

# Aandachtspunten bij het draften van contracten

MR. T.J. DE GRAAF

In dit artikel wordt een aantal aandachtspunten bij het draften van contracten belicht. Besproken worden aandachtspunten bij garanties, boetes, exoneraties en beëindigingsclausules.

## 1. Inleiding

Nadat ik in de vorige uitgave het belang van kwalificeren onderstreepte, zal ik deze keer aan de hand van een aantal onderwerpen een aantal aandachtspunten bij het maken van contracten de revue laten passeren. Om de lengte van het artikel binnen de perken te houden, zal per onderwerp aan leveranciers- en afnemerskant maar één aandachtspunt worden behandeld. Bij het kiezen van dat ene aandachtspunt is een aantal factoren van invloed geweest: hoe vaak het aandachtspunt in de praktijk wordt gemist, hoe groot de gevolgen zijn als er geen aandacht aan wordt besteed en, eerlijk gezegd en eigenlijk met name, hoe verstoort of venijnig de clausule is waarop het aandachtspunt ziet en hoe weinig men zich daar in de regel bewust van is. Hoewel het een tamelijk arbitraire keuze blijft, hoop ik toch dat contractenschrijvers er hun voordeel mee kunnen doen.

In deze bijdrage wordt er telkens van uitgegaan dat het contract wordt gesloten tussen twee professionele partijen die beide in Nederland gevestigd zijn en dat, als iemand tekortschiet in de nakoming van het contract, dat de leverancier zal zijn. Soms is het aandachtspunt alleen relevant in het kader van een bijzondere overeenkomst, bijvoorbeeld koop. In dat geval zullen de leverancier en afnemer worden aangeduid zoals ze in de regeling met betrekking tot die bijzondere overeenkomst worden aangeduid, bijvoorbeeld verkoper en koper.

Voorafgaand aan de behandeling van de gekozen aandachtspunten zal telkens, bij wijze van inleiding, een korte uiteenzetting worden gegeven over het betreffende onderwerp. Gezien het opsommende karakter van dit artikel wordt afgesloten met een samenvatting in plaats van een conclusie.

## 2. Garanties

Bij het bepalen van hetgeen waartoe partijen zich verbinden wordt doorgaans onderscheid gemaakt tussen inspannings-, resultaats- en garantieverbintenissen.<sup>1</sup> Vaak kunnen partijen wel uitleggen wat het verschil is tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen, maar als gevraagd wordt uit te leggen wat een garantie inhoudt, blijven de meesten het antwoord schuldig. Het antwoord valt ook niet eenvoudig te geven. Aan het begrip 'garantie' komt immers geen vaste betekenis toe en de betekenis van een garantie moet door middel van uitleg worden vastgesteld, aldus de Hoge Raad in Hoog Catharijne<sup>2</sup> ten aanzien van de begrippen 'instaan voor' en in Mol/Meijer<sup>3</sup> ten aanzien van het begrip 'garantie'.

In de parlementaire geschiedenis<sup>4</sup> en door Hartkamp & Sieburgh<sup>5</sup> wordt aangenomen dat er een normaaltype garantie bestaat. Een normaaltype garantie is een toezegging van een partij (die een verbintenis tot een geven, doen of niet doen op zich neemt) dat hij zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen, waarvan het voorvallen of juist uitblijven aan correcte nakoming in de weg staat. Als deze toezegging wordt geschonden, is het rechtsgevolg<sup>6</sup> – anders dan bij schending van een 'normale' resultaatsverbintenis – dat de garant zich niet op overmacht kan beroepen. Dat beroep heeft hij bij voorbaat prijsgegeven.

- 1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 192, 362 en 370.
- 2 HR 22 december 1995, LJN ZC1930, NJ 1996, 300 (Hoog Catharijne of ABP/FGH en Breevast; concl. A-G Hartkamp).
- 3 HR 4 februari 2000, LJN AA4728, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer; concl. A-G Hartkamp; m.nt. J.B.M. Vranken).
- 4 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 262 (M.v.A. II) en 264 (T.M.).
- 5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 21 en 362.
- 6 Zie voor andere (rechts)gevolgen van garanties G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002 en G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RM Themis* 2005-3, p. 124-138.

Een garantie wordt ook wel een versterkte resultaatsverbintenis genoemd, versterkt in die zin dat bij schending daarvan een beroep op overmacht is uitgesloten.

