

# INHOUDSOPGAVE

## Hoofdstuk 1 Commercieel contractenrecht – Inleiding

1	Wat is commercieel contractenrecht? Van handelsrecht naar hoedanigheid	18
2	Differentiatie in commerciële contractanten: de positie van de kleine ondernemer/kleine onderneming	22
3	Wat ondernemers/ondernemingen eisen van het contractenrecht	25
4	De keuze van het toepasselijke commerciële contractenrecht: Engels recht ‘it is’	27
5	De invloed van het Anglo-Amerikaanse recht op internationale commerciële contracten, ook die geregeerd door ‘civil law’	30
5.1	De mythe van het Engelse contractenrecht: rechtszekerheid	32
5.2	De ondergewaardeerde positie van het Nederlandse commerciële contractenrecht	33
6	Beslechting van geschillen over commerciële contracten	35
6.1	Arbitrage	37
6.2	Netherlands Commercial Court (of Appeal)	39
6.3	De keuze van de ondernemer: arbitrage of NCC(A)?	44

## Hoofdstuk 2 De precontractuele fase bij commerciële contracten

1	Inleiding; de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase is internationaal geen gemeengoed	52
2	De precontractuele fase bij commerciële contracten	55
2.1	Redelijkheid en billijkheid; gerechtvaardigde belangen wederpartij	55
2.2	Toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase	57
2.2.1	Mededelingsplichten	57
2.2.2	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbesteding	57
2.2.2.1	Private aanbesteding	57
2.2.2.2	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht: gelijkheid, transparantie en objectiviteit	58
2.2.2.3	Remedies bij schending algemene beginselen van aanbestedingsrecht	61
2.2.2.4	Toepasselijkheid algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbestedingen	62
2.2.2.5	Aanbestedingsvoorwaarden (1)	63
2.2.2.6	Andere omstandigheden van het geval (2), waaronder de hoedanigheid van partijen	64
2.2.2.7	Uitsluiting algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbestedingen	64

2.2.2.8	Andere wegen om de toepasselijkheid van algemene beginselen van aanbestedingsrecht te ontgaan bij private aanbestedingen	66
2.2.3	Aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen over commerciële contracten	67
3	Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bij commerciële contracten	68
3.1	Totstandkoming van een overeenkomst	68
3.2	Totstandkoming van een overeenkomst op hoofdpunten	69
3.3	Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen over een commercieel contract	73
3.3.1	De aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen	73
3.3.2	Remedies in geval van aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen	76
3.3.2.1	Inleiding; overzicht remedies bij afgebroken onderhandelingen	76
3.3.2.2	Positief belang (gederfde winst)	76
3.3.2.3	Negatief belang: kosten en kansschade	78
3.3.2.4	Bevel tot dooronderhandelen	80
3.3.3	Het arrest CBB/JPO: het huidige standaardarrest voor de aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen	81
3.3.4	De reikwijdte van CBB/JPO: bestaat fase twee (kostenvergoeding zonder dat het afbreken onaanvaardbaar is) nog?	85
3.3.5	Grondslagen voor aansprakelijkheid bij het afbreken van onderhandelingen	86
3.3.6	Grondslag 1: totstandkomingsvertrouwen wederpartij afbreker	87
3.3.7	Uitzondering: goede reden voor afbreken	89
3.3.8	Grondslag 2: andere omstandigheden van het geval	92
3.3.9	Onderhandelingen door een tussenpersoon	95
3.4	Andere grondslagen voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking	96
4	Contractuele regelingen in de fase van onderhandelingen over een commercieel contract	97
4.1	Contractuele (her)onderhandelingsbedingen	97
4.2	Contractuele bedingen betreffende de onderhandelingsfase – algemeen	98
4.2.1	Contractuele afspraak: de (on)verbindendheid van (bepaalde bedingen in) het contract	98
4.2.2	Contractuele afspraak: het al dan niet exclusief onderhandelen met een partij	99
4.2.3	Contractueel beding: geheimhouding onderhandelingen	100
4.2.4	Contractueel beding: voorwaarden voor het tot stand komen of de inwerkingtreding van het contract ('subject to'-bepalingen)	104
4.2.5	Contractueel beding: uitsluiten of beperken aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen	104
4.2.6	Contractueel beding: break-up fee target-vennootschap	104

