

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1 Commercieel Contractenrecht – Inleiding

1	Commercieel contractenrecht; van handelsrecht naar hoedanigheid	22
2	Differentiatie in commerciële contractanten: de positie van de kleine ondernemer/kleine onderneming	26
3	Wat ondernemers/ondernemingen eisen van het contractenrecht	30
4	De keuze van het toepasselijke commerciële contractenrecht: Engels recht ‘it is’	32
5	De invloed van het Anglo-Amerikaanse recht op internationale commerciële contracten, ook die geregeerd door ‘civil law’	36
5.1	De mythe van het Engelse contractenrecht: rechtszekerheid	38
5.2	De ondergewaardeerde positie van het Nederlandse commerciële contractenrecht	40
6	Beslechting van geschillen over commerciële contracten	43
6.1	Arbitrage	45
6.2	Netherlands Commercial Court (of Appeal)	47
6.3	De keuze van de ondernemer: arbitrage of NCC(A)?	55

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	62
2	De precontractuele fase bij commerciële contracten	66
2.1	Redelijkheid en billijkheid; gerechtvaardigde belangen wederpartij	66
2.2	Toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase	68
2.2.1	Mededelingsplichten	68
2.2.2	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbesteding	69
2.2.2.1	Private aanbesteding	69
2.2.2.2	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht: gelijkheid, transparantie, objectiviteit en evenredigheid	70
2.2.2.3	Remedies bij schending algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij een private aanbesteding	73
2.2.2.4	Toepasselijkheid algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbestedingen	74
2.2.2.5	Aanbestedingsvoorwaarden (1)	75
2.2.2.6	Andere omstandigheden van het geval (2), waaronder de hoedanigheid van partijen	76
2.2.2.7	Verkoop van onroerende zaken en andere schaarse goederen door de overheid	76
2.2.2.8	Contractuele uitsluiting algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbestedingen	79

2.2.2.9	Andere wegen om de toepasselijkheid van algemene beginselen van aanbestedingsrecht te ontgaan bij private aanbestedingen	82
2.2.3	Aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen over commerciële contracten	82
3	Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bij commerciële contracten	83
3.1	Totstandkoming van een overeenkomst	83
3.2	Totstandkoming van een overeenkomst op hoofdpunten	85
3.3	Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen over een commercieel contract	88
3.3.1	De aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen; de contractsvrijheid staat voorop	88
3.3.2	Het arrest CBB/JPO: het standaardarrest voor de aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen	93
3.3.3	De reikwijdte van CBB/JPO: bestaat fase twee (kostenvergoeding zonder dat het afbreken onaanvaardbaar is) nog?	96
3.3.4	Grondslagen voor aansprakelijkheid bij het afbreken van onderhandelingen	98
3.3.5	Grondslag 1: totstandkomingsvertrouwen wederpartij afbreker	98
3.3.6	Uitzondering: goede reden voor afbreken	101
3.3.7	Grondslag 2: andere omstandigheden van het geval	105
3.3.8	Onderhandelingen door een tussenpersoon	108
3.4	Andere grondslagen voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking	109
3.5	Remedies in geval van aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen	111
3.5.1	Inleiding; overzicht remedies bij afgebroken onderhandelingen	111
3.5.2	Positief contractbelang (gederfde winst)	111
3.5.3	Negatief belang: kosten en kansschade	113
3.5.4	Bevel tot dooronderhandelen	115
4	Contractuele regelingen in de fase van onderhandelingen over een commercieel contract	117
4.1	Contractuele (her)onderhandelingsbedingen	117
4.2	Contractuele bedingen betreffende de onderhandelingsfase ('letter of intent' en dergelijke) – algemeen	118
4.2.1	Contractuele afspraak: de (on)verbindendheid van (bepaalde bedingen in) het contract	119
4.2.2	Contractuele afspraak: het al dan niet exclusief onderhandelen met een partij	120
4.2.3	Contractueel beding: geheimhouding onderhandelingen	121
4.2.4	Contractueel beding: voorwaarden voor het tot stand komen of het inwerkingtreden van het contract ('subject to'-bepalingen)	124
4.2.5	Contractueel beding: uitsluiten of beperken aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen	125