Of een koper zich tijdens de garantieperiode (naast de garantie) op non-conformiteit (artikel 7:17 BW) mag beroepen, of de koper zich na afloop van de garantieperiode op non-conformiteit mag beroepen en of een garantie prevaleert boven een exoneration is eveneens onderwerp van discussie.<sup>7</sup> Dat brengt mij tot het eerste aandachtspunt aan de kant van de verkoper: bepaal hoe de afgegeven garanties zich verhouden tot acties uit hoofde van non-conformiteit. Door dat niet te doen, loopt de verkoper het risico dat de koper zich na het verstrijken van de garantieperiode op non-conformiteit beroept, terwijl de verkoper vaak in de verwachting verkeert dat de koper na afloop van de garantie zich niet meer op gebreken in het verkochte zou mogen beroepen.<sup>8</sup>

Relativerend zij daarbij opgemerkt dat deze discussie vooral speelt bij koopovereenkomsten vanwege de door verkopers (vanwege de brede scope) gevreesde non-conformiteitsmaatstaf van artikel 7:17 BW, terwijl die discussie een minder grote rol zal spelen bij de door opdrachtnemers (vanwege het inspanningskarakter) minder gevreesde zorgmaatstaf van artikel 7:401 BW. Tegelijkertijd is de waarschuwing op zijn plaats dat de Hoge Raad de laatste tijd steeds vaker overeenkomsten als koopovereenkomsten kwalificeert (of de koopregeling bij wijze van analogie toepast) op (bepaalde aspecten van) de betreffende overeenkomst, zie HR *Ijsseloevers*<sup>9</sup> voor een activa/passiva-transactie waarbij, achteraf gezien, teveel werd betaald voor goodwill en HR *Hulskamp/De Beeldbrigade*<sup>10</sup> voor een bepaalde vorm van aanschaf van standaardsoftware. In dat verband zij ook verwezen naar diverse uitspraken van de Hoge Raad met betrekking tot effectenleaseovereenkomsten die als koop of afbetaling<sup>11</sup> of huurkoop<sup>12</sup> werden gekwalificeerd.

Voor de afnemer is een *sole remedy clause* in een door de leverancier afgegeven garantie erg gevaarlijk. Zo'n clause houdt in dat de afnemer bij schending van de door de leverancier gegarandeerde verbintenis maar één remedie ten dienste staat. Zo kunnen partijen overeenkomen dat als de leverancier zijn afgegeven garantie schendt (bijvoorbeeld dat het geleverde gedurende twaalf maanden

functioneert in overeenstemming met overeengekomen specificaties), de afnemer alleen en met uitsluiting van enige andere remedie de leverancier kan aanspreken tot reparatie van het geleverde. De afnemer kan in dat geval dus ook geen schadevergoeding meer vorderen of de overeenkomst ontbinden.

De clause is zo venijnig, omdat zij vaak voorkomt in Angelsaksische (of op die leest geschoeide) standaardcontracten in een uitgebreide garantiebepaling die heel wat lijkt en waar in het midden ergens, met maar een paar goed verstopte woorden, een *sole remedy clause* is opgenomen.

## Uitsluiting voor indirecte schade en gevolgschade komt vaak neer op uitsluiting van schades die afnemer met name lijdt.

Bedenk daarbij wel dat naarmate de overgebleven remedie minder om het lijf heeft, de kans toeneemt dat een rechter manieren bedenkt om door middel van interpretatie of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de *sole remedy clause* buiten toepassing te laten.<sup>13</sup>

### 3. Boetes

Een boete is blijkens artikel 6:91 BW 'ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel aansporing om tot nakoming over te gaan.'<sup>14</sup> Wij kennen dus boetes waarmee beoogd wordt schade te vergoeden en boetes die tot nakoming prikkelen.

De wet bepaalt in artikel 6:92 lid 2 BW dat hetgeen op grond van een boete verschuldigd is, in de plaats treedt van schadevergoeding op grond van de wet. Dat betekent dat als is bepaald dat bij schending van een bepaling de leverancier een boete van € 100 verbeurt en de daadwerkelijke schade € 500 is, de leverancier 'maar' € 100 aan de afnemer hoeft te betalen. Gelukkig voor de afnemer is die bepaling van regelend recht.<sup>15</sup> De afnemer doet er verstandig aan van dat regelende recht af te wijken. Hij kan dat doen door te bepalen dat boetes de overige rechten van de afnemer onverlet laten, waaronder op nakoming (afwijken van artikel 6:92 lid 3 BW) en schadevergoeding (afwijken van artikel 6:92 lid 2 BW, waarbij hij dan wel nog moet bepalen of de schadevergoeding verschuldigd is naast de boete of alleen voor het meerdere). Overigens doet hij er ook

7 Zie voor mijn antwoorden op die vragen T.J. de Graaf, 'Garanties versus non-conformiteit en exonerationen', *ORP* april 2012, nr. 3, p. 33-39.

