

**1 COMMERCIEEL CONTRACTENRECHT; VAN HANDELSRECHT NAAR HOEDANIGHEID**

Het commerciële contractenrecht is het contractenrecht dat van toepassing is op een commercieel contract<sup>1</sup> gesloten tussen professionele partijen (niet-consumenten). Taalkundig niet juist, maar beter in het gehoor liggend, spreek ik van commercieel contractenrecht (en niet van commerciële contractenrecht). Het kan daarbij gaan om een enorme variëteit aan contracten, zoals bijvoorbeeld een overnamecontract in de vorm van de koop van aandelen van een vennootschap (Share Purchase Agreement, SPA), een licentiecontract, een aandeelhoudersovereenkomst (Shareholders Agreement, SHA), een distributieovereenkomst, een koopovereenkomst van een industriële machine, een overeenkomst betreffende de ontwikkeling van onroerend goed, een overeenkomst die ziet op de ontwikkeling van software, een overeenkomst tot geldlening van bank aan een bedrijf en een overeenkomst tot levering van energie aan een bedrijf.

Het overeenkomstenrecht is in theorie voor alle contractspartijen gelijk, ongeacht hun hoedanigheid. De loop van de geschiedenis laat zien dat er steeds meer bijzondere wettelijke en jurisprudentiële regels zijn ontwikkeld om contractspartijen die zich in een ongelijke machtspositie bevinden met een wederpartij bescherming toe te kennen. Denk aan particulieren als de werknemer, de huurder en de consument. Vooral de bijzondere wettelijke bepalingen die de consument bescherming bieden, zijn talrijk en blijven toenemen, mede onder invloed van Europese richtlijnen die consumenten beogen te beschermen. In het Burgerlijk Wetboek (BW) is aldus een tweedeling ontstaan tussen contractenrecht dat van toepassing is op particulieren (zoals consumenten) en contractenrecht dat van toepassing is op niet-particulieren (zoals in het bijzonder ondernemers). De hoedanigheid van een contractspartij bepaalt aldus welke delen van het BW op haar van toepassing zijn.

Niet alleen de contractenrechtelijke wetgeving in het BW, maar ook de rechtspraak laat zien dat de hoedanigheid van partijen een relevante omstandigheid is bij de inkleuring van open contractenrechtelijke normen.<sup>2</sup> Zo is de hoedanigheid van partijen zoals de hoedanigheid van ondernemer van belang voor het oordeel of op een private aanbesteding de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn (zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel).<sup>3</sup> In het Haviltex-arrest is uitdrukkelijk geoordeeld dat bij de uitleg van een contract van belang kan zijn “tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht”.<sup>4</sup> In latere rechtspraak

---

1 Een commercieel contract is een contract waar als regel beide partijen een commerciële prestatie leveren (zoals de levering van goederen of diensten tegen betaling van een prijs). Het dient ter onderscheiding van een contract om niet (zoals een schenking) en afspraken in de sociale (privé) sfeer.

2 Zie mijn proefschrift: R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, 1994.

3 HR 3 mei 2013, NJ 2013, 572 (KLM/CCC).

4 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

(sinds het Meyer Europe/PontMeyer-arrest,<sup>5</sup> als geherformuleerd in het arrest Lundiform/Mexx<sup>6</sup>) heeft de Hoge Raad aanvaard dat bij de uitleg van zorgvuldig tot stand gekomen commerciële contracten gesloten tussen professionele partijen, de rechter als uitgangspunt ‘zwaar gewicht’ mag toekennen aan de taalkundige uitleg. Bij de toetsing van exoneratiebedingen acht de Hoge Raad sinds lang (Saladin/HBU<sup>7</sup>) als gezichtspunt in het kader van de beantwoording van de vraag of een beroep op een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW) relevant de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen. In de rechtspraak geeft de Hoge Raad aan dat hij een beroep op een exoneratiebeding gesloten tussen gelijkwaardige professionele partijen niet spoedig onaanvaardbaar acht.<sup>8</sup> De hoedanigheid van een contractspartij is eveneens expliciet relevant geoordeeld door de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre een contractant rekening moet houden met de belangen van een bij het contract betrokken derde.<sup>9</sup>