4.2.6	Contractueel beding: break-up fee target-vennootschap	125
4.2.6.1	Belang bij een break-up fee	125
4.2.6.2	Diverse rechtsgronden om een onaanvaardbare break-up fee aan te tasten	126
4.2.7	Contractueel beding: rechts- en forumkeuze	129
4.3	Onderhandelen en contracteren met een voorbehoud ('subject to'-bepalingen)	129
4.3.1	Algemeen	129
4.3.2	Soorten voorwaarden: totstandkomingsvoorwaarde, opschortende voorwaarde, ontbindende voorwaarde	130
4.3.3	Het zeer beperkte toepassingsbereik van de zuiver potestatieve voorwaarde	132
4.3.4	Het intreden van een voorwaarde: geen gedeelde winst, wel kosten bij afgebroken onderhandelingen?	134
4.3.5	Het (niet) kunnen inroepen van de voorwaarde: art. 6:23 BW en de redelijkheid en billijkheid	135
4.3.6	Voorbehoud 'subject to contract' (voorbehoud volledig contract); 'subject to signature' (voorbehoud bevoegde ondertekening door alle partijen)	138
4.3.7	Subject to contract/subject to signature naar Engels recht	143
4.3.8	Voorbehoud 'subject to board approval'	144
4.3.9	Voorbehoud 'subject to approval': onderhandelen met overheidslichamen	154
4.3.10	Voorbehoud 'subject to finance'	156
5	Grensoverschrijdend onderhandelen: aspecten van internationale bevoegdheid en toepasselijk recht	157
5.1	Algemeen	157
5.2	Bevoegde rechter	158
5.3	Toepasselijk recht	162
Hoofdstuk 3 Toerekening van kennis bij commerciële contracten		
1	Inleiding: toerekening van kennis in het commerciële contractenrecht	169
2	Een hulppersoon sluit een overeenkomst namens een ander: de leer van het grootste aandeel (art. 3:66 lid 2 BW)	170
2.1	(Analogische) toepassing leer grootste aandeel alleen bij volmacht en daarmee vergelijkbare gevallen	170
2.2	De toepassing van de leer van het grootste aandeel	173
3	Toerekening van kennis aan een rechtspersoon van personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt	177
3.1	Inleiding	177
3.2	De Kleuterschool Babbel-maatstaf: de verkeersopvattingen bepalen of wetenschap van een functionaris aan de rechtspersoon plaatsvindt	178

