

Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen

RECHT EN PRAKTIJK Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw
3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht
- 6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
- 6b. Huurrecht bedrijfsruimten
- 6c. Huurprijzenwet woonruimten
- 7a. Zekerheidsrechten (hypothek)
- 7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)
8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk
- 10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
- 10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)
11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte. Verkenningen
35. Kopers en economische eigenaars van onr.goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van producten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering (achtergestelde lening)
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onr.goed
59. Kadaster, openbare registers en derden-bescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrjddende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve acties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering roer. zaken d.m.v. zakenr. waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverz. op claims madegrondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissair in effecten
110. Schade en loss occurrence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's/vragen aansprakelijkheid en verz.
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid vorderingen uit partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese Naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Wijzigen ovk en werking van redelijkh. en billijkh.
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulpverleners
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen

Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen

TYCHO DE GRAAF

Kluwer – Deventer – 2006

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 90 13 03659 7

© 2006 T.J. de Graaf

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Als u hier bezwaar tegen hebt, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570 – 673449.

Abonnementen kunnen op elk moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering. Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Woord vooraf

Partijen kunnen hun eventuele verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad uitsluiten of beperken door een exoneration overeen te komen. Onder omstandigheden staat het een exonerant niet vrij zich op zijn exoneration te beroepen. Op 19 mei 1967 overwoog de Hoge Raad in het *Saladin/HBU*-arrest in dat verband:

“dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degenen die - gelijk te dezen de Bank - bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest;”¹

Juristen weten vaak niet goed wat zij met deze overweging aan moeten. Dat komt onder andere omdat de opsomming van omstandigheden niet-limitatief is en ook niet duidelijk wordt hoe zwaar de opgesomde omstandigheden wegen. Door in dit boek de *Saladin/HBU*-omstandigheden te analyseren en in te kleuren wordt nagaan onder welke omstandigheden geen beroep kan worden gedaan op een exoneration. De aldus opgedane kennis wordt toegepast op de in de ICT-praktijk vaak gebruikte FENIT-voorwaarden en BiZa-contracten. Op die manier wordt gepoogd juristen praktische handvaten aan te reiken waarmee zij beter in staat zijn exonerationen op te stellen en er voor te zorgen of juist te voorkomen dat een exoneration onderuit wordt gehaald.

De auteur is als advocaat werkzaam bij NautaDutilh. Dit boek kwam mede dankzij steun van NautaDutilh tot stand.

1 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (concl. A-G Van Oosten; *Saladin/HBU*; m.nt. G.J. Scholten).

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	IX
1 INLEIDING	1
2 CONTROLEMECHANISMEN	5
2.1 Geen tweefasentoetsing	5
2.2 Wel tweesporenstelsel	7
3 ZWAARTE VAN DE SCHULD – IN HET ALGEMEEN ONAANVAARDBAAR	13
3.1 Eigen opzet	13
3.2 Eigen bewuste roekeloosheid	15
3.3 Ongeclausuleerde exoneration	21
3.4 Het begrip ‘eigen’	23
3.4.1 Hoofdregel (‘leverancier is aansprakelijk voor x tot y’)	25
3.4.2 Uitzondering (‘behoudens opzet of bewuste roekeloosheid’)	28
3.5 Tussenconclusie	33
3.6 FENIT en BiZa	34
4 ZWAARTE VAN DE SCHULD – ONDER OMSTANDIGHEDEN ONAANVAARDBAAR	45
4.1 Deskundigheid	45
4.1.1 Deskundigheid van de leverancier	47
4.1.2 Deskundigheid van de afnemer	67
4.1.3 Relatieve deskundigheid van de leverancier ten opzichte van de afnemer	70
4.1.4 Tussenconclusie	71
4.1.5 FENIT en BiZa	73
4.2 Mede in verband met de aard en ernst van de betrokken belangen	80
5 AARD EN VERDERE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST	83
5.1 Aard van de overeenkomst	83
5.1.1 Verhouding hoofdverplichtingen en stilzwijgende garanties	84
5.1.2 Hoofdverplichtingen	85
5.1.3 Garanties	92
5.1.4 FENIT en BiZa	110
5.2 Verdere inhoud van de overeenkomst	118
5.2.1 Toerekening bij gebruik hulpzaken	119
5.2.2 Wanverhoudingen	122

5.2.3	Voorschakel	124
5.2.4	Verzekeringen	128
5.2.5	Tussenconclusie	136
5.2.6	Third party-verzekeringen in de ICT	137
5.2.7	First party-verzekeringen in de ICT	142
5.2.8	FENIT en BiZa	143
6	MAATSCHAPPELIJKE POSITIE EN ONDERLINGE VERHOUDING VAN PARTIJEN	151
7	WIJZE WAAROP HET BEDING TOT STAND IS GEKOMEN	153
7.1	Gebondenheidseis	154
7.2	Informatieplicht	155
7.3	Kritiek	156
7.4	Betekenis voor exonerationen	159
8	MATE WAARIN WEDERPARTIJ ZICH VAN DE STREKKING VAN HET BEDING BEWUST IS GEWEEST	161
9	CONCLUSIE	163
9.1	Inleiding	163
9.2	Zwaarte van de schuld mede in verband met de aard en ernst van de betrokken belangen	165
9.3	Aard en verdere inhoud van de overeenkomst	168
9.4	Overige omstandigheden	171
9.5	Afronding	173
	SUMMARY	175
	BIJLAGEN	185
	1 – FENIT 2003	187
	2 – FENIT 1994	193
	3 – COSSO 1993	197
	4 – COSSO 1990	201
	5 – COSSO 1986	205
	6 – COSSO 1978	207
	7 – BiZa-licentieovereenkomst	209
	LITERATUUR	219
	JURISPRUDENTIEREGISTER	229
	TREFWOORDENREGISTER	233

Lijst van afkortingen

<i>A&V</i>	<i>Aansprakelijkheid Verzekering en schade</i>
<i>AA</i>	<i>Ars Aequi</i>
<i>A-G</i>	Advocaat-Generaal
<i>AV&S</i>	<i>Aansprakelijkheid Verzekering en Schade</i>
<i>AVB</i>	Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven
<i>Aw</i>	Auteurswet
<i>BAV</i>	Beroepsaansprakelijkheidsverzekering
<i>BiZa</i>	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
<i>BW</i>	Burgerlijk Wetboek
<i>CAO</i>	Collectieve Arbeidsovereenkomst
<i>COSSO</i>	Vereniging Computer Service- en Software Bureaus
<i>EUR</i>	Euro's
<i>FENIT</i>	Federatie van Nederlandse Ondernemingen in de Informatietechnologie
<i>GBP</i>	Britse Ponden
<i>HR</i>	Hoge Raad
<i>ICT</i>	Informatie- en Communicatietechnologie
<i>Inv.</i>	Invoering
<i>IT</i>	Informatietechnologie
<i>JOR</i>	<i>Jurisprudentie Onderneming & Recht</i>
<i>KG</i>	<i>Kort Geding</i>
<i>LJN</i>	Landelijk Jurisprudentie Nummer
<i>M.v.A.</i>	Memorie van Antwoord
<i>M.v.T.</i>	Memorie van Toelichting
<i>NbBW</i>	<i>Nieuwsbrief BW</i>
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
<i>NJB</i>	<i>Nederlands Juristenblad</i>
<i>NLG</i>	Nederlandse Guldens
<i>NTBR</i>	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
<i>OBW</i>	Oud Burgerlijk Wetboek
<i>P-G</i>	Procureur-Generaal
<i>Prg.</i>	<i>De Praktijkids</i>
<i>RvdW</i>	<i>Rechtspraak van de Week</i>
<i>S&S</i>	<i>Schip & Schade</i>
<i>SGOA</i>	Stichting Geschillenoplossing voor Organisatie & Automatisering
<i>Stb.</i>	<i>Staatsblad</i>
<i>T.M.</i>	Toelichting-Meijers
<i>Trb.</i>	<i>Tractatenblad</i>

<i>TvA</i>	<i>Tijdschrift voor Arbitrage</i>
<i>TvC</i>	<i>Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken</i>
VIFKA	Vereniging Informatie- en Communicatie Technologie Nederland
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>

1 | Inleiding

De contractsvrijheid brengt met zich dat partijen in beginsel vrij zijn hun eventuele verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad contractueel uit te sluiten of te beperken. Dit kan door middel van een exoneration. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. Het is voor contractspartijen van belang te weten onder welke omstandigheden in deze vrijheid kan worden ingegrepen. Anders gezegd: onder welke omstandigheden kan geen beroep worden gedaan op een exoneration?

Het antwoord op deze vraag is voor partijen op twee momenten interessant. Voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst zijn partijen beter in staat in te schatten wanneer een exoneration kan worden doorbroken althans bescherming kan bieden. Nadat de overeenkomst is gesloten en zich schade heeft voorgedaan kunnen partijen beter inschatten in hoeverre zij tot schadevergoeding gerechtigd althans gehouden zijn.

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 derogerende/beperkende werking van 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.¹ De eerste maatstaf is 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.² Ten derde, als wordt getoetst of een exoneration naar maatstaven

1 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (concl. A-G Spier; *Apeldoorn/Duisterhof*; m.nt. Bloembergen). Zie verder Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 314a en de aldaar vermelde jurisprudentie.

2 C.E. Drion & Van Wechem 2005, p. 439 menen dat de Hoge Raad aldus oordeelt in HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (concl. A-G Timmerman; *GTI/Zürich*). 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 art. 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.

van redelijkheid onaanvaardbaar is, moeten *alle* relevante omstandigheden in aanmerking worden genomen.³

In het volgende hoofdstuk ga ik in op de controlemechanismen waarmee een exonatie buiten werking kan worden gesteld. Gedacht kan worden aan een heel palet dat ook bij de toetsing van andere clausules ter hand kan worden genomen, waaronder: goede zeden (art. 3:40 BW); bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW); dwaling (art. 6:228 BW); onredelijk bezwarend (art. 6:233 sub a BW); uitleg *contra proferentem* (bijvoorbeeld art. 6:231 sub a en 238 lid 2 BW); derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW); en mededingingsrecht (art. 6 en 24 Mededingingswet en art. 81 en 82 EG-Verdrag). In het betreffende hoofdstuk beperk ik mij tot een bespreking van de toetsen die in verhoudingen tussen professionele partijen het belangrijkste zijn: goede zeden, onredelijk bezwarend en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Het belangrijkste gedeelte van het boek wordt ingenomen door de hoofdstukken drie tot en met acht. Daarin analyseer ik op basis van welke omstandigheden een beroep op een exonatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Die omstandigheden zijn voor het eerst opgesomd in het Saladin/HBU-arrest uit 1967.⁴ In dat arrest beslist de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of de exonerant zich op zijn exonatie mag beroepen afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals:

- de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen (hoofdstukken 3 en 4);
- de aard en verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt (hoofdstuk 5);
- de maatschappelijk positie en de onderlinge verhouding van partijen (hoofdstuk 6);
- de wijze waarop het beding tot stand is gekomen (hoofdstuk 7);
- de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest (hoofdstuk 8).

Omstandigheden die in latere jurisprudentie zijn toegevoegd schaar ik onder de Saladin/HBU omstandigheden. Het aldus verworven inzicht pas ik zo veel mogelijk toe op ICT-contracten, met name de in de ICT-branche veel gebruikte leveranciersvriendelijke FENIT-voorwaarden 2003 en 1994 en afnemersvriendelijke BiZa-contracten (met name de softwarelicentieovereenkomst).⁵ Daarbij ga

3 HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (concl. A-G Verkade; *Kuunders/Swinkels Techniek*).

4 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (concl. A-G Van Oosten; *Saladin/HBU*; m.nt. G.J. Scholten).

5 De brancheverenigingen Nederland~ICT, FENIT, ICT~Telecom en VIFKANTEC zijn per 1 januari 2005 gefuseerd in ICT~Office. Ik blijf spreken over de FENIT-voorwaarden omdat deze voorwaarden zijn gedeponeerd toen de FENIT nog FENIT heette en de voorwaarden

ik telkens uit van de volgende casus. Twee professionele partijen (een leverancier en een afnemer) sluiten een ICT-contract met elkaar. In het contract is een exoneration opgenomen ten gunste van de leverancier. Op het contract is Nederlands recht van toepassing. Beide partijen zijn in Nederland gevestigde rechtspersonen. De leverancier veroorzaakt schade aan de afnemer. De aansprakelijkheid van de leverancier staat vast. De leverancier doet een beroep op zijn exoneration. De afnemer probeert deze exoneration te doorbreken.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 2005.

in de praktijk nog steeds als FENIT-voorwaarden worden aangeduid. Bij de bespreking van de FENIT-voorwaarden worden uitsluitend de FENIT-voorwaarden uit 1994 en 2003 besproken. Zie voor commentaar op de voorwaarden uit 1994 en 2003 onder andere Kuus 1995; Kruijer 2000; Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer 2001; Berkvens & Kuus 2003; De Graaf 2004. Zie voor commentaar op eerdere versies onder andere Kuus 1991; Berkvens 1993.

2 | Controlemechanismen

De meest voor hand liggende mogelijkheden exonerationen te toetsen zijn toetsen aan: de goede zeden (art. 3:40 BW), de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW als sprake is van algemene voorwaarden) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Hierna bespreek ik of voorafgaand aan de toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid eerst aan de goede zeden zou moeten worden getoetst. Vervolgens ga ik na wat de verhouding is tussen de onredelijk bezwarendheidstoets en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

2.1 GEEN TWEEFASENTOETSING

Tot het Saladin/HBU-arrest uit 1967 toetste de Hoge Raad exonerationen aan de goede zeden. Sindsdien is de toetsing van exonerationen aan de goede zeden verdrongen door toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹ Van den Brink is desondanks – in navolging van met name Bloembergen, Schoordijk, Nieuwenhuis en Rijken – van mening dat een exoneration eerst aan de goede zeden moet worden getoetst alvorens mag worden beoordeeld of een beroep op de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.² Nieuwenhuis omschrijft deze toetsing als een tweefasentoetsing met eerst de bijl (goede zeden) en daarna de floret (redelijkheid en billijkheid).

Directe toetsing aan de redelijkheid en billijkheid heeft volgens Van den Brink als nadeel dat het niet mogelijk is bij het opstellen, maar ook niet op het moment dat de exoneration wordt ingeroepen, rechtszekerheid te hebben over de uiteindelijke toelaatbaarheid van een beroep op die exoneration.³ Dit komt omdat de omstandigheden waaraan getoetst moeten worden enuntiatief zijn, het relatieve gewicht van de relevant te achten omstandigheden niet op

1 Rijken 1983, p. 86-88; Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 345a.

2 Van den Brink 2002, p. 49-79; Bloembergen 1969, p. 359; Schoordijk 1979, p. 220 en 224 geeft de voorkeur aan het wapen van de strijd met de openbare orde boven strijd met de goede trouw en zou het betreuren als de rechter in de toekomst de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te hulp roept; Nieuwenhuis 1979, p. 146-153; Rijken 1983, p. 181-182 meent dat ingeval van (eigen) opzet of grove schuld, de exoneration nietig moet worden geacht wegens strijd met de goede zeden.

3 Van den Brink 2002, p. 61-62.

voorhand vast staat en omstandigheden bij en na het opstellen van de clausule relevant zijn. Het bezwaar van de rechtsonzekerheid geldt volgens Van den Brink niet, of alleen in beperkte mate, voor de toetsing aan de goede zeden.⁴ Bij een zodanige toetsing is het aantal voor de toetsing relevante omstandigheden structureel geringer, overzichtelijk en niet in beginsel onbeperkt. Als de Hoge Raad oordeelt dat een bepaalde exoneratione nietig is wegens strijd met de goede zeden zal een toekomstig geschil over dezelfde exoneratione een soortgelijke afloop hebben.

Hartkamp lijkt Van den Brink te steunen door te schrijven dat toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toepassing van de goede zeden niet uitsluit, maar een voorafgaande toetsing aan de goede zeden veronderstelt.⁵ Hij meent dat zinloos is te onderzoeken of redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan een beroep op de exoneratione als de exoneratione van meet af aan krachteloos is. Wel voegt Hartkamp er onmiddellijk aan toe dat sprake is van een theoretisch gezichtspunt omdat exonerationes in de praktijk nauwelijks meer aan de goede zeden worden getoetst.

Zwalve raakt niet onder de indruk van Van den Brinks voorstel tot een dubbele toetsing omdat de toetsing aan de goede zeden volgens Zwalve in de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid besloten ligt.⁶ Immers, volgens art. 3:12 BW moet bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen onder andere rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Daaronder rekent Zwalve de goede zeden.

Van Dunné meent dat het pleidooi van Van den Brink voor het handhaven van de goede zeden-toets op 'weinig overtuigende gronden' berust.⁷ Helaas geeft Van Dunné niet aan waarom hij dat vindt. Wel schrijft Van Dunné dat de keuze tussen de rechtsfiguren goede zeden en goede trouw lood om oud ijzer is en voornamelijk een kwestie van smaak.⁸

Van den Brink kan worden toegegeven dat toetsing aan de redelijkheid en billijkheid geen absolute zekerheid biedt. Mijns inziens biedt zijn voorgestelde voorafgaande toetsing aan de goede zeden echter nauwelijks meer zekerheid dan de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Van den Brink signaleert dat er een 'vrij grote mate van eenstemmigheid' bestaat over de onmogelijkheid aansprakelijkheid voor eigen opzet uit te sluiten.⁹ Over andere door hem bepleitte onmogelijkheden, bijvoorbeeld de onmogelijkheid van een exoneratione met betrekking tot grove schuld,¹⁰ bestaat echter geen 'vrij grote mate van eenstemmigheid'. Rechtszekerheid op exonerationegebied bestaat alleen als

4 Van den Brink 2002, p. 65-66.

5 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 345a.

6 Zwalve 2002, p. 607-608.

7 Van Dunné 2004, p. 390, noot 6.

8 Van Dunné 2004, p. 389-390.

9 Van den Brink 2002, p. 66-67.

10 Van den Brink 2002, p. 68.

unaniem wordt geoordeeld dat een bepaalde exoneratione onaanvaardbaar is. Zelfs als aan rechtszekerheid minder hoge eisen worden gesteld en genoeg wordt genomen met een 'vrij grote mate van eenstemmigheid', dan is de 'enige' meerwaarde van Van den Brinks oplossing wat de rechtszekerheid betreft dat met betrekking tot een exoneratione die expliciet aansprakelijkheid voor eigen opzet uitsluit, met een 'vrij grote mate van eenstemmigheid' zal worden geoordeeld dat die exoneratione in strijd is met de goede zeden en dat de exoneratione dus (partieel) nietig is (art. 3:40 lid 1 jo. 3:41 BW).

Exoneraties die aansprakelijkheid voor eigen opzet uitsluiten komen in de praktijk echter nauwelijks voor. Ik zie niet in waarom toetsing aan de redelijkheid en billijkheid verdrongen moet worden door een tweefasentoetsing (eerst goede zeden, dan redelijkheid en billijkheid) als daarmee exonerationes kunnen worden bestreden die in de praktijk toch nauwelijks voorkomen. Bovendien kunnen die exonerationes net zo goed worden bestreden door te oordelen, zoals de Hoge Raad doet in het arrest Stein/Driessen, dat een exoneratione *in het algemeen* buiten toepassing dient te blijven als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding.¹¹ De Hoge Raad houdt met zijn 'in het algemeen' een slag om de arm, net als alle juristen die volgens Van den Brink samen een 'vrij grote mate van eenstemmigheid' tentoonspreiden. De Hoge Raad kiest, om in de beeldspraak van Nieuwenhuis te spreken, hoe dan ook voor de floret. De praktijk weet net zo goed (of net zo slecht) waar hij aan toe is als een exoneratione 'in het algemeen' buiten toepassing zal blijven als wanneer met een 'vrij grote mate van eenstemmigheid' zal worden geoordeeld dat de exoneratione (partieel) nietig is. In dat licht zie ik geen reden een botte bijl aan het wapenarsenaal van de Hoge Raad toe te voegen.

2.2 WEL TWEESPORENSTELSEL

De vraag naar de verhouding tussen de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) komt alleen aan de orde als art. 6:233 sub a BW überhaupt van toepassing is. Dat is het geval als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- 1 de exoneratione komt voor in algemene voorwaarden (in de zin van art. 6:231 sub a BW);
- 2 de afnemer is geen 'grote wederpartij' (in de zin van art. 6:235 lid 1 sub a of b BW);

11 HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; Stein/Driessen).

- 3 de afnemer heeft niet zelf meerdere keren dezelfde of nagenoeg dezelfde exoneratie gebruikt (art. 6:235 lid 3 BW); en
- 4 beide partijen zijn professionele partijen en in Nederland gevestigd (art. 6:247 lid 2 BW).¹²

Art. 6:233 sub a BW bepaalt dat een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is. Daarbij moet worden gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Vernietigingsgronden hebben naar hun aard betrekking op omstandigheden die zich voordoen *vóór of bij het sluiten* van de overeenkomst.¹³ Of een beding onredelijk bezwarend is, moet dus worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden die bekend zijn voor of bij het sluiten van de overeenkomst. Deze *inhoudstoetsing* kan echter wel betrekking hebben op rechtsgevolgen die in de overeenkomst worden verbonden aan gebeurtenissen die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst.¹⁴ Te denken valt (uiteraard) aan de inhoudstoetsing van een exoneratie. Een exoneratie heeft doorgaans betrekking op een schadeveroorzakende gebeurtenis die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoet.

Art. 6:248 lid 2 BW bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het gaat hier om een *uitoefeningstoetsing*. Hoewel deze toetsing meestal geschiedt in het licht van omstandigheden die zich *na* het sluiten van de overeenkomst voordoen, is zij hiertoe niet beperkt.¹⁵ Ook omstandigheden van *vóór of bij het sluiten* van de overeenkomst kunnen relevant zijn.

Het toepassingsgebied van de art. 6:233 sub a en 6:248 lid 2 BW is dus overlappend voorzover voor de toetsing relevant zijn omstandigheden die zich hebben voorgedaan *vóór of bij het sluiten* van de overeenkomst.

Tot het Bramer/Colpro-arrest was de heersende leer, in navolging van de parlementaire geschiedenis, dat de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW) een *lex specialis* is ten opzichte van de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).¹⁶ Daaruit volgt dat als sprake is van samenloop, art. 6:233 sub a BW prevaleert boven art. 6:248 lid 2 BW. Art. 6:248 lid 2 BW heeft in die leer alleen aanvullende werking, dat wil zeggen dat naast artikel 6:233 sub a BW voor art. 6:248 lid 2 BW alleen plaats is voor zover een

12 Strikt genomen mag er ook geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst of CAO (art. 6:245 BW), maar die voorwaarde laat ik hier verder buiten beschouwing.

13 Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 358.

14 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1621-1622 (M.v.A. I Inv.).

15 Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 318.

16 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (concl. A-G Langemeijer, *Bramer/Colpro*; m.nt. Hijma); Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1596 (Nota II Inv.).

beroep wordt gedaan op omstandigheden die zich voor doen *na* het sluiten van de overeenkomst. Dit wordt ook wel de *tweefasentoetsing* genoemd (niet te verwarren met de hierboven beschreven tweefasentoetsing aan eerst de goede zeden en daarna de redelijkheid en billijkheid).

In Bramer/Colpro beslist de Hoge Raad dat als sprake is van samenloop tussen die twee bepalingen de rechtsgevolgen niet naast elkaar intreden (geen cumulatie). Dat komt omdat cumulatie zou leiden tot een irreëel rechtsgevolg: een vernietigd beding waarop geen beroep kan worden gedaan. Wel mag de afnemer, aldus de Hoge Raad, in deze samenloopkwestie kiezen op welke bepaling hij zich beroept (alternativiteit). In zijn noot bij deze uitspraak duidt Hijma de opvatting van de Hoge Raad treffend aan als het *tweesporenstelsel*.

Er zijn drie verschillen tussen toetsing aan art. 6:233 sub a en 6:248 lid 2 BW. Ten eerste verschilt de sanctie. Toepassing van art. 6:233 sub a BW leidt tot vernietiging van de exoneration en toepassing van art. 6:248 lid 2 BW leidt tot het buiten toepassing laten van de exoneration. De gevolgen van de vernietiging kunnen echter worden beperkt door de art. 3:41 (gedeeltelijke nietigheid) en 42 BW (conversie). Toch betekent dit strikt genomen dat als een exoneration eenmaal is vernietigd, de exoneration gedurende de resterende looptijd van de overeenkomst niet meer kan worden ingeroepen. Het buiten toepassing laten van de exoneration gebeurt enkel in het betreffende geval. Of de exoneration in een later stadium van de overeenkomst bij een volgend geval stand houdt, moet in dat geval opnieuw worden beoordeeld.

Ten tweede moet op art. 6:233 sub a BW een beroep worden gedaan, terwijl de rechter art. 6:248 lid 2 BW kan gebruiken om op basis van art. 25 Rv ambtshalve rechtsgronden aan te vullen. Langemeijer merkt in zijn conclusie bij Bramer/Colpro op dat dit onderscheid alleen in theorie bestaat omdat de feitenrechter in de stelling dat een beroep op een bepaald beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, een beroep op de vernietigbaarheid van dat beding kan lezen. Langemeijer merkt verder op dat een ambtshalve toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW niet veel opbrengt als de afnemer daartoe geen geschikte feiten of omstandigheden aanvoert.

Tot slot verjaart de rechtsvordering tot vernietiging ex art. 6:233 sub a BW ingevolge art. 3:52 lid 1 sub d jo. 6:235 lid 4 BW drie jaar na de dag volgend op die waarop de leverancier zich op de exoneration heeft beroepen. Art. 3:51 lid 3 BW bepaalt nog dat een verwerend beroep op vernietigbaarheid niet verjaart. Een zodanig verwerend beroep komt bij exonerationen niet aan de orde. In de regel is het zo dat de afnemer de leverancier aanspreekt tot schadevergoeding, de leverancier zich verweert met een beroep op zijn exoneration en de afnemer een aanvallend beroep doet op art. 6:233 sub a BW.¹⁷ De ver-

17 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 30 mei 2002, *NJkort* 2003, 5 (*Bosch Beton Industrie/Constar Betonwaren*).

jaringstermijn die op art. 6:248 lid 2 BW van toepassing is, is in ieder geval langer dan die bij art. 6:233 sub a BW, aldus wederom Langemeijer.

De vraag rijst of de toets die bij art. 6:233 sub a BW wordt gehanteerd (onredelijk bezwarend) verschilt van die van art. 6:248 lid 2 BW (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar). Tolman meent dat de toets aan het onredelijk bezwarend zijn verder gaat dan de toets aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid omdat de drempelwaarde van 'onaanvaardbaar' groter is dan die van 'onredelijk bezwarend'.¹⁸ In de parlementaire geschiedenis wordt over deze criteria opgemerkt:

'dat art. 2a onder a [art. 6:233 sub a, TG] niet repressiever is dan de artt. 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 [art. 6:2 lid 2 en 248 lid 2, TG], en dat het mogelijk is op basis van laatstbedoelde artikelen een soortgelijk resultaat te bereiken als met behulp van art. 2a onder a mogelijk is. Deze mening ... is inmiddels bevestigd door het arrest van de Hoge Raad van 25 april 1986 [NJ 1986, 714 (concl. A-G Mok; Van der Meer/Smilde; m.nt. Van der Grinten), TG] ... Wat betreft de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden is er dus geen verschil tussen art. 2a onder a en art. 6.5.3.1 lid 2 ...'¹⁹

Mijns inziens volgt hieruit dat de criteria 'onredelijk bezwarend' en 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' materieel niet van elkaar verschillen.²⁰ Uit deze gelijkstelling volgt dat daar waar bij een toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW terughoudendheid op zijn plaats is, dit evenzeer geldt voor een toetsing aan art. 6:233 sub a BW.

Ondanks deze bovengenoemde drie verschillen zal ik hierna de Saladin/HBU-omstandighedencatalogus uitsluitend bespreken in het kader van de vraag of een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De onredelijk bezwarendheidstoets laat ik dus verder buiten beschouwing. Dit doe ik om twee redenen.

Ten eerste spreek ik alleen over de toets van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid omdat deze toets materieel niet verschilt van de onredelijk bezwarendheidstoets, maar voor wat betreft de te toetsen omstandigheden naar zijn aard wel uitgebreider is dan de onredelijk bezwarendheidstoets. Art. 6:248 lid 2 BW kan immers betrekking hebben op omstandigheden die zich vóór, bij *en* na de totstandkoming van de overeenkomst voordoen, terwijl art. 6:233 sub a BW uitsluitend betrekking kan hebben op omstandigheden die zich vóór of bij het sluiten van de overeenkomst voordoen.

¹⁸ Tolman 2001, p. 172.

¹⁹ Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1620-1621 (M.v.A. I Inv.).

²⁰ Aldus ook Langemeijer respectievelijk Hijma in voorzichtigere bewoordingen in zijn conclusie respectievelijk noot bij HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (concl. A-G Langemeijer; Bramer/Colpro; m.nt. Hijma).

Ten tweede spreek ik alleen over de toets ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ omdat het nodeloos ingewikkeld is als ik, voorzover van samenloop sprake is (of kan zijn), telkens schrijf ‘dit betekent dat de exoneration onredelijk bezwarend is (voorzover art. 6:233 sub a BW van toepassing is (vgl. art. 6:231 sub a, 235 lid 1 sub a en b, 235 lid 3 en 247 lid 2 BW)) althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW)’.

Waar ik de Saladin/HBU-omstandigheden bespreek in het kader van art. 6:248 lid 2 BW valt daaronder dus ook art. 6:233 sub a BW voorzover art. 6:233 sub a BW in het betreffende geval eveneens (als alternatief voor art. 6:248 lid 2 BW) zou kunnen worden ingeroepen. Deze keuze betekent wel dat als samenloop van art. 6:233 sub a en 248 lid 2 BW mogelijk is en de afnemer dus tussen beide bepalingen moet kiezen, de afnemer die zich op art. 6:233 sub a BW wenst te beroepen zal moeten nagaan in hoeverre één of meerdere van de hierna geanalyseerde omstandigheden reeds aanwezig was vóór of bij het sluiten van de overeenkomst.

3 | Zwaarte van de schuld – in het algemeen onaanvaardbaar

Of een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is moet, zoals gezegd, worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden opgesomd in het Saladin/HBU-arrest. De ‘zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en ernst van de betrokken belangen’ is de eerste omstandigheid uit de Saladin/HBU-omstandighedencatalogus. Deze omstandigheid analyseer ik in dit en het volgende hoofdstuk.

In dit hoofdstuk wordt nagegaan welke mate van schuld van wie vereist is wil een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het algemeen onaanvaardbaar zijn. Daarbij zal ik achtereenvolgens aandacht besteden aan de inhoud van de daarvoor in aanmerking komende mate van opzet en schuld (eigen opzet en bewuste roekeloosheid), de status van een ongeclausuleerde exoneration (‘wij zijn niet aansprakelijk’, zonder de toevoeging ‘behoudens opzet of bewuste roekeloosheid’) en op wie die schuldvormen betrekking hebben (wat houdt het begrip ‘eigen’ in?). De aldus opgedane kennis pas ik vervolgens toe op de FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten.

In het volgende hoofdstuk komt aan de orde de mate van schuld die maakt dat een exoneration niet in het algemeen onaanvaardbaar is, maar mogelijkerwijs wel in samenhang met andere Saladin/HBU-omstandigheden.

3.1 EIGEN OPZET

De heersende leer in de literatuur is dat een exoneration waarmee aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door eigen opzet *expliciet wordt uitgesloten of beperkt*, nietig is wegens strijd met de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW).¹ Dat aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door eigen opzet niet kan worden uitgesloten of beperkt, wekt geen bevreemding. Het kan niet zo zijn dat de leverancier door zelf opzettelijk te wanpresteren een ander schade mag toe brengen zonder die schade te moeten vergoeden. In de praktijk wordt zelden expliciet geëxonerend voor eigen opzet. Als dat wel wordt gedaan, dan is dat deel van de exoneration volgens de heersende leer partieel nietig (art. 3:41 BW) en blijft het overige gedeelte van de exoneration in stand. Toch verdient

¹ Rijken 1983, p. 172-175; Kortmann 1988, p. 1232-1233; Van Dunné 2004, p. 388-390 en 409-411; Broekema-Engelen (*Verbintenissenrecht*), art. 76, aant. 22.

het mijns inziens de voorkeur niet de goede zeden-toets te hanteren, maar te beoordelen of een beroep op de betreffende exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (zie 2.1).

Het zal vaker voorkomen dat niet expliciet wordt geëxonerend voor eigen opzet, maar *bij de uitvoering* van de overeenkomst wel sprake is van eigen opzet. Dan blijft de exoneration buiten toepassing omdat het beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Dit kan uit het Pseudo-vogelpest-arrest worden afgeleid. Die zaak gaat over Top, die 155 met pseudo-vogelpest besmette hennen aan Van der Laan verkoopt en levert.² De Hoge Raad beslist dat als in rechte zou komen vast te staan³ dat Top voor of bij die levering van deze besmetting wist, Top opzettelijk⁴ wanprestatie zou plegen en het haar niet vrij zou staan een beroep te doen op haar aansprakelijkheidsbeperking tot het bedrag van de koopprijs. In de woorden van de Hoge Raad:

‘dat immers – mede blijkens art. 1542 B.W. – de verkoper die goederen heeft geleverd waarvan het hem vóór of bij de levering bekend was dat zij gebreken hadden die de koper niet behoefde te verwachten, niet met succes een beroep kan doen op een contractueel beding tot uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de schade die als een voorzienbaar gevolg van de aanwezigheid van deze gebreken aan de koper wordt toegebracht;’

Hartkamp is wat voorzichtiger.⁵ Hij wil niet als absolute regel aanvaarden dat een exoneration voor eigen opzet onaanvaardbaar is omdat ook op andere terreinen zich een versoepeling van de rechtsgevolgen van opzettelijke schadeveroorzaking aftekent en opzet zijns inziens niet steeds een zelfde mate van laakbaarheid impliceert. Hij verwijst in dat verband onder andere naar het verzekeringsrechtelijke Bierglas-arrest waar de Hoge Raad door gebruikmaking van de woorden ‘in het algemeen’ een slag om de arm houdt.⁶ De Hoge Raad beslist in dat arrest over een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering dat:

‘aansprakelijkheid voor door de verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade, ook zonder uitsluiting bij de polisvoorwaarden, in het algemeen niet door de verzekering wordt gedekt omdat in zoverre de overeenkomst in strijd is met goede zeden en/of de openbare orde ...’

2 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; *Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*; m.nt. G.J. Scholten).

3 Het is de koper Van der Laan uiteindelijk niet gelukt te bewijzen dat verkoper Top dit wist, zie Bruinsma & Welbergen 1988, p. 53-57.

4 Aldus: Van de Sande Bakhuijzen 1979, p. 289; Rijken 1983, p. 173-174; Van Dunné 2004, p. 410; anders: Mijnsen 1978, p. 33-34 die meent dat hier sprake is van grove schuld.

5 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 342.

6 HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (concl. A-G Berger; *Bierglas*; m.nt. Wachter).

3.2 EIGEN BEWUSTE ROEKELOOSHEID

Of een exoneration voor bewuste roekeloosheid eveneens onaanvaardbaar is, is omstreden.⁷ Hoewel literatuur en rechtspraak, op een enkele uitzondering na,⁸ nog steeds spreken over grove schuld bij het behandelen respectievelijk opstellen van exonaties, hanteren de Hoge Raad en de wetgever vandaag de dag (zoals hierna zal blijken) het begrip bewuste roekeloosheid waar zij vroeger spraken over grove schuld. Het feit dat de meningen over het hanteren van de begrippen bewuste roekeloosheid en grove schuld sterk uiteenlopen rechtvaardigt een uitgebreidere behandeling van dit onderwerp dan de bespreking hiervoor van het niet zo omstreden begrip opzet. Ik zal daarom in het hiernavolgende de ontwikkeling van grove schuld naar bewuste roekeloosheid schetsen, uitleggen op welke wijze beide begrippen van elkaar verschillen en vervolgens zo veel mogelijk het begrip bewuste roekeloosheid hanteren.

De definitie van het begrip grove schuld in het algemene vermogensrecht is in belangrijke mate beïnvloed door de definitie die in het zeerecht voor dit begrip werd gehanteerd. Zo definieert Cleveringa in 1946 het begrip grove schuld voor het zeerecht als schuld 'welke, zoo zij al geen opzet is, in laakbaarheid er niet voor onder doet en dus op den normalen mensch denzelfden indruk van onzedelijkheid maakt.'⁹

Grove schuld moet als begrip tussen opzet en grove onachtzaamheid worden gepositioneerd. Hieruit vloeit voort dat twee grenzen moeten worden bepaald, te weten de grens tussen enerzijds opzet en grove schuld en anderzijds tussen grove schuld en grove onachtzaamheid. Terugkerend naar het zeerecht zien we dat Cleveringa beide grenzen trekt aan de hand van voorbeelden die zo tot de verbeelding spreken dat ik ze hier integraal opneem. Cleveringa schrijft:

'Opzettelijke wanprestatie is b.v. daar, waar de reder zijn schip 'wegbrengt', wanprestatie ten gevolge van grove schuld daar, waar hij, bemerkende, dat aan boord van het schip op de een of andere wijze een makkelijk blusbaar brandje is uitgebroken, het rustig laat voortwoekeren totdat het schip geheel in vlammen opgaat; of waar hij, de grote waarschijnlijkheid ener noodlottige stranding kennend, nochtans ter bekorting van de weg zijn schip dwars over een ondiepe landtong voert (roekeloosheid). Grove schuld is dus niet hetzelfde als grove onachtzaamheid; zinkt het schip, doordat er buitenboordskranen open zijn blijven staan, hetgeen de reder-kapitein bij ook maar het allereerste begin van achtzaamheid had kunnen bemerken, dan mag nog niet van grove schuld worden gesproken.'¹⁰

7 Rijken 1983, p. 175-182; Kortmann 1988, p. 1232-1233; Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 342; Van Dunné 2004, p. 388-390 en 411-422; Broekema-Engelen (*Verbintenissenrecht*), art. 76, aant. 22.

8 Bijvoorbeeld Christiaans 2002, p. 95-98.

9 Cleveringa 1946, p. 168.

10 Cleveringa 1961, p. 203.

Dorhout Mees meent in 1953: ‘Grove schuld is hier op te vatten niet als een fout van groot formaat, een grove domheid, doch er moet iets bijkomen van bewuste roekeloosheid of onverschilligheid, men zou kunnen zeggen een verkeerde geestelijke instelling.’¹¹

Hijmans van den Bergh onderschrijft in 1954 de definitie van Cleveringa en bakent grove onachtzaamheid als volgt af van grove schuld: ‘De grens ligt, waar de grove onachtzaamheid in roekeloosheid overgaat en het opzet nadert, zonder nog *dolus eventualis* te zijn. Want in dat laatste geval is men over de grens van “opzet” heen.’¹²

Volgens Rijken, schrijvend in 1983, is sprake van grove schuld als de leverancier roekeloos handelt ten aanzien van de belangen van de wederpartij, waarbij rekening moet worden gehouden met de deskundigheid van de leverancier op diens vakgebied, de aard van de overeenkomst en de omstandigheden waaronder deze wordt uitgevoerd.¹³ Rijken voegt daaraan toe dat hoe groter de mate van zorg is die, gelet op het toevertrouwde belang, bij de uitvoering van de overeenkomst moest worden betracht, hoe eerder de grens van roekeloosheid wordt bereikt als deze zorgplicht wordt geschonden.¹⁴

De rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het begrip grove schuld is casuïstisch. In 1950 oordeelt de Hoge Raad in het Röntgenstralen-arrest over een 20-jarig fabrieksmeisje wiens gezicht ernstig was verminkt als gevolg van een röntgenbehandeling tegen overtollige gezichtsbeharing.¹⁵ De Hoge Raad meent dat het Hof de aansprakelijkheidsuitsluiting van de röntgenoloog ‘voor de gevolgen van zodanige behandeling, welke, naar hij toen wist of behoorde te weten, medisch onverantwoord was en derhalve door hem niet mocht worden ondernomen, terecht als in strijd met de goede zeden krachteloos heeft geoordeeld.’ Hoewel de Hoge Raad de woorden grove schuld in dit arrest niet in de mond neemt, wordt in de literatuur aangenomen dat het handelen van de röntgenoloog grove schuld oplevert.¹⁶

In het arrest ‘Codam 75’/‘Merwede’ uit 1954 neemt de Hoge Raad de definitie van Cleveringa over en maakt deze tot de zijne.¹⁷ De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het Hof dat Kunst ‘in de hoogste mate roekeloos heeft gehandeld’ door met zijn motorsleepboot ‘Merwede’ door te varen in een hevige sneeuwbuï zonder het licht van een gasboei te zien, af te wijken van de normale koers en aldus het betonde vaarwater te verlaten, waarna de

11 Dorhout Mees 1953, nr. 1021.

12 Hijmans van den Bergh 1954, p. 181.

13 Rijken 1983, p. 176-177.

14 Rijken 1983, p. 177.

15 HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 (concl. P-G Berger; *Röntgenstralen*, m.nt. Houwing).

16 Salomonson 1957, p. 154-155; Rijken 1983, p. 179; Van den Brink 2002, p. 69; Van Dunné 2004, p. 411; anders: H. Drion 1957a, p. 228.

17 HR 12 maart 1954, NJ 1954, 386 (concl. A-G Langemeijer; ‘Codam 75’/‘Merwede’ of Kunst/Damco; AA 1954, p. 175-184, m.nt. Hijmans van den Bergh).

gesleepte 'Codam 75' van Damco op de krib loopt en bij vallend water breekt. Volgens de Hoge Raad is het omhoog lopen van de 'Codam 75' te wijten aan 'grove schuld, dat wil te dezen zeggen: een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld ...'. De (contractuele) aansprakelijkheidsbeperking 'voor eigen grove schuld bij een overeenkomst als de onderhavige moet worden geacht in strijd te zijn met de goede zeden.', aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad beperkt de definitie van het begrip grove schuld dus tot het onderhavige geval ('te dezen') en het oordeel dat de aansprakelijkheidsbeperking in strijd is met de goede zeden geldt alleen voor deze sleepovereenkomst ('bij een overeenkomst als de onderhavige').

Zij die benadrukken dat uit 'Codam 75'/'Merwede' geen algemene regel kan worden afgeleid,¹⁸ doen afbreuk aan het belang van dit arrest. De definitie van grove schuld die de Hoge Raad in dat arrest voor het eerst hanteert is niet alleen voor het transportrecht lange tijd leidend geweest, ook in het algemene vermogensrecht is deze definitie in de loop der tijd overgenomen. In *Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens* beslist de Hoge Raad naar oud recht dat het voor de hand ligt dat *Diepop Bossche Vrieshuizen*, die in opdracht van *Nouwens* peren en wortelen opslaat in haar koelhuis en deze vervolgens aan te lage temperaturen en een te hoge concentratie van CO₂ blootstelt, 'heeft gehandeld met een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld en derhalve grove schuld heeft ...' aan het ontstaan van de schade.¹⁹

In het huidige BW is het begrip grove schuld vervangen door het begrip bewuste roekeloosheid; vergelijk art. 6:170 lid 3, 7:658 lid 2 en 7:661 lid 1 BW.²⁰ In het transportrecht is het begrip grove schuld vervangen door 'roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien'; vergelijk art. 8:519 BW (personenvervoer over zee), 8:906 BW (binnenvaart), 8:984 (personenvervoer over binnenwateren), 8:1108 (wegvervoer) en 8:1158 (personenvervoer over de weg). Dat de definities in het algemene vermogensrecht niet gelijk lopen met die in het transportrecht moge spijtig zijn,²¹ maar dit kan als volgt worden verklaard. De ontwerper van boek 8 BW, Schadee, heeft zich laten beïnvloeden door ontwikkelingen in het internationale luchtrecht, terwijl de ontwerpers van boek 6 en 7 BW zich aan deze ontwikkelingen niets gelegen hebben (hoeven) laten liggen. De definitie die in voornoemde bepalingen uit boek 8 BW wordt gehanteerd is dezelfde definitie als de definitie die

18 Bijvoorbeeld Van den Brink 2002, p. 68.

19 HR 30 september 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp; *Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens*).

20 Zie voor een uitgebreid overzicht van opzet, voorwaardelijk opzet, bewuste roekeloosheid, onbewuste roekeloosheid, grove schuld, merkelijke schuld, etc. Haazen 2004.

21 Mijnsen 1978, p. 33; Rijken 1983, p. 177 achten het hanteren van twee verschillende omschrijvingen van het begrip grove schuld ongelukkig.

via het Haagse Protocol van 1955 in het Verdrag van Warschau (internationaal luchtvervoer van personen en zaken) terecht is gekomen.²²

Ook de Hoge Raad spreekt tegenwoordig, in navolging van de wetgever, van bewuste roekeloosheid in plaats van grove schuld. In Stein/Driessen oordeelt hij dat een exoneration in het algemeen buiten toepassing dient te blijven 'indien de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid (door het Hof aangeduid met: grove schuld) van de schuldenaar.'²³ De Hoge Raad wijzigt de normstelling dus van 'een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld' (definitie van grove schuld volgens 'Codam 75'/'Merwede' en Diepop Bossche Vriesshuizen/Nouwens) naar bewuste roekeloosheid (Stein/Driessen).

Christiaans meent dat de Hoge Raad, door in Stein/Driessen over te stappen van grove schuld naar bewuste roekeloosheid, de norm subjectiviseert.²⁴ Grove schuld behelst zijns inziens een objectieve norm, waarbij de rechter achteraf de mate van schuld toetst, terwijl bewuste roekeloosheid duidt op een subjectieve norm, waarbij het er om gaat wat de betrokkene zelf wist op het moment van handelen. Van den Brink komt tot een tegenovergestelde conclusie.²⁵ Hij meent dat de Hoge Raad het criterium juist objectiviseert. Van den Brink komt tot deze conclusie door een sterke nadruk te leggen op het begrip 'roekeloosheid':

'Kennelijk gaat het de Hoge Raad bij de invulling van de mate van schuld niet meer zozeer om de enkele verwijtbaarheid (laakbaarheid) van het handelen op zichzelf, maar om de roekeloosheid daarvan. Ik zou zeggen dat dit duidt op een objectivering van het criterium: laakbaarheid stemt meer af op het (subjectieve) verwijt dat men de handelende maakt, roekeloosheid op het (objectiever vast te stellen) gebrek aan zorg over de gevolgen van het handelen. De toevoeging 'bewust' ziet dus niet op de gevolgen van het handelen zelf (dan zou bewuste roekeloosheid een contradictio in terminis zijn), maar op het handelen zelf: de handelende weet wat hij doet.'²⁶

Van den Brink lijkt er van uit te gaan dat omdat de nieuwe norm bewuste roekeloosheid uit twee begrippen is opgebouwd, deze twee begrippen niet op hetzelfde kunnen zien en dus voor één van beide begrippen een andere invulling moet worden gevonden op straffe van innerlijke tegenstrijdigheid. Hier is echter iets anders aan de hand. Doordat het objectieve begrip roekeloosheid onmiddellijk vooraf wordt gegaan door het subjectievere begrip bewust geeft het begrip 'bewust' een lading aan het begrip 'roekeloosheid'. Die lading

22 Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Warschau, 12 oktober 1929, *Stb.* 1929, 365, zoals gewijzigd bij het Protocol, 's-Gravenhage, 28 september 1955, *Trb.* 1956, 26; De Vries 1990, nr. 203-215.

23 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; Stein/Driessen).

24 Christiaans 2002, p. 97-98.

25 Van den Brink 2000, p. 96-97; Van den Brink 2002, p. 58-59 en 69.

26 Van den Brink 2002, p. 69.

is subjectief. De handelende moet zich bewust zijn van zijn roekeloosheid, dat wil zeggen bewust van het gebrek aan zorg voor de gevolgen van zijn handelen. Bij de oude norm 'grove schuld zijnde een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld' wordt het begrip laakbaarheid niet op subjectieve wijze ingekleurd. Dit alles wijst er op dat de nieuwe norm subjectiever is dan de oude. Daartegen spreekt dat het begrip roekeloosheid in de nieuwe norm objectiever is dan het begrip laakbaarheid in de oude norm. Mijns inziens overschaduwde de subjectieve inkleuring van het begrip roekeloosheid (door het daaraan voorafgaande woord 'bewust') de grotere objectiviteit van het begrip roekeloosheid (ten opzichte van het begrip laakbaarheid) en is de nieuwe norm dus subjectiever dan de oude.

Dat bewuste roekeloosheid niet hetzelfde is als grove schuld blijkt ook uit het verzekeringsrecht. Mendel meent dat grove schuld kan worden uitgesplitst in bewuste en onbewuste roekeloosheid en wordt daarin bijgevalen door Van Dam, Scheltema, Mijnsen, Van Ardenne-Dick en Blom.²⁷ Volgens Mendel is van bewuste roekeloosheid sprake als de schadeveroorzaker zich bewust is van de aanmerkelijke kans op schade die zijn gedraging meebrengt, maar denkt dat het gevolg zal uitblijven. Van onbewuste roekeloosheid is volgens Haazen sprake als er wel een aanmerkelijke kans is dat de bewuste gedraging schade meebrengt, maar de schadeveroorzaker zich daarvan niet bewust is (maar wel had moeten zijn).²⁸

Ook de wetgever meent dat bewuste roekeloosheid en grove schuld niet hetzelfde zijn. Hij meent dat grove schuld mede onbewuste roekeloosheid omvat, dat wil zijns inziens zeggen het geval dat iemand zich niet bewust is van de schade die zijn handeling kan meebrengen. In de memorie van toelichting op titel 7.17 schrijft de wetgever over de keuze voor het begrip grove schuld:

'Zij bedoelt aan te sluiten bij de terminologie van H.R. 12 maart 1954, N.J. 1955, 386, waar grove schuld wordt omschreven als een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld. Men gaat er daarbij, anders dan bij de term "opzet of bewuste roekeloosheid" (zie artt. 6.3.2.2, 7.10.4.2 en 91 Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering) van uit, dat van deze schuld ook sprake kan zijn indien de dader zich niet bewust is van de schade die zijn handeling kan meebrengen.'²⁹

Later, na invoering van het NBW, vervangt de wetgever het begrip grove schuld in de betreffende bepaling door roekeloosheid. Ook benadrukt de wetgever

27 Mendel 1993, p. 116-120; Van Dam 1995, p. 74-75; Mijnsen 1997, p. 207-208; Scheltema & Mijnsen 1998, nr. 5.34; Van Ardenne-Dick & Blom 2004, p. 103-106.

28 Haazen 2004, p. 195.

29 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25 (M.v.T.).

tot twee keer toe hij dat met deze vervanging geen inhoudelijke wijziging beoogt en beide begrippen synoniem zijn.³⁰

De opvatting van de wetgever komt dus kort gezegd op het volgende neer. Grove schuld = roekeloosheid = bewuste roekeloosheid + onbewuste roekeloosheid.

Dan nog een praktische opmerking. Zoals gezegd is het begrip bewuste roekeloosheid subjectiever dan het begrip grove schuld. Dit heeft als consequentie dat het voor de afnemer makkelijker is te bewijzen dat schade is veroorzaakt door grove schuld dan te bewijzen dat schade is veroorzaakt door bewuste roekeloosheid. Een leverancier die bepaalt dat zijn exoneratie niet van toepassing is in geval van grove schuld doet zichzelf dus tekort. Het is hem rechtens immers ook toegestaan te volstaan met het subjectievere begrip bewuste roekeloosheid. In het laatste geval weegt de bewijslast van de afnemer zwaarder, wordt de exoneratie van de leverancier minder snel doorbroken en is de leverancier dus minder snel (onbeperkt) aansprakelijk.

Doordat het begrip bewuste roekeloosheid subjectiever is dan het begrip grove schuld, is het voor de afnemer dus lastiger een exoneratie van de leverancier te doorbreken als hij moet bewijzen dat bij de leverancier sprake is van bewuste roekeloosheid dan wanneer hij moet bewijzen dat bij de leverancier sprake is van grove schuld. De afnemer staan echter middelen ten dienste zich uit deze lastige(re) bewijspositie te redden. Inspiratie kan daarbij worden geput uit het transportrecht. Daar is het begrip 'bewuste roekeloosheid' nog verder gesubjectiveerd dan in het algemene vermogensrecht en bestaat er voor de afnemer een dus nog grotere bewijsnood.³¹ Haak propageert onder andere het gebruik van de objectivering 'had behoren te begrijpen/beseffen/weten' en verwijst in dat verband naar het arrest Aegon/Van der Linden waar de Hoge Raad over een opzetclausule in een aansprakelijkheidsverzekering overweegt 'dat de rechter onder omstandigheden uit de gedragingen van de verzekerde kan afleiden dat deze het letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn.'³² Haak en Koot wijzen verder op het procesrechtelijke instrument van de verzwaarde stelplicht.³³ Dat instrument houdt in dat als de leverancier niet voldoende ge-

30 *Kamerstukken II* 1999/00, 19 529, nr. 5, p. 31 (Nota van Wijziging) en *Kamerstukken I* 2004/05, nr. B, p. 19 (M.v.A.).

31 Zie voor een overzicht van de subjectivering in het vervoerrecht Haak & Koot 2004; met Haak 2004, p. 4 meen ik dat gelet op de achtergrond en de functie van het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht niet voor de hand ligt dat het 'Codam 75'/'Merwede' effect zich herhaalt. Anders gezegd, het ligt niet voor de hand dat de subjectivering van het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht zich een weg zal banen naar het algemene vermogensrecht.

32 Haak in zijn noot bij HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 429 (concl. plv. P-G Mok; 'Solon' of UAP/*Van Woudenberg*; m.nt. Haak); HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 200 (concl. A-G Strikwerda; *Aegon/Van der Linden*; m.nt. Mendel).

33 Haak & Koot 2004, p. 24-25.

gevens over de oorzaak van de schade verschaft, de rechter daaruit af kan leiden dat onvoldoende is weersproken de stelling van de afnemer dat sprake is van bewuste roekeloosheid. Tot slot kan de rechter volgens Haak en Koot gebruik maken van de methode de stelling van de afnemer voorshands, behoudens tegenbewijs, bewezen te achten.³⁴

Volledigheidshalve merk ik op dat de Hoge Raad in een aantal uitspraken nog steeds het begrip grove schuld bezigt. Dit betekent echter niet dat de Hoge Raad van mening is dat de begrippen grove schuld en bewuste roekeloosheid identiek zijn. Er zijn twee redenen waarom de Hoge Raad het begrip grove schuld nog steeds gebruikt. Of het oud BW is op de zaak van toepassing. Of de exoneratie bepaalt zelf dat zij niet van toepassing is in geval van grove schuld. Zoals ik hierboven schreef, is de exonerant vrij het begrip grove schuld te blijven gebruiken en aldus een ruimere aansprakelijkheid te aanvaarden, dan waartoe hij rechtens verplicht is. De Hoge Raad is in die gevallen gedwongen de tekst van de exoneratie te volgen en het daarin opgenomen begrip grove schuld te hanteren. Als voorbeeld valt te noemen het arrest Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens.³⁵ In dat arrest gebruikt de Hoge Raad de woorden grove schuld. Nauwkeurige bestudering van dit arrest leert echter dat art. 59 lid 2 van de toepasselijke Nekrovi voorwaarden bepaalt dat de bewaarnemer niet aansprakelijk is voor schade, tenzij de bewaargever aantoont dat deze is ontstaan door opzet of grove schuld van de bewaarnemer zelf. In dat geval is de Hoge Raad vanwege de tekst van de exoneratie verplicht vast te houden aan het begrip grove schuld.

3.3 ONGECLAUSULEERDE EXONERATIE

Dit brengt mij tot de vraag naar de geldigheid van een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting ('wij zijn niet aansprakelijk voor enige schade' zonder de gebruikelijke toevoeging 'behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van ons of onze bedrijfsleiding').

In het verleden bestond discussie over de vraag of het noodzakelijk was de zinsnede 'tenzij sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid of opzet of bewuste roekeloosheid van onze bedrijfsleiding' toe te voegen aan een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting.³⁶ Voorzover de Hoge Raad aan die onzekerheid al geen einde maakte in het arrest Stein/Driessen,³⁷ doet

³⁴ Haak & Koot 2004, p. 24-25.

³⁵ HR 30 september 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp; *Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens*).

³⁶ Zie bijvoorbeeld C.E. Drion 2001a, p. 37; Driessen & Mancosu 2001, p. 93; C.E. Drion 2001b, p. 95.

³⁷ Aldus Van Wechem & Wissink 2002, p. 17 over HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; *Stein/Driessen*).

hij dit door in het arrest Geeris/Van Beusekom een arrest te bekrachtigen waarin het Hof als volgt oordeelt over de opvatting van de Rechtbank dat geen beroep mag worden gedaan op een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting in algemene voorwaarden omdat daarmee tevens aansprakelijkheid voor eigen opzet en bewuste roekeloosheid wordt uitgesloten:

‘De bepaling is weliswaar zo geformuleerd dat iedere aansprakelijkheid wordt uitgesloten doch zulks brengt op zichzelf nog niet mede dat Van Beusekom een beroep op het beding moet worden ontzegd. Dat zou slechts anders kunnen zijn indien het beding met zoveel woorden de aansprakelijkheid voor schade in geval van opzet of grove schuld mede zou uitsluiten. Daar komt bij dat Geeris aan haar vordering niet ten grondslag heeft gelegd dat de door haar gestelde schade het gevolg is van opzet of grove schuld van Van Beusekom ...’³⁸

Het Hof geeft duidelijk aan dat het feit dat een aansprakelijkheidsuitsluiting iedere aansprakelijkheid uit sluit *op zichzelf* nog niet betekent dat de leverancier *een beroep op het beding* moet worden ontzegd. Daarvoor is kennelijk nodig dat de exoneratie aansprakelijkheid voor opzet of grove schuld nadrukkelijk zou uitsluiten of in het betreffende geval de schade een gevolg is van opzet of grove schuld.

In deze zaak heeft de afnemer niet betoogd (of niet kunnen betogen, zie 2.2) dat de betreffende aansprakelijkheidsuitsluiting in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is. Dit geeft Krans en Tjong Tjin Tai aanleiding tot voorzichtigheid te manen.³⁹ Zij menen niet uit te kunnen sluiten dat een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting toch door toetsing aan de goede zeden (art. 3:40 BW) of de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW) onderuit gaat. Partiële nietigheid ex art. 3:41 BW noch conversie ex art. 3:42 BW bieden huns inziens een hulpmiddel de nietige althans vernietigde clausule alsnog voor een gedeelte geldig te laten zijn.⁴⁰ Met deze redenering ben ik het niet eens. Er is mijns inziens geen plaats voor een afzonderlijke toetsing aan de goede zeden (art. 3:40 BW). De Hoge Raad toetst sinds 1967 exoneraties alleen aan art. 6:248 lid 2 BW (zie 2.1). En omdat de onredelijk bezwarendheidstoets niet repressiever is dan de toets van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zal een exoneratie die niet onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), evenmin onderuit kunnen gaan via de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW) (zie 2.2). De door Tjong Tjin Tai en Krans bepleitte voorzichtigheid is dus mijns inziens niet nodig.

38 HR 7 december 2001, JOR 2002, 44 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; *Geeris/Van Beusekom*).

39 Krans & Tjong Tjin Tai 2002, p. 32.

40 Anders Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 343 die betoogt dat, hoewel van een automatisme geen sprake is, partiële nietigheid wel kan leiden tot splitsing van een gedeelte dat nietig is c.q. vernietigd kan worden en een gedeelte dat geldig is.

Uit het voorgaande volgt dat een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting geldig is. Vervolgens rijst de vraag onder welke omstandigheden de aansprakelijkheidsuitsluiting buiten toepassing moet blijven omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Aangezien partijen door een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting overeen te komen beogen de aansprakelijkheid van de leverancier zo veel mogelijk uit te sluiten, moet een eventuele uitzondering voor eigen opzet of bewuste roekeloosheid op de hoofdregel ('wij zijn niet aansprakelijk') zo beperkt mogelijk worden uitgelegd. Wat in ieder geval niet mag is een aansprakelijkheidsuitsluiting voor opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding. Dat is dus de uitzondering op de hoofdregel die er bij een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting moet worden 'bijgedacht'. Kortom, een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting ('wij zijn niet aansprakelijk voor enige schade'), zal dus altijd gelezen moeten worden als 'wij zijn niet aansprakelijk voor enige schade, behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van ons of onze bedrijfsleiding'. De leverancier is ingeval van een ongeclausuleerde exoneratie dus niet aansprakelijk voor anderen dan zichzelf of zijn bedrijfsleiding, bijvoorbeeld ondergeschikten (die niet tot de bedrijfsleiding behoren) en onderaannemers.

Het bovenstaande geldt mijns inziens ook bij een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsbeperking ('wij zijn uitsluitend aansprakelijk voor schade tot een bedrag van EUR x per jaar' zonder de gebruikelijke toevoeging 'behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van ons of onze bedrijfsleiding'). Ook in dat geval geldt dat een eventuele uitzondering voor eigen opzet of bewuste roekeloosheid op de hoofdregel ('wij zijn uitsluitend aansprakelijk tot') zo beperkt mogelijk wordt uitgelegd juist omdat partijen door aldus te contracteren beogen de aansprakelijkheid van de leverancier zo veel mogelijk te beperken. Een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsbeperking ('wij zijn uitsluitend aansprakelijk voor schade tot een bedrag van EUR x per jaar') moet dus gelezen worden als 'wij zijn uitsluitend aansprakelijk voor schade tot een bedrag van EUR x per jaar, behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van ons of onze bedrijfsleiding'.

3.4 HET BEGRIIP 'EIGEN'

Uit het voorgaande volgt dat een leverancier zich in het algemeen niet mag beroepen op zijn exoneratie als sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De vraag rijst wat 'eigen' is in de zin van eigen opzet en bewuste roekeloosheid. Voor de beantwoording van die vraag ga ik er van uit dat de leverancier een rechtspersoon is.

