot wilsovereenstemming te concluderen, bijvoorbeeld als de overeenkomst de nodige elementen bevat voor latere vaststelling van de prijs. Ook wijzen zij erop dat de redelijkheid van de afgesproken prijs niet getoetst kan worden. Zo bepaalt art. 5.34 BBW dat dwaling over de waarde van de prestatie c.q. de prijs in beginsel geen grond voor vernietiging oplevert. Tenzij sprake is van dwaling over een doorslaggevende eigenschap van het voorwerp van het contract, kunnen contractsbepalingen niet op gelijkwaardigheid van de hoofdprestaties worden getoetst (art. 5.52 BBW) en geldt voor geldschulden het nominaliteitsbeginsel (art. 5.205 BBW).

Misbruik van economische omstandigheden kan overigens wel tot aantasting van de overeenkomst leiden (art. 5.37 BBW); dit is een codificatie van de leer van de 'gekwalificeerde benadeling'. Als sprake is van een kennelijk onevenwicht als gevolg van misbruik van een zwakkere positie, kan aantasting plaatsvinden. Hiervoor moet wel een zekere drempel worden overschreden, nu het enkele machtsverschil tussen partijen onvoldoende grond is. De overeenkomst kan in geval van misbruik worden aangepast (art. 5.37 BBW) en dat maakt het soms ook mogelijk om een te hoge prijs die in rekening is gebracht door de machtiger partij naar beneden bij te stellen. De rechter moet zich afvragen hoe de overeenkomst eruitgezien zou hebben zonder misbruik van de omstandigheden. Wat opmerkelijk genoeg niet mogelijk is, is het naar boven bijstellen van een te lage prijs die **[8]** is afgedwongen door de machtiger partij; aan de misbruikmaker kan geen meer bezwarende prestatie worden opgelegd.

De nieuwe regeling van verandering van omstandigheden (art. 5.74 BBW) wordt uitgebreid besproken. Deze regeling geeft uitdrukkelijk als uitgangspunt dat het gesloten contract gewoon bindend is, als de uitvoering ervan meer bezwarend geworden zou zijn ofwel doordat de kostprijs van de uitvoering is gestegen, ofwel doordat de waarde van de tegenprestatie is verminderd. Is uitvoering echter buitensporig bezwarend geworden door een bij contractsluiting onvoorzienbare verandering, zodanig dat de uitvoering redelijkerwijze niet kan worden geëist, dan kunnen heronderhandelingen worden gevraagd of – als die tot niets leiden – rechterlijke aanpassing of beëindiging (art. 5.74 BBW). Deze bepaling is duidelijk de volgende stap in de evolutie van het leerstuk van onvoorzienbare omstandigheden na introductie van het Nederlandse art. 6:258 BW.

De laatste bepaling die Van Loock & Samoy behandelen, is art. 5.97 BBW. Dit artikel geeft bij wijze van sanctie op wanprestatie van de schuldenaar de mogelijkheid om de wederprestatie – de prijs in veel gevallen – proportioneel te reduceren als de ernst van de wanprestatie onvoldoende is om de algehele ontbinding te

rechtvaardigen. Het is een interessante bepaling, omdat ze ook de berekeningsgrondslag voor de reductie geeft: de prijsvermindering is evenredig met het verschil, op het tijdstip van de contractsluiting, tussen de waarde van de ontvangen prestatie en de waarde van de overeengekomen prestatie. Het volgende rekenvoorbeeld wordt daarbij voorgesteld:  $\text{prijsvermindering} = [\text{waarde van de niet-conforme prestatie} \times \text{de overeengekomen prijs}] / \text{waarde van de conforme prestatie}$ . Alles te bepalen naar het tijdstip van contractsluiting, zodat eventuele tussentijdse fluctuaties in de waarde van prijs en prestatie buiten beschouwing blijft. De proportionele reductie komt in de plaats van een vordering tot herstel of nakoming anderszins.

In de bijdrage van Jansen 'Contractsvrijheid en prijzen 1914-1964' staat een belangrijke periode uit ons juridisch verleden centraal. Tussen de jaren 1914 en 1964 zitten twee wereldoorlogen, de crisisjaren en de wederopbouw. Deze periode kende in toenemende mate wettelijke ingrepen in het prijsmechanisme door marktwerking. Jansen beschrijft deze en analyseert de achtergronden daarvan. Allereerst schetst Jansen de eerste belangrijke schreden van de wetgever op het interventionistische wetgevingspad, de Huurcommissiewet 1917. Ook schenkt hij aandacht aan de [9] collectiveringstendens van de Wet op de CAO (1927) en algemeen verbindend en onverbindend verklaren van cao's (1937).

Uiteraard is de Eerste Wereldoorlog een belangrijke periode van prijsbeheersingsmaatregelen. De Levensmiddelenwet 1914 was de eerste van vele maatregelen op dat vlak. Om prijsopdriving door schaarste tegen te gaan, werden ten aanzien van tal van goederen maximumprijzen ingevoerd. Dat begon met voedsel en na inwerkingtreding van de Distributiewet 1916 werden ook andere goederen die steeds schaarser werden onder de wettelijke prijsplafonds gebracht. De strafbaarstelling op overtreding van dit soort voorschriften was wettelijk geregeld, maar de privaatrechtelijke gevolgen waren niet geregeld. Overeenkomsten gesloten in strijd met deze wetgeving werden in de civiele rechtspraak veelal nietig geacht vanwege ongeoorloofde oorzaak. Jansen wijst erop dat deze periode ook aanleiding gaf om de rechtsbescherming tegen gedwongen distributiemaatregelen en dergelijke beter te regelen; er kwamen 'distributiegerechten' met bestuursrechtelijk beroep.

Pas in 1926 verdwenen de laatste overblijfselen van de oorlogswetgeving en raakte het prijsmechanisme door de markt hersteld. Dat duurde niet lang want in de crisisjaren moesten agrariërs worden geholpen met minimumprijzen op hun producten (bijvoorbeeld de Crisis-Zuivelwet 1932). De Landbouw-Crisiswet 1934 introduceerde vervolgens een uitgebreid stelsel van prijsondersteuning en een bestuurlijke handhaving door middel van inspecteurs.