8 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Amsterdam (kort geding) 16 juli 2010, LJN BN1454, (*GVB/CAF & Alstom*), r.o. 4.7. Volledigheidshalve meld ik dat ik als advocaat aan de zijde van het GVB bij deze zaak betrokken was.

9 HR 8 juli 2011, LJN BQ5068, *RvdW* 2011, 907 (*Ijsseloevers/De Jong*; concl. A-G Wuisman).

10 HR 27 april 2012, LJN BV1301, *NJ* 2012, 293 (hoofdzaak) en 294 (vrijwaringszaak) (*Hulskamp/De Beeldbrigade*; concl. A-G Wuisman).

11 HR 23 december 2011, LJN BT8457, *RvdW* 2012, 33 (*Levob/Roozendaal-van Kempen*; concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense).

12 HR 13 juli 2012, LJN BW4989, *RvdW* 2012, 960 (*Ohra/Gruia*; concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense).

13 T.J. de Graaf, *Exonerationen in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden), Serie Recht en Praktijk nr. 141, Deventer: Kluwer 2006, p. 89.

14 Zie daarover uitgebreid H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties, Deventer: Kluwer 2004.

15 Zie met betrekking tot boetes in ICT-overeenkomsten ook P. Wit & C.E. Drion, 'De Service Level Agreement: een bijzondere overeenkomst?', *Contracteren* 2005-2, p. 35 en W.F.R. Rinzema & H.N. Schelhaas, 'Contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten', *Computerrecht* 2009, 147.

goed aan te bepalen dat de boete onmiddellijk opeisbaar is en dat de wettelijke rente gaat lopen<sup>16</sup> zodra de boete opeisbaar<sup>17</sup> is.

De leverancier doet er niet goed aan er op te vertrouwen dat de rechter hem bij hoge boetes wel te hulp zal schieten door deze in een concreet geval te matigen. De laatste jaren is de Hoge Raad niet alleen steeds terughoudender aan het worden bij het ingrijpen in contracten tussen professionele

meer terughoudend dan de tweede maatstaf. Ten tweede, bij overeenkomsten tussen professioneel of commercieel handelende partijen lijkt in de regel extra terughoudendheid gepast bij de beantwoording van de vraag of een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>21</sup> Ten derde, als wordt getoetst of een exoneration naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is, moeten alle relevante omstandigheden in aanmerking worden genomen.<sup>22</sup>

## Boetes zijn schadefixerend en dus exonererend als de schade hoger is dan de boete.

partijen,<sup>18</sup> bij boetes lijkt hij er nog een schepje bovenop te doen door te bepalen dat bij het matigen van boetes op grond van artikel 6:94 BW extra terughoudendheid is gepast en het enkel uiteenlopen van geleden schade en de verschuldigde boete onvoldoende grond voor matiging is.<sup>19</sup>

### 4. Exoneraties

Een exoneration is een clause waarmee een eventuele verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie, onrechtmatige daad of anderszins contractueel wordt uitgesloten of beperkt. Het is belangrijk bij het toetsen van exonerationen in contracten tussen professionele partijen drie grondregels voor ogen te houden. Ten eerste, als een exoneration aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt getoetst is de maatstaf of het beroep op de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, en dus niet of het beroep op de exoneration in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.<sup>20</sup> De eerste maatstaf is

Een leverancier moet ervoor waken dat alle schade die hij moet vergoeden ook echt onder zijn exoneration valt. Het komt vaak voor dat een afnemer probeert een aansprakelijkheidsmaximum te koppelen aan een gebeurtenis (waardoor bij meerdere gebeurtenissen hetgeen de leverancier moet betalen behoorlijk uit de hand kan lopen) of de waarde van het product of de dienst waardoor de schade wordt veroorzaakt (waardoor de leverancier onbeperkt aansprakelijk zou kunnen zijn als de schade niet (goed) aan product of dienst kan worden gerelateerd, bijvoorbeeld bij schending van een geheimhoudingsbeding). Dat soort risico's vallen het makkelijkst in te perken door een aansprakelijkheidsbeperking op te nemen voor alle gebeurtenissen en alle overeenkomsten tezamen (een zogenaamde *global cap*).