Alvorens deze vraag te beantwoorden zal ik eerst nagaan wanneer, als *geen* sprake is van een exoneratie, een wanprestatie of onrechtmatige daad

van een ondergeschikte van de leverancier als *eigen* wanprestatie of onrechtmatige daad van de leverancier kan worden aangemerkt. Vervolgens zal ik onderzoeken wanneer, als *wel* sprake is van een exoneration, een wanprestatie of onrechtmatige daad van een ondergeschikte van de leverancier als *eigen* wanprestatie of onrechtmatige daad van die rechtspersoon moet worden aangemerkt. In feite gaat het in beide gevallen (wanprestatie en onrechtmatige daad), hoewel ze bewijsrechtelijk gezien verschillen, om toerekening van gedragingen van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon in de zin van art. 6:74 lid 1 jo. 75 ingeval van wanprestatie en art. 6:162 lid 3 BW ingeval van onrechtmatige daad.⁴¹

Het lijkt op het eerste gezicht weinig zin te hebben eerst na te gaan wat rechtens is als geen exoneration in het spel is. Toch doe ik dat, en wel om de volgende redenen.

Een aansprakelijkheidsbeperking bestaat altijd uit twee delen, een *hoofdregel* (dat wil zeggen een gedeelte waarin aansprakelijkheid wordt aanvaard, bijvoorbeeld: 'leverancier is aansprakelijk voor schade die direct of indirect verband houdt met deze overeenkomst tot een bedrag van EUR x per jaar') en een *uitzondering* (dat wil zeggen een gedeelte waarin staat onder welke omstandigheden de aansprakelijkheidsbeperking niet geldt, bijvoorbeeld 'behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding'). De uitzondering is expliciet bepaald of moet impliciet daaraan worden toegevoegd (zie 3.3).

Als een ondergeschikte van de leverancier schade toebrengt aan de afnemer, kan de afnemer op twee manieren onder de *hoofdregel* claimen. De eerste mogelijkheid is dat de afnemer bewijst dat de wanprestatie of onrechtmatige daad van de ondergeschikte heeft te gelden als wanprestatie of onrechtmatige daad van de leverancier (toerekening). Deze toerekening onder de hoofdregel van een exoneration vindt op dezelfde manier plaats als de toerekening in het geval er geen exoneration in het spel is. De tweede mogelijkheid is dat de afnemer bewijst dat de leverancier voor de wanprestatie of onrechtmatige daad van zijn ondergeschikte ex art. 6:76 respectievelijk 170 BW aansprakelijk is (kwalitatieve aansprakelijkheid).

De reden waarom ik eerst na ga wat rechtens is als geen exoneration in het spel is, is omdat het feit dat sprake is van een *uitzondering*, zoals ik hierna zal laten zien, gevolgen heeft voor de toerekening en de kwalitatieve aansprakelijkheid. Als de uitzondering meteen wordt behandeld, dan valt niet meer uit elkaar te houden welke criteria normaliter moeten worden toegepast bij toerekening en kwalitatieve aansprakelijkheid en in hoeverre het uitzonderingskarakter van invloed is op de invulling van deze criteria.

41 Huizink (*Rechtspersonen*), art. 130, aant. 15.

3.4.1 Hoofddregel ('leverancier is aansprakelijk voor x tot y')

In het hiernavolgende bespreek ik de wijze waarop moet worden vastgesteld of een wanprestatie of onrechtmatige daad van een ondergeschikte van een leverancier heeft te gelden als wanprestatie of onrechtmatige daad van die leverancier. Deze toerekening komt aan de orde als geen exoneration overeen is gekomen en als de afnemer een beroep wil doen op de hoofddregel van een exoneration ('leverancier is aansprakelijk voor schade die direct of indirect verband houdt met deze overeenkomst tot een bedrag van EUR x per jaar'). Vervolgens behandel ik kort voor wiens handelen de leverancier kwalitatief aansprakelijk is als geen exoneration is overeen gekomen of als de afnemer onder de hoofddregel claimt.

Toerekening

Tot 1979 hanteert de Hoge Raad de orgaantheorie. Deze theorie bepaalt dat een rechtspersoon door middel van een orgaan een onrechtmatige daad kan plegen en deze onrechtmatige daad van het orgaan wordt beschouwd als onrechtmatige daad van de rechtspersoon wanneer dat orgaan handelt binnen de formele kring van zijn bevoegdheid. Het arrest *Het Noorden/NHL* uit 1955 is het schoolvoorbeeld voor de toepassing van de orgaantheorie.⁴² Daarin komt de Hoge Raad tot de conclusie dat agenten van een verzekeringsmaatschappij niet als organen van de verzekeringsmaatschappij kunnen worden beschouwd en de verzekeringsmaatschappij mitsdien niet aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad van één van haar verzekeringsagenten.

In 1979 wijst de Hoge Raad het *Kleuterschool Babbel* arrest.⁴³ In dat arrest verwijt een wethouder van de gemeente Zwolle, naar later blijkt ten onrechte, de bouwer van de ingestorte kleuterschool Babbel dat deze bouwer de kleuterschool onoordeelkundig heeft gebouwd. Het Hof past keurig de op dat moment geldende orgaantheorie toe, concludeert op basis daarvan dat de wethouder niet als orgaan van de gemeente Zwolle kan worden aangemerkt en oordeelt dat de gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld. De Hoge Raad vernietigt het arrest en introduceert een ruimere leer. Geabstraheerd van het concrete geval komt deze Babbelleer er op neer dat een gedraging van een natuurlijke persoon ook dan een onrechtmatige daad van een rechtspersoon kan opleveren wanneer de gedraging in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden. Aangenomen wordt dat de Babbelleer ook moet worden toegepast bij wanprestatie⁴⁴ en toerekening van kennis.⁴⁵

⁴² HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 552 (concl. A-G Langemeijer; *Het Noorden/NHL*; m.nt. Rutten).

⁴³ HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (concl. Proc. Gem. Van Oosten; *Kleuterschool Babbel*; m.nt. Brunner).

⁴⁴ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 328.

⁴⁵ HR 11 maart 2005, *NJ* 2005, 576 (concl. A-G Verkade; *P&F Project Finance Furniture/Peper & De Hart*).

De Babbelleer biedt meer mogelijkheden dan de orgaanleer het handelen van een ondergeschikte als handelen van de rechtspersoon te laten gelden. Met Hoekzema en Huizink ben ik van mening dat de orgaanleer opgaat in de Babbelleer in die zin dat de orgaanleer kan worden gebruikt ter invulling van de Babbelleer.⁴⁶

Hoekzema leidt uit de rechtspraak af dat de Babbelleer aan de hand van drie elementen wordt ingevuld: de strekking van de toepasselijke wetsbepaling, de positie van de ondergeschikte (invulling mede aan de hand van de orgaanleer) en de concrete gedragingen en omstandigheden.⁴⁷ De eerste twee elementen zal ik hierna bespreken, het derde element niet omdat het onderscheidend vermogen mist.

Aard van de toepasselijke norm

Het eerste element dat volgens Hoekzema de invulling van de Babbelleer bepaalt (te weten de strekking van de toepasselijke wetsbepaling), duid ik met Tjittes liever aan met het algemenere 'aard van de toepasselijke norm'.⁴⁸ Dit element komt aan de orde in de arresten *Los Gauchos* en *Anthony Veder*.⁴⁹ In beide arresten oordeelt de Hoge Raad dat het handelen van de ondergeschikte niet heeft te gelden als het handelen van de rechtspersoon.

Los Gauchos gaat over het volgende. Het restaurant *Los Gauchos* wordt op verzoek van Weijl, de verhuurder, bij verstek veroordeeld tot ontruiming. De verzettermijn van het vonnis gaat volgende de Hoge Raad niet lopen op het moment dat Pinxter, de bedrijfsleider van het restaurant, daarvan kennis neemt omdat (i) de verzettermijn van veertien dagen uiterst kort is (aard toepasselijke norm strekt tot bescherming van degene jegens wie verstek is verleend) en (ii) het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis ontruiming en daarmee het einde van het restaurantbedrijf zou betekenen (aard toepasselijke norm strekt tot bescherming van de huurder).

In *Anthony Veder* raken twee werknemers van Anthony Veder arbeidsongeschikt als gevolg van een gasexplosie aan boord van een gastanker van hun werkgever. De instanties die een uitkering verstrekken aan de arbeidsongeschikte werknemers wensen gebruik te maken van hun wettelijk verhaalsrecht op de werkgever. Dat verhaalrecht kan uitsluitend worden ingeroepen als het schadeveroorzakende feit veroorzaakt is door opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever. De instanties betogen daarom dat twee andere werknemers van Anthony Veder, de kapitein en een werktuigbouwkundige, de explosie hebben veroorzaakt door opzettelijk of bewust roekeloos te handelen en dat dit handelen heeft te gelden als het handelen van Anthony Veder. De Hoge

⁴⁶ Hoekzema 2000, p. 189-200; Huizink (*Rechtspersonen*), art. 130, aant. 15.

⁴⁷ Hoekzema 2000, p. 107-117.

⁴⁸ Tjittes 2001b, p. 173-174.

⁴⁹ HR 11 mei 1990, NJ 1990, 544 (concl. A-G Strikwerda; *Los Gauchos*); HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 410 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Anthony Veder*; m.nt. Mendel).

Raad wijst de vordering van de uitkerende instanties af omdat het verhaalsrecht van de uitkerende instanties op de werkgever een uitzonderingskarakter heeft. Gezien dit uitzonderingskarakter mag niet spoedig worden aangenomen dat het handelen van ondergeschikten als handelen van Anthony Veder heeft te gelden, aldus de Hoge Raad.

Positie van de ondergeschikte

Het tweede element dat de invulling van de Babbelleer bepaalt is, zoals gezegd, de positie van de ondergeschikte. Hoekzema merkt daarover op dat met name de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de ondergeschikte relevant zijn, maar ook zijn plaats in de hiërarchie van de organisatie, zijn inkomen in vergelijking met zijn medeondergeschikten en zijn positie ten opzichte van derden zoals klanten.⁵⁰

Als voorbeeld noemt Hoekzema een belastingzaak met betrekking tot een frauderende werknemer waarin het Hof deze omstandigheden naloopt en vervolgens oordeelt dat het handelen van deze werknemer heeft te gelden als handelen van de BV omdat hij in het maatschappelijk verkeer en met name bij de contacten met zakenrelaties in feite op een vergelijkbaar niveau als een statutair directeur optrad.⁵¹

In Los Gauchos hecht de Hoge Raad belang aan het feit dat de bedrijfsleider Pinxter aan de verhuurder Weijl heeft laten weten dat hij als bedrijfsleider slechts met de dagelijkse leiding van het restaurantbedrijf belast is en ook niet meer dan een beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft.

In Anthony Veder benadrukt de Hoge Raad eveneens dat de positie van de ondergeschikte van belang is. Dit doet hij door te wijzen op de maatschappelijke positie van de kapitein en werktuigkundige bij de uitoefening van hun taken aan boord van een schip.

Kwalitatieve aansprakelijkheid

Als geen exoneration is overeen gekomen of als de afnemer onder de hoofdregel ('leverancier is aansprakelijk voor x tot y') claimt, kan de afnemer de leverancier kwalitatief aansprakelijk stellen. Bij wanprestatie van een ondergeschikte of onderaannemer van de leverancier moet de afnemer een beroep doen op art. 6:76 BW. Bij een onrechtmatige daad van een ondergeschikte of onderaannemer dient de afnemer art. 6:170 respectievelijk 171 BW in te roepen.

⁵⁰ Hoekzema 2000, p. 107-117.

⁵¹ HR 3 november 1982, NJ 1983, 510 (concl. A-G Van Soest; *X/inspecteur*; m.nt. Maijer en Van Veen).

3.4.2 Uitzondering ('behoudens opzet of bewuste roekeloosheid')

Hierna bespreek ik de wijze waarop de hiervoor geformuleerde criteria voor toerekening onder de hoofdregel (zie 3.4.1) moeten worden toegepast op het uitzonderingsgedeelte van een exoneration ('behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding'). Vervolgens behandel ik kort of de leverancier onder deze uitzondering kwalitatief aansprakelijk is.

Toerekening

Stel dat een ondergeschikte van de leverancier opzettelijk of met bewuste roekeloosheid schade veroorzaakt aan de afnemer. In het eerste geval is geen exoneration overeengekomen, in het tweede geval is overeengekomen dat de leverancier niet aansprakelijk is (hoofdregel) behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding (uitzondering). Als bij gebreke aan een exoneration wordt aangenomen dat het handelen van deze ondergeschikte volgens de Babbelleer als handelen van de leverancier heeft te gelden, betekent dit dat de afnemer bij hetzelfde handelen van deze ondergeschikte met succes een beroep kan doen op het uitzonderingsgedeelte van deze aansprakelijksuitsluiting en de leverancier dus onbeperkt aansprakelijk is? Het is verleidelijk deze vraag in bevestigende zin te beantwoorden. Toch is deze conclusie voorbarig. Het feit dat een exoneration in het spel is, heeft immers (zoals hierna zal blijken) een zelfstandige invloed op de twee elementen waarmee de Babbelleer moet worden ingevuld. Deze elementen zijn de hierna te bespreken aard van de toepasselijke norm en de positie van de ondergeschikte.

Aard van de toepasselijke norm

Hoekzema meent dat de regel dat de strekking van een wetsbepaling met zich kan brengen dat de criteria opzet of bewuste roekeloosheid beperkt moeten worden uitgelegd zodat daarvan niet spoedig sprake zal zijn, naar analogie geldt voor exonerationen.⁵² Mijns inziens brengt de strekking van een exoneration met zich dat *niet* snel mag worden aangenomen dat het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van een ondergeschikte als handelen van de leverancier wordt aangemerkt.

Verder meen ik, geïnspireerd door Hoekzema, dat in situaties waarin de sanctie die intreedt bij toepassing van een regel een (i) alles-of-niets karakter draagt en (ii) vergaande gevolgen heeft, eerder reden is die regel uit te leggen ten gunste van degene die de sanctie zou treffen, dan in situaties waarin de sanctie (a) gradueel van aard is of pas intreedt als ook andere omstandigheden in die richting wijzen of (b) minder vergaande gevolgen heeft. Van eigen opzet of bewuste roekeloosheid is sprake als, zoals in het hiervoor geschetste geval,

52 Hoekzema 2000, p. 208.

aangenomen wordt dat het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de ondergeschikte als handelen van de leverancier heeft te gelden. Het gevolg daarvan is dat het beroep van de leverancier op zijn exoneratie in het algemeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (alles-of-niets sanctie) en dat de leverancier mitsdien onbeperkt aansprakelijk is (vergaande gevolgen).

Mocht niet worden aangenomen dat het handelen van de ondergeschikte als handelen van de leverancier heeft te gelden, dan betekent dit overigens niet dat de kous daarmee af is. Het betekent alleen dat het beroep van de leverancier op zijn exoneratie niet *in het algemeen* onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Of het beroep van de leverancier *onder de bewuste omstandigheden* onaanvaardbaar is moet worden beoordeeld aan de hand van de Saladin/HBU-omstandigheden. Eén van die omstandigheden is de 'zwaarte van de schuld' (zie hoofdstuk 4). Het feit dat de leverancier de dans dus niet ontspringt als het handelen van de ondergeschikte niet als handelen van de leverancier heeft te gelden, pleit ervoor deze toerekening bij exoneraties restrictief toe te passen.

Dit betekent dat als een exoneratie is overeengekomen, het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van een ondergeschikte voor wat betreft de uitzondering ('behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding') niet snel als handelen van de leverancier heeft te gelden omdat:

- 1 de strekking van een exoneratie brengt met zich dat *niet* snel mag worden aangenomen dat het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van een ondergeschikte als handelen van de leverancier wordt aangemerkt;
- 2 de sanctie die volgt op het oordeel dat het handelen van de ondergeschikte als handelen van de leverancier heeft te gelden:
 - a. een alles-of-niets karakter draagt (een beroep op een exoneratie ingeval van eigen opzet of bewuste roekeloosheid is in het algemeen onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid); en
 - b. vergaande gevolgen heeft (onbeperkte aansprakelijkheid van de leverancier); en
- 3 de leverancier onder de bewuste omstandigheden alsnog onbeperkt aansprakelijk kan zijn omdat een rechter de exoneratie (mede) gezien andere Saladin/HBU-omstandigheden onaanvaardbaar acht.

Positie van de ondergeschikte

Hoewel het eerste element, de aard van een exoneratie, zich er dus tegen verzet dat het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van een ondergeschikte als handelen van de leverancier wordt aangemerkt, lijkt de Hoge Raad in de hierna te bespreken arresten het tweede element, de positie van de ondergeschikte, te hebben aangegrepen om juist spoediger of in ieder geval makkelijker (dan in het geval geen exoneratie is overeengekomen) aan te nemen dat het opzettelijk of bewust roekeloos van een ondergeschikte als handelen van

de leverancier heeft te gelden. Dit bereikt de Hoge Raad door, zoals hierna zal blijken, de begrippen 'leidinggevende ondergeschikte' en 'bedrijfsleiding' te introduceren naast het begrip 'eigen'.

In het Pseudo-vogelpest-arrest uit 1976 oordeelt de Hoge Raad dat:

'in het algemeen bekendheid met de gebreken bij degenen die verkoper in zijn bedrijf belast heeft met de leiding van de uitvoering van de betreffende verkoopcontracten, wat dit betreft gelijk gesteld moet worden met bekendheid bij de verkoper zelf';⁵³

Aangezien het handelen van de bewuste verkoper als opzet moet worden aangemerkt (zie 3.1), kan uit dit arrest worden afgeleid dat opzet van een leidinggevende ondergeschikte heeft te gelden als opzet van de leverancier. Voor bewuste roekeloosheid geldt hetzelfde.

In 1993 vervangt de Hoge Raad in het arrest *Matatag/De Schelde* het begrip leidinggevende ondergeschikten door het begrip personen die tot de bedrijfsleiding behoren.⁵⁴ In die zaak sauveert de Hoge Raad het oordeel van het Hof, dat oordeelt over de volgende situatie. *Matatag* geeft opdracht aan *De Schelde* een leiding in een schip te vernieuwen. *De Schelde* schakelt daarvoor een onderaannemer, *SKS*, in. *SKS* haalt voor de veiligheid een pijpstuk uit de leiding. Na de vernieuwing van de leiding plaatst *SKS* het pijpstuk terug. Later blijkt dat het pijpstuk niet goed is teruggezet. Daardoor lekt de leiding en veroorzaakt ladingschade. Als *SKS* de leiding zou hebben afgeperst, dan zou aan het licht zijn gekomen dat de leiding zou gaan lekken en had, door het nemen van verdere maatregelen, de ladingschade kunnen worden voorkomen. Het Hof meent dat *De Schelde* krachtens haar overeenkomst met *Matatag* verplicht was erop toe te zien dat de leiding ter controle zou worden afgeperst en dat *De Schelde* in de nakoming van deze verplichting tekort is geschoten. Dit betekent volgens het Hof echter nog niet dat *De Schelde* geen beroep toekomt op haar exoneratie. De Hoge Raad meent dat dit oordeel terecht is voegt daaraan toe dat:

'Bij een overeenkomst van de onderhavige aard, gesloten tussen bedrijven als hiervoor aangeduid, kan immers niet gezegd worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijkheid ook voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren, geheel of ten dele uit te sluiten en ingeval van schade als hier geleden op deze uitsluiting dan ook een beroep te doen.'

53 HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; *Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*; m.nt. G.J. Scholten).

54 HR 31 december 1993, *NJ* 1993, 389 (concl. A-G Hartkamp; *Matatag/De Schelde* of '*Serra*'; m.nt. Brunner).

Van Dunné merkt terecht op dit arrest alleen gaat over ‘ernstige fouten’ en dus niet over opzet of bewuste roekeloosheid.⁵⁵ De vraag rijst dus of het nieuwe criterium bedrijfsleiding ook geldt voor situaties van opzet of bewuste roekeloosheid. Het antwoord luidt bevestigend. Immers, in 1997 oordeelt de Hoge Raad in het arrest Gerling/Hanno dat voor het antwoord op de vraag wiens opzet of grove schuld⁵⁶ bij de geoorloofdheid van een aansprakelijkheidsuitsluiting bepalend is, het aankomt op de opzet of grove schuld van de bedrijfsleiding, het criterium dat in het arrest Matatag/De Schelde is geïntroduceerd.⁵⁷ De Hoge Raad bepaalt verder dat het Hof niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting door ‘kennelijk’ te oordelen dat Gerling niet aannemelijk heeft weten te maken dat de bedrijfsleiding van Hanno zich ervan bewust was dat het hout waarschijnlijk ontvreemd zou worden als het zich buiten een loods en/of in een geopende loods bevindt en aldus opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld. In het arrest Stein/Driessen uit hetzelfde jaar herhaalt de Hoge Raad nogmaals de maatstaf bedrijfsleiding, deze keer in combinatie met opzet of bewuste roekeloosheid (in plaats van grove schuld).⁵⁸ In Mastum/Nationale Nederlanden spreekt de Hoge Raad in soortgelijke bewoordingen van ‘personen die met de leiding van het bedrijf zijn belast’.⁵⁹ Kortom, indien sprake is van een exoneratie heeft het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de bedrijfsleiding waarschijnlijk sinds 1993 maar in ieder geval sinds 1997 te gelden als het handelen van de leverancier.

Het vervangen van de maatstaf leidinggevende ondergeschikten uit 1976 door de maatstaf bedrijfsleiding in 1993 wordt door Van Dunné afgedaan als het geven van een wat modernere omschrijving.⁶⁰ Ook Hartkamp spreekt nog van leidinggevende ondergeschikten.⁶¹ Met Brunner en Hoekzema ben ik van mening dat de Hoge Raad hier wel degelijk een ander begrip introduceert. Het nieuwe begrip is beperkter dan het oude. Bij toepassing van het oude begrip kan het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van betrekkelijk laag geplaatste ondergeschikten die feitelijk leiding geven aan de uitvoering van de overeenkomst gelden als het handelen van de leverancier.⁶² Bij toepassing van het nieuwe begrip kan dit niet meer omdat die laag geplaatste ondergeschikten niet tot de bedrijfsleiding behoren.

55 Van Dunné 2004, p. 430-434.

56 Hier wordt over grove schuld gesproken omdat het oud BW op die zaak van toepassing is.

57 HR 5 september 1997, *NJ* 1997, 63 (concl. A-G Asser; *Gerling/Hanno*; m.nt. Japikse).

58 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; *Stein/Driessen*).

59 HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 242 (concl. A-G Spier; *Mastum/Nationale Nederlanden*).

60 Van Dunné 2004, p. 431.

61 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 343.

62 Brunner in zijn noot bij HR 31 december 1993, *NJ* 1993, 389 (concl. A-G Hartkamp; *Matatag/De Schelde* of ‘*Serra*’; m.nt. Brunner); Hoekzema 2000, p. 192.

Interessant is hoe dit nieuwe begrip bedrijfsleiding zich verhoudt tot het hiervoor besproken tweede element dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van een ondergeschikte als handelen van de leverancier heeft te gelden, te weten de positie van de ondergeschikte. Als er geen exoneratie in het spel is, dan wordt niet over het begrip bedrijfsleiding gesproken. Als er wel een exoneratie in het spel is, dan wordt ineens het begrip bedrijfsleiding geïntroduceerd en dan nog wel naast het criterium 'eigen'. Mijns inziens heeft de Hoge Raad door toevoeging van het begrip bedrijfsleiding duidelijk willen maken dat het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de bedrijfsleiding voor de beoordeling van (het beroep op) een exoneratie *in ieder geval* als handelen van de leverancier heeft te gelden.⁶³ Dat betekent dat in dat geval dus niet aan de hand van de hierboven besproken twee elementen – de aard van de toepasselijke norm en de positie van de ondergeschikte – hoeft te worden nagegaan of het handelen van de bedrijfsleiding als handelen van de leverancier heeft te gelden.

De vraag rijst of aan het begrip 'eigen' zelfstandige betekenis toekomt naast het begrip bedrijfsleiding. Theoretisch gezien wel. De kans bestaat immers dat, hoewel de aard van een exoneratie zich daartegen verzet, het opzettelijk of bewust roekeloos handelen van een ondergeschikte (die niet tot de bedrijfsleiding behoort) als handelen van de leverancier heeft te gelden. In de praktijk schat ik die kans echter gering in.

Kwalitatieve aansprakelijkheid

Toerekening onder de uitzondering ('behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding') mag niet snel worden aangenomen (zie hierboven). Kwalitatieve aansprakelijkheid mag in het geheel niet worden aangenomen. De leverancier mag aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door opzettelijk of bewust roekeloos handelen van ondergeschikten (die niet tot de bedrijfsleiding behoren) en onderaannemers uitsluiten. Door de uitzondering op te nemen doet hij dat ook. Daarmee wijkt hij af van het regelend recht vervat in de art. 6:76 (aansprakelijkheid voor hulppersonen bij wanprestatie), 6:170 (aansprakelijkheid voor ondergeschikten bij onrechtmatige daad) en 6:171 BW (aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten bij onrechtmatige daad).

63 Door over het handelen van de bedrijfsleiding te spreken ga ik er van uit dat de betreffende persoon ook in die hoedanigheid handelt. Zie voor een geval waarin onduidelijk is in welke hoedanigheid een persoon handelt (in privé of als bestuurder van een vennootschap) HR 5 december 2003, NJ 2004, 506 (concl. A-G Timmerman; Distelberg/Van der Meulen).

3.5 TUSSENCONCLUSIE

Een beroep op een exoneration is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het algemeen onaanvaardbaar als sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid of opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding (Stein/Driessen).⁶⁴ Een beroep op iedere andere exoneration is dus *a contrario* (in beginsel) geoorloofd (Matatag/De Schelde als *alter ego* van Stein/Driessen).⁶⁵ Zo mag bijvoorbeeld (in beginsel) worden geëxonerend voor schade veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van ondergeschikten (die niet tot de bedrijfsleiding behoren) en onderaannemers. Anders gezegd, door middel van een exoneration kan worden afgeweken van het regelend recht van de art. 6:76 (aansprakelijkheid voor hulppersonen bij wanprestatie), 6:170 (aansprakelijkheid voor ondergeschikten bij onrechtmatige daad) en 6:171 BW (aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten bij onrechtmatige daad). Ik schrijf steeds 'in beginsel' omdat een zodanige exoneration weliswaar is toegestaan, maar het van de omstandigheden van het geval zal afhangen of een beroep op die exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is op grond van art. 6:248 lid 2 BW. In het volgende hoofdstuk werk ik deze gedachte verder uit.

Een aansprakelijkheidsbeperking bestaat altijd uit een *hoofdregel* (dat wil zeggen een gedeelte waarin aansprakelijkheid wordt aanvaard, bijvoorbeeld: 'leverancier is aansprakelijk voor schade die direct of indirect verband houdt met deze overeenkomst tot een bedrag van EUR x per jaar') en een *uitzondering* (dat wil zeggen een gedeelte waarin staat onder welke omstandigheden de aansprakelijkheidsbeperking niet geldt, bijvoorbeeld 'behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding').

Als een exoneration geen expliciete uitzondering bevat, dan is de exoneration geldig, maar moet de uitzondering 'behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding' erbij worden gedacht.⁶⁶

Als de afnemer een beroep wenst te doen op de *hoofdregel*, dan moet hij onder andere bewijzen dat (i) het handelen van degene die hem schade toebrengt als handelen van de leverancier heeft te gelden (Babbelleer) of (ii) de leverancier voor dat handelen kwalitatief aansprakelijk is (art. 6:76, 170 of 171 BW).

Als de afnemer een beroep wenst te doen op de *uitzondering*, dan moet hij onder andere bewijzen dat het handelen van degene die hem schade toebrengt als handelen van de leverancier heeft te gelden. Het handelen van de bedrijfsleiding geldt automatisch als handelen van de leverancier; het

⁶⁴ HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; Stein/Driessen).

⁶⁵ HR 31 december 1993, NJ 1993, 389 (concl. A-G Hartkamp; Matatag/De Schelde of 'Serra'; m.nt. Brunner).

⁶⁶ HR 7 december 2001, JOR 2002, 44 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; Geeris/Van Beusekom).

handelen van anderen zal niet snel als handelen van de leverancier gelden.⁶⁷ Dit komt door de strekking van de exoneratie, het alles-of-niets karakter en het vergaande gevolg van de sanctie als het handelen wordt toegerekend (onbeperkte aansprakelijkheid) alsmede de mogelijkheid de exoneratie in combinatie met andere Saladin/HBU-omstandigheden alsnog onaanvaardbaar te achten. De afnemer heeft geen mogelijkheid de leverancier onder de uitzondering aan te spreken op basis van kwalitatieve aansprakelijkheid (art. 6:76, 170 of 171 BW).

Broekema-Engelen en Hartkamp menen dat de praktijk weinig behoefte heeft de wanprestatie althans onrechtmatige daad van een ondergeschikte te laten gelden als wanprestatie althans onrechtmatige daad van de leverancier zelf omdat de leverancier toch wel uit hoofde van de art. 6:76 of 170 BW kwalitatief aansprakelijk is.⁶⁸ De situatie waarin de afnemer een beroep wenst te doen op de uitzondering en dus geen mogelijkheid heeft de leverancier kwalitatief aansprakelijk te laten zijn, vormt mijns inziens een goed voorbeeld van een situatie waarin de praktijk behoefte heeft aan toerekening in plaats van kwalitatieve aansprakelijkheid.

Hoe een exoneratie voor bepaalde vormen van opzet en schuld zich verhoudt tot de dekking onder een third party aansprakelijkheidsverzekering, bespreek ik in 5.2.6. Voor een leverancier is immers interessant na te gaan in hoeverre hij bij bepaalde vormen van opzet en schuld, ondanks het feit dat hem geen beroep toekomt op zijn exoneratie, toch aanspraak kan maken op zijn verzekeringsdekking.

3.6 FENIT EN BiZA

In ICT-contracten is vrijwel altijd een exoneratie opgenomen. In de praktijk wordt vaak overeengekomen dat de aansprakelijkheid van ieder der partijen is beperkt tot een bepaald bedrag per gebeurtenis, per jaar en/of in totaal voor bepaalde vormen van schade (hoofddregel). Daarnaast wordt vaak bepaald in welke gevallen de betreffende exoneratie niet van toepassing is (uitzondering). In deze paragraaf zal ik de relevante bepalingen uit de leveranciersvriendelijke FENIT 2003 en 1994 alsmede de afnemersvriendelijke BiZa-contracten bespreken in het licht van de hiervoor opgedane algemeen vermogensrechtelijke kennis. Daarbij concentreer ik me op de vraag voor wiens handelen de leverancier

⁶⁷ Door over het handelen van de bedrijfsleiding te spreken ga ik er van uit dat de betreffende persoon ook in die hoedanigheid handelt. Zie voor een geval waarin onduidelijk is in welke hoedanigheid een persoon handelt (in privé of als bestuurder van een vennootschap) HR 5 december 2003, NJ 2004, 506 (concl. A-G Timmerman; Distelberg/Van der Meulen).

⁶⁸ Broekema-Engelen (*Verbindenissenrecht*), art. 76, aant. 22 ten aanzien van de verhouding tussen de art. 6:75 en 76 BW; Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 258 ten aanzien van de verhouding tussen de art. 6:162 en 170 lid 3 BW.

al dan niet aansprakelijk is. De uitzondering bespreek ik telkens uitgebreider dan de hoofdregel.

FENIT 2003 hoofdregel ('leverancier is aansprakelijk voor x tot y')

De leverancier is tot een bepaald bedrag aansprakelijk voor directe schade (in de zin van art. 10.1) wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming. De leverancier is mijns inziens onbeperkt delictueel aansprakelijk voor directe schade in de zin van art. 10.1 (zie 4.1.5). De afnemer kan hiervan met name profiteren als hij directe schade (in de zin van art. 10.1) lijdt en de wanprestatie waardoor die schade wordt veroorzaakt tevens een onrechtmatige daad is. Deze mogelijkheid de betreffende aansprakelijkheidsbeperking te omzeilen is afgesloten onder de FENIT 1994 (zie hierna).

De leverancier is tot een ander bedrag aansprakelijk voor schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken (art. 10.2), ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid berust. Terzijde merk ik op dat art. 10.2 FENIT 2003 voor zodanige schade een algehele aansprakelijkheidsbeperking (een zogenaamde *global cap*) kent zonder een beperking per gebeurtenis, terwijl art. 10.3 FENIT 1994 voor zodanige schade een aansprakelijkheidsbeperking per gebeurtenis (een zogenaamde *cap per event*) kent zonder een algeheel maximum.

De leverancier is voor directe schade in de zin van art. 10.1 alsmede voor schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken in de zin van art. 10.2 (i) aansprakelijk als het handelen van anderen als het handelen van de leverancier heeft te gelden en (ii) kwalitatief aansprakelijk ex art. 6:76, 6:170 en 6:171 BW.

De leverancier is niet aansprakelijk voor andere vormen van schade dan genoemd in art. 10.1 en 10.2, aldus art. 10.3.

De overige discussies die onder de FENIT 1994 spelen en die ik hieronder behandel, spelen niet voor de FENIT 2003 omdat de woorden die in de FENIT 1994 tot deze discussies aanleiding geven in de FENIT 2003 op zodanige wijze zijn herzien dat van onduidelijkheid geen sprake meer kan zijn.

FENIT 2003 uitzondering ('behoudens opzet of grove schuld')

De art. 10.1, 10.2 en 10.3 FENIT 2003 bevatten exoneraties. Art. 10.4 bepaalt vervolgens:

10.4 'De in voorgaande leden van dit artikel 10 genoemde beperkingen komen te vervallen indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van leverancier of diens leidinggevenden.'

Twee dingen vallen op. Ten eerste dat gesproken wordt over grove schuld in plaats van bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad en de wetgever hanteren inmiddels het begrip bewuste roekeloosheid (zie 3.2). Grove schuld bestaat uit bewuste roekeloosheid en onbewuste roekeloosheid. Het begrip 'bewuste

roekeloosheid' is subjectiever dan het begrip 'grove schuld'. Door het begrip 'grove schuld' te hanteren kan een beroep op de exoneration dus sneller onaanvaardbaar worden geacht dan als het begrip 'bewuste roekeloosheid' zou zijn gehanteerd. De leverancier doet zichzelf hier dus tekort.

In vergelijking met de FENIT 1994 valt op dat, anders dan in de FENIT 2003, het begrip 'bewuste roekeloosheid' wel van toepassing is bij de impliciete uitzondering op de uitsluiting voor 'indirecte schade, daaronder begrepen gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen en schade door bedrijfsstagnatie' opgenomen in art. 10.4 FENIT 1994 (zie hierna). Op dat punt biedt de FENIT 1994 de leverancier dus meer bescherming dan de FENIT 2003.

Het tweede dat opvalt is dat art. 10.4 FENIT 2003 spreekt over leidinggeven. Het begrip leidinggeven doet denken aan het uit het Pseudo-vogelpest-arrest bekende begrip leidinggevende ondergeschikten.⁶⁹ De Hoge Raad hanteert inmiddels het begrip bedrijfsleiding (zie 3.4.2). Het begrip leidinggeven is ruimer dan het begrip bedrijfsleiding. Iemand die leiding geeft aan een specifiek project hoeft niet tot de leiding van het bedrijf te behoren. In zoverre geeft de leverancier de afnemer hiermee meer mogelijkheden zijn exonerationen te doorbreken dan de ruimte die de leverancier de afnemer volgens de Hoge Raad op zijn minst moet geven. Ook hier doet de leverancier zichzelf dus tekort.

De FENIT 1994 biedt de leverancier ook op dat punt meer bescherming doordat, anders dan in de FENIT 2003, niet wordt gesproken over leidinggeven, maar de term bedrijfsleiding er bij moet worden gelezen (zie hierna).

FENIT 1994 hoofdregel ('leverancier is aansprakelijk voor x tot y')

De leverancier is tot een bepaald bedrag aansprakelijk voor directe schade (in de zin van art. 10.2) wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Art. 10.1 bepaalt: 'Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt.' Dat betekent *a contrario* dat op de leverancier geen andere schadevergoedingsverplichtingen kunnen rusten.⁷⁰ Art. 10.2 is beperkt tot een toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Uit art. 10.1, gelezen in combinatie met art. 10.2, leid ik af dat de leverancier niet aansprakelijk is voor directe schade (in de zin van art. 10.2) die is veroorzaakt door een onrechtmatige daad. Anders dan onder de FENIT 2003 (zie hierboven) heeft de afnemer dus geen mogelijkheid de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade (in de zin van art. 10.2) te omzeilen indien de wanprestatie tevens een onrechtmatige daad is en de afnemer zijn schadevergoedingsvordering stoelt op onrechtmatige daad.

69 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; *Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*; m.nt. G.J. Scholten).

70 In zoverre is art. 10.1 van de FENIT 1994, anders dan Kruijer 2000, p. 47 meent, niet overbodig.

De leverancier is tot een ander bedrag aansprakelijk voor schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken (art. 10.3). Terzijde merk ik op dat art. 10.3 FENIT 1994 voor zodanige schade een aansprakelijkheidsbeperking per gebeurtenis (een zogenaamde *cap per event*) kent zonder een algeheel maximum, terwijl art. 10.2 FENIT 2003 voor zodanige schade een algehele aansprakelijkheidsbeperking kent zonder een beperking per gebeurtenis (een zogenaamde *global cap*).

De leverancier is mijns inziens voor directe schade in de zin van art. 10.2 alsmede voor schade door dood of lichamelijk letsel of voor materiële beschadiging van zaken in de zin van art. 10.3 (i) aansprakelijk als het handelen van anderen als het handelen van de leverancier heeft te gelden en (ii) kwalitatief aansprakelijk ex art. 6:76 (10.2 en 10.3), 6:170 (10.3) en 6:171 (10.3) BW.

Gardeniers, Van Schelven en Stouthamer lijken een andere mening te zijn toegedaan. Zij verwijzen bij hun bespreking van de *delictuele* aansprakelijkheid voor schade door dood of lichamelijk letsel of voor materiële beschadiging van zaken in de zin van art. 10.3 naar art. 6:170 BW, maar niet naar art. 6:171 BW.⁷¹ Door niet te verwijzen naar art. 6:171 BW lijken laatstgenoemde schrijvers er van uit te gaan dat de leverancier niet delictueel aansprakelijk is voor deze schade voorzover veroorzaakt door niet-ondergeschikten in de zin van art. 6:171 BW. Art. 10.1 bepaalt, zoals gezegd: 'Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit art. 10 blijkt.' Dit betekent *a contrario* dat op de leverancier dus geen andere wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding rusten.⁷² De consequentie van de opvatting van Gardeniers, Van Schelven en Stouthamer is dus dat als een door de leverancier ingeschakelde onderaannemer in de zin van art. 6:171 BW schade door dood of lichamelijk letsel veroorzaakt (in de zin van art. 10.3), de afnemer niet kan claimen onder de aansprakelijkheidsbeperking, maar met lege handen komt te staan als hij uitsluitend op basis van onrechtmatige daad tegen de leverancier kan ageren.

Voorzover Gardeniers, Van Schelven en Stouthamer zo begrepen moeten worden, kan ik me in hun opvatting niet vinden. Art. 10.3 FENIT 1994 bepaalt het maximale bedrag waarvoor Leverancier aansprakelijk is en het soort schade waarvoor hij aansprakelijk is. Het bepaalt echter niet voor wiens handelen de leverancier aansprakelijk is. Om die reden moet worden teruggevallen op de wettelijke bepalingen en dat zijn in dit geval de art. 6:170 en 171 BW.

Dit is anders onder art. 9.4 COSSO 1990 en 1993.⁷³ Dat artikel bepaalt eveneens het maximale bedrag waarvoor leverancier aansprakelijk is en het soort schade. Daarnaast bepaalt art. 9.4 COSSO 1990 en 1993, anders dan art. 10.3

71 Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer 2001, art. 10, aant. 6.

72 In zoverre is art. 10.1 van de FENIT 1994, anders dan Kruijer 2000, p. 47 meent, niet overbodig.

73 De COSSO is één van de voorlopers van de FENIT.

FENIT 1994, wel voor wiens handelen de leverancier aansprakelijk is, te weten 'een onrechtmatige daad van leverancier, of van zijn werknemers of ondergeschikten'. Aangezien art. 9.1 COSSO 1990 en 1993 net als art. 10.1 FENIT 1994 *a contrario* bepaalt dat op de leverancier geen wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding rusten anders dan voorzover dat uit het aansprakelijkheidsartikel van de voorwaarden blijkt, is de leverancier ingevolge deze COSSO-voorwaarden bijvoorbeeld niet aansprakelijk voor schade door dood of lichamelijk letsel ingeval van een onrechtmatige daad van een onderaannemer in de zin van art. 6:171 BW. Een onderaannemer is nu eenmaal geen werknemer of ondergeschikte.

Ook uit het feit dat de COSSO 1990 en 1993 expliciet bepalen voor wiens handelen de leverancier aansprakelijk is, en dit in de FENIT 1994 niet gebeurt, kan worden afgeleid dat de FENIT, anders dan de COSSO, geen reden ziet af te wijken van de wettelijke kwalitatieve aansprakelijkheidsregeling vervat in de art. 6:170 en 171 BW. Op basis hiervan kom ik tot een soortgelijke conclusie als Kuus: de afnemer die onder de FENIT 1994 contracteert heeft in meer gevallen recht op vergoeding van schade door dood of lichamelijk letsel dan de afnemer die onder de COSSO 1990 of 1993 contracteert.⁷⁴

Kruijer meent dat de leverancier niet *contractueel* aansprakelijk is voor schade door dood of lichamelijk letsel of voor materiële beschadiging van zaken in de zin van art. 10.3 FENIT 1994 en typeert deze uitsluiting als zeer onredelijk voor de afnemer.⁷⁵ Hij redeneert dat de aansprakelijkheid van de leverancier voor toerekenbare tekortkomingen beperkt is tot vergoeding van directe schade in de zin van art. 10.1. Overige schade veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming, zoals schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken, komt dus, mede gezien art. 10.1 en 10.4 FENIT 1994, niet voor vergoeding in aanmerking. Ik vraag me af of Kruijer hier niet te ver doorschiet. Ook hier is relevant de voorloper van art. 10.3 FENIT 1994, art. 9.4 COSSO 1990 en 1993. Art. 9.4 COSSO 1990 en 1993 vereist een onrechtmatige daad. Dit vereiste is in art. 10.3 FENIT 1994 komen te vervallen. Of aansprakelijkheid gebaseerd wordt op een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad is dus niet meer relevant. De FENIT 1994 biedt in dat opzicht, net als bij de kring van personen waarvoor de leverancier kwalitatief aansprakelijk is, meer ruimte voor schadevergoeding dan de COSSO 1990 en 1993. Kortom, voor schade door dood of lichamelijk letsel of voor materiële beschadiging van zaken wegens een toerekenbare tekortkoming, kan de leverancier wel degelijk ook contractueel aansprakelijk zijn ingevolge art. 10.3 FENIT 1994.

⁷⁴ Kuus 1995, p. 101.

⁷⁵ Kruijer 2000, p. 50-53.

FENIT 1994 uitzondering ('behoudens opzet of grove schuld')

De artikelen 10.2 en 10.3 FENIT 1994 bevatten exoneraties. Art. 10.5 bepaalt vervolgens, voorzover relevant:

10.5 'De in artikel 10.2 en 10.3 genoemde maximumbedragen komen echter te vervallen indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van Leverancier.'

Een beroep op een exoneratie is onaanvaardbaar ingeval van eigen opzet of bewuste roekeloosheid of opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding (zie 3.4.2). Art. 10.5 spreekt over de 'Leverancier'. Dat begrip verwijst mijns inziens naar de eigen opzet en grove schuld. De leverancier had ook kunnen spreken over bewuste roekeloosheid. Het begrip bewuste roekeloosheid is subjectiever dan het begrip grove schuld (zie 3.2). De leverancier doet zich hier dus te kort.

Strikt genomen bepaalt art. 10.5 niets over de opzet en bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding. Als de bedrijfsleiding handelt, hoeft niet aan de hand van de elementen aard van de toepasselijke norm en de positie van de ondergeschikte te worden nagegaan of het handelen van de bedrijfsleiding als handelen van de leverancier heeft te gelden. Het handelen van de bedrijfsleiding heeft dan *in ieder geval* te gelden als het handelen van de leverancier (zie 3.4.2).⁷⁶ De vraag rijst op welke wijze de bedrijfsleiding moet handelen wil de afnemer een beroep op art. 10.5 kunnen doen: met opzet of grove schuld (zoals volgens art. 10.5 voor de 'Leverancier' geldt) *of* met opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding (zoals in het algemeen geldt). Naar mijn idee moet sprake zijn van opzet of grove schuld van de bedrijfsleiding. Doordat het handelen van de bedrijfsleiding in ieder geval geldt als handelen van de leverancier is het logisch de norm die van toepassing is op het handelen van de leverancier eveneens van toepassing te laten zijn op het handelen van degenen (in dit geval de bedrijfsleiding) wiens handelen als zijn handelen heeft te gelden.

Aangezien het begrip bedrijfsleiding er in de FENIT 1994 bij moet worden gelezen en in de FENIT 2003 gesproken wordt over het ruimere begrip leidinggevend (zie hierboven), biedt de FENIT 1994 op dat punt meer bescherming aan de leverancier dan de FENIT 2003.

Art. 10.5 is niet van toepassing op art. 10.4 en de uitzondering voor opzet en grove schuld die in art. 10.5 is opgenomen komt merkwaardig genoeg ook niet in gewijzigde vorm terug in art. 10.4 zelf, dat bepaalt:

76 Door over handelen van de bedrijfsleiding te spreken ga ik er van uit dat de betreffende persoon ook in die hoedanigheid handelt. Zie voor een geval waarin onduidelijk is in welke hoedanigheid een persoon handelt (in privé of als bestuurder van een vennootschap) HR 5 december 2003, NJ 2004, 506 (concl. A-G Timmerman; Distelberg/Van der Meulen).

10.4 'Aansprakelijkheid van Leverancier voor indirecte schade, daaronder begrepen gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen en schade door bedrijfsstagnatie, is uitgesloten.'

Een exoneration zoals art. 10.4 moet worden gelezen als ware daaraan het volgende toegevoegd: ' , behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding.' (zie 3.3). In feite wordt door deze ongeclausuleerde exoneration een beperktere uitzondering in het leven geroepen dan de uitzondering van art. 10.5. In art. 10.5 moet de uitzondering gelezen worden als opzet of *grove schuld* van de leverancier of diens bedrijfsleiding, terwijl in art. 10.4 een uitzondering gelezen moet worden voor opzet of *bewuste roekeloosheid* van de leverancier of diens bedrijfsleiding. Het begrip bewuste roekeloosheid is subjectiever dan het begrip grove schuld (zie 3.2). Hoewel de leverancier zich in art. 10.5 tekort doet door te kiezen voor grove schuld (in plaats van bewuste roekeloosheid), maakt hij in art. 10.4 (wellicht onbedoeld) gebruik van de (voor hem) gunstigste uitzondering op de exoneration voor gevolgschade doordat er in art. 10.4 bij moet worden gelezen ' , behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding.'

Art. 10.4 FENIT 2003 spreekt over grove schuld en leidinggevend (in plaats van over bewuste roekeloosheid en bedrijfsleiding) en biedt de leverancier op beide punten dus minder bescherming dan art. 10.4 FENIT 1994.

Kruijer meent dat de aansprakelijkheidsbeperking tot vergoeding van directe schade tot een maximum van één miljoen gulden zoals opgenomen in art. 10.2 FENIT 1994 ingevolge art. 10.5 vervalt indien sprake is van opzet of grove schuld van de leverancier, maar dat dan wel de contractswaarde als bovengrens voor zijn aansprakelijkheid blijft gelden.⁷⁷ Deze stelling is mijns inziens onjuist. De art. 10.2, 10.3 en 10.5 luiden, voorzover relevant:

10.2 'De totale aansprakelijkheid van Leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is beperkt tot vergoeding van directe schade tot maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs (excl. BTW). Indien de overeenkomst hoofdzakelijk een duurovereenkomst is met een looptijd van meer dan één jaar, wordt de bedongen prijs gesteld op het totaal van de vergoedingen (excl. BTW) bedongen voor één jaar. In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan f 1.000.000 (één miljoen gulden). Onder directe schade wordt uitsluitend verstaan: ...'

10.3 'De totale aansprakelijkheid van Leverancier voor schade door dood of lichamelijke letsel of voor materiële beschadiging van zaken zal in geen geval meer bedragen dan f 2.500.000,- (twee en een half miljoen gulden) per gebeurtenis, waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis.'

77 Kruijer 2000, p. 48.

10.5 'De in artikel 10.2 en 10.3 genoemde maximumbedragen komen echter te vervallen indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van Leverancier.'

Art. 10.5 vermeldt uitdrukkelijk dat de maximumbedragen genoemd in de art. 10.2 en 10.3 komen te vervallen indien sprake is van opzet of grove schuld van de leverancier. De crux zit hem in de betekenis van het woord 'maximumbedragen'. Kruijer meent kennelijk dat dit woord 'maximumbedragen' (art. 10.5) uitsluitend betrekking heeft op de bedragen van één (art. 10.2) en tweeënhalf (art. 10.3) miljoen gulden en dat de aansprakelijkheidsbeperking tot 'maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs' (art. 10.2) in stand blijft. Mijns inziens heeft het woord 'maximumbedragen' niet alleen betrekking op de één en tweeënhalf miljoen gulden, maar ook op 'maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs'. Dat laatste bedrag is ook een maximumbedrag, zij het dat dat bedrag bij iedere overeenkomst verschilt. Met andere woorden, indien sprake is van opzet of grove schuld van de leverancier worden zowel de aansprakelijkheidsbeperking tot het bedrag van de overeengekomen prijs, alsook de aansprakelijkheidsbeperkingen tot één en tweeënhalf miljoen gulden doorbroken. Het is dus niet zo, zoals Kruijer betoogt, dat ingeval van opzet of grove schuld van de leverancier de contractswaarde als bovengrens voor zijn aansprakelijkheid blijft gelden.

Ik word gesterkt in mijn opvatting door bestudering van twee vorige versies van de FENIT 1994. Art. 9.4 van de COSSO-voorwaarden uit 1990 en 1993 bepaalt:

9.4 'In geval van een onrechtmatige daad van leverancier, of van zijn werknemers of ondergeschikten waarvoor leverancier rechtens aansprakelijk gehouden kan worden, is leverancier slechts aansprakelijk voor vergoeding van schade door dood of lichamelijk letsel en van andere schade, deze laatste voor zover ontstaan door opzet of grove schuld. In deze gevallen zal de schadevergoeding in geen geval meer bedragen dan f 2.500.000,- (tweeënhalf miljoen gulden) per schade toebrengende gebeurtenis, waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis.'

Vereenvoudigd weergegeven komt deze bepaling er op neer dat de leverancier zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor opzettelijk of door grove schuld ontstane schade (anders dan schade door dood of lichamelijk letsel) beperkt tot f 2.500.000 per gebeurtenis. Met Kuus ben ik van mening dat deze bepaling niet geoorloofd is.⁷⁸ In art. 10.5 van de FENIT 1994 komen we een zodanig expliciete aansprakelijkheidsbeperking niet meer tegen. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat als de FENIT, zoals Kruijer betoogt, in de FENIT 1994 ingeval van opzet of grove schuld van de leverancier de contracts-

78 Kuus 1991, p. 81.

waarde als bovengrens voor zijn aansprakelijkheid in stand had willen laten, de FENIT dit in de FENIT 1994 net zo expliciet, zo niet explicieter, zou verwoorden als in art. 9.4 van de COSSO-voorwaarden uit 1990 en 1993. Door dit niet te doen lijkt de FENIT afstand te hebben gedaan van haar eerdere opvatting dat de aansprakelijkheid van de leverancier voor opzettelijk of door grove schuld ontstane schade eveneens is beperkt.

BiZa hoofdregel ('leverancier is aansprakelijk voor x tot y')

De art. 8.1 en 8.2 van de BiZa-contracten bepalen dat iedere partij die toerekenbaar tekort schiet in de nakoming van zijn verplichting(en) tegenover de andere partij aansprakelijk is. De art. 8.3 en 8.4 bepalen vervolgens de aard en het bedrag van de schade waarvoor de schadeveroorzakende partij aansprakelijk is. Net als bij de FENIT 2003 en FENIT 1994 wordt geen uitdrukkelijke beperking aangebracht met betrekking tot de kring van personen waarvoor de betreffende partij aansprakelijk is. Ieder der partijen is ingeval van een toerekenbare tekortkoming mitsdien (i) aansprakelijk als het handelen van de schadetoebrengende persoon als het handelen van de betreffende partij heeft te gelden en (ii) kwalitatief aansprakelijk ex art. 6:76 BW.

Interessant is dat de aansprakelijkheidsbeperkingen vervat in de art. 8.3 en 8.4 BiZa-contracten uitsluitend betrekking hebben op toerekenbare tekortkomingen. Zij spreken immers beiden over 'de sub 8.2 bedoelde aansprakelijkheid' en in art. 8.2 wordt uitsluitend gesproken over aansprakelijkheid door toerekenbaar tekort schieten in de nakoming van verplichtingen. De BiZa-contracten bevatten geen beperking met betrekking tot buitencontractuele aansprakelijkheid.⁷⁹ Gevolg is dat de leverancier onbeperkt aansprakelijk is ingeval van onrechtmatige daad. Het algemene vermogensrecht biedt hem evenmin bescherming. Anders dan het vervoerrecht kent het algemene vermogensrecht immers geen bepaling die lijkt op de vervoerrechtelijke parallelsprongregeling van art. 8:362 BW. Deze parallelsprongregeling bepaalt dat in de daar genoemde gevallen de leverancier die uit onrechtmatige daad wordt aangesproken door de afnemer niet verder aansprakelijk is dan hij zou zijn op grond van de overeenkomst die hij met de afnemer heeft gesloten.

BiZa uitzondering ('behoudens opzet of grove schuld')

De BiZa-contracten bepalen in art. 8.5, voorzover relevant, dat:

8.5 'De sub 8.3 en 8.4 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen te vervallen:

...;

indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de Leverancier en/of diens Personeel; en/of

...'

⁷⁹ Kruijer 2000, p. 59.

Gezien het feit dat de BiZa-contracten afnemersvriendelijk zijn en de FENIT 2003 en 1994 leveranciersvriendelijk zijn, is het niet opzienbarend dat de BiZa-contracten voor wat betreft het doorbreken van de aansprakelijkheidsbeperking meer mogelijkheden bieden (Leverancier en/of diens Personeel) dan de FENIT 2003 (leverancier en zijn leidinggevend, zie hierboven) en de FENIT 1994 (leverancier en zijn bedrijfsleiding, zie hierboven). Wie op basis van een vluchtige lezing op basis van het begrip 'Personeel' denkt dat de aansprakelijkheidsbeperkingen in de BiZa-contracten niet komen te vervallen ingeval van opzet of grove schuld van de onderaannemer van de Leverancier (omdat een onderaannemer geen personeel is) heeft het niet bij het juiste eind. Het is niet juist, zoals Kruijer doet, het begrip 'Personeel' van een eigen interpretatie te voorzien terwijl sprake is van een gedefinieerde term.⁸⁰ De BiZa-licentieovereenkomst bepaalt in art. 1.15, dat als 'Personeel van Leverancier' heeft te gelden 'De door Leverancier voor de uitvoering van deze overeenkomst in te schakelen personeelsleden en/of hulppersonen, welke krachtens deze overeenkomst onder zijn verantwoordelijkheid zullen werken.' Onder dit begrip vallen ook onderaannemers.

Net als bij de FENIT 2003 en FENIT 1994 valt op dat art. 8.5 sub b expliciet spreekt over grove schuld in plaats van bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad en de wetgever hanteren inmiddels het begrip bewuste roekeloosheid (zie 3.2). Grove schuld bestaat uit bewuste roekeloosheid en onbewuste roekeloosheid. Het begrip grove schuld is objectiever dan het begrip bewuste roekeloosheid. Door het begrip grove schuld te hanteren kan een beroep op de exoneration dus sneller onaanvaardbaar worden geacht dan als het begrip bewuste roekeloosheid zou zijn gehanteerd. De afnemer maakt het zich hier dus makkelijker dan hetgeen rechtens zou zijn als niets zou zijn bepaald.

80 Kruijer 2000, p. 60.

4 | Zwaarte van de schuld – onder omstandigheden onaanvaardbaar

Of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hangt af van de omstandigheden van het geval. De zwaarte van de schuld is één van die omstandigheden en wordt door de Hoge Raad in het Saladin/HBU-arrest in verband gebracht met de aard en ernst van de betrokken belangen. Zolang maar geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of iemand die tot bedrijfsleiding behoort is een (beroep op een) exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *niet in het algemeen* onaanvaardbaar. Een beroep op een exoneration kan in dat geval echter wel *onder omstandigheden* onaanvaardbaar zijn. De meest relevante omstandigheid die bij de uitvoering van ICT-contracten de zwaarte van de schuld kleurt, is mijns inziens de *deskundigheid* van de leverancier vis-à-vis die van de afnemer. Ik zal mij daarom concentreren op deze deskundigheid. Daarnaast breng ik de zwaarte van de schuld in verband met de *aard en ernst van de betrokken belangen*. Andere omstandigheden die de zwaarte van de schuld kleuren zal ik niet nader analyseren.

4.1 DESKUNDIGHEID

Het staat buiten kijf dat de deskundigheid van partijen relevant is bij het bepalen of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Interessant wordt het zodra men zich afvraagt van wie welke mate van wat voor soort deskundigheid kan worden verwacht, hoe de deskundigheid van de één zich verhoudt tot die van de ander en wat de gevolgen daarvan zijn. Na een aantal inleidende opmerkingen zal ik achtereenvolgens bespreken: de deskundigheid van de leverancier, de deskundigheid van de afnemer en de relatieve deskundigheid van de leverancier ten opzichte van die van de afnemer. De aldus opgedane kennis pas ik vervolgens toe op de FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten.

Ik heb het in deze paragraaf uitsluitend over de deskundigheid op het gebied van de prestatie. Met Tjittes ben ik van mening dat de rechtspraak vooral belang hecht aan de deskundigheid op het terrein van de prestatie en niet zozeer aan de (juridische) deskundigheid op het terrein van exonaties.¹

1 Tjittes 1994, p. 210.

Ik kan Tjittes echter niet volgen wanneer hij Rijken verwijt het tegenovergesteld te beweren.² Als ik het goed zie, meent Rijken dat de (juridische) deskundigheid op het gebied van exonerationen, meer in het bijzonder de economische en juridische machtspositie van de leverancier, relevant is voor de waardering van de Saladin/HBU-omstandigheid 'de maatschappelijke positie van partijen'.³ Dat betekent echter niet dat Rijken geen belang toekent aan de deskundigheid op het gebied van de prestatie. Dat doet hij wel. Rijken meent dat deskundigheid op het gebied van de prestatie van belang is voor het inkleuren van de zwaarte van de schuld.⁴

Dat deskundigheid op het gebied van de prestatie van invloed is op de zwaarte van de schuld blijkt uit Van Dijk/Bedaux.⁵ Daarin beslist de Hoge Raad over het volgende. De ingenieur/architect Bedaux brengt een ontwateringspomp aan onder zijn huis om wateroverlast tegen te gaan. Bedaux verkoopt zijn huis aan Van Dijk. De koopovereenkomst bevat een exoneration voor verborgen gebreken. Later blijkt dat de ontwateringspomp ook het zand onder de fundering heeft weggezogen. Daardoor is de fundering over een lengte van drie meter niet meer dragend. Het Hof meent dat Bedaux niet aansprakelijk is voor deze schade omdat hij zich daarvoor heeft geëxonereerd en niet op de hoogte was van het gebrek. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof ten onrechte niet is ingegaan op de stelling van Van Dijk 'dat Bedaux *als ingenieur en architect* een *ernstig verwijt* trof dat hij het ontzandingsgevolg van het gebruik van de ontwateringspomp niet voorzien had.' (cursivering TG). Als die stelling juist is en Bedaux Van Dijk niet op de hoogte heeft gesteld van het bestaan van de ontwateringspomp, dan kan Bedaux zich niet beroepen op zijn exoneration, aldus de Hoge Raad. Uit dit arrest blijkt dat de Hoge Raad de deskundigheid van de leverancier ('als ingenieur en architect') in verband brengt met de zwaarte van de schuld ('ernstig verwijt').

Opvallend is vooral dat de Hoge Raad in dat arrest strenger is dan in het Pseudo-vogelpest arrest.⁶ Uit het Pseudo-vogelpest arrest blijkt, kort gezegd, dat men zich niet op een exoneration mag beroepen als men weet dat men een gebrekkige zaak verkoopt. Als men niet weet, maar wel behoort te weten, is het antwoord op de vraag of men zich op een exoneration mag beroepen, volgens het Pseudo-vogelpest arrest afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden. In Van Dijk/Bedaux gaat de Hoge Raad een stap verder. Daar oordeelt de Hoge Raad dat als men niet weet dat men een gebrekkige zaak verkoopt, maar dit *als deskundige* wel behoort te weten, men zich niet op een exoneration mag beroepen als men de koper niet op de hoogte stelt van

2 Tjittes 1994, p. 210 verwijst naar Rijken 1983, p. 158.

3 Rijken 1983, p. 158.

4 Rijken 1983, p. 158, 177 en 195; Rijken 1998, p. 369; Rijken 2001, p. 350.

5 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Van Dijk/Bedaux*; m.nt. Brunner).

6 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; *Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*; m.nt. G.J. Scholten).

dat gebrek. De overige omstandigheden van het geval hoeven dan niet meer te worden gewaardeerd.