Tegen het eind van de jaren dertig waren de wettelijke instrumenten om in te grijpen in het marktmechanisme – in wezen was het staatsnoodrecht – verder 'gefinetuned' en verbeterd. Dit was wetgeving 'voor het geval dat'. En dat geval bleek zich eerder voor te doen dan gehoopt. De Duitse bezetter probeerde bijvoorbeeld woekerprijzen tegen te gaan door prijsplafonds in te stellen op onder andere voedsel. Een vernieuwing uit de oorlogsjaren was de economische strafrechter.

De naoorlogse periode van wederopbouw werd volgens Jansen gekenmerkt door de geleide loon- en prijspolitiek. Ook na 1945 duurde het een aantal jaren voordat de rust op markten was teruggekeerd en vraag en aanbod zo in balans waren dat redelijke prijzen voor basale producten als voedsel en kleding vanzelf tot stand kwamen. Daarom waren er in de eerste periode vooral distributiemaatregelen en maatregelen om maximumprijzen [10] af te dwingen. In de jaren vijftig kwamen daar prijsmaatregelen bij ter bescherming van kleine ondernemers.

De civielrechtelijke vraag bij dit alles was vaak vooral of overtreding van prijsregels tot nietigheid van het contract moest leiden of niet, maar er waren ook meer rechtspolitiek getinte geluiden. Auteurs als Van Oven en Kamphuisen bepleitten in de jaren vijftig in essentie een spoedige terugkeer naar de oude, vertrouwde tijden van contractsvrijheid. Vanaf midden jaren zestig werd de prijsregulering inderdaad langzaam verlaten.

#### *1.4 Prijsmechanisme en veiling*

Het derde thema hebben we genoemd 'Prijsmechanisme en veiling'. Onder deze noemer kunnen de bijdragen van Coerts & Van Ommeren en van Visser & Van der Vlist worden geplaatst.

Coerts & Van Ommeren schrijven onder de titel 'De prijs van een schaarse vergunning' over de prijs die soms moet worden betaald voor een schaars recht dat bij vergunning wordt uitgegeven. De overheid reguleert sommige

economische activiteiten door een beperkt aantal vergunningen voor die activiteiten vrij te geven. Dat kan variëren van de vergunning voor rondvaartboten en radiofrequenties tot het houden van kansspelen of het exploiteren van een benzinstation langs de snelweg. De doelen die hiermee worden nagestreefd, verschillen. Het voorkomen van ontwrichting van de leefomgeving door te groot aanbod kan bijvoorbeeld een publiek doel zijn. Soms is opbrengstmaximalisatie het primaire doel van het schaars maken en veilen, en dan kan het gaan om grote bedragen die bijvoorbeeld door middel van een veiling worden gevraagd. Zo bracht de FM-veiling in 2023 ruim € 150 miljoen op. Dat is de prijs van het verkrijgen van de schaars gemaakte vergunning.

De overheid die op deze wijze schaarse vergunningen uitdeelt, moet op een of andere manier iedere relevante gegadigde een kans geven om een bod te doen. Daarbij gelden bestuursrechtelijk gekleurde uitgangspunten zoals de eis van een voldoende mate van openbaarheid en de eis van tijdelijkheid van de vergunning, zodat een nieuwe ronde nieuwe kansen creëert. Tegelijk moet de duur van de vergunning de vergunninghouder wel een kans op een 'eerlijke boterham' geven en dus een terugverdientijd. Dat zijn relevante factoren die uiteindelijk ook hun invloed hebben op de prijs die gerealiseerd kan worden met de uitgifte van de schaarse rechten.

**[11]** In dat verband bespreken Coerts & Van Ommeren de procedures rondom uitgifte en verlenging van radiofrequentievergunningen. Ze wijzen erop dat bij de procedure in 2003 een *first price sealed bid*-biedingsprocedure was gebruikt. Van die procedure is bekend dat de spreiding van de geboden bedragen groter is dan wanneer partijen openlijk tegen elkaar kunnen en moeten opbieden. Ook kent deze procedure het risico dat partijen over-optimistisch raken door het gebrek aan corrigerende informatie ter veiling van andere biedingen en zodoende een hoger bod doen dan de werkelijke waarde rechtvaardigt (de *winner's curse* wordt dit genoemd). De veiling-procedure in 2023 introduceerde een nieuw element, de reserveprijs. Dat wil zeggen dat een bieding een bepaald drempelbedrag moet overstijgen, de startprijs. Het gebruik van dat instrument zegt iets over de minimum-waarde die de veilende overheid toekent aan de economische waarde van de vergunning, en als daar een beredeneerde grondslag voor is gebruikt, mag dat. De reserveprijs kan ook een andere functie hebben. Omdat een blind bod een prijsopdrijvend effect kan hebben, kan de reserveprijs feitelijk ook de functie hebben van een toelatingsdrempel. Coerts & Van Ommeren bespreken namelijk de mogelijke maatregelen die de prijsopdrijvende werking van het blinde bod kunnen tegengaan, zoals de aanpassing van de toelatingsdrempels zodat alleen werkelijk efficiënt opererende partijen de betaalde prijs weten terug te verdienen. Een reserveprijs kan daar een rol in vervullen.

Prijsvorming bij veilingen van schaarse rechten is ingewikkeld en kan zelfs kwetsbaar zijn. Niemand heeft er belang bij dat bijvoorbeeld een essentiële dienst wordt geveild en de winnende bidder als gevolg van de *winner's curse* een prijs heeft betaald die onrealistisch blijkt te zijn, gezien de exploitatieopbrengsten. Dat kan namelijk leiden tot het moeten 'teruggeven' van het schaarse recht of erger, tot insolventie van de winnaar. De overheid betaalt dan eigenlijk ook een prijs, zeker als de maatschappij continuïteit van de betreffende dienstverlening mag verwachten.

In de bijdrage van Visser & Van der Vlist getiteld 'Prijsvorming bij executieveilingen en de bescherming van de consument' staan twee complicaties centraal die zich bij executoriale verkoop van verhypothekerde onroerende zaken kunnen voordoen. Voor de partij ten laste van wie wordt geëxecuteerd, is opbrengstmaximalisatie belangrijk: hij wil zo veel als mogelijk voorkomen dat er een restschuld overblijft. Voor de executerende partij is dat natuurlijk ook belangrijk, maar snelheid kan dat ook zijn. Een van de vragen is: wat levert zo snel mogelijk een betere opbrengst op, onderhandse verkoop of veilingverkoop? Dat is een prijsvormingsvraag.