3.3	Gezichtspunten bij toerekening van kennis van een functionaris op grond van de verkeersopvattingen	181
3.3.1	De positie van de functionaris	181
3.3.1.1	Organen, bestuurders en andere feitelijk leidinggevend	185
3.3.1.1.1	Toerekening van kennis van (een lid van) een orgaan van de rechtspersoon	185
3.3.1.1.2	Toerekening van kennis van de bestuurder (formeel en/of feitelijk)	186
3.3.1.1.3	Toerekening van kennis van de bedrijfsleiding	188
3.3.1.2	Toerekening van kennis van lagere functionarissen (1): kennisverantwoordelijke functionaris	190
3.3.1.3	Toerekening van kennis van lagere functionarissen (2): organisatieplicht (kennis- en informatiemanagement) van de rechtspersoon	192
3.3.1.3.1	Organisatieplicht en informatiemanagement	192
3.3.1.3.2	Documentatieplicht	198
3.3.1.3.3	Informatiedoorgeleidingsplicht	200
3.3.1.3.4	De onderzoeksplicht van de handelende functionaris	201
3.3.2	Fictieve wetenschap rechtspersoon zelf, zonder directe toerekening van kennis van fysieke personen aan de rechtspersoon	201
3.4	Uitzonderingen op de toerekening van kennis aan de rechtspersoon van bestuurders en andere functionarissen	203
3.4.1	Geval (1): geen of minder spoedige toerekening van kennis van een functionaris: een norm strekt tot bescherming van de rechtspersoon	204
3.4.2	Geval (2): interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van een ongeoorloofde belangentegenstelling tussen bestuurder en rechtspersoon	208
3.4.3	Geval (3): een benadeelde rechtspersoon stelt een vordering in tegen een derde waarmee de bestuurder van de benadeelde rechtspersoon onrechtmatig heeft samengespannen	209
3.5	Spoediger toerekening van wetenschap van een functionaris: een norm strekt tot bescherming van de wederpartij van de rechtspersoon	211
4	Toerekening van kennis aan een rechtspersoon van een persoon die niet namens die rechtspersoon deelneemt aan het rechtsverkeer	212
4.1	Geen toepasselijkheid Kleuterschool Babbel-maatstaf indien een persoon niet namens een rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt	212
4.2	Hoge Raad: voor toerekening kennis van een hulppersoon door wie de rechtspersoon niet aan het rechtsverkeer deelneemt, geldt niet de leer van het grootste aandeel (art. 3:66 lid 2 BW)	215
4.3	Algemeen: terughoudendheid bij toerekening van kennis van een zelfstandige hulppersoon aan een partij die de hulppersoon niet heeft ingeschakeld om aan het rechtsverkeer deel te nemen (intern adviseur)	216

4.4	Gezichtspunten bij toerekening van kennis van een zelfstandige hulppersoon aan een (rechts)persoon die de hulppersoon niet gebruikt voor deelname aan het rechtsverkeer (intern adviseur)	218
4.5	Toerekening van kennis in concernverband	220
4.5.1	Inleiding en algemene gezichtspunten	220
4.5.2	Toerekening van kennis omlaag: van moeder naar dochter	221
4.5.3	Toerekening van kennis omhoog: van dochter aan moeder	223
4.5.4	Toerekening van kennis opzij: tussen zustervennootschappen	224
5	Gezichtspunten voor toerekening van wetenschap te ontlenen aan de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen?	224
6	toerekening van kennis van de vennootschap aan een natuurlijke persoon	230
7	Contractuele regelingen betreffende (niet-)toerekening van kennis	231

Hoofdstuk 4 Vertegenwoordiging bij het sluiten van commerciële contracten

1	Vertegenwoordiging – definitie en gronden van vertegenwoordiging	235
2	Vertegenwoordiging krachtens volmacht	236
2.1	Begrip; vertegenwoordiging ziet alleen op rechtshandelingen en niet op feitelijke handelingen	236
2.2	Verlening van de volmacht	237
2.3	De volmacht is persoonlijk en niet-privatief	238
2.4	Rechtsgevolg volmacht	239
2.5	Einde volmacht	239
2.6	Wie is partij bij de overeenkomst?	239
2.6.1	Handelen voor zichzelf (partij) of in naam van een ander (vertegenwoordiger)?	239
2.6.2	Wijziging partij na het sluiten van de overeenkomst	242
2.7	De aanstellingsvolmacht	242
2.8	Vervolg; de aanstellingsvolmacht en openbaar gemaakte beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij een rechtspersoon	246
2.9	Bescherming wederpartij tegen onbevoegde vertegenwoordiging	250
2.9.1	Gerechvaardigd vertrouwen dat een toereikende volmacht is verleend	251
2.9.2	Gerechvaardigd vertrouwen gewekt door toedoen	254
2.9.3	Van toedoenbeginsel naar risicobeginsel	255
2.9.4	De rechtspersoon als achterman die toedoen van schijn van volmacht bewerkstelligt of risico van onbevoegde vertegenwoordiging draagt	262
2.10	Bekrachtiging en schijn van bekrachtiging	265
2.11	De aansprakelijkheid van de tussenpersoon jegens de wederpartij wegens onbevoegde vertegenwoordiging	266
2.11.1	De aansprakelijkheid van de tussenpersoon op grond van art. 3:70 BW	268