Rijken meent dat gespecialiseerde bedrijven zoals nutsbedrijven, adviesbureaus, aannemers en computerfirma's zich niet alleen als deskundig presenteren, maar dit ook zijn.⁷ Dat leidt er volgens Rijken toe dat 'wanprestatie aan hun zijde niet zelden spoedig in de buurt komt van een ernstige mate van schuld ...' en 'menige zaak kan reeds op deze basis ten nadele van de exonerant worden beslist'.⁸ Door de woorden 'niet zelden spoedig' en 'menige zaak' te gebruiken, lijkt Rijken te suggereren dat een deskundige leverancier vaak een ernstige mate van schuld te verwijten valt als er iets mis gaat omdat hij deskundig is en zijn exoneratie daarmee *per definitie* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voorzover Rijken dat suggereert, gaat hij mijns inziens te ver. Ik ben het in zoverre met Rijken eens dat een groot verschil in deskundigheid tussen leverancier en afnemer een belangrijke factor is in het bepalen van de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier. Echter, voorzover deze schuld niet is te kwalificeren als opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding, maar 'slechts' als een 'ernstige mate van schuld', is een beroep op de exoneratie niet *per definitie* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, maar blijven de overige Saladin/HBU-omstandigheden relevant.

Ook in het arrest CARD/CCV, dat overigens mede door Rijken is gewezen, wordt deskundigheid in verband gebracht met de zwaarte van de schuld.⁹ In dat arrest oordeelt het Hof Arnhem: 'CCV valt *als deskundige* – immers een gespecialiseerd computercentrum – een *ernstig verwijt* te maken van de bij CARD ontstane schade ...'.

Tot slot is relevant dat in het arrest Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens de Hoge Raad een verband aanbrengt tussen de deskundigheid van de leverancier en de zwaarte van zijn schuld. De Hoge Raad schrijft: 'In het licht van dit een en ander ligt de conclusie voor de hand dat Diepop *als professionele bewaarnemer* zelf heeft gehandeld met een in laakbaarheid aan opzet grenzende *schuld* en derhalve grove *schuld* heeft aan het ontstaan van de CO₂-schade ...' (cursivering TG).¹⁰

4.1.1 Deskundigheid van de leverancier

Welke mate van deskundigheid kan van een automatiseringsdeskundige worden geëist? Art. 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer (spreek: leveran-

⁷ Rijken 1998, p. 369.

⁸ Rijken 1998, p. 369.

⁹ Hof Arnhem 8 maart 1994, NJ 1996, 701 (CARD/CCV).

¹⁰ HR 30 september 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp; Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens).

cier) bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De Hoge Raad werkt deze algemene maatstaf ('goed opdrachtnemer') in zijn rechtspraak betreffende beroepsaansprakelijkheid uit in: de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.¹¹ Het Hof Den Haag past dit criterium toe op de automatiseringsdeskundige in het hierna nog uitgebreid te bespreken arrest RBC/Brinkers.¹² Daar oordeelt hij dat voor de beoordeling van de vraag of de automatiseringsdeskundige RBC wanprestatie heeft gepleegd jegens de afnemer Brinkers, beslissend is of het advies van RBC 'al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden.' In het vervolg zal ik de automatiseringsdeskundige als leverancier beschouwen, analyseren wanneer de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf mag/moet worden aangelegd en vaststellen wat die maatstaf inhoudt.

Thole, Stuurman

Mag de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf zonder meer worden toegepast op alle leveranciers, ongeacht hetgeen waartoe zij zich hebben verbonden? Het (impliciete) antwoord van Thole lijkt te zijn: ja. Zij meent dat 'op iedere automatiseringsdeskundige, ongeacht of dit contractueel is geregeld, een zorgplicht rust om ten minste zo zorgvuldig en deskundig te handelen als een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot.'¹³ Ook Stuurman lijkt deze mening te zijn toegedaan.¹⁴ Hij meent dat zorgvuldigheid en deskundigheid de centrale criteria vormen aan de hand waarvan de beroepsuitoefening van een deskundige moet worden beoordeeld. Het handelen van een deskundige moet worden getoetst aan de inspanningen van een redelijk handelend vakgenoot, aldus Stuurman.

Voorzover Thole en Stuurman zo begrepen moeten worden, vraag ik mij af of deze benadering juist is. Het enkele feit dat een automatiseringsdeskundige handelt is naar mijn idee niet bepalend voor het toepassen van de maatstaf van een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot. Deze regel gaat uit van twee veronderstellingen: er is sprake van een deskundige en het handelen van die deskundige moet worden getoetst. Ik ga graag mee in de veronderstelling

11 Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 6 en 24-26 met verwijzing naar malpractice rechtspraak met betrekking tot onder andere artsen, advocaten en notarissen.

12 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

13 Thole 2000, p. 23.

14 Stuurman 1986a, p. 147; Stuurman 1986b, p. 34-35.

dat een ICT-leverancier als deskundige moet worden aangemerkt. Dit stemt overeen met de ontwikkelingen in de rechtspraak.

Met de veronderstelling dat het handelen van de deskundige moet worden getoetst, heb ik meer moeite. Deze veronderstelling gaat immers voorbij aan de voorvraag of het *handelen* van de deskundige aan de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf moet worden getoetst. Het antwoord op die vraag is mijns inziens niet afhankelijk van de hoedanigheid van de persoon, maar van het antwoord op de vraag: welke verbintenis(sen) rusten op die persoon? Het antwoord op die vraag bepaalt aan welke verplichtingen de leverancier moet voldoen. Het *handelen* van de leverancier mag pas worden getoetst aan de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf als de leverancier (mede) een overeenkomst van opdracht heeft gesloten. De beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf 'zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden' is immers een uitwerking van de toetsingsmaatstaf 'goed opdrachtnemer' (in de zin van art. 7:401 BW). In de parlementaire geschiedenis staat daarover het volgende:

'De leden van de CDA-fractie hebben aandacht gevraagd voor de betekenis van het in de rechtspraak gehanteerde criterium van 'een redelijk en bekwaam handelend vakgenoot' in verband met de voor opdracht in het algemeen in artikel 2 [art. 7:401 BW, TG] geformuleerde maatstaf, die verwijst naar de zorg van een goede opdrachtnemer. ... dat artikel 2 [art. 7:401 BW, TG] er niet toe strekt om een einde te maken aan de toepasselijkheid van de nadere maatstaven die in de rechtspraak zijn ontwikkeld voor bepaalde beroepsgroepen waarop de regels betreffende opdracht van toepassing zijn. Onder het nieuwe recht zal die rechtspraak derhalve zijn betekenis houden. Zij zal dan functioneren als een uitwerking van de algemene maatstaf van artikel 2 [art. 7:401 BW, TG] voor de groepen van gevallen waarop die rechtspraak betrekking heeft.'¹⁵

Het kan best zo zijn dat de leverancier alleen een koopovereenkomst heeft gesloten, zonder terzake te (hoeven) adviseren. Dan rust op de leverancier onder andere de verplichting een conforme zaak in de zin van art. 7:17 BW te leveren. In dat geval mag zijn handelen niet worden getoetst aan de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf, maar moet de verkochte zaak worden getoetst aan de conformiteitsmaatstaf. Ik werk deze gedachte hieronder verder uit.

Rinzema & Beuving

Rinzema en Beuving menen dat het van belang is onderscheid te maken tussen advisering en overige dienstverlening teneinde te kunnen bepalen wat van een ICT-dienstverlener verwacht kan worden.¹⁶ Tegelijkertijd stellen zij vast dat dit onderscheid in de praktijk bijzonder lastig te maken is omdat (i) de adviseur de grenzen van het traditionele adviseren regelmatig overschrijdt

¹⁵ *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 1 (M.v.A.).

¹⁶ Rinzema & Beuving 2001, p. 302-303.

door zowel te adviseren alsook uit te voeren en (ii) advisering vaak arm in arm gaat met overige dienstverlening. De hierna uitgebreid te bespreken Breikant-zaak laat volgens hen zien dat de juridische maatstaven die gelden voor advies niet zonder meer toepasbaar zijn op ICT-dienstverleners omdat de taken die de dienstverlener op zich neemt 'onontwarbaar' zijn.¹⁷

Teneinde de dienstverlener toch te kunnen aanspreken op zijn verantwoordelijkheden, willen Rinzema en Beuving niet, zoals zij het uitdrukken, krampachtig vast blijven houden aan een tegenstelling tussen advisering en overige dienstverlening. Zij menen dat de *adviesnormen* van toepassing zijn als de dienstverlener een concrete oplossing voor een concreet probleem aandraagt dan wel zich voordoet als een partij die het welslagen van een ICT-project begeleidt. Echter, als die situatie zich niet voordoet (en de adviesnormen dus niet van toepassing zijn), maar er (wel) sprake is van een projectrelatie, pleiten Rinzema en Beuving voor toetsing aan de begrippen 'professionaliteit' en 'presentatie'. Deze begrippen gebruiken Rinzema en Beuving om nader invulling te geven aan hetgeen de afnemer van de dienstverlener mag verwachten. De afnemer mag van de dienstverlener verwachten dat hij handelt zoals van een professional mag worden verwacht, gezien zijn taak (de overeengekomen arbeid) en functie (zijn beroep, titel). De afnemer mag van de dienstverlener ook verwachten dat hij presteert conform de hoedanigheid waarin deze dienstverlener zich heeft geprofileerd (de presentatie).

Ook in de benadering van Rinzema en Beuving kan ik mij niet vinden. Zij gaan er van uit dat op de *algehele* relatie tussen afnemer en leverancier één set normen van toepassing is: of de adviesnormen (beroepsaansprakelijkheid) of de door hen bedachte normen professionaliteit en presentatie. Welk van deze twee set normen volgens Rinzema en Beuving in een concreet geval van toepassing is, is voor mij niet altijd even duidelijk. Rinzema en Beuving menen dat de adviesnormen 'zeer waarschijnlijk' van toepassing zijn als de afnemer niet of nauwelijks deelneemt aan de uitvoering van het project.¹⁸ Van advisering is, naar zij menen, ook sprake als de dienstverlener de belangrijkste rol binnen het project op zich neemt. Echter, de normen professionaliteit en presentatie zijn huns inziens van toepassing als de afnemer wel deelneemt aan de uitvoering en/of de dienstverlener één van de belangrijke partijen bij de uitvoering van het project is. Door het gebruik van zowel indicatoren (de woorden 'zeer waarschijnlijk') alsook criteria (de woorden 'als de afnemer wel deelneemt aan de uitvoering') wordt het lastig te beoordelen wanneer met welke set normen moet worden gewerkt.

Welke normen zijn, volgens de theorie van Rinzema en Beuving, bijvoorbeeld van toepassing als een dienstverlener in het kader van een bedrijfsautomatisering samen met de afnemer software ontwikkelt (uitvoering) en adviseert over de aanschaf van hardware waarop die software zal draaien (advisering)?

17 Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (Breikant).

18 Rinzema & Beuving 2001, p. 303.

In dit geval is het adviseren over de aan te schaffen hardware een sequeel van (en ondergeschikt aan) de softwareontwikkeling. In de ogen van Rinzema en Beuving zouden hier de normen professionaliteit en presentatie moeten worden toegepast. Er zou dus voor wat betreft de relatie tussen partijen gekeken moeten worden naar wat van die dienstverlener gezien zijn presentatie en geobjectiveerde taak en functie, mag worden verwacht.

Deze benadering komt in feite neer op absorptie. Aangezien er volgens Rinzema en Beuving maar één set normen van toepassing kan zijn, wordt gekeken naar het belangrijkste onderdeel van de overeenkomst. Vervolgens worden de normen die van toepassing zijn op het belangrijkste gedeelte van de overeenkomst van toepassing verklaard op de hele overeenkomst. Anders gezegd, de normen die van toepassing zijn op het belangrijkste onderdeel van de overeenkomst absorberen de normen die van toepassing zijn op het minder belangrijke onderdeel van de overeenkomst.

De aldus verdedigde absorptietheorie valt niet te verenigen met het wettelijk stelsel. De wetgever heeft in art. 6:215 BW gekozen voor de combinatietheorie. Deze theorie komt er op neer dat als een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten, de bepalingen van elk van deze overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn. Deze hoofdregel lijdt volgens voornoemd artikel slechts uitzondering als die bepalingen 'niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.' Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat uitzonderingen op de hoofdregel moeten worden gemotiveerd: 'Ondergetekende ... ziet ... in het onderhavige artikel ... een zekere leidraad voor de partijen en de rechter, in deze zin dat de combinatietheorie hoofdregel is en dat uitzonderingen daarop wel gemotiveerd dienen te worden.'¹⁹

Rinzema en Beuving motiveren het afwijken van de in de wet verankerde combinatietheorie en het introduceren van een nieuwe set normen (impliciet) door te wijzen op de 'onontwarbaarheid' van de taken van de dienstverlener. Dat iemand meerdere taken op zich neemt, is mijns inziens op zich geen reden van het wettelijk stelsel af te wijken. Het is waar dat de samenloop van advies- en leveranciersactiviteiten tot kwalificatievragen aanleiding geeft.²⁰ Deze vragen zijn echter niet onoplosbaar, zoals ik hierna zal betogen.

Bovendien introduceren Rinzema en Beuving mijns inziens een schijnoplossing. Het ene, in hun ogen onoplosbare probleem (onontwarbaarheid van taken) vervangen zij door een ander probleem (bepalen wanneer beoordeeld moet worden aan de hand van adviesnormen en wanneer aan de hand van

¹⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 873 (Rapport aan de Koningin).

²⁰ Berkvens 1987, p. 202 meent in zijn voor het overige lovende boekbespreking van Stuurman 1986b dat Stuurman slechts beperkt ingaat op de consequenties van samenloop van advies- en leveranciersactiviteiten. Berkvens benadrukt daarmee naar mijn idee terecht het belang van deze samenloop.

de normen professionaliteit en presentatie). Ook maken Rinzema en Beuving naar mijn mening onvoldoende aannemelijk waarom opeens nieuwe normen moeten worden geformuleerd terwijl niet vaststaat dat de huidige normen niet voldoen.

Verbintenis bepaalt aard verplichtingen

Zoals gezegd ben ik van mening dat de verplichtingen waaraan de leverancier moet voldoen bepaald worden door de verbintenissen die volgens contract, wet en rechtspraak op hem rusten. Ik zal proberen deze stelling te verduidelijken aan de hand van twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld luidt als volgt. Een afnemer vraagt een leverancier met naam en toenaam aangeduide hardware aan hem te verkopen, zonder daarbij prijs te stellen op advies. De leverancier verkoopt en levert die specifieke hardware aan de afnemer. Waartoe heeft de leverancier zich verbonden? Naar mijn idee tot het geven van een zaak (art. 7:1 BW) die conform is (art. 7:17 BW), niet tot het verrichten van werkzaamheden (art. 7:400 BW) als een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW). Indien de hardware niet goed functioneert en schade veroorzaakt, moet dus worden getoetst of de hardware conform was (art. 7:17 BW). Met Vandenberghe meen ik dat niet relevant is of de leverancier als goed opdrachtnemer gehandeld heeft, dat wil zeggen gehandeld heeft met de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden (art. 7:401 BW).²¹ Het gaat hier om een conformiteitstoets, niet om een beroepsaansprakelijkheidstoets.

Het tweede voorbeeld betreft een variant op het eerste voorbeeld. Stel de afnemer vraagt de leverancier hardware aan hem te verkopen die geschikt is voor gebruik in zijn bedrijf. De leverancier adviseert de afnemer vervolgens bepaalde hardware te kopen. De afnemer koopt de aldus geadviseerde hardware van de leverancier. Naar mijn idee is hier sprake van een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW. Zij voldoet immers aan de omschrijving van twee verschillende soorten bijzondere overeenkomsten, de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW) en de overeenkomst van koop (art. 7:1 e.v. BW). Art. 6:215 BW behelst de hoofdregel dat in dat geval de bepalingen van beide soorten overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn. Bij het uitvoeren van zijn adviestaken moet de leverancier voldoen aan de zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Bij het uitvoeren van de koopovereenkomst moet de leverancier onder andere conforme hardware leveren.

Wat nu als de geleverde hardware in het tweede voorbeeld niet geschikt is voor gebruik in het bedrijf van de afnemer en daardoor schade ontstaat. Welke mogelijkheden staan de afnemer dan ten dienste van de leverancier

21 Vandenberghe 1984, p. 82 meent dat als software 'over de toonbank' wordt gekocht in een computershop, het absurd zou zijn te stellen dat in zo'n geval een bijstandsplicht op de leverancier rust.

schadevergoeding te verkrijgen? Dat moet worden bepaald door het antwoord op de vraag door de schending van welke verbintenis de schade is veroorzaakt. Is de schade veroorzaakt doordat het advies niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden? In dat geval is de leverancier tekort geschoten in de nakoming van het gedeelte van de overeenkomst dat als overeenkomst van opdracht is te kwalificeren. De schade kan echter ook zijn veroorzaakt doordat de hardware non-conform was. In dat geval is de leverancier tekort geschoten in de nakoming van het gedeelte van de overeenkomst dat als koopovereenkomst is aan te merken. Uiteraard is het ook mogelijk, zo niet waarschijnlijk, dat de schade is veroorzaakt door schending van beide verbintenissen. In dat geval kan de afnemer kiezen voor welk anker hij gaat liggen: non-conformiteit, beroepsaansprakelijkheid of beide (primair/subsidiair). Welke keuze hij maakt zal onder andere afhangen van zijn bewijspositie en overige gevolgen (zoals klacht- en verjaringstermijnen) die verbonden zijn aan zijn keuze.

Als voorbeeld voor de toepassing van de combinatietheorie in de ICT valt te noemen het vonnis van de Rechtbank Maastricht in de zaak Houben/Lintsen.²² Volgens deze uitspraak besteedt Lintsen elektrotechnische en automatiseringswerkzaamheden met betrekking tot een aantal productielijnen uit aan Houben. Houben vordert in conventie betaling van onbetaalde facturen, Lintsen in reconventie ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie. De rechtbank meent dat de overeenkomst moet worden gezien als een overeenkomst van opdracht voor wat betreft de automatiseringswerkzaamheden en aanneming van werk voor wat betreft de elektrotechnische werkzaamheden.

Laten we in het vervolg van deze paragraaf gemakshalve veronderstellen dat de leverancier een overeenkomst van opdracht sluit. Voor het beoordelen of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst, moet dus worden getoetst of het handelen van de leverancier voldoet aan hetgeen van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Het is belangrijk vast te stellen dat hier sprake is van een minimumnorm. Als de daadwerkelijke deskundigheid van de leverancier lager is dan de minimumnorm, dan wordt zijn handelen desalniettemin aan de minimumnorm getoetst. Bezit de deskundige echter een hogere mate van deskundigheid dan de minimumnorm, dan moet zijn handelen aan deze hogere mate van deskundigheid worden getoetst.

Overigens is het bepalen van de verbintenissen die op de leverancier rusten niet alleen relevant voor het bepalen van de verplichtingen die daaruit volgens de wet voortvloeien. Ook contracten kunnen bepalen dat het rechtsgevolg bij schending van de ene verbintenis verschilt van die van een andere verbintenis. Zo hanteren de BiZa-contracten twee exonerationen die afhankelijk zijn van de

22 Rechtbank Maastricht 23 mei 2003, *Zaaknummer*:58591/HAZA 00-769, *LJN-nummer*: AE4126 (*Houben/Lintsen*).

aard van de geschonden verbintenis: een exoneration voor beroepsaansprakelijkheid en een (doorgaans lagere) exoneration voor alle andere vormen van aansprakelijkheid. Verder komt in de BiZa-contracten een aparte exoneration voor schade aan personen en zaken voor. Die exoneration is niet afhankelijk van de geschonden verbintenis, maar van de aard van de ingetreden schade.

Tijdsverloop beïnvloedt zwaarte verplichtingen

Hierboven heb ik verdedigd dat de aard van de verplichtingen waaraan de leverancier kan worden gehouden, wordt bepaald door de verbintenis(sen) die volgens contract, wet en rechtspraak op hem rusten. De zwaarte van die verplichtingen wordt mede bepaald door tijdsverloop.²³ Dit zeg ik omdat ICT-projecten vaak maanden, zo niet jaren, duren.

Mijns inziens moet het minimumniveau van de verplichtingen waaraan de leverancier moet voldoen voor het eerst worden vastgesteld op het moment dat de betreffende overeenkomst wordt gesloten. Dat minimumniveau wordt vastgesteld aan de hand van de verbintenis(sen) die op de leverancier rusten. Moet de leverancier zijn werkzaamheden verrichten krachtens een overeenkomst van opdracht, dan moet hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW), dat wil zeggen voldoen aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden (RBC/Brinkers).²⁴ Is de daadwerkelijke deskundigheid van de leverancier op een hoger niveau dan dit minimumniveau, dan wordt het minimumniveau ‘vastgezet’ op het niveau van de daadwerkelijke deskundigheid.

Het moment waarop het schadeveroorzakende feit zich voordoet, is het tweede moment waarop het niveau van de verplichtingen waaraan de leverancier moet voldoen wordt vastgesteld. Is dit niveau op dat moment onder of op het minimumniveau, dan wordt het niveau bepaald op het minimumniveau. Is dit niveau op dat moment boven het minimumniveau, dan wordt het niveau bepaald op het daadwerkelijke niveau. Vervolgens wordt dit niveau afgezet tegen dat van de afnemer (zie 4.1.3).

Over het algemeen zal de deskundigheid van de leverancier toenemen gedurende het ICT-project. Bij bijvoorbeeld outsourcen kunnen deze niveaus echter abrupt veranderen. Ik waag mij hier niet aan een uitputtende definitie van het begrip outsourcing. Voor dit voorbeeld volstaat het outsourcing als

23 Zie ook HR 14 december 1973, NJ 1974, 127 (*De Boer/Wittenberg*; m.nt. G.J. Scholten) waar de Hoge Raad de omstandigheid ‘eventuele veranderingen sedert de totstandkoming van de overeenkomst’ introduceert voor de toetsing van een beding in een huurcontract.

24 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

volgt uit te leggen. Een onderneming draagt een deel van zijn bedrijfsactiviteiten, in dit voorbeeld de ICT-werkzaamheden, (onder andere) uit kostenoverwegingen over aan een derde, in dit geval een ICT-leverancier. De werknemers die vóór de outsourcing tot de ICT-afdeling van de afnemer behoren, gaan in beginsel over op de leverancier door overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW). Op dat moment beschikt de leverancier in de regel over een hoop aanvullende kennis over de ICT-diensten die de afnemer afneemt. Deze kennis wordt aan de leverancier toegerekend op het moment dat deze ICT-afdeling bij hem in dienst is getreden.

Rechtspraak beroepsaansprakelijkheid leverancier

Welke eisen kunnen volgens de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf concreet aan een leverancier worden gesteld? Op hem kunnen bepaalde informatie-, waarschuwings- en adviesplichten rusten. Welke van deze verplichtingen op hem rusten en wat de zwaarte daarvan is, zal onder andere afhangen van de aard van de werkzaamheden die hij op zich heeft genomen en de mate van deskundigheid die hij bezit althans geacht wordt te bezitten. Een en ander zal ik hierna verduidelijken aan de hand van een aantal ICT-uitspraken. Ik vat deze uitspraken eerst samen en distilleer daaruit vervolgens de grote lijnen.

Over het algemeen wordt aangenomen dat deze informatie-, waarschuwings- en adviesplichten zwaarder zijn naarmate de leverancier (meer) adviseert. Een leverancier adviseert als hij een oplossing aanbiedt voor de organisatie van de afnemer of ingaat op verzoeken van de afnemer om raad.²⁵ Zoals uit deze uitspraken blijkt, wordt vrij snel aangenomen dat leveranciers adviseren en dat de schade veroorzaakt is door het niet, althans niet behoorlijk, nakomen van de adviesverplichting.

Magneetkaart

Volgens een arbitrale uitspraak, die ik Magneetkaart noem, koopt een afnemer in 1975 van een leverancier een magneetkaartcomputer voor directe informatieverwerking met daarbij behorende software.²⁶ Hoewel het systeem *an sich* functioneert, is het niet bruikbaar in het bedrijf van de afnemer. Het uitzoeken, invoeren en nadien weer opbergen van de grote hoeveelheid magneetkaarten kost zo veel tijd dat met het systeem praktisch niet te werken valt. De leverancier vordert betaling van de gefactureerde bedragen omdat de afnemer weigert deze te betalen.

De arbiters oordelen dat de leverancier, als verkoper van specialistische hardware zich, voordat hij contracteerde met de afnemer (die op dat gebied een leek is), had moeten afvragen of deze hardware in redelijkheid bruikbaar

²⁵ Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 141.

²⁶ Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*).

kon zijn voor de afnemer. Gezien de aard van het bedrijf van de afnemer en de stand van de techniek in 1975 kon de leverancier deze vraag bevestigend beantwoorden, aldus de arbiters. De arbiters rekenen de afnemer aan dat hij geen adviseur heeft ingeschakeld voordat hij met de leverancier in zee ging. Bovendien verwijten de arbiters de afnemer dat hij zich niet heeft onthouden van het geven van verdere opdrachten toen hij aan het nut van het systeem ging twijfelen. De afnemer wordt veroordeeld tot betaling van de openstaande bedragen.

Broere/Olivetti

Broere koopt vóór 1979 geavanceerde elektronische hardware van Olivetti.²⁷ Deze hardware kan slechts worden gebruikt in een omgeving die aan strenge eisen voldoet. Olivetti verricht geen vooronderzoek naar de omstandigheden in het bedrijf van Broere. Partijen komen overeen dat Broere (niet Olivetti) zou zorgen voor de ‘conditionering’ van de ruimte waar de hardware zou worden geplaatst. Nadien blijkt dat de omstandigheden in de ruimte waar de hardware wordt geplaatst zo ongunstig zijn dat de hardware niet goed werkt. Olivetti vordert betaling van de openstaande rekeningen. Broere vordert (in reconventie) ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie.

De Rechtbank meent, gelet op het ernstig falen van Olivetti, dat Olivetti jegens Broere wanprestatie heeft gepleegd en wijst de vordering van Olivetti af en de vorderingen van Broere toe. Olivetti stelt hoger beroep in en beroept zich bij pleidooi op haar algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden sluiten aansprakelijkheid voor alle vormen van schade uit.

Het Hof oordeelt dat Broere heeft mogen aannemen dat de ruimte waar zij de hardware wilde plaatsen daarvoor geschikt was, althans dat zij deze middels ‘conditionering’ geschikt zou kunnen maken en dat Olivetti hierover zou kunnen adviseren. Immers, Olivetti is volgens het Hof in haar relatie tot Broere te beschouwen als een deskundige, die de strenge eisen die aan de omgeving worden gesteld, precies kent en geacht moet worden in staat te zijn te beoordelen of de omgeving waarin Broere de hardware wilde plaatsen aan die eisen voldeed. De vordering van Olivetti wordt afgewezen door het Hof omdat Olivetti tekort schoot in de op haar rustende verplichtingen. De vordering van Broere wordt eveneens afgewezen vanwege Olivetti’s aansprakelijkheidsuitsluiting.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof. Het Hof had geen acht mogen slaan op de aansprakelijkheidsuitsluiting omdat daarop pas bij pleidooi een beroep werd gedaan. De Hoge Raad doet de zaak zelf af door het vonnis van de Rechtbank te bekrachtigen.

27 HR 11 november 1983, NJ 1984, 298 (concl. A-G Mok; *Broere/Olivetti*).

RBC/Brinkers

In 1977 vraagt Brinkers, een margarine fabriek, aan RBC te adviseren over het opnieuw automatiseren van haar op mainframes gebaseerde bedrijfsvoering.²⁸ Brinkers dringt daarbij aan op spoed omdat zij de op dat moment in gebruik zijnde computers op korte termijn buiten gebruik wil stellen. RBC adviseert Brinkers een minicomputer aan te schaffen die op realtime verwerking is ingesteld. Ook adviseert RBC Brinkers de bestaande programma's 1 op 1 over te zetten op deze nieuwe minicomputer. RBC attendeert Brinkers erop dat in verband met de gekozen snellere methode uitgegaan moet worden van de op dat moment bekende, beperkte gegevens. RBC meldt in een vergadering dat eigenlijk eerst een gedegen informatieplan moet worden uitgewerkt als basis voor de automatisering, maar dat alle aanwezigen ervan uitgaan dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist. Om die reden stelt RBC geen diepgaand onderzoek in naar de bedrijfsstructuur van Brinkers. RBC zet tijdens voornoemde vergadering verder uiteen dat Brinkers goeddeels af moet gaan op het advies van RBC en zich daarover niet mede een oordeel kan vormen omdat zij niet dezelfde expertise bezit als RBC. RBC selecteert het softwarebedrijf ACT om een systeemanalyse te maken en de software te programmeren.

Het nieuwe systeem functioneert gebrekkig. Er ontstaat een grote achterstand in Brinkers' administratie, waardoor Brinkers aanzienlijke schade lijdt. Brinkers verbreekt de relatie met RBC en probeert haar schade op RBC te verhalen.

De Rechtbank wijst de vorderingen van Brinkers af. In hoger beroep formuleert het Hof Den Haag het criterium aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of RBC wanprestatie heeft gepleegd. Het Hof stelt voorop dat voor de beoordeling van de vraag of RBC wanprestatie heeft gepleegd beslissend is *of het advies* de bewuste minicomputer te kiezen – mede gelet op de gegevens omtrent de gang van zaken in het bedrijf van Brinkers die RBC ten tijde van het geven van het advies ter beschikking stonden – *al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden*.

Het Hof bepaalt vervolgens wat Brinkers *in concreto* van RBC mocht verwachten. Aan RBC kan volgens het Hof als organisatiedeskundige verweten worden dat zij te gemakkelijk aannam dat Brinkers een gewone verkooporganisatie was, hetgeen niet het geval was, en dat daarom een minicomputer met een realtime verwerking zou voldoen. Gezien de grote belangen die op het spel stonden, mocht van een zorgvuldig handelend adviseur als RBC worden verwacht dat zij, voordat zij haar advies uit bracht, een deugdelijk onderzoek instelde naar de structuur van het bedrijf. Dat heeft RBC niet gedaan. Uit getuigenverklaringen en deskundigenrapporten leidt het Hof af dat het merendeel van Brinkers administratiesystemen vroeg om een batchverwerking en

28 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*).

er relatief weinig behoefte is aan realtime verwerking. Gezien deze vele batchprocessen voldoet RBC's advies een minicomputer aan te schaffen, die vooral voor realtime verwerking geschikt is, niet aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Als RBC wel voorafgaand aan de implementatie een deugdelijk onderzoek zou hebben verricht, zou haar duidelijk zijn geworden dat de minicomputer niet geschikt was voor de vele batchprocessen in het bedrijf van Brinkers en dat het 1 op 1 overzetten van de batchgeoriënteerde programma's op een computer die was ingesteld op realtime verwerking problemen zou opleveren.

Ook het feit dat Brinkers op spoed aandrang disculpeert RBC niet, aldus het Hof. RBC had, als dit nodig was om een verantwoord advies uit te brengen, de benodigde tijd voor een diepgaand onderzoek naar de bedrijfsstructuur van Brinkers moeten verlangen. De mededelingen van RBC dat uitgegaan wordt van beperkte gegevens en dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist, zijn naar het oordeel van het Hof te algemeen en vrijblijvend van aard om te kunnen worden aangemerkt als voorbehouden met betrekking tot het advies of om te kunnen concluderen tot risicoaanvaarding door Brinkers. Wanneer RBC de risico's, die zijn verbonden aan de gekozen snelle methode, niet voor haar rekening wenste te nemen, had zij dit volgens het Hof uitdrukkelijk moeten stipuleren, te meer omdat RBC begreep en ook moest begrijpen dat Brinkers voer op het kompas van de door haar ingeschakelde adviseur.

Het Hof oordeelt verder dat RBC zich evenmin mag verschuilen achter haar stelling dat ACT's software gebrekkig is. ACT programmeerde op basis van de adviezen en de informatie die RBC aan haar verstrekke. De ontstane problemen zouden niet zijn opgelost als deze software wel functioneerde. De oorzaak van die problemen lag immers in het verkeerd gekozen uitgangspunt een computer aan te schaffen die op realtime verwerking is ingesteld. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het Hof.

Dolmans/Burroughs

Uit de arbitrale uitspraak Dolmans/Burroughs blijkt dat Burroughs zich in 1982 en 1983 verplicht twee apotheken van Dolmans in clusterverband te automatiseren.²⁹ Burroughs levert de systemen te laat en als ze eenmaal geleverd zijn, veroorzaken ze storingen waardoor een administratieachterstand van twee maanden ontstaat. Dolmans vordert ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie.

De Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel oordeelt dat de teleurstellingen zijn veroorzaakt doordat het systeem niet gefaseerd in gebruik is genomen, Dolmans te veel extra eisen stelde en teveel binnen te korte tijd verwachtte van Burroughs, zichzelf en zijn personeel. Arbiters verwijten Burroughs dat zij Dolmans niet van ongefaseerde ingebruikneming

29 Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 18 februari 1985, *Computerrecht* 1985-6, p. 27 (Dolmans/Burroughs; m.nt. F.C. Kollen).

heeft weerhouden, hoewel zij als deskundige had behoren te voorzien dat dit tot problemen zou leiden. Verder menen arbiters dat Burroughs over het hoofd zag dat zij niet uitsluitend optrad als leverancier, maar ook als expert waarop een leek moet kunnen vertrouwen. Burroughs had Dolmans voor te hoog gespannen verwachtingen dienen te behoeden, aldus de arbiters. Toch wijzen de arbiters Dolmans vorderingen af, omdat de op de overeenkomst toepasselijke VIFKA-voorwaarden ontbinding en schadevergoeding uitsluiten en de wanprestatie van Burroughs volgens arbiters niet van voldoende belang is om in de weg te staan aan een beroep op de VIFKA-voorwaarden.

Atel/CAI Bommel

Atel adviseert de Stichting CAI Bommel bij de aanleg en exploitatie van een centrale antenne-inrichting (CAI) voor radio- en televisieprogramma's.³⁰ Stichting CAI Bommel stelt een programma van eisen op. Atel stelt op basis van dit programma van eisen een bestek op waaraan de CAI moet voldoen. De Stichting CAI Bommel geeft een derde opdracht de CAI te ontwikkelen op basis van het bestek. Deze derde ontwikkelt de CAI conform het bestek. Echter, de CAI blijkt niet van voldoende kwaliteit te zijn. Daardoor zijn verbeteringen nodig. De Stichting CAI Bommel vordert exploitatieverliezen en de kosten van de verbeteringen.

De Rechtbank Arnhem meent dat Atel als de professionele, bij uitstek deskundige partij moet worden beschouwd. Zij aanvaardde de mogelijkheden die in het programma van eisen waren opgenomen. Daarvoor heeft zij in te staan. Ook als een derde conform het door Atel gemaakte bestek een opdracht uitvoert. Atel wordt daarom veroordeeld tot betaling van de exploitatieverliezen en de kosten van de verbeteringen.

CVG/PSA

PSA levert in 1985 standaardsoftware aan en ontwikkelt maatwerksoftware voor de papierfabriek CVG.³¹ PSA verplicht zich deze software af te stemmen op de aanwezige hardware. De toepasselijke algemene voorwaarden van PSA bepalen dat haar aansprakelijkheid beperkt is tot een bedrag van NLG 100.000. Het door PSA geleverde systeem heeft nooit integraal operationeel gedraaid, onder andere vanwege opslagproblemen. CVG ontbindt de overeenkomst en vordert schadevergoeding wegens wanprestatie.

De Rechtbank Zwolle oordeelt dat geen sprake is van een zodanige mate van schuld aan de zijde van PSA dat zij geen beroep zou mogen doen op haar aansprakelijkheidsbeperking. Daarbij acht de Rechtbank van belang dat het automatiseringsproject betrekking heeft op een geheel productieproces. Dat

30 Rechtbank Arnhem 11 oktober 1984, *Computerrecht* 1987-4, p. 260 (*Atel/CAI Bommel*); Rechtbank Arnhem 14 november 1985, *Computerrecht* 1987-4, p. 262 (*Atel/CAI Bommel*).

31 Rechtbank Zwolle 17 april 1991, *Computerrecht* 1992-3, p. 126 (*CVG/PSA*).

is volgens de Rechtbank zodanig omvangrijk en ingewikkeld dat velerlei niet voorziene en ook moeilijk voorzienbare en niet eenvoudig onderkenbare complicaties kunnen optreden. De Rechtbank verwijt PSA dat zij zich niet op de hoogte heeft gesteld van de eigenschappen van de hardware met het oog op de afstemming tussen hard- en software. Had zij dat wel gedaan, dan had zij de opslagproblemen kunnen onderkennen en verhelpen.

CARD/CCV

In CARD/CCV oordeelt het Hof Arnhem over het volgende.³² CARD sluit op 30 juni 1987 een overeenkomst met Esso, waarbij Esso het gebruik van de creditcard van CARD – de Van der Valk Clubcard – met ingang van 1 juni 1987 als betaalmiddel accepteert. Die overeenkomst bepaalt: 'Teneinde CARD B.V. in het bezit te stellen van geautomatiseerd verwerkte transacties op tape, gaat CARD B.V. onvoorwaardelijk akkoord met datacommunicatie tussen de point-of-sale terminal en een mainframe van Esso of van een door haar aangewezen derde.' Esso wijst CCV als derde aan.

CARD sluit met CCV een overeenkomst, waarop door CCV uitdrukkelijk de COSSO-voorwaarden van toepassing worden verklaard. De COSSO-voorwaarden zijn opgesteld door de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers. De overeenkomst verplicht CCV om alle gegevens betreffende de elektronische transacties bij Esso, waarbij gebruik wordt gemaakt van een Van der Valk Clubcard, op te halen en per diskette aan CARD te leveren. Omstreeks 5 maart 1991 levert CCV aan CARD een computerdiskette met onjuiste elektronische (creditcard-)gegevens, ten gevolge waarvan aan een aantal kaarthouders een foutieve factuur wordt verstuurd en de rekeningen van die kaarthouders die daartoe een machtiging hadden afgegeven, voor onjuiste bedragen worden gedebiteerd. CCV levert achtereenvolgens twee diskettes ter correctie bij CARD en CARD herstelt de fouten tenslotte. CARD stelt CCV aansprakelijk voor de herstelkosten.

De Rechtbank Arnhem honoreert CCV's beroep op de exoneration in de COSSO-voorwaarden. In hoger beroep oordeelt het Hof Arnhem echter dat het beroep van CCV op de bewuste exoneration in de COSSO-voorwaarden jegens CARD onder de hierna te noemen omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het Hof baseert dit oordeel op de volgende – in onderling verband en samenhang te beschouwen – feiten en omstandigheden:

- 1 CCV valt als deskundige – immers een gespecialiseerd computercentrum – een ernstig verwijt te maken van de bij CARD ontstane schade door:
 - a. een computerdiskette met onjuiste elektronische (creditcard-)gegevens te leveren;

32 Hof Arnhem 8 maart 1994, NJ 1996, 701 (CARD/CCV).

- b. CARD niet van te voren op de hoogte te brengen van een wijziging van haar software waardoor de foutieve computerdiskette wordt veroorzaakt;
 - c. geen controle toe te passen op het effect van deze wijziging;
 - d. terwijl CCV wist althans behoorde te weten dat CARD – die immers niet over de ‘onderliggende’ transactiebonnen beschikte – erop moet kunnen vertrouwen en erop vertrouwd dat de gegevens op de computerdiskette juist zijn; en
 - e. aldus het risico van calamiteiten zoals die zich in casu hebben geopenbaard op welhaast roekeloze wijze eenzijdig op CARD af te wentelen;
- 2 de exoneratie is eenzijdig door de brancheorganisatie van CCV opgesteld;
- 3 de exoneratie is voor CARD uiterst nadelig want deze:
- a. houdt een vergaande uitsluiting van aansprakelijkheid in (in casu zou de schadevergoeding volgens de COSSO-voorwaarden slechts maximaal NLG 1.002,63 kunnen bedragen); en
 - b. geeft dientengevolge een wanverhouding te zien tussen de exoneratie voor (nagenoeg) elke aansprakelijkheid en een mogelijk zeer aanzienlijke schade.

Breikant

In Breikant beslissen de arbiters benoemd door de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) over de volgende feiten.³³ Een fabrikant van breikant en aanverwante producten wenst zijn voorraad te verminderen en zijn machines efficiënter te bezetten. Begin 1992 vraagt deze fabrikant een adviseur te adviseren bij de keuze voor een nieuw automatiseringspakket dat dit mogelijk maakt. Ook vraagt de fabrikant de adviseur hem te begeleiden in het daaropvolgende implementatietraject. Op de adviesovereenkomst zijn de COSSO-voorwaarden 1990/1993 van toepassing. Dit zijn voorwaarden die zijn opgesteld door de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers. De fabrikant en de adviseur stellen samen een definitiestudie op. Volgens de definitiestudie is van cruciaal belang dat medewerkers van de fabrikant zich committeren aan het project en daarvoor voldoende tijd vrij maken.

Een stuurgroep wordt in het leven geroepen. De directeur van de fabrikant zit de stuurgroep voor. De stuurgroep stelt een plan van aanpak op. Dat plan bepaalt dat het project onder verantwoordelijkheid van de fabrikant wordt uitgevoerd, dat gebruik wordt gemaakt van de expertise en assistentie van de adviseur en dat de fabrikant en de leverancier het project gezamenlijk zullen managen. In het plan van aanpak wordt voor een bepaald besturingsconcept gekozen met als doel kortere en betrouwbaardere levertijden en het vroegtijdig kunnen informeren van klanten. De stuurgroep kiest voor een bepaald standaard automatiseringspakket omdat dit het beste past in het besturingsconcept

33 Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (Breikant).

en stelt daarbij als randvoorwaarden dat (de kosten van) maatwerk minimaal zijn en continuïteit in release-opvolging gewaarborgd wordt.

De fabrikant sluit een turnkey-overeenkomst met de leverancier van het standaard automatiseringspakket. Volgens die overeenkomst wordt voor het automatiseringspakket een vaste prijs in rekening gebracht en wordt voor eventueel maatwerk gefactureerd op basis van bestede tijd. Een aangepaste versie van het plan van aanpak, die na het sluiten van de turnkey-overeenkomst is opgesteld, bepaalt dat de verwachte behoefte aan maatwerk bij het gekozen pakket nihil is. Toch moet de leverancier nadien een groot aantal maatwerkopdrachten uitvoeren. Hierdoor worden de verwachte kosten ruimschoots overschreden. Ten gevolge van invoering van dat pakket ontstaan grote administratieve en logistieke problemen bij de fabrikant. De schade van de fabrikant bedraagt NLG 2.983.571,51. De fabrikant vordert ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie.

De SGOA-arbiters oordelen dat de adviseur tekort is geschoten in het adviseren van het besturingsconcept en het automatiseringspakket, het begeleiden van de contractsonderhandelingen met de leverancier en het voorstellen van maatregelen om een cultuurverandering door te voeren. De arbiters komen tot deze conclusies op basis van de volgende overwegingen.

Over de keuze van het besturingsconcept oordelen de arbiters als volgt. Zij stellen vast dat partijen van mening verschillen over de vraag wat voor soort besturingsconcept is gekozen. De fabrikant meent dat gekozen is voor de overgang van een voorraadgerichte naar een klantordergerichte productie. De adviseur meent dat gekozen is voor een productie die in belangrijke mate op voorraad is gericht en niet primair op klantorders. Het gekozen besturingsconcept geeft in ieder geval niet voldoende duidelijk aan in hoeverre daarmee de gewenste doelen kunnen worden bereikt. Hoewel de verantwoordelijkheid voor de keuze van het besturingsconcept uiteindelijk bij het management van de fabrikant ligt, speelt de adviseur als deskundig adviseur een belangrijke – zo niet doorslaggevende – rol. De fabrikant mag er van uitgaan dat de logistieke specialisten van de adviseur die het besturingsconcept hebben opgesteld, met kennis van zaken te werk gaan. Juist om een zo ingewikkelde kwestie op te lossen doet men een beroep op een deskundige adviseur. Op de adviseur rust dan ook de plicht de fabrikant ervan te weerhouden een verkeerde richting aan te houden door waarschuwend op te treden. De arbiters menen dat de adviseur dit niet heeft gedaan. Uit het voorgaande leid ik af dat de arbiters menen dat de fabrikant een verkeerde richting is ingeslagen door het betreffende besturingsconcept te kiezen en dat dat de schuld is van de adviseur omdat hij de fabrikant daarvoor niet heeft gewaarschuwd.

De arbiters menen voorts dat het bewuste automatiseringspakket niet juist is gekozen. Het pakket heeft immers de kenmerken van een Materials Requirements Planning pakket, dat vooral geschikt is voor de fabricage van kwantiteiten, terwijl de organisatie niet een materiaaldominante, maar een capaciteitsdominante organisatie is. Ook bevat het pakket niet standaard de plannings-

functionaliteiten die volgens de definitiestudie gewenst zijn. Dat betekent dat een aanzienlijke hoeveelheid maatwerk moet worden verricht om het pakket alsnog geschikt te maken voor de fabrikant. De arbiters menen dat een professioneel handelend deskundig adviseur de risico's en bezwaren die verbonden zijn aan de implementatie van het bewuste pakket had moeten voorkomen of in ieder geval de fabrikant daarvoor had moeten behoeden.

De arbiters zijn het eens met de stelling van de fabrikant dat hij door het vele maatwerk een zeer ongunstig contract heeft gesloten met de leverancier. Ook dat wordt de adviseur aangerekend. Bij de taak van de professionele adviseur die als begeleider voor het hele traject is ingehuurd hoort begeleiding bij de onderhandelingen met de leverancier. Het verweer van de adviseur dat het vele maatwerk vooral is veroorzaakt door aanvullende wensen wordt door de arbiters terzijde geschoven. Het maatwerk is naar hun oordeel vooral te verklaren uit de ongelukkige aanpak met betrekking tot het besturingsconcept en het niet optimaal toegesneden zijn van het automatiseringspakket op de wensen van de fabrikant. Interessant is ook het oordeel van de arbiters dat voorzover er maatwerkopdrachten zijn gegeven die onnodig waren, de adviseur tot taak heeft deze te voorkomen c.q. in te dammen.

Over de relatie van partijen oordelen de arbiters dat deze niet gelijkwaardig is. De fabrikant huurt juist een professionele adviseur en begeleider in omdat de kennis in eigen huis ontbreekt. Voorzover het project niet voldoende wordt gedragen door de organisatie van de fabrikant, moet de adviseur als ervaringsdeskundige hierop bedacht zijn en maatregelen voorstellen om een eventuele cultuurverandering te bewerkstelligen.

De fabrikant valt echter ook het een ander te verwijten. Zo menen de arbiters dat hij niet de volledige overeengekomen en noodzakelijke inzet en medewerking heeft gegeven en pas werkelijk aan de bel is gaan trekken toen het project voor het grootste deel was uitgevoerd. Ook heeft de fabrikant de adviseur niet op zijn huid gezeten. Verder is volgens de arbiters onbegrijpelijk dat de fabrikant een contract met de leverancier heeft gesloten ondanks het ontbreken van een duidelijk advies van de adviseur.

Uiteindelijk wijzen de arbiters de ontbindingsvordering af omdat art. 8 lid 2 van de COSSO-voorwaarden 1990/1993 ontbinding uitsluit voor het reeds gepresteerde en de adviseur haar hele prestatie heeft verricht, zij het gebrekkig. Mede gezien de eigen schuld van de fabrikant schuiven de arbiters de aansprakelijkheidsbeperking in de COSSO-voorwaarden 1990/1993 niet terzijde. Deze aansprakelijkheidsbeperking bepaalt dat ingeval van een toerekenbare tekortkoming de leverancier uitsluitend aansprakelijk is voor vervangende schadevergoeding (art. 9.2) tot een maximum van 50% van de gefactureerde bedragen (art. 9.3). In overeenstemming met deze aansprakelijkheidsbeperking veroordelen de arbiters de adviseur de helft van de gefactureerde bedragen, dus NLG 781.556, aan de fabrikant te betalen. Het is dus niet zo, zoals Rinzema en Beuving beweren, dat uit de hoogte van de schadevergoeding (50% van het

honorarium van de adviseur) mag worden afgeleid dat beide partijen in gelijke mate aan het falen van het project hebben bijgedragen.³⁴ Het feit dat de helft van het honorarium van de adviseur aan schadevergoeding wordt toegewezen is een gevolg van de aansprakelijkheidsbeperking en niet de mate waarin de aan een ieder toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen.³⁵ De mate van schuld valt wel af te leiden uit de kostenveroordeling, 3/4 voor de adviseur en 1/4 voor de fabrikant.

KIN/Capgemini

De feiten waarover de Rechtbank Utrecht en het Hof Amsterdam hebben beslist in de zaak Liebeswerk Kirche in Not/Ostpriesterhilfe ('KIN') tegen Capgemini, zijn als volgt.³⁶ KIN is een internationaal opererende charitatieve instelling die zich met behulp van 13 nationale secretariaten bezig houdt met het werven van fondsen en het toekennen van deze fondsen aan talkrijke projecten van rooms-katholieke geestelijken over de hele wereld. KIN en Capgemini komen in februari 1985 overeen dat Capgemini de wereldwijde bestaande geautomatiseerde gegevensverwerking van KIN, die toen nog door een andere ICT-leverancier werd onderhouden, zou vernieuwen tegen betaling van een vast bedrag van NLG 0,5 miljoen. Het nieuwe systeem zou naar verwachting op 1 augustus 1985 worden opgeleverd. Op deze overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van de COSSO, de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers, uit 1978 van toepassing. Die voorwaarden bepalen onder andere dat de leverancier ingeval van wanprestatie alleen aansprakelijk is voor schade van de afnemer als de afnemer de overeenkomst tussentijds beëindigt. In dat geval hoeft de leverancier nooit meer dan NLG 100.000 aan de afnemer te vergoeden.

In mei 1986, bijna een jaar later dan oorspronkelijk voorzien en nadat partijen de vaste prijsafsprake hebben laten varen, wordt het systeem aan een acceptatietest onderworpen. Dan blijkt dat het systeem niet voldoet aan de functionele specificaties en het systeem dus niet door de acceptatietest heen zal komen. Capgemini werkt nog bijna een jaar aan het project totdat zij in april 1987 aan KIN mondeling de toezegging doet dat het systeem op 1 juni 1987 gebruiksklaar zal worden opgeleverd. In mei 1987 bevestigt KIN deze toezegging schriftelijk en stelt Capgemini in gebreke voor het geval die datum niet wordt gehaald. KIN beëindigt halverwege juni 1987 de overeenkomst tussentijds omdat op 1 juni 1987 nog steeds geen werkend systeem is opgeleverd. KIN heeft op dat moment ongeveer NLG 2,1 miljoen aan Capgemini betaald.

De centrale vraag in deze procedure is niet zozeer of Capgemini wanprestatie heeft gepleegd, want daar gaan Rechtbank en Hof beide van uit, maar of Capgemini aan KIN zou kunnen tegenwerpen dat zij – conform de exoneratione

34 Rinzema & Beuving 2001, p. 299.

35 Vgl. art. 6:101 lid 1 BW.

36 Hof Amsterdam 22 november 2001, *Computerrecht* 2002-2, p. 94 (KIN/Capgemini).

uit de COSSO-voorwaarden – maximaal NLG 100.000 aan KIN zou moeten vergoeden.

KIN dagvaardt Capgemini voor de Utrechtse rechtbank en vordert Capgemini te veroordelen tot betaling van NLG 10,8 miljoen aan schadevergoeding wegens wanprestatie. De rechtbank oordeelt op basis van een deskundigenrapport dat Capgemini weliswaar fouten heeft gemaakt, maar dat die fouten niet van zodanige ernstige en onherstelbare aard zijn dat Capgemini in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid handelt door op de exoneratie een beroep te doen. Daarbij acht de Rechtbank van belang dat:

- 1 sprake was van een groot project;
- 2 KIN medeverantwoordelijk was voor het opstellen van de beperkt deugdelijke functionele specificaties;
- 3 telkens wijzigingsvoorstellen moesten worden doorgevoerd;
- 4 niet uitsluitend KIN de benodigde expertise in huis had omdat KIN een eigen afdeling had die diensten afnam van de vorige ICT-dienstverlener en als ervaren afnemer kon weten wat er komt kijken bij een automatiseringsproject; en
- 5 KIN de relatie van partijen abrupt heeft beëindigd.

De Rechtbank bepaalt daarom dat Capgemini nooit meer dan NLG 100.000 aan KIN moet betalen.

In hoger beroep oordeelt het Amsterdamse Hof, anders dan de Rechtbank, dat het beroep van Capgemini op de exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij neemt het Hof in aanmerking:

- 1 de manier waarop de exoneratie tot stand was gekomen (de exoneratie was opgenomen in branchevoorwaarden van ICT-leveranciers op de totstandkoming waarvan KIN geen invloed heeft gehad);
- 2 de verhouding tussen partijen (een internationaal opererende charitatieve instelling vs. een groot internationaal opererend automatiseringsbedrijf) en in het bijzonder KIN's afhankelijkheid van de deskundigheid van Capgemini;
- 3 het belang dat KIN had bij de prestatie van Capgemini; en
- 4 de ernst van de tekortkoming (de deskundigen meenden in hoger beroep dat Capgemini een ernstig verwijt trof terzake het gebrek aan functionaliteit en operationaliteit en dat bij deze opdracht tegen ongeveer alle basisregels van projectmanagement was gezondigd).

Het Hof veroordeelt Capgemini daarom NLG 2.137.018 aan KIN te betalen en verwijst beide partijen naar een schadestaatprocedure, waarin KIN aan kan tonen dat zij nog meer schade heeft geleden. De zaak is vervolgens geschikt.

Deze zaak is vaak in het nieuws geweest.³⁷ Uit de Computables van 13 en 14 december 2001 en 11 januari 2002 blijkt dat Frits Mutsaerts, de advocaat van KIN in deze zaak, en Peter van Schelven, juridisch adviseur van de FENIT (opvolger van de COSSO), kort nadat het arrest was gewezen de degens kruisen over de betekenis die aan het arrest moet worden toegekend. Mutsaerts voorspelt dat van dit arrest zeker een precedentwerking uit zal gaan omdat dit één van de weinige zaken is waarin een Hof in algemene zin een exoneration terzijde schuift en aldus korte metten maakt met het uitsluiten van zowel directe alsook indirecte schade. Van Schelven meent dat de precedentwerking niet overdreven moet worden omdat de leveringsvoorwaarden van de FENIT uit 1994 inmiddels op inhoudelijk en juridisch vlak geheel anders zijn dan die van de COSSO uit 1978. Met andere woorden, het feit dat de exoneration uit de COSSO-voorwaarden uit 1978 in dit geval geen stand hield, betekent niet dat de exoneration in de FENIT-voorwaarden uit 1994 in andere gevallen eveneens onderuit kan worden gehaald. Door het tegenovergestelde te suggereren, vergelijkt Mutsaerts volgens Van Schelven software met tupperware, ofwel appels met peren.

In ieder geval is duidelijk dat Rechtbank en Hof een ander oordeel hadden over de feiten. Opvallend is vooral dat de Rechtbank KIN aanmerkt als ervaren afnemer van ICT-diensten die het klappen van de zweep kent, terwijl het Hof juist het verschil in expertise tussen KIN en Capgemini en KIN's afhankelijkheid van de deskundigheid van Capgemini benadrukt.

Samenvatting

Als de eisen die volgens bovengenoemde uitspraken gesteld kunnen worden aan een leverancier worden samenvat, ontstaat het volgende beeld. De leverancier moet, als hij (mede) een overeenkomst van opdracht heeft gesloten, voldoen aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Dit houdt concreet in dat hij:

- 1 voordat hij specialistische hardware verkoopt, moet:
 - a. vaststellen of de hardware in redelijkheid bruikbaar is voor de afnemer (Magneetkaart);
 - b. beoordelen of de omgeving waar de hardware geplaatst wordt voldoet althans kan voldoen aan de daaraan te stellen eisen (Broere/Olivetti);

³⁷ 'Misstap komt Cap duur te staan', *Automatisering Gids* 2001/50; Rik Sanders, 'Cap Gemini veroordeeld tot miljoenenboete', *Computable* 13 december 2001; Rik Sanders, 'Kerk uit nood. Cap Gemini veroordeeld tot betaling miljoenen aan Stichting Kerk in Nood', *Computable* 14 december 2001; Frits Mutsaerts, 'Uitsluiten van aansprakelijkheid', *Computable* 11 januari 2002; Hans Mulder, 'ICT'ers en juristen moeten samen automatiseringsgeschillen oplossen', *Automatisering Gids* 2002/7; V.A. de Pous, 'Algemene voorwaarden zijn verre van heilig', *Automatisering Gids* 20 september 2002; Rik Sanders, 'Cap Gemini betaalt miljoenen aan Kerk in Nood', *Computable* 2 februari 2004.

- 2 voordat hij software wijzigt:
 - a. de afnemer op de hoogte moet stellen van deze wijziging (CARD/CCV);
 - b. controle moet toepassen op het effect van deze wijziging (CARD/CCV);
- 3 voordat hij advies uit brengt, een deugdelijk onderzoek moet instellen naar:
 - a. de bedrijfsstructuur van de afnemer voorzover hij diens bedrijf automatiseert (RBC/Brinkers);
 - b. de hardware voorzover hij zijn software daarop af moet stemmen (CVG/PSA);
- 4 ingeval van spoed, de benodigde tijd voor een diepgaand onderzoek naar de bedrijfsstructuur van de afnemer moet verlangen als dit nodig is om een verantwoord advies uit te brengen (RBC/Brinkers);
- 5 de afnemer moet behoeden voor te hoog gespannen verwachtingen (Dolmans/Burroughs);
- 6 de afnemer moet weerhouden van ongefaseerde ingebruikneming als hij behoort te voorzien dat dit tot problemen leidt (Dolmans/Burroughs);
- 7 als hij de risico's, die zijn verbonden aan een bepaalde methode, niet voor zijn rekening wenst te nemen:
 - a. hij dit uitdrukkelijk moet stipuleren, te meer omdat hij moet begrijpen dat de afnemer op het kompas van de door hem ingeschakelde adviseur vaart (RBC/Brinkers);
 - b. hij zich moet realiseren dat daarvoor niet voldoende is dat hij in een vergadering vaststelt dat uit wordt gegaan van beperkte gegevens en dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist (RBC/Brinkers);
- 8 maatregelen voor moet stellen om een eventuele cultuurverandering te bewerkstelligen als het project niet voldoende wordt gedragen door de organisatie van de afnemer (Breikant);
- 9 hij de afnemer moet begeleiden bij de onderhandelingen met leveranciers als hij voor het hele traject is ingehuurd (Breikant);
- 10 onnodige maatwerkopdrachten moet voorkomen c.q. indammen (Breikant);
- 11 de basisregels van projectmanagement in acht moet nemen (KIN/CAP);
- 12 de afnemer ervan moet weerhouden een verkeerde richting aan te houden door waarschuwend op te treden (Breikant);
- 13 zich niet mag verschuilen achter fouten van derden voorzover deze zijn veroorzaakt door zijn adviezen en informatie (RBC/Brinkers en Atel/CAI Bommel).

4.1.2 Deskundigheid van de afnemer

Van de afnemer wordt geen specifieke deskundigheid op het gebied van de prestatie vereist. Toch is deskundigheid aan de zijde van de afnemer relevant.

Naarmate de afnemer deskundiger is, wegen zijn onderzoeks-, mededelings- en medewerkingsplichten immers zwaarder.³⁸

Eveneens van belang is de aard van de deskundigheid die de afnemer bezit. Deze deskundigheid (op het gebied van de prestatie) moet van dezelfde aard zijn als de deskundigheid (op het gebied van de prestatie) van de leverancier, wil de deskundigheid van de afnemer gewicht in de schaal werpen. Het standaard arrest in dat verband is Staalgrit.³⁹ Uit dat arrest blijkt dat de afnemer Van der Ende volgens een juiste, reeds jaren lang beproefde werkwijze een tankdak straalt met staalgrit van De Kleijn. Het staalgrit veroorzaakt roestvorming en Van der Ende vordert schadevergoeding van De Kleijn wegens wanprestatie.

Het Hof oordeelt dat het beroep van De Kleijn op haar exonerationbeding, gelet op een aantal omstandigheden, in strijd is met de goede trouw (OBW). Eén van die omstandigheden is dat De Kleijn een deskundige op het gebied van staalgrit is en Van der Ende 'zodanige speciale deskundigheid' niet heeft. In zijn arrest geeft de Hoge Raad een nadere invulling aan het verschil in de aard van de deskundigheid. Hij vindt relevant dat 'De Kleijn – die een gespecialiseerde verkoper van staalgrit is – een deskundige op het gebied van staalgrit is en dat Van der Ende een 'zodanige speciale deskundigheid' – dat wil zeggen een deskundigheid die daarmee vergelijkbaar is – niet heeft.' Hieraan doet volgens de Hoge Raad niet af 'dat Van der Ende een professionele gebruiker van staalgrit is.' Kortom, deskundigheid in het gebruik van een product is niet hetzelfde als deskundigheid met betrekking tot de verkoop van het product.

Hoe moet deze les uit het Staalgrit arrest worden vertaald naar (een voorbeeld uit) de ICT-praktijk? Naar mijn idee als volgt. Stel een afnemer van bepaalde software is deskundig in het gebruik van die software. Door gebruik van die software ontstaat schade omdat de software fouten bevat. De leverancier van die software heeft aansprakelijkheid voor die schade uitgesloten. Is het feit dat de afnemer deskundig is in het gebruik van de software relevant voor de vraag of zijn deskundigheid de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier beïnvloedt? Nee, want hij is niet verantwoordelijk voor de fouten in de software waardoor de schade is ontstaan. Dat is de leverancier wel.