**[12]** Een tweede complicatie is die van de lossingsmogelijkheid: de geëxecuteerde kan verkoop voorkomen door te *lossen*, maar hij moet dan wel het volledig verschuldigde bedrag voldoen. Voor gevallen waarin de schuld hoger is dan de verwachte opbrengst bij executie, wordt wel bepleit dat het lossingsbedrag niet meer zou hoeven te bedragen dan die verwachte opbrengst (lossing tegen executiewaarde). De gedachte is dat de executant daar in feite niet slechter van wordt, terwijl de geëxecuteerde er mogelijk wel baat bij heeft. Of dat een goede reden is lossing tegen executiewaarde toe te staan, is een normatieve vraag. Daarnaast is er de vraag: hoe bepalen we in dat geval de executiewaarde als er niet wordt geëxecuteerd? Ook dit is een prijsvormingsvraag.

De beide vragen hebben gemeen dat ze een inschatting op voorhand vergen van een te verwachten prijs bij een verkoop die dus idealiter niet gaat plaatsvinden. In hun bijdrage bespreken Visser & Van der Vlist de juridische aspecten van deze twee prijsvormingsvragen en brengen ze het onderzoek in kaart dat gedaan is naar het verband tussen getaxeerde executiewaarde, onderhandse biedingen en de veilingopbrengst. Onderzoek wijst vaak uit dat



onderhandse executoriale verkoop een hogere opbrengst oplevert dan veilingverkoop. Dat heeft mogelijk te maken, zo laten Visser & Van der Vlist zien, met de gehanteerde *first price sealed bid*-biedingsprocedure die bij onderhandse executoriale verkoop wordt gebruikt. Die procedure kwam ook aan de orde in de bijdrage van Coerts & Van Ommeren, maar dan in de context van gunning van schaarse vergunningen door de overheid. Het nadeel dat daar werd geïdentificeerd – overschatting van de waarde door de hoogste bieder – kan hier in een voordeel verkeren voor de executerende partij.

Interessant is ook dat Visser & Van der Vlist laten zien dat als de data van executieveilingen van NHG-woningen van de afgelopen jaren wordt bekeken (2014-2022), er verschillen blijken tussen de getaxeerde executie-waarde vóór verkoop en de uiteindelijke opbrengst. Die opbrengst blijkt al snel 15 tot 30 procent hoger uit te vallen. Bij woningen waar onderhands op geboden werd en uiteindelijk tot executieveiling werd gekomen, bleek de opbrengst van de veiling gemiddeld 25% hoger dan het hoogste onderhandse bod. De auteurs verbinden daar de conclusie aan dat de taxatiewaarde en het onderhandse bod bij NHG-woningen misschien toch geen goed aanknopingspunt kunnen bieden voor de bepaling van het bedrag waartegen lossing zou kunnen worden toegestaan. Verder onderzoek lijkt ons hier nuttig, niet alleen om ook naar andere dan NHG-objecten te kijken **[13]** maar wellicht ook om te zien of wellicht een economisch model die hypothetische prijs met enige betrouwbaarheid kan benaderen.

### 1.5 Transparantie van de prijs

Het vierde thema hebben we genoemd ‘Transparantie van de prijs’. Onder deze noemer plaatsten we de bijdragen van Tigelaar, Loos en Bierens.

In haar bijdrage ‘De meerwaarde van de prijsaanduiding uit de Richtlijn Prijsaanduiding’ behandelt Tigelaar de relatie tussen de Europese informatieplichten en de prijs. Deze richtlijn bepaalt bijvoorbeeld dat als een zaak per kilo, liter of andere meeteenheid wordt verkocht, de prijs per meeteenheid moet worden aangeduid. De prijs moet ondubbelzinnig, herkenbaar en leesbaar zijn. Ook moeten bij prijsverminderingen de ‘van/ voor’-prijzen worden vermeld. Tigelaar gaat onder meer in op hoe deze richtlijn zich verhoudt tot andere informatieverplichtingen uit het Europeesrechtelijke consumentenacquis. Een aantal meer algemene richtlijnen zoals de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG) stellen namelijk ook regels over prijs transparantie. Zo mogen handelaren geen misleidende praktijken bedrijven door informatie over de prijs of de berekening daarvan op onjuiste of misleidende wijze te presenteren aan de consument.<sup>3</sup>

Tigelaar beschrijft uitgebreid de wijze waarop in Duitsland invulling is gegeven aan het prijsaanduidingsrecht. De Duitse wetgever implementeert met de Preisangabenverordnung (hierna: PangV) de Richtlijn prijsaanduiding (Richtlijn 98/6/EG) en tevens bepalingen uit andere richtlijnen die ‘iets’ met prijsaanduiding van doen hebben. Interessante bevinding van Tigelaar is dat de Duitse PangV niet bedoeld is als Schutzgesetz te fungeren en dat overtreding van de bepalingen ook niet aan de gesloten overeenkomst tornen. Dat betekent dus eigenlijk dat individuele consumenten geen beroep toekomt op de PangV als een handelaar aan prijsversluiting doet door geen prijs per eenheid te vermelden of iets dergelijks. Dat doen we in Nederland anders, denken wij. Overigens zullen ook naar Duits recht veel prijsgerelateerde handelspraktijken via het oneerlijke handelspraktijkenrecht in civielrechtelijke zin gesanctioneerd kunnen worden.

**[14]** De bijdrage van Tigelaar laat zien dat bepalingen van prijs transparantie, zowel de meer algemene als de specifieke bepalingen, het doel van prijsvergelijking beogen te dienen en dus gestoeld zijn op het idee dat door vergelijking concurrentie op de prijs mogelijk wordt gemaakt. Daarvoor is duidelijkheid en uniformiteit van berekeningsgrondslag (per kilo, liter etc.) noodzakelijk, en de rechtsregels die Tigelaar behandelt, proberen daar een bijdrage aan te leveren.