2.11.2	Aansprakelijkheid van de tussenpersoon op grond van art. 3:76 lid 2 BW	273
2.11.3	De aansprakelijkheid van de tussenpersoon op grond van een eigen onrechtmatige daad, en aansprakelijkheid van de achterman op grond van een kwalitatieve aansprakelijkheid of het Kleuterschool Babbel-criterium	274
2.12	De rechtsverhouding tussen achterman en tussenpersoon	278
3	Vertegenwoordiging van de nv en de bv	278
3.1	Als regel vertegenwoordiging door het bestuur vereist	278
3.2	Besluit met externe werking: geen extra vertegenwoordigingshandeling vereist	279
3.3	De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur als collectief en van de individuele bestuurder	280
3.3.1	Hoofregel: het bestuur als collectief en iedere individuele bestuurder is vertegenwoordigingsbevoegd	280
3.3.2	Uitzondering (1): twee wettelijk geoorloofde statutaire beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een individuele bestuurder	283
3.3.3	Uitzondering (2): dwingendrechtelijke toestemming, goedkeuring of medewerking van een ander orgaan	285
3.4	Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang	285
3.4.1	Tegenstrijdigbelangregeling: van externe werking naar interne werking	285
3.4.2	Wanneer is er sprake van een tegenstrijdig belang?	286
3.4.3	Procedure bij tegenstrijdig belang	289
3.4.4	Rechtsgevolgen bij niet-naleving van de tegenstrijdigbelangregeling	291
3.5	Tegenwerpbaarheid van interne bevoegdheidsbeperkingen in geval van misbruik door de derde	292
3.6	Vertegenwoordiging door anderen dan bestuurders	294
3.7	Welke (beperking van de) vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennootschap moet openbaar worden gemaakt	295
3.8	Bescherming van de wederpartij en de rechtspersoon tegen onbevoegde vertegenwoordiging	296
Hoofdstuk 5 Uitleg en aanvulling van commerciële contracten		
1	Inleiding	302
2	Uitleg van contracten naar Nederlands recht	304
2.1	Inleiding	304
2.2	Uitleg van overeenkomsten naar Nederlands recht: primair subjectieve uitleg	304
2.3	Uitleg naar Nederlands recht: subsidiair objectieve uitleg	308
2.3.1	De rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg	310
2.3.2	De CAO-norm	312
2.3.3	De objectieve Haviltex-maatstaf	318

2.4	Objectieve Haviltex-maatstaf: geen verklaringen over en weer over het beding (o.a. algemene voorwaarden en standaardbepalingen)	319
2.5	Objectieve Haviltex-maatstaf: contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod	323
2.6	Objectieve Haviltex-maatstaf: overeenkomst gebaseerd op openbare aanbesteding	324
2.7	Objectieve Haviltex-maatstaf: zorgvuldig tot stand gekomen commercieel contract tussen professionele partijen	325
2.7.1	De behoefte van ondernemers aan objectieve uitleg	325
2.7.2	De arresten Meyer Europe/PontMeyer (2007) en volgende: groot gewicht taalkundige uitleg commercieel contract	328
2.7.3	De processuele varianten van het voorshands groot gewicht toekennen aan een taalkundige uitleg	333
2.7.4	Het arrest Lundiform/Mexx (2013): de Haviltex-maatstaf blijft beslissend ook bij uitleg commercieel contract. Het Valerbosch-arrest (2019): geen specifieke vereisten voor een voorshands taalkundige uitleg	335
2.7.5	Gezichtspunten voor toepassing van een voorshands taalkundige uitleg bij een commercieel contract	340
2.7.6	Relativering van de gedachte dat professionele partijen een commercieel contract zorgvuldig opstellen	345
2.8	Bijzondere objectieve uitlegnorm: publiciteitsvereiste delen van overdrachts- of vestigingsakten	347
3	Gezichtspunten bij een redelijke uitleg van commerciële contracten	352
3.1	Algemeen: herwaardering van uitlegregels en gezichtspunten bij uitleg?	352
3.2	De bewoordingen van het contract(sbeding)	354
3.3	De structuur van het contract	357
3.4	Bijzonder beding gaat voor algemeen beding?	358
3.5	De considerans	359
3.6	De aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg	360
3.7	De verhouding tot eerdere en andere (samenhangende) contracten	362
3.8	De aard van het contract	362
3.9	Het commerciële doel van het contract	364
3.10	Handelsgebruiken en verkeersopvattingen	365
3.11	De ernst van de gevolgen	367
3.12	De totstandkomingsgeschiedenis van het contract	368
3.13	Uitvoering van het contract	369
3.14	Dynamische uitleg	370
3.15	De hoedanigheid van partijen	374
3.15.1	Inleiding	374
3.15.2	Vervolg; onderzoeksplicht professionele partij en ontbreken mededelingsplicht jegens een professionele partij	374