Schakelt de afnemer een derde in, dan kan de deskundigheid van deze derde onder omstandigheden aan de afnemer worden toegerekend.⁴⁰ Tjittes meent dat het antwoord op de vraag of en, zo ja, in welke mate de wetenschap van een externe deskundige aan een partij, die hem heeft ingeschakeld, moet worden toegerekend, afhangt van de volgende gezichtspunten.⁴¹ Als de op-

38 Zie voor een korte uiteenzetting van deze plichten Thole 2000, p. 26-27.

39 HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (concl. A-G Hartkamp; *Staalgrit of De Kleijn/Van der Ende*).

40 Hetzelfde geldt overigens voor de leverancier als de leverancier een derde inschakelt.

41 Tjittes 2001a, p. 14-15.

drachtgever van de deskundige een onderneming is, moet de (veronderstelde) kennis van de deskundige als regel aan de ondernemer worden toegerekend (hoedanigheid van de opdrachtgever). Hoe groter het aandeel van de deskundige in de vaststelling van de totstandkoming en inhoud van een rechtshandeling en hoe kleiner het aandeel van zijn opdrachtgever daarin, hoe eerder moet worden toegerekend, en andersom (aandeel deskundige). Als de wederpartij er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de deskundige terzake van de transactie deskundig is en dat de deskundige zijn opdrachtgever deelachtig heeft gemaakt van hetgeen hij weet, dan wordt de kennis van die deskundige toegerekend aan de opdrachtgever van de deskundige (gerechtvaardigd vertrouwen in deskundigheid en voorlichting).

Iets anders is of van de afnemer mag worden verwacht of zelfs geëist dat hij zich voorafgaand aan en tijdens de uitvoering van een ICT-project laat bijstaan door een onafhankelijke deskundige derde. Hoewel de Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel in de Magneetkaart uitspraak uit 1979 niet expliciet een zodanige verplichting oplegt aan de afnemer, kan deze Raad het toch niet laten te vermelden dat de afnemer er 'goed aan had gedaan zich tot een onafhankelijk adviseur te wenden.'⁴² Met Vandenberghe, Berkvens en anderen meen ik dat de afnemer niet verplicht kan worden zich door een gespecialiseerd adviseur te laten bijstaan.⁴³ Het aannemen van een zodanige verplichting gaat er van uit dat de leverancier niet als deskundig kan worden beschouwd. En dat terwijl de afnemer de leverancier nu juist inhuurt omdat deze een deskundige is of in ieder geval pretendeert te zijn.

Ook het 'het zou beter zijn geweest als ...' argument van de Raad snijdt mijns inziens geen hout. Dat het inhuren van meer deskundigheid in theorie tot betere resultaten leidt, gaat voorbij aan de vraag of een inhuren van zodanige deskundigheid bedrijfseconomisch gezien verantwoord is. Anders gezegd: of de (verwachte) kosten van extra advies opwegen tegen de (verwachte) baten. Of, zoals Vandenberghe het treffend uitdrukt: 'Het is ook voorzichtig met een helm over de straat te lopen; maar dat betekent niet dat dit gebrek aan uiterste voorzichtigheid gekarakteriseerd kan worden als onvoorzichtigheid.'⁴⁴

Het is goed dat de Magneetkaart-uitspraak voor wat betreft deze aanbeveling aan een afnemer tot het inhuren van deskundige bijstand van derden, geen navolging heeft gekregen. Sterker nog, uit de noot van Kortmann bij de uitspraak Olyslager/Intermation blijkt het tegendeel.⁴⁵ Olyslager vraagt blijkens die uitspraak aan Intermation of de software bepaalde eigenschappen

42 Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*).

43 Vandenberghe 1984, p. 88 en Berkvens e.a. 1989, p. 325.

44 Vandenberghe 1984, p. 88.

45 Vice-President Rechtbank Den Haag 16 oktober 1986, *Computerrecht* 1987-1, p. 42-48 (*Olyslager/Intermation*; m.nt. Kortmann) en tussenvonnis in bodemprocedure Rechtbank Den Haag 25 november 1987, *Computerrecht* 1988-3, p. 158-162 (*Olyslager/Intermation*).

bezit, waaronder de mogelijkheid van een eenvoudige conversie zonder fouten. Intermation zegt toe dat deze eigenschappen aanwezig zijn. Uiteindelijk blijken deze eigenschappen niet aanwezig te zijn. Volgens annotator Kortmann beroept Intermation zich er bij pleidooi op dat Olyslager, gezien het voor haar vitale belang van een goed werkend computersysteem, de eigenschappen van de software beter had moeten onderzoeken door consultancyhulp in te roepen bij de selectie van de software, een demonstratieversie van de software aan te schaffen en gedurende een bepaalde periode schaduw te draaien. Uit de uitspraak blijkt dat de rechtbank niet ingaat op dit verweer. Met Kortmann acht ik dit verweer niet sterk. Aangezien Intermation toe had gezegd dat de gevraagde eigenschappen aanwezig waren, behoeft Olyslager daarnaar geen onderzoek te (laten) verrichten. Anders gezegd, de mededelingen van de leverancier prevaleren boven de onderzoeksplicht van de afnemer.⁴⁶

4.1.3 Relatieve deskundigheid van de leverancier ten opzichte van de afnemer

De minimum deskundigheid die van de leverancier wordt geëist (althans zijn daadwerkelijke deskundigheid, indien hoger (zie 4.1.1)) en de daadwerkelijke deskundigheid van de afnemer kunnen en mogen niet los van elkaar worden gezien. De deskundigheid van de afnemer moet met die van de leverancier worden vergeleken. Dit blijkt duidelijk uit het arrest Hooijen/THB.⁴⁷ In dat arrest oordeelt de Hoge Raad dat Hooijen geen omstandigheden stelt die van ‘wezenlijk belang’ zijn voor de vraag of de exoneration van THB strijdig is met de goede trouw. De Hoge Raad formuleert vervolgens een aantal omstandigheden die naar zijn oordeel van ‘wezenlijk belang’ zijn. Eén van die omstandigheden is ‘de mate van zijn eventuele ondeskundigheid met betrekking tot dergelijke transacties *in vergelijking met* de Tilburgsche.’ (cursivering TG).

Een en ander betekent mijns inziens dat als de leverancier deskundiger is dan de afnemer of dit geacht wordt te zijn, de exoneration sneller onaanvaardbaar zal zijn (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) naarmate het verschil in de deskundigheid tussen de afnemer en de leverancier groter is.

Bij ICT-projecten zijn de deskundigheid van de afnemer en de leverancier vaak aan verandering onderhevig. Neem als voorbeeld een outsourcingproject. Vóór het begin van een vaak jaren durende outsourcing is de deskundigheid van de afnemer relatief groot. De afnemer weet als geen ander hoe de ICT-activiteiten van zijn bedrijf moeten worden verricht. De ICT-afdeling van de afnemer verricht die activiteiten immers al jaren voor zijn interne klanten. De

46 Zie voor de daarop lijkende regel dat de leverancier die zijn mededelingsplicht schendt (door te zwijgen als hij moet spreken) niet aan de afnemer kan tegenwerpen dat hij te weinig onderzoek heeft verricht, Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 243 (ingeval van dwaling) en 342 (ingeval van non-conformiteit).

47 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (concl. A-G Franx; Hooijen/THB; m.nt. Van der Grinten).

reden waarom een afnemer wil gaan outsourcen is meestal gelegen in de kosten. Die zijn in de regel hoger dan de kosten die een leverancier in rekening zou brengen bij de afnemer als hij de activiteiten voor de afnemer zou gaan verrichten. Dat de leverancier dezelfde activiteiten tegen lagere kosten kan verrichten komt onder andere doordat de leverancier, meer dan de afnemer, kan profiteren van schaalvoordelen. De leverancier verricht immers soortgelijke ICT-activiteiten voor veel andere klanten. Naarmate de outsourcing vordert, neemt de deskundigheid van de afnemer af. Nadat de te outsourcen activiteiten volledig door de leverancier zijn overgenomen bezit de afnemer vaak geen (of bijna geen) ICT-afdeling meer en dus ook geen (of bijna geen) deskundigheid op het gebied van de prestatie.

Op welk moment moet bij het toetsten van exoneraties worden beoordeeld welke mate van deskundigheid de afnemer en de leverancier bezitten, en hoe deze deskundigheden zich tot elkaar verhouden? Het toetsingsmoment is mijns inziens het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de leverancier aan een minimumniveau van deskundigheid gehouden kan worden en dat dat minimumniveau wordt vastgesteld op het moment waarop de overeenkomst tussen afnemer en leverancier wordt gesloten (zie 4.1.1). Op het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet moet dus worden beoordeeld hoe de deskundigheid van de afnemer zich verhoudt tot die van de leverancier. In bovenstaand outsourcingvoorbeeld komt dat op het volgende neer. Als de schadeveroorzakende gebeurtenis plaats vindt voordat de ICT-afdeling op de leverancier overgaat, is het verschil in deskundigheid in de regel kleiner dan als de schadeveroorzakende gebeurtenis plaats vindt nadat de ICT-afdeling is overgegaan.

4.1.4 Tussenconclusie

Bij de uitvoering van ICT-contracten zijn de deskundigheid van de leverancier en de deskundigheid van de afnemer beide relevant voor het inkleuren van de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier. Daaraan vooraf gaat echter de vraag of de deskundigheid van de leverancier *überhaupt* moet worden getoetst. Het antwoord op die vraag wordt bepaald door de verbintenissen die de leverancier op zich neemt.

De uit het RBC/Brinkers-arrest bekende toetsingsmaatstaf – of het handelen ‘al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden’ – dient alleen te worden aangelegd als de leverancier (mede) een overeenkomst van

opdracht uitvoert.⁴⁸ Die (beroepsaansprakelijkheids)toets is immers een uitwerking van de toetsingsmaatstaf ‘goed opdrachtnemer’ (art. 7:401 BW). Vraagt een afnemer aan een leverancier om hardware met naam en toenaam aan hem te verkopen, zonder daarbij prijs te stellen op advies, is alleen sprake van een koopovereenkomst. Relevant zijn dan de maatstaven die bij een koopovereenkomst moeten worden toegepast, waaronder de vraag of de hardware conform is (art. 7:17 BW). Relevant is dan niet of de leverancier ‘al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden’. Dat is immers een maatstaf die bij een overeenkomst van opdracht moet worden toegepast. Partijen hebben echter een koopovereenkomst gesloten en niet (mede) een overeenkomst van opdracht.

Het vaststellen welke verbintenissen door de leverancier dienen te worden nageleefd, zal vaak niet eenvoudig zijn. In veel gevallen zal sprake zijn van een gemengde overeenkomst, in welk geval art. 6:215 BW van toepassing is.

Is (mede) een overeenkomst van opdracht gesloten, dan wordt aan de leverancier de hiervoor bedoelde beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf als minimummaatstaf opgelegd. Hierboven heb ik uiteengezet hoe die maatstaf door de rechtspraak *in concreto* vorm is gegeven. Het minimumniveau van deskundigheid dat van de leverancier verlangd kan worden, wordt vastgesteld op het moment dat afnemer en leverancier met elkaar een overeenkomst sluiten. Die deskundigheid kan variëren naarmate de overeenkomst voortduurt, maar de deskundigheid waaraan moet worden getoetst is in ieder geval altijd gelijk aan of hoger dan het minimumniveau, ook al is de daadwerkelijke deskundigheid onder het minimumniveau gedaald.

De deskundigheid van de afnemer kan, net als die van de leverancier, variëren naarmate de overeenkomst voortduurt. Aan de deskundigheid van de afnemer worden echter geen minimeisen gesteld.

Overigens geldt dat de deskundigheid van derden die partijen hebben ingeschakeld onder omstandigheden aan de partij die ze heeft ingeschakeld, kan worden toegerekend.

Als het verschil in deskundigheid van de leverancier ten opzichte van de afnemer toeneemt in die zin dat de leverancier ten opzichte van de afnemer steeds deskundiger wordt, neemt ook de kans toe dat een beroep van de leverancier op zijn exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. De deskundigheid van de afnemer moet van

48 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

dezelfde aard zijn als de deskundigheid van de leverancier, wil de deskundigheid van de afnemer gewicht in de schaal werpen bij de vergelijking tussen de deskundigheid van de leverancier en die van de afnemer.

Het moment waarop dit verschil in deskundigheid moet worden bepaald is het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voor doet. Daarbij geldt dat de deskundigheid van de leverancier in ieder geval gelijk is aan het minimumniveau dat wordt vastgesteld op het moment dat afnemer en leverancier de overeenkomst hebben gesloten.

4.1.5 FENIT en BiZa

Zoals hierboven is gebleken, brengen de deskundigheid van de leverancier en afnemer onderzoeks-, mededelings- en adviesplichten mee. In de FENIT-voorwaarden en BiZa-contracten proberen de leverancier respectievelijk afnemer een aantal van de verplichtingen die op hen zelf rusten in te perken en een aantal verplichtingen die op de ander rusten, uit te breiden. Hieronder zal ik analyseren op welke manier dit gebeurt. Dit doe ik omdat de mate van deskundigheid die van de leverancier en de afnemer geëist mag worden door deze contractuele regelingen wordt beïnvloed. Daarna zal ik analyseren welke gevolgen het begaan van een beroepsfout heeft voor de exonaties in de FENIT-voorwaarden en de BiZa-contracten.

Inperken en uitbreiden van verplichtingen

Bij automatiseringsprojecten speelt het inwinnen en verschaffen van informatie door de leverancier respectievelijk afnemer een grote rol. In de verhouding tussen een niet-deskundige afnemer en een deskundige leverancier van ICT-producten of diensten geldt als hoofdregel dat de leverancier over voldoende informatie met betrekking tot het voorwerp van automatisering moet beschikken alvorens hij op verantwoorde wijze kan/mag adviseren en leveren.⁴⁹ Deze informatie zal hij moeten inwinnen bij de afnemer. In de rechtspraak zijn diverse voorbeelden te vinden: de bewuste leverancier had zich de vraag moeten stellen of de door hem te leveren hardware in redelijkheid bruikbaar kon voor zijn afnemer; Olivetti had moeten beoordelen of de omgeving waar Broere de hardware wilde plaatsen voldeed althans kon voldoen aan de strenge eisen die daaraan door de hardware werden gesteld; en RBC had een deugdelijk onderzoek moeten instellen naar de structuur van het bedrijf van Brinkers alvorens zijn advies uit te brengen.⁵⁰ Deze onderzoeks-

49 Stuurman 1986a, p. 148; Stuurman 1986b, p. 39-40; Rinzema & Beuving 2001, p. 299-300.

50 Raad van Arbitrage van de Metaalnijverheid- en Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*); HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 298 (concl. A-G Mok; *Broere/Olivetti*); Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*).

plicht van de leverancier vindt zijn begrenzing in de mededelingsplicht van de afnemer. De afnemer kan echter vaak niet beoordelen welke informatie voor de leverancier relevant is.⁵¹ In de meeste gevallen kan van de afnemer daarom niet meer worden verwacht dan dat hij de benodigde informatie alleen verschaft als de leverancier hem daarom vraagt.

FENIT 2003 inperken en uitbreiden verplichtingen

In art. 1.2 FENIT 2003 garandeert de afnemer dat de door of namens hem aan de leverancier gegeven informatie waarop de leverancier zijn aanbieding baseert, juist en volledig is. Daarmee wordt de onderzoeksplicht van de leverancier ingeperkt. Uit art. 1.2 vloeit immers voort dat de leverancier geen onderzoek hoeft te verrichten naar de juistheid en volledigheid van de hem verstrekte informatie. Ik vraag me af of de afnemer de expertise heeft te beoordelen of door hem verschaft informatie juist en volledig is. De afnemer doet er verstandig aan de leverancier alleen die informatie te verschaffen waarvan hij zeker weet dat deze juist en volledig is. Indien de afnemer twijfelt of bepaalde informatie juist en volledig is, zal hij deze niet aan de leverancier moeten verstrekken, maar hem moeten uitnodigen die informatie zelf in te winnen. Mocht de informatie die de leverancier vervolgens zelf inwint onjuist of onvolledig zijn, dan kan de leverancier zich niet op art. 1.2 beroepen. Dat artikel ziet namelijk uitsluitend op informatie die door de afnemer is verschaft. Gevolg van dit alles is dat een voorzichtige afnemer weinig tot geen informatie zal verschaffen en de leverancier alsnog veel onderzoek moet gaan verrichten. In dat geval keert art. 1.2 zich als een boemerang tegen de leverancier. In plaats dat zijn onderzoeksplicht wordt ingeperkt, wordt zij verruimd.

In art. 1.2 lees ik niet dat de afnemer garandeert dat hij aan de leverancier alle informatie verschaft die nodig is om een offerte uit te brengen. Dat zou een brug te ver zijn. De afnemer kan immers niet beoordelen welke informatie voor de leverancier relevant is. De afnemer garandeert in art. 1.2 ‘alleen’ dat de informatie *die* hij verschaft juist en volledig is. Verder dienen beide partijen zich te realiseren dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin ondanks het bestaan van deze garantie wordt geoordeeld dat de garantie niet van toepassing is omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik denk met name aan de situatie dat de leverancier weet dat de hem verschaft informatie niet juist en volledig is.⁵²

Art. 21.1 en 21.2 bevatten een uitwerking van deze onderzoeks- en mededelingsverplichtingen ingeval van softwareontwikkeling. Deze artikelen luiden (voorzover relevant) en spreken voor zich:

⁵¹ Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 30-31.

⁵² Vergelijk Janssen 2002, p. 81-92 alsmede G.T.M.J. Raaijmakers 2002, p. 67-68 en de aldaar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

21.1 'Leverancier zal de ontwikkeling van programmatuur met zorg uitvoeren op basis van de door cliënt te verstrekken gegevens, voor de juistheid, volledigheid en consistentie waarvan cliënt instaat.'

21.2 'Leverancier is gerechtigd, doch niet verplicht, de juistheid, volledigheid of consistentie van de aan hem ter beschikking gestelde gegevens of specificaties of ontwerpen te onderzoeken en bij constatering van eventuele onvolkomenheden de overeengekomen werkzaamheden op te schorten totdat cliënt de betreffende onvolkomenheden heeft weggenomen.'

De onderzoeksplicht van de leverancier wordt overigens verder ingeperkt doordat volgens art. 28.1 de afnemer die hardware koopt van de leverancier het risico draagt van de selectie van de die hardware en de leverancier er niet voor in staat dat de geleverde hardware geschikt is voor het beoogde gebruik, tenzij in de schriftelijke koopovereenkomst de gebruiksdoeleinden duidelijk en zonder voorbehoud zijn gespecificeerd.

FENIT 1994 inperken en uitbreiden verplichtingen

Art. 22.1 en 22.2 FENIT 1994 bevatten, in vrijwel identieke bewoordingen als art. 21.1 en 21.2 FENIT 2003, beperkingen op de onderzoeksplicht van de leverancier die, zoals gezegd, alleen van toepassing zijn op ontwikkeling van software. De FENIT 1994 bevat geen bepalingen die lijken op de art. 1.2 en 28.1 FENIT 2003. De leverancier heeft zijn onderzoeksplicht in de FENIT 2003 dus verder ingeperkt dan in de FENIT 1994.

BiZa inperken en uitbreiden verplichtingen

Anders dan de FENIT-voorwaarden, beogen de BiZa-contracten de onderzoeksverplichting van de leverancier uit te breiden. De BiZa-contracten bepalen, bijvoorbeeld in art. 2.7 licentieovereenkomst:

2.7 'Leverancier heeft zich in voldoende mate op de hoogte gesteld van de doelstellingen van Opdrachtgever met betrekking tot het onderhavige Project (als beschreven in Bijlage ...), de ten deze relevante organisatie van Opdrachtgever, de processen waarbij de Programmatuur zal worden gebruikt en de gegevensstromen die daarmee zullen worden verwerkt. Opdrachtgever heeft Leverancier daartoe van voldoende en correcte informatie voorzien en zal – desgewenst – Leverancier verdere informatie verstrekken voor zover die informatie bij Opdrachtgever beschikbaar is.'

Deze bepaling lijkt in lijn te zijn met de verplichtingen van een leverancier die krachtens een overeenkomst van opdracht werkzaamheden verricht. In de praktijk hebben leveranciers desalniettemin moeite een zodanige bepaling te accepteren. Een leverancier wenst liever te verklaren dat hij bepaalde (in een bijlage opgesomde) documenten heeft bestudeerd teneinde de doelstellingen, organisatie, processen en gegevensstromen te achterhalen, dan dat hij daar zelf uitgebreid onderzoek naar moet doen. Art. 2.7 heeft als consequentie dat de leverancier een uitgebreid eigen onderzoek moet verrichten bij de

afnemer alvorens een BiZa-contract te tekenen. Ziet hij tijdens dit onderzoek iets over het hoofd waardoor schade wordt veroorzaakt (en de afnemer weet dit te bewijzen), dan hangt de leverancier. De leverancier verklaart immers daarvan in voldoende mate op de hoogte te zijn gesteld.

Belangrijker is echter dat de BiZa-contracten veelal (zo niet uitsluitend) worden gebruikt in het kader van openbare aanbestedingen. In dat geval is, soms zelfs voor de aanbestedende dienst, onduidelijk wat de ‘ten deze relevante organisatie’ is. Bovendien verhoudt zich het in het aanbestedingsrecht verankerde gelijkheidsbeginsel zich slecht met een eigen onderzoek bij de betreffende aanbestedende dienst door iedere potentiële leverancier. De kans is groot dat een potentiële leverancier informatie zal vergaren die voor een andere potentiële leverancier niet beschikbaar is. In de praktijk zijn, mede daarom, de organisatie, processen en gegevensstromen vaak alleen kenbaar uit de aanbestedingsdocumentatie. In dat geval is het voor de leverancier riskant te verklaren dat hij zich in voldoende mate op de hoogte heeft gesteld van de organisatie, processen en gegevensstromen voorzover deze niet uit de aanbestedingsdocumentatie kenbaar zijn. Voor de leverancier verdient het daarom aanbeveling de organisatie, processen en gegevensstromen in een bijlage op te (laten) nemen en daarnaar te (laten) verwijzen.

Beroepsfout

Als de leverancier (mede) een overeenkomst van opdracht sluit en bij de uitvoering daarvan niet handelt in overeenstemming met de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden,⁵³ begaat hij een beroepsfout. Dit kan onder andere het geval zijn als hij niet voldoet aan één of meer van de verplichtingen genoemd in paragraaf 4.1.1. Dat kan vergaande gevolgen hebben voor de exonaties in de FENIT-voorwaarden en de BiZa-contracten, zoals hierna zal blijken.

FENIT 2003 beroepsfout

Opvallend in de FENIT 2003 is dat de eerste zin van art. 10.1 FENIT 1994 (‘Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt’) is komen te vervallen. Kruijer heeft deze zin eens als overbodig bestempeld.⁵⁴ Als art. 10.1 FENIT 1994 echter zo gelezen moet worden dat de leverancier *uitsluitend* schade zal vergoeden voor zover hij daartoe op grond van art. 10 FENIT 1994 is verplicht, is die bepaling niet zinledig. Door die bepaling wordt immers duidelijk dat de leverancier voor directe schade zoals gedefinieerd in art. 10.2 FENIT 1994 uitsluitend aansprakelijk is voorzover sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming

53 Art. 7:401 BW; Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers); Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (Breikant).

54 Kruijer 2000, p. 47.

van de overeenkomst. Met andere woorden, de leverancier is, onder de FENIT 1994, niet aansprakelijk voor directe schade (in de zin van art. 10.2) voorzover sprake is van een onrechtmatige daad. Dat de leverancier daarvoor onder de FENIT 1994 niet aansprakelijk is, blijkt ook uit art. 10.5 FENIT 1994, dat (onder andere) bepaalt: 'Buiten de in artikel 10.2 en 10.3 genoemde gevallen rust op de Leverancier geen enkele aansprakelijkheid voor schadevergoeding, ongeacht de grond waarop een actie tot schadevergoeding zou worden gebaseerd.' Ook deze zin keert niet terug in de FENIT 2003. Dit alles betekent dat de stelling verdedigd zou kunnen worden dat onder de FENIT 2003, als de leverancier directe schade (in de zin van art. 10.1) veroorzaakt en het schadeveroorzakende handelen als onrechtmatige daad of (naast een toerekenbare tekortkoming) *tevens* als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd, de leverancier onbeperkt aansprakelijk is.⁵⁵

Over de situatie dat een toerekenbare tekortkoming tevens een onrechtmatige daad is, zij opgemerkt dat volgens Michiels van Kessenich-Hoogendam en Stuurman vrijwel algemeen wordt aangenomen dat een toerekenbare tekortkoming bestaande uit een beroepsfout, jegens de afnemer tevens een onrechtmatige daad oplevert. Van een beroepsfout van de leverancier is sprake indien zijn handelen (of nalaten) niet voldoet aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden.⁵⁶

De leverancier zou tegen deze onbeperkte aansprakelijkheid in kunnen brengen dat in de nieuwe voorwaarden, net als in de oude voorwaarden, nog steeds is bepaald (in art. 10.1 FENIT 2003) dat de totale vergoeding voor directe schade (in de zin van art. 10.1) 'in geen geval' meer zal bedragen dan vijfhonderd duizend Euro. Daaruit zou moeten worden afgeleid dat schadevergoeding gebaseerd op buitencontractuele aansprakelijkheid eveneens tot dat bedrag is beperkt. Aangezien het gehele art. 10.1 uitsluitend op contractuele aansprakelijkheid lijkt te zien, kan die zin echter ook worden begrepen als een tweetrapsraket met betrekking tot, uitsluitend de contractuele aansprakelijkheid voor directe schade (in de zin van art. 10.1). Deze tweetrapsraket werkt als volgt: contractuele aansprakelijkheid voor directe schade (in de zin van art. 10.1) is beperkt tot de bedongen prijs althans het totaal van de vergoedingen bedongen voor één jaar, en (als sprake is van meer gebeurtenissen of als de eerste trap niet houdt), tot vijfhonderd duizend Euro. Ook Gardeniers, Van Schelven

⁵⁵ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 9 en de aldaar opgenomen jurisprudentie.

⁵⁶ Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 15; Stuurman 1986b, p. 32; Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*); Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (*Breikant*).

en Stouthamer zijn van mening dat de tweetrapsraket – zij noemen het een ‘dakpansgewijze bescherming’ – zo functioneert.⁵⁷

De leverancier zou zich ook nog op het standpunt kunnen stellen dat de afnemer directe schade (in de zin van art. 10.1) niet buitencontractueel op hem kan verhalen gezien de volgende, nieuwe toevoeging aan art. 10.3: ‘Aansprakelijkheid van leverancier voor ... alle andere vormen van schade dan genoemd in artikel 10.1 en 10.2, uit welchen hoofde dan ook, is uitgesloten.’ Ook dit argument overtuigt mij niet. De afnemer probeert niet een andere vorm van schade dan de schade genoemd in artikel 10.1 op de leverancier te verhalen. Hij wil dat de leverancier een vorm van schade die is genoemd in art. 10.1 (directe schade) vergoedt, zij het op een andere grondslag (buitencontractuele aansprakelijkheid) dan daar genoemd (contractuele aansprakelijkheid).

Hoe het ook zij, uit het bovenstaande blijkt dat kan worden getwist over de vraag of onder de nieuwe voorwaarden buitencontractuele aansprakelijkheid voor directe schade (in de zin van art. 10.1) nu wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit werkt niet in het voordeel van de leverancier. Hartkamp betoogt dat als niet duidelijk is of een exoneratie zowel op contractuele als op buitencontractuele aansprakelijkheid ziet, de exoneratie geacht moet worden uitsluitend betrekking te hebben op de contractuele aansprakelijkheid.⁵⁸

De afnemer doet er dus goed aan zowel voor het contractuele anker als voor het onrechtmatige daadsanker te gaan liggen. Wel moet hij zich daarbij bedenken dat bovengenoemde argumenten niet opgaan voorzover hij daarmee de uitsluiting voor *indirecte* schade in de zin van art. 10.3 wil doorbreken. Hem wordt de pas afgesneden door de tussenzin ‘uit welchen hoofde dan ook’, wat zoveel betekent als ‘ongeacht de rechtsgrond’. Deze tussenzin ontbreekt echter in art. 10.2, dat betrekking heeft op schade door dood of lichamelijke letsels of wegens materiële beschadiging van zaken. Als de afnemer de aansprakelijkheidsbeperking vervat in dat artikel wil doorbreken omdat sprake is van een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming die tevens een onrechtmatige daad oplevert (bijvoorbeeld als sprake is van een beroepsfout),

57 Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer 2001, Stand. ov. Alg. Ned. – 66 (aantekening 5 bij art. 10) in hun commentaar op de FENIT-voorwaarden uit 1994, die (afgezien van het bedrag) dezelfde formulering bevatten als de FENIT-voorwaarden uit 2003: ‘In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan ...’. Dit mechanisme wordt overigens ook bevestigd door het gebruik in art. 10.1 en 10.2 van de woorden ‘in geen geval’ respectievelijk ‘nimmer meer’, terwijl in art. 10.3 wordt gesproken over ‘uit welchen hoofde dan ook’. Door deze verschillende formuleringen lijkt de FENIT een onderscheid aan te willen brengen tussen een aansprakelijkheidsbeperking tot een bepaald bedrag ongeacht het aantal gebeurtenissen en voor het geval een eerdere trap niet houdt (art. 10.1 en 10.2) en een aansprakelijkheidsuitsluiting ongeacht de rechtsgrond waarop een eventuele aansprakelijkheid is gebaseerd (art. 10.3).

58 Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 11; HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 (*Gemeente Groningen/erven Zuidema*). Anders: Krans 1999, p. 63.

kan hij proberen voornoemd *contra proferentem* argument van Hartkamp in stelling te brengen.

FENIT 1994 beroepsfout

De eerste zin van art. 10.1 FENIT 1994 luidt: 'Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt.' Naar mijn idee moet die bepaling zo worden gelezen dat de leverancier *uitsluitend* schade zal vergoeden voor zover hij daartoe op grond van art. 10 is verplicht. Art. 10.5 FENIT 1994 bepaalt bovendien: 'Buiten de in artikel 10.2 en 10.3 genoemde gevallen rust op de Leverancier geen enkele aansprakelijkheid voor schadevergoeding, ongeacht de grond waarop een actie tot schadevergoeding zou worden gebaseerd.' Met andere woorden, voor beroepsfouten is de leverancier aansprakelijk volgens de beperkingen opgenomen in art. 10 FENIT 1994, ongeacht of de afnemer de beroepsfout inkleedt als een contractuele of een buitencontractuele vordering.

BiZa beroepsfout

De BiZa-contracten bevatten een aantal aansprakelijkheidsbeperkingen met betrekking tot verschillende soorten schade. De BiZa-contracten bevatten eveneens een aparte exoneration met betrekking tot beroepsaansprakelijkheid. Het gaat dan niet zozeer om het soort schade, als wel om de aard van het schadeveroorzakende feit. De BiZa-licentieovereenkomst definieert het begrip 'Beroepsfout' in art. 1.14 als:

'Tekortkomingen, zoals vergissingen, onachtzaamheden, nalatigheden, verzuimen, onjuiste adviezen, die een vakbekwame en zorgvuldige leverancier onder de gegeven omstandigheden met inachtneming van normale oplettendheid en bij een normale vakkennis en normale wijze van vakuitoefening, behoort te vermijden.'

In veel gevallen zal de opsteller er voor kiezen voor beroepsfouten een hogere *cap* voor te stellen dan voor andere schadeveroorzakende feiten. Soms stelt de opsteller zelfs een onbeperkte aansprakelijkheid voor. Veel afnemers menen dat een beroepsfout dermate verwijtbaar is dat de leverancier bereid moet zijn daarvoor een veel verdergaande aansprakelijkheid op zich te nemen.

Ik ben van mening dat voor beroepsfouten geen andere exoneration moet worden gehanteerd dan de exonerationen met betrekking tot andere manieren waarop schade wordt veroorzaakt. Zeker gezien de ruime definitie van beroepsfout in de BiZa-contracten, zal de leverancier die tekort schiet in de nakoming van (een verbintenis die voortvloeit uit) het betreffende BiZa-contract in veel gevallen tevens een beroepsfout begaan. De leverancier die dacht een mooie exoneration te zijn overeengekomen door lagere *caps* voor verschillende vormen van schade uit te hebben onderhandeld, gaat in zo'n geval alsnog voor de bijl. Aangezien de exoneration met betrekking tot beroepsfouten een *species* is ten opzichte van de andere exonerationen, prevaleert in dat geval de beroepsfouten-exoneration. Dat betekent dat de leverancier de hogere *cap* of zelfs

onbeperkte aansprakelijkheid, vervat in de beroepsfouten-exoneratie, voor zijn kiezen krijgt. En dat terwijl hij had gerekend op een veel lager maximum voor de te betalen schadevergoeding. Een en ander betekent dat de beroepsfouten-exoneratie in de BiZa-contracten de afnemer mogelijkheden biedt onder bepaalde omstandigheden de exoneraties buiten werking te stellen die gelden voor verschillende vormen van schade.

De lezer zal nu misschien denken: waarom reikt de auteur in de vorige paragraaf de afnemer een aantal middelen aan om de leverancier onbeperkt aansprakelijk te doen zijn ingeval van een beroepsfout, terwijl hij in deze paragraaf bepleit dat beroepsfouten voor wat betreft exoneraties niet anders moeten worden behandeld dan andere tekortkomingen? Dat de FENIT 2003 de afnemer een mogelijkheid biedt directe schade (in de zin van art. 10.1) buitencontractueel op de leverancier te verhalen betekent nog niet dat ik het gerechtvaardigd vind dat door gebruikmaking van deze mogelijkheid beroepsfouten onder een ander aansprakelijkheidsregime vallen dan andere tekortkomingen. Integendeel, ik zou het dogmatisch gezien juist vinden als de FENIT 2003 de afnemer deze ruimte niet had gelaten. Maar nu de FENIT 2003 deze ruimte wel laat, acht ik het van belang dat partijen zich van deze ruimte bewust zijn en zonodig een aanvullende regeling treffen.

4.2 MEDE IN VERBAND MET DE AARD EN ERNST VAN DE BETROKKEN BELANGEN

De aard en ernst van de betrokken belangen zijn van invloed op de zwaarte van de schuld. Dat heeft de Hoge Raad tot uitdrukking willen brengen door de Saladin/HBU-omstandigheid 'zwaarte van de schuld' te laten volgen door de woorden 'mede i.v.m. de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen'. Met deze cryptische formulering doelt de Hoge Raad mijns inziens op de aard en ernst van (i) het belang dat de afnemer bij de prestatie van de leverancier heeft en (ii) de schade die de afnemer door het handelen van de leverancier lijdt. Deze twee omstandigheden werk ik hieronder uit.

Naarmate het belang van de afnemer bij de prestatie van de leverancier (en de mogelijke schade) toeneemt en de volgens de exoneratie te vergoeden schade afneemt, neemt de kans toe dat het beroep van een leverancier op zijn exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Neem twee voorbeelden. Ten eerste het voorbeeld dat een leverancier tekort schiet in de nakoming van een op hem rustende verplichting bij een afnemer een zogeheten *mission critical* systeem te vervangen, waardoor de bedrijfsvoering van de afnemer lam wordt gelegd. Ten tweede het voorbeeld dat een leverancier tekort schiet in het installeren van een extra zogeheten *stand-alone* rekenapplicatie, waardoor de afnemer handmatige controles moet blijven uitvoeren in plaats van een kleine tijdswinst te boeken. In het eerste geval is het belang van de afnemer bij de prestatie (en de mogelijke schade) duidelijk groter dan in het tweede geval. Een beroep van de leverancier op zijn exonera-

tie zal daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid sneller onaanvaardbaar zijn in het eerste dan in het tweede geval.

Naar mijn idee past een zekere terughoudendheid bij het hanteren van de 'regel' dat naarmate het belang bij de prestatie (en de mogelijke schade) toeneemt en de volgens de exoneration te vergoeden schade afneemt, (een beroep op) de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid eerder onaanvaardbaar is. Immers, naarmate het belang van de afnemer bij de prestatie groter wordt, neemt ook zijn verantwoordelijkheid toe een aansprakelijkheidsregeling te bedingen die hem voldoende schadevergoeding biedt als de leverancier tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Tegelijkertijd realiseer ik mij dat naarmate het belang bij de prestatie groter wordt, de hoogte van de te verwachten schade eveneens toeneemt. Neem bijvoorbeeld de winst die een afnemer derft omdat zijn bedrijfsvoering plat ligt en hij zijn klanten niet (op tijd) van leveranties kan voorzien. Het gevolg daarvan is vaak dat de bereidheid van de leveranciers die schade (gedeeltelijk) te dragen afneemt. Een en ander betekent dat naarmate het belang bij de prestatie toeneemt, de verantwoordelijkheid van de afnemer toeneemt een 'goede' exoneration te bedingen, maar het tegelijkertijd – gezien de belangen van de leverancier – voor de afnemer moeilijker wordt zo'n 'goede' exoneration te bedingen. Hoe deze tegengestelde belangen zich tot elkaar verhouden zal – ik kan helaas niet concreter worden – afhangen van de omstandigheden van het geval. Daarbij valt ook te denken aan het branchegebruik en de *bargaining power* van partijen ten opzichte van elkaar.

Voor wat betreft de aard en ernst van de schade die de afnemer door het handelen van de leverancier lijdt, merk ik op dat deze omstandigheid sterk doet denken aan de 'aard van de schade'-formule bij de toerekening naar redelijkheid in het kader van art. 6:98 BW.⁵⁹ De in dat kader ontwikkelde regels kunnen mijns inziens *mutatis mutandis* worden toegepast op de toetsing van exonerationen, zoals ik hierna zal doen.

Aan de vraag 'wat voor soort schade lijdt de afnemer?' gaat vooraf de vraag 'waardoor is die schade ontstaan?'. Schade veroorzaakt door overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen rechtvaardigt een ruimere toerekening ex art. 6:98 BW. Hetzelfde geldt voor exonerationen. Het beroep van een leverancier op zijn exoneration is sneller onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de schade is veroorzaakt door overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen dan als de schade is veroorzaakt door schending van andersoortige normen.

Schade veroorzaakt door schuld(aansprakelijkheid) rechtvaardigt een ruimere toerekening dan schade veroorzaakt door risico(aansprakelijkheid). Hetzelfde geldt weer voor exonerationen. Het beroep van een leverancier op zijn

59 Zie voor een behandeling van de aard en de ernst van de schade in het kader van het causaliteitsleerstuk Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 433; Boonekamp (*Schadevergoeding*), art. 6:98 BW, aant. 29 en 30.

exoneratie is sneller onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de schade is veroorzaakt door zijn schuld (bijvoorbeeld ingeval van art. 6:74 en 162 BW) dan als de schade is veroorzaakt door schade die voor zijn risico komt (bijvoorbeeld ingeval van art. 6:76, 170 en 171 BW).

Voor wat betreft de aard van de schade geldt dat schade door dood of letsel eerder wordt toegerekend dan zaakschade en zaakschade eerder dan zuivere vermogensschade. Hetzelfde geldt wederom voor exoneraties. Het beroep van een leverancier op zijn exoneratie zal eerder onaanvaardbaar zijn als sprake is van schade door dood of letsel dan als sprake is van zaakschade, en eerder als sprake is van zaakschade dan wanneer sprake is van zuivere vermogensschade.

5 | Aard en verdere inhoud van de overeenkomst

De tweede omstandigheid die de Hoge Raad in het Saladin/HBU-arrest noemt is de aard en verdere inhoud van de overeenkomst. Bij de aard van de overeenkomst zijn vooral relevant het schenden van hoofdverplichtingen en garanties (uitdrukkelijke (ofwel: expliciete) garanties, stilzwijgende (ofwel: impliciete) garanties en negatieve garanties). Bij de verdere inhoud van de overeenkomst wordt vooral bedoeld op wanverhoudingen, verhaal op een voorschakel en verhaal op verzekeringen. Dit alles zal ik in het hiernavolgende analyseren alvorens ik de aldus opgedane kennis toepas op de FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten.

5.1 AARD VAN DE OVEREENKOMST

Bij de Saladin/HBU-omstandigheid ‘aard van de overeenkomst’ wordt vaak gedacht aan schending van hoofdverplichtingen en stilzwijgende garanties. Een stilzwijgende garantie (ofwel: impliciete garantie) is een garantie die niet met zoveel woorden in de overeenkomst is opgenomen, maar daarin wel wordt gelezen.

Vaak wordt geleerd dat een exoneratione opzij wordt gezet als een hoofdverplichting of een stilzwijgende garantie wordt geschonden. Beide leerstukken – stilzwijgende garanties en schending van hoofdverplichtingen – lijken verwant omdat beide volgens deze leren leiden tot het buiten toepassing blijven van exonerationen. Merkwaardig genoeg wordt in de literatuur, voorzover mij bekend, altijd uitsluitend één van beide leerstukken behandeld. Zijn beide leerstukken identiek en verschilt alleen de beschrijving? Is dat de reden waarom beide leerstukken niet tegelijkertijd worden behandeld en vervolgens tegen elkaar worden afgezet? Op beide vragen is het antwoord: nee. Dit zal blijken uit de hiernavolgende bespreking van de gemeenschappelijke kenmerken en verschillen van beide leerstukken. Deze bespreking wordt gevolgd door een uitgebreide analyse van (en commentaar op) beide leerstukken.

Bij de analyse van (en het commentaar op) het leerstuk van de stilzwijgende garanties zal ik ook ingaan op de verhouding tussen uitdrukkelijke en negatieve garanties enerzijds en exonerationen anderzijds. Dit doe ik omdat deze vormen van garanties volgens sommigen ook van invloed zijn op exonerationen en deze vormen van garanties in ieder geval voor wat betreft naamgeving verwant-

schap vertonen met de stilzwijgende garanties. Een gezamenlijke behandeling ligt daarom voor de hand.

5.1.1 Verhouding hoofdverplichtingen en stilzwijgende garanties

De auteurs die het leerstuk van de schending van hoofdverplichtingen behandelen, bespreken dit leerstuk in het kader van algemene voorwaarden of exoneraties. Daarbij gebruiken zij vaak de bewaarnemingsovereenkomst als voorbeeld. De auteurs die het leerstuk van de stilzwijgende garanties behandelen, richten zich vrijwel uitsluitend op de koopovereenkomst, in het bijzonder de koop van verontreinigde grond en tweedehands auto's.

Afgezien van het verschil in het soort overeenkomsten waarop de leerstukken worden toegepast, is er ook een verschil in de wijze waarop de inhoud van de betreffende hoofdverplichting respectievelijk stilzwijgende garantie wordt vastgesteld. In het geval van een hoofdverplichting wordt de verplichting afgeleid uit de aard van de overeenkomst. Bij bijzondere overeenkomsten gebeurt dit vaak zelfs in abstracte zin. Dat betekent bijvoorbeeld ingeval van een bewaarnemingsovereenkomst dat *in abstracto* wordt vastgesteld wat de hoofdverplichtingen uit een bewaarnemingsovereenkomst zijn en vervolgens *in concreto* wordt geoordeeld of de aldus vastgestelde hoofdverplichtingen zijn geschonden. In het geval van stilzwijgende garanties wordt daarentegen geconstrueerd wat partijen stilzwijgend met elkaar zijn overeengekomen en vervolgens geoordeeld of de aldus stilzwijgend verleende garanties zijn geschonden.

Het laatste, zo niet belangrijkste, in het oog springende verschil is dat de stilzwijgende garanties worden gebruikt om de onredelijk geachte verborgen gebreken regeling uit het OBW te omzeilen, terwijl het leerstuk van de schending van hoofdverplichtingen niet in het leven is geroepen om onredelijk geachte wetgeving te doorkruisen.

Het gemeenschappelijke kenmerk is dus dat de leerstukken gebruikt worden om exoneraties opzij te zetten. De verschillen tussen beide leerstukken (hoofdverplichtingen vs. stilzwijgende garanties) zijn dat zij: (i) ontwikkeld zijn voor de toepassing op verschillende soorten overeenkomsten (bewaarnemingsovereenkomsten vs. koopovereenkomsten betreffende verontreinigde grond en tweedehands auto's), (ii) verschillende benaderingen hanteren (starten vanuit de overeenkomst *in abstracto* vs. starten vanuit de veronderstelde overeenstemming van partijen) en (iii) zich verschillend verhouden ten opzichte van wetgeving (omzeilen onredelijk geachte verborgen gebreken regeling (OBW) vs. niet omzeilen van onredelijk geachte wetgeving).

5.1.2 Hoofdverplichtingen

In de literatuur wordt vaak aangenomen dat een exoneration niet van toepassing is voorzover zij ziet op schade veroorzaakt door schending van een hoofdverplichting uit de betreffende overeenkomst, omdat dit (in de terminologie van art. 6:248 lid 2 BW) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ter ondersteuning van deze stelling wordt in de literatuur vooral de rechtspraak met betrekking tot exonerationen in bewaarnemingsovereenkomsten aangehaald.

Rijken stelt dat er bij een wanverhouding tussen beloning en risico's voor een exoneration geen plaats is als de leverancier de hoofdverbintenis niet of onjuist uitvoert en daardoor schade ontstaat, maar de exoneration van toepassing blijft als er bij de uitvoering van een nevenverplichting iets mis gaat.¹ Zou in eerstgenoemde situatie het beroep op een exoneration worden gehonoreerd, dan zou dat volgens Rijken 'neerkomen op een eenzijdige uitholling van de overeenkomst, op de mogelijkheid voor de ondernemer om straffeloos de hoofdverplichting uit de overeenkomst niet na te komen.'² In zo'n geval is een beroep op een exoneration volgens Rijken per definitie in strijd met de redelijkheid en billijkheid.³ Ter illustratie gebruikt Rijken het voorbeeld van een garderobejuffrouw. Op het moment dat de garderobejuffrouw de in bewaring gegeven jas niet terug kan geven omdat deze is gestolen althans deze in beschadigde toestand terug geeft, handelt de gardejuffrouw in strijd met de hoofdverplichting uit de bewaarnemingsovereenkomst. Er is dan volgens Rijken geen plaats voor een exoneration terzake van de daaruit voortvloeiende schade. Die schade bestaat uit de koopprijs van een nieuwe jas althans de reparatiekosten van de beschadigde jas. Gooit de garderobejuffrouw echter – per abuis – een kop koffie over de in bewaring gegeven jas, dan wordt, aldus Rijken, het overeengekomene nagekomen, maar gaat er bij de uitvoering door de garderobejuffrouw iets mis. In dat geval is de exoneration volgens Rijken in beginsel wel gerechtvaardigd.

Rijken is bij het formuleren van zijn theorie geïnspireerd door Meijers.⁴ Meijers schrijft dat *als* de uitsluiting van aansprakelijkheid zou betekenen, dat men de verbintenis zelf niet meer hoeft na te komen, dat een *contradictio in terminis* zou zijn en dat 'iedere rechter in dat geval wel de grootste waarde zal hechten aan hetgeen voorop staat: gij heeft u daartoe verbonden'.⁵ Meijers stelt vervolgens dat alle aansprakelijkheidsuitsluitingen de strekking hebben in de eerste plaats de onbehoorlijke uitvoering van verbintenissen te regelen.

1 Rijken 1983, p. 21-24, 47-49 en 165-166.

2 Rijken 1983, p. 166.

3 Rijken 1983, p. 209-210.

4 Rijken 1983, p. 21-24.

5 Handelingen Tweede Kamer 1952/1953, p. 2747.

Salomonson meent dat die gedachte van Meijers te ver gaat.⁶ Exoneraties kunnen immers het niet, het niet tijdig en het niet deugdelijk presteren bestrijken. Salomonson geeft echter toe dat exoneraties meestal op het niet tijdig of het niet deugdelijk presteren gericht zullen zijn. Rijken is het met Salomonson eens, maar meent tegelijkertijd dat de stelling van Meijers op een juiste gedachte berust.⁷

Rijken gaat mijns inziens te ver als hij op de hiervoor beschreven wijze stelt dat de leverancier zich niet mag exonereren voor schade veroorzaakt door een onjuiste uitvoering van de hoofdverbintenis omdat hij dan eenzijdig de overeenkomst uitholt en straffeloos de daarin opgenomen hoofdverplichting niet na hoeft te komen. Die opvatting gaat verder dan die van Meijers. Meijers zegt dat *als* een aansprakelijkheidsuitsluiting zou betekenen dat men de verbintenis niet behoeft na te komen, de rechter die uitsluiting terzijde zal schuiven. Echter, een exoneratie *an sich* leidt daar meestal niet toe. Salomonson verwondert zich al in 1957 over het bezwaar dat een zodanige exoneratie de verbintenis volledig zou uithollen, zodat daar praktisch niets van over blijft. Een exoneratie tast immers alle andere remedies bij wanprestatie niet aan.⁸ Rijken erkent dit, maar meent dat de praktische waarde van die andere remedies veelal nihil zal zijn.⁹

Loos gaat niet zo ver als Rijken.¹⁰ Anders dan Rijken meent hij niet dat een (beroep op een) exoneratie terzake van een hoofdverplichting per definitie onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Wel meent hij dat een exoneratie in een bewaarnemingsovereenkomst 'nagenoeg steeds onredelijk bezwarend zal zijn omdat zij op zeer gespannen voet met de aard van de overeenkomst staat.'¹¹ Loos acht van belang of (i) de overeenkomst wordt gekwalificeerd als een bijzondere overeenkomst en (ii) een vertrouwensrelatie tussen partijen is vereist. Helaas geeft Loos niet aan wat de consequenties zijn van het al dan niet aanwezig zijn van die omstandigheden.

Na uitgebreid onderzoek van terzake relevante jurisprudentie stelt Duyvensz vast dat de stelling dat een exoneratie in het geval van opslag in het handelsverkeer in strijd moet worden geacht met de aard van de overeenkomst, tot nu toe niet is aanvaard.¹² Duyvensz toont verder aan dat de rechtspraak betreffende bewaarnemingsovereenkomsten met consumenten verdeeld is voor wat betreft het al dan niet terzijde stellen van daarin opgenomen exoneraties.¹³ In bewaarnemingsovereenkomsten met consumenten wordt de exoneratie in

6 Salomonson 1957, p. 148.

7 Rijken 1983, p. 23.

8 Salomonson 1957, p. 145 en 167.

9 Rijken 1983, p. 21.

10 Loos 2001, nr. 113.

11 Loos 2001, nr. 113.

12 Duyvensz 2003, p. 108.

13 Duyvensz 2003, p. 103-112.

het merendeel van de door Duyvensz onderzochte uitspraken verworpen.¹⁴ Hoewel overeenkomsten met consumenten strikt genomen buiten het bestek van dit boek vallen, laat ik toch kort een aantal uitspraken de revue passeren waarin het beroep op een exoneration in bewaarnemingsovereenkomsten met consumenten wel is aanvaard. Dit doe ik omdat de argumenten die in die uitspraken worden gebruikt ook relevant (kunnen) zijn voor het beoordelen van exonerationen in bewaarnemingsovereenkomsten in het handelsverkeer.

Het Hof Amsterdam oordeelt in het Hubertushuis arrest dat een beroep op een exoneration is toegestaan terzake van schade geleden door verdwijning van een in bewaring gegeven bontjas.¹⁵ Het Hof acht met name van belang dat de consument bij het afgeven van zijn jas niet om speciale aandacht heeft gevraagd, hoewel dit gelet op de drukte en de exoneration wel op zijn plaats zou zijn geweest. Rijken meent in zijn noot bij deze uitspraak dat in die situatie geen beroep kan worden gedaan op een exoneration die de hoofdverbintenis betreft. Hij stelt (de voor hem) retorische vragen:

‘Is het niet zo dat een beroep op exoneration in een overeenkomst van bewaargeving per definitie in strijd is met de goede trouw? Er is toch sprake van strijd met de aard van de overeenkomst van bewaargeving? Honorering van een beroep op een exonerationclausule bij deze overeenkomst holt toch de hoofdverplichting van de bewaarnemer – namelijk: bewaren en teruggeven – geheel uit? Dit is toch vaste rechtspraak?’

Wessels en Jongeneel beantwoorden de retorische vragen van Rijken in bevestigende zin.¹⁶

Over een gestolen (dure wedstrijd)fiets oordeelt de Kantonrechter te Breda dat de exoneration in de bewaarnemingsovereenkomst toelaatbaar is omdat de consument het risico van het verlies zelf kon en had moeten ondervangen door een verzekering af te sluiten.¹⁷

Met betrekking tot door een gerechtelijk bewaarder in sequestratie genomen kunstvoorwerpen en klokken, oordeelt het Hof Amsterdam in de zaak Braitman/Hillebrand dat de bewaarder met succes een beroep kan doen op zijn exoneration omdat ‘juist in gevallen waarbij de gebruiker van algemene voorwaarden slechts een gering economisch belang bij de overeenkomst heeft, terwijl eventuele schade een veelvoud daarvan zou kunnen bedragen, kan worden aanvaard dat deze zijn aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag van zijn belang, zoals Hillebrand in casu op goede grond heeft gedaan.’¹⁸

14 Duyvensz 2003, p. 104 voetnoot 19.

15 Hof Den Bosch 12 november 1990, *TvC* 1991, 2 (*Hubertushuis*; m.nt. Rijken).

16 Wessels & Jongeneel 1997, nr. 360.

17 Kantongerecht Breda 14 mei 1997, *Rechtshulp* 1998-1, 1 (*Van Winkel/Stationsrijwielstalling Breda*; m.nt. Stutterheim).

18 Hof Amsterdam 20 juli 2000, *Prg.* 2000, 5558 (*Braitman/v.o.f. F.A. Hillebrand*; m.nt. JGK).

Het Hof Arnhem acht in de zaak Vriesveen/Nordstern een exoneration bij bewaargeving mogelijk omdat dat de wettelijke regeling mogelijkheden biedt te exonereren.¹⁹

Uit voornoemde uitspraken blijkt dus, kort gezegd, dat schending van een hoofdverbintenis nog niet meebrengt dat de exoneration per definitie buiten toepassing moet blijven. Relevante argumenten die te gunste van de exonerant zijn: het niet vragen om speciale aandacht bij het in bewaring geven van een duur voorwerp tijdens drukte, het moeten verzekeren tegen diefstal of verlies door de bewaargever alsmede het bestaan van een wanverhouding tussen beloning en eventuele schade.

Ook om andere redenen ben ik het niet eens met de stelling, van met name Rijken, dat bij schending van een hoofdverbintenis een exoneration per definitie buiten toepassing moet blijven omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Ten eerste meen ik, anders dan Rijken, dat de leverancier niet straffeloos de hoofdverplichting uit de overeenkomst naast zich neer kan leggen als hem niet wordt belet een beroep te doen op zijn exoneration. Deze opvatting gaat voorbij aan alle andere wijzen waarmee een leverancier 'gestraft' kan worden. Dat zijn met name nakoming (op straffe van een dwangsom, art. 3:296 BW jo. art. 611a e.v. Rv), opzegging (bijv. art. 7:408 BW) en ontbinding (art. 6:265 e.v. BW). Niet elke schending van een verbintenis hoeft zich op te lossen in schadevergoeding. Ik ben het niet eens met Rijken dat de praktische waarde van die 'overgebleven' remedies praktisch nihil is.

Kijk bij voorbeeld naar het arrest Van Dueren den Hollander/Koeltechnisch Bureau Brabant.²⁰ In dat arrest oordeelt de Hoge Raad dat onjuist is het oordeel van het Hof dat een exoneration niet van toepassing is op schade veroorzaakt door een tekortkoming in de nakoming van een herstelverplichting omdat de herstelverplichting anders illusoir zou zijn. De exoneration laat volgens de Hoge Raad de herstelverplichting zelf immers in stand. Wat voor de schending van iedere andere verbintenis uit overeenkomst opgaat, gaat in dat verband ook op voor schending van een herstelverplichting.

Neem ook bijvoorbeeld een ICT-leverancier die al maanden bezig is met een omvangrijke implementatie van software. Hij zal zeker niet 'blij' zijn met een ontbinding, ook al hoeft hij geen schade te vergoeden. Er zijn gevallen waarbij de geleden schade in het niet valt bij de bedragen die de leverancier op grond van de na ontbinding op hem rustende ongedaanmakingsverbintenis aan de afnemer moet terugbetalen en de winst die hij misloopt omdat de overeenkomst voortijdig wordt beëindigd (art. 6:271 BW).

19 Hof Arnhem 17 maart 1980, *S&S* 1982, 36 (*Vriesveen/Nordstern*).

20 Rijken 1983, p. 21. Zie ook HR 12 juni 2002, *NJ* 2002, 542 (concl. A-G Bakels; *Van Dueren den Hollander/Koeltechnisch Bureau Brabant*).

Hetzelfde bezwaar heb ik overigens tegen de eerdere, soortgelijke opvatting van Nieuwenhuis dat de clausule 'De afnemer heeft nimmer het recht op ontbinding van de overeenkomst' verbindende kracht moet worden ontzegd omdat ze de *quid pro quo*-structuur van de overeenkomst tot in de kern aantast.²¹ Het is bijvoorbeeld in de overname praktijk (inmiddels) algemeen geaccepteerd dat ontbinding wordt uitgesloten in overeenkomsten op grond waarvan aandelen (of activa/passiva) worden overgedragen.²² Ook in gevallen waar ontbinding wordt uitgesloten blijven voor de afnemer voldoende andere mogelijkheden over om tegen de leverancier op te treden. Te noemen vallen nakoming, opzegging of schadevergoeding.

Sterker nog, als er andere remedies open staan, is dat juist een reden aan te nemen dat een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Omgekeerd, als er geen andere remedies open staan, dan is dat een omstandigheid die maakt dat een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid eerder onaanvaardbaar is. Tussen deze twee situaties bevindt zich het schemergebied waarin sommige 'overgebleven' remedies wel, en andere niet, zijn uitgesloten of ingeperkt. Hoe dan moet worden geoordeeld zal afhangen van de waarde die de overgebleven remedies hebben in het licht van de omstandigheden van het geval.

Ten tweede is relevant dat een exoneration niet alleen zelf een risicoverdeling is, maar (samen met andere bepalingen uit de overeenkomst) deel uitmaakt uit van een algehele risicoverdeling. Met Tjittes ben ik van mening dat regels van contractenrecht regels van risicoverdeling zijn.²³ Ik ben ervan overtuigd dat partijen over het algemeen bedoelen de exoneration over al hun verplichtingen, dus ook (en met name) de hoofdverplichtingen, uit te laten strekken. Als partijen van tevoren zouden weten dat schade veroorzaakt door schending van hoofdverplichtingen niet onder de exoneration zou vallen, dan zou de leverancier voor dit extra risico (populair uitgedrukt) 'iets terug willen hebben', bijvoorbeeld een hogere prijs. In deze opvatting weet ik mij gesteund door het Hof Den Bosch. Dat Hof oordeelt in *Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*:

'Voorts is het hof van oordeel dat een exoneration doorgaans juist wordt opgenomen met betrekking tot de kern van de prestatie, en dus als zodanig dit geen valide verweer is tegen het inroepen van een exoneration door de wederpartij.'²⁴

21 Nieuwenhuis 1979, p. 149-150.

22 Tot welke drama's het niet uitsluiten van het recht op ontbinding (voor de verkoper) leidt, blijkt goed uit HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (concl. A-G Hartkamp; *Mol/Meijer*; m.nt. Vranken).

23 Tjittes 1997, p. 380.

24 Hof Den Bosch 9 maart 2004, *NJ Feitenrechtspraak* 2004, 469 (*Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*). Anders: Rechtbank Utrecht 3 februari 1993, rolnr. 90-3654 (*Vedior/MID*), te kennen uit Fransen van de Putte 1996, p. 57; Thole 2000, p. 35.

Ten derde, als iedereen het er over eens zou zijn dat bij schending van hoofdverplichtingen een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan zou men verwachten dat dit zijn weerslag had gevonden in de wet of in vaste jurisprudentie. In de wet is dat alleen gebeurd voor een aantal bijzondere overeenkomsten. De wet bepaalt met name bij overeenkomsten met consumenten dat exonerationen niet geoorloofd zijn. Een professionele verkoper mag zich niet exonereren voor schade veroorzaakt door non-conformiteit van zaken die hij aan een consument verkoopt (art. 7:17 jo. 24 lid 1 jo. 6 lid 1 jo. 5 lid 1 BW). Een hulpverlener of ziekenhuis mag zich niet exonereren voor schade die verband houdt met een geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:463 BW). Ook in professionele verhoudingen perkt de wet de exonerationmogelijkheden in (zie bijvoorbeeld art. 8:382 BW (vervoer onder cognossement) en 8:902 BW (binnenvaart)).

Dit zijn echter uitzonderingen. De meeste wettelijke regelingen die van toepassing zijn op professionele verhoudingen kennen geen bepalingen op grond waarvan exonerationen worden verboden of aan banden worden gelegd. Wat zou, met name ingeval van bijzondere overeenkomsten, eenvoudiger zijn geweest bepaalde wettelijke verplichtingen als hoofdverplichtingen aan te wijzen en te bepalen dat terzake van schade die door schending van zodanige verplichtingen wordt veroorzaakt, niet mag worden geëxonerend? Dat dit niet is gebeurd, zegt genoeg. De onbenoemde overeenkomsten kennen zodanige bepalingen evenmin. Bij generieke (niet-bijzondere) overeenkomsten wordt, wederom alleen bij consumentenovereenkomsten en uitsluitend ingeval van algemene voorwaarden, 'slechts' een bewijsvermoeden in het leven geroepen (art. 6:237 sub f BW). Zoals hierboven is gebleken, is in professionele verhoudingen ook geen sprake van vaste jurisprudentie die bepaalt dat een exoneration niet kan worden tegengeworpen bij schending van een hoofdverplichting.

Ten vierde vraag ik mij af waarom de aanhangers van de stelling (dat bij schending van een hoofdverplichting een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is) geen bijzondere aandacht vestigen op de wettelijke regeling met betrekking tot het boetebeding. Die regeling bepaalt dat hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet (art. 6:92 lid 2 BW). In het kader van onderhoudsovereenkomsten wordt vaak afgesproken dat de leverancier bepaalde verplichtingen moet nakomen, zogeheten *service levels*, bij gebreke waarvan hij een onmiddellijk opeisbare boete van een bepaald bedrag aan de afnemer moet betalen. Als niet is afgesproken dat het boetebeding het recht op schadevergoeding onverlet laat – het artikel is van regelend recht – dan is, als de boete lager is dan werkelijk geleden schade, het boetebeding in feite een aansprakelijkheidsbeperking. In dat geval sanctioneert de wet een als boete gemaskeerde aansprakelijkheidsbeperking. De wet bepaalt immers niet dat een boetebeding ongeldig is als de boete die verschul-

digd is bij schending van dat beding lager is dan de daadwerkelijk geleden schade.