Loos onderzoekt in zijn bijdrage ‘Algemene voorwaarden en prijs’ de toetsing van de prijs en prijsgerelateerde bedingen in algemene voorwaarden in met name overeenkomsten met consumenten. Daarbij komen onderwerpen aan de orde als transparantie van gebruikte bedingen die bijvoorbeeld worden gebruikt om de prijs te bepalen of na verloop van tijd te wijzigen. Loos gaat allereerst in op het begrip ‘kernbeding’, waarbij hij aandacht besteedt aan de literatuur en rechtspraak daarover. Afspraken over de prijs vallen al snel onder dat begrip ‘kernbeding’ (art. 6:231 onder a BW) en dat zorgt ervoor dat het niet mogelijk is om de prijs inhoudelijk te

toetsen op het eventueel onredelijk bezwarende karakter ervan. Dat is in zoverre logisch dat de algemenevoorwaardenregels niet bedoeld zijn om de redelijkheid van de afgesproken prijs ter discussie te stellen: het prijsmechanisme is aan de markt, niet aan de rechter. Als het prijsbeding echter niet duidelijk en begrijpelijk (het transparantievereiste) is geformuleerd, kan het in overeenkomsten met consumenten wél als algemene voorwaarde worden getoetst, aldus art. 6:238 lid 2 BW. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft hier een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt, zo laat Loos vervolgens zien, die maakt dat ook economische transparantie daarbij een rol speelt.

Loos gaat ook in op wijzigingsbedingen, die wat betreft de prijs van belang zijn bij contracten met een duuraspect. Na verloop van tijd kan de presterende partij de prijs willen verhogen. Vaak worden prijswijzigings- bedingen in algemene bewoordingen opgesteld. Uit art. 6:236 onder i BW valt af te leiden dat een prijswijziging binnen drie maanden na contracteren alleen toegestaan is als de consument dan op zijn beurt de overeenkomst mag beëindigen. Loos wijst erop dat niet alleen die situatie wordt bestreken door de regeling van de algemene voorwaarden: ook als een prijswijziging er in essentie toe leidt dat de uiteindelijke prestatie wezenlijk afwijkt van de oorspronkelijk beloofde prestatie, is mogelijk sprake van een onredelijk bezwarend beding (art. 6:237 onder b en onder c BW). Daarnaast is er nog de open norm van art. 6:233 onder a BW. Loos is niet onder de indruk van de bescherming die consumenten krijgen tegen **[15]** onredelijk bezwarende prijswijzigingsbedingen. Hij pleit er daarom voor om nadere eisen te stellen aan de mate van concreetheid die deze bedingen hebben als het gaat om de gronden waarop wijziging kan plaatsvinden. Ook wijst hij op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid als grond om onbedoelde voordelen, die ontstaan door het automatisme van een prijsindexatiebeding, tegen te gaan.

Uitgebreide aandacht gaat uit naar de transparantie van prijswijzigings- bedingen in handelsovereenkomsten (overeenkomsten tussen kort gezegd niet-consumenten). Ook kleine ondernemers kunnen namelijk worstelen met algemene voorwaarden van hun wederpartij; het gebruik van vage taal en moeilijke structuren staat ook in die contracten soms in de weg aan een goede inschatting van de relevantie van het beding. Ook daar kan het transparantievereiste dus goede diensten bewijzen, aldus Loos.

Een heikel punt is de sanctionering: wat is de sanctie op het gebruik van prijsgerelateerde bedingen die *niet* duidelijk en begrijpelijk zijn? Loos behandelt de complexe Europese rechtspraak op dit punt, die voor consumenten de meest doeltreffende uitwerking van vernietiging wil bereiken en daarom soms algehele nietigheid en soms een net iets andere benadering vereist. Hoe dat ook zij, vooropstaat dat het enkele feit van intransparantie niet maakt dat een beding onredelijk bezwarend is. Loos zou op dat punt het recht graag veranderd willen zien. Hij bepleit dat deze rechtspraak ook betekenis moet krijgen in handelsovereenkomsten.

Onder de titel 'De kosten van het betalingsverkeer' gaat Bierens uitgebreid in op ons stelsel van betalingsverkeer en waar de kosten daarvan neerdalen. Centraal thema is dus wie de kosten betaalt, of er prijzen in rekening worden gebracht aan de deelnemers van dat verkeer en hoe de economische en juridische context van dat betalingsverkeer elkaar ontmoeten. We hebben de bijdrage onder 'transparantie van de prijs' geplaatst, omdat met deze bijdrage een wereld opengaat voor wie niet weet hoe ons betalingsverkeer wordt bekostigd.

Bierens bespreekt allereerst de monetaire kaders van de Europese munteenheid en de rol van de Europese Centrale Bank (ECB) daarbij. Vervolgens besteedt hij aandacht aan publiek geld, ook wel chartaal geld en de overheidsrol bij het beheer daarvan. De andere pijler van het betalingsverkeer is het bancaire girale betalingsverkeer. Ook dat verkeer kent een Europeesrechtelijke dimensie. De ECB en nationale banken onderhouden namelijk de betaalsystemen.

**[16]** De kosten van het betalingsverkeer zijn aanzienlijk. Munten en papiergeld moeten worden gedrukt, gedistribueerd, weer verzameld en opnieuw verspreid, en zo verder. De levenscyclus van chartaal geld en de infrastructuur die ermee gemoeid is, gaat gepaard met kosten die goeddeels bij private banken neerdaalt. Die kosten worden doorberekend. Zeker nu het gebruik van contant geld terugloopt, maar tegelijk het accepteren en dus ondersteunen van het systeem van chartaal geld van strategisch en maatschappelijk belang blijft, zal de doorberekeningsvraag zich steeds opdringen. Bierens bericht over het Maatschappelijk Overleg Betalings- verkeer en het aldaar gesloten convenant dat dit vraagstuk vooralsnog heeft afgedekt; een wetsvoorstel chartale infrastructuur is aangekondigd.

Bij giraal betalingsverkeer is de doorberekening van kosten de afgelopen jaren naar klanten toe transparanter



geworden. Bierens laat overigens zien dat bij een op het oog simpele pintransactie in de winkel achter de schermen heel veel meer gebeurt dan de klant duidelijk zal zijn. Er worden tussen banken, betaalkaartorganisaties en de winkel allerhande prijzen in rekening gebracht voor de betaaltransactie. Naar buiten toe is er meer transparantie dan vroeger het geval was. De consument moet tegenwoordig in elk geval duidelijker worden geïnformeerd over de prijs van betalen dan vroeger het geval was. Bierens behandelt naast deze informatieverplichtingen een aantal dwingendrechtelijke aspecten die het betalingsverkeer mede vormgeven, zoals het verbod voor winkeliers om de kosten van het gebruik van een betaalkaart aan de klant door te berekenen en het verbod voor banken om bij grensoverschrijdende betalingen binnen de EU meer in rekening te brengen dan voor zuiver nationale betalingen. Deze regels dienen verschillende en soms botsende doelen, zoals de stabiliteit en toegankelijkheid van het betalingsverkeer, maar ook het stimuleren van technische innovatie en concurrentie en het bevorderen van grensoverschrijdend economisch verkeer.