De hoedanigheid van de contractspartij (waaronder de hoedanigheid van ondernemer) bepaalt derhalve het op haar toepasselijke contractenrecht. Het voor particulieren in hun verhouding met ondernemers geldende contractenrecht heeft als regel een andere, meer beschermende inhoud dan het voor ondernemers onderling geldende contractenrecht.

Dat ondernemers in het contractenrecht een bijzondere juridische behandeling krijgen, is historisch niet nieuw en rechtsvergelijkend bezien eveneens de norm.<sup>10</sup> In het klassieke Romeinse recht waren burgerlijk recht en handelsrecht nog één, maar met de toename van het handelsverkeer vanaf de Middeleeuwen ontstond er een bijzonder ongeschreven handelsrecht (de *lex mercatoria*) dat in de tijd van de grote nationale codificaties (in de negentiende eeuw) in afzonderlijke wetboeken werd neergelegd.<sup>11</sup> Voor ondernemers gold sindsdien op het continent niet enkel een bijzondere invulling van het algemene burgerlijk recht, maar gold zelfs een apart wetboek voor ondernemers. In Nederland was dat lange tijd het Wetboek van Koophandel (1838), dat sinds de inwerkingtreding van het huidige BW (1992) echter meer en meer is uitgekleeft tot de rudimentaire vorm die het nu heeft. In Duitsland geldt voor kooplieden het Handelsgezetzbuch, met in voorkomende gevallen geschilbeslechting door een eigen handelskamer bij de rechtbank. In Frankrijk bestaat dezelfde situatie: er is een bijzonder wetboek voor ondernemers (de Code de

5 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer Europe/PontMeyer).

6 HR 5 april 2013, NJ 2013, 214 (Lundiform/Mexx).

7 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU).

8 HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Matatag/De Schelde) en HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI/Zürich).

9 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 (rov. 3.3.2).

10 Zie kort Tjittes, a.w. (1994), p. 19-24.

11 Zie over de verhouding handelsrecht en burgerlijk recht in historisch perspectief: R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, 1998, R.J.Q. Klomp, *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, 2000, p. 3 e.v., J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad, De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1995*, 1995, p. 133 e.v.

commerce), met een eigen rechtbank (het Tribunal de Commerce).<sup>12</sup> In die handelskamers participeren handelslieden als ‘leken’-rechter/bijzitter.

Zoals gezegd is het een gegeven dat in het Nederlandse contractenrecht betekenis wordt toegekend aan de omstandigheid dat er sprake is van een commercieel contract dat is gesloten tussen professionele partijen. In zoverre is het handelsrecht niet dood, zoals E.M. Meijers (met W. Snijders de belangrijkste geestelijk vader van het huidige BW) beweerde,<sup>13</sup> maar is het handelsrecht springlevend. In mijn proefschrift heb ik het, een tikje pathetisch (maar dat mag op jonge, romantische leeftijd), als volgt verwoord:

*“Het handelsrecht is dood, leve de bijzondere betekenis die in het burgerlijk recht wordt toegekend aan de rechtsverhouding tussen ondernemers onderling!”<sup>14</sup>*

Dat de rechtsverhouding tussen ondernemers onderling altijd een bijzondere plaats inneemt in het recht, ook als die niet is neergelegd in een afzonderlijk wetboek maar een bijzondere invulling in de rechtspraak vormt, is van alle tijden. Lichtenauer verwoordde het al in 1935 aldus:

*“Zolang onze samenleving niet dood is zal uit de bron van beroepsmatige werkzaamheid van den bedrijfsman steeds nieuw recht worden gevormd, dat niet goed kan worden verstaan zonder kennis van zijn gedachtenwereld en belangen, dat als handelsrecht zijn eigen plaats zal blijven innemen, zo niet noodzakelijk in een apart wetboek, dan toch in de belangstelling van wetenschap, rechtspraak en praktijk.”<sup>15</sup>*

De hoedanigheid van ondernemer leidt niet alleen tot toepassing van bijzondere wettelijke regels of tot een bijzondere inkleuring van het materiële recht door de rechtspraak, maar ondernemers kunnen in Nederland in voorkomende gevallen ook een beroep doen op een bijzondere ‘handelsrechtbank’. Voor rechtspersonenrechtelijke geschillen binnen de onderneming is dat de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Voor internationale geschillen over commerciële contracten kan een ondernemer sinds 1 januari 2019 terecht bij de Netherlands Commercial Court en in hoger beroep bij de Netherlands Commercial Court of Appeal (een aparte kamer van de Rechtbank, respectievelijk het Hof Amsterdam). Nederland heeft feitelijk dan weer een (internationale) handelsrechtbank. Ook elders in de

---

12 Zie voor de begrippen ‘ondernemer’ naar Duits en Frans recht: R. Hardy, Differentiatie in het (Europees) contractenrecht, 2009, p. 49-53, resp. p. 54-59.

13 Parl. Gesch. Alg. Deel, p. 126.

14 Tjittes, a.w. (1994), p. 31.

15 W.F. Lichtenauer, Burgerlijk recht en handelsrecht, in: Rechtskundige Opstellen (E.M. Meijers-bundel), 1935, p. 365.

wereld zijn dergelijke ‘commercial courts’ in opmars.<sup>16</sup> Geschillenbeslechting is handel.<sup>17</sup>

In de nodige gevallen komen ondernemers en ondernemingen overeen dat hun geschillen worden beslist door middel van arbitrage. Dat is veelal het geval bij eenvoudige productarbitrages (de zogenoemde ‘grijp en knijp’-arbitrage in de graanhandel, bloembollenhandel en dergelijke), maar ook bij complexe geschillen bij bedrijfsovernames en in joint ventures (bijna iedere SPA, respectievelijk SHA, kent een arbitragebeding).

De wens van ondernemers om hun geschillen beslecht te zien door een bijzondere, in het commerciële contractenrecht gespecialiseerde rechter of arbiter, onderstreept de behoefte van ondernemers aan een eigen normering, niet alleen wat betreft het toepasselijke materiële recht maar ook wat betreft de wijze van toepassing daarvan bij geschillen.

Het commerciële contractenrecht tussen ondernemers en ondernemingen heeft een aantal kenmerken. Ik noem er een aantal zonder uitputtend te willen zijn.

Ten eerste de behoefte van ondernemers/ondernemingen aan rechtszekerheid. De Nederlandse rechtspraak (vooral de arbitrale rechtspraak en de Netherlands Commercial Court) heeft oog voor die behoefte van het bedrijfsleven. Zie paragraaf 5.2.

Ten tweede de behoefte aan een eigen wijze van geschilbeslechting, waarin de rechters of arbiters kennis hebben van de materie van het contract en de bijzondere behoeften van ondernemers/ondernemingen, hetgeen eveneens wordt weerspiegeld door bijzondere wijzen van geschilbeslechting als arbitrage en de Netherlands Commercial Court.