4.2.6.1	Belang bij een break-up fee	105
4.2.6.2	Diverse rechtsgronden om een onaanvaardbare break-up fee aan te tasten	105
4.2.7	Contractueel beding: rechts- en forumkeuze	108
4.3	Onderhandelen en contracteren met een voorbehoud ('subject to'-bepalingen)	108
4.3.1	Algemeen	108
4.3.2	Soorten voorwaarden: totstandkomingsvoorwaarde, opschortende voorwaarde, ontbindende voorwaarde	109
4.3.3	Het beperkte toepassingsbereik van de zuiver potestatieve voorwaarde	111
4.3.4	Het intreden van een voorwaarde: geen gedeelde winst, wel kosten?	113
4.3.5	Het (niet) kunnen inroepen van de voorwaarde: art. 6:23 BW en de redelijkheid en billijkheid	114
4.3.6	Voorbehoud 'subject to contract' (voorbehoud volledig contract); 'subject to signature' (voorbehoud ondertekening door alle partijen)	116
4.3.7	Voorbehoud 'subject to board approval'	121
4.3.8	Voorbehoud 'subject to approval': onderhandelen met overheidslichamen	129
4.3.9	Voorbehoud 'subject to finance'	131
5	Grensoverschrijdend onderhandelen: aspecten van internationale bevoegdheid en toepasselijk recht	133
5.1	Algemeen	133
5.2	Bevoegde rechter	133
5.3	Toepasselijk recht	137
<b>Hoofdstuk 5 Uitleg en aanvulling van commerciële contracten</b>		
1	Inleiding	144
2	Uitleg van contracten naar Nederlands recht	146
2.1	Inleiding	146
2.2	Uitleg van overeenkomsten naar Nederlands recht: primair subjectieve uitleg	146
2.3	Uitleg naar Nederlands recht: subsidiair objectieve uitleg	149
2.3.1	De rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg	151
2.3.2	De CAO-norm	153
2.3.3	De objectieve Haviltex-maatstaf	158
2.4	Objectieve Haviltex-maatstaf: geen verklaringen over en weer over het beding (bijvoorbeeld algemene voorwaarden en standaardbepalingen)	159
2.5	Objectieve Haviltex-maatstaf: contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod	163
2.6	Objectieve Haviltex-maatstaf: overeenkomst gebaseerd op openbare aanbesteding	164

2.7	Objectieve Haviltex-maatstaf: zorgvuldig tot stand gekomen commercieel contract tussen professionele partijen	164
2.7.1	De behoefte van ondernemers aan objectieve uitleg	164
2.7.2	De arresten Meyer Europe/PontMeyer (2007) en volgende: groot gewicht taalkundige uitleg commercieel contract	168
2.7.3	Het arrest Lundiform/Mexx (2013): de Haviltex-maatstaf blijft beslissend bij uitleg commercieel contract	173
2.7.4	De toepassingsvereisten voor een voorshands taalkundige uitleg bij een commercieel contract	176
2.8	Bijzondere objectieve uitlegnorm: overdrachts- of vestigingsakten	182
3	Gezichtspunten bij een redelijke uitleg van commerciële contracten	185
3.1	Algemeen: herwaardering van uitlegeregels en gezichtspunten bij uitleg?	185
3.2	De bewoordingen van het contract(sbeding)	187
3.3	De structuur van het contract	190
3.4	Bijzonder beding gaat voor algemeen beding	191
3.5	De considerans	192
3.6	De aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg	193
3.7	De verhouding tot eerdere en andere (samenhangende) contracten	194
3.8	De aard van het contract	195
3.9	Het commerciële doel van het contract	196
3.10	Handelsgebruiken en verkeersopvattingen	198
3.11	De ernst van de gevolgen	199
3.12	De totstandkomingsgeschiedenis van het contract	200
3.13	Uitvoering van het contract	201
3.14	De hoedanigheid van partijen	202
3.14.1	Inleiding	202
3.14.2	Vervolg; onderzoeksplicht professionele partij	203
3.15	Uitleg contra proferentem	204
3.15.1	Uitleg contra proferentem bij consumentencontracten	204
3.15.2	Uitleg contra proferentem bij commerciële contracten?	207
3.16	Deskundigheid en deskundige bijstand	208
4	Uitleg en kwalificatie van overeenkomsten	212
4.1	Het belang van kwalificatie; de gemengde overeenkomst (art. 6:215 BW)	212
4.2	Kwalificatie van een overeenkomst door uitleg	215
5	De uitleg van contracten jegens derden	217
5.1	Inleiding	217
5.2	Wie is een derde? Niet-rechtsoptvolgers onder algemene of bijzondere titel of toetredende partijen	218
5.3	De objectieve Haviltex-norm	219
5.4	Verschil cao-norm en objectieve Haviltex jegens derden?	224
5.5	Art. 3:36 BW	226
5.6	De rol van derden binnen de normale Haviltex-norm	228