3.16	Uitleg contra proferentem	376
3.16.1	Uitleg contra proferentem bij consumentencontracten	376
3.16.2	Uitleg contra proferentem bij commerciële contracten?	379
3.17	Deskundigheid en deskundige bijstand	381
4	Uitleg en kwalificatie van overeenkomsten	383
4.1	Het belang van kwalificatie; de gemengde overeenkomst (art. 6:215 BW)	383
4.2	Kwalificatie van een overeenkomst	386
4.2.1	Tweefasenleer	386
4.2.2	Uitleg van een overeenkomst voorafgaand aan de kwalificatie daarvan	388
4.2.3	Uitzondering op de kwalificatie van een dwingendrechtelijke overeenkomst (de ‘alsgeheel’-toets)	390
5	De uitleg van contracten jegens derden	392
5.1	Inleiding	392
5.2	Wie is een derde? Niet-rechtsopvolgers onder algemene of bijzondere titel of toetredende partijen (meerpartijenovereenkomsten)	393
5.3	De objectieve Haviltex-norm	394
5.4	Verschil cao-norm en objectieve Haviltex jegens derden?	400
5.5	Art. 3:36 BW	402
5.6	De rol van derden binnen de normale Haviltex-norm	403
5.7	Uitleg jegens derden in de DCFR	408
6	Procesrechtelijke aspecten van uitleg van contracten	409
6.1	Inleiding; bewijsovereenkomst	409
6.2	Bewijsrecht en de uitleg van (schriftelijke) contracten – stelplicht en bewijslast uitleg; bewijsvermoedens	410
6.3	Het schriftelijke contract als akte	413
6.4	Vervalste tekst contract en/of vervalste handtekening	416
6.5	Getuigenbewijs ten aanzien van de uitleg van contracten	417
6.6	Rechterlijke vrijheid bij de uitleg van contracten	420
6.7	Toetsing in cassatie van rechterlijke uitspraken over uitleg	422
7	Uitleg van contracten in internationaal perspectief	424
7.1	Inleiding	424
7.2	Objectieve uitleg: Engels recht	424
7.3	Vervolg; de parol evidence rule	435
7.4	Subjectief-objectieve uitleg: Nederlands en Duits recht	437
7.5	Primair subjectieve uitleg, subsidiair redelijke uitleg: Frans en Belgisch recht	438
7.6	Uitleg in internationale regelingen: CISG, UP, PECL en DCFR	440
7.7	Uitleg van ‘internationale contractsbedingen’ naar Nederlands recht	441
8	Contractuele vormgeving van uitleg van commerciële contracten	449
8.1	Inleiding	449
8.2	Definitiebepalingen	449
8.3	Structuurbepalingen	449