Ten derde de internationale dimensie van het commerciële contractenrecht. Ondernemers en ondernemingen doen in veel gevallen zaken over de grens. Dat geldt in het bijzonder voor Nederlandse ondernemers en ondernemingen. Wie internationale contracten sluit, loopt ten eerste tegen internationale regelgeving aan (zoals het Weens Koopverdrag en vervoersverdragen als het CMR). Internationale

---

16 Zie E. Bauw, Een Netherlands Commercial Court vanuit rechtsplegingsperspectief, in: De kansen voor een Netherlands Commercial Court, 2018, p. 9. Denk aan de Engelse Commercial Court als onderdeel van de Queen’s Bench Division van de High Court, de Commercial Court als onderdeel van de High Court in Dublin, de Singapore International Commercial Court, en de plannen voor een Commercial Court in Parijs, een Engelstalige kamer van het Landgericht Frankfurt en de Brussels International Business Court in Brussel. Zie ook C.J.E. Brouwer en J.L. Butijn, The Netherlands Commercial Court: an international perspective, in: De kansen voor een Netherlands Commercial Court, 2018, p. 155 e.v.

17 Zie F. van Dijk, De economische betekenis van de NCC, in: De kansen voor een Netherlands Commercial Court, 2018, p. 23 e.v.

commerciële contracten zijn ten tweede veelal in het Engels opgesteld en kennen standaardbepalingen die meestal zijn ontleend aan Anglo-Amerikaanse contracten. Of het nu gaat om een internationale SPA of een internationaal distributiecontract, de nodige bepalingen daarin zijn min of meer standaard in de hele wereld (zoals een entire agreement clause, een no oral modification clause, warranties, indemnities, en evergreen clauses). De contractmodellen zijn vaak ontleend aan Anglo-Amerikaanse contracten, ook als het daarop toepasselijke recht civil law is (zoals Nederlands recht, Duits recht, Frans recht, Braziliaans recht, Russisch recht of Chinees recht). Contracten in de internationale financieringspraktijk, olie en gas-industrie, herverzekering en de scheepvaart worden reeds jarenlang gedomineerd door de toepasselijkheid van Engels recht. Gelet op die vaste praktijk heeft Brexit daarin nog geen verandering gebracht.

## 2 DIFFERENTIATIE IN COMMERCIEËLE CONTRACTANTEN: DE POSITIE VAN DE KLEINE ONDERNEMER/KLEINE ONDERNEMING

Het zal duidelijk zijn dat ‘de ondernemer’ of ‘de onderneming’ niet bestaat. De fotograaf-zzp’er is immers een ondernemer/onderneming en een multinational als Shell is dat ook. De machtspositie van de zzp’er en de machtspositie van Shell zijn totaal verschillend. Hetzelfde geldt voor het verschil in informatiepositie tussen beide ondernemingen. Shell heeft als regel toegang tot meer en betere informatie dan de fotograaf. Indien een groter bedrijf informatie mist (bijvoorbeeld fiscale of juridische kennis), is het veelal in staat dat beter te onderkennen en die informatie in te kopen (bijvoorbeeld door adviseurs op het desbetreffende terrein in te schakelen). De fotograaf kan op zijn specifieke vakgebied uiteraard wel meer weten van fotografie dan Shell. In zoverre is er geen sprake van kennisongelijkheid. Maar buiten het eigen vakgebied van de kleine ondernemer ontbreekt het hem veelal aan relevante andere kennis (bijvoorbeeld over juridische, fiscale en accountancyzaken), middelen en een machtspositie die een grote onderneming wel in huis heeft (dan wel daar eenvoudig toegang toe heeft).

Een professionele partij met een zwakkere machtspositie verdient bescherming door het recht indien een andere, sterkere partij daar misbruik van maakt. Het mededingingsrecht dat beschermt tegen kartelvorming en misbruik van een economische machtspositie is daarvan het meest pregnante voorbeeld.

In het contractenrecht bestaat vooral systematische aandacht voor de particulier (zoals de consument) als zwakkere contractspartij die bescherming behoeft tegen sterkere partijen. Het contractenrecht kent bijvoorbeeld tal van Europese richtlijnen ter bescherming van de consument op allerlei terreinen die in het nationale contractenrecht (het BW) zijn geïmplementeerd.

Voor de kleine ondernemer of de kleine onderneming, die soms wat betreft machtspositie en kennisniveau vergelijkbaar is met een consument, bestaat in het