Laten we die situatie vergelijken met de situatie dat het halen van een bepaalde *service level* als hoofdverplichting wordt aangemerkt, de leverancier die verplichting schendt en zijn aansprakelijkheidsbeperking inroept. Het bedrag dat op grond van de aansprakelijkheidsbeperking maximaal verschuldigd is, treedt dan ook (als het ware) in plaats van de schadevergoeding die zonder de aansprakelijkheidsbeperking verschuldigd zou zijn. Vanuit praktisch oogpunt zie ik geen verschil tussen dat boetebeding en die aansprakelijkheidsbeperking. En als er geen verschil is, dan leidt dat tot de conclusie dat de wet toestaat, ja zelfs een mogelijkheid in het leven roept, zich te exonereren voor schade die ontstaat door schending van hoofdverplichtingen.²⁵ Als de aanhangers van voornoemde stelling ten strijde trekken tegen exonerationen terzake hoofdverplichtingen, zouden zij ook ten strijde moeten trekken tegen het boetebeding. Voorzover mij bekend wordt het boetebeding door deze aanhangers echter niet ter discussie gesteld.

Ten vijfde is de stelling dat voor een exoneration geen plaats is bij schending van een hoofdverbintenis te ongenueanceerd voorzover in dat verband geen onderscheid wordt aangebracht tussen een aansprakelijkheidsuitsluiting en een aansprakelijkheidsbeperking. Een aansprakelijkheidsuitsluiting ingeval van wanprestatie staat in de weg aan één van de remedies die de afnemer ten dienste staan, te weten: schadevergoeding. Een aansprakelijkheidsbeperking staat echter niet in de weg aan die remedie, maar perkt haar 'slechts' in. Het kan zelfs zo zijn dat de remedie van schadevergoeding niet wordt aangetast althans niet in zo'n belangrijke mate dat die aansprakelijkheidsbeperking terzijde zou moeten worden geschoven. Stel bijvoorbeeld dat de hoogte van de schade die de afnemer lijdt de aansprakelijkheidsbeperking niet overstijgt en de aansprakelijkheidsbeperking ook anderszins niet in de weg staat aan volledige vergoeding van die schade. Dan is er voor die afnemer toch niets aan de hand en maakt het toch niet uit of de leverancier al dan niet een hoofdverplichting heeft geschonden? Maar zelfs als bij schending van een hoofdverplichting 'maar' een bepaald gedeelte van die schade volgens de aansprakelijkheidsbeperking moet worden vergoed, vraag ik me af waarom de exoneration per definitie onaanvaardbaar zou moeten zijn. Is een (beroep op een) exoneration onaanvaardbaar als volgens de aansprakelijkheidsbeperking 10% van de schade (die is ontstaan als gevolg van een schending van een hoofdverplichting) wordt vergoed, maar niet als dit percentage 90% bedraagt? Waar ligt de grens? Ik kan die grens niet trekken en meen, mede daarom, dat niet kan worden aanvaard de regel dat een exoneration per definitie onaanvaardbaar is als sprake is van schending van een hoofdverplichting.

25 Ook C.E. Drion wijst op de mogelijkheid boeteclausules als aansprakelijkheidsbeperkingen te hanteren, zie C.E. Drion 2004b, p. 86.

Tot slot merk ik op de hierboven weergegeven stelling onhoudbaar is omdat geen duidelijke criteria worden aangereikt aan de hand waarvan kan worden bepaald wat bij een bepaalde overeenkomst de hoofdverbintenis is. Ik realiseer me dat dit een wat flauwe opmerking is. Het is vaak niet mogelijk duidelijke criteria te formuleren waarmee het een van het ander kan worden onderscheiden. Tegelijkertijd maak ik die opmerking toch omdat ik in veel gevallen echt niet zou weten hoe ik een hoofdverbintenis aan zou moeten wijzen. Neem bijvoorbeeld een koopovereenkomst betreffende hardware. Is de hoofdverbintenis van de leverancier dan het afleveren van hardware die de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten? Als dat zo is, dan zal een exoneration bij (bijna) elke schending van de conformiteits-eis (art. 7:17 BW) terzijde moeten worden gesteld. Dat kan niet de bedoeling zijn. Dat heeft de Hoge Raad in het kader van de verborgen gebreken regeling al eens uitgemaakt in het arrest Hogerheide/Olivetti.²⁶ Later heeft ook Vranken betoogd dat deze stelling onhoudbaar is.²⁷

Als het schenden van een hoofdverplichting niet automatisch betekent dat een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wat voor gevolgen heeft het schenden van een zodanige hoofdverplichting voor een beroep op een exoneration? Mijns inziens geen. Met het Hof Den Bosch in *Kirpestein Machinery/Koolen-Breda* meen ik dat exonerationen juist zien op het schenden van hoofdverplichtingen.²⁸ Als de afnemer door het schenden van een hoofdverplichting schade lijdt, is zijn aanspraak op schadevergoeding op dezelfde wijze onderworpen aan de exoneration als wanneer de afnemer schade lijdt door schending van een andersoortige verplichting.

5.1.3 Garanties

Welke invloed hebben garanties op exonerationen? Geleerd wordt wel dat specifieke garanties prevaleren boven algemene exonerationen. Met andere woorden, als een leverancier een specifieke garantie afgeeft en de afnemer lijdt schade door schending van deze garantie, dan is de leverancier (in beginsel) onbeperkt aansprakelijk voor deze schade als hij met de afnemer alleen een algemene exoneration is overeengekomen. In het hiernavolgende zal ik bespreken door wie deze mening wordt vertolkt en of ik het daarmee eens ben. Vervolgens zal ik de invloed van stilzwijgende en negatieve garanties op exonerationen

26 HR 1 december 1972, NJ 1973, 103 (concl. A-G Berger; *Hogerheide/Olivetti* of *Telmaschine*; m.nt. G.J. Scholten).

27 Vranken 1991, p. 915.

28 Hof Den Bosch 9 maart 2004, NJ *Feitenrechtspraak* 2004, 469 (*Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*).

bespreken. Deze paragraaf sluit ik af met een analyse van de garanties die in de FENIT-voorwaarden en de BiZa-contracten zijn opgenomen.

De Hoge Raad overweegt in het Hoog Catherijne-arrest dat het begrip ‘instaan voor’ geen vaste betekenis heeft en dat de betekenis ervan aan de hand van het Haviltex criterium moet worden bepaald.²⁹ In het arrest Mol/Meijer overweegt de Hoge Raad hetzelfde voor het begrip ‘garantie’.³⁰ Voluit schrijft de Hoge Raad in Hoog/Catherijne:

‘Anders dan het onderdeel verdedigt, komt aan het begrip ‘instaan voor’ niet steeds eenzelfde, door ‘vast juridisch spraakgebruik’ bepaalde, betekenis toe in die zin dat degeen die instaat, daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor (de schadelijke gevolgen van) het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten, voor het intreden of uitblijven waarvan hij instaat. Ook voor de betekenis van een begrip als hier aan de orde komt het aan op de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten.’

De ene garantie is de andere niet.³¹ In het kader van dit boek neem ik aan, hoewel ik besef dat er een grote verscheidenheid aan garanties bestaat, dat er een ‘normaaltipe’ garantie bestaat.³² Daaronder versta ik, in navolging van de wetgever en Hartkamp, de toezegging van de leverancier van een verbintenis tot een geven, doen of niet doen dat hij zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen, waarvan het voorvallen of juist uitblijven aan correcte nakoming in de weg staat.³³ Deze toezegging vormt een versterkte resultaatsverbintenis. Indien deze toezegging wordt geschonden, is het rechtsgevolg met name – anders dan bij schending van een ‘normale’ resultaatsverbintenis – dat de leverancier zich (in beginsel) niet op overmacht kan beroepen. Dat beroep heeft hij (in principe) bij voorbaat prijsgegeven.

Uitdrukkelijke garanties

Brunner meent in zijn annotatie bij de Maassluis arresten dat de *specialis* regel – een bijzondere (ofwel: specifieke) regel prevaleert boven een algemene regel – moet worden toegepast op de verhouding tussen garanties en exoneraties.³⁴ In de verhouding tussen garanties en exoneraties komt deze regel er op neer dat een bijzondere afspraak inhoudende een garantie ten aanzien van een specifieke eigenschap prevaleert boven een algemene afspraak inhoudende

29 HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (concl. A-G Hartkamp; *ABP c.s./FGH en Breevast* of *Hoog Catherijne*); HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (concl. A-G Franx; *Ermes/Haviltex*; m.nt. Brunner).

30 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (concl. A-G Hartkamp; *Mol/Meijer*; m.nt. Vranken).

31 Zie ook Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 21.

32 Zie voor een recent overzicht van garanties en hun rechtsgevolgen G.T.M.J. Raaijmakers 2002 en 2005.

33 Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 (M.v.A. II) en 264 (T.M.); Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 21.

34 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289 (concl. A-G Mok; *Maassluis* of *Steendijkpolder*; m.nt. Brunner).

uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid. Brunner herhaalt deze mening in verkorte vorm ('dat een bijzondere garantie noodzakelijkerwijs een algemene exoneratie opzij zet') in zijn noot bij het arrest *Gerards/Vijverberg*.³⁵

Van Rossum valt Brunner hierin bij.³⁶ Zij voegt aan de mening van Brunner toe dat als het gaat om een algemene garantie versus een algemene exoneratie, de algemene garantie prevaleert. Indien echter sprake is van een algemene garantie ten opzichte van een specifieke exoneratie of een specifieke garantie tegenover een specifieke exoneratie, zullen de status van partijen, de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen bij het antwoord op de vraag welk beding voorrang geniet, aldus Van Rossum. Janssen vertolkt dezelfde opvatting als Van Rossum, zij het in iets andere bewoordingen.³⁷

Los van de vraag of deze opvatting juist is, vraag ik mij af wat Van Rossum en Janssen bedoelen met de omschrijving algemene garantie. Wat onder een specifieke exoneratie moet worden verstaan, is duidelijk. Een specifieke exoneratie beperkt of sluit aansprakelijkheid uit met betrekking tot bijvoorbeeld een bepaalde vorm van schade. Te denken valt aan de veelvuldig gebezigde exoneratie voor gevolgschade. Maar wat is een algemene garantie? Een garantie heeft, zo volgt uit de hiervoor gebezigde definitie, altijd betrekking op een verbintenis tot een geven, doen of niet doen. Een garantie moet dus altijd iets zeggen over een bepaalde verbintenis. Een garantie luidt bijvoorbeeld als volgt: 'de leverancier garandeert dat de software zal functioneren conform de overeengekomen specificaties gedurende een periode van drie maanden na acceptatie.' Mijns inziens is een garantie naar zijn aard specifiek, betrekking hebbend op een concrete verbintenis. Met andere woorden, de regels dat (i) een algemene garantie altijd prevaleert boven een algemene exoneratie en (ii) een algemene garantie onder omstandigheden prevaleert boven een specifieke exoneratie, gaan alleen al daarom niet op, omdat van een algemene garantie geen sprake kan zijn.

Klein lijkt een stap verder te gaan dan Van Rossum en Janssen door te menen dat een verkoper geen beroep kan doen op zijn exoneratie indien in de koopovereenkomst een garantie terzake van de conformiteit is opgenomen.³⁸

Kruijer gaat het verst van alle schrijvers door in zijn beoordeling van de exoneraties in de FENIT 1994 te menen dat er een *voorrangsregel* bestaat, die inhoudt dat een individueel beding vóór een standaardbeding gaat.³⁹

35 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 291 (concl. A-G Hartkamp; *Gerards/Vijverberg*; m.nt. Brunner).

36 Van Rossum 2002, p. 40-41.

37 Janssen 2002, p. 81.

38 Klein 2002, p. 250-252.

39 Kruijer 2000, p. 38.

Alle hiervoor verwoorde meningen worden, als ik het goed zie, niet gedeeld door de Hoge Raad. In het arrest Vos/Heipro beslist de Hoge Raad:

‘De regel, waarop de klacht doelt, te weten dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium zonder schending van het recht in aanmerking kan worden genomen.’⁴⁰

In die zaak strijden partijen over de vraag welke van de twee onderling tegenstrijdige exoneraties van toepassing zijn, die in de technische omschrijving of die in de algemene voorwaarden. Naar beide wordt verwezen in de aannemingsovereenkomst die partijen hebben gesloten. Uiteindelijk oordeelt het Hof op basis van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar konden verwachten dat de exoneratie in de algemene voorwaarden prevaleert. Door het daartegen gerichte cassatieberoep conform het voorgaande te verwerpen, laat de Hoge Raad Raad blijken van oordeel te zijn dat van een *specialis* regel, zoals door alle hierboven genoemde schrijvers in meer of mindere mate is bepleit, geen sprake is.

Dat de Hoge Raad de *specialis* opvatting niet tot regel verheft maar tot gezichtspunt degradeert, ligt in de lijn van de wijze waarop de Hoge Raad met de *contra proferentem* opvatting is omgesprongen. De Hoge Raad geeft in twee arresten over de uitleg van polisvoorwaarden – de arresten Brackel/Atlantische Unie en Kroymans/Sun Alliance – duidelijk aan dat de *contra proferentem* opvatting geen rechtsregel is, maar een gezichtspunt.⁴¹

Als volgens de Hoge Raad een specifieke bepaling in een overeenkomst niet automatisch prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden en een garantie niet een vaste betekenis heeft, betekent dit mijns inziens dat een specifieke garantie niet automatisch boven een algemene exoneratie gaat. De vraag of een garantie prevaleert boven een exoneratie, moet worden beantwoord aan de hand van het Haviltex-criterium.⁴² Of de garantie of exoneratie specifiek of algemeen is, is op zichzelf niet beslissend.

Ik ben zelfs van mening dat het enkele feit dat een verbintenis in de vorm van garantie is gegoten niet van invloed behoort te zijn op de toetsing van exoneraties.⁴³ De waarde van een garantie ligt *in de regel* op een ander vlak.⁴⁴ Garanties die tot het ‘normaaltype’ behoren worden, zoals gezegd, beschouwd

40 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (concl. A-G Verkade; Vos/Heipro).

41 HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (concl. A-G Hartkamp; Brackel/Atlantische Unie); HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (concl. A-G Bloembergen; Kroymans/Sun Alliance; m.nt. Mendel).

42 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (concl. A-G Franx; Ermes/Haviltex; m.nt. Brunner).

43 Anders: Rechtbank Den Bosch 13 oktober 2004, Computerrecht 2005-13, p. 84-95 (Inducom/Effi/Exact; m.nt. T.J. de Graaf).

44 Zie voor andere gevolgen van garanties G.T.M.J. Raaijmakers 2002 en 2005.

als versterkte resultaatsverbintenissen die de bewijslast voor de afnemer verlichten – hij hoeft enkel te bewijzen dat het gegarandeerde is uitgebleven – en de garanderende leverancier (in beginsel) een beroep op overmacht beletten. De leverancier zal in de regel dus sneller en gemakkelijker aansprakelijk zijn wanneer hij een garantie afgeeft, dan wanneer hij een andersoortige verbintenis op zich neemt.

Als partijen niet bepalen dat schending van een garantie leidt tot terzijdestelling van de exoneratie, dan valt die schending mijns inziens onder de exoneratie. Willen zij het tegenovergestelde, dan moeten zij dat uitdrukkelijk bepalen. Er staat wat er staat.⁴⁵

De meerwaarde van een garantie (ten opzichte van een minder sterke verbintenis) is dus doorgaans gelegen in de fase waarin aansprakelijkheid wordt gevestigd, niet in de fase waarin wordt beoordeeld of een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Stilzwijgende garanties

Een stilzwijgende garantie (ofwel: impliciete garantie) is een garantie die niet met zoveel woorden in de overeenkomst is opgenomen, maar daarin wordt gelezen. Hierna bespreek ik welke invloed stilzwijgende garanties hebben (en behoren te hebben) op exoneraties.

Verborgene gebreken regeling in het OBW

Stilzwijgende garanties worden doorgaans gebruikt om de verborgen gebreken regeling uit het OBW te omzeilen. Hierna zal ik kort uitleggen wat de verborgen gebreken regeling uit het OBW inhoudt. Vervolgens zal ik in vogelvlucht een aantal uitspraken analyseren waarin stilzwijgende garanties in het leven worden geroepen om de verborgen gebreken regeling te bestrijden.

De verborgen gebreken regeling houdt kort gezegd in dat de verkoper van een zaak de koper daarvan schadeloos moet stellen voor verborgen gebreken van die zaak, voorzover het verborgen gebrek de zaak ongeschikt maakt voor het gebruik waarvoor het is bedoeld of het gebruik zodanig vermindert dat de koper, als hij het gebrek had gekend, de zaak niet zou hebben gekocht of daarvoor minder zou hebben betaald (art. 1540 OBW). De regeling was opgesteld om de koper te beschermen. In de praktijk bleek dat deze regeling zeer ongunstig was voor de koper. Dit kwam omdat de verborgen gebreken regeling een korte vervaltermijn kende voor het instellen van een actie uit hoofde van die regeling (art. 1547 OBW). Bovendien kon de verkoper zich exonereren van de wettelijke schadeloosstelling voor verborgen gebreken (art. 1542 OBW). De Hoge Raad verwoordt het algemene ongenoegen over de verborgen gebreken

⁴⁵ Zie voor de strijd tussen voor- en tegenstanders van rechtelijke terughoudendheid bij de toetsing van professionele contracten onder andere Grosheide 2000, p. 100-107; Valk 2002, p. 57; C.E. Drion 2003, p. 2189; Abas 2004, p. 19; C.E. Drion 2004a, p. 19-20.

als volgt in het arrest Van Geest/Nederlof: 'De verborgen gebreken-regeling, die ertoe strekt de koper een bijzondere bescherming te geven, beantwoordt als gevolg van latere ontwikkelingen niet meer aan die strekking en vervalt dan ook in titel 7.1 NBW.'⁴⁶

Aangezien wetsartikelen uit het OBW niet makkelijk zijn te raadplegen, citeer ik de teksten van de art. 1540, 1542 en 1547 OBW hierna ten behoeve van de lezer. Voor de NBW-generatie, waartoe ik mijzelf ook reken, merk ik nog op dat in die tekst voor 'goed' het NBW-begrip 'zaak' moet worden gelezen en voor 'vrijwaring' 'schadeloos stellen' of 'schadevergoeding' (dit laatste teneinde verwarring te voorkomen met het (processuele) in vrijwaring oproepen van een derde):

1540 'De verkoper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgene gebreken van het verkochte goed, die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier voege verminderen dat, bijaldien de koper de gebreken gekend had, hij het goed, of in het geheel niet, of niet dan voor eenen minderen prijs, zoude gekocht hebben.'

1542 'Hij moet voor de verborgene gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest, ten zij hij, in dat geval, bedongen had dat hij tot geene vrijwaring hoegenaamd zoude gehouden zijn.'

1547 'De regtsvordering, voortspruitende uit gebreken die de vernietiging van den koop ten gevolge hebben, moet door den koper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is.'

De Hoge Raad maakt in het Verse Koe arrest uit dat de verborgen gebreken regeling als *lex specialis* geldt ten opzichte van de algemene actie uit wanprestatie en de koper ingeval van een verborgen gebrek dus geen actie uit wanprestatie toekomt.⁴⁷ Tegelijkertijd biedt de Hoge Raad in dat arrest een opening aan de koper. De Hoge Raad bepaalt namelijk dat in het midden kan blijven wat rechtens zou zijn als een beding zou zijn overeengekomen waarbij de verkoper de afwezigheid van het gebrek zou hebben toegezegd. Zo'n beding was volgens de Hoge Raad niet overeengekomen.

In zijn noot bij dit arrest meent Meijers dat er aan de verborgen gebreken regeling behoefte is naast de wanprestatie regeling. Dit sluit volgens Meijers echter niet uit dat 'hetzij door een uitdrukkelijk beding, hetzij stilzwijgend op grond van aard en strekking der gegeven overeenkomst' een verkoper verplicht is een zaak met een bepaalde eigenschap te leveren. Doet hij dat niet, dan heeft de koper recht op schadevergoeding wegens wanprestatie. De verborgen gebreken regeling kan, met andere woorden, buiten spel worden

46 HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (concl. A-G Hartkamp; *Van Geest/Nederlof*).

47 HR 27 juni 1941, NJ 1941, 781 (concl. P-G Berger; *Verse Koe*; m.nt. Meijers).

gezet middels ex- of impliciete garanties. Als de verborgen gebreken regeling eenmaal buiten spel is gezet, dan 'herleeft' de wanprestatie regeling.

In het *Vouwapparaat*-arrest beslist de Hoge Raad dat partijen bij een overeenkomst ten aanzien van een eigenschap van een te verkopen zaak uitdrukkelijk of stilzwijgend overeen kunnen komen dat de enkele afwezigheid van die eigenschap steeds wanprestatie van de verkoper oplevert.⁴⁸ Partijen kunnen dit ook doen ten aanzien van een eigenschap waarvan het ontbreken een verborgen gebrek oplevert, aldus de Hoge Raad. Of dit is overeengekomen moet volgens de Hoge Raad worden bepaald door de wilsverklaringen van verkoper en koper uit te leggen.

De Hoge Raad is in het arrest *Hogerheide/Olivetti* vervolgens wat terughoudender door te oordelen dat als een verkochte zaak een eigenschap ontbeert die die zaak ongeschikt maakt voor het gebruik waarvoor het volgens de overeenkomst is bestemd, dit niet automatisch als wanprestatie mag worden aangemerkt.⁴⁹ Als dat wel zou mogen, dan zou er voor de toepassing van de verborgen gebreken regeling geen plaats meer zijn, aldus de Hoge Raad.

In de veel besproken *Maassluis*-arresten lijkt de Hoge Raad een ruimere toepassing van het leerstuk van de stilzwijgende garanties toe te laten.⁵⁰ In het kader van deze paragraaf beperk ik mij, na wat algemene opmerkingen, tot het bespreken van de vrijwaringsprocedure *Pakwoningen/gemeente Maassluis*.⁵¹ De gemeente Rotterdam hoort grond van de gemeente Maassluis op met havenslib. De gemeente Maassluis verkoopt die grond aan projectontwikkelaar *Pakwoningen* onder de verplichting op die grond woningen te bouwen. De gemeente Maassluis sluit in de koopovereenkomst uit dat zij instaat voor verborgen gebreken ('Het verkochte wordt ... geleverd in de staat waarin het zich bevindt ... voetstoots en zonder dat wordt ingestaan voor verborgen gebreken ...'). Op basis van koop- en aannemingsovereenkomsten kopen de toekomstige (particuliere) bewoners die grond van *Pakwoningen* en verplicht *Pakwoningen* zich woningen op die grond te bouwen. *Pakwoningen* sluit in die overeenkomsten uit dat zij instaat voor verborgen gebreken, op dezelfde wijze als de gemeente Maassluis dat ten opzichte van *Pakwoningen* doet. Nadat de woningen zijn gebouwd, blijkt de grond verontreinigd te zijn. De

48 HR 10 mei 1963, *NJ* 1963, 288 (concl. P-G Langemeijer; *Vouwapparaat* of *Van den Hoek/Smit*; m.nt. Hijmans van den Bergh).

49 HR 1 december 1972, *NJ* 1973, 103 (concl. A-G Berger; *Hogerheide/Olivetti* of *Telmachine*; m.nt. G.J. Scholten).

50 De hoofdprocedures zijn HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 (concl. A-G Mok, m.nt. Brunner bij HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 289; *Bewoners/gemeente Maassluis*) en HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 289 (concl. A-G Mok; *Bewoners/Pakwoningen*; m.nt. Brunner). De vrijwaringsprocedures zijn; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 287 (concl. A-G Mok; *Pakwoningen/gemeente Maassluis* en *Pakwoningen/gemeente Rotterdam*; m.nt. Brunner bij HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 289) en HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 288 (concl. A-G Mok; *gemeente Maassluis/gemeente Rotterdam* en *gemeente Maassluis/Pakwoningen*; m.nt. Brunner bij HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 289).

51 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 287 (concl. A-G Mok; *Pakwoningen/gemeente Maassluis*; m.nt. Brunner bij HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 289).

Rijksoverheid besluit tot sanering. Een aantal bewoners vorderen in rechte schadevergoeding van de gemeente Maassluis (op basis van onrechtmatige daad) en Pakwoningen (op basis van wanprestatie). Pakwoningen roept (naast de gemeente Rotterdam) de gemeente Maassluis in vrijwaring op.

De Hoge Raad stelt vast dat de gemeente Maassluis de grond aan Pakwoningen verkocht met een bouwverplichting en concludeert dat de gemeente Maassluis er dus voor in stond dat de grond geschikt was voor woningbouw. Dat heeft volgens de Hoge Raad twee gevolgen. Ten eerste dat de verborgen gebreken regeling niet van toepassing is en de gemeente Maassluis zich dus niet kan beroepen op de daarin opgenomen korte vervaltermijn (met als gevolg dat de wanprestatie regeling herleeft). Ten tweede dat de gemeente Maassluis zich niet kan beroepen op haar aansprakelijkheidsuitsluiting terzake verborgen gebreken omdat de redelijkheid zich ertegen verzet dat deze uitsluiting de stilzwijgende garantie uitschakelt, gezien het feit dat die garantie een 'zo wezenlijke eigenschap' betreft. De stilzwijgende garantie prevaleert dus boven de aansprakelijkheidsuitsluiting terzake verborgen gebreken omdat het gaat om een zo wezenlijke eigenschap. In de woorden van de Hoge Raad, die het oordeel van Hof van een eigen interpretatie voorziet, betreft die stilzwijgende garantie:

'een zo wezenlijke eigenschap ... dat de redelijkheid zich ertegen verzet aan het bedoelde beding, dat in algemene termen een instaan voor verborgen gebreken uitsluit en naar zijn strekking als standaardbeding is te beschouwen, de betekenis toe te kennen dat het die garantieverplichting uitschakelt, en dat dit niet anders is omdat Pakwoningen als projectontwikkelaar een professionele wederpartij van Maassluis is.'

Brunner meent in zijn noot bij dit arrest dat het niet logisch is dat de Hoge Raad een stilzwijgende garantie aanneemt. Uit de hoofdzaak tussen de bewoners en de gemeente Maassluis blijkt immers dat Pakwoningen volgens het Hof een ernstig verwijt treft ten aanzien van haar eventuele onkunde omtrent de aanwezigheid van de vervuiling. Pakwoningen moest de negatieve berichtgeving met betrekking tot de eveneens met havenslib opgespoten Broekpolder in Vlaardingen hebben gekend. Pakwoningen zal dit als projectontwikkelaar zelfs nauwlettend hebben gevolgd. Pakwoningen is echter desondanks niet nagegaan of die negatieve berichtgeving voor de woonbestemming van deze percelen consequenties had.⁵² Als zowel de gemeente Maassluis alsook Pakwoningen wisten of hadden moeten vermoeden dat er aan de woonfunctie van de polder wat schortte, dan is niet direct begrijpelijk waarom een stilzwijgende garantie is aangenomen, aldus Brunner.

52 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 (concl. A-G Mok; *Bewoners/gemeente Maassluis*; m.nt. Brunner bij HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289).

Bovendien vindt Brunner de wijze waarop de Hoge Raad de gedachtegang van het Hof begrijpt, onnodig omslachtig. Volgens Brunner is de zaak eenvoudig op te lossen door de *specialis* 'regel' toe te passen op grond daarvan te oordelen dat een bijzondere afspraak inhoudende een garantie ten aanzien van een specifieke eigenschap prevaleert boven een algemene afspraak inhoudende uitsluiting van aansprakelijkheid.

Van Rossum is eveneens kritisch over dit arrest. Haar gaat het te ver een impliciete garantie aan te nemen tot het leveren van schone grond als er twee gelijkwaardige partijen betrokken zijn.⁵³ Zij vraagt zich af of de Hoge Raad niet te ver is gegaan met het aannemen van de hierboven weergegeven absolute garantieverplichting tot het leveren van voor de bouw geschikte grond, zonder nuanceringen aan te brengen voor wat betreft de onderlinge verhouding van partijen of gebreken waarop men niet bedacht behoeft te zijn.⁵⁴ Het aanvaarden van een zodanige impliciete garantie heeft volgens haar immers tot gevolg dat de verkoper zich nooit op overmacht althans gebrek aan verwijtbaarheid, exonerationen of eigen schuld kan beroepen.⁵⁵ Later nuanceert Van Rossum deze opvatting door te vermelden dat de literatuur er van uit gaat dat bij garanties een beroep op overmacht onder uitzonderlijke omstandigheden wel mogelijk is en dat dit afhankelijk is van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid.⁵⁶ Van Rossum nuanceert niet (en houdt dus vast aan) haar opvatting dat een (im- of expliciete) garantie tot gevolg heeft dat de leverancier zich nooit op zijn exoneration kan beroepen.

Bestaansrecht en gevolgen van stilzwijgende garanties

Uit bovenstaande jurisprudentie vloeit voort dat de Hoge Raad impliciete garanties enkel en alleen in het leven roept om de verborgen gebreken regeling te omzeilen. Dit doet de Hoge Raad om de onwenselijke gevolgen van de verborgen gebreken regeling buiten werking te stellen.⁵⁷ Als de verborgen gebreken regeling eenmaal geneutraliseerd is, dan heeft de stilzwijgende garantie mijns inziens zijn functie vervuld en is het effect van de stilzwijgende garantie uitgewerkt. Daarna herleeft de wanprestatie regeling. Het is naar mijn idee dus niet zo dat de stilzwijgende garantie de verborgen gebreken regeling uitschakelt *en* vervolgens ook nog eens een exoneration terzijde schuift.

Uitdrukkelijke garanties worden, in tegenstelling tot stilzwijgende garanties, niet in het leven geroepen door rechters om de verborgen gebreken regeling uit te schakelen. Zij worden tussen partijen overeengekomen als versterkte

⁵³ Van Rossum 1993, p. 7.

⁵⁴ Van Rossum 1993, p. 8.

⁵⁵ Van Rossum 1993, p. 8; Van Rossum 1994a, p. 40.

⁵⁶ Van Rossum 1994b, p. 227.

⁵⁷ Ook G.T.M.J. Raaijmakers 2002, p. 120 ziet een (soortgelijk) verschil tussen stilzwijgende en uitdrukkelijke garanties.

resultaatsverbintenis, bij schending waarvan (in beginsel) geen beroep op overmacht mogelijk is (zie hierboven).

Stilzwijgende en uitdrukkelijke garanties hebben dus andere gevolgen. Stilzwijgende garanties dienen om de verborgen gebreken regeling terzijde te schuiven, uitdrukkelijke garanties om de verbintenis te versterken.⁵⁸

Dat een stilzwijgende garantie is uitgewerkt zodra de verborgen gebreken regeling terzijde is geschoven, betekent echter niet dat de omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot het aannemen van een zodanige stilzwijgende garantie niet meer meewegen bij de beoordeling van de vraag of de betreffende exoneratie terzijde moet worden geschoven. Die omstandigheden wegen wel degelijk mee in het kader van de Saladin/HBU-arrest omstandighedencatalogus.

Steun voor mijn opvatting vind ik vooral in het hierboven besproken arrest Pakwoningen/gemeente Maassluis.⁵⁹ Uit dat arrest blijkt duidelijk dat de Hoge Raad eerst de verborgen gebreken regeling terzijde schuift met behulp van een stilzwijgende garantie. Pas daarna belet hij een beroep op de exoneratie door als volgt te oordelen. Ten eerste oordeelt hij dat 'de garantieverplichting een zo wezenlijke eigenschap betreft'. Volgens de Hoge Raad is dus bepalend dat de eigenschap wezenlijk is, en niet het feit dat sprake is van een garantie. Ten tweede interpreteert de Hoge Raad de exoneratie beperkt door te oordelen dat het beding alleen in algemene termen het instaan voor verborgen gebreken uitsluit. Ten derde kent de Hoge Raad betekenis toe aan de aard van de clausule door er op te wijzen dat om een standaardbeding gaat. Tot slot concludeert de Hoge Raad op basis van deze argumenten dat de exoneratie de garantie niet uitschakelt.

Deze uitgebreide redenering had de Hoge Raad niet hoeven optuigen als een stilzwijgende garantie automatisch tot gevolg zou hebben dat een exoneratie terzijde wordt geschoven. In zijn noot bij het arrest kwalificeert Brunner de motivering van de Hoge Raad als 'onnodig omslachtig'. Deze kwalificatie is alleen 'onnodig omslachtig' als men ervan uitgaat dat met stilzwijgende garanties automatisch exoneraties terzijde worden geschoven. Als men echter met mij oordeelt dat stilzwijgende garanties niet tot gevolg hebben dat exoneraties automatisch terzijde worden geschoven, dan is de motivering van de Hoge Raad niet onnodig omslachtig, maar broodnodig. De Hoge Raad heeft die uitgebreide redenering nodig om de exoneratie terzijde te schuiven. Zonder die redenering had dat niet gekund.

58 Anders: Van Rossum 1993, p. 8; Van Rossum 1994a, p. 40; Hijma (*Verbintenissenrecht*), art. 6:228 BW, aant. 171.3, die allemaal lijken te menen dat stilzwijgende en uitdrukkelijke garanties dezelfde rechtsgevolgen hebben.

59 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287 (concl. A-G Mok; *Pakwoningen/gemeente Maassluis*; m.nt. Brunner bij HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289).

Men zou mij kunnen tegenwerpen dat mijn opvatting – dat stilzwijgende garanties alleen zien op het omzeilen van de verborgen gebreken regeling – niet te verenigen valt met de opvatting van de Hoge Raad in het arrest *Gerards/Vijverberg*.⁶⁰ Daar is immers een stilzwijgende garantie aangenomen in een geval van wederzijdse dwaling. Uit het arrest blijkt dat een particuliere koper een tweedehands auto koopt van een professionele verkoper. De verkoper bedingt dat de koper koopt ‘op eigen bate en schade’. De auto blijkt twee keer zo veel kilometers te hebben gereden als de teller aangeeft. De vraag is of dat beding in de weg staat aan een beroep op dwaling. De Hoge Raad oordeelt dat de gedachtegang van het Hof aldus moet worden verstaan dat de stilzwijgende garantie – dat de kilometerteller het aantal gereden kilometers juist aangeeft – ‘als een zo wezenlijk onderdeel van de koopovereenkomst moet worden beschouwd, dat de redelijkheid zich ertegen verzet aan het bedoelde beding ... de betekenis toe te kennen dat het de door het Hof aangenomen garantie en daarmee het beroep op dwaling, uitsluit (*lees:*) uitschakelt.’, en wel omdat het betreffende beding ‘nu zij voorkomt in de gedrukte tekst van de koopovereenkomst, als standaardbeding is te beschouwen ...’.

Deze uitspraak doet geen afbraak aan mijn opvatting. De Hoge Raad had in deze zaak geen keus de stilzwijgende garantie al dan niet ter hand te nemen. Het Hof had die keus voor de Hoge Raad gemaakt en het cassatiemiddel richtte zich niet tegen het betreffende oordeel van het Hof. De Hoge Raad moest zich dus wel aan die stilzwijgende garantie vast houden, of hij het daar mee eens was of niet. Van Rossum schiet naar mijn idee te ver door, door te menen dat hoewel de Hoge Raad niet zelfstandig een stilzwijgende garantie construeert, hij zich wel stilzwijgend akkoord verklaart met de opvatting van het Hof omtrent die stilzwijgende garantie.⁶¹ Uit een arrest van de Hoge Raad stilzwijgende verklaringen afleiden teneinde het voortbestaan van het stilzwijgende garantielerstuk te verklaren of zelfs verdedigen, is mijns inziens een brug te ver. Anders gezegd, het enkele feit dat de Hoge Raad de stilzwijgende garantie van het Hof niet op een andere wijze interpreteert, zoals de Hoge Raad soms doet, betekent nog niet dat de Hoge Raad in de gevallen waarin hij deze mogelijkheid niet aangrijpt, het dus eens is met het betreffende Hof.

Men zou mij verder kunnen tegenwerpen het arrest *Boarnsterhim/Heideveld & Meinders*.⁶² Die zaak is gewezen onder huidig recht. De verborgen gebreken regeling is dus niet van toepassing. Het arrest gaat over het volgende. De gemeente Boarnsterhim verkoopt grond met een bouwplicht aan aannemers. Deze aannemers bouwen huizen op deze grond en verkopen deze grond met de daarop gebouwde huizen door aan (onder andere) twee particulieren,

60 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 291 (concl. A-G Hartkamp; *Gerards/Vijverberg*; m.nt. Brunner).

61 Van Rossum 1994a, p. 40.

62 HR 14 juni 2002, *NJ* 2004, 127 (concl. A-G Spier; *Boarnsterhim/Heideveld & Meinders*; m.nt. Kleijn).

Heideveld en Meinders. De grond blijkt verontreinigd. De particulieren spreken de gemeente Boarnsterhim aan tot betaling van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad beslist dat het Hof kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen de vaststelling van de Rechtbank dat de gemeente Boarnsterhim grond met een bouwplicht verkoopt en dus een impliciete garantie geeft dat de grond geschikt is voor woningbouw. De gedachtegang van het Hof moet volgens de Hoge Raad aldus worden verstaan dat het niet nakomen van die garantie door de gemeente Boarnsterhim niet alleen wanprestatie oplevert jegens de aannemers, maar ook jegens Heideveld & Meinders. Verder oordeelt het Hof volgens de Hoge Raad dat gebrek aan wetenschap omtrent de verontreiniging aan de zijde van de gemeente Boarnsterhim niet relevant is. De Hoge Raad laat dit oordeel van het Hof vervolgens in stand.

Ik bespreek dit arrest omdat de Hoge Raad in dit arrest onder huidig recht, net als de Rechtbank, een impliciete garantie construeert hoewel de verborgen gebreken regeling niet van toepassing is.⁶³ Het Hof neemt het begrip impliciete garantie echter niet in de mond. Door het Hof vervolgens zo te (mis)verstaan zoals ik hierboven heb weergegeven, grijpt de Hoge Raad naar het middel van de impliciete garantie. Dit doet de Hoge Raad vooral om de schuldvraag te ecarteren. Vervolgens verleent de Hoge Raad aan de aldus geconstrueerde stilzwijgende garantie derdenwerking. G. Raaijmakers wijst er terecht dat de Hoge Raad dit niet had hoeven doen.⁶⁴ De Hoge Raad had, aldus G. Raaijmakers, ook kunnen oordelen dat onrechtmatigheid voortvloeit uit handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid.

Doet dit arrest af aan mijn opvatting dat stilzwijgende garanties alleen gebruikt worden om de verborgen gebreken regeling te omzeilen? Nee, één zwaluw maakt nog geen zomer. Kennelijk hecht de Hoge Raad er in dit arrest aan de figuur van de stilzwijgende garantie te blijven gebruiken (of niet in te grijpen als anderen deze figuur blijven gebruiken) in gevallen waar gemeentes grond met een bouwplicht verkopen, zelfs al is er geen verborgen gebreken regeling in het spel. Ik zie dit arrest daarom als een eenmalige misstap. Mocht het niet bij dit ene arrest blijven, dan verander ik mijn opvatting (reeds nu voor alsdan) van descriptief ('stilzwijgende garanties *worden* alleen gebruikt om de verborgen gebreken regeling te omzeilen') naar normatief ('stilzwijgende garanties *mogen* alleen gebruikt worden om de verborgen gebreken regeling te omzeilen') en hoop dat het toepassingsgebied van stilzwijgende garanties beperkt blijft tot verkoop van grond waar een bouwplicht wordt opgelegd.

Hoe het ook zij, het arrest Boarnsterhim/Heideveld & Meinders heeft verder geen gevolgen voor de verhouding tussen stilzwijgende garanties en

63 Anders: De Best, 2002, p. 140, die meent 'De Hoge Raad heeft, voorzover mij bekend, nog geen uitspraak gedaan waarin onder het huidig BW een impliciete garantie is aangenomen', terwijl zij het arrest Boarnsterhim/Heideveld & Meinders wel uitgebreid bespreekt op p. 131-132 en 141.

64 G.T.M.J. Raaijmakers 2002, p. 116.

exoneraties.⁶⁵ Daarover oordeelt de Hoge Raad in dat arrest immers niet. Mijn opvatting dat stilzwijgende garanties niet automatisch tot gevolg hebben dat exoneraties terzijde worden geschoven, blijft dus in ieder geval overeind.

Redenen stilzwijgende garanties te laten uitsterven

De meeste schrijvers menen dat stilzwijgende garanties niet snel moeten worden aangenomen.⁶⁶ Zij bepleiten terughoudendheid. Ik ga een stap verder door niet alleen terughoudendheid te bepleiten bij het toepassen van stilzwijgende garanties, maar ook het toepassingsgebied zelf ingeperkt te (willen) zien althans in te (willen) perken. Het toepassingsgebied strekt zich mijns inziens alleen uit tot het omzeilen van de verborgen gebreken regeling (zie hierboven). De redenen waarom de meeste schrijvers terughoudendheid bij de toepassing van stilzwijgende garanties bepleiten en ik een beperkt toepassingsgebied zie/voorsta, zijn overigens soortgelijk. Die redenen bespreek ik hieronder. Daarna bespreek ik de redenen waarom de argumenten van hen die een ruimer toepassingsgebied voorstaan, mij niet overtuigen.

Meijers doet stilzwijgende wilsverklaringen af als doorzichtige ficties, bestaande uit aannames dat met een gedraging op grond van psychologische ervaringsregels gewoonlijk een bepaalde bedoeling verbonden is.⁶⁷ Vranken kwalificeert het aannemen van stilzwijgende garanties als resultaatsdenken, dat niet altijd allesbepalend is.⁶⁸ Het construeren van stilzwijgende garanties in de vorm van ongeconditioneerde garantieplichten – met als gevolg dat geen beroep mogelijk is op overmacht en exoneraties – gaat Vranken te ver. De meningen van Meijers en Vranken onderschrijf ik. Daarbij merk ik echter meteen op dat, zoals hierboven betoogd, de Hoge Raad niet in het door Vranken gevreesde uiterste is vervallen. Uit de betreffende arresten van de Hoge Raad leid ik af dat de Hoge Raad stilzwijgende garanties uitsluitend (althans vooral) gebruikt om de verborgen gebreken regeling te omzeilen.

Verder legt Vranken (met betrekking tot het OBW) uit dat stilzwijgende garanties in feite betekenen dat steeds wanneer een afgeleverde zaak non-conform is, gesproken zou moeten worden van een stilzwijgende garantie en er dus niets meer over blijft voor dwaling en voor de 'gewone' wanprestatie. Hij noemt dit een ondergraven van het systeem van het recht op een manier waarvan hij zich niet kan voorstellen dat die acceptabel is. Dat de Hoge Raad er voor wat betreft het oude recht net zo over denkt, valt af te leiden uit het arrest Hogerheide/Olivetti.⁶⁹ Daarin oordeelt de Hoge Raad dat als een verkochte zaak een eigenschap ontbeert die die zaak ongeschikt maakt voor het

65 HR 14 juni 2002, NJ 2004, 127 (concl. A-G Spier; *Boarnsterhim/Heideveld & Meinders*; m.nt. Kleijn).

66 Zie voor een kort overzicht Tjittes 1994, p. 172.

67 Meijers 1937, p. 296-298; in gelijke zin G.T.M.J. Raaijmakers 2002, p. 167-169.

68 Vranken 1991, p. 914-915.

69 HR 1 december 1972, NJ 1973, 103 (concl. A-G Berger; *Hogerheide/Olivetti of Telmachine*; m.nt. G.J. Scholten).

gebruik waarvoor het volgens de overeenkomst is bestemd, dit niet automatisch als wanprestatie mag worden aangemerkt.

Het argument dat stilzwijgende garanties niet te verenigen zijn met de systematiek van ons oude recht gaat mijns inziens ook op voor het huidige recht. Als de wetgever had bedoeld dat non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW altijd in de weg staat aan onder andere een beroep op een exoneration, dan had hij dat artikel ook in handelstransacties wel als dwingend recht bestempeld. Het recht op schadevergoeding bij non-conformiteit is blijkens art. 7:17 jo. 24 lid 1 jo. 6 lid 1 jo. 5 lid 1 BW uitsluitend dwingend recht bij consumentenkoop. In handelstransacties mag dus (in beginsel) geëxonerend worden voor schade die voortvloeit uit non-conformiteit. Overigens wordt het in de overnamepraktijk steeds gebruikelijker een aantal van de gevolgen die de kooptitel aan non-conformiteit verbindt, uit te sluiten of te beperken.

Tot wat voor soort verwarring het combineren van non-conformiteit en stilzwijgende garanties leidt, wordt aangetoond door de uitspraak *The/Elzenaar*.⁷⁰ Die uitspraak gaat over de particuliere koper *The* die een tweedehands auto koopt van de professionele verkoper *Elzenaar*. Met de kilometerteller is geknoeid. De President van de Arnhemse Rechtbank oordeelt:

‘Bij verkoop van een auto door een handelaar aan een particulier ... valt in het algemeen aan te nemen dat de verkoper stilzwijgend garandeert dat de stand van de kilometerteller overeenstemt met het aantal met de auto gereden kilometers en dat de koper daarop mag rekenen ... Gelet op het historische verloop van de kilometerstanden ... staat vast dat er geknoeid is met de kilometerstand ... De auto bezit dan ook niet de eigenschappen die *The* op grond van de overeenkomst mocht verwachten (art. 7:17 lid 2 BW).’

Deze opeenstapeling van een stilzwijgende garantie en non-conformiteit is niet nodig. De President had helemaal geen stilzwijgende garantie hoeven aannemen. Voor toewijzing van het door *The* gevorderde – terugbetaling van de koopprijs en betaling van de reparatiekosten in ruil voor teruggave van de auto – was het aannemen van non-conformiteit (en dus een tekortkoming) voldoende.

Dat het ook anders kan, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Arnhem over weer een verkochte auto met een teruggedraaide kilometerteller.⁷¹ De Rechtbank verklaart (keurig) voor recht dat de koopovereenkomst nietig is wegens dwaling en veroordeelt de verkoper tot betaling van een schadevergoeding wegens non-conformiteit. Het stilzwijgende garantiemonster blijft gelukkig achter slot en grendel.

70 President Rechtbank Arnhem 16 november 1993, *KG* 1994, 17 (*The/Elzenaar*).

71 Rechtbank Arnhem 24 december 2003, *LJN-nummer*: AO1060, *Zaaknr*: HA ZA 03-804 (*X/Y*).

Ook de (zogenaamde) voordelen van stilzwijgende garanties overtuigen mij niet. Het verkiezen van stilzwijgende wilsverklaringen geschiedt om zuiver praktische voordelen, aldus reeds Meijers.⁷² Als voordeel noemt hij dat de rechter zijn vonnis veilig kan stellen voor cassatie en tevens kan maskeren dat hij rechtscheppend of rechthervormend bezig is. Dat de rechter dit als voordeel kan ervaren, betekent nog niet dat dat een voordeel is voor de rechtzoekenden. Integendeel, het miskent, zoals Aubel het uitdrukt, de rechterlijke organisatie, het systeem van de rechtsmiddelen en de partijautonomie.⁷³

Verder noemt Meijers als voordeel van stilzwijgende garanties dat een partij meer geneigd is een veroordeling te aanvaarden wanneer hij van de rechter te horen krijgt dat hij toepast wat partijen zijn overeengekomen.⁷⁴ Aubel erkent dit ook als groot voordeel, maar waarschuwt tegelijkertijd voor het risico dat een partij die fictie niet 'herkent' als haar eigen bedoeling.⁷⁵ Toch meent Aubel dat dat geen reden is de fictie achterwege te laten, maar dat het veeleer een kunst is dat risico te vermijden. Naar zijn idee weegt zwaarder dat de rechter de partijen houdt aan *hun* billijkheid in plaats van aan *de* billijkheid. Aldus kunnen partijen volgens Aubel beter zien hoe de rechter heeft getracht zich in hun positie als onderhandelende partijen in te leven, en hun autonome positie niet geheel ondergeschikt heeft willen maken aan een abstract billijkheidsideaal.

Schut betoogt dat menig garantiebeding een ei zonder schaal is – er wordt iets gegarandeerd, maar naar de gevolgen die intreden bij schending van een zodanige garantie mag men raden.⁷⁶ Over die gevolgen is blijkbaar niet gesproken. Het is volgens Schut daarom het meest waarschijnlijk dat als partijen over die gevolgen niets hebben bepaald, zij daar in het geheel niet over hebben nagedacht.

Als stilzwijgende garanties worden aangenomen, hebben partijen mijns inziens per definitie niets bepaald over de gevolgen bij schending van die garantie. Anders zou een stilzwijgende garantie niet hoeven worden aangenomen. En als partijen niets hebben bepaald over de gevolgen, dan lijkt mij, net als Schut, daaruit te volgen dat zij daarover niet hebben nagedacht. En als ze daarover niet na hebben gedacht, dan kan ik me moeilijk voorstellen dat als de rechter dat voor ze doet, zij dit 'herkennen' als hun eigen bedoeling. Kortom, de gedachte van Aubel dat het mogelijk is de billijkheid van partijen te achterhalen, is mijns inziens een illusie. Daarbij laat ik overigens nog in het midden de rechtspolitieke vraag of rechtspraak zich tot doel moet stellen vooral 'herkenbare' uitspraken te doen.

72 Meijers 1937, p. 297-300.

73 Aubel 1984, p. 321.

74 Meijers 1937, p. 298-299.

75 Aubel 1984, p. 321-324.

76 Schut 1965, p. 22-23.

Bovendien, zo stelt Schut, stuit men op een scala van moeilijkheden zodra men gaat werken met stilzwijgende garanties.⁷⁷ Sommige eigenschappen van de geleverde zaak kunnen wel stilzwijgend zijn gegarandeerd, andere niet; sommige vormen van overmacht kunnen stilzwijgend zijn uitgesloten, andere niet; sommige vormen van schade kunnen stilzwijgend zijn uitgesloten, andere niet; etc. Door aldus te pas en te onpas stilzwijgende verklaringen en garanties aan te nemen, begeeft de rechter zich op zijn minst op glad ijs, terwijl zijn gestuntel vanwege de feitelijke aard daarvan vaak niet in cassatie kan worden gecorrigeerd. De kans dat dit gestuntel door rechtzoekenden wordt herkend als *hun* billijkheid lijkt mij ook om die reden klein. Mijns inziens zal een rechter die op die manier woorden in de monden van rechtzoekenden legt, daar snel een wrange smaak achterlaten.

Hoewel de rechter met alle goede bedoelingen probeert een billijk oordeel te vellen door gebruik van stilzwijgende garanties, dient deze handelwijze ten strengste te worden afgekeurd. Reeds Meijers heeft de stilzwijgende garantie ontmaskerd als 'een doorzichtige fictie, waarachter geen andere realiteit dan de billijkheid zich bevindt.'⁷⁸ Broekema-Engelen ziet een stilzwijgende garantie zelfs als een konijn dat uit de hoge hoed wordt getoverd als een resultaat dat redelijk en billijk wordt geacht.⁷⁹

Meijers voorspelt verder dat voornoemde praktische voordelen maken dat men in de praktijk nog lange tijd van stilzwijgende voorwaarden en bedingen gebruik zal maken.⁸⁰ Meijers hoopt overigens wel dat zijn voorspelling niet uitkomt omdat hij tegen het instituut van stilzwijgende garanties voornamelijk dogmatische bezwaren koestert: 'Maar desalniettemin geloof ik, dat de wetenschap hier niet het hoofd moet buigen voor de praktijk.'⁸¹ Aubel meent zelfs dat de betekenis van de stilzwijgende wilsverklaring in betekenis *behoort* toe te nemen.⁸²

Na de komst van het huidige BW voorspelt Hijma het tegenovergestelde van Meijers. Hij schrijft dat wegens het verdwijnen van de verborgen gebreken regeling en de introductie van de wettelijke conformiteitsgarantie van art. 7:17 BW, het niet voor de hand ligt dat de figuur van de stilzwijgende garantie nog vaak zal worden aangetroffen.⁸³ Verder meent Hijma dat er geen reden is geforceerd tot de aanwezigheid van stilzwijgende garanties te besluiten teneinde exonerationen te ecarteren. Met Hijma meen ik dat de beslissing 'evengoed

77 Schut 1965, p. 23.

78 Meijers 1937, p. 296.

79 Broekema-Engelen in haar noot bij HR 9 oktober 1992, BR 1993, 450 (concl. A-G Mok; *Maassluis of Steendijkpolder*; m.nt. Broekema-Engelen).

80 Meijers 1937, p. 300.

81 Meijers 1937, p. 300.

82 Aubel 1984, p. 318.

83 Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 339.

– en in wezen zuiverder – rechtstreeks op art. 6:233 sub a en/of art. 6:248 ...' kan worden gebaseerd.⁸⁴

Ik hoop dat de de hiervoor uiteengezette nadelen en de hierboven verwoorde kritiek op de (zogenaamde) voordelen van stilzwijgende garanties er aan bijdragen dat de voorspelling van Meijers en de wens van Aubel nimmer uitkomen. Ik blijft er bij dat stilzwijgende garanties niet alleen (mogen) worden gebruikt voor het bestrijden van de verborgen gebreken regeling.

Negatieve garanties

Rijken definieert een negatieve garantie – als ik het goed paraphraseer – als een garantie die in negatieve zin afwijkt van het gemene recht, dat wil zeggen een garantie waarmee de leverancier beoogt aansprakelijkheid uit te sluiten voorzover de aard van het gebrek normaliter non-conformiteit zou opleveren (afwijking met betrekking tot de omvang) of voorzover de ondeugdelijkheid van het geleverde zich na de garantieperiode (maar binnen de wettelijke klachtenverjaringstermijnen) openbaart (afwijking met betrekking tot de termijn).⁸⁵ Jongeneel en Klik concluderen dat sprake is van een negatieve garantie als de leverancier mededelingen doet die in feite zijn aansprakelijkheid beperken.⁸⁶ Al deze auteurs menen dat een zodanige negatieve garantie in feite een exoneration is. Van Dunné gebruikt deze term niet, maar meent wel dat garantiebewijzen vaak verkapte exonerationbedingen zijn.⁸⁷ Deze definities zijn in algemene zin zeker nuttig. Garanties kunnen daarmee zonodig worden ontmaskerd en als normale exonerationen worden getoetst.

Toch versta ik, in navolging van Thole, onder negatieve garanties iets anders, namelijk clausules waarmee de schuldenaar van een verbintenis tot een geven, doen of niet doen expliciet bepaalt dat hij *niet* zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen.⁸⁸ De leverancier bepaalt bijvoorbeeld dat hij niet garandeert dat de door hem ontwikkelde software foutloos werkt. In deze paragraaf zal ik deze definitie gebruiken en analyseren wat de gevolgen van een zodanige negatieve garantie zijn, in het bijzonder voor wat betreft hun verhouding tot exonerationen.

Voor het bepalen van de betekenis die aan negatieve garanties moet worden gehecht, is allereerst relevant wat de leverancier met een zodanige garantie beoogt. Deze vraag zou op digitale wijze kunnen worden beantwoord: met een negatieve garantie beoogt de leverancier het tegenovergestelde van het 'normaaltje', zeg maar positieve garantie. Kenmerkend voor het 'normaaltje' garantie (zie hierboven), is dat bij schending van deze garantie de leverancier *geen* beroep mag doen op overmacht. Kenmerkend voor een negatieve

⁸⁴ Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 339.

⁸⁵ Rijken 1983, p. 43-44.

⁸⁶ Jongeneel & Klik 2002, p. 46.

⁸⁷ Van Dunné 2004, p. 461-463.

⁸⁸ Thole 2000, p. 16

garantie zou in deze benadering dus moeten zijn dat bij schending van deze garantie de leverancier *wel* een beroep mag doen op overmacht.

Een negatieve garantie kan pas geschonden worden als de verbintenis tot een geven, doen of niet doen waarop de negatieve garantie ziet, wordt geschonden. Met andere woorden, als de leverancier bepaalt dat hij niet garandeert dat de door hem ontwikkelde software foutloos werkt, dan moet de software eerst met fouten werken, wil de negatieve garantie effect sorteren. Het effect van de negatieve garantie is dan dat de leverancier wiens software met fouten werkt en waardoor schade wordt veroorzaakt, vrijuit kan gaan als hij weet te bewijzen dat sprake is van overmacht.

Wat levert een negatieve garantie echter op ten opzichte van de normale situatie dat geen sprake is van negatieve garantie? In het hierboven beschreven voorbeeld niets. De negatieve garantie levert alleen dan iets op als de verbintenis bij afwezigheid van een negatieve garantie als garantieverbintenis wordt geconstrueerd. Stel bijvoorbeeld dat partijen de volgende bepaling zijn overeengekomen: 'de software functioneert conform de functionele specificaties voor een periode van drie maanden na acceptatie.' Stel vervolgens dat bij gebreke aan een negatieve garantie, deze resultaatsverbintenis als garantie wordt geconstrueerd omdat uit andere mondelinge toezeggingen valt af te leiden dat een garantie bedoeld is. Dan kan het opnemen van de negatieve garantie 'de software functioneert *niet* zonder fouten' als *countervailing power* in de weg staan aan de aanname dat de resultaatsverbintenis eigenlijk een garantie is.

In veel gevallen is de verbintenis waarop de negatieve garantie ziet echter niet als garantieverbintenis aan te merken. In die gevallen heeft het stikt genomen geen zin een negatieve garantie van toepassing te laten zijn op die verbintenis. Dat leveranciers dat in die gevallen desondanks toch doen, heeft volgens mij twee redenen. Het opnemen van negatieve garanties lijkt een uit de Angelsaksische wereld overgewaaid fenomeen. Deze negatieve garanties staan vooral in contracten die beheerst worden door Engels en Amerikaans recht. Ook staan ze in de contracten die weliswaar door Nederlands recht worden beheerst, maar overduidelijk een Angelsaksische oorsprong hebben, de zogenaamde *localised* contracten.⁸⁹ Degene die instructies krijgt Angelsaksische contracten te *localisen* krijgt vaak twee instructies. De eerste instructie luidt dat zo min mogelijk mag worden gewijzigd omwille van de uniformiteit in alle landen waar het contract gehanteerd moet worden. De tweede instructie luidt dat wijzigingen alleen zijn toegestaan als de betreffende bepaling naar Nederlands recht niet toelaatbaar is. Degene die conform deze instructies handelt, laat de negatieve garanties die in het Angelsaksische contract zijn opgenomen, staan. Negatieve garanties zijn immers niet in strijd met Nederlands recht. De tweede reden waarom negatieve garanties in contracten worden opgenomen is mijns inziens gelegen in de *drafting* cultuur van de afgelopen

89 C.E. Drion 2002, p. 30-32.

jaren. Deze kenmerkt zich door een ‘baat het niet dan schaadt het niet’ of *for avoidance of doubt* cultuur. Aangezien negatieve garanties geen kwaad kunnen en in uitzonderlijke gevallen (zie hierboven) zelfs bepaalde voordelen hebben, worden negatieve garanties opgenomen.

Tussenconclusie

Schending van een hoofdverplichting heeft niet tot gevolg dat een beroep op een exoneration per definitie onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Een exoneration ziet met name op schending van een hoofdverplichting.

Ook schending van een uitdrukkelijke garantie heeft niet tot gevolg dat een beroep op een exoneration onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Garanties zijn versterkte resultaatsverbintenissen die met name tot gevolg hebben dat de bewijslast voor de afnemer wordt verlicht en de garanderende leverancier (in beginsel) een beroep op overmacht wordt belet. Garanties zijn dus (vooral) relevant in de fase waarin aansprakelijkheid wordt gevestigd, daarna is hun rol uitgespeeld.

Stilzwijgende garanties worden (maar in ieder geval: dienen) uitsluitend gebruikt (te worden) om de verborgen gebreken regeling uit het OBW buiten werking te stellen. Als de verborgen gebreken regeling met behulp van een stilzwijgende garantie terzijde is geschoven, is de stilzwijgende garantie uitgewerkt. Afgezien van deze specifieke functie hebben stilzwijgende garanties geen bestaansrecht.

Negatieve garanties – in de zin van ‘leverancier garandeert niet dat de software geen fouten bevat’ – hebben alleen in uitzonderlijke gevallen toegevoegde waarde.

Als partijen aan het schenden van een hoofdverplichting of garantie gevolgen willen verbinden voor (het beroep op) een exoneration, dan moeten zij dat uitdrukkelijk bepalen.

5.1.4 FENIT en BiZa

Hierna zal ik bespreken hoe de garanties in de FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten zich verhouden tot de daarin opgenomen exonerationen.

FENIT 2003 garanties

In de FENIT 2003 garandeert de afnemer kort gezegd dat:

- 1 hij vertrouwelijke gegevens geheim zal houden (art. 3.1);
- 2 als hij hardware, software of ander materiaal ter beschikking stelt aan de leverancier voor gebruik of bewerking, geen rechten van derden zich daartegen verzetten (art. 6.8);

- 3 ingeval van computerservice (automatische informatieverwerking):
 - a. alle door hem aan de leverancier ter beschikking gestelde materialen, gegevens, software, procedures en instructies steeds juist en volledig zijn (art. 14.3);
 - b. alle aan de leverancier verstrekte informatiedragers voldoen aan de specificaties van leverancier (art. 14.3);
 - c. alle wettelijke voorschriften betreffende verwerking van persoonsgegevens stipt in acht zijn en zullen worden genomen, alle voorgeschreven aanmeldingen zijn verricht en alle vereiste toestemmingen tot verwerking van de persoonsgegevens zijn verkregen (art. 15.2); en
- 4 ingeval van softwareontwikkeling de door hem te verstrekken gegevens juist, volledig en consistent zijn (art. 21.1).