Een afnemer denkt er vaak onvoldoende over na of de schade die hij bij wanprestatie van de leverancier waarschijnlijk zal lijden op grond van leveranciers exoneration ook echt voor vergoeding in aanmerking komt. Een leverancier probeert heel vaak zijn aansprakelijkheid voor directe schade te beperken en zijn aansprakelijkheid uit te sluiten voor indirecte schade en gevolgschade. Bij de uitsluiting voor indirecte schade en gevolgschade volgt in de regel een lange niet-limitatieve opsomming van hetgeen de leverancier daaronder verstaat, waaronder gederfde winst, gemiste besparingen en schade door bedrijfsstagnatie. Hoewel het lastig is directe, indirecte schade en gevolgschade te definiëren,<sup>23</sup> zal een afnemer bij dat soort lange niet-limitatieve opsommingen vaak tot de conclusie (moeten) komen dat de uitgesloten schades nu net de schades zijn die hij bij wanprestatie van de leverancier met

16 Artikel 6:93 BW bepaalt niets omtrent de vraag op welk moment wettelijke rente verschuldigd is over een ingevolge een boetebeding verbeurde geldsom, daarvoor is op grond van artikel 6:119 BW in verbinding met artikel 6:82 BW nodig een voorafgaande aanmaning, aldus HR 5 september 2008, LJN BD3127, NJ 2010, 272 (*Harold/gemeente Veghel*; concl. A-G Wuisman; m.nt. Jac. Hijma). Op grond daarvan raadt Hijma in zijn noot de schuldeiser aan een clause toe te voegen dat wettelijke rente automatisch zal gaan lopen zodra de boete opeisbaar wordt.

17 Op grond van artikel 6:93 BW is voor het vorderen van nakoming van de boete een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring nodig in deze gevallen als deze vereist is voor het vorderen van schadevergoeding.

18 Vgl. voor uitleg HR 19 januari 2007, LJN AZ3178, NJ 2007, 575 (*Meyer/PontMeyer*; concl. A-G Timmerman; m.nt. M.H. Wissink onder NJ 2007, 576) en HR 29 juni 2007, LJN BA4909, NJ 2007, 576 (*Derksen/Homburg*; concl. A-G Verkade; m.nt. M.H. Wissink) en R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Ars Aequi Cahiers Privaatrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009. Vgl. voor afgebroken onderhandelingen HR 12 augustus 2005, LJN AT7337, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*; concl. P-G Hartkamp). Vgl. voor exonerationen HR 15 oktober 2004, LJN AP1664, NJ 2005, 141 (*GTI/Zürich*; concl. A-G Timmerman).

19 HR 27 april 2007, LJN AZ6638, NJ 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*; concl. A-G Langemeijer). Zelfs in C2C-verhoudingen dient volgens de Hoge Raad terughoudendheid te worden betracht bij het matigen van boetes, zie HR 13 juli 2012, LJN BW4986, NJ 2012, 459 (*Zuidwind/Faase*; concl. A-G M.H. Wissink).

20 HR 9 januari 1998, LJN ZC2540, NJ 1998, 363 (*Gemeente Apeldoorn/Duis-*

*terhof*; concl. A-G Spier; m.nt. A.R. Bloembergen).

21 HR 15 oktober 2004, LJN AP1664, NJ 2005, 141 (*GTI/Zürich*; concl. A-G Timmerman). Strikt genomen valt dit niet uit dat arrest af te leiden. De Hoge Raad casseert het arrest van het Hof Arnhem (onder andere) omdat dit hof niet duidelijk heeft gemaakt welk gewicht hij heeft toegekend aan het argument van GTI dat 'bij overeenkomsten tussen professioneel dan wel commercieel handelende grote partijen in de regel extra terughoudendheid gepast is waar het gaat om het op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing laten van exonerationbedingen of in plaats daarvan gehanteerde bedingen, die een beperking van de verjaringstermijn... inhouden.' Toch leid ik hieruit af dat ook de Hoge Raad iets in dit argument ziet. Anders had de Hoge Raad wel geoordeeld dat dat argument niet relevant is.

22 HR 18 juni 2004, LJN AO6913, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*; concl. A-G Verkade; m.nt. Jac. Hijma).