8.4	Kwalificatiebepalingen	450
8.5	Keuze voor objectieve (grammaticale) uitleg	451
8.6	De entire agreement clause	453
8.6.1	De beperkte en ruime EAC naar Anglo-Amerikaans recht	453
8.6.2	De EAC naar Nederlands recht – een kwestie van uitleg	454
8.6.3	De juridische kwalificatie van een EAC naar Nederlands recht	456
8.6.4	Betekenis van de EAC voor de uitleg van de overeenkomst?	459
8.6.5	EAC en aanvullende werking redelijkheid en billijkheid	461
8.7	De no oral modification clause	462
8.8	Non-waiver clause	467
9	Aanvulling van de overeenkomst	468
9.1	Aanvulling van de overeenkomst door wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid	468
9.2	Toepassingsvereisten voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	470
9.3	Uitleg en aanvulling: overlopende en communicerende vaten	477
9.4	De inhoud van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	480
9.5	Remedies bij schending van verbintenissen ontstaan uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	484
9.6	Contractuele beperkingen van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid?	484

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

1	Inleiding: garanties, vrijwaringen en inspanningsbedingen, een kwestie van uitleg	489
2	Doeleinden van een garantie, en onderzoek door de koper	492
3	Garantie, tekortkoming en non-conformiteit	494
3.1	Beperkingen van de garantie door weten of behoren te weten van de koper	500
3.1.1	Beperking garantie door feitelijke wetenschap koper?	500
3.1.2	Beperking garantie door onderzoeksplicht koper (behoren te weten van de koper)?	504
3.1.3	Beperking van de garantie: garantie beperkt tot wetenschap van de verkoper	508
3.2	De informatiegarantie: een contractuele mededelingsplicht	510
4	Een garantie stelt een overmachtverweer terzijde	517
5	Garantie en bestuurdersaansprakelijkheid	519
6	Andere rechtsgevolgen van een garantie	521
6.1	Beroep op onvoorzienne omstandigheden (nog) minder snel aanvaard (art. 6:258 BW)	521
6.2	Een garantie maakt een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW)	522

6.3	Schending van een garantie toont spoedig blijvende onmogelijkheid nakoming aan (geen verzuim eis)	523
6.4	Een garantie kan een zorgplicht op grond van onrechtmatige daad jegens derden bewerkstelligen	523
7	Remedies in geval van inbreuk op een garantie	524
7.1	Wettelijke en contractuele klachtplicht bij inbreuk op een garantie	525
7.1.1	De wettelijke klachtplicht (art. 7:23 BW en art. 6:89 BW); een garantie verlengt de klachttermijn	525
7.1.2	Contractuele klachtplichtregelingen	526
7.2	Uitsluiting of afstand van ontbinding en vernietiging; vergeet desgewenst niet ook wijziging en nakoming uit te sluiten	530
7.3	Schadevergoeding wegens het schenden van een garantie	534
7.3.1	Inleiding	534
7.3.2	Schadevergoeding op grond van wanprestatie, schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad, opheffing nadeel wegens dwaling	535
7.3.3	Wanneer schadevergoeding vorderen wegens wanprestatie en wanneer op grond van een onrechtmatige daad? Het verschil tussen 'warranties' en 'representations'	538
7.3.4	Schadeberekening bij inbreuk op een garantie; de wijze waarop de koopprijs tot stand is gekomen is leidend	540
7.3.5	De schadevergoeding wegens inbreuk op een garantie is niet beperkt tot maximaal de koopprijs	542
7.3.6	Wie lijdt schade: de koper of de doelwitvennootschap?	543
7.3.7	Kan de koper van een target de Poot/ABP-doctrine (afgeleide schade) tegengeworpen krijgen?	545
7.3.8	Eigen schuld koper	546
7.3.9	Voordeelstoerekening	546
7.3.10	Geen wettelijke handelsrente bij een garantieclaim	547
7.3.11	Limitering schadevergoeding (de 'cap')	547
8	Vrijwaringen ('indemnities')	548
9	Garanties en vrijwaringen naar Engels recht ('warranties' en 'indemnities')	551
9.1	Het grotere belang van garanties en due diligence naar Engels recht dan naar Nederlands recht	551
9.2	De begrippen guarantee, condition, warranty, indemnity en representation	553
9.2.1	Guarantee	553
9.2.2	Condition	554
9.2.3	Innominate term	554
9.2.4	Warranty; disclosure	555
9.2.5	Indemnity	557
9.2.6	Representation; misrepresentation; het gevolg van een 'non reliance' of 'entire agreement clause'	558
9.2.6.1	Representation: precontractuele mededeling of ook contractsbeding?	558