De vraag hoe deze garanties van de afnemer zich verhouden tot een exoneratione hoeft niet te worden beantwoord. De FENIT 2003 bevat immers geen exonerationen ten gunste van de afnemer. Als de afnemer 'zijn' garanties schendt, dan is hij – net als bij schending van iedere andere verbintenis die voor hem voortvloeit uit de overeenkomst met de leverancier – onbeperkt aansprakelijk jegens de leverancier.

Belangrijker zijn daarom de garanties die de leverancier aan de afnemer geeft. De leverancier lijkt drie garanties af te geven: ingeval van computerservice (automatische gegevensverwerking) (art. 16), licentiering van software (art. 25) en verkoop van hardware (art. 30).⁹⁰ Ik schrijf 'lijkt' omdat in de kopjes boven die artikelen het woord 'garantie' staat en de woorden 'garantie', 'garantieverplichting' en 'garantieperiode' worden gebruikt als naar die artikelen wordt verwezen. Tegelijkertijd komt de inhoud van die garanties, zoals hierna zal blijken, niet overeen met wat men normaliter van een garantie zou verwachten. Deze garanties in de FENIT 2003 komen op het volgende neer:

- 1 ingeval van gebreken in de resultaten van de computerservice zal de leverancier de computerservice *herhalen* teneinde deze *gebreken naar beste vermogen* te herstellen (art. 16.1);
- 2 ingeval van licentiering van software zal de leverancier eventuele *fouten* in de software *naar beste vermogen* binnen redelijke termijn herstellen (art. 25.1); en
- 3 ingeval van verkoop van hardware zal de leverancier *naar beste vermogen* eventuele materiaal- en fabricage*fouten* in de hardware, alsmede in onderdelen die door de leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd, binnen redelijke termijn kosteloos herstellen (art. 30.1).

⁹⁰ In de FENIT 2003 garandeert de leverancier ook net als de afnemer dat hij vertrouwelijke gegevens geheim zal houden (art. 3.1). Deze bepaling bespreek ik verder niet inhoudelijk.

Al deze verbintenissen zijn bovendien streng geclausuleerd. De leverancier is uitsluitend gehouden de hierboven beschreven verbintenissen uit te voeren indien:

- 1 ingeval van computerservice (art. 16.1):
 - a. gebreken in de resultaten van de verwerking een *direct* gevolg zijn van de producten, software, informatiedragers, procedures of bedieningshandelingen waarvoor de leverancier uit hoofde van de overeenkomst *uitdrukkelijk* verantwoordelijk is;
 - b. de afnemer de onvolkomenheden zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen *één week* na ontvangst van de resultaten, schriftelijk en gedetailleerd aan de leverancier kenbaar heeft gemaakt;
 - c. waarbij herhalen van de computerservice slechts gratis wordt uitgevoerd als de gebreken in de computerservice aan leverancier *toerekenbaar* zijn;
- 2 ingeval van licentiering van software (art. 25):
 - a. gedurende een periode van *drie maanden* na aflevering, of, indien tussen partijen een acceptatietest is overeengekomen, drie maanden na acceptatie;
 - b. sprake is van een fout in de zin van artikel 6.6, welk begrip in dat artikel als volgt worden gedefinieerd:
 - i. het *substantieel* niet voldoen aan de door leverancier schriftelijk kenbaar gemaakte functionele of technische specificaties en, ingeval van het ontwikkelen van maatwerksoftware of websites, aan de *uitdrukkelijk* overeengekomen functionele of technische specificaties;
 - ii. als de afnemer deze fout kan aantonen en als deze *reproduceerbaar* is; en
 - iii. de afnemer deze fout *onverwijld* meldt aan de leverancier;
 - c. deze fouten binnen de garantieperiode gedetailleerd omschreven schriftelijk bij de leverancier zijn gemeld;
 - d. de afnemer geen wijzigingen in de software heeft aangebracht of heeft doen aanbrengen zonder schriftelijke toestemming van de leverancier;
- 3 ingeval van verkoop van hardware (art. 30):
 - a. gedurende een periode van *drie maanden* na aflevering van de hardware of onderdelen die door de leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd;
 - b. sprake is van *materiaal- of fabricagefouten* in de hardware of onderdelen die door de leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd;
 - c. deze fouten binnen de garantieperiode gedetailleerd omschreven bij de leverancier zijn gemeld;
 - d. deze fouten niet geheel of gedeeltelijk het gevolg zijn van onjuist, onzorgvuldig of ondeskundig gebruik, van buiten komende oorzaken

zoals brand- of waterschade of wijzigingen die de afnemer heeft aangebracht of heeft doen aanbrengen.

Interessant is dat de kopjes van en verwijzingen naar art. 16, 25 en 30 telkens spreken over een garantie, garantieperiode en garantieverplichting, terwijl de inhoud van die verplichtingen om twee redenen niet overeenkomt met wat onder een 'normaalttype' garantie (zie 5.1.3) wordt verstaan.

Ten eerste is een garantie normaliter een resultaatsverbintenis. In de art. 16, 25 en 30 verbindt de leverancier zich echter uitsluitend *naar beste vermogen* te handelen. Hij neemt, met andere woorden, een inspanningsverbintenis in plaats van een resultaatsverbintenis op zich.

Ten tweede staat een 'normaalttype' garantie er (in beginsel) aan in de weg dat de garant zich bij schending van de gegarandeerde verbintenis op overmacht beroept. De art. 16, 25 en 30 wijken daarvan af. Het duidelijkste voorbeeld betreft art. 30. Dat artikel bepaalt dat de garantieverplichting niet van toepassing is als de fouten geheel of gedeeltelijk het gevolg zijn van 'van buiten komende oorzaken zoals bijvoorbeeld brand- of waterschade'. Bij schending van een 'normaalttype' garantie zou een beroep op een zodanige vorm van overmacht (in beginsel) niet mogelijk zijn. De art. 16 en 25 bepalen dat de leverancier kosten in rekening zal respectievelijk kan brengen als hij de garantieverplichting vervult terwijl de gebreken niet aan hem zijn toe te rekenen. De leverancier is in dat geval dus wel verplicht alsnog behoorlijk na te komen, maar zal/mag daarvoor wel een rekening sturen. Bij schending van een 'normaalttype' garantie zou alsnog nakomen, zelfs bij overmacht, (in beginsel) kosteloos dienen te geschieden.

Gardeniers, Van Schelven en Stouthamer twijfelen bij het bepalen van de inhoud van de art. 18 en 26 van de FENIT 1994 (vrijwel identiek aan de art. 25 en 30 van de FENIT 2003).⁹¹ In hun commentaar op die artikelen schrijven zij: 'De woorden "naar beste vermogen" die in de garantiebepaling zijn gehanteerd, *lijken* op een inspanningsverbintenis te duiden.' (cursivering TG). Ik kan me goed voorstellen waarom zij twijfelen. Ook zij bespeuren kennelijk enige frictie tussen de inhoud van garantieverplichtingen vervat in de art. 16, 25 en 30 en wat normaliter onder een garantie wordt verstaan.

De vraag is hoe met deze frictie moet worden omgesprongen. De neiging bestaat toch betekenis toe te kennen aan het veelvuldig gebruik van de woorden garantie, garantieperiode en garantieverplichting in de kopjes en verwijzingen naar de art. 16, 25 en 30. Die neiging bestaat omdat het gebruik van die woorden bij afnemers bepaalde verwachtingen zou kunnen wekken over de inhoud van de verbintenis (resultaatsverbintenis waarbij ingeval van schending (in beginsel) geen beroep op overmacht is toegestaan) en de branchevereniging FENIT er bewust voor kiest zodanige verwachtingen niet waar te maken.

91 Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer 2001, art. 26, aant. 1 en art. 33, aant. 1.

Daardoor zet de FENIT de afnemers die die verwachtingen koesteren op het verkeerde been. Een manier om aan die verwachtingen tegemoet te komen is door te oordelen dat de leverancier zich, ingeval van art. 30, niet mag beroepen op de elementen van overmacht die hij niet uitzondert en, ingeval van art. 16 en 25, helemaal niet op overmacht.

Toch meen ik dat aan die neiging niet moet worden toegegeven. Het etiketteren van bepaalde verplichtingen als garanties mag op zichzelf geen gevolgen hebben. Bepalend is immers wat feitelijk is overeengekomen en niet hoe partijen het overeengekomene aanduiden. In contracten staat wel eens dat de kopjes slechts als leeshulp dienen en dat daaraan geen juridische betekenis mag worden toegekend. Hetzelfde geldt mijns inziens in deze situatie. Mij lijkt dat slechts een kleine groep afnemers de hierboven geschetste verwachting koestert en dat zelfs die kleine groep die verwachting niet zou mogen koesteren op basis van het etiket. Het etiket geeft slechts aan welke verplichtingen de leverancier heeft nadat een bepaald product of een bepaalde dienst is geleverd. Die verplichting wordt in de praktijk nu eenmaal aangeduid met het woord garantie. Daarmee wordt niet beoogd iets te zeggen over de inhoud van de betreffende garantie. Die inhoud wordt door het artikel zelf bepaald en niet door het etiket dat daarop wordt geplakt.

Belangrijker is de vraag hoe de 'garanties' opgenomen in de art. 16, 25 en 30 zich verhouden tot de exonerationen opgenomen in art. 10. Om dit na te gaan moet worden onderscheiden tussen art. 16 enerzijds en de art. 25 en 30 anderzijds. De één na laatste zin van art. 16.1 bepaalt dat als het herstel van aan de leverancier toerekenbare gebreken technisch of redelijkerwijs niet mogelijk is, de leverancier de voor de betreffende computerservice verschuldigde bedragen zal crediteren, zonder verder of anderszins jegens de afnemer aansprakelijk te zijn. De laatste zin van art. 16.1 bevat de volgende zogeheten *sole remedy* clause: 'Aan cliënt komen geen andere rechten wegens gebreken in de computerservice toe dan die welke in deze garantieregeling zijn beschreven.' Soortgelijke bepalingen als de twee laatste zinnen van art. 16.1 ontbreken, om voor mij onduidelijke redenen, bij de art. 25 en 30.

De garantie van art. 16 komt dus op het volgende neer. Als zich een gebrek voordoet in de resultaten van de computerservice en de hiervoor weergegeven clausuleringen daar niet aan in de weg staan, moet de leverancier dat gebrek herstellen. Als de leverancier het gebrek kan herstellen, betaalt de afnemer de rekening daarvoor, tenzij het gebrek aan de leverancier toerekenbaar is. Als de leverancier het gebrek niet kan herstellen, crediteert de leverancier de voor de betreffende computerservice verschuldigde bedragen, mits het gebrek aan de leverancier toerekenbaar is. Als gevolg van de *sole remedy* clause heeft de afnemer geen andere rechten. Aan de schadevergoedingsregeling van art. 10 komt hij dus niet toe.

Resteert dus nog de vraag tot hoever de aansprakelijkheid van de leverancier reikt als sprake is van een situatie waarop de art. 25 en 30 zien. Als we

de opvatting van Brunner, Van Rossum, Janssen en Klein (zie 5.1.3) volgen dat specifieke garanties prevaleren boven algemene exonerationen dan luidt het antwoord op de vraag of de garanties van art. 25 en 30 prevaleren boven de exonerationen van art. 10: ja, mits de versterkte inspanningsverbintenis als garantie kan worden gekwalificeerd. Teneinde niet in een cirkelredenering te verzan- den, neem ik aan dat de art. 25 en 30 inderdaad als garanties kunnen worden gekwalificeerd omdat ze nu eenmaal in de tekst van de FENIT-voorwaarden als garanties worden aangeduid. Als dat zo is, dan moeten die garanties volgens deze *specialis*-benadering prevaleren boven de exonerationen van art. 10. De art. 25 en 30 bevatten immers een specifieke garantie en de exonerationen van art. 10 zijn algemeen van aard. Het terzijde schuiven van de exonerationen van art. 10 betekent dat de leverancier onbeperkt aansprakelijk is bij schending van de garanties vervat in de art. 25 en 30. De leverancier kan zich in deze gedachtegang alleen beschermen tegen deze onbeperkte aansprakelijkheid door aan de exonerationen van art. 10 toe te voegen dat dat artikel eveneens van toepassing is op schending van de in art. 25 en 30 opgenomen garanties.

Toch meen ik dat de zojuist door mij, wellicht enigszins gechargeerde, uitgewerkte *specialis*-benadering niet juist is. Tot deze mening kom ik op basis van de argumenten die ik eerder tegen de *specialis*-benadering in zijn algemeenheid inbracht (zie 5.1.3). Het Haviltex criterium is bepalend voor het antwoord op de vraag tot hoever de aansprakelijkheid van de leverancier reikt bij schending van het ingevolge art. 25 en 30 'gegarandeerde'.⁹² Met andere woorden, welke zin mogen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs toekennen aan art. 10 enerzijds en de art. 25 en 30 anderzijds, in het bijzonder voor wat betreft hun onderlinge samenhang, en wat mogen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar verwachten? Uiteraard is het lastig dit criterium los te laten op een aantal artikelen, een denkbeeldige leverancier en een denkbeeldige afnemer, terwijl het criterium nu juist is gericht op toepassing in een concrete situatie. Laat ik het toch proberen.

Indien, vereenvoudigd en onvolledig weergegeven, sprake is van een fout in de soft- of hardware en de afnemer deze fout tijdig meldt, is de leverancier volgens art. 25 en 30 gehouden deze fout te herstellen. Deze verplichting tot nakoming zegt echter nog niets over de aansprakelijkheid voor eventuele schade die de afnemer lijdt door deze fout. Wordt die aansprakelijkheid beheerst door art. 10? Naar mijn idee wel. De art. 25 en 30 bepalen slechts op welke wijze de leverancier alsnog moet nakomen als zich een gebrek voordoet. Deze regeling aangaande de gevolgen van niet-nakoming is, anders dan bij art. 16, niet uitputtend (geen *sole remedy* clause). De overige gevolgen van niet-nakoming, waaronder schadevergoeding, worden geregeld door de overige bepalingen van de FENIT-voorwaarden, waaronder (ingeval van schadevergoeding) art. 10.

92 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (concl. A-G Franx; *Ermes/Haviltex*; m.nt. Brunner).

Het bovenstaande komt kort gezegd op het volgende neer. De 'garanties' vervat in de art. 16, 25 en 30 zijn geen 'normaalttype' garanties (resultaatsverbintenis plus (in beginsel) geen beroep op overmacht). Zij bevatten sterk geclausuleerde inspanningsverbintenissen. Bij schending van art. 16 (gebreken in computerservice) is de leverancier uitsluitend gehouden tot herstel en, als dat niet mogelijk is, tot creditering van het daarvoor verschuldigde bedrag. De afnemer is, bij schending van dat art. 16, niet gerechtigd tot schadevergoeding op basis van art. 10 (exoneratie) omdat art. 16 een *sole remedy* clause bevat en het gevolg van die clause is dat de afnemer niet aan de exoneratie toe komt. Bij fouten zoals bedoeld in de art. 25 (fouten in software) en 30 (fouten in hardware) is de afnemer gerechtigd schadevergoeding te claimen op basis van art. 10 (exoneratie). De art. 25 en 30 bevatten immers geen *sole remedy* clause.

FENIT 1994 garanties

De FENIT 1994 bevatten bepalingen die soortgelijk zijn aan de art. 16, 25 en 30 van de FENIT 2003. Dat zijn de art. 18, 26 respectievelijk 33. De hiervoor genoemde argumenten ten aanzien van de FENIT 2003 zijn dus *mutatis mutandis* van toepassing op de daarmee corresponderende artikelen in de FENIT 1994.

Echter, anders dan art. 16 FENIT 2003 bevat art. 18 FENIT 1994 geen *sole remedy* clause. Gevolg daarvan is dat art. 18 FENIT 1994 op gelijke wijze als art. 26 en 33 FENIT 1994 moet worden behandeld.

BiZa garanties

Art. 7.1 van de licentieovereenkomst bevat een hele waslijst aan garanties. De leverancier geeft deze garanties af voor een periode van vijf jaar na Acceptatie. Acceptatie wordt gedefinieerd als goedkeuring van alle onderdelen van de gelicentieerde software (art. 1.10). De belangrijkste garantie voor het onderwerp van deze paragraaf is opgenomen in art. 7.1 sub a. De garantie luidt:

7.1 'Leverancier garandeert gedurende vijf jaar na Acceptatie dat:

a. de Programmatuur ook bij piekbelasting, zoals gedefinieerd in Bijlage ..., de overeengekomen eigenschappen bevat, zoals vastgelegd in deze overeenkomst en voldoet aan de specificaties zoals opgenomen in Bijlage ...;'

De leverancier schendt de garantieverbintenis als de software gedurende de garantieperiode niet de overeengekomen eigenschappen bevat of niet voldoet aan de overeengekomen specificaties. Interessant is welke gevolgen verbonden zijn aan deze tekortkoming in de nakoming. Op het eerste gezicht zou ik zeggen dat de afnemer in dat geval (onder andere) gerechtigd is van de leverancier (kosteloze) nakoming alsmede schadevergoeding te verlangen. Echter, bestudering van art. 7.2 brengt mij op andere gedachten. Dat artikel bepaalt namelijk:

7.2 'Onverminderd het bepaalde sub 7.1, garandeert Leverancier voor de duur van twaalf maanden na Acceptatie dat Gebreken in de Programmatuur voor rekening van Leverancier zullen worden verholpen.'

Het begrip 'Gebrek' wordt gedefinieerd als:

1.11 'Gebrek: Het niet (volledig) voldoen van de Programmatuur aan de overeengekomen specificaties, dan wel het anderszins niet naar behoren functioneren van de Programmatuur.'

De situatie waarin de software 'niet de overeengekomen eigenschappen bevat of niet voldoet aan de overeengekomen specificaties' (art. 7.1 sub a) komt strikt genomen niet noodzakelijkerwijs overeen met de situatie waarin de software 'niet (volledig) voldoet aan de overeengekomen specificaties of anderszins niet naar behoren functioneert' (art. 1.11). Toch lijkt mij dat in de meeste gevallen waarin de software 'niet de overeengekomen eigenschappen bevat of niet voldoet aan de overeengekomen specificaties', de software tevens 'niet (volledig) voldoet aan de overeengekomen specificaties of anderszins niet naar behoren functioneert'. Indien een zodanige samenloop zich voordoet gedurende de eerste twaalf maanden na Acceptatie, geldt art. 7.2 en moet de leverancier die Gebreken kosteloos verhelpen. Indien daarna (maar voordat vijf jaar na Acceptatie zijn verstreken) sprake is van een zodanige samenloop, dan moet – *a contrario* geredeneerd – de leverancier dit Gebrek herstellen maar komen de kosten van een zodanig herstel voor rekening van de afnemer.

Aardig is verder de wijze waarop overmacht van invloed is op de garanties. Bij schending van garanties is doorgaans geen beroep op overmacht mogelijk (zie 5.1.3). Bij schending van de garanties in art. 7.1 en 7.2 is echter wel een beroep mogelijk op de vormen van overmacht die in art. 7.3 zijn opgesomd. Dat art. 7.3 bepaalt, voorzover relevant:

7.3 'dat de afnemer geen beroep kan doen op de garantiebepalingen als de leverancier weet te bewijzen dat 'een gebrek ... terug te voeren is op niet aan Leverancier toe te rekenen hardware-oorzaken of op niet door Leverancier geleverde of geadviseerde programmatuur ...'.

Ook heeft (een bepaalde vorm van) overmacht invloed op de eventuele verlenging van de garantieperiode (art. 7.7 eerste alternatief) of het verschuldigd zijn van een boete (art. 7.7 tweede alternatief) in gevallen dat de software langer dan een overeengekomen tijdsperiode ten gevolge van Gebreken buiten werking is. Deze artikelen luiden, voorzover relevant:

7.7 a1 'Indien de Apparatuur en/of Programmatuur tijdens de garantieperiode ten gevolge van Gebreken in de Programmatuur meer dan ... [uur/dagen/... % van de in Bijlage ... genoemde tijd] (geheel) buiten werking is, zal de garantie-

periode met het aantal uitval [uren/dagen] worden verlengd. Dit lijdt uitzondering voor Gebreken waarvan Leverancier aantoont dat deze verwijtbaar zijn aan Opdrachtgever c.q. zijn terug te voeren op niet aan hem toe te rekenen oorzaken.’

7.7 a2 ‘Indien de Apparatuur en/of Programmatuur tijdens de garantieperiode ten gevolge van Gebreken in de Programmatuur meer dan ... [uur/dagen/ ... % van de in Bijlage ... genoemde tijd] (geheel) buiten werking is, zal Leverancier aan Opdrachtgever een boete verschuldigd zijn van f ... per [uur/kalenderdag/procent/overtreding].

[Deze boete laat de overige rechten van Opdrachtgever, waaronder die op schadevergoeding, onverlet./Deze boete heeft het karakter van een reeds nu voor alsdan forfaitair vastgestelde schadevergoeding.]

Dit lijdt uitzondering voor het buiten werking zijn ten gevolge van Gebreken waarvan Leverancier aantoont dat deze niet aan hem zijn toe te rekenen.’

Uit art. 7.7 eerste alternatief blijkt dat de garantieperiode niet wordt verlengd als de leverancier aantoont dat de ‘Gebreken ... verwijtbaar zijn aan Opdrachtgever c.q. zijn terug te voeren op niet aan hem toe te rekenen oorzaken ...’. Uit art. 7.7 tweede alternatief blijkt dat een boete niet is verschuldigd als de leverancier aantoont dat de ‘gebreken ... niet aan hem zijn toe te rekenen.’.

5.2 VERDERE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

In het Saladin/HBU-arrest noemt de Hoge Raad ‘de verdere inhoud van de overeenkomst’ in één adem met ‘de aard van de overeenkomst’. Onder de noemer ‘verdere inhoud’ vallen mijns inziens met name wanverhoudingen (tussen beloning en mogelijke schade enerzijds en tussen exoneration en mogelijke schade anderzijds), verhaalsmogelijkheden op een voorschakel en third- en first party-verzekeringen. Deze onderwerpen bespreek ik hierna.

Voordat ik deze onderwerpen bespreek, ga ik in op toerekening bij gebruik van hulpzaken omdat de argumenten die in dat kader worden gebruikt ook worden gehanteerd bij de daarna te bespreken onderwerpen.

De paragrafen over wanverhoudingen, verhaal op een voorschakel en verzekeringen verdeel ik weer onder in paragrafen over de invloed op aansprakelijkheid en de invloed op exonerationen. Dat doe ik omdat de argumenten die ik gebruik ter ondersteuning of bestrijding van de invloed (van bijvoorbeeld verzekeringen) op aansprakelijkheid vaak *mutatis mutandis* gebruik voor de ondersteuning of bestrijding van de invloed (van bijvoorbeeld verzekeringen) op exonerationen.

5.2.1 Toerekening bij gebruik hulpzaken

In het hiernavolgende laat ik de argumenten die een rol spelen bij toerekening van het gebruik van hulpzaken de revue passeren omdat die argumenten ook worden gehanteerd bij de daarna te bespreken onderwerpen wanverhoudingen, verhaal op een voorschakel en verzekeringen. Het commentaar op die argumenten bespreek ik niet in deze paragraaf, maar in de afzonderlijke paragrafen waarin ik deze argumenten toepas op de invloed van wanverhoudingen, verhaal op een voorschakel en verzekeringen op aansprakelijkheid en exonenties.

Het Vliegtuigvleugel-arrest is het klassieke voorbeeld bij uitstek waar een wanverhouding tussen de beloning en de omvang van de mogelijke schade leidt tot afwijzing van aansprakelijkheid.⁹³ Deze zaak komt kort gezegd op het volgende neer. Fokker geeft opdracht aan Zentveld een vliegtuigvleugel van een dekschuit op een transportwagen te plaatsen tegen vergoeding van NLG 17,50 per uur. De hijskraanbalk is gezekerd met een bout. Tijdens het takelen bezwijkt de bout. De vliegtuigvleugel glijdt naar beneden. De schade aan de vliegtuigvleugel bedraagt NLG 119.856. Eén van Fokkers verzekeraars vergoedt een deel van de schade aan Fokker, treedt bij wijze van subrogatie in Fokkers rechten en vordert het door haar aan Fokker vergoede bedrag van Zentveld. Zentveld beroept zich onder andere op overmacht.

De Hoge Raad oordeelt dat als een leverancier die bij de uitvoering van een resultaatsverbintenis gebruik maakt van werktuigen die, als zij falen, ernstige schade kunnen berokkenen, aantoonbaar is dat dat falen niet door hem kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaf, het onderhoud en de controle aan het werktuig en dat falen ook overigens niet aan zijn schuld te wijten is, de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid mee kunnen brengen dat hij voor dat falen niet aansprakelijk is. Dit kan volgens de Hoge Raad in het bijzonder het geval zijn als het falen van het werktuig de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe beloning, onredelijk zou zijn de leverancier het risico daarvan te laten dragen. De Hoge Raad meent ook dat in de omstandigheid dat de afnemer voor de veroorzaakte schade verzekerd is, een aanwijzing kan worden gevonden dat het betreffende risico naar verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

Naar huidig recht zou het oordeel van de Hoge Raad als volgt in het systeem kunnen worden ingepast. Zentveld is in beginsel aansprakelijk omdat hij tekort schiet in de nakoming van een verbintenis en Fokker daardoor schade lijdt (art. 6:74 BW). Als de tekortkoming echter niet aan Zentvelds schuld is te wijten, dan is hij niet aansprakelijk (art. 6:75 BW). De tekortkoming is wel

93 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (concl. A-G Van Oosten; *Vliegtuigvleugel of Fokker/Zentveld*; m.nt. G.J. Scholten).

aan zijn schuld te wijten als hij tekort is geschoten in zorg bij de aanschaf, het onderhoud of de controle van de hulpzaak, aldus de Hoge Raad. Als geen sprake is van schuld is Zentveld echter toch aansprakelijk als de tekortkoming krachtens de wet voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW). De tekortkoming komt krachtens de wet voor zijn rekening omdat hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt van een hijskraan die daartoe ongeschikt is (art. 6:77 BW). De tekortkoming wordt echter niet aan Zentveld toegerekend als dit onredelijk zou zijn (art. 6:77 BW).

De Hoge Raad oordeelt dat toerekening onredelijk kan zijn (vgl. art. 6:77 BW) als er een wanverhouding is tussen de geringe beloning en de schade die door het gebruik van de hulpzaak kan ontstaan. De Hoge Raad oordeelt dat toerekening eveneens onredelijk kan zijn als de afnemer zich voor de veroorzaakte schade verzekerd heeft. Dat verzekeren gebeurt door middel van een zogenaamde first party-verzekering. Kortom, het *kan* – er is sprake van gezichtspunten – onredelijk zijn de tekortkoming ontstaan bij gebruik van een hulpzaak aan de gebruiker van die hulpzaak toe te rekenen als (i) de beloning gering is en de mogelijke schade groot of (ii) de afnemer verzekerd is voor de veroorzaakte schade.

Brunner kan zich niet vinden in dit oordeel van de Hoge Raad in het Vliegtuigvleugel-arrest.⁹⁴ Ten eerste meent Brunner dat in het zakelijk verkeer gebruik van ongeschikte hulpzaken voor rekening komt van de leverancier.

Verder verzet Brunner zich tegen het gezichtspunt dat in het feit dat Fokker zich tegen schade had verzekerd een aanwijzing kan worden gevonden dat het risico van schade aan de vliegtuigvleugel naar verkeersopvattingen voor haar rekening komt. Brunner wijst er op dat beide partijen zich hadden verzekerd en dat daaruit dus geen aanwijzing of vermoeden te putten valt voor het al dan niet aansprakelijk zijn van Zentveld. Hij memoreert dat het Haagse Hof na verwijzing weliswaar vast stelt dat ook Zentveld verzekerd was, maar dat het Hof vervolgens concludeert dat uit het geringe bedrag waarvoor Zentveld zich had verzekerd (NLG 20.000) eerder valt af te leiden dat Zentveld er van uitging dat hij voor kleine schade wel, voor grote schade niet aansprakelijk zou zijn.

Tot slot wijst Brunner er op dat in het oud BW, in tegenstelling tot het huidige BW (art. 6:109 BW), geen rechterlijke matigingsbevoegdheid is opgenomen. Als een rechterlijke matigingsbevoegdheid toentertijd wel zou hebben bestaan, dan zou het volgens Brunner niet onwaarschijnlijk zijn dat Zentveld wel aansprakelijk zou zijn geweest, maar zijn aansprakelijkheid zou zijn gematigd tot het bedrag van zijn aansprakelijkheidsverzekering. Brunner houdt het erop dat de beslissing in belangrijke mate is bepaald door de omstandigheid dat Fokker de schade van haar verzekeraars vergoed had gekregen, terwijl

94 Brunner 1973, p. 14-15; Brunner 1992, p. 96.

Zentveld wellicht in een financiële noodtoestand zou worden gebracht als hij de schade had moeten vergoeden.

In het Cadix-arrest wordt een schoonmaakbedrijf door één van afnemers aangesproken omdat de leverancier bij de uitvoering van zijn schoonmaakwerkzaamheden een ongeschikt schoonmaakmiddel gebruikt en daardoor schade veroorzaakt aan zaken van die afnemer.⁹⁵ De Hoge Raad is het niet eens met de argumenten van de leverancier dat de beloning gering is in verhouding tot de omvang van de veroorzaakte schade en hij niet verzekerd is tegen die schade. Immers, degene van wie de leverancier het schoonmaakmiddel had gekocht, had gegarandeerd dat het volledig neutraal en onschadelijk was. De leverancier had de door hem veroorzaakte schade op deze verkoper kunnen verhalen, aldus de Hoge Raad. Aan bovenstaand gezichtspunt uit het Vliegtuigvleugel-arrest kan dus worden toegevoegd dat het wel redelijk kan zijn de tekortkoming ontstaan bij gebruik van een hulpzaak aan de gebruiker van die hulpzaak toe te rekenen als deze gebruiker de veroorzaakte schade op de verkoper van de hulpzaak zou kunnen verhalen.

Overigens is nu een strengere wettelijke regeling voor consumentenkoop van kracht. De verkoper kan de schade die hij aan een consument-koper heeft moeten vergoeden (in beginsel) verhalen op zijn verkoper en die verkoper weer op zijn verkoper enz.⁹⁶ Daarbij is relevant dat de kopers eventuele exonerationen van de verkopers (in beginsel) mogen vernietigen (art. 7:25 jo. 24 jo. 6 jo. 3:40 lid 2 BW). In het Cadix geval zou de leverancier echter niets aan die regeling hebben gehad. Hij maakte schoon voor een ondernemer. Er was dus geen *ultimate consumer* die schade leed.

Ook art. 6:244 BW, dat de beknelde tussenschakel te hulp schiet, heeft zijn beperkingen. Het artikel kan 'slechts' worden toegepast als de exoneration van de beknelde tussenschakel op basis van de algemene voorwaarden titel vernietigd is en er een nauwe samenhang bestaat tussen de exoneration van de voor-schakel en de vernietigde exoneration van de beknelde tussenschakel.

Combineren we de gezichtspunten uit het Vliegtuigvleugel en het Cadix-arrest, dan levert dat het volgende beeld op. Het kan onredelijk zijn de tekortkoming ontstaan bij gebruik van een hulpzaak aan de gebruiker van die hulpzaak toe te rekenen als (i) de beloning gering is en de mogelijke schade groot (wanverhouding beloning en mogelijke schade) of (ii) de afnemer verzekerd is voor de veroorzaakte schade (first party-verzekering). Toerekening van de tekortkoming kan echter wel redelijk zijn als de gebruiker van die hulpzaak zijn schade op zijn verkoper zou kunnen verhalen (verhaal op voorschakel).

⁹⁵ HR 13 december 1968, NJ 1969, 174 (concl. A-G Van Oosten; *Cadix of Polyclens*; m.nt. G.J. Scholten).

⁹⁶ Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 460-465.

5.2.2 Wanverhoudingen

In deze paragraaf bespreek ik de invloed die uitgaat van wanverhoudingen (tussen beloning en mogelijke schade enerzijds en tussen exoneration en mogelijke schade anderzijds) op de aansprakelijkheid van de leverancier en op diens exoneration.

Invloed op aansprakelijkheid

Een wanverhouding tussen beloning en mogelijke schade (geringe beloning en mogelijke grote schade) kan volgens het Vliegtuigvleugel-arrest in de weg staan aan het toerekenen van de tekortkoming aan de gebruiker van een hulpzaak (zie 5.2.1).⁹⁷ Dit argument wordt in de praktijk ook wel gebruikt om aansprakelijkheid te ontlopen.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat belangenloze dienstverlening een reden kan zijn voor de rechter de matigingsbevoegdheid ex art. 6:109 BW toe te passen.⁹⁸ Met Krans meen ik dat in het verlengde daarvan de rechter eveneens gebruik kan maken van die matigingsbevoegdheid ingeval van een wanverhouding tussen beloning en mogelijke schade.⁹⁹

Invloed op exoneration

Welke invloed heeft een wanverhouding tussen de beloning en de mogelijke schade op de toets of (een beroep op) een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is? Deze vraag is aan de orde gekomen in het Thermostaten-arrest.¹⁰⁰ Kort gezegd komt deze zaak op het volgende neer. Monster¹⁰¹ verkoopt thermostaten aan Van Kleef. Die thermostaten zijn bestemd voor installatie in een bepaald woningproject. Blijkens de toepasselijke REKU-voorwaarden 'geldt de voldoening aan de garantieverplichtingen als enige en algehele schadevergoeding en is elke andere vordering tot schadevergoeding uitgesloten, ... tenzij een en ander is te wijten aan opzet of grove schuld van de verkoper of diens ondergeschikten ...'. De thermostaten produceren te hoge temperaturen, waardoor de in beton gegoten verwarmingsbuizen uitzetten en scheuren in de plafonds veroorzaken. Van Kleef vordert van Monster NLG 126.790,85 aan schadevergoeding.

De Hoge Raad oordeelt dat bij de beantwoording van de vraag of een exoneration in strijd is met de goede trouw, twee omstandigheden (onder meer) relevant zijn. Voor het oordeel dat de exoneration niet in strijd is met de goede

97 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (concl. A-G Van Oosten; *Vliegtuigvleugel of Fokker/Zentveld*; m.nt. G.J. Scholten).

98 Parl. Gesch. Boek 6, p. 449-450 (M.v.A. II).

99 Krans 1999, p. 333.

100 HR 18 december 1981, NJ 1982, 71 (concl. A-G Ten Kate; *Thermostaten of Van Kleef/Monster*).

101 Eigenlijk heeft Jennen de thermostaten verkocht, maar aangezien Monster aansprakelijkheid heeft erkend voor de verplichtingen van Jennen en Monster ook als procespartij optreedt, zal ik gemakshalve alleen van Monster spreken.

trouw spreekt de omstandigheid dat de exoneration betrekking heeft op de levering van een weinig kostbaar artikel, waarvan een defect tot een schade kan leiden die in geen verhouding staat tot de waarde van het artikel (wanverhouding beloning en mogelijke schade). Tegen het oordeel dat de exoneration niet in strijd is met de goede trouw spreekt de omstandigheid dat de exoneration de aansprakelijkheid beperkt tot een fractie van de in geval van wanprestatie te verwachten schade (wanverhouding exoneration en mogelijke schade, zie (in kritisch zin) 4.2).

Hoe deze twee omstandigheden zich tot elkaar verhouden geeft de Hoge Raad niet aan.¹⁰² De A-G in deze zaak, Ten Kate, meent dat als op basis van de eerste omstandigheid (wanverhouding beloning en mogelijke schade) de exoneration redelijk te achten is, op basis van de tweede omstandigheid (wanverhouding exoneration en mogelijke schade) geen wanverhouding meer mag worden aangenomen. Dat ben ik met hem eens. Het meest waarschijnlijke scenario is dat als iemand een weinig kostbaar artikel of weinig kostbare dienst levert waardoor bij wanprestatie omvangrijke schade kan ontstaan (wanverhouding beloning en mogelijke schade), hij zijn aansprakelijkheid – in verhouding tot de mogelijke schade – in vergaande mate beperkt (wanverhouding exoneration en mogelijke schade). In dat geval zijn beide omstandigheden niet met elkaar te rijmen en prevaleert mijns inziens de eerste omstandigheid. De wanverhouding tussen beloning en mogelijke schade werpt gewicht in de schaal ten gunste van het oordeel dat (een beroep op) de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is.

De leverancier die zich er van bewust is dat zijn weinig kostbare product of dienst omvangrijke schade kan veroorzaken en *juist daarom* uit voorzichtigheid een vergaande exoneration bedingt, dient niet te worden ‘gestraft’ voor zijn voorzichtigheid. Zijn concurrent die geen exoneration bedingt is immers onder soortgelijke omstandigheden ook niet aansprakelijk.

Verder kan sprake zijn van een wanverhouding tussen de mogelijke schade en de exoneration in die zin dat de mogelijke schade hoog is en het volgens de exoneration maximaal te vergoeden bedrag gering (of zelfs nihil). In het Staalgrit-arrest billijkt de Hoge Raad dat het betreffende Hof aan die omstandigheid (naast andere omstandigheden) waarde toekent bij de toetsing van een exoneration en meent dat dat Hof daarmee tot uitdrukking heeft willen brengen dat die exoneration uiterst nadelig is voor de afnemer.¹⁰³ In een interview zegt Rijken dat uit dat arrest volgt dat exonerationen waarin staat ‘wij zijn nooit aansprakelijk’ niet mogen en dat als je die rechtspraak volgt al dat soort exonerationen onderuit gaan.¹⁰⁴ Ik realiseer me dat interviews zich niet goed lenen voor het aanbrengen van nuances en weet niet of Rijken deze uitspraak

102 Van Dunné 2004, p. 407-408.

103 HR 8 maart 1991, NJ 1991, 336 (concl. A-G Hartkamp; *De Kleijn/Van der Ende of Staalgrit*).

104 Van der Horst 2005, p. 214.

ook in schrift gestand zou doen. Voor het geval Rijken ook in schrift geen nuance zou willen aanbrengen, meen ik dat uit het Staalgrit-arrest enkel kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een wanverhouding tussen de mogelijke schade en de exoneratie als één van vele relevante omstandigheden aanmerkt, en dus niet als een op zich zelf staande omstandigheid die er automatisch toe leidt dat een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook uit het arrest Geeris/Van Beusekom blijkt dat volgens de Hoge Raad een ‘wij zijn nooit aansprakelijk’ exoneratie door de beugel kan (zie 3.3).¹⁰⁵

Hoe het ook zij, ook hier geldt mijns inziens dat de contractsvrijheid mee brengt dat de afnemer zich bij het uitonderhandelen van het contract moet realiseren wat aard en hoogte van de mogelijke schade zijn en een voor hem aanvaardbare exoneratie overeen moet komen. Slaagt hij daar niet in, dan kan worden betoogd dat hij daarmee het risico neemt dat de vergoeding volgens de exoneratie gering is in verhouding tot de mogelijke schade. De afnemer zou dit risico wellicht willen nemen als de prijs voor het te leveren product of de te leveren dienst laag is of als de eventueel in verband daarmee veroorzaakte schade door zijn verzekering is gedekt.

5.2.3 Voorschakel

In deze paragraaf bespreek ik de invloed die een verhaalsmogelijkheid (van de leverancier op zijn voorschakel) heeft op de aansprakelijkheid van de leverancier en diens exoneratie.

Invloed op aansprakelijkheid

Hoewel de hiervoor verwoorde gezichtspunten (op basis waarvan toerekening bij gebruik van ongeschikte hulpzaken onredelijk kan zijn) ‘slechts’ gezichtspunten zijn, blijf ik moeite houden met het feit dat verhaalsmogelijkheden van de leverancier op zijn voorschakel (bijvoorbeeld verkoper) *überhaupt* van invloed zijn op de aansprakelijkheid van de leverancier.

Mijns inziens wordt te gemakkelijk omgesprongen met de fictie van het kunnen verhalen op de verkoper. Neem het voorbeeld van het Cadix-arrest.¹⁰⁶

¹⁰⁵ HR 7 december 2001, *JOR* 2002, 44 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; *Geeris/Van Beusekom*).

¹⁰⁶ HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174 (concl. A-G Van Oosten; *Cadix of Polyclens*; m.nt. G.J. Scholten). Zie ook HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 319 (concl. A-G Hartkamp; *Heeren/Mertens*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat het verzuim van Mertens zijn voorschakel (een fabrikant van stenen) in vrijwaring op te roepen een ‘in beginsel relevante’ omstandigheid is die het Hof den Bosch in aanmerking had moeten nemen bij haar onderzoek naar de vraag of de exoneratie onredelijk bezwarend was. Zie voor het vervolg Hof Arnhem 27 mei 1997, *NJ* 1999, 592 (*Heeren/Mertens*).

De Hoge Raad oordeelt dat de leverancier eventuele schade die hij aan de afnemer zou moeten vergoeden op zijn verkoper *zou kunnen verhalen omdat* die verkoper de volledige neutraliteit en onschadelijkheid van het schoonmaakmiddel had gegarandeerd en de leverancier de door de afnemer geleden schade dus op de verkoper kan verhalen.

Hoewel de Hoge Raad dit argument (van verhaal op de voorschakel) gebruikt in het kader van de toerekening bij gebruik van een hulpzaak (thans art. 6:77 BW, zie 5.2.1), zou dit argument mijns inziens net zo goed (in bredere zin) kunnen worden opgeworpen door een afnemer die een leverancier heeft die op zijn beurt producten of diensten van een voorschakel heeft 'gekocht'. Deze afnemer zou kunnen betogen dat de leverancier aansprakelijk is vanwege het enkele feit dat hij de door de afnemer geleden schade op zijn verkoper *zou kunnen verhalen*.

Ik betwijfel of het enkele feit dat de verkoper een garantie heeft afgegeven betekent dat de leverancier de schade ook *daadwerkelijk* op zijn verkoper kan verhalen. Er zijn immers talloze redenen waarom de leverancier toch nog met een forse schadepost blijft zitten. Een aantal daarvan bespreek ik hieronder.

Ten eerste, de leverancier zou met de verkoper overeen gekomen kunnen zijn dat claims op de verkoper moet worden ingesteld binnen 14 dagen na levering van het schoonmaakmiddel, op straffe van verval van het recht op schadevergoeding. Klaagt de afnemer na 14 dagen bij de leverancier, dan kan de leverancier geen regres (meer) nemen op de verkoper. En zelfs al zou dat niet zijn overeengekomen, dan nog lopen de verval- en verjaringstermijnen tussen de schoonmaak- en koopovereenkomst niet synchroon. Op een schoonmaakwerkovereenkomst – een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) – is een andere klachttermijn (art. 6:89 BW) en verjaringstermijn (vijf jaar, art. 3:310 BW) van toepassing dan de klachttermijn (art. 7:23 lid 1 BW) en verjaringstermijn (twee jaar na die klacht, art. 7:23 lid 2 BW) bij een koopovereenkomst van schoonmaakmiddelen. Er zijn dus situaties denkbaar dat op het moment dat de afnemer de leverancier in rechte betreft, de claim van de afnemer op de leverancier nog niet is verjaard, maar die van de leverancier op diens verkoper wel.

Ten tweede, de verkoper zou inmiddels failliet kunnen zijn. Ook in dat geval is een eventueel regres van de leverancier op de verkoper illusoir.

Ten derde, in de overeenkomst tussen de leverancier en de verkoper zou bepaald kunnen zijn dat schade die wordt veroorzaakt door schending van garanties beperkt is tot terugbetaling van de koopprijs. Als de door de leverancier aan de afnemer te vergoeden schade vele malen hoger is, dan zal de leverancier – als art. 6:244 noch 7:25 BW van toepassing zijn – alleen een klein deel van schade die hij aan de afnemer heeft moeten vergoeden op zijn verkoper kunnen verhalen.

Ten vierde, het Nederlandse systeem van forfaitaire proceskostenveroordelingen brengt met zich dat de degene die de procedure wint, (bijna) nooit zijn

daadwerkelijke proceskosten vergoed krijgt. Als de leverancier er al in slaagt de verkoper te laten veroordelen tot betaling van schadevergoeding en proceskosten, dan blijft hij nog steeds zitten met een flink deel aan proceskosten die hij op niemand kan verhalen. Het zal de leverancier om het even zijn of de schade waarmee hij blijft zitten bestaat uit schade die hij niet op de verkoper kan verhalen of schade die bestaat uit niet verhaalbare proceskosten. Het gevolg is ook hier dat de leverancier niet alle schade die hij aan de afnemer moet vergoeden op de verkoper kan verhalen.

Tot slot lijkt het me in de praktijk (vrijwel) onmogelijk in een procedure zeker te stellen dat de leverancier de schade die hij aan de afnemer moet vergoeden altijd op zijn verkoper kan verhalen. De meest ideale situatie zou zijn dat de leverancier die in de hoofdzaak door de afnemer wordt aangesproken de verkoper in vrijwaring oproept. Dan zou de rechter de leverancier (in de hoofdzaak) en de verkoper (in de vrijwaringszaak) gelijktijdig kunnen veroordelen tot schadevergoeding, voorzover verschillen in klacht-, verjarings- en vervaltermijnen noch exonerationen daaraan in de weg staan. Maar ook in dat geval kan de verkoper kort nadat het vonnis gewezen is, failliet gaan. Dan moet de leverancier toch de schade aan de afnemer vergoeden hoewel hij die schade niet (meer) op zijn verkoper kan verhalen.

Het tegenargument zou zijn dat het niet op tijd klagen, verjaren, vervallen, exoneren en failleren een probleem is van de leverancier. Hij kiest immers voor de bewuste verkoper, het bewuste schoonmaakproduct en de inhoud van de koopovereenkomst. Dat regardeert de afnemer niet. Als de leverancier niet in de situatie wil komen te verkeren dat hij geen verhaal heeft op de verkoper, dan moet hij zich daar maar beter tegen wapenen. Dit kan op verschillende manieren.

Zo kan de leverancier *back-to-back* contracteren met de afnemer, dat wil zeggen dat de leverancier de contractsvoorwaarden die hij met de verkoper is overeen gekomen eveneens van toepassing laat zijn op de overeenkomst tussen de leverancier en de afnemer. Daarbij moet de leverancier met de afnemer kortere termijnen (bijvoorbeeld klacht- en verjaringstermijnen) overeen komen dan dat hij met de verkoper is overeengekomen. Dan heeft de leverancier nog de tijd eventuele claims van de afnemer 'door te spelen' naar de verkoper. Andersom *back-to-back* contracteren kan uiteraard ook, dat wil zeggen de leverancier komt de voorwaarden die hij met de afnemer is overeengekomen eveneens (in gewijzigde vorm) overeen met de verkoper.

Verder zou de leverancier met de verkoper overeen kunnen komen dat deze hem vrijwaart (en schadeloos stelt) voor claims van derden, waaronder in dit geval de afnemer.

De leverancier zou de verkoper ook kunnen verplichten zich te verzekeren en de leverancier als mede-verzekerde op te laten nemen in de polis. Zo nodig kan de leverancier er ook voor kiezen de verkoper alle rechten op verzekeringsuitkeringen reeds nu voor alsdan aan hem te cederen of, voor het geval dit

in strijd zou zijn met het *fiducia*-verbod (art. 3:84 lid 3 BW), (stil) aan hem te verpanden (art. 3:239 BW).

Deze tegenargumenten overtuigen mij niet. Een dienst wordt in de regel geleverd tegen betaling van een bepaalde prijs en volgens bepaalde voorwaarden. Beide factoren – prijs en voorwaarden (waaronder aansprakelijkheidsrisico's) – beïnvloeden elkaar wederzijds. Als een leverancier altijd aansprakelijk wordt geacht op het moment dat er een voorschakel in het spel is, dan wordt de vrijheid van partijen prijs en voorwaarden uit te onderhandelen aangetast. De leverancier zal het risico dat hij altijd aansprakelijk is immers in de prijs verdisconteren, terwijl de afnemer dit risico misschien wel zelf wil dragen in ruil voor een lagere prijs. Mogelijkheden tot risicoallocatie en prijsvorming worden partijen dan ten onrechte ontnomen. Bovendien kunnen deze tegenargumenten net zo goed worden omgedraaid. Als de afnemer mee wil profiteren van een eventuele schadevergoeding die de leverancier van zijn verkoper verkrijgt, dan moet de afnemer dat maar met de leverancier overeenkomen.

Het voorgaande betekent dat als men tot de voorlopige conclusie komt dat de leverancier niet aansprakelijk is, de aanwezigheid van een voorschakel op wie de leverancier die schade *zou kunnen verhalen* er niet toe mag leiden dat de leverancier toch aansprakelijk is. Het is, zoals uit het voorgaande blijkt, een illusie te denken in termen van een ideale wereld waarin de uiteindelijke laedens alle schade moet betalen, de uiteindelijke gelaedeerde al zijn schade vergoed krijgt en alle tussenschakels er – modern gezegd – budgettair neutraal van af komen. Algemene regels die op die leest zijn geschoeid ontberen realiteitszin. Er bestaat altijd een kans dat de leverancier met omvangrijke schade blijft zitten. Zolang die kans bestaat kan de regel dat de leverancier (toch) aansprakelijk is *omdat* hij zijn schade op een voorschakel zou kunnen verhalen, niet worden aanvaard.

Invloed op exoneration

Zojuist concludeerde ik dat een leverancier niet aansprakelijk mag zijn vanwege het enkele feit dat er een voorschakel is op wie hij de aan de afnemer te vergoeden schade zou kunnen verhalen. Om dezelfde redenen en *a fortiori* mag de enkele aanwezigheid van een voorschakel op wie de leverancier de (aan de afnemer te vergoeden) schade *zou kunnen verhalen* niet van invloed zijn op de vraag of een (beroep van de leverancier op zijn) exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Immers, als de leverancier bij gebreke aan een exoneration al niet aansprakelijk is vanwege het enkele feit dat er een voorschakel in het spel is, dan is hij dat zeker niet als hij terzake een exoneration met de afnemer overeen is gekomen. En voorzover er al een regel zou bestaan dat de enkele aanwezigheid van een voorschakel van invloed is op de toetsing van een exoneration, beoogen partijen

juist van deze regel af te wijken door een exoneration overeen te komen. Deze wens dient te worden gerespecteerd.

5.2.4 Verzekeringen

In deze paragraaf bespreek ik de invloed die verzekeringen en verzekeringsmogelijkheden van de leverancier (third party-verzekeringen) en de afnemer (first party-verzekeringen) hebben op de aansprakelijkheid van de leverancier en diens exoneration.

Invloed third-party verzekeringen op aansprakelijkheid

De stap van geen aansprakelijkheid wegens mogelijk verhaal op een voorschakel (zie 5.2.3) naar bestrijding van de *assurance oblige* gedachte (aansprakelijkheid vanwege verzekering) is snel gezet. Het argument dat de leverancier aansprakelijk zou zijn omdat hij verzekerd is, dient ontkennend te worden beantwoord.¹⁰⁷ De argumenten die ik hierboven aandroeg ter bestrijding van de opvatting dat de leverancier aansprakelijk is omdat hij verhaal *zou kunnen nemen* op zijn voorschakel, zijn ook hier *mutatis mutandis* van toepassing. De verzekeraar van de leverancier is, net als een voorschakel, een partij die de schade die de leverancier aan de afnemer moet betalen, aan de leverancier zou kunnen vergoeden.

Daarnaast is relevant dat hoewel het door de leverancier gedragen insolventierisico minder groot is bij een verzekeraar dan bij een voorschakel, de verzekerde op andere gebieden in een minder gunstige positie kan verkeren dan de leverancier die verhaal op zijn voorschakel zou kunnen nemen. Zo is in veel verzekeringsovereenkomsten gebruikelijk een eigen risico te hanteren en leiden sommige no-claim kortingen en bonus-malus systemen er toe dat de verzekerde goedkoper uit is de schade zelf te dragen in plaats van deze op de verzekeraar te verhalen. Ook kunnen claims bij de verzekeraar er toe leiden tot de verzekeraar het volgend jaar de premies verhoogt of zelfs de verzekering opzegt. Kortom, ook bij mogelijk verhaal op een verzekeraar is het zeker niet zo dat de verzekerde daar niets van merkt en de geleden schade volledig wordt opgevangen door verzekeringsuitkeringen.

Toch oordeelt de Hoge Raad in het Vliegtuigvleugel-arrest dat het feit dat iemand verzekerd is een aanwijzing vormt dat het risico waartegen hij zich heeft verzekerd naar verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.¹⁰⁸ G.J. Scholten merkt in zijn noot bij het Vliegtuigvleugel-arrest op dat verzekerd zijn niet zonder meer alles kan zeggen. Een afnemer kan zich immers ook

107 Zie voor verdere bestrijding van de *assurance oblige* gedachte, onder meer wegens dogmatistische redenen, Hartlief 2000, p. 94.

108 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (concl. A-G Van Oosten; *Vliegtuigvleugel* of *Fokker/Zentveld*; m.nt. G.J. Scholten).

verzekeren omdat hij niet het risico wil lopen dat de leverancier tot betaling niet in staat is, aldus G.J. Scholten. Hetzelfde geldt voor de leverancier. Hij kan zich verzekeren omdat hij niet het risico wil lopen failliet te gaan als gevolg van een schadeclaim van de afnemer. Verder verzekeren partijen, ook al zijn zij nog zo goed bij kas, zich ook wel omdat zij risicomijdend zijn. Denkbaar is eveneens dat partijen zich verzekeren omdat dit door de wet of hun branchevereniging is voorgeschreven. Als iemand door zich te verzekeren aansprakelijkheid naar zich toe trekt, ook al is dit 'slechts' bij wijze van gezichtspunt, dan zou het lonen zich niet te verzekeren. En als leveranciers zich daardoor niet verzekeren, snijden degenen die de *assurance oblige* gedachte propageren om de afnemer te beschermen, zich zelf in de vingers. Door zich niet te verzekeren verslechtert immers de draagkracht van de leverancier en dat is weer nadelig voor de afnemer.

Hoewel er allerlei redenen kunnen zijn een verzekering af te sluiten, meen ik dat een third party-verzekering, zoals een beroepsaansprakelijkheidsverzekering, bedoeld is het *vermogen van de leverancier* veilig te stellen tegen financiële risico's die aan de verwezenlijking van bepaalde risico's zijn verbonden.¹⁰⁹ Een third party-verzekering is niet bedoeld om *de afnemer* daartegen veilig te stellen. Een third party-verzekering is evenmin bedoeld om aansprakelijkheid op de leverancier te laden. Of, zoals Nieuwenhuis dat zo treffend verwoordt:

'Wie een schadeverzekering sluit geeft daarmee allerm minst te kennen dat naar zijn oordeel hij het is die de schade behoort te dragen. Uit het feit dat op grote schaal diefstal- en inbraakverzekeringen worden afgesloten mag niet worden afgeleid dat naar de thans in het verkeer geldende opvattingen dieven en inbrekers niet aansprakelijk zijn voor de door hen veroorzaakte schade.'¹¹⁰

Verzekeringen die wel tot doel hebben de ander te beschermen – bijvoorbeeld door voor een solvabele laedens te zorgen – zijn wettelijk verplichte verzekeringen die door de overheid op grond van rechtspolitieke overwegingen zijn voorgeschreven.¹¹¹ Professionele partijen die met elkaar contracteren hebben daar in hun onderlinge verhouding in de regel niet mee te maken.

Dat de leverancier een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten en daardoor bij een claim van een afnemer minder snel in financiële moeilijkheden zal geraken, is voor de afnemer mooi meegenomen. Dit vormt echter geen zelfstandige reden de leverancier aansprakelijk te laten zijn.

In een ander verband wordt de regel gehanteerd: 'je moet het slachtoffer nemen zoals het is'. Naar mijn idee kan die regel voor wat betreft *contractuele* aansprakelijkheid worden verandert in: 'je moet de dader nemen zoals je hem

109 Asser/Clausing & Wansink 1998 (5-IV), nr. 1; Hartlief 2000, p. 96.

110 Nieuwenhuis 1987, p. 210.

111 Hartlief 2000, p. 95.

kiesť. Als de leverancier een verzekering blijkt te hebben, dan is dat gunstig voor hem, net zoals het voor hem gunstig is als de leverancier *deep pockets* heeft van waaruit hij aanspraken van de afnemer kan vergoeden. De aanwezigheid van verzekeringen of *deep pockets* is echter geen toeval. Integendeel. Anders dan bij delictuele aansprakelijkheid is de leverancier voor de afnemer geen onbekende. De afnemer kiest ervoor met de bewuste leverancier zaken te doen. Of, zoals G.J. Scholten het uitdrukt:

‘In de contractuele sfeer heeft men elkaar, ieder met zijn apparaten, gezocht en gevonden. Het risico komt dan niet helemaal van buiten, men heeft het zelf binnen gehaald.’¹¹²

Bij de keuze voor een bepaalde contractspartij past dat de afnemer afweegt welke verhaalsmogelijkheden hij heeft als de leverancier tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Mocht de afnemer tot de conclusie komen dat de leverancier onvoldoende verhaal biedt, dan kan hij er voor kiezen dit risico te dragen of daarover nadere afspraken te maken met de leverancier. Zodanige nadere afspraken kunnen in allerlei vormen worden gegoten: de verplichting zich te verzekeren, jaarlijks kopieën (of uittreksels) van de polis te overleggen, jaarlijks informatie te verschaffen over welke claims wanneer en voor welk bedrag zijn ingediend, cessie (of voorzover cessie in strijd is met het *fiducia verbod* (art. 3:84 lid 3 BW) (stille) verpanding van vorderingen (art. 3:239 BW) op de verzekeraar, garanties (garanties tot nakoming (*performance guarantees*) of financiële garanties op afroep (*on demand financial guarantees*)), etc. Uiteraard kan de afnemer ook zelf een verzekering afsluiten. Hij verzekert zich dan door middel van een zogeheten first party-verzekering omdat hij niet het risico wil lopen dat de leverancier niet tot betaling in staat is.¹¹³

Assurabilité oblige (aansprakelijkheid vanwege verzekerbareid) is evenmin aanvaardbaar. De redenen die ik aandroeg ter bestrijding van de *assurance oblige* leer, gelden hier *a fortiori*. Als verzekerd zijn niet tot aansprakelijkheid mag leiden, dan mag het verzekerd kunnen zijn al helemaal niet tot aansprakelijkheid leiden.

Invloed third-party verzekeringen op exoneration

Hieronder zal ik eerst de opvattingen in literatuur en jurisprudentie over de invloed van third party-verzekeringen en third party-verzekerbareid op een exoneration bespreken. Daarna zal ik deze opvattingen bekritisieren.

112 G.J. Scholten in zijn noot bij HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (concl. A-G Van Oosten; *Vliegtuigvleugel of Fokker/Zentveld*; m.nt. G.J. Scholten).

113 G.J. Scholten in zijn noot bij HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (concl. A-G Van Oosten; *Vliegtuigvleugel of Fokker/Zentveld*; m.nt. G.J. Scholten).

Bloembergen vat zijn mening over de invloed van verzekering en verzekeraarheid op exoneraties als volgt samen:

‘Naarmate de verzekeringspositie van de benadeelde ten opzichte van die van de exonerant sterker is, zal het betoog dat op een exoneratie geen beroep gedaan kan worden zwakker zijn ... de omgekeerde regel geldt evenzeer.’¹¹⁴

Rijken meent dat een exoneratie (pas) gerechtvaardigd is als de wettelijke aansprakelijkheidsregels de leverancier in enorme financiële moeilijkheden brengen.¹¹⁵ Is de leverancier verzekerd, dan komt de leverancier volgens Rijken geen beroep toe op de exoneratie omdat de noodzaak te exonereren ontbreekt (variant op *assurance oblige*).¹¹⁶

Christiaans is wat voorzichtiger.¹¹⁷ Zijns inziens zal een exoneratie eerder als onredelijk worden aangemerkt als de leverancier zich wel heeft verzekerd tegen de risico's van schade, maar deze aansprakelijkheid toch heeft uitgesloten.

Wansink neemt een tussenstandpunt in.¹¹⁸ Hij meent dat het standpunt van Rijken – dat het enkele feit dat de leverancier terug kan vallen op een third party-verzekering betekent dat hem onder alle omstandigheden een beroep op de exoneratie behoort te ontvallen – te absoluut is. Wansink wijst erop dat andere omstandigheden van het geval hun waarde behouden. Zijns inziens mag de afnemer in beginsel aan een exoneratie worden gehouden als hij geacht kan worden bij het afsluiten van een overeenkomst het exoneratiebeding te hebben gekend en dit te hebben aanvaard.

Ook in de rechtspraak is de aanwezigheid van een third party-verzekering aangemerkt als omstandigheid die van belang is voor de beoordeling of (een beroep op) een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In Skeeler Marathons/Faber oordeelt het Hof Arnhem dat de aanwezigheid van een verantwoord verzekeringspakket aan de zijde van de leverancier een reden is die aan de rechtvaardiging van een exoneratie in de weg staat voorzover de schade niet meer beloopt dan het bedrag waarvoor de leverancier zich heeft verzekerd en redelijkerwijs kon verzekeren.¹¹⁹

In Van den Heuvel/Peeten oordeelt de Hoge Raad over een halogeenstraler die brand veroorzaakt in een champignonkwekerij dat het Hof in het kader van de beoordeling of een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is alle relevante omstandigheden in aanmerking

114 Bloembergen 1969, p. 115; Bloembergen 1980, p. 179.

115 Rijken 1983, p. 42.

116 Rijken 1983, p. 141-145.

117 Christiaans 2002, p. 93.

118 Wansink 1994, p. 156.

119 Hof Arnhem 10 november 1998, NJ 2002, 264 (Skeeler Marathons/Fabers).

had moeten nemen.¹²⁰ De Hoge Raad acht alle door Van den Heuvel aangedragen omstandigheden van belang. Eén van de aangedragen omstandigheden was de aanwezigheid van een third party-verzekering aan de zijde van Peeten. Na verwijzing meent het Hof Arnhem dat de third party-verzekering van Peeten één van de omstandigheden is die maakt dat een beroep op de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹²¹

Ook in *Kuunders/Swinkels Techniek* oordeelt de Hoge Raad over een werknemer van Swinkels Techniek die vergat na zijn werkzaamheden de alarminstallatie in te schakelen waardoor geen waarschuwing klonk toen de ventilatie het begaf en 764 varkens onopgemerkt kwamen te overlijden.¹²² De Hoge Raad meent dat het Hof alle omstandigheden waarop de partij die het beding buiten toepassing gelaten wil zien moet meewegen, 'waaronder in het bijzonder het feit dat de aansprakelijkheid van Swinkels, in beginsel, door verzekering was gedekt.'