Bierens besteedt ook aandacht aan indirecte kosten van het betalingsverkeer, zoals de wettelijke taakstelling van banken om witwassen tegen te gaan. De kosten van dergelijke wettelijke taken die raken aan het betalingsverkeer zijn aanzienlijk en de prijs ervan wordt deels in rekening gebracht bij klanten van de bank (denk aan klantonderzoek in het kader van antiwitwasregels). De wijze waarop verschilt. Bij bepaalde betalingshandelingen wordt de prijs in rekening gebracht per handeling, en in andere gevallen worden kosten doorberekend in bijvoorbeeld de jaarlijkse prijs voor het aanhouden van een betaalrekening.

**[17]** De analyse van Bierens laat goed zien dat onze betaalsystemen een publieke dienst betreffen die grotendeels door private partijen wordt verzorgd. Dat geldt voor het girale betalingsverkeer, maar zeker ook voor het chartale betalingsverkeer. De opbrengsten van betaaldiensten zijn per saldo ontoereikend om de directe en indirecte kosten ervan te dekken; ook de wijze waarop die kosten in een of andere prijs worden doorberekend, verschilt aanzienlijk. Bierens wijst er terecht op dat het hier gaat om een kwetsbare balans tussen markt en publiek doel. Vanwege het publieke karakter van het betalingsverkeer kan de doorberekening van kosten in de prijs niet oneindig zijn en kan deze zeker niet zonder differentiatie geschieden: betalingen moeten betaalbaar zijn en blijven. Dat verklaart waarom we te maken hebben met een fascinerend gemengd publiek-privaat stelsel van versleuteling, omslagen en kruissubsidies.

### *1.6 De prijs als reflectie*

Het vijfde thema is 'De prijs als reflectie'. Onder deze noemer plaatsten we de drie bijdragen van Ruitinga & Schelhaas, Dammigh en van Broekema & Adriaanse.

Soms fungeert prijs als het ware als een reflectie in het water. We hebben het dan niet over de simpele gevallen van een wederkerig contract, maar over situaties waarin naar dat wederkerig contract met een prijs wordt gekeken vanuit een buitenstaandersperspectief, of over situaties waarin die buitenstaander juist aan de totstandkoming van het contract in de weg heeft gestaan of heeft verhinderd dat een bepaalde prijs tot stand is gekomen. Bij schadebegroting kan soms de hypothetische prijs een rol spelen: 'wat zou deze partij bereid zijn geweest te betalen als zich niet omstandigheid x of y had voorgedaan?'. Bij voortijdige beëindiging van een contract waar een prijs voor is betaald, kan de verwachte opbrengst voor de prijsbetalende contractspartij een rol spelen: hoe zou die opbrengst er waarschijnlijk hebben uitgezien gegeven de prijs die men bereid was te betalen? Of denk aan gevallen waarin moet worden bepaald wat de prijs zou zijn geweest waar een bepaald goed voor zou zijn verkocht, ware het niet dat ...

Onder deze noemer 'de prijs als reflectie' brengen we drie bijdragen samen. De eerste is die van Ruitinga & Schelhaas. Kort gezegd is hun stelling: alles heeft zijn prijs, ook het opzeggen van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een duurovereenkomst heeft een bijzonder prijsmechanisme, omdat bij de prijsstelling die bij aanvang wordt gekozen het duurelement **[18]** een rol kan spelen. De te verwachten looptijd wordt dan dus een factor bij de prijsvorming. De opzegging kan winstverwachtingen doorkruisen en soms moet daar rekening mee worden gehouden bij de beoordeling van de opzegging. In dat verband behandelen Ruitinga & Schelhaas de prijs van opzegging van de overeenkomst van opdracht, een aantal onbenoemde overeenkomsten met een duurelement en van de overeenkomst van agentuur en franchise.

Bij een voortijdige beëindiging van de opdracht kan een prijs verschuldigd zijn in de vorm van een redelijk loon dat

veelal proportioneel zal zijn aan de reeds verrichte werkzaamheden. Bij onbenoemde duurcontracten voor onbepaalde tijd bepalen de redelijkheid en billijkheid de grenzen van de opzegbaarheid en daarmee ook letterlijk van de prijs van opzegging. De termijn voor opzegging of de opzeggingsvergoeding die verschuldigd kan zijn, geeft vaak uitdrukking aan de compensatie voor de wederpartij in de vorm van geld of een periode om de bedrijfsvoering aan te passen. De casusspecifieke invulling van deze prijs die moet worden betaald, is voer voor juristen, maar is voor bedrijven die hun positie willen bepalen minder prettig. Ruitinga & Schelhaas stellen zich op het standpunt dat ten minste de kosten vergoed zouden moeten worden die met het oog op dit contract zijn gemaakt en die nog niet zijn terugverdiend.

Bij de agentuurovereenkomst komt de wettelijke regeling van Europeesrechtelijke oorsprong, art. 7:428 e.v. BW om de hoek kijken. De kern van de opzeggingsregels die voor de agentuur gelden, is gelegen in een opzeggingstermijn: die termijn moet de agent in staat stellen het verdienmodel aan te passen. Een onregelmatige opzegging – denk aan vroegtijdige opzegging bij een overeenkomst voor bepaalde tijd – leidt tot een prijs die bestaat in een vergoeding voor de periode dat het contract niet wordt voortgezet, waarbij de prijs wordt bepaald aan de hand van de reeds verdiende provisie. Bovendien is veelal een goodwillvergoeding verschuldigd aan de agent. Ruitinga & Schelhaas zijn overigens wel kritisch over de bedragen die daarmee gemoeid kunnen zijn. Bij opzegging van de franchiseovereenkomst, die sinds 2021 ook een wettelijke regeling kent, kunnen de redelijkheid en billijkheid ook een prijs bepalen voor de opzegging. Dat zal met name bij contracten voor onbepaalde tijd zijn of als de redelijkheid en billijkheid nadere eisen stellen aan een op zichzelf toegestane opzegging. En ook hier kan goodwillvergoeding onderdeel uitmaken van de prijs van opzegging. Verstandige partijen maken duidelijke afspraken op voorhand over de berekening van die vergoeding, omdat de wettelijke regeling partijen weinig houvast geeft voor bepaling van die vergoeding.