23 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007-11, p. 226-231.

name zal lijden en/of de hoogste schadeposten zullen vertegenwoordigen. Als de leverancier het onderscheid tussen directe schade (vergoeden tot een maximum) en indirecte en gevolgschade (vergoeding uitsluiten) niet wil laten varen om zo alle schade onder hetzelfde maximum te laten vallen, is een compromis dat indirecte en gevolgschade tot een ander, vaak lager, maximumbedrag wordt beperkt dan de directe schade.

## 5. Beëindiging

Een overeenkomst kan op verschillende manieren worden beëindigd: door opzegging, ontbinding of vernietiging. Opzeggen is het zonder reden beëindigen van een overeenkomst. Overeenkomsten voor bepaalde tijd kunnen niet worden opgezegd, tenzij anders overeengekomen, de wet anders bepaalt (bijvoorbeeld artikel 7:408 lid 1 BW voor overeenkomsten van opdracht) of sprake is van onvoorziene omstandigheden.<sup>24</sup> Als wet of overeenkomst niet voorzien in een opzeggingsregeling, geldt dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen worden opgezegd.<sup>25</sup> De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen echter meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is als een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat,<sup>26</sup> een opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met een aanbod tot het betalen van schadevergoeding. Ontbinden is het gerechtelijk of buitengerechtelijk beëindigen van een overeenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de wederpartij (artikel 6:265 BW).<sup>27</sup> Overmacht staat niet in de weg aan ontbinding, wel aan schadevergoeding op grond van een tekortkoming in de nakoming (artikel 6:74 jo. 75 BW).<sup>28</sup> Vernietiging wordt in de praktijk in de regel gegrond op dwaling (artikel 6:228 BW).

Het rechtsgevolg van opzegging en ontbinding is dat partijen, vanaf het moment dat de opzegging respectievelijk ontbinding effect sorteert, bevrijd zijn van hun verbintenissen uit de overeenkomst. Bepaalde verbintenissen kunnen door middel van een zogeheten *survival clause* of naar hun aard na opzegging of ontbinding voortduren

(zoals een exoneration<sup>29</sup>). Daarnaast heeft ontbinding tot gevolg dat partijen reeds door hen ontvangen prestaties ongedaan moeten maken, maar ontbinding heeft (anders dan vernietiging) geen terugwerkende kracht (artikel 6:271 vs. 3:53 BW). Ontbinding heeft (onder andere) tot gevolg dat de leverancier het door de afnemer betaalde terug moet betalen, tenzij de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt (in welk geval daarvoor een waardevergoeding in de plaats treedt, artikel 6:272 BW). Vernietiging werkt terug tot het tijdstip waarop de overeenkomst is gesloten (artikel 3:53 BW) en heeft, net als ontbinding, tot gevolg dat de leverancier het door de afnemer betaalde terug moet betalen. Als de afnemer door de ontbinding of vernietiging ongerechtvaardigd is verrijkt, kan dit worden gecorrigeerd op grond van artikel 6:212 BW.

Vaak realiseren leveranciers zich niet dat hetgeen zij op grond van ontbinding aan de afnemer moeten terugbetalen niet onder hun exoneration valt. Neem het volgende voorbeeld: de leverancier heeft zijn aansprakelijkheid beperkt tot één keer de opdrachtsom, de afnemer heeft die opdrachtsom betaald, de leverancier schiet tekort in de nakoming van de overeenkomst en de afnemer lijdt schade ter hoogte van twee keer de opdrachtsom. Als de afnemer vervolgens de overeenkomst ontbindt en schadevergoeding vordert, dan moet de leverancier in het ergste geval twee keer de opdrachtsom aan de afnemer betalen, één keer op grond van de (ongedaanmakingsverbintenissen voortvloeiend uit de) ontbinding en één keer op grond van schadevergoeding tot het bedrag waarvoor hij zijn aansprakelijkheid

## Hetgeen als gevolg van ontbinding moet worden terugbetaald, valt niet onder een exoneration.

gemaximeerd heeft. Wil de leverancier dat niet, dan kan hij bijvoorbeeld met de afnemer overeenkomen dat ontbinding er niet toe leidt dat de leverancier het reeds betaalde hoeft terug te betalen. Overigens betogen Amerikaanse leveranciers vaak dat de gevolgen van ontbinding in strijd zijn met Generally Accepted Accounting Principles in de VS (US GAAP).