De Rechtbank Den Bosch meent in *Steinz/Kluwer* dat het (beweerdelijke) feit dat leverancier Kluwer een aansprakelijkheidsverzekering heeft die de gevorderde schade dekt en het feit dat de verzekering van afnemer Steinz de schade niet dekt, *als zodanig* onvoldoende zwaarwegend is om te oordelen dat het beding onredelijk bezwarend is.¹²³

Dit brengt mij tot de invloed van third party-verzekerbareid op een exoneration. Rijken vindt een exoneration (evenmin) toelaatbaar als verzekeren op aanvaardbare wijze mogelijk is (variant op *assurabilité oblige* (aansprakelijkheid vanwege verzekerbareid)).¹²⁴

Jongeneel meent dat als de leverancier een exoneration hanteert terwijl het risico waartegen wordt geëxonerend verzekerbare is tegen een redelijke premie en met een aanvaardbaar risico, deze verzekerbareid een omstandigheid is die wijst op het onredelijk bezwarende karakter van de exoneration.¹²⁵

Ook hier is Christiaans wat voorzichtiger. Zijns inziens zal een exoneration eerder als onredelijk worden aangemerkt als het verzekeren van risico zowel mogelijk als in de branche gebruikelijk is.¹²⁶

120 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 412 (concl. A-G Hartkamp; *Van den Heuvel/Peeten of Champignonkwekerij*).

121 Hof Arnhem 22 oktober 2002, *NJ* 2003, 366 (*Van den Heuvel/Peeten of Champignonkwekerij*), vervolg op: HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 412 (concl. A-G Hartkamp; *Van den Heuvel/Peeten of Champignonkwekerij*).

122 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585 (concl. A-G Verkade; *Kuunders/Swinkels Techniek*); Van Wechem & Wissink 2004, p. 77.

123 Rechtbank Den Bosch 13 april 2005, rolnr. 04-470 (*Steinz/Kluwer*).

124 Rijken 1983, p. 50-53.

125 Jongeneel 1999, p. 46.

126 Christiaans 2002, p. 93.

De heersende leer inzake het verband tussen verzekeringen en exonerationen is dus kennelijk dat verzekering *en* verzekerbaarheid van invloed is op exonerationen althans daarop van invloed behoort te zijn.

In absolute zin – verzekering en verzekerbaarheid zetten exonerationen automatisch opzij – valt deze leer mijns inziens niet te verdedigen. H. Drion keert zich daar al in 1957 tegen.¹²⁷ Hij schrijft dat het verzekeringselement een ongeschikt criterium is om te gebruiken in algemene richtlijnen die de wetgever aan de rechter wenst te geven ter bepaling van de geldigheid van exonerationen. Het aanvoeren van de *mogelijkheid* van aansprakelijkheidsverzekeringen als grond voor een algemeen verbod op exonerationen zou terecht een beroep op het beginsel van contractsvrijheid uitlokken. Hij meent dat een dergelijk verbod zou negeren dat partijen in veel situaties, ondanks de mogelijkheid van aansprakelijkheidsverzekeringen, de voorkeur geven aan een andere aansprakelijkheids- en risicoregeling dan de wettelijke.

Ik ben het met H. Drion eens. Voorzover verzekerd zijn en verzekerbaarheid al zou aangeven wie aansprakelijk is, geven partijen door een exoneration overeen te komen juist te kennen dat zij van deze risicoverdeling af willen wijken. Als *assurance oblige* of *assurabilité oblige* ook voor exonerationen zou gelden (in die zin dat verzekering en verzekerbaarheid tot gevolg hebben dat een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid per definitie onaanvaardbaar is) zou het in veel gevallen geen zin hebben een exoneration overeen te komen. Immers, veel leveranciers hebben third party-verzekeringen afgesloten en degenen die dat niet hebben kunnen zodanige verzekeringen in de regel wel afsluiten. Zou die opvatting juist zijn, dan blijft er voor partijen geen ruimte over door middel van een exoneration een risicoverdeling overeen te komen die afwijkt van de wettelijke. Daardoor wordt niet alleen de contractsvrijheid aangetast, de afnemer kan daardoor *at the end of the day* ook veel duurder uit zijn. Het valt immers te verwachten dat dit risico in de door hem te betalen prijs wordt doorberekend.

Het verbaast mij verder dat de leer zoals voorgestaan door bovenstaande schrijvers en in bovengenoemde jurisprudentie (verzekering en verzekerbaarheid zetten exonerationen automatisch opzij) zich zo slecht verhoudt met de heersende leer inzake het verband tussen aansprakelijkheid en verzekeringen (verzekering en verzekerbaarheid creëert *geen* aansprakelijkheid).¹²⁸ Beide leren – die overigens door verschillende auteurs zijn bedacht – zijn moeilijk met elkaar te rijmen. Als we de extreme varianten van beide leren nemen, dan

127 H. Drion 1957a, p. 264-265; H. Drion 1957b, p. 92-93.

128 Van Dunné 2004, p. 459-460 verbaast zich evenzeer, maar lijkt (anders dan ik) van mening te zijn dat de leer inzake het verband tussen exonerationen en verzekeringen prevaleert boven de leer inzake het verband tussen aansprakelijkheid en verzekeringen. Hij verheugt zich daarover, want het is zijns inziens toch het resultaat dat telt.

betekent dit dat een leverancier die zich heeft verzekerd (of zich had kunnen verzekeren) *niet* aansprakelijk is enkel en alleen omdat hij verzekerd is (of zich had kunnen verzekeren), terwijl een leverancier die zich heeft geëxonereerd en verzekerd is (of verzekerd had kunnen zijn) *geen* beroep mag doen op zijn exoneration omdat hij nu eenmaal verzekerd is (of verzekerd had kunnen zijn).

Theoretisch val het nog wel recht te praten. We spreken in beide gevallen immers over twee verschillende grootheden. Bij de eerste leer – verwerping van *assurance oblige* en *assurabilité oblige* – wordt duidelijk dat de verzekering geen invloed heeft op het vestigen van aansprakelijkheid. Bij de tweede leer – geen beroep op exoneration ingeval van verzekering of verzekerbareid aan de zijde van de leverancier – moet het (vanwege de eerste leer) zo zijn dat aansprakelijkheid op andere gronden dan de aanwezigheid van een verzekering is komen vast te staan. De verzekering heeft dan ‘slechts’ tot gevolg dat de toch al aansprakelijke leverancier zich niet op zijn exoneration mag beroepen.

Praktisch gezien val het echter lastig uit te leggen. Third party-verzekeringen worden afgesloten ter bescherming van het vermogen van de leverancier. De eerste leer is in overeenstemming met dat uitgangspunt. Volgens die leer creëert verzekering noch verzekerbareid aansprakelijkheid. Daardoor wordt de beschermende functie van een verzekering voor het vermogen van de leverancier niet aangetast. De tweede leer is niet in overeenstemming met dat uitgangspunt. Volgens die leer leidt verzekering en verzekerbareid tot doorbreking van de exoneration. In plaats van bescherming te bieden, zorgt de verzekering en verzekerbareid er voor dat een andere vorm van bescherming van het vermogen van de leverancier (de exoneration) onderuit wordt gehaald.

Daarbij komt dat exonerationen risicoverdelingen zijn tussen de afnemer en diens leverancier terwijl third party-verzekeringen risicoverdelingen zijn tussen de leverancier en diens verzekeraar. Met exonerationen heeft de afnemer *direct* te maken. Direct omdat exonerationen van invloed zijn op de contractuele relatie tussen afnemer en leverancier en, ingeval van wanprestatie van de leverancier, bepalen in hoeverre de afnemer een vordering op de leverancier kan verhalen. Met third party-verzekeringen heeft de afnemer alleen *indirect* te maken. Indirect omdat de aanwezigheid van third party-verzekeringen geen relatie tussen afnemer en verzekeraar tot stand brengt en, ingeval van wanprestatie, de afnemer geen vordering heeft op de verzekeraar. Dit neemt niet weg dat verzekeringsuitkeringen de vermogenspositie van de leverancier in gunstige zin beïnvloeden. In zoverre heeft de afnemer indirect profijt van een third party-verzekering. Wil de afnemer in plaats van indirect profijt een rechtstreekse aanspraak op de verzekeraar, dan moet hij daar voor zorgen op de wijze zoals hierboven omschreven. Doet hij dat niet, dan moet hij dus genoegen nemen met het indirecte profijt.

In de zaak Vriesveem/Nordstern ziet het Hof Arnhem exonerationen als vrijelijk overeen te komen risicoverdelingen en plaatst deze in het licht van de wederzijdse beïnvloeding van prijs en voorwaarden (waaronder aansprake-

lijkheidsrisico's). Dat Hof oordeelt dat de mate van vrijtekening uiteindelijk een kwestie is van kosten, die door de bewaargever worden betaald aan zijn verzekeraar of aan de bewaarnemer (die de verzekeringskosten doorberekend in het bewaarloon).¹²⁹ Van Dunné brengt daartegen in dat als de risicoverdeling niet of onduidelijk geregeld is, beide partijen redelijkerwijs genoodzaakt zijn zich te verzekeren en er dus één keer te veel verzekeringspremie wordt betaald.¹³⁰ Eerlijk gezegd begrijp ik dit bezwaar niet. Door een exoneration overeen te komen wordt de risicoverdeling juist duidelijk geregeld. Partijen kunnen (maar hoeven niet) hun verzekering(en) daarop af te stemmen of, wat waarschijnlijker is, een exoneration overeen komen die afgestemd is op hun verzekeringsdekking(en).

Tegen de minder absolute variant (ofwel 'relatieve' leer) – verzekering en verzekerbearheid is van invloed op exonerationen – zijn de hierboven opgeworpen argumenten *mutatis mutandis* van toepassing. Deze argumenten zijn in veel gevallen onverkort van toepassing. De argumenten hebben immers betrekking op de aard en strekking van exonerationen en third party-verzekeringen. Daarvoor is niet relevant of sprake is van een automatisme (verzekering en verzekerbearheid hebben tot gevolg dat een begroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *per definitie* onaanvaardbaar is) of beïnvloeding (verzekering en verzekerbearheid zijn *van invloed* op de vraag of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is).

First party-verzekeringen

Zojuist concludeerde ik dat third party-verzekeringen en third party-verkeerbearheid niet van invloed mogen zijn op de aansprakelijkheid van de leverancier noch op (een beroep op) diens exoneration. First party-verzekeringen en first party-verkeerbearheid mogen dat evenmin zijn.

Het feit dat een afnemer een first party-verzekering heeft afgesloten of dat dit mogelijk is, betekent niet dat het risico naar verkeersopvattingen voor zijn rekening komt en hij dus de schade moet dragen die door verwezenlijking van dat risico ontstaat (vergelijk 5.2.7). De afnemer sluit zo'n verzekering omdat hij zijn eigen vermogen wil beschermen, niet omdat hij zichzelf de mogelijkheid wil ontnemen de leverancier aan te spreken. Met de verzekering of verkeerbearheid van de afnemer heeft de leverancier niets van doen.¹³¹

Het behoeft geen betoog dat een first party-verzekering of first party-verkeerbearheid er evenmin toe kan leiden dat een beroep van de leverancier op diens exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaan-

129 Hof Arnhem 17 maart 1980, *S&S* 1982, 36 (*Vriesveem/Nordstern*).

130 Van Dunné 2004, p. 400.

131 Anders: HR 26 februari 1960, *NJ* 1965, 373 (concl. P-G Langemeijer; *Mozes/Uijting en Smits* of *BOVAG III*).

vaardbaar is. Daarvoor worden first party-verzekeringen niet afgesloten (vergelijk 5.2.7). Omgekeerd is het ook niet zo dat een first party-verzekering of first party-verzekerbaarheid het beroep van de leverancier op diens exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid eerder niet onaanvaardbaar laat zijn. Weer geldt dat de verzekering of verzekerbaarheid van de afnemer de leverancier niets aangaat.

Terzijde merk ik op dat Duyvensz veel belang hecht aan de first party-verzekering door in zijn alternatieve benadering voor de beoordeling van de redelijkheid van exonerationen te stellen dat een exoneration redelijk is als een afnemer niet bereid is te betalen voor de kosten die de leverancier voor het lopen van een aansprakelijkheidsrisico doorberekend aan de afnemer.¹³² De afnemer is daartoe volgens Duyvensz niet bereid als hij zich zelf (door middel van een first party-verzekering) goedkoper kan verzekeren dan de leverancier (voor eventuele schade die ontstaat door uitvoering van de overeenkomst). Dat zal volgens Duyvensz in de regel het geval zijn. Bij ICT-contracten is een first party-verzekering echter geen reële optie (zie 5.2.7).

5.2.5 Tussenconclusie

Een wanverhouding tussen beloning en mogelijke schade heeft mijns inziens geen invloed op de aansprakelijkheid van de leverancier. Wel kan een zodanige wanverhouding reden zijn de schadevergoeding te matigen ex art. 6:109 BW. Als er een wanverhouding is tussen de beloning en de mogelijke schade (in de zin lage beloning, hoge mogelijke schade) en tegelijkertijd een wanverhouding tussen de mogelijke schade en de exoneration (in de zin hoge mogelijke schade, vergaande exoneration), dan werpt de eerstgenoemde wanverhouding geen gewicht in de schaal bij de toetsing van de exoneration. Een leverancier bedingt een zodanige vergaande exoneration juist omdat hij een lage beloning ontvangt.

Mogelijk verhaal op een voorschakel, third- en first party-verzekeringen en -verzekerbaarheid behoren naar hun aard niet van invloed te zijn op de aansprakelijkheid van de leverancier net zo min als dat zij van invloed mogen zijn op het onaanvaardbaar zijn van een exoneration. Degene die regres zou kunnen nemen is er immers nooit zeker van dat hij de schade die hij aan de afnemer moet vergoeden (bij een third party-verzekering) of zelf lijdt (bij een first party-verzekering) op zijn voorschakel of third party-verzekeraar respectievelijk zijn first party-verzekeraar kan verhalen. Bovendien heeft de ene partij niets te maken met de mogelijkheden van de andere partij de schade op een voorschakel of verzekeraar te verhalen. Hij kan er alleen in indirecte zin van profiteren op het moment dat de voorschakel of verzekeraar een schadevergoeding respectievelijk uitkering betaalt aan de andere partij en diens vermogens-

132 Duyvensz 2003, p. 66-67 en 98-100.

positie daardoor verbetert. Wil die ene partij toch direct profiteren van de aanwezigheid van een voorschakel of verzekering, dan moet hij dit overeenkomen.

5.2.6 Third party-verzekeringen in de ICT

Voor een ICT-leverancier ligt het voor de hand twee soorten third party-verzekeringen af te sluiten, een AansprakelijkheidsVerzekering Bedrijven (AVB) en een BeroepsAansprakelijkheidsVerzekering (BAV).¹³³ Die verzekeringen bespreek ik hierna.

AansprakelijkheidsVerzekering Bedrijven (AVB)

Een AVB dekt de aansprakelijkheid van de leverancier en diens ondergeschikten voor door derden geleden zaak- en letselschade en de daaruit voortvloeiende vermogensschade. In de praktijk heerst vaak verwarring over de vraag wie tot vergoeding van welke schade gerechtigd is. Ik zal proberen aan de hand van een voorbeeld helderheid te scheppen.

Stel een afnemer en een leverancier komen overeen dat de leverancier software bij de afnemer zal implementeren. Tijdens de uitvoering van de implementatiewerkzaamheden laat een werknemer van de leverancier een computer vallen op de voet van een werknemer van de afnemer. De gekwetste werknemer wordt afgevoerd naar het ziekenhuis. In het ziekenhuis wordt zijn voet in het gips gezet. Hij moet van de dokter een week thuis rust houden.

Wie lijdt welke schade? De gekwetste werknemer lijdt schade door het lichamelijk letsel bestaande uit de kosten van het ziekenhuis.¹³⁴ De afnemer lijdt schade doordat hij (bijvoorbeeld op grond van een CAO) tijdens de afwezigheid van zijn gekwetste werknemer loon moet betalen. De afnemer derft bovendien winst vanwege de afwezigheid van zijn gekwetste werknemer.

Welke van deze schadeposten kunnen de gekwetste werknemer en de afnemer op de leverancier verhalen? Voor de gekwetste werknemer geldt het volgende. De werknemer van de leverancier heeft jegens hem een onrechtmatige daad gepleegd. De leverancier is voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk op grond van art. 6:170 lid 1 BW. De gekwetste werknemer mag zijn medische kosten ingevolge art. 6:107 lid 1 BW op de leverancier verhalen.

Interessanter is de vraag welke schade de afnemer op de leverancier mag verhalen. De enige basis daarvoor is gelegen in art. 6:107 lid 1 BW. Dat art. 6:107 lid 1 BW heeft immers een limitatief karakter en zodoende een blokkeren-

¹³³ Een andere naam voor een beroepsaansprakelijkheidsverzekering is een dienstenaansprakelijkheidsverzekering (DAV). Ik gebruik de term beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

¹³⁴ Om het voorbeeld overzichtelijk te houden neem ik aan dat de ziektekostenverzekeraar van de betreffende werknemer van de afnemer deze schade niet vergoedt, bijvoorbeeld omdat zij onder het eigen risico valt.

de werking ten opzichte van andere claims.¹³⁵ Art. 6:107 lid 1 BW bepaalt dat (in dit geval) de leverancier – naast vergoeding van de zojuist genoemde schade van de gekwetste werknemer – ook verplicht is de kosten te vergoeden die (in dit geval) de afnemer (anders dan krachtens een verzekering) ten behoeve van de gekwetste werknemer heeft gemaakt. Die kosten komen volgens het slot van art. 6:107 lid 1 BW echter alleen dan voor vergoeding in aanmerking als de gekwetste werknemer die kosten, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van de leverancier had kunnen vorderen. Het gaat dus om schade die is verplaatst van de gekwetste werknemer naar de afnemer. De totale aansprakelijkheid van de leverancier wordt hierdoor niet verhoogd.¹³⁶

Art. 6:107a lid 2 BW bevat een uitzondering op de hoofdregel van art. 6:107 lid 1 BW. Eerstgenoemd artikel bepaalt dat als (in dit geval) de afnemer krachtens art. 7:629 lid 1 BW, of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst verplicht is tot doorbetaling van loon tijdens ziekte of arbeidsongeschiktheid van zijn gekwetste werknemer, de afnemer het doorbetaalde loon op de leverancier kan verhalen. Dit kan echter alleen tot het zogenaamde civiele plafond. Dat wil zeggen dat de afnemer ten hoogste op de leverancier mag verhalen het bedrag waarvoor de leverancier bij gebreke aan de doorbetalingsverplichting aansprakelijk zou zijn, verminderd met het bedrag dat de leverancier aan de gekwetste werknemer moet betalen.

Uit het hiervoor geschetste limitatieve karakter en de blokkerende werking vloeit voort dat er geen andere uitzondering is waarvan de afnemer in het hiervoor genoemde voorbeeld zou kunnen profiteren. De leverancier hoeft bijvoorbeeld niet de bedrijfsschade en winstderving van de afnemer te vergoeden.¹³⁷ Dit zijn geen kosten die de afnemer ten behoeve van de gekwetste werknemer heeft gemaakt. Deze bedrijfsschade en winstderving hoeft de leverancier zelfs niet te vergoeden als de leverancier ook onrechtmatig jegens de afnemer heeft gehandeld en de afnemer dus een zelfstandige aanspraak geldend zou kunnen maken. Dit blijkt uit het arrest *Rockwool/Poly*, waar de Hoge Raad de schadevergoedingsvordering afwijst van een bedrijf wiens werknemers (beweerdelijk) bovenmatig ziek zijn omdat een ander bedrijf in strijd met de aan haar verleende vergunning luchtverontreiniging veroorzaakt.¹³⁸

135 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1279-1280 (M.v.T. Inv.), p. 1279-1280; Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 472-474; Bolt (*Schadevergoeding*), art. 6:107a BW, aant. 8.

136 Overigens hoeft de afnemer die deze kosten van de leverancier vordert niet aan te tonen dat de leverancier ook jegens hem tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen dan wel een onrechtmatige daad jegens hem heeft begaan. Uit het stelsel van afdeling 6.1.10 vloeit voort dat voor die vordering niet een zelfstandige grondslag is vereist, het is voldoende als de leverancier aansprakelijk is jegens de werknemer van de afnemer, zie Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 474.

137 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1279-1280 (M.v.T. Inv.), p. 1281; Bolt (*Schadevergoeding*), art. 6:107 BW, aant. 49; Goethals 1996, p. 5.

138 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Rockwool/Poly*; m.nt. Brunner). De zaak is gewezen onder oud recht. Voor het huidige recht zal de uitspraak

Al met al levert dit het volgende beeld op. De in het voorbeeld genoemde gekwetste werknemer kan zijn medische kosten verhalen op de leverancier. De bedrijfsschade en winstderving van de afnemer komt niet voor vergoeding in aanmerking. De in de praktijk nogal eens verwoorde opvatting dat de leverancier deze bedrijfsschade en winstderving aan de afnemer moet vergoeden, berust op een misverstand.

De schade die de leverancier op basis van het voorgaande moet vergoeden aan de afnemer, kan de leverancier op zijn beurt (in beginsel) weer op zijn AVB verzekeraar verhalen.

BeroepsAansprakelijkheidsVerzekering (BAV)

Een BAV dekt, anders dan de zojuist besproken AVB, de aansprakelijkheid van de leverancier en diens ondergeschikten voor door derden geleden schade ontstaan door een fout in de uitoefening van hun werkzaamheden. Als voorbeeld valt te noemen een ondergeschikte van de leverancier die een programmeerfout maakt waardoor de fabriek van de afnemer stil komt te liggen en de afnemer winst derft. Dat soort schade wordt gedekt onder een BAV.

Aansprakelijkheid voor zaak- en letselschade en de daaruit voortvloeiende schade wordt in de regel niet gedekt door een BAV. Die schade wordt gedekt onder een AVB. Een AVB en BAV zijn dus complementair wat betreft de aard van de gedekte schade. De BAV eist soms dat de leverancier een fout maakt wil zij tot uitkering komen. Het begrip 'fout' wordt vaak gedefinieerd als 'vergissingen, onachtzaamheden, verzuimen, onjuiste adviezen en dergelijke.' Steeds meer BAV's eisen niet meer dat sprake moet zijn van een fout. De AVB stelt die eis helemaal niet.

Uitsluitingen AVB/BAV

Een AVB en BAV kennen beide uitsluitingen op de dekking. Uitsluitingen die bijna altijd worden opgenomen betreffen opzet en aansprakelijkheidsverhogende bedingen. Deze uitsluitingen zal ik hierna kort bespreken. Bij de bespreking van opzet zal ik nagaan wanneer een leverancier geen beroep mag doen op zijn exoneration, maar de te vergoeden schade wel bij zijn AVB/BAV-verzekeraar mag claimen. Bij de bespreking van aansprakelijkheidsverhogende bedingen zal ik bij een aantal clausules uit de FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten beoordelen of ze aansprakelijkheidsverhogend zijn.

Uitsluitingen AVB/BAV – opzet

In een AVB en BAV is, conform de aanbeveling van Studiecommissie Opzet uit april 1980, niet gedekt 'aansprakelijkheid van de verzekerde voor schade, die voor hem het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten'.¹³⁹

mijns inziens niet anders zijn omdat art. 6:107 BW op dat punt niet verschilt van art. 1407 OBW. Zie verder Bloembergen 1965, nr. 205.

139 Wansink 1994, p. 245-255.

Niet gedekt is dus opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn van de verzekerde. Alle andere vormen van opzet (waaronder voorwaardelijk opzet (desbewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat zijn gedraging schade tot gevolg zal hebben)¹⁴⁰ en schuld zijn wel gedekt. Dat is niet in strijd met de open orde of goede zeden (art. 3:40 BW), zo valt af te leiden uit het Bierglas-arrest.¹⁴¹ In dat arrest beslist de Hoge Raad met betrekking tot een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering dat:

‘een goede grond ontbreekt om bij verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid de ongeschreven rechtsregel, dat aansprakelijkheid voor door de verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade, ook zonder uitsluiting bij de polisvoorwaarden, in het algemeen niet door de verzekering wordt gedekt omdat in zoverre de overeenkomst in strijd is met goede zeden en/of de openbare orde, uit te breiden tot schade door de verzekerde aan een derde toegebracht met voorwaardelijk opzet.’

Met Wansink meen ik dat bovenstaande overweging van de Hoge Raad betrekking heeft op een AVB en een BAV.¹⁴² Of de aansprakelijkheid van de verzekerde op contractuele of delictuele leest is geschoeid, moet voor de verzekeringsdekking niet uitmaken. In AVB's en BAV's wordt vandaag de dag dan ook geen onderscheid (meer) gemaakt tussen de grondslag (contractueel of delictueel) waarop de vordering van de gelaedeerde is gestoeld.

Bovendien dekken een AVB en BAV vaak opzet van een ondergeschikte. Ook dat is niet in strijd met de openbare orde of goede zeden (art. 3:40 BW). De verzekeraar vergoedt immers de schade die de verzekerde in zijn eigen vermogen lijdt. Zolang er bij de verzekerde maar geen sprake is van opzet als oogmerk of opzet als zekerheidsbewustzijn, is het geoorloofd de schade veroorzaakt door zodanig opzettelijk handelen van een ondergeschikte waarvoor de verzekerde ex art. 6:76 of 6:170 BW kwalitatief aansprakelijk is, aan de verzekerde te vergoeden.¹⁴³ Voor de verzekerde is dat een van buiten komend gevaar waarvan hij het risico van verwezenlijking op de verzekeraar wil afwentelen.¹⁴⁴

Overigens laat het bovenstaande onverlet dat het handelen van een ondergeschikte van de verzekerde leverancier op basis van de Babbelleer (zie 3.4.1) als handelen van de verzekerde leverancier kan worden aangemerkt. Net als bij exonerationen (zie 3.4.2) brengt de strekking van de bepaling echter mee dat het handelen van de ondergeschikte niet spoedig als handelen van de rechtspersoon heeft te gelden. In de verzekeringsrechtelijke literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat eigen schuld (van de verzekerde) in de zin van art. 276 K en eigen roekeloosheid (van de verzekerde) in de zin van (ontwerp)

140 Mendel 1993, p. 115.

141 HR 30 mei 1975, NJ 1975, 572 (concl. A-G Berger; *Bierglas*; m.nt. Wachter).

142 Wansink 1994, p. 240.

143 Wansink 1994, p. 243.

144 Van Eijck-Graveland 1998, p. 196.

art. 7.17.2.9 BW niet snel mag worden aangenomen in verband met het uitzonderingskarakter van de bepaling en het vervallen van de verzekeringsuitkering indien het beroep op de uitzondering slaagt.¹⁴⁵ Dezelfde redenen kunnen mijns inziens worden aangedragen om een restrictieve toepassing van de Babbelleer op het handelen van een ondergeschikte in het kader van de opzet-uitzondering in een AVB- en BAV-verzekering te bepleiten.

Een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is onaanvaardbaar indien sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of van iemand die tot de bedrijfsleiding behoort (zie 3.5). Uit het voorgaande blijkt dat een AVB en BAV de verzekerde geen dekking bieden in geval van opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn. Dit betekent dat er gevallen zijn waarin een leverancier geen beroep mag doen op zijn exoneratie en een AVB en BAV-verzekeraar wel moet uitkeren.

Schematisch komt dit op het volgende neer. Ik ga er bij de AVB/BAV van uit dat het handelen van de bedrijfsleiding niet aan de hand van de Babbelleer als handelen van de verzekerde kan worden aangemerkt.

<i>Handelen</i>	<i>Beroep op exoneratie 'niet aansprakelijk, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid leverancier of bedrijfsleiding'?</i>	<i>Dekking AVB/BAV 'dekking, behoudens aansprakelijkheid die het beoogde of zekere gevolg is van handelen of nalaten van verzekerde'?</i>
Opzet als oogmerk <i>eigen</i>	Nee	Nee
Opzet als oogmerk <i>bedrijfsleiding</i>	Nee	Ja
Opzet als zekerheidsbewustzijn <i>eigen</i>	Nee	Nee
Opzet als zekerheidsbewustzijn <i>bedrijfsleiding</i>	Nee	Ja
Voorwaardelijk opzet <i>eigen of bedrijfsleiding</i>	Nee	Ja
Bewuste roekeloosheid <i>eigen of bedrijfsleiding</i>	Nee	Ja
Onbewuste roekeloosheid (en alle minder 'zware' schuldvormen) <i>eigen of bedrijfsleiding</i>	Ja	Ja

¹⁴⁵ Van Eijck-Graveland 1998, p. 209-217 en de aldaar vermelde literatuur.

Uitsluitingen AVB/BAV – aansprakelijkheidsverhogende bedingen

AVB's en BAV's geven geen dekking voorzover aansprakelijkheid gegrond is op aansprakelijkheidsverhogende bedingen. Onder aansprakelijkheidsverhogende bedingen worden in de regel verstaan garanties, boetes, schadevergoedingsbedingen en vrijwaringen. De verzekeraar moet bewijzen dat sprake is van een aansprakelijkheidsverhogend beding. Dekking bestaat echter weer wel voorzover de leverancier ook zonder een zodanig beding aansprakelijk zou zijn (geweest). De verzekerde moet bewijzen dat dit het geval is.

Hoe werkt zo'n dekking in de praktijk? Stel een leverancier garandeert dat de afnemer met behulp van de door de leverancier voor de afnemer ontwikkelde en aan hem verkochte¹⁴⁶ rekenmachine software kan optellen, aftrekken, vermenigvuldigen en delen. Als de software deze functies als gevolg van een programmeerfout tijdens het ontwikkeltraject niet goed vervult en daardoor gevolgschade wordt veroorzaakt, dan is de leverancier aansprakelijk voor die schade. Als hij deze schade bij zijn BAV-verzekeraar claimt, zal de verzekeraar kunnen betogen dat hij niet hoeft uit te keren omdat de leverancier een aansprakelijkheidsverhogend beding, te weten een garantie, is overeengekomen. De leverancier zal dan vervolgens moeten bewijzen dat ook al zou die garantie niet zijn afgegeven, hij toch aansprakelijk zou zijn geweest. In dit bewijs zal hij vermoedelijk slagen omdat voor normaal gebruik van rekenmachinesoftware, deze software moet kunnen optellen, aftrekken, vermenigvuldigen en delen (art. 7:17 BW).

5.2.7 First party-verzekeringen in de ICT

Een ICT-afnemer kan twee soorten first party-verzekeringen afsluiten, een computerverzekering en een datasoftwareverzekering.¹⁴⁷

De computerverzekering dekt een materiële beschadiging aan de hardware. Het is mogelijk deze dekking uit te breiden met een bedrijfsschadeverzekering, een extrakostenverzekering en een reconstructieverzekering. Voor al deze aanvullingen is een materiële beschadiging van de hardware vereist. In zoverre lijkt deze verzekering op de brandverzekering. De bedrijfsschadeverzekering dekt de gevolgen van omzetsdaling of terugval in productie die ontstaat door uitval van de hardware. De extrakostenverzekering dekt de kosten die de verzekerde moet maken om te voorkomen dat zijn bedrijf stagneert. De reconstructieverzekering dekt de kosten van het reconstrueren van databestanden. Als schade wordt veroorzaakt bij de uitvoering van een ICT-overeenkomst is de oorzaak in bijna alle gevallen niet gelegen in een materiële beschadiging

¹⁴⁶ Met verkopen doel ik op de situatie dat de leverancier de intellectuele eigendomsrechten op de software alsmede de eigendom van de drager verkoopt en (af)levert aan de afnemer (art. 7:1 jo. 7:47 BW jo. art. 2 Aw).

¹⁴⁷ Dulfer (*Assurantie-Zakboek*), 5.C.1 – 01-32 en 5.C.2 – 5.C.9.

van de hardware. Om die reden zal ik de computerverzekering en de aanvullingen daarop niet verdere behandelen.

De datasoftwareverzekering dekt verminking en verlies van applicatiesoftware, informatie en opslagcapaciteit. Niet vereist is dat er een materiële beschadiging aan de hardware of aan de dragers van de software heeft plaats gevonden. Verzekeraars zijn echter terughoudend met het accepteren van deze risico's.¹⁴⁸ Gezien het geringe belang in de praktijk zal ook deze verzekering niet verder worden behandeld.

5.2.8 FENIT en BiZa

Hierna zal ik bespreken in hoeverre de FENIT-voorwaarden en BiZa-contracten aansprakelijkheidsverhogende bedingen bevatten die maken dat AVB of BAV-verzekeraar niet zal hoeven uitkeren.

FENIT garanties

De 'garanties' die de leverancier in art. 16, 25 en 30 FENIT 2003 respectievelijk art. 18, 26 en 33 FENIT 1994 afgeeft, zijn eigenlijk geen garanties (zie 5.1.4). Van een aansprakelijkheidsverhogend beding kan dan ook geen sprake zijn.

FENIT vervangende schade

Art. 10.1 sub a FENIT 2003 bepaalt dat onder de aansprakelijkheidsbeperking vallen de redelijke kosten die de afnemer zou moeten maken om de prestatie van de leverancier aan de overeenkomst te laten beantwoorden. Verder bepaalt dat artikel dat die kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen als de overeenkomst door (buitengerechtelijke ontbinding) of op vordering van (gerechtelijke ontbinding) de afnemer wordt ontbonden. De vraag of art. 10.1 sub a FENIT 2003 een aansprakelijkheidsverhogend beding is, moet worden beantwoord door dit beding te vergelijken met de situatie dat het beding er niet zou zijn en de wettelijke regeling zou gelden.

Art. 6:87 lid 1 BW bepaalt dat als de leverancier in verzuim verkeert, de afnemer er voor kan kiezen de verbintenis terzake waarvan de leverancier in verzuim verkeert, om te zetten in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. De afnemer maakt zijn keuze door het uitbrengen van een omzettingsverklaring. Het begrip 'vervangende schadevergoeding' in art. 6:87 lid 1 BW is niet gedefinieerd. Broekema-Engelen definieert het als 'de vergoeding die in de plaats treedt voor de (primaire) prestatie waarop de verbintenis zich richt ...' en schrijft vervolgens dat voor vergoeding in aanmerking komt 'het zogenaamde *positief belang*: de schuldeiser dient in een toestand te worden

148 Dulfer (*Assurantie-Zakboek*), 5.C.1 – 24-30.

gebracht als had de tekortkoming nimmer plaatsgevonden, of, met andere woorden, als ware de verbintenis correct nagekomen.¹⁴⁹

Eén van de manieren waarop de afnemer in een toestand kan worden gebracht als ware de leverancier de op hem rustende verbintenis (bijvoorbeeld tot levering van werkende software op een bepaalde datum) correct nagekomen, is de afnemer de kosten te vergoeden die hij zou moeten maken om de prestatie van de leverancier aan de overeenkomst te laten beantwoorden. Ook los van art. 10.1 sub a FENIT 2003 komen deze kosten volgens art. 6:87 BW voor vergoeding in aanmerking. Art. 10.1 sub a FENIT 2003 valt dus niet aan te merken als een aansprakelijkheidsverhogend beding.

Art. 6:87 lid 2 BW bepaalt dat geen omzetting plaats vindt als die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd. Laatstgenoemde eis stelt art. 10.1 sub a FENIT 2003 niet expliciet. Toch meen ik dat die wettelijke eis eveneens van toepassing is in geval de afnemer schadevergoeding vordert op basis van art. 10.1 sub a FENIT 2003. Deze wettelijke eis is opgenomen in een afzonderlijk lid. Mijns inziens is art. 10.1 sub a FENIT 2003 alleen een uitwerking van het eerste lid van art. 6:87 BW. De toepassing van art. 10.1 sub a FENIT 2003 laat het tweede lid van art. 6:87 BW onverlet.

Geheel terzijde merk ik nog op dat het opvallend is dat als de afnemer de overeenkomst wil ontbinden, art. 9.1 FENIT 2003 vereist dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een *wezenlijke* verplichting uit de overeenkomst, terwijl deze eis blijkens art. 10.5 FENIT 2003 niet worden gesteld indien de afnemer vervangende schadevergoeding vordert. Wellicht vond de FENIT dat voor ontbinding een hogere drempel is vereist dan voor het vorderen van vervangende schadevergoeding. Het behoud van de overeenkomst is de FENIT vermoedelijk dierbaarder dan het niet hoeven vergoeden van vervangende schadevergoeding conform art. 10.1 sub a FENIT 2003. Bovendien treft vervangende schadevergoeding alleen de verbintenis terzake waarvan is tekort geschoten, terwijl ontbinding de gehele overeenkomst kan treffen. De gevolgen van ontbinding zijn dus (in beginsel) ingrijpend.¹⁵⁰

Overigens zijn de gevolgen van ontbinding voor de leverancier ingevolge art. 9.5 en 11.2 FENIT 2003 verzacht. Art. 9.5 bepaalt dat ontbinding uitsluitend voor de toekomst werkt, met dien verstande dat wel ongedaan dienen te worden gemaakt de prestaties ten aanzien waarvan de afnemer bewijst dat de leverancier in verzuim is. Als de afnemer de overeenkomst ontbindt omdat de leverancier ten aanzien van alle prestaties in verzuim verkeert, krijgt de afnemer terug al hetgeen hij aan de leverancier heeft betaald. In de praktijk kan het echter voorkomen dat de leverancier ten aanzien van een gedeelte van de prestaties in verzuim verkeert, maar de afnemer niets heeft aan het gedeelte van de prestaties terzake waarvan de leverancier niet in verzuim verkeert. Denk bijvoorbeeld aan de levering van een systeem, waarbij de

149 Broekema-Engelen (*Verbintenissenrecht*), art. 6:74 BW, aant. 46.

150 Parl. Gesch. Boek 6, p. 302 (T.M.).

geleverde hardware *an sich* uitstekend functioneert, maar de software niet. Als de hardware alleen kan worden gebruikt voor die specifieke software, of (minder extreem) de afnemer geen andere functie voor die hardware kan bedenken, blijft de afnemer met de voor hem nutteloze hardware zitten. Teneinde zijn schade te beperken, kan de afnemer weliswaar de hardware doorverkopen, maar gezien de snelle waardevermindering van hardware zal de geleden schade nog steeds aanzienlijk zijn.

Art. 10.2 sub a FENIT 1994 verschilt in zoverre van zijn opvolger art. 10.1 sub a FENIT 2003, dat volgens het artikel in de FENIT 1994 de daarin genoemde vorm van schade alleen wordt vergoed als de afnemer de overeenkomst heeft ontbonden, terwijl volgens het artikel in de FENIT 2003 deze vorm van schade ook wordt vergoed als de overeenkomst op vordering van de afnemer door de rechter wordt ontbonden. Dat de FENIT 2003 op dat punt voor de afnemer soepeler is, maakt echter geen verschil voor de beantwoording van de vraag of het beding aansprakelijkheidsverhogend is. Zowel onder de FENIT 2003 alsook onder de FENIT 1994 is dat niet het geval.

FENIT langer operationeel houden van oude systemen

Art. 10.1 sub b FENIT 2003 bepaalt dat voor vergoeding in aanmerking komen de redelijke kosten die de afnemer heeft gemaakt voor het langer operationeel houden van zijn oude systeem of systemen en daarmee samenhangende voorzieningen doordat de leverancier op een voor hem bindende uiterste leverdatum niet heeft geleverd, verminderd met eventuele besparingen die het gevolg zijn van de vertraagde levering. Dit artikel lijkt in zekere zin op het hierna te bespreken art. 10.1 sub d FENIT 2003. Immers, als de afnemer zijn oude systeem operationeel houdt vanwege de hiervoor genoemde reden, dan neemt hij schadebeperkende maatregelen. Als hij zijn systeem niet operationeel houdt, lijdt hij vaak meer schade dan wanneer hij zijn oude systeem wel operationeel houdt. In dat geval is dat artikel niet aansprakelijkheidsverhogend. De afnemer zou deze schade ingevolge art. 6:96 lid 2 sub a BW ook vergoed krijgen als niets zou zijn overeengekomen.

Art. 10.1 sub b FENIT 2003 is voor de leverancier gunstiger dan het daarmee corresponderende art. 10.2 sub b FENIT 1994 omdat het oudere artikel niet de eis stelde dat sprake was van redelijke kosten en ook niet nodig vond dat de leveringsdatum die werd overschreden de uiterste leveringsdatum was. Aansprakelijkheidsverhogend is het bewuste artikel uit de FENIT 1994 net zo min als dat uit de FENIT 2003.

FENIT expertisekosten

Art. 6:96 lid 2 sub b BW bepaalt dat als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen 'redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid'. Art. 10.1 sub c FENIT 2003 bepaalt dat als directe schade geldt 'redelijke kosten, gemaakt ter vaststelling van de oorzaak en de omvang van de schade, voor zover de vaststelling betrekking heeft op directe schade

in de zin van deze voorwaarden'. Is art. 10.1 sub c FENIT 2003 aansprakelijkheidsverhogend ten opzichte van art. 6:96 lid 2 sub b BW? Nee, art. 10.1 sub c FENIT 2003 is zelfs aansprakelijkheidsverlagend omdat de kosten betrekking moeten hebben op directe schade in de zin van de voorwaarden. Zo komen kosten die betrekking hebben op het vaststellen van gedeelde winst bijvoorbeeld niet voor vergoeding in aanmerking.

Art. 10.2 sub c FENIT 1994 is identiek aan zijn evenknie art. 10.1 sub c FENIT 2003 en is dus net zo min aansprakelijkheidsverhogend.

FENIT bereddingskosten

Art. 6:96 lid 2 sub a BW bepaalt dat als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen 'de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht'. Art. 10.1 sub d FENIT 2003 bepaalt dat voor vergoeding in aanmerking komen: 'redelijke kosten, gemaakt ter voorkoming of beperking van de schade, voorzover cliënt aantoont dat deze kosten hebben geleid tot beperking van directe schade in de zin van deze voorwaarden'. Zijn de FENIT 2003 op dit punt aansprakelijkheidsverhogend ten opzichte van de wettelijke regeling?

Art. 6:96 lid 2 sub a BW beoogt volgens de parlementaire geschiedenis en vaste jurisprudentie een *dubbele redelijkheidstoets* aan te leggen: het nemen van de maatregel moet redelijk zijn en de omvang van de kosten moeten redelijk zijn. Niet nodig is dat komt vast te staan dat de maatregelen ook *daadwerkelijk* tot voorkoming of beperking van de schade hebben geleid. Voldoende is dat zij met dat doel werden genomen.¹⁵¹

Art. 10.1 sub d FENIT 2003 stelt strengere eisen aan vergoeding van kosten ter voorkoming of beperking van schade (zogenaamde bereddingskosten). Bereddingskosten komen alleen voor vergoeding in aanmerking als zij *daadwerkelijk* tot beperking van directe schade in de zin van art. 10.1 hebben geleid. Dit betekent het volgende. De leverancier is niet aansprakelijk voor de bereddingskosten als de schadebeperkende maatregelen voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets, maar niet komt vast te staan dat deze maatregelen ook daadwerkelijk tot schadebeperking hebben geleid. Voldoen de schadebeperkende maatregelen aan de dubbele redelijkheidstoets en hebben deze maatregelen ook daadwerkelijk tot schadebeperking geleid, dan is de leverancier uitsluitend aansprakelijk voor de kosten die tot beperking van directe schade in de zin van art. 10.1 hebben geleid. Bereddingskosten die tot beperking van andere schade dan directe schade in de zin van art. 10.1 hebben geleid, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Art. 10.1 sub d FENIT 2003 werkt dus wat dat betreft aansprakelijkheidsverlagend in vergelijking met art. 6:96 lid 2 sub a BW.

¹⁵¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 334-335 (M.v.A. II); HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (concl. A-G Hartkamp; *Speeckaert/Gradener*).

Opvallend is echter dat art. 6:96 lid 2 sub a BW een nadere causaliteitstoets lijkt te stellen. Art. 6:96 lid 2 sub a BW bepaalt dat voor vergoeding in aanmerking komen bereddingskosten ten aanzien van 'schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht'. De parlementaire geschiedenis verschaft meer duidelijkheid over de reden waarom de nadere causaliteitsmaatstaf in art. 6:96 lid 2 sub a BW is opgenomen.¹⁵² Alleen de bereddingskosten die gericht waren op voorkoming van een bepaalde concrete schade komen voor vergoeding in aanmerking. Niet voor vergoeding in aanmerking komen kosten die zijn gericht op het voorkomen of beperken van schade in het algemeen. Als voorbeeld van de laatste categorie kosten noemt de parlementaire geschiedenis de kosten van een alarminstallatie ter voorkoming van diefstal.

Art. 10.1 sub d FENIT 2003 stelt die nadere causaliteitstoets niet. Geldt deze nadere wettelijke causaliteitstoets desondanks in aanvulling op art. 10.1 sub d FENIT 2003? Naar mijn idee niet. De nadere causaliteitstoets die in art. 6:96 lid 2 sub a BW voorkomt, komt in één en dezelfde zin voor als de overige voorwaarden die dat artikel stelt aan het vergoeden van bereddingskosten. Door de nadere causaliteitstoets niet over te nemen in art. 10.1 sub d FENIT, moet laatstgenoemd artikel mijns inziens zo worden gelezen dat dit artikel in zijn geheel afwijkt van de wettelijke regeling.

Werkt het ontbreken van een causaliteitsbarrière in art. 10.1 sub d FENIT 2003 aansprakelijkheidsverhogend? In theorie wel. In de praktijk vermoedelijk niet. Ik kan geen goed voorbeeld bedenken waar het ontbreken van de causaliteitsbarrière in art. 10.1 sub d FENIT 2003 er toe leidt dat ingevolge art. 10.1 sub d de FENIT 2003 wel bereddingskosten moeten worden vergoed en volgens art. 6:96 lid 2 sub a BW niet. En ook al valt er wel een goed voorbeeld te bedenken, dan denk ik dat ook dan geen sprake is van een aansprakelijkheidsverhogend beding. Art. 10.1 sub d FENIT 2003 is namelijk, zo liet ik hierboven zien, aansprakelijkheidsverlagend in die zin dat het, anders dan art. 6:96 lid 2 sub a BW eist dat de bereddingskosten daadwerkelijk tot beperking van schade hebben geleid en dat de bereddingskosten betrekking hebben op directe schade in de zin van art. 10.1 FENIT 2003. Het saldo van (mogelijke) aansprakelijkheidsverhoging en aansprakelijkheidsverlaging in art. 10.1 sub d FENIT 2003 is uiteindelijk bepalend. Bovendien betwijfel ik of een verzekeraar per individueel beding zal bekijken of sprake is van een aansprakelijkheidsverhogend beding zonder in zijn beschouwingen de werking van de overige bepalingen uit art. 10 FENIT 2003 te betrekken. Art. 10 FENIT 2003 is zeer aansprakelijkheidsverlagend in vergelijking met de onbeperkte aansprakelijkheid die uit de wet voortvloeit. Met art. 10 FENIT 2003 is de verzekeraar in de regel veel beter af dan zonder art. 10 FENIT 2003.

Art. 10.2 sub d FENIT 1994 is identiek aan zijn opvolger art. 10.1 sub d FENIT 2003 en is dus net zo aansprakelijkheidsverhogend en -verlagend.

152 Parl. Gesch. Boek 6, p. 336 (M.v.A. II); Salomons 1993, nr. 14.

FENIT vrijwaringen

In art. 6.7 FENIT 2003 en 6.8 FENIT 1994 vrijwaart leverancier afnemer voor aanspraken van derden terzake van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Het is niet van belang vast te stellen of deze artikelen aansprakelijkheidsverhogend zijn. In een BAV worden aanspraken voor schade geleden door inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden immers doorgaans expliciet van dekking uitgesloten.

BiZa garanties

Art. 7.1 BiZa licentieovereenkomst bevat een waslijst aan garanties. Het heeft mijns inziens niet veel zin alle verschillende garanties langs te lopen omdat de vraag of sprake is van een aansprakelijkheidsverhogend beding in belangrijke mate afhangt van hetgeen partijen over en weer te dier zake redelijkerwijs van elkaar konden en mochten verwachten (Haviltex criterium)¹⁵³ en/of, ingeval van koop,¹⁵⁴ of de software de eigenschappen bezit die de koper op grond van koopovereenkomst kon en mocht verwachten (conformiteitstoets van art. 7:17 jo. 7:47 BW). Schendt de leverancier een garantie opgenomen in art. 7.1 en claimt de leverancier de schade die hij aan de afnemer moet vergoeden bij zijn verzekeraar, dan zal de verzekeraar kunnen betogen dat sprake is van een aansprakelijkheidsverhogend beding. De leverancier kan op zijn beurt proberen aan te tonen dat de eigenschappen terzake waarvoor de betreffende garantie is afgegeven overeen komen met de eigenschappen die de afnemer op basis van Haviltex of de kooptitel mocht verwachten en dat hij dus ook zonder dat een garantie zou zijn afgegeven aansprakelijk zou zijn geweest.

De meerwaarde van een garantie ten opzichte van een resultaatsverbintenis is mijns inziens met name gelegen in het feit dat de leverancier bij schending van een garantie (in beginsel) geen (maar bij schending van een resultaatsverbintenis wel een) beroep op overmacht kan doen (zie 5.1.3). Dit betekent dat als de leverancier als gevolg van schending van de garantie schade moet vergoeden aan de afnemer terwijl hij in overmacht verkeert (anders dan de overmacht zoals bedoeld in de art. 7.3 en 7.7), hij normaliter niet zal kunnen aantonen dat hij ook aansprakelijk zou zijn geweest als geen garantie zou zijn afgegeven.

BiZa boetes

Boetes in de BiZa-licentieovereenkomst zijn te vinden in de art. 6.11, 7.7, 11.3, 12.1 en 21.4 (zie ook voor samenloop 21.7). Boetes werken in de regel aansprakelijkheidsverhogend. Dat zal het geval zijn als de leverancier bij schending

153 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (concl. A-G Franx; *Ermes/Haviltex*; m.nt. Brunner).

154 Met kopen doel ik op de situatie dat de leverancier de intellectuele eigendomsrechten op de software alsmede de eigendom van de drager verkoopt en (af)levert aan de afnemer (art. 7:1 jo. 7:47 BW jo. art. 2 Aw).

van een contractuele verplichting een boete moet betalen terwijl de afnemer (i) zonder het opnemen van de boete niet zou hebben kunnen bewijzen dat hij schade heeft geleden of (ii) de daadwerkelijk door de afnemer geleden schade lager is dan het bedrag dat de leverancier zonder het opnemen van de boete aan de afnemer zou hebben moeten betalen. Tegelijkertijd kan een boete ook aansprakelijkheidsbeperkend werken (zie 5.1.2). Ook hier geldt dat de leverancier zou kunnen aantonen dat hij zonder de opgenomen boete ook voor hetzelfde of een lager bedrag aansprakelijk zou zijn geweest. In dat geval kan hij de schade die hij aan de afnemer moet vergoeden weer wel bij zijn verzekeraar claimen.

BiZa aansprakelijkheidsbedingen

In art. 8.3 BiZa-licentieovereenkomst staan een flink aantal schadeposten die als directe schade worden beschouwd. Ik vraag me af wat met dit artikel wordt beoogd. Is het zo dat de aldaar opgesomde schadeposten onder het begrip directe schade worden geschoven enkel en alleen om zo veel mogelijk soorten schade onder de aansprakelijkheidslimiet van art. 8.3 te laten vallen en zo min mogelijk soorten schade onder de doorgaans lagere aansprakelijkheidslimiet van art. 8.4? Of is het zo dat met de opsomming van die schadeposten wordt beoogd buiten twijfel te stellen dat als de afnemer dat soort schade lijdt, voor wat betreft (de door de afnemer te bewijzen) causaliteit alleen een *conditio sine qua non* verband is vereist en dat de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW) gegeven is? In de praktijk wordt doorgaans uitgegaan van de tweede optie. Als in het kader van een openbare aanbesteding gevraagd wordt commentaar te leveren op het contract, dan wordt vaak voorgesteld een aantal van die schadeposten te laten vallen. Met name art. 8.3 onder g baart veel leveranciers zorgen omdat zij geen weet hebben van hetgeen de afnemer met derden over vergoedingen en boetes heeft afgesproken. Dat levert dus een onbekend en onbeheersbaar risico op voor de leverancier.

Uitgaande van de tweede optie, geldt ook hier dat de leverancier kan proberen aan te tonen dat hij zonder de opsomming van schadeposten ook voor de betreffende schade aansprakelijk zou zijn geweest. Naarmate de schade minder voorzienbaar is en dus minder snel naar redelijkheid aan de leverancier kan worden toegerekend (art. 6:98 BW), zal de leverancier daar minder snel in slagen.

BiZa vrijwaringen

Blijkens art. 11.2 BiZa-licentieovereenkomst vrijwaart leverancier afnemer voor aanspraken van derden terzake van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Het is niet van belang vast te stellen of dit artikel aansprakelijkheidsverhogend is. In een BAV worden aanspraken voor schade geleden door inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden immers doorgaans expliciet van dekking uitgesloten.

6 | Maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen

Een verdere Saladin/HBU-omstandigheid aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is de ‘maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen’.

Bij ‘maatschappelijke positie’ denk ik vooral aan verhoudingen tussen partijen waar van een vertrouwensrelatie en/of toezicht sprake is, bijvoorbeeld verhoudingen met artsen, advocaten, notarissen, banken en verzekeraars. Dat is bij ICT-contracten tussen professionele partijen niet aan de orde.

Bij de ‘onderlinge verhouding van partijen’ wordt vooral gedacht aan een verschil in deskundigheid op het gebied van de prestatie, misbruik van een economische machtspositie en een verschil in juridische deskundigheid op het gebied van exoneraties. De invloed van een verschil in de deskundigheid op het gebied van de prestatie op een exoneratie is belangrijk. Deze invloed heb ik al uitgebreid besproken (zie 4.1). Ongelijkheidscompensatie speelt daar, zoals ik reeds heb besproken, een rol. In deze paragraaf ga ik daar verder niet op in.

Op welke wijze misbruik van een economische machtspositie invloed kan hebben op exoneraties valt uit de mededingingsrechtelijke literatuur af te leiden. Als er mededingingsrechtelijk gezien geen vuiltje aan de lucht is, is de ‘grotere’ partij wat mij betreft vrij zijn verschil in *bargaining power* uit te spelen. Anders gezegd, in het zakenleven is bij contractsonderhandelingen geen plaats voor ongelijkheidscompensatie, zolang het mededingingsrecht maar wordt nageleefd.¹

Voor deze paragraaf resteert dus alleen nog het beantwoorden van de vraag of en zo ja, op welke wijze een verschil in juridische deskundigheid op het gebied van exoneraties van invloed is op exoneraties. Een verschil in juridische deskundigheid op het gebied van exoneraties in professionele verhoudingen is mijns inziens geen omstandigheid die van invloed is noch zou moeten zijn op de vraag of een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.² Ik zal dit hieronder uitwerken.

Vaak wordt door de koper van een product of dienst ten onrechte wel aandacht geschonken aan de persoon van de verkoper en de prijs van het

1 Vergelijk Brunner 1992, p. 95; Tjittes 1994, p. 30.

2 Anders: Rijken 1983, p. 157-161.

betreffende product of de betreffende dienst, maar niet aan de voorwaarden (waaronder exoneraties) die op de levering van toepassing zijn. Dit kan onder andere komen door een gebrek aan interesse of een gebrek aan juridische deskundigheid. Over een gebrek aan interesse kan ik kort zijn. Dat dient niet 'beloond' te worden door een exoneratie sneller onaanvaardbaar te achten (zie ook hoofdstuk 7). Een gebrek aan juridische deskundigheid komt mijns inziens eveneens voor rekening van de (potentiële) koper. Van een professionele partij mag mijns inziens worden verwacht dat hij weet voor welke prijs en onder welke voorwaarden hij iets gaat kopen. Een onderdeel van die voorwaarden wordt gevormd door exoneraties. Bezit de (potentiële) koper die kennis niet, dan kan hij die inhuren.

7 | Wijze waarop het beding tot stand is gekomen

Een andere Saladin/HBU-omstandigheid aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is de 'wijze waarop het beding tot stand is gekomen'. Onduidelijk is waar die omstandigheid precies op slaat. Twee opvattingen zijn mogelijk.

De eerste opvatting luidt dat die omstandigheid ziet op de totstandkoming van het beding *in abstracto*, dat wil zeggen of het beding eenzijdig, door beide partijen of door (of in samenspraak met) een derde zoals een brancheorganisatie is opgesteld. Deze opvatting wordt vooral aangehangen door degenen die in het kader van art. 6:233 sub a BW de omstandigheid 'wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen' bespreken, bijvoorbeeld Wessels en Jongeneel, Loos en Hartkamp.¹ Uit de parlementaire geschiedenis betreffende algemene voorwaarden blijkt dat de wetgever aanknoopt bij de vrijwel identieke formulering uit het Saladin/HBU-arrest.²

Met Wessels en Jongeneel en Loos meen ik dat aan de herkomst van de betreffende algemene voorwaarden weinig waarde moet worden toegekend.³ Eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden kunnen best redelijk zijn, bijvoorbeeld omdat de afnemer of leverancier weet dat onredelijke algemene voorwaarden in de te betalen respectievelijk te ontvangen prijs (kunnen) worden verdisconteerd. Tweezijdig opgestelde algemene voorwaarden zijn een resultante van onderhandelingen. Hoewel één bepaald beding onredelijk lijkt te zijn, kan uit de verdere inhoud van de overeenkomst blijken dat die onredelijkheid elders (in of buiten de voorwaarden) wordt 'gecompenseerd'.

De tweede opvatting is dat de omstandigheid 'wijze waarop het beding tot stand is gekomen' ziet op de totstandkoming van de overeenkomst *in concreto*. Deze opvatting wordt vertolkt door Rijken, die ten strijde trekt tegen ondernemers die exoneraties op versluierde wijze tot contractsinhoud maken.⁴

1 Wessels & Jongeneel 1997, nr. 162-163; Loos 2001, nr. 122-127; Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 357.

2 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1586 (M.v.A. II Inv.).

3 Wessels & Jongeneel 1997, nr. 163; Loos 2001, nr. 124.

4 Rijken 1983, p. 150.

Ik ben met Hondius eens dat beide opvattingen (abstracte en concrete toetsing) juist zijn.⁵ Dit kan, aldus Hondius, uit de volgende passage uit het Staalgrit-arrest worden afgeleid:

‘Met zijn beroep op de wijze van totstandkoming brengt het hof tot uitdrukking niet alleen dat het hier gaat om een exoneratiebeding in algemene leveringsvoorwaarden, maar ook dat deze voorwaarden toepasselijk zijn geworden doordat Van der Ende bij opeenvolgende transacties ter zake geen voorbehoud heeft gemaakt. Niet valt in te zien waarom het hof een en ander hier niet in zijn oordeelsvorming zou mogen betrekken.’⁶

De consequenties van de eerste opvatting (toetsing *in abstracto*) deed ik zojuist af als gering. In de rest van dit hoofdstuk zal ik daarom uitsluitend nog de tweede opvatting (toetsing *in concreto*) bespreken.

Laatstgenoemde toetsing *in concreto* van de omstandigheid ‘wijze waarop het beding tot stand is gekomen’ komt (vooral) aan de orde bij algemene voorwaarden. In het vervolg zal ik mij dus concentreren op de wijze waarop partijen een als algemene voorwaarde aangemerkte exoneratie overeen komen. Het is nuttig in dit verband het recht betreffende algemene voorwaarden in sneltreinvaart de revue te laten passeren (en te bekritisieren) voorzover dat voor dit hoofdstuk relevant is. Allereerst moet worden onderscheiden tussen de gebondenheidseis van art. 6:217 BW en de informatieplicht van art. 6:233 sub b jo. 234 BW. Daarbij ga ik er, zoals overal in dit boek, van uit dat de leverancier degene is die de algemene voorwaarden hanteert. Aan het einde van dit hoofdstuk zal ik vervolgens uiteenzetten of en zo ja, in welke mate de omstandigheid ‘wijze waarop het beding tot stand is gekomen’ van invloed zou moeten zijn op de toetsing van exoneraties.

7.1 GEBONDENHEIDSEIS

De afnemer is aan algemene voorwaarden gebonden als hij de gelding van die voorwaarden heeft aanvaard door ondertekening van een geschrift of op andere wijze (art. 3:33 e.v., 6:217 en 6:231 sub c BW). Daarvoor is blijkens art. 6:232 BW niet relevant of hij de inhoud van de algemene voorwaarden kende. Wel relevant voor de vraag of van aanvaarding sprake is, zijn omstandigheden zoals de hoedanigheid van partijen, de al dan niet bestendige relatie, de verwijzing op facturen naar algemene voorwaarden, het uitblijven van tijdig protesteren, de gebruikelijkheid van de algemene voorwaarden in de branche, etc.⁷ De art. 6:231 en 232 BW zijn blijkens art. 6:246 BW van dwingend recht.

5 Hondius (*Verbintenissenrecht*), art. 233, aant. 15.

6 HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (concl. A-G Hartkamp; *Staalgrit* of *De Kleijn/Van der Ende*).

7 Hondius (*Verbintenissenrecht*), art. 232, aant. 6.

De vraag naar gebondenheid op basis van voornoemde art. 3:33 e.v., 6:217, 6:231 sub c en 6:232 BW moet worden beantwoord bij alle partijen ongeacht hun hoedanigheid. Hierop is echter één uitzondering. Art. 6:247 lid 2 BW bepaalt, kort gezegd, dat als beide partijen professionele partijen zijn en één van hen niet in Nederland is gevestigd, de *hele afdeling* niet van toepassing is, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Dat de 'hele afdeling' niet van toepassing is betekent bijvoorbeeld dat een buitenlandse leverancier die naar Nederlands recht contracteert, zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan art. 6:232 BW.