**[19]** Ruitinga & Schelhaas besluiten met een vergelijking. De opzegging van de overeenkomst van opdracht heeft kennelijk de laagste prijs. Bij agentuur is de dwingendrechtelijke opzegtermijn en de goodwillvergoeding waarschijnlijk een hogere prijs, hetgeen gezien de aard van het contract begrijpelijk is. Bij franchise is de prijs waarschijnlijk het hoogst, en dat is wel verklaarbaar omdat de franchisenemer veelal van één contract afhankelijk is voor de hele bedrijfsvoering. Wel vragen de auteurs zich hardop af of de *one size fits all*-bescherming en dus prijsbepaling recht doet aan de verscheidenheid van partijen en het verschil in beschermenswaardigheid.

De tweede bijdrage is die van Dammingh. In zijn bijdrage 'De prijs van een meetfout' komt de vraag aan de orde hoe de schade moet worden begroot bij foutieve informatie van een makelaar over het woonoppervlak. Als het geadverteerde en aangegeven woonoppervlak groter is dan het in werkelijkheid blijkt te zijn, zal de teleurgestelde koper zich kunnen afvragen wat de consequenties daarvan zijn voor de werkelijk betaalde prijs aan de verkoper. En als die route juridisch gezien afgesloten is, rijst de vraag op welke wijze de aansprakelijkheid van de makelaar wordt gekoppeld aan de betaalde prijs. Dat is niet alleen een praktische vraag, maar ook een vraag die de grondslagen blootlegt van aansprakelijkheid voor doen of nalaten dat tot distorsies in prijsvorming leidt.

Dammingh laat eerst zien dat de ogen al snel gericht raken op de makelaar, omdat het koopcontract vaak prijsvermindering wegens 'ondermaat' uitsluit. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de makelaar ook tegenover de koper – met wie hij veelal geen contractuele relatie heeft – een zorgplicht heeft om de betreffende metingen correct uit te voeren. Als er aansprakelijkheid blijkt te zijn, dan is de vervolgvraag hoe de schade van de teleurgestelde koper moet worden begroot. Op dit punt bespreekt Dammingh de desbetreffende rechtspraak.

Kopers willen nog wel eens het standpunt betrekken dat zij de woning niet zouden hebben gekocht voor de daadwerkelijk betaalde prijs als zij van het correcte aantal vierkante meters hadden geweten. Bij berekening van hun schade wensen zij vervolgens de betaalde koopprijs als 'orgel-punt' te gebruiken. De redenering is dan dat de schadebegroting zo moet plaatsvinden dat het aantal 'ontbrekende' vierkante meters moet worden vermenigvuldigd met de betaalde prijs per vierkante meter zoals voorgespiegeld. Makelaars willen zich nog wel eens verweren met marktinformatie, die erop zou wijzen dat de verkoopwaarde van de woning ook bij **[20]** een lager aantal vierkante meters niet wezenlijk anders zou uitpakken. Bij overspannen markten is dat geen onbegrijpelijk verweer.

Dammingh beschrijft de wijze waarop in de rechtspraak met deze standpunten wordt omgegaan. Vooropstaat dat de werkelijk betaalde prijs moet worden vergeleken met de hypothetische situatie bij verschaffing van correcte informatie: zou er dan ook een koopcontract zijn gesloten, en zo niet, hoe zou de situatie er dan hebben

uitgezien voor de koper? En als de woning wel zou zijn aangekocht, tegen welke prijs dan wel? Dat zijn vragen die zelden met grote zekerheid kunnen worden beantwoord; aan de hand van een aantal voorbeelden laat Dammingh zien hoe de prijs als uitdrukking van marktwaarde wordt bepaald door een combinatie van factoren. Het woonoppervlak is er slechts één van. Gelukkig mag en moet de rechter de schade schatten als aannemelijk is dat er in elk geval (enige) schade is geleden. Dat volgt rechtstreeks uit art. 6:97 BW. De rechter kan dus ook het prijsvormende effect van een stukje informatie – hier de informatie over het aantal vierkante meters, maar het beginsel kan ook elders relevant zijn – schatten en vervolgens tot schadebegroting overgaan.

De derde bijdrage onder de noemer van ‘prijs als reflectie’ is die van Broekema & Adriaanse. Zij schrijven onder de titel ‘De waardering van vennootschappen in het kader van de uitkoop van aandeelhouders’ over de wijze waarop de waarde van een onderneming wordt bepaald in het kader van de uitkoop van aandeelhouders. Het gaat dan in essentie om de verwachte marktwaarde van de aandelen van de uitgekochte aandeelhouders.

Bij een werkelijke verkoop van aandelen kan het marktmechanisme informatie geven over de waarde van die aandelen, maar bij uitkoop moeten we het zagezegd doen met ‘reflecties’ van de prijs. In hun bijdrage laten Broekema & Adriaanse zien dat er afwisselend economische en psychologische elementen kunnen spelen in dat proces van waardebeoordeling.

De eerste stap in hun analyse is het begrip ‘waardebeoordeling’. Het waarderen van een onderneming en dus het bepalen van een prijs is een toe- komstgerichte en in veel opzichten subjectieve bezigheid (met welk doel wordt de waardering verricht?)<sup>4</sup> Zij wijzen er bijvoorbeeld op dat zelfs [21] en zo ingeburgerde waarderingmethode als de *discounted cash flow*- methode (DCF) geregeld leidt tot vergroting in plaats van verkleining van het verschil van inzicht tussen de betrokken partijen. De rechter wordt dus een zware verantwoordelijkheid op de schouders gelegd, namelijk om met enig verstand van prijsvorming in de markt voor ondernemingen zélf knopen door te hakken waar deskundigen een bandbreedte aan waarderingverschil presenteren.

Nog problematischer blijkt het bepalen van de prijs als de prijsbepaler wordt beïnvloed door impliciete cognitieve vooringenomenheden (*cognitive biases*). En er is voldoende bewijs voor de stelling dat die invloed bestaat. Uit onderzoek dat Broekema & Adriaanse rapporteren, blijkt bijvoorbeeld invloed van het zogenoemde ankereffect (*anchoring bias*). Het noemen van een eerste globaal bedrag door de overnameadviseur, kan als anker fungeren voor waardebeoordelingen die daarna worden verricht door degenen die het bedrag te horen hebben gekregen. Zeker als het bedrag aansluit bij het wensdenken van de luisteraar. Juristen die betrokken zijn bij het dossier kunnen, zo blijkt wederom, worden beïnvloed in hun oordeel over de genoemde prijs door irrelevante factoren zoals het geslacht van de waarderingdeskundige.