9.2.6.2	Misrepresentation	559
9.2.6.2.1	Remedies bij misrepresentation: vernietiging of schadevergoeding	559
9.2.6.2.2	Uitsluiten (aansprakelijkheid) misrepresentation?; non-reliance clause en entire agreement clause	561
10	Contractuele inspanningsplichten ('endeavours' of 'efforts' clausules)	562
10.1	De inspanningsplicht naar Nederlands recht	562
10.2	Een voorbeeld van een inspanningsplicht: earn out-bepalingen	571
10.3	Efforts clauses naar Engels recht: best efforts, reasonable efforts, all reasonable efforts	573
10.4	Gezichtspunten bij het opstellen van een inspanningsbeding	578
Hoofdstuk 7 Algemene voorwaarden bij en exonerationbedingen in commerciële contracten		
1	Algemene voorwaarden en individuele bedingen	584
1.1	Inleiding: bijzondere positie commerciële contractant als wederpartij bij algemene voorwaarden	584
1.2	Algemene voorwaarde of individueel beding?	585
1.3	Kernbeding	585
1.4	Bestemmingscriterium	589
2	Verweren van de wederpartij tegen een beding in algemene voorwaarden	591
3	De toepasselijkheid van algemene voorwaarden	591
3.1	Algemeen: 'normale' regels totstandkoming	591
3.2	De verwijzing naar algemene voorwaarden na de totstandkoming van de overeenkomst (in een bevestigingsbrief, op facturen, en dergelijke)	594
3.3	Nederlandstalige algemene voorwaarden en een buitenlandse wederpartij: een onderzoeksplicht voor een professionele buitenlandse wederpartij	599
3.4	Toepasselijkheid algemene voorwaarden indien het Weens Koopverdrag van toepassing is	601
3.5	Verwijzing naar verschillende sets algemene voorwaarden door de ene of de andere partij	603
3.6	Verwijzing naar verschillende sets algemene voorwaarden door de gebruiker	603
3.7	Verwijzing naar verschillende sets algemene voorwaarden door de gebruiker en de wederpartij ('battle of the forms')	605
3.7.1	Oplossingsrichtingen in geval van een 'battle of the forms'	605
3.7.2	Ruime begrippen 'aanbod' en 'aanvaarding'	607
3.7.3	Uitdrukkelijk van de hand wijzen	607
4	Op grote wederpartijen en/of internationale overeenkomsten zijn de informatieplicht en onredelijk-bezwarendheidsmaatstaf niet van toepassing	609
4.1	Inleiding	609