5.7	Uitleg jegens derden in de DCFR	232
6	Procesrechtelijke aspecten van uitleg van contracten	233
6.1	Inleiding; bewijsovereenkomst	233
6.2	Bewijsrecht en de uitleg van (schriftelijke) contracten – stelplicht en bewijslast uitleg; bewijsvermoedens	234
6.3	Het schriftelijke contract als akte	236
6.4	Getuigenbewijs ten aanzien van de uitleg van contracten	239
6.5	Rechterlijke vrijheid bij de uitleg van contracten	243
6.6	Toetsing in cassatie van rechterlijke uitspraken over uitleg	245
7	Uitleg van contracten in internationaal perspectief	246
7.1	Inleiding	246
7.2	Objectieve uitleg: Engels recht	247
7.3	Vervolg; de parol evidence rule	256
7.4	Subjectief-objectieve uitleg: Nederlands en Duits recht	258
7.5	Primair subjectieve uitleg, subsidiair redelijke uitleg: Frans en Belgisch recht	259
7.6	Uitleg in internationale regelingen: CISG, UP, PECL en DCFR	261
7.7	Uitleg van ‘internationale contractsbedingen’ naar Nederlands recht	262
8	Contractuele vormgeving van uitleg van commerciële contracten	268
8.1	Inleiding	268
8.2	Definitiebepalingen	268
8.3	Structuurbepalingen	269
8.4	Kwalificatiebepalingen	270
8.5	Keuze voor objectieve (grammaticale) uitleg	271
8.6	De entire agreement clause	272
8.6.1	De beperkte en ruime EAC naar Anglo-Amerikaans recht	272
8.6.2	De EAC naar Nederlands recht – een kwestie van uitleg	273
8.6.3	De juridische kwalificatie van een EAC naar Nederlands recht	275
8.6.4	Betekenis van de EAC voor de uitleg van de overeenkomst?	278
8.6.5	EAC en aanvullende werking redelijkheid en billijkheid	279
8.7	De no oral modification clause	280
8.8	Non-waiver clause	283
9	Aanvulling van de overeenkomst	284
9.1	Aanvulling van de overeenkomst door wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid	284
9.2	Toepassingsvereisten voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	285
9.3	Uitleg en aanvulling: overlopende en communicerende vaten	291
9.4	De inhoud van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	293
9.5	Remedies bij schending van verbintenissen ontstaan uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	297
9.6	Contractuele beperkingen van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid?	297

**Hoofdstuk 6 De kern van commerciële contracten: garanties, contractuele mededelingen, vrijwaringen en inspanningsbedingen**

1	Inleiding: garanties, vrijwaringen en inspanningsbedingen, een kwestie van uitleg	301
2	Doeleinden van een garantie, en onderzoek door de koper	303
3	Garantie, tekortkoming en non-conformiteit	306
3.1	Beperkingen van de garantie door weten of behoren te weten koper	311
3.1.1	Beperking garantie door feitelijke wetenschap koper?	312
3.1.2	Beperking garantie door onderzoeksplicht koper?	315
3.1.3	Beperking van de garantie: garantie beperkt tot wetenschap van de verkoper	319
3.2	De informatiegarantie: een contractuele mededelingsplicht	320
4	Een garantie stelt een overmacht-verweer terzijde	327
5	Garantie en bestuurdersaansprakelijkheid	328
6	Andere rechtsgevolgen van een garantie	330
6.1	Beroep op onvoorzienne omstandigheden (nog) minder snel aanvaard (art. 6:258 BW)	330
6.2	Een garantie maakt een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW)	331
6.3	Schending van een garantie toont spoedig blijvende onmogelijkheid nakoming aan (geen verzuim eis)	332
6.4	Een garantie kan een zorgplicht op grond van onrechtmatige daad jegens derden bewerkstelligen	332
6.5	Een garantie kan worden gewijzigd op grond van art. 6:230 of 258 BW	333
7	Remedies in geval van inbreuk op een garantie	333
7.1	Wettelijke en contractuele klachtplicht bij inbreuk op een garantie	334
7.1.1	De wettelijke klachtplicht (art. 7:23 BW en art. 6:89 BW): een garantie verlengt de klachttermijn	334
7.1.2	Contractuele klachtplichtregelingen	335
7.2	Uitsluiting van ontbinding en vernietiging; vergeet desgewenst niet ook wijziging en nakoming uit te sluiten	339
7.3	Schadevergoeding wegens het schenden van een garantie	342
8	Vrijwaringen ('indemnities')	348
9	Garanties en vrijwaringen naar Engels recht ('warranties' en 'indemnities')	351
9.1	Het grotere belang van garanties en due diligence naar Engels recht dan naar Nederlands recht	351
9.2	De begrippen guarantee, condition, warranty, indemnity en representation	353
9.2.1	Guarantee	353
9.2.2	Condition	353
9.2.3	Innominate term	354

9.2.4	Warranty; disclosure	354
9.2.5	Indemnity	355
9.2.6	Representation; misrepresentation; het gevolg van een ‘non reliance’ of ‘entire agreement clause’	357
9.2.6.1	Representation: precontractuele mededeling of ook contractsbeding?	357
9.2.6.2	Misrepresentation	357
9.2.6.2.1	Remedies bij misrepresentation: vernietiging of schadevergoeding	358
9.2.6.2.2	Uitsluiten (aansprakelijkheid) misrepresentation?; non-reliance clause en entire agreement clause	359
10	Contractuele inspanningsplichten (‘endeavours’ of ‘efforts’ clauses)	361
10.1	De inspanningsplicht naar Nederlands recht	361
10.2	De inspanningsplicht in internationaal verband, en naar Engels recht in het bijzonder	369
10.2.1	Efforts clauses naar Engels recht: best efforts, reasonable efforts, all reasonable efforts	369
10.3	Gezichtspunten bij het opstellen van een inspanningsbeding	372