Een volgende belemmerende factor bij waardebeoordeling is, zo schrijven Broekema & Adriaanse, het ontbreken van werkelijk mondiale standaarden en begrippen. Zo ontstaat al snel begripsverwarring, zeker in een internationale context. Als het begrip *value* al niet eens overal ter wereld op dezelfde wijze wordt omschreven, hoe kun je dan garanderen dat het proces uniform verlopen is en de uitkomst van dat proces, de prijs, werkelijk de waarde weergeeft?

De interviewstudie die Broekema & Adriaanse ten slotte rapporteren, spreekt boekdelen: het proces van de waardering en dus het vaststellen van een waarschijnlijke marktprijs wordt door onzekerheden en ruis omgeven. Een belangrijke conclusie is dat de onderbouwing van waarde- ringsrapporten sterk verbeterd zou kunnen en moeten worden, zodat de prijsbepaling in elk geval met enige transparantie voor betrokken partijen plaatsvindt. [22]

### 1.7 De consument betaalt

Het zesde en laatste thema heet ‘De consument betaalt’. De bijdragen van Pavillon, Heidary en Wolters vallen hieronder.

In haar bijdrage met de titel ‘De prijs (van) achteraf betalen’ bespreekt Pavillon *buy now pay later*-diensten (hierna: BNPL). Dit is een fenomeen waarbij aan consumenten bij met name internetaankopen de mogelijkheid van kortlopend betalingsuitstel wordt gegeven voor relatief kleine uitgaven, en wel door tussenkomst van een

achterafbetaaldienstverlener. Onder de huidige Richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn 2008/48/EG) is mogelijk sprake van 'zachte kredieten' (art. 7:58 lid 2 sub e BW), waarbij tegen lage kosten kleine bedragen met korte betaaltermijnen worden uitgeleend; die vallen niet onder het zware regime dat onder meer kredietwaardigheidstoetsing eist. Pavillon onderzoekt ook in hoeverre BNPL wel of niet onder de vigerende kredietregelgeving valt; het laatste woord is daarover nog niet gezegd, zo blijkt. Onder het regime van de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn (EU) 2023/2225) zijn BNPL-diensten enigszins anders gereguleerd, maar ook in een 'light variant'.

De aanleiding voor deze juridische vragen is dat het verdienmodel dat veel achterafbetaaldienstverleners hanteren, vragen oproept. Zij blijken namelijk bijna de helft van hun omzet te halen uit de door consumenten verschuldigde kosten voor te laat afbetalen. Dat betekent dus eigenlijk dat het verdienmodel met name de armlastigen weet te bereiken die het ene financiële gat proberen te stoppen door met BNPL een ander gat te creëren. BNPL is zogezegd onderdeel van het fenomeen van problematische schulden. Pavillon rapporteert in dat verband een onderzoekje onder rechtenstudenten waaruit blijkt dat zij er ook regelmatig gebruik van maken. Dat is in overeenstemming met ander onderzoek dat met name jongeren vatbaar zijn voor problematische schulden door dit soort krediet. In het verlengde hiervan bespreekt Pavillon psychologische en sociologische factoren die bijdragen aan deze schuldenproblematiek.

Interessant is overigens dat Pavillon ook aandacht vraagt voor de ecologische prijs van BNPL, of breder; internetaankoop, gelegen in bijvoorbeeld het retourneren van spullen. BNPL leidt tot retourzendingen, zoveel is duidelijk. De regels rondom consumentenkrediet dragen in elk geval niet bij aan ecologisch verantwoord consuminderen. In dat verband vraagt ze aandacht voor andere wegen zoals zelfregulering.

In de bijdrage 'Prijspersonalisatie en privaatrecht' van de hand van Heidary komt vervolgens het fenomeen van gepersonaliseerde prijzen aan de orde. Door de opkomst van het internet en technologische vooruitgang die de mogelijkheden van het maken van klantprofielen sterk heeft doen toenemen, is het maken van een op de klant toegesneden aanbod technisch gezien makkelijker geworden dan ooit tevoren. Het maken van onderscheid tussen klanten is niet nieuw, schrijft Heidary, maar de precisie en de eenvoud waarmee dit onderscheid kan worden toegepast in bijvoorbeeld prijsstelling, zijn door deze technologische vooruitgang toegenomen. En als het technisch gezien mogelijk is om te bepalen wat individuele klanten bij benadering bereid zijn te betalen voor een aangeboden goed, lijkt het hanteren van een gelijke prijs voor alle klanten opeens ouderwets. De vraag is hoe het recht ermee om moet gaan.

Heidary maakte onderscheid tussen een aantal verschillende praktijken, waarvan sommige overduidelijk niet zijn toegestaan (denk aan rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht) en andere wel. Dat die praktijken zijn toegestaan, wil overigens nog niet zeggen dat ze ook werkelijk voorkomen. Vanuit bedrijfseconomisch onderzoek is er het nodige te zeggen vóór prijspersonalisatie, maar er zijn ook wel tegengeluiden. De vraag is namelijk ook: wat vinden consumenten ervan? Daarom besteedt Heidary ook aandacht aan gedragsaspecten en de perceptie wat betreft prijspersonalisatie.

Wil men beoordelen of een gehanteerde techniek van prijspersonalisatie door de beugel kan, moet men eerst in staat zijn om bedrijfsbeleid dat op prijspersonalisatie is gericht, te herkennen en vast te stellen. Dat is niet altijd eenvoudig. Er kunnen goede redenen buiten de persoon van de betreffende klant zijn die maken dat een aangeboden goed of dienst nu € 100 kost en over een uur € 120, dus er zal meer moeten worden bewezen dan een prijsverschil in tijd. En als dat eenmaal is vastgesteld, is het wettelijke uitgangspunt dat differentiatie tussen klanten wat betreft prijs in beginsel toegestaan is. Er bestaat geen recht op een vaste prijs voor iedereen. Wel bestaat inmiddels op grond van Europese regels het recht om te *weten* van het gebruik van de techniek van prijspersonalisatie (art. 6:230m lid 1 onderdeel u BW).<sup>5</sup> De gedachte is dat een op voorhand geïnformeerde consument de keuze kan maken om wel of niet zaken te doen met de betreffende handelaar.