Omgekeerd moeten afnemers zich niet rijk rekenen met hetgeen zij op grond van ontbinding denken terug te kunnen krijgen. Stel een afnemer heeft in het kader van een duurovereenkomst gedurende een bepaalde periode van een leverancier zich steeds herhalende diensten (bijvoorbeeld hostingdiensten) afgenomen die voldeden aan de overeenkomst. Stel vervolgens dat de leverancier op een gegeven moment tekortschiet bij het verlenen van die diensten. Als de afnemer de overeenkomst terecht ontbindt, dan kan hij de genoten diensten niet teruggeven en treedt daarvoor een waardevergoeding in de plaats. Voor de

24 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 408 onder verwijzing naar onder andere HR 21 oktober 1988, LJN AD0483, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda; concl. A-G Biegman-Hartogh) en HR 10 augustus 1994, LJN ZC1428, NJ 1994, 688 (Aerts/Kneepkens; concl. A-G Hartkamp).

25 HR 28 oktober 2011, LJN BQ9854, RvdW 2011, 1311 (Gemeente de Ronde Venen/Stedin; concl. A-G Rank-Berenschot).

26 HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn; concl. A-G Hartkamp) en G.J.P. Vries, 'Opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Kwestie van contractvrijheid', NJB 2007, 1900.

27 Omwille van de overzichtelijkheid laat ik de gedeeltelijke ontbinding, de overige vereisten (blijvende onmogelijkheid, tijdelijke onmogelijkheid of verzuim, artikel 6:265 lid 2 BW) en de uitzonderingen (de tekortkoming rechtvaardigt, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet, artikel 6:265 lid 1 BW) buiten beschouwing.

28 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 678.

29 HR 16 juni 1978, LJN AC6283, NJ 1978, 625 (Stork/Foekens; concl. A-G Ten Kate; m.nt. G.J. Scholten).

periode dat hij de diensten zonder problemen heeft kunnen gebruiken, zal de waarde in de regel gelijk zijn aan het bedrag dat hij daarvoor al aan de leverancier heeft betaald en hoeft de leverancier voor die periode dus niets terug te betalen aan de afnemer (artikel 6:272 lid 1 BW). Voor de periode dat de diensten niet in overeenstemming waren met de overeenkomst, moet de afnemer voor de periode waarin dat het geval was aan de leverancier betalen ‘het bedrag van de waarde die de prestatie voor de ontvanger op dit tijdstip in de gegeven omstandigheden werkelijk heeft gehad’ (artikel 6:272 lid 2 BW). Dat komt er dan netto op

## Sole remedy clauses zijn erg venijnig.

neer dat de leverancier (een deel van het) geld terugbetaalt voor de periode waarin de prestatie achterbleef bij wat daarover in de overeenkomst was afgesproken.

### 6. Samenvatting

De voorgaande aandachtspunten kunnen als volgt worden samengevat.

#### 1. Garanties

- (a) leverancier: bepaal hoe de garanties die je geeft zich verhouden tot overige wettelijke remedies tijdens en na afloop van die garanties (bij koop: de remedies die voortvloeien uit non-conformiteit)
- (b) afnemer: accepteer geen *sole remedy clauses* in garanties van leverancier

#### 2. Boetes

- (a) leverancier: vertrouw er niet op dat rechters een hoge boete die je moet betalen wel zullen matigen
- (b) afnemer: bepaal dat boetes die leverancier moet betalen je overige rechten (waaronder nakoming en schadevergoeding (naast de boete of voor het meerdere)) onverlet laten en die boetes samen met de rente onmiddellijk opeisbaar zijn

#### 3. Exoneraties

- (a) leverancier: neem een *global cap* op waardoor je aansprakelijkheidsbeperking geldt voor alle schade veroorzaakt door alle gebeurtenissen in alle overeenkomsten tezamen
- (b) afnemer: accepteer geen aansprakelijkheidsuitsluiting voor de schades (met name indirecte schade en gevolgschade) die je bij wanprestatie van leverancier met name zult lijden en/of de hoogste schadeposten zullen vertegenwoordigen

#### 4. Beëindiging

- (a) leverancier: realiseer je dat hetgeen je op grond van ontbinding aan de afnemer moet terugbetalen niet onder je aansprakelijkheidsbeperking valt (en beperk zonodig het effect van ongedaanmakingsverbintenissen)
- (b) afnemer: accepteer niet een verregaande exoneratie van leverancier vanuit de ‘niet goed geld terug’ gedachte dat je bij ontbinding al hetgeen je hebt betaald toch wel terugkrijgt (hetgeen met name bij duurovereenkomsten vaak niet het geval zal zijn).

#### Over de auteur

Mr. Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh en universitair docent aan de Universiteit Leiden.