4.2	Grote wederpartij (art. 6:235 lid 1 BW)	610
4.3	Internationale overeenkomsten (art. 6:247 lid 2 BW)	612
5	Informatieverplichting gebruiker	614
5.1	Hoofregel: terhandstelling bij papieren voorwaarden en uitzonderingen op de terhandstellingseis	614
5.1.1	Hoofregel: terhandstelling papieren voorwaarden	615
5.1.2	Uitzondering: terhandstelling papieren voorwaarden redelijkerwijs niet mogelijk	616
5.1.3	Uitzondering: wederpartij bekend met beding in algemene voorwaarden	617
5.1.4	Uitzondering: beroep op terhandstelling naar maatstaven redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar	618
5.2	Elektronische terbeschikkingstelling	619
5.2.1	Toepassingsvereisten elektronische terbeschikkingstelling	619
5.2.2	Wijze van elektronische terbeschikkingstelling	621
5.3	De lichte informatieplicht van dienstverrichters	623
5.4	De bewijslast dat de gebruiker aan zijn informatieplicht heeft voldaan	626
5.5	Zin en onzin van de informatieplicht betreffende algemene voorwaarden	628
6	Exoneratiebeding in strijd met de wet, de openbare orde en de goede zeden	629
7	De toets van onredelijk-bezwarendheid of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	630
7.1	De verhouding van onredelijk-bezwarendheid tot de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid	630
7.2	De inhoud van de onredelijk-bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW)	632
7.3	De terughoudende toetsing in het kader van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	635
7.4	Gezichtspunten in het kader van de toetsing van exoneratiebedingen	636
7.4.1	De zwaarte van de schuld aan de zijde van de gebruiker	639
7.4.2	De aard en ernst van de voorzienbare schade (letsel- en overlijdensschade-zaakschade-gevolgschade)	643
7.4.3	De aard en verdere inhoud van de overeenkomst	643
7.4.4	De verhouding tussen de prijs en de voorzienbare omvang van de schade (wanverhouding beloning-schade)	644
7.4.5	De verhouding tussen de omvang van de exoneratie en de voorzienbare omvang van de schade (wanverhouding aansprakelijkheid-schade)	645
7.4.6	Of een beding afwijkt van een bepaling van regelend recht of van hetgeen tussen partijen bij gebreke van een beding zou gelden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW)	646

7.4.7	Of het exoneratiebeding een kernprestatie (waaronder een garantie) geheel uitsluit	647
7.4.8	De mogelijkheid dat nog andere remedies open staan	649
7.4.9	De maatschappelijke positie (hoedanigheid) van partijen: extra terughoudendheid bij toetsing van een exoneratiebeding in een commercieel contract gesloten tussen professionele partijen	649
7.4.10	De (on)deskundigheid van partijen	651
7.4.11	De deskundige bijstand van partijen	652
7.4.12	De afwentelingsmogelijkheid van de schade door de gebruiker op diens voorschakel (zie art. 7:25)	653
7.4.13	Verzekering: feitelijk, mogelijk of gebruikelijk voor de gebruiker of de wederpartij	653
7.4.14	De mogelijkheid voor de gebruiker om het eigen vermogen te benutten c.q. winst te reserveren om eventuele schade te vergoeden	653
7.4.15	De wijze waarop het beding tot stand is gekomen: eenzijdig door gebruiker of door een brancheorganisatie in samenspraak met een organisatie van de wederpartij, uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming, gebruikelijkheid in de branche	654
7.4.16	Is er al dan niet sprake van een verrassend beding?	655
7.4.17	De duidelijkheid van het exoneratiebeding	655
7.5	Het onderscheid consument en niet-consument; reflexwerking van de zwarte en grijze lijst	656
7.6	Een boilerplate verklaard: uitsluiting van gevolgschade ('indirect loss' of 'consequential loss')	661
8	De vernietiging c.q. onaanvaardbaarheid van een (algemene) voorwaarde	665
8.1	De wijze van vernietiging van algemene voorwaarden	665
8.2	Het redden van nietige bedingen in algemene voorwaarden	667
8.2.1	Partiële nietigheid; ongeldigheid koppelbeding	667
8.2.2	Conversie	668
8.2.3	Contractuele conversie (reddings- of reductiebeding)	670
8.2.4	Onaanvaardbaarheid (exoneratie)beding	670
8.2.4.1	Geen beroep mogelijk op het beding	670
8.2.4.2	Partiële werking redelijkheid en billijkheid	670
8.3	De beknelde tussenschakel	672