**[24]** Heidary gaat ook nog in op de vraag wat een vervolgstap voor het recht zou kunnen zijn, als inderdaad in de toekomst zou blijken dat deze handelspraktijk zou worden bedreven. Een van de vragen is welke sanctionering privaatrechtelijk gezien de juiste zou zijn – is het voldoende afschrikwekkend, proportioneel en effectief om bijvoorbeeld een overeenkomst vernietigbaar te achten of – minder ingrijpend – de prijs volledig of gedeeltelijk onverschuldigd te doen zijn? Ook zijn er nog vragen rondom de informatieverplichting: hoe specifiek moet of algemeen mag die zijn? Heidary sluit af door te wijzen op het verband met publiekrechtelijke handhavingswijzen.

Dat verband is relevant, want als de praktijk wordt bedreven en ontwrichtend blijkt te zijn voor het vertrouwen in de markt als zodanig, dan kunnen ook andere dan zuiver privaatrechtelijke belangen op het spel staan.

Wolters onderzoekt ten slotte onder de titel 'De zin en onzin van betalen met persoonsgegevens in consumentenovereenkomsten' wat de juridische grenzen zijn die de Richtlijn digitale inhoud en diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) en de AVG (Verordening (EU) 2016/679) stellen aan het fenomeen 'betalen met persoonsgegevens'. Door innovatieve verdienmodellen van internetplatforms blijken 'gratis' diensten te worden 'betaald' met gegevens die tot de gebruiker te herleiden zijn en die het mogelijk maken een profiel te maken van die gebruiker. Dat profiel heeft economische waarde en wordt bijvoorbeeld gebruikt door het platform om gepersonaliseerde advertenties te verkopen of het wordt verkocht (*data brokering*). Als iets gratis lijkt, dan is de kans dus groot dat je 'betaalt' met puzzelstukjes die bijdragen aan het maken van een profiel van jou als economische actor. Al deze wijzen van verzamelen en verpakken van data raken aan Europese regelgeving. Zo kent de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten een bepaling die onder 'prijs' bij de aankoop van digitale inhoud en diensten ook verstaat het verschaffen van persoonsgegevens. Daarmee is het niet zo, en dat benadrukt Wolters, dat de richtlijn betaling met persoonsgegevens mogelijk maakt waar dat voordien niet toegestaan was. Het is meer zo dat de Europese wetgever onderkent dat er verdienmodellen zijn waarbij de consument niet om geld wordt gevraagd en die toch als wederkerige transactie gezien kunnen worden. En dan is het een rechtspolitieke keuze om bepaalde regels van digitaal contractenrecht wel of niet van toepassing te verklaren op dat soort wederkerige transacties waarbij geen geld over tafel gaat.

Wolters verzet zich overigens tegen het idee dat de richtlijn contractuele wederkerigheid eist; hij stelt in essentie dat de tekst van art. 3 Richtlijn [25] digitale inhoud en digitale diensten geen grond geeft om te concluderen dat persoonsgegevens juridisch gezien als tegenprestatie gelden. De feitelijke uitwisseling is voldoende en zodoende is eigenlijk sprake van een alternatieve grondslag voor toepasselijkheid van de richtlijn. Hier heeft Wolters de tekst van de richtlijn aan zijn zijde.<sup>6</sup> Dat de uitwisseling economisch gezien een noodzakelijke voorwaarde voor de handelaar is om te willen contracteren, staat echter ook buiten kijf, en dat is dan ook de *raison d'être* van de gelijkstelling van feitelijke verschaffing van gegevens met het betalen van een prijs.

Wat volgt in de bijdrage van Wolters, is een behandeling van de voorwaarden waaronder de AVG deze economische uitwisseling toestaat. Er zijn drie routes denkbaar: toestemming van de betrokkene, de noodzakelijkheid voor de uitvoering van de overeenkomst en gerechtvaardigd belang van de handelaar.

Al deze routes worden restrictief uitgelegd. Zo mag toegang tot het platform of de dienst kennelijk niet afhankelijk worden gesteld van het in- stemmen met commerciële verwerking van persoonsgegevens; dat zou niet vrijelijk gegeven toestemming zijn. Of het inmiddels langzaam op- komende model *Pay or Okay* toegestaan is vanuit een AVG-perspectief, wordt dan ook wel betwist. Vanuit een prijsperspectief is dit opmerkelijk: juist door de consument de keuze te geven kan het prijsmechanisme tot ontwikkeling komen en kunnen we uiteindelijk weten wat de prijs van privacy is. Hier valt natuurlijk veel meer over te zeggen. Het stuk van Wolters biedt een mooie opstap voor discussie over de regulering van deze verdienmodellen.

## Voetnoten

- 1 Prof. mr. W.H. (Willem) van Boom is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit; prof. mr. S.E. (Steven) Bartels is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit; mr. R. (Roma) Leuyerink is docent en promovenda burgerlijk recht en intellectueel eigendomsrecht aan de Radboud Universiteit. Allen zijn verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).
- 2 Zie daarover ook de bijdrage van Heidary aan deze bundel.
- 3 Zie art. 6:193c lid 1 aanhef en onder d BW. Art. 6:193e lid 1 aanhef en onder c BW beoogt het opknippen van de prijs tegen te gaan.
- 4 In zekere zin kwam dat probleem ook al aan de orde bij de problematiek van de *winner's curse* die we zagen in de bijdragen van Coerts & Van Ommeren en van Visser & Van der Vlist; ook in hun bijdragen bleek dat subjectieve waardetoekenning bij prijsvorming een potentieel obstakel bij totstandkoming van evenwichtige overeenkomsten is.
- 5 Zie daarover ook de bijdrage van Hartlief aan deze bundel.
- 6 Art. 3 lid 2 Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) bepaalt "Deze richtlijn is ook van toepassing als de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren en de consument de handelaar persoonsgegevens verstrekt of zich ertoe verbindt die te verstrekken". Ook de implementatie van de richtlijn in art. 7:50ab BW hecht inderdaad niet aan de vraag of de consument zich verbonden heeft om gegevens te leveren: de regeling is van toepassing "als de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren en de consument de handelaar persoonsgegevens verstrekt of zich ertoe verbindt die te verstrekken".