

**1 WAT IS COMMERCIEEL CONTRACTENRECHT? VAN HANDELSRECHT NAAR HOEDANIGHEID**

Commercieel contractenrecht is het contractenrecht dat van toepassing is op een commercieel contract<sup>1</sup> gesloten tussen professionele partijen (niet-consumenten). Het kan daarbij gaan om een enorme variëteit aan contracten, zoals bij voorbeeld 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 betreffende een machine, een overeenkomst betreffende de ontwikkeling van onroerend goed, een overeenkomst betreffende de ontwikkeling van software, een overeenkomst betreffende een geldlening en een overeenkomst tot levering van energie.

Het overeenkomstenrecht geldt in theorie voor alle contractspartijen gelijkelijk, ongeacht hun hoedanigheid. De praktijk laat zien dat in de loop der jaren steeds meer bijzondere wettelijke en jurisprudentiële regels zijn ontwikkeld om contractspartijen die zich als regel in een ongelijke machtspositie bevinden met een wederpartij bescherming toe te kennen. Denk aan 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 (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 (dat partijen ondernemer zijn) 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 (sinds het Meyer

---

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).

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 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 geldende contractenrecht heeft als regel een andere, meer beschermende inhoud dan het voor ondernemers geldende contractenrecht.

Dat ondernemers in het contractenrecht een bijzondere juridische behandeling krijgen, is historisch niet nieuw en rechtsvergelijkend bezien niet bijzonder.<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 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. 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 uitgekleed tot de rudimentaire vorm die het nu heeft. In Duitsland geldt voor kooplieden een *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 commerce*), met een eigen

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-Vereniging 1870-1995*, 1995, p. 133 e.v.