Eén van de belangrijkste uitspraken over gebondenheid is *Petermann/Frans Maas*.⁸ De zaak betreft een dispuut tussen de Duitse handelsonderneming *Petermann* en de Nederlandse expediteur *Frans Maas* en gaat over het volgende. Aan de voet van het briefpapier van *Frans Maas* staat een voorgedrukte verwijzing naar de *FENEX*-voorwaarden. De Hoge Raad oordeelt dat *Petermann* wel degelijk aan die algemene voorwaarden is gebonden omdat als *Petermann* niet zeker was van de betekenis van die verwijzing zij daarover opheldering had moeten vragen aan *Frans Maas* alvorens deze een expeditieopdracht te verstrekken. *Petermann* is, als internationaal opererende handelsonderneming, er immers van op de hoogte dat dit soort voetteksten verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten, aldus de Hoge Raad. Op *Petermann* rust daarom een onderzoeksplicht. *Petermann* is deze onderzoeksplicht niet nagekomen.

7.2 INFORMATIEPLICHT

De informatieplicht houdt onder andere in dat een 'kleine afnemer' (art. 6:235 lid 1 BW) die niet in een internationale transactie is verwickeld (art. 6:247 lid 2 BW) de door hem aanvaarde (zie 7.1) algemene voorwaarden kan vernietigen als de leverancier hem geen redelijke mogelijkheid heeft geboden van deze algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 sub b BW). De leverancier heeft de afnemer deze mogelijkheid wel geboden als hij (kort gezegd):

- a. de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de afnemer ter hand heeft gesteld;
- b. als a. redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de afnemer bekend heeft gemaakt dat de algemene voorwaarden ter inzage liggen bij een opgegeven Kamer van Koophandel of griffie van een rechtbank en deze voorwaarden op verzoek zullen worden toegestuurd;

8 HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (concl. A-G Strikwerda; *Petermann/Frans Maas*).

- c. als de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt:
 - i. de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de afnemer langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld zodat hij deze voorwaarden kan opslaan en later kan lezen;
 - ii. als c.i. redelijkerwijs niet mogelijk is, de leverancier voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de afnemer heeft bekend gemaakt waar hij de algemene voorwaarden kan inzien, en dat deze op verzoek langs elektronische weg of op een andere manier zullen worden toegestuurd.

De Hoge Raad beslist in VNP/Havrij dat de hierboven onder a. en b. weergegeven opsomming limitatief is en dat de daarin opgenomen stappen stap voor stap moeten worden doorlopen.⁹ Een leverancier die vóór de totstandkoming van de overeenkomst onderaan zijn briefpapier verwijst naar gedeponeerde voorwaarden en vermeldt dat deze op verzoek zullen worden toegestuurd (zonder deze voor of bij het sluiten van de overeenkomst ooit ter hand te stellen) heeft dus pas aan de informatieplicht van art. 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW voldaan als het redelijkerwijs niet mogelijk is deze voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de afnemer ter hand te stellen.

Wel stelt de Hoge Raad zich in Geurtzen/Kampstaal wat minder strikt op door te oordelen dat een afnemer zich niet op het schenden van de informatieplicht mag beroepen als hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met het beding dat hij wenst te vernietigen, bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn.¹⁰ Verder oordeelt de Hoge Raad dat zich ook omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

7.3 KRITIEK

Een aantal schrijvers is kritisch over het hiervoor weergegeven stelsel. Met de informatieplicht van art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW worden twee belangen gediend: een besluitvormingsbelang¹¹ en een dossierbelang.¹² Hartlief vat deze belangen als volgt samen. Met het besluitvormingsbelang wordt beoogd de afnemer in staat te stellen de algemene voorwaarden op hun inhoud te beoordelen en aldus een beredeneerde keuze mogelijk te maken.¹³ Met het

⁹ HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 (concl. A-G Hartkamp; VNP/Havrij; m.nt. H.J. Snijders).

¹⁰ HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (concl. A-G Hartkamp; Geurtzen/Kampstaal; m.nt. Hijma; JOR 2000, 21, m.nt. Wessels).

¹¹ Hijma 2003, nr. 35.

¹² Hartlief 2002, p. 274

¹³ Hartlief 2002, p. 274.

dossierbelang wordt beoogd het de afnemer mogelijk te maken zijn rechtspositie te bepalen als na contractsluiting een geschil ontstaat. Hartlief meent dat de wettelijke regeling vanuit het oogpunt van geen van beide belangen effectief is. Vanuit het besluitvormingsbelang niet omdat algemene voorwaarden niet of nauwelijks worden gelezen, lezen ook geen zin heeft omdat er vaak toch geen onderhandelingsruimte is en terhandstelling onnodige kosten veroorzaakt. Vanuit het dossierbelang niet omdat de algemene voorwaarden even zo goed kunnen worden verstrekt op een later ogenblik als de afnemer daarom vraagt. Hartlief bepleit daarom de informatieplicht aldus vorm te geven dat de leverancier de algemene voorwaarden pas moet verstrekken als de afnemer daarom vraagt.

Ook Jongeneel en Cohen Tervaert zijn kritisch over de informatieplicht.¹⁴ Zij menen dat het beroep van de afnemer of schending van de informatieplicht een 'beetje oneigenlijk' is. Als hij de algemene voorwaarden zou hebben ontvangen, zou hij er toch niets mee hebben gedaan, aldus deze schrijvers. Zij stellen daarom voor de terhandstelling te schrappen en de leverancier te laten volstaan met een verwijzing naar bij hem ter inzage liggende of gedeponeerde voorwaarden die op verzoek zullen worden toegestuurd. Verder zijn Jongeneel en Cohen Tervaert voorstanders van elektronisch deponeren.

In de kritiek van voornoemde schrijvers kan ik mij vinden. Ik kom tot dezelfde oplossing als zij, zij het op andere gronden. In professionele verhoudingen is het voor de afnemer mijns inziens van tweeën één: *of* de afnemer is geïnteresseerd in de algemene voorwaarden van de leverancier en wil daarover onderhandelen als de inhoud hem niet bevalt, *of* de afnemer is niet geïnteresseerd en wil (dus) ook niet onderhandelen.

Is de afnemer geïnteresseerd in de algemene voorwaarden, dan moet de afnemer ze opvragen en moet de leverancier ze verstrekken. Verstrekt de leverancier de algemene voorwaarden vervolgens niet, dan is de afnemer wat mij betreft niet aan de algemene voorwaarden gebonden (van aanvaarding in de zin van art. 6:217 BW is geen sprake) althans kan hij deze algemene voorwaarden vernietigen (art. 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW, tenzij art. 6:235 lid 1 of 6:247 lid 2 BW van toepassing is). Verstrekt de leverancier de algemene voorwaarden wel, dan kan de afnemer een beredeneerde keuze maken of hij ze accepteert of daarover gaat onderhandelen. Dossier- en besluitvormingsbelang zijn dan beiden gediend.

Is de afnemer echter niet geïnteresseerd in de algemene voorwaarden en vraagt hij ze niet op, dan neemt hij het risico (op zich) dat de algemene voorwaarden bedingen bevatten die hem niet bevallen.¹⁵ Dan moet hij genoegen

¹⁴ Jongeneel & Cohen Tervaert 2002, p. 2189-2190.

¹⁵ C.E. Drion & Van Wechem 2005, p. 439 menen dat de Hoge Raad aldus oordeelt in HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (concl. A-G Timmerman; *GTI/Zürich*). 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

nemen met de inhoudstoetsing van art. 6:233 sub a BW en/of (zie 2.2) de uitoefeningstoetsing van art. 6:248 lid 2 BW en verspeelt hij mijns inziens zijn recht zich op niet-aanvaarding althans schending van de informatieplicht te beroepen. Ik schrijf 'genoegen nemen' omdat vernietiging van de algemene voorwaarden wegens schending van de informatieplicht een veel zwaarder wapen is dan vernietiging van een algemene voorwaarde omdat die voorwaarde onredelijk bezwarend is. Immers, het eerste heeft betrekking op de gehele set algemene voorwaarden, het tweede alleen op het betreffende beding. Bovendien is voor het eerste de inhoud van de algemene voorwaarden niet relevant en voor het tweede wel.

In feite doe ik niet veel anders dan de lijnen die Hoge Raad in *Petermann/Frans Maas* en *Geurtzen/Kampstaal* uitzet, (flink) oprekken.¹⁶

De onderzoeksplicht die op de afnemer rust om algemene voorwaarden op te vragen als de leverancier daarnaar verwijst, komt uit *Petermann/Frans Maas*. Ik trek de daaruit voortvloeiende regel van de gebondenheidseis door naar de informatieplicht.¹⁷ Mijns inziens mag de 'kleine ondernemer' (in de zin van art. 6:235 lid 1 BW) op dezelfde manier *Petermann/Frans Maas* tegenoverstaan krijgen. Ook op hem rust mijns inziens de onderzoeksplicht algemene voorwaarden op te vragen als de leverancier daarnaar verwijst.

Dat de afnemer zijn rechten verspeelt als hij zijn onderzoeksplicht niet nakomt, haal ik uit *Geurtzen/Kampstaal*. Daar creëert de Hoge Raad immers de opening dat een beroep op schending van de informatieplicht onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Die omstandigheden zijn mijns inziens *per definitie* aanwezig als de afnemer nalaat algemene voorwaarden op te vragen terwijl de leverancier daarnaar verwijst voordat de overeenkomst tot stand is gekomen.

Of het voorgestelde resultaat nu wordt bereikt door wetswijziging of door extensieve interpretatie van Hoge Raad arresten (met name *Petermann/Frans Maas* en *Geurtzen/Kampstaal*), is mij eigenlijk om het even. Het belangrijkste is dat het hierboven beschreven resultaat wordt bereikt.

aan het argument van GTI dat 'het voor risico van de Gemeente komt wanneer zij de algemene voorwaarden niet opvraagt, ook niet na het ontstaan van een grote schade, die zij op de gebruiker van de algemene voorwaarden wil verhalen.' 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.

16 HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 200 (concl. A-G Strikwerda; *Petermann/Frans Maas*); HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 (concl. A-G Hartkamp; *Geurtzen/Kampstaal*; m.nt. Hijma; *JOR* 2000, 21, m.nt. Wessels).

17 De informatieplicht was in *Petermann/Frans Maas* vanwege art. 6:247 lid 2 BW niet aan de orde.

7.4 BETEKENIS VOOR EXONERATIES

Wat betekent dit uitstapje naar algemene voorwaarden voor de toetsing van exoneraties aan de hand van de Saladin/HBU-omstandigheid ‘wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen? In feite is die vraag al grotendeels beantwoord.

Voorzover een exoneratie een algemene voorwaarde is, geldt dat als de afnemer geïnteresseerd is in de algemene voorwaarden, hij ze moet opvragen en de leverancier ze vervolgens moet verstrekken. Verstrekt de leverancier de algemene voorwaarden niet, dan is de afnemer wat mij betreft niet aan de algemene voorwaarden gebonden (van aanvaarding in de zin van art. 6:217 BW is geen sprake) althans kan hij deze algemene voorwaarden vernietigen (art. 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW, tenzij art. 6:235 lid 1 of 6:247 lid 2 BW van toepassing is). Dan komt een inhoudstoetsing van de exoneratie niet meer aan de orde. Verstrekt de leverancier de algemene voorwaarden wel, dan kan de afnemer een beredeneerde keuze maken of hij ze accepteert of daarover gaat onderhandelen. In deze twee gevallen (accepteren of onderhandelen) behoort de omstandigheid ‘wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen’ niet van invloed te zijn op de toetsing van exoneraties. Immers, accepteert hij de exoneratie dan is hij het kennelijk eens met de risicoallocatie die de exoneratie meebrengt. En als hij gaat onderhandelen dan heeft hij de mogelijkheid die risicoallocatie op dezelfde wijze te beïnvloeden als de andere voorwaarden van de overeenkomst. Soms is daar veel ruimte voor en soms minder.

Vraagt de afnemer de algemene voorwaarden niet op, dan is zij in die algemene voorwaarden kennelijk niet geïnteresseerd en aanvaardt zij het risico dat in die algemene voorwaarden een voor haar ongunstige exoneratie zit. Wat mij betreft mag de afnemer er dan geen beroep meer op doen dat van aanvaarding geen sprake is althans dat de informatieplicht geschonden is. De afnemer mag mijns inziens naderhand ook niet betogen dat de exoneratie gezien ‘de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen’, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Voorzover een exoneratie geen algemene voorwaarde is, geldt dat de exoneratie (per definitie, zie art. 6:231 sub c BW) niet bestemd is om in meerdere overeenkomsten te worden opgenomen. Het gaat dan om een individueel beding waarvoor de algemene regels van aanbod en aanvaarding gelden (art. 3:33 e.v. en 6:217 BW). Er kan van uit worden gegaan dat over dat beding onderhandeld is. Als over dat beding niet onderhandeld is, dan kan – gezien het feit dat het beding geen algemene voorwaarde is – nog sneller van risico-aanvaarding door de afnemer worden gesproken. De afnemer heeft immers in de regel, meer dan bij algemene voorwaarden, de mogelijkheid over een zodanig beding te onderhandelen. Als hij dat dan niet doet, dan komt dat voor zijn risico. Als hij dat niet kan, dan kan hij altijd nog besluiten het betreffende product of de betreffende dienst niet te kopen. Ook hier werpt de omstandigheid ‘wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen’ dus geen gewicht

in de schaal bij de toetsing van exoneraties. Zelfs Rijken heeft met een aldus tot stand gekomen exoneratie geen moeite.¹⁸

¹⁸ Rijken 1998, p. 369, noot 72.

8 | Mate waarin wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest

Over deze omstandigheid kan ik kort zijn. In professionele verhoudingen speelt deze omstandigheid mijns inziens geen rol van betekenis bij de toetsing van exonerationen. Van een professionele afnemer mag worden aangenomen dat hij zich bewust is van de strekking van een exoneration. Anders gezegd: hij behoort zich daarvan bewust te zijn. Is hij zich niet bewust, dan moet hij er voor zorgen dat hij zich daarvan wel bewust wordt of het risico aanvaarden dat hij aan een exoneration gebonden is die hij niet begrijpt.

Uit de volgende twee uitspraken kunnen aanwijzingen worden geput dat rechters er ook zo over denken. De Rechtbank Leeuwarden meent dat het een feit van algemene bekendheid (althans een algemene ervaringsregel) is dat een exoneration veelvuldig in contracten wordt gebruikt en dat op de exonerant (mede) daarom geen verplichting rust de wederpartij specifiek op de betreffende exoneration te wijzen.¹ Ook de Hoge Raad lijkt in die richting te denken. In *GTI/Zürich* oordeelt hij dat de motiveringsklacht van GTI (leverancier) slaagt omdat het Hof Arnhem niet duidelijk heeft gemaakt welk gewicht hij heeft toegekend aan het argument van GTI dat GTI de Gemeente Noordoostpolder (afnemer) 'niet eigener beweging op het naar formulering en strekking duidelijke ... verjaringsbeding ... behoefde te wijzen.'² Strikt genomen valt uit deze overweging niets af te leiden. Het enkele feit dat de Hoge Raad oordeelt dat de motiveringsklacht slaagt, betekent immers nog niet dat de Hoge Raad het eens is met het betreffende argument van GTI. 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.

Als je de wederpartij al niet hoeft te wijzen op het bestaan van een exoneration, dan hoef je hem zeker niet van de inhoud van de exoneration bewust te maken.

Brunner drukt dat nog provocerender uit: 'De sukkel op de markt wordt niet beschermd, de meest deskundige en alerte ondernemer gaat met de buit strijken.'³

1 Rechtbank Leeuwarden 24 september 2003, *LJN-nummer*: AL6089, *Zaaknr*: 57476 HA ZA 03-217 (KC).

2 HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (concl. A-G Timmerman; *GTI/Zürich*).

3 Brunner 1992, p. 95.

9 Conclusie

9.1 INLEIDING

Partijen zijn vrij hun eventuele verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad uit te sluiten of te beperken door in hun contract een exoneratie overeen te komen. Een rechter kan de exonerant slechts in uitzonderingsgevallen verbieden zich op zijn exoneratie te beroepen. Volgens het *Saladin/HBU*-arrest uit 1967 kan het antwoord op de vraag of de exonerant zich op zijn exoneratie mag beroepen afhankelijk zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals:

- de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen;
- de aard en verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt;
- de maatschappelijk positie en de onderlinge verhouding van partijen;
- de wijze waarop het beding tot stand is gekomen;
- de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.¹

Exoneraties worden doorgaans getoetst aan de derogerende/beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Er zijn drie grondregels die moeten worden gerespecteerd bij een zodanige toetsing. Ten eerste, als een exoneratie aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid wordt getoetst, is de maatstaf of het beroep op de exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, en dus niet of een beroep op de exoneratie in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.² De eerste maatstaf is meer terughoudend dan de tweede maatstaf. Ten tweede, bij overeenkomsten tussen professionele of commercieel handelende partijen lijkt in de regel *extra terughoudendheid* gepast bij de beantwoording van de vraag of een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³ Ten derde,

1 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (concl. A-G Van Oosten; *Saladin/HBU*; m.nt. G.J. Scholten).

2 HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (concl. A-G Spier; *Apeldoorn/Duisterhof*; m.nt. Bloembergen).

3 C.E. Drion & Van Wechem 2005, p. 439 menen dat de Hoge Raad aldus oordeelt in HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (concl. A-G Timmerman; *GTI/Zürich*). Strikt genomen valt dit niet uit dat arrest af te leiden. De Hoge Raad casseert het arrest van het Hof Arnhem

als wordt getoetst of een exoneration naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is, moeten *alle* relevante omstandigheden in aanmerking worden genomen.⁴

In dit boek heb ik de Saladin/HBU-omstandigheden geanalyseerd. Daarbij ging ik telkens uit van exoneration in een contract naar Nederlands recht, overeengekomen tussen professionele partijen (een leverancier en een afnemer) die beide rechtspersoon zijn en in Nederland zijn gevestigd. De kennis die ik opdeed paste ik zo veel mogelijk toe op de leveranciersvriendelijke FENIT-voorwaarden 2003 en 1994 en afnemersvriendelijke BiZa-contracten (met name de softwarelicentieovereenkomst). Ik kwam daarbij tot de volgende conclusies.

Vroeger werden exonerationen aan de goede zeden getoetst, tegenwoordig aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Sommigen bepleiten een toetsing aan de goede zeden voordat aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt getoetst omdat dit rechtszekerheid zou bieden. Mijns inziens biedt deze toetsing geen rechtszekerheid omdat geen *communis opinio* bestaat over de vraag welke exonerationen wel en welke exonerationen niet in strijd zijn met de goede zeden. Om die reden heeft een voorafgaande toetsing aan de goede zeden naar mijn idee geen zin.

In de praktijk komen regelmatig situaties voor waarin de afnemer kan kiezen de exoneration te laten toetsen aan de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW) of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).⁵ Bij de eerste toets mag alleen worden gekeken naar omstandigheden die zich voordoen *vóór of bij het sluiten* van de overeenkomst (*inhoudstoetsing*). Bij de tweede toets mag *ook* worden gelet op omstandigheden die zich *na* het sluiten van de overeenkomst voordoen (*uitoefeningstoetsing*). Aangezien de tweede toets naar zijn aard ook omstandigheden omvat die voor de eerste toets relevant zijn (en niet andersom) en er geen materieel verschil is tussen de criteria 'onredelijk bezwarend' en 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar',⁶ gaf ik in dit boek uitsluitend antwoord op de vraag of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

(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 handelen grote partijen in de regel extra terughoudendheid gepast is waar het gaat om het op grond van art. 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.

4 HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (concl. A-G Verkade; *Kuunders/Swinkels Techniek*).

5 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (concl. A-G Langemeijer, *Bramer/Colpro*; m.nt. Hijma).

6 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1620-1621 (M.v.A. I Inv.).

9.2 ZWAARTE VAN DE SCHULD MEDE IN VERBAND MET DE AARD EN ERNST VAN DE BETROKKEN BELANGEN

De eerste Saladin/HBU-omstandigheid ‘zwaarte van de schuld’ is mijns inziens de belangrijkste. Voor die omstandigheid geldt het volgende.

Een beroep op een exoneration is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *in het algemeen* onaanvaardbaar indien sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid of opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding.⁷ Een beroep op iedere andere exoneration is dus *a contrario* (in beginsel) geoorloofd.⁸

Een aansprakelijkheidsbeperking bestaat altijd uit een *hoofdregel* (dat wil zeggen een gedeelte waarin aansprakelijkheid wordt aanvaard, bijvoorbeeld: ‘leverancier is aansprakelijk voor schade die direct of indirect verband houdt met deze overeenkomst tot een bedrag van EUR x per jaar’) en een *uitzondering* (dat wil zeggen een gedeelte waarin staat onder welke omstandigheden de aansprakelijkheidsbeperking niet geldt, bijvoorbeeld ‘behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding’). Als een exoneration geen expliciete uitzondering bevat, dan is de exoneration geldig, maar moet de uitzondering ‘behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding’ erbij worden gedacht.⁹

Als de afnemer een beroep wenst te doen op de *hoofdregel*, dan moet hij onder andere bewijzen dat (i) het handelen van degene die hem schade toebrengt als handelen van de leverancier heeft te gelden (Babbelleer) of (ii) de leverancier voor dat handelen kwalitatief aansprakelijk is (art. 6:76, 170 of 171 BW).

Als de afnemer een beroep wenst te doen op de *uitzondering*, dan moet hij onder andere bewijzen dat het handelen van degene die hem schade toebrengt als handelen van de leverancier heeft te gelden. Het handelen van de bedrijfsleiding geldt automatisch als handelen van de leverancier.¹⁰ Het handelen van anderen zal onder de uitzondering niet snel als handelen van de leverancier gelden. Dit komt door de strekking van de exoneration, het alles-of-niets karakter en het vergaande gevolg van de sanctie als het handelen wordt toegerekend (onbeperkte aansprakelijkheid) alsmede de mogelijkheid de exoneration in combinatie met andere Saladin/HBU-omstandigheden alsnog onaanvaardbaar te achten. De afnemer heeft geen mogelijkheid de leverancier

7 HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; *Stein/Driessen*).

8 HR 31 december 1993, NJ 1993, 389 (concl. A-G Hartkamp; *Matatag/De Schelde* of “*Serra*”; m.nt. Brunner).

9 HR 7 december 2001, JOR 2002, 44 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; *Geeris/Van Beusekom*).

10 Door over handelen van de bedrijfsleiding te spreken ga ik er van uit dat de betreffende persoon ook in die hoedanigheid handelt. Zie voor een geval waarin onduidelijk is in welke hoedanigheid een persoon handelt (in privé of als bestuurder van een vennootschap) Hoge Raad 5 december 2003, NJ 2004, 506 (concl. A-G Timmerman; *Distelberg/Van der Meulen*).

onder de uitzondering aan te spreken op basis van kwalitatieve aansprakelijkheid (art. 6:76, 170 of 171 BW).

De FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten maken in het kader van de uitzondering gebruik van de termen 'opzet' en 'grove schuld', terwijl de Hoge Raad spreekt van 'opzet of bewuste roekeloosheid'. Grove schuld = bewuste roekeloosheid en onbewuste roekeloosheid. Het begrip 'bewuste roekeloosheid' is subjectiever dan het begrip 'grove schuld'. Door het begrip 'grove schuld' te hanteren kan de exoneratie dus sneller onaanvaardbaar worden geacht dan als het begrip 'bewuste roekeloosheid' zou zijn gehanteerd. Dat betekent dat de leverancier zich bij gebruikmaking van FENIT 2003 en FENIT 1994 wat dat betreft tekort doet, terwijl de afnemer bij gebruikmaking van de BiZa-contacten zijn positie wat dat betreft verbetert.

De FENIT 2003 spreekt in het kader van de uitzondering van leidinggeven-den in plaats van bedrijfsleiding. Het eerste begrip is ruimer dan het laatste begrip. Daardoor doet de leverancier die de FENIT 2003 hanteert, zichzelf tekort. De FENIT 1994 biedt de leverancier meer bescherming omdat daarin over geen van beide begrippen wordt gerept en dus het begrip 'bedrijfsleiding' moet worden gehanteerd. De BiZa-contracten hanteren een uitgebreidere uitzondering door te spreken over de leverancier, zijn personeelsleden en hulppersonen.

Bij de uitvoering van ICT-contracten zijn de deskundigheid van de leverancier en de deskundigheid van de afnemer beide relevant voor het inkleuren van de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier. Daaraan vooraf gaat echter de vraag of de deskundigheid van de leverancier *überhaupt* moet worden getoetst. Het antwoord op die vraag wordt bepaald door de verbintenissen die de leverancier op zich neemt.

De uit het RBC/Brinkers-arrest bekende toetsingsmaatstaf – of het handelen 'al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden' – dient alleen te worden aangelegd als de leverancier (mede) een overeenkomst van opdracht uitvoert.¹¹ Deze beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf geldt als minimummaatstaf. Dit minimumniveau wordt vastgesteld op het moment dat afnemer en leverancier met elkaar een overeenkomst sluiten. Is de daadwerkelijke deskundigheid van de leverancier op een hoger niveau dan dit minimumniveau, dan wordt het minimumniveau 'vastgezet' op het niveau van de daadwerkelijke deskundigheid. De deskundigheid kan variëren naarmate de

11 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

overeenkomst voortduurt, maar de deskundigheid waaraan moet worden getoetst is in ieder geval altijd gelijk aan of hoger dan het minimumniveau, ook al is de daadwerkelijke deskundigheid onder het minimumniveau gedaald. De deskundigheid van de afnemer kan, net als die van de leverancier, variëren naarmate de overeenkomst voortduurt. Aan de deskundigheid van de afnemer worden echter geen minimeisen gesteld.

Als het verschil in deskundigheid van de leverancier ten opzichte van de afnemer toeneemt in die zin dat de leverancier ten opzichte van de afnemer steeds deskundiger wordt, neemt ook de kans toe dat een beroep van de leverancier op zijn exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. De deskundigheid van de afnemer moet van dezelfde aard zijn als de deskundigheid van de leverancier, wil de deskundigheid van de afnemer gewicht in de schaal werpen bij de vergelijking tussen de deskundigheid van de leverancier en die van de afnemer. Het moment waarop dit verschil in deskundigheid moet worden bepaald is het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voor doet. Daarbij geldt dat de deskundigheid van de leverancier in ieder geval gelijk is aan het minimumniveau dat wordt vastgesteld op het moment dat afnemer en leverancier de overeenkomst hebben gesloten.

Aangenomen wordt wel dat een toerekenbare tekortkoming bestaande uit een beroepsfout, jegens de afnemer *tevens* een onrechtmatige daad oplevert.¹² Betoogd kan worden dat als de leverancier een beroepsfout begaat, hij jegens de afnemer onbepaald aansprakelijk is voor de dooruit ontstane directe schade in de zin van art. 10.1 van de FENIT 2003. Dit komt omdat de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade (in de zin van art. 10.1) in de FENIT 2003 uitsluitend ziet op contractuele (en dus niet op buitencontractuele) aansprakelijkheid. De aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade in de zin van art. 10.2 van de FENIT 1994 ziet eveneens op aansprakelijkheid gegrond op een onrechtmatige daad (dus bijvoorbeeld ook een beroepsfout). De BiZa-contracten hanteren een andere exoneration voor schade veroorzaakt door een beroepsfout. Mijns inziens dient in de BiZa-contracten voor een beroepsfout geen andere exoneration te worden gehanteerd omdat de definitie van dat begrip in de BiZa-contracten zo ruim is dat de leverancier die tekort schiet in de nakoming van een op hem rustende verbintenis in veel gevallen geacht zal worden tevens een beroepsfout te hebben begaan.

Ook de aard en ernst van de betrokken belangen zijn van invloed op de zwaarte van de schuld. Met deze cryptische formulering doelt de Hoge Raad mijns inziens op de aard en ernst van (i) het belang dat de afnemer bij de prestatie van de leverancier heeft en (ii) de schade die de afnemer door het handelen van de leverancier lijdt.

12 Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 15; Stuurman 1986b, p. 32.

Naarmate het *belang* van de afnemer bij de prestatie van de leverancier (en de mogelijke schade) toeneemt en de volgens de exoneration te vergoeden schade afneemt, neemt de kans toe dat het beroep van een leverancier op zijn exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Naar mijn idee past een zekere terughoudendheid bij het hanteren van deze 'regel'. Immers, naarmate het belang van de afnemer bij de prestatie groter wordt, neemt ook zijn verantwoordelijkheid toe een aansprakelijkheidsregeling te bedingen die hem voldoende schadevergoeding biedt als de leverancier tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Naarmate het belang bij de prestatie groter wordt, neemt echter ook vaak de hoogte van de te verwachten schade toe. Het gevolg daarvan is dat de bereidheid van de leveranciers die schade (gedeeltelijk) te dragen afneemt. Hoe deze tegengestelde belangen zich tot elkaar verhouden zal – ik kan niet concreter worden – afhangen van de omstandigheden van het geval.

Het beroep van een leverancier op zijn exoneration is sneller onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de *schade* is veroorzaakt door overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen dan als de schade is veroorzaakt door schending van andersoortige normen. Het beroep van een leverancier op zijn exoneration is sneller onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de schade is veroorzaakt door zijn schuld (bijvoorbeeld art. 6:74 en 162 BW) dan als de schade is veroorzaakt door schade die voor zijn risico komt (bijvoorbeeld art. 6:76, 170 en 171 BW). Het beroep van een leverancier op zijn exoneration zal eerder onaanvaardbaar zijn als sprake is van schade door dood of letsel dan als sprake is van zaakschade, en eerder als sprake is van zaakschade dan wanneer sprake is zuivere vermogensschade.

9.3 AARD EN VERDERE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

De omstandigheid 'aard en verdere inhoud van de overeenkomst' en de daaronder (en hierna te bespreken) vallende sub-omstandigheden behoren mijns inziens om de hiernavolgende redenen geen gevolgen te hebben voor het antwoord op de vraag of het beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Schending van een *hoofdverplichting* heeft niet tot gevolg dat een beroep op een exoneration per definitie onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Een exoneration ziet met name op schending van een hoofdverplichting.¹³

13 Hof Den Bosch 9 maart 2004, *NJ Feitenrechtspraak* 2004, 469 (*Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*).

De ene garantie is de andere niet.¹⁴ In het kader van dit boek nam ik aan, hoewel ik besef dat er een grote verscheidenheid aan garanties bestaat, dat er een 'normaalttype' garantie bestaat.¹⁵ Daaronder versta ik, in navolging van de wetgever en Hartkamp, de toezegging van de leverancier van een verbintenis tot een geven, doen of niet doen dat hij zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen, waarvan het voorvallen of juist uitblijven aan correcte nakoming in de weg staat.¹⁶ Deze toezegging vormt een versterkte resultaatsverbintenis. Indien deze toezegging wordt geschonden, is het rechtsgevolg met name – anders dan bij schending van een 'normale' resultaatsverbintenis – dat de leverancier zich (in beginsel) niet op overmacht kan beroepen. Dat beroep heeft hij (in principe) bij voorbaat prijsgegeven.

Schending van een *uitdrukkelijke garantie* heeft niet tot gevolg dat een beroep op een exoneratione onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Garanties zijn versterkte resultaatsverbintenissen die vooral de bewijslast voor de afnemer verlichten en de garanderende leverancier (in beginsel) een beroep op overmacht beletten. Garanties zijn dus met name relevant in de fase waarin aansprakelijkheid wordt gevestigd, daarna is hun rol uitgespeeld. *Stilzwijgende garanties* worden (maar in ieder geval: dienen) uitsluitend gebruikt om de verborgen gebreken regeling uit het OBW buiten werking te stellen. Als de verborgen gebreken regeling met behulp van een stilzwijgende garantie terzijde is geschoven, is de stilzwijgende garantie uitgewerkt. Afgezien van deze specifieke functie hebben stilzwijgende garanties geen bestaansrecht. Als partijen aan het schenden van een hoofdverplichting of garantie gevolgen willen verbinden voor (het beroep op) een exoneratione, dan moeten zij dat uitdrukkelijk overeenkomen.

De 'garanties' vervat in de FENIT 2003 en FENIT 1994 zijn geen 'normaalttype' garanties (resultaatsverbintenis plus (in beginsel) geen beroep op overmacht). Zij bevatten sterk geclausuleerde inspanningsverbintenissen. Bij schending van die 'garanties' is de afnemer gerechtigd schadevergoeding te claimen op basis van de exonerationes vervat in de FENIT 2003 en FENIT 1994. Eén van de 'garanties' in de FENIT 2003 is gegoten in de vorm van een *sole remedy* clause waardoor de afnemer bij schending van die 'garantie' uitsluitend gerechtigd is tot herstel en, als dat niet mogelijk is, tot creditering van het daarvoor verschuldigde bedrag. Aan de exoneratione komt de afnemer in dat geval niet toe.

14 HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (concl. A-G Hartkamp; *ABP c.s./FGH en Breevast of Hoog Catherijne*); HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (concl. A-G Hartkamp; *Mol/Meijer*; m.nt. Vranken); Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 21.

15 Zie voor een recent overzicht van garanties en hun rechtsgevolgen G.T.M.J. Raaijmakers 2002 en 2005.

16 Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 (M.v.A. II) en 264 (T.M.); Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 21.

Een *wanverhouding* tussen beloning en mogelijke schade heeft mijns inziens geen invloed op het vestigen van de aansprakelijkheid van de leverancier. Wel kan een zodanige wanverhouding reden zijn de schadevergoeding te matigen ex art. 6:109 BW. Als er een wanverhouding is tussen de beloning en de mogelijke schade (in de zin lage beloning, hoge mogelijke schade) en tegelijkertijd een wanverhouding tussen de mogelijke schade en de exoneratie (in de zin hoge mogelijke schade, vergaande exoneratie), dan werpt de eerstgenoemde wanverhouding geen gewicht in de schaal bij de toetsing van de exoneratie. Een leverancier bedingt een zodanige vergaande exoneratie juist omdat hij een lage beloning ontvangt.

Mogelijk verhaal op een *voorschakel*, third- en first party-verzekeringen en -*verzekerbbaarheid* behoren naar hun aard niet van invloed te zijn op de aansprakelijkheid van de leverancier, net zo min als dat zij van invloed mogen zijn op het onaanvaardbaar zijn van een exoneratie. Degene die regres zou kunnen nemen is er immers nooit zeker van dat hij de schade die hij aan de afnemer moet vergoeden (bij een third party-verzekering) of zelf lijdt (bij een first party-verzekering) op zijn voorschakel of third party-verzekeraar respectievelijk zijn first party-verzekeraar kan verhalen. Bovendien heeft de ene partij niets te maken met de mogelijkheden van de andere partij de schade op een voorschakel of verzekeraar te verhalen. Hij kan er alleen in indirecte zin van profiteren op het moment dat de voorschakel of verzekeraar een schadevergoeding respectievelijk uitkering betaalt aan de andere partij en diens vermogenspositie daardoor verbetert. Wil die ene partij toch direct profiteren van de aanwezigheid van een voorschakel of verzekering, dan moet hij daarvoor bepalingen opnemen in het contract.

Voor een ICT-leverancier ligt het voor de hand twee soorten third party-verzekeringen af te sluiten, een AansprakelijkheidsVerzekering Bedrijven (AVB) en een BeroepsAansprakelijkheidsVerzekering (BAV). Een AVB dekt de aansprakelijkheid van de leverancier en diens ondergeschikten voor door derden geleden zaak- en letselschade en de daaruit voortvloeiende vermogensschade. Een BAV dekt, anders dan een AVB, de aansprakelijkheid van de leverancier en diens ondergeschikten voor door derden geleden schade ontstaan door een fout in de uitoefening van hun werkzaamheden. Een AVB en BAV kennen beide uitsluitingen op de dekking. Uitsluitingen die bijna altijd worden opgenomen betreffen opzet en aansprakelijkheidsverhogende bedingen. Die uitsluitingen lopen niet synchroon met de uitzondering 'behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding'. Er zijn gevallen waarin een leverancier geen beroep mag doen op zijn exoneratie en een AVB en BAV-verzekeraar wel moet uitkeren.

Onder *aansprakelijkheidsverhogende bedingen* worden in de regel verstaan garanties, boetes, schadevergoedingsbedingen en vrijwaringen. De verzekeraar moet bewijzen dat sprake is van een aansprakelijkheidsverhogend beding. Dekking bestaat echter weer wel voorzover de leverancier ook zonder een

zodanig beding aansprakelijk zou zijn (geweest). De verzekerde moet bewijzen dat dat het geval is. De FENIT 2003 en FENIT 1994 bevatten geen aansprakelijkheidsverhogende bedingen. Of de garanties, boetes en aansprakelijkheidsbedingen in de BiZa-contracten daadwerkelijk aansprakelijkheidsverhogend werken, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

First party-verzekeringen zijn in de ICT-praktijk nauwelijks van belang omdat (i) de schade die doorgaans wordt veroorzaakt bij de uitvoering van een ICT-overeenkomst niet onder de dekking van de meest gebruikelijke verzekeringen valt en (ii) de verzekering die (een deel van) die schade wel dekt niet of nauwelijks wordt aangeboden.

9.4 OVERIGE OMSTANDIGHEDEN

De overige omstandigheden (maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin zich de wederpartij van de strekking van het beding bewust is geweest), behoren evenmin gewicht in de schaal te werpen bij een Saladin/HBU-beoordeling.

Bij '*maatschappelijke positie*' denk ik vooral aan verhoudingen tussen partijen waar van een vertrouwensrelatie en/of toezicht sprake is, bijvoorbeeld verhoudingen met artsen, advocaten, notarissen, banken en verzekeraars. Dat is bij ICT-contracten tussen professionele partijen niet aan de orde.

Bij de '*onderlinge verhouding van partijen*' wordt vooral gedacht aan een verschil in deskundigheid op het gebied van de prestatie, misbruik van een economische machtspositie en een verschil in juridische deskundigheid of het gebied van exonertes.

De invloed van een verschil in de deskundigheid op het gebied van de prestatie op een exonerte is belangrijk. Deze invloed heb ik al uitgebreid besproken bij de beoordeling van omstandigheid zwaarte van de schuld.

Op welke wijze misbruik van een economische machtspositie invloed kan hebben op exonertes valt uit de mededingingsrechtelijke literatuur af te leiden. Als er mededingingsrechtelijk gezien geen vuiltje aan de lucht is, is de 'grotere' partij wat mij betreft vrij zijn verschil in *bargaining power* uit te spelen. Anders gezegd, in het zakenleven is bij contractsonderhandelingen geen plaats voor ongelijkheidscompensatie, zolang het mededingingsrecht maar wordt nageleefd.

Een verschil in juridische deskundigheid op het gebied van exonertes is mijns inziens evenmin een omstandigheid die van invloed zou moeten zijn op de vraag of een exonerte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een gebrek aan juridische deskundigheid komt naar mijn mening voor rekening van de (potentiële) koper. Van een professionele partij

mag immers worden verwacht dat hij weet voor welke prijs en onder welke voorwaarden hij iets gaat kopen. Een onderdeel van die voorwaarden wordt gevormd door exonerationen. Bezit de (potentiële) koper die kennis niet, dan kan hij die inhuren.

De *'wijze waarop het beding tot stand is gekomen'* behoort mijns inziens ook niet van invloed te zijn bij de beantwoording van de vraag of het beroep op de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Voorzover een exoneration een algemene voorwaarde is, geldt dat als de afnemer geïnteresseerd is in de algemene voorwaarden, hij ze moet opvragen en de leverancier ze vervolgens moet verstrekken. Verstrekkt de leverancier de algemene voorwaarden niet, dan is de afnemer wat mij betreft niet aan de algemene voorwaarden gebonden (van aanvaarding in de zin van art. 6:217 BW is geen sprake) althans kan hij deze algemene voorwaarden vernietigen (art. 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW, tenzij art. 6:235 lid 1 of 6:247 lid 2 BW van toepassing is). Dan komt een inhoudstoetsing van de exoneration niet meer aan de orde. Verstrekkt de leverancier de algemene voorwaarden wel, dan kan de afnemer een beredeneerde keuze maken of hij ze accepteert of daarover gaat onderhandelen. In deze twee gevallen (accepteren of onderhandelen) behoort de omstandigheid *'wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen'* niet van invloed te zijn op de toetsing van exonerationen. Immers, accepteert hij de exoneration dan is hij het kennelijk eens met de risicoallocatie die de exoneration met zich meebrengt. En als hij gaat onderhandelen dan heeft hij de mogelijkheid die risicoallocatie op dezelfde wijze te beïnvloeden als de andere voorwaarden van de overeenkomst.

Vraagt de afnemer de algemene voorwaarden niet op, dan is hij in die algemene voorwaarden kennelijk niet geïnteresseerd en aanvaardt hij het risico dat in die algemene voorwaarden een voor hem ongunstige exoneration zit. Wat mij betreft mag de afnemer er dan geen beroep meer op doen dat van aanvaarding geen sprake is althans dat de informatieplicht geschonden is. De afnemer mag mijns inziens naderhand ook niet betogen dat een beroep op de exoneration gezien *'de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen'*, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Voorzover een exoneration geen algemene voorwaarde is, geldt dat de exoneration (per definitie, zie art. 6:231 sub c BW) niet bestemd is om in meerdere overeenkomsten te worden opgenomen. Het gaat dan om een individueel beding waarvoor de algemene regels van aanbod en aanvaarding gelden (art. 3:33 e.v. en 6:217 BW). Er kan van uit worden gegaan dat over dat beding onderhandeld is. Als over dat beding niet onderhandeld is, dan kan – gezien het feit dat het beding geen algemene voorwaarde is – nog sneller van risicoaanvaarding door de afnemer worden gesproken. De afnemer heeft immers in de regel, meer dan bij algemene voorwaarden, de mogelijkheid over een zodanig beding te onderhandelen. Als hij dat dan niet doet, dan komt dat voor

zijn risico. Als hij dat niet kan, dan kan hij altijd nog besluiten het betreffende product of de betreffende dienst niet te kopen. Ook hier werpt de omstandigheid 'wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen' dus geen gewicht in de schaal bij de toetsing van exonerationen.

De laatste omstandigheid, '*de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest*', behoort ook geen rol van betekenis te spelen bij de toetsing van exonerationen. Van een professionele afnemer mag worden aangenomen dat hij zich bewust is van de strekking van een exoneration. Anders gezegd: hij behoort zich daarvan bewust te zijn. Is hij zich niet bewust, dan moet hij er voor zorgen dat hij zich daarvan wel bewust wordt of het risico aanvaarden dat hij aan een exoneration gebonden is die hij niet begrijpt.

9.5 AFRONDING

Of het beroep op de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden opgesomd in het Saladin/HBU-arrest. Bij overeenkomsten tussen professionele of commercieel handelende partijen is mijns inziens in de regel *extra terughoudendheid* gepast bij de beantwoording van die vraag.

Een beroep op een exoneration is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *in het algemeen* onaanvaardbaar indien sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid of opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding. Een beroep op iedere andere exoneration is dus *a contrario* (in beginsel) geoorloofd.

In (ICT-)contracten tussen professionele partijen is de zwaarte van de schuld de belangrijkste Saladin/HBU-omstandigheid. In dat verband zijn van belang: het verschil in deskundigheid tussen de leverancier en de afnemer op het gebied van de prestatie, de aard en ernst van het belang dat de afnemer bij de prestatie van de leverancier heeft alsmede de aard en ernst van de schade die de afnemer door het handelen van de leverancier lijdt. De andere Saladin/HBU-omstandigheden behoren niet of slechts in geringe mate van invloed te zijn op de toetsing van exonerationen.

Partijen zijn vrij risico's te verdelen. Contracteren is risico's verdelen. Exonereren is ook risico's verdelen. De rechter behoort deze vrijheid zo veel mogelijk te respecteren.

Summary

Exemption clauses in contracts (in particular ICT contracts) between professional parties

1 INTRODUCTION

Parties are free to exclude or limit their potential liability for damage caused by a breach of contract or a tort by agreeing on an exemption clause (*'exoneratieclausule'*). A court may only limit the right to invoke an exemption clause in exceptional cases. According to the Saladin/HBU judgment of 1967, whether an exemption clause may be invoked depends on the weighing of many circumstances, such as:

- the degree of culpability, also in connection with the nature and gravity of the interests at stake;
- the nature and further content of the contract in which the clause is included;
- the social position and the relative position of the parties;
- the manner in which the clause came into existence;
- the extent to which the other party was aware of the clause's purpose.

Exemption clauses are generally tested against the 'limiting effect of the principles of reasonableness and fairness' (*derogerende/beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid*). This means that a court can refuse to enforce such a clause based upon those principles. There are three ground rules that must be respected when applying this test. First, the standard is whether invocation of the exemption clause would be *unacceptable* on the basis of the principles of reasonableness and fairness, and therefore not whether its invocation would be contrary to those principles. A higher threshold must be met to satisfy the first test than the second. Second, in contracts between professional parties, it can be argued that *extra restraint* must be exercised when determining whether an exemption clause is unacceptable. Third, in making the determination, *all* relevant circumstances must be considered.

In this book, I first analysed the Saladin/HBU circumstances. In each case, I assumed that an exemption clause in a contract governed by Dutch law is concluded between professional parties (a supplier and a customer) that are both legal entities resident in the Netherlands. I then applied, as much as

possible, the knowledge I had acquired to the supplier-friendly FENIT¹ conditions of 2003 and 1994 and the customer-friendly BiZa² contracts (in particular, the software licence agreement). I reached the following conclusions.³

In the past, exemption clauses were tested against good morals (*goede zeden*). Nowadays, they are tested against reasonableness and fairness. Some writers argue that both tests should be used, first the good morals test and then the reasonableness and fairness test. According to these writers, this would result in legal certainty (*rechtszekerheid*) because, among other things, (i) application of the good morals test involves weighing a limited number of circumstances whereas application of the reasonableness and fairness test involves weighing an (in theory) unlimited number of circumstances, and (ii) a failure to pass the first test would make it unnecessary to apply the second, more extensive test. I disagree with these writers because even if the number of circumstances under the good morals test were indeed limited, and even if these circumstances could be identified, there would still be no consensus on the question of which exemptions clauses are, and which are not, contrary to good morals. Take what would seem to be the most obvious example of a circumstance in which the invocation of an exemption clause should be contrary to good morals, i.e. in the case of wilful misconduct (*opzet*). Although many authors indeed take this position, there is nevertheless no consensus. This means that almost all exemption clauses would still have to be reviewed under the reasonableness and fairness test. Since the introduction of a good morals test prior to the reasonableness and fairness test would seem to have little added value, I believe that combining both tests does not make sense.

In practice, situations often arise in which a customer may choose whether it wishes to have an exemption clause reviewed under the unreasonably-burdensome test (Art. 6:233 (a) Netherlands Civil Code) or the reasonableness and fairness test (Art. 6:248 (2) Netherlands Civil Code). Under the first test, only circumstances which occurred *prior to or at the time of the conclusion* of the contract may be considered. Under the second test, circumstances which occurred *after* the conclusion of the contract may *also* be considered. Given that the second test, by its nature, also encompasses circumstances which are relevant for the first test (and not vice versa) and given that there is no material difference between the criteria 'unreasonably burdensome' and 'unacceptable on the basis of reasonableness and fairness', I decided to limit my investigation to the reasonableness and fairness test.

1 FENIT is a Dutch trade organisation of ICT suppliers.

2 BiZa is the Dutch Ministry of the Interior. These contracts are often used in public procurement with respect to ICT products and services.

3 The conclusions with respect to the FENIT conditions and BiZa contracts are not included in this summary due to their technical nature.

2 THE DEGREE OF CULPABILITY, ALSO IN CONNECTION WITH THE NATURE AND GRAVITY OF THE INTERESTS AT STAKE

The first Saladin/HBU circumstance – degree of culpability – is, in my opinion, the most important one.

The invocation of an exemption clause is, *as a general rule*, unacceptable in the case of the supplier's wilful misconduct or conscious recklessness (*bewuste roekeloosheid*) or that of the supplier's top level management (*bedrijfs-leiding*). The invocation of an exemption clause in any other circumstances is therefore, *a contrario* (in principle) acceptable.

An exemption clause always consists of a *main rule* (i.e. a part in which liability is accepted, e.g. 'supplier is liable for damages directly or indirectly connected to this contract up to an amount of EUR x per annum') and an *exception* (i.e. a part which states the circumstances in which the limitation of liability does not apply, e.g. 'except in the case of wilful misconduct or conscious recklessness of the supplier or the supplier's top level management'). If an exemption clause does not contain an explicit exception, the exemption is valid, but the exception pertaining to 'wilful misconduct or conscious recklessness of the supplier or its top level management' will be regarded as implied.

If a customer wishes to invoke the *main rule*, it has to prove, among other things, that (i) the act of the person causing the damage must be characterised as an act of the supplier (Babbel doctrine) or (ii) the supplier is vicariously liable for that act (Art. 6:76, 170 or 171 Netherlands Civil Code).

If a customer wishes to invoke the *exception*, it has to prove, among other things, that the act of the person causing the damage must be characterised as an act of the supplier. An act of the supplier's top level management automatically qualifies as an act of the supplier. An act of anyone else (such as an employee not belonging to the supplier's top level management) will not readily be characterised as an act of the supplier for this purpose because of the nature of an exemption clause (to exclude or limit liability), the all-or-nothing character and the far-reaching consequences of the sanction (unlimited liability) if the act is attributed to the supplier and the fact that it is still possible for the exemption clause to be considered unacceptable in combination with other Saladin/HBU circumstances. The customer is not entitled to claim against the supplier under the exception on the basis of vicarious liability (Art. 6:76, 170 or 171 Netherlands Civil Code).

In the performance of ICT contracts, the expertise of both the supplier and the customer are relevant in determining the degree of culpability of the supplier. A preliminary question is whether the expertise of the supplier should be tested at all. The answer to that question is determined by the obligations which the supplier takes on.

The test known from the RBC/Brinkers judgment – whether the conduct ‘meets the standard of care that can be demanded from a reasonable and competent automisation expert’ – only comes into play if the contract with the supplier includes the provision of services. This professional malpractice standard is a minimum one and is set as of the time of contracting. If the actual expertise is at a higher level than this minimum standard, the minimum standard is ‘set’ at the level of the actual expertise. The expertise can vary as the contract progresses, but the level of expertise required must always equal or exceed the minimum standard, even if the actual expertise has dropped below that level. The customer’s expertise can also vary as the contract progresses, but is not subject to any minimum standard.

If the difference in expertise between the supplier and the customer increases in favour of the supplier, it becomes more likely that the invocation of the exemption clause by the supplier will be deemed unacceptable on the basis of reasonableness and fairness. Unless the customer’s expertise is of the same nature as that of the supplier, a comparison will not even be made (the customer will simply be regarded as not having the relevant expertise). The comparison must be made as of the time at which the act causing the damage occurred. The supplier’s expertise at the time the comparison is made must in any case equal or exceed the minimum standard set at the time of contracting.

The degree of culpability is affected by the ‘nature and gravity of the interests at stake’. In my opinion, this somewhat cryptic formulation by the Supreme Court refers to (i) the importance which the customer attaches, and is entitled to attach, to the supplier’s performance and (ii) the nature and gravity of the damage suffered by the customer as a result of the supplier’s act.

As the *importance* which the customer attaches to the supplier’s performance (and the possible damage) increases, and the amount of damage that will be compensated under the exemption clause decreases, the likelihood that the supplier’s invocation of the exemption clause will be deemed unacceptable on the basis of reasonableness and fairness increases. In my opinion, a certain restraint is called for when applying the above principle. This is because, in my opinion, as the importance which the customer attaches to the supplier’s performance increases, the customer’s responsibility to agree on a liability clause providing for sufficient compensation in the event of the supplier’s breach also increases. However, as the importance attached to the performance increases, the amount of damage to be expected generally increases as well. Consequently, the willingness of the supplier to compensate that damage, at least in full, decreases. How these conflicting interests relate to each other – unfortunately I cannot be more specific – will depend on the circumstances of the case.

Invocation of an exemption clause will more readily be considered unacceptable on the basis of reasonableness and fairness if the *damage* was caused

by a violation of traffic and safety standards than if it was caused by a violation of other standards. Similarly, invocation of an exemption clause will more readily be considered unacceptable on the basis of reasonableness and fairness if the damage was caused by the supplier's fault (e.g. Art. 6:74 and 162 Netherlands Civil Code) than if it was caused by acts for which the supplier bears the risk (e.g. Art. 6:76, 170 and 171 Netherlands Civil Code), more readily if the damage was caused by death or personal injury than if it consists of property damage, and more readily if it consists of property damage than if the damage is purely financial.

3 NATURE AND FURTHER CONTENT OF THE CONTRACT

The circumstance 'nature and further content of the contract' (such as the principal obligation and any express or tacit guarantees) should not, in my opinion, have any bearing on whether the invocation of an exemption clause is deemed unacceptable on the basis of reasonableness and fairness.

The breach of a *principal obligation* should not preclude the invocation of an exemption clause since such a clause is generally entered into primarily with the principal obligation in mind.

Although I realise that there is a large range of different guarantees, I assumed, for the purposes of this book, that it is possible to speak of a 'normal type' guarantee. Such a guarantee should be characterised as an enhanced obligation to achieve a particular result (*obligation de resultat*). If breached, the supplier in principle cannot – in contrast to where a 'normal' obligation to achieve a particular result is breached – invoke *force majeure*. By giving the guarantee, the supplier relinquishes this right in advance.

Contrary to the view expressed by many authors, a breach of an *express guarantee* does not, in my opinion, automatically result in the invocation of an exemption clause being deemed unacceptable on the basis of reasonableness and fairness. Like all other guarantees, express guarantees are, in my opinion, only relevant in the liability phase of a legal action. After that, they play no further role and therefore are of no special significance when deciding whether an exemption clause may be invoked. *Tacit guarantees* are – or in any case should be – used solely to circumvent the rules regarding hidden defects (*verborgen gebreken*) in the old Netherlands Civil Code. Once the hidden defect rules have been set aside, the function of the tacit guarantee is exhausted and it serves no further purpose. If parties wish to attach consequences to the invocation of an exemption clause where a principal obligation or guarantee is breached, they should agree on this explicitly.

An *imbalance* between the price and the possible damage (in the sense of low price, high possible damage) should not, in my opinion, influence whether or not the supplier is liable. It should also not influence the enforceability of

an exemption clause even if there is, in addition, an imbalance between the possible damage and the scope of the exemption (in the sense of high possible damage, far-reaching exemption clause). In those situations, a supplier insists on such a far-reaching exemption clause precisely because the price is low.

The possibility of the supplier to take recourse against its prior suppliers, the availability of *insurance* coverage under third-party or first-party insurance policies and the question of *insurability* are circumstances that in my opinion should not, in view of their nature, influence whether or not the supplier is liable. These factors should also not influence whether an exemption clause can be invoked. For one thing, recovery against a prior supplier or under an insurance policy is never certain. Moreover, it should be no business of either the supplier or customer whether the other is insured or whether recovery from a third party is possible and neither of them should be allowed to benefit, other than indirectly, from the fact that this is the case. If a party wishes to benefit directly from the existence of a prior supplier or insurance, it should ensure there are clauses to this effect in the contract.

An ICT supplier can, in general, take out two types of third-party insurance, business liability insurance (*AansprakelijkheidsVerzekering Bedrijven* (AVB)) and professional liability insurance (*BeroepsAansprakelijkheidsVerzekering* (BAV)). An AVB policy covers the liability of the supplier and its subordinates for property damage and personal injury suffered by third parties as well as the financial losses resulting therefrom. A BAV policy covers the liability of the supplier and its subordinates for damage suffered by third parties as a result of a professional error in the performance of the supplier's activities. Both types of policy contain exclusions from coverage, two of which almost always pertain to wilful misconduct and clauses leading to increased liability. These exclusions are not entirely parallel to the exception 'in the case of wilful misconduct or conscious recklessness of the supplier or its top level management'. There are situations in which the supplier cannot invoke the exemption clause but the AVB or BAV insurer must pay.

Guarantees, penalties, liability clauses and indemnity clauses are generally considered to be *clauses increasing liability*. It is the insurer who must prove that the contract in question contains a clause increasing liability. The exclusion does not apply, however, to the extent the supplier can prove that it would also have been liable in the absence of such a clause.

First-party insurance plays almost no role in ICT practice because (i) the damage usually caused during the performance of an ICT contract is not covered by the most common first-party insurance policies and (ii) first-party insurance covering all or part of that damage is largely unavailable.

4 OTHER CIRCUMSTANCES

The other circumstances (social position and the relative position of the parties, the manner in which the clause came into existence and the extent to which the other party is aware of the purpose of the clause) should, in my opinion, also not be relevant when applying the Saladin/HBU test.

The circumstance '*social position*' mainly plays a role in relationships in which the element of trust is viewed as essential, such as with doctors, lawyers, civil law notaries, banks and insurers. This is not the case in ICT contracts between professional parties.

The circumstance '*relative position of the parties*' has three main aspects: a difference in expertise regarding the products and/or services supplied, abuse of a dominant market position and the difference in legal expertise on exemptions clauses.

The influence of a difference in expertise regarding the products and/or services supplied is important and has been discussed above in connection with the degree of culpability.

The possible effect of the abuse of a dominant market position on an exemption clause can be deduced from the literature on competition law. If there are no objections from a competition law perspective, the 'larger' party is, in my opinion, free to take advantage of its stronger *bargaining position*. Put differently, in contract negotiations it is not necessary to compensate for unequal bargaining positions as long as the competition laws are observed.

A difference in legal expertise on exemption clauses is, in my opinion, also not a circumstance which should affect whether the invocation of an exemption clause is unacceptable on the basis of reasonableness and fairness. The buyer or potential buyer should in my view bear the consequences of its own lack of legal expertise. A professional party may be expected to be aware of and understand the price and other conditions governing its purchases. Exemption clauses are part of those conditions. If the buyer or potential does not possess such expertise itself, it can hire someone who does.

The '*manner in which the clause came into existence*' (such as the fact that the exemption clause is a standard term) should, in my opinion, also not affect whether the invocation of an exemption clause is unacceptable based on reasonableness and fairness.

A customer, if it is interested in examining the standard terms, must in my opinion request a copy of them. If the supplier then fails to provide this, the customer is, in my opinion, not bound by the standard terms (there is no acceptance within the meaning of Article 6:217 of the Netherlands Civil Code) or can nullify them (Articles 6:233 (b) and 6:234 (1) Netherlands Civil Code, unless Art. 6:235 (1) or 6:247 (2) Netherlands Civil Code applies). If the stand-

ard terms include an exemption clause, its content will in that situation not be tested. If the supplier does provide a copy of the standard terms, the customer can make an educated choice to accept or negotiate them. In those two cases (accept or negotiate), the circumstance 'manner in which the clause came into existence' should not influence the enforceability of the exemption clause. If the customer accepts the exemption clause, it obviously agrees to the risk allocation the clause brings about. And if the customer decides to negotiate, it can influence that risk allocation in the same manner as it can influence the other conditions of the contract. If the customer is unable to affect the risk allocation to its liking, it can refuse to enter into the contract.

If the customer does not request a copy of the standard terms, it is in my opinion obviously not interested in them and accepts the risk that they will contain a disadvantageous exemption clause. In that case, the customer may, in my opinion, no longer argue that it has not accepted the standard terms or that the supplier's obligation to provide information has been breached. The customer may also not argue at a later stage that the invocation of the exemption is unacceptable based on the principles of reasonableness and fairness in view of 'the manner in which the clause came into existence' although it can of course still make this argument on the basis of other circumstances.

If an exemption clause is not a standard term, the clause is (by definition, see Art. 6:231 (c) Netherlands Civil Code) not intended to be included in more than one contract. It is therefore an individual term to which the general statutory provisions on offer and acceptance apply (Art. 3:33 et seq. and 6:217 et seq. Netherlands Civil Code). In that event, it can be assumed that the exemption clause was negotiated. If the clause was in fact not negotiated, it is even easier to say that the customer has accepted the risk because it could have negotiated the clause and did not do so. If the supplier refuses to negotiate, the customer can always decide not to purchase the relevant product or service. In this case too, 'the manner in which the clause came into existence' should not be a factor in the testing of an exemption clause.

The last circumstance (*'the extent to which the other party is aware of the purpose of the clause'*) should, in my opinion, likewise not play a significant role in the testing of an exemption clause. A professional customer may be assumed to be aware of the purpose of an exemption clause. Put differently, it *should* be aware of the purpose of such a clause. If not, it must either ensure that it gains this awareness or accept the risk of being bound by an exemption clause it does not understand.

5 CONCLUSION

Whether the invocation of an exemption clause is *unacceptable* on the basis of the principles of reasonableness and fairness should be decided using the circumstances set out in the Saladin/HBU judgment. In contracts between professional between professional parties, *extra restraint* is called for when applying this test.

The invocation of an exemption clause is, *as a general rule*, unacceptable on the basis of reasonableness and fairness in the case of the supplier's own wilful misconduct or conscious recklessness or that of its top level management. The invocation of an exemption clause in any other circumstances is *a contrario* (in principle) allowed.

In contracts between professional parties, and more specifically in ICT contracts between professional parties, the degree of culpability is the most important Saladin/HBU circumstance. The following circumstances are also of importance: the difference in technological expertise between the supplier and the customer, the nature and gravity of the customer's interest in proper performance by the supplier and the nature and gravity of the damage which the customer suffers as a result of the supplier's breach. The other Saladin/HBU circumstances should have little or no bearing on the fate of an exemption clause.

Parties are free to allocate risks. Contracting is allocating risks. Entering into exemption clauses is also allocating risks. Courts should respect this freedom as much as possible.

BIJLAGEN

Relevante clausules uit FENIT, COSSO en BiZa

1 FENIT 2003

Algemene voorwaarden van FENIT

Gedeponeerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 3 juni 2003 onder nummer 60/2003.

© FENIT 2003

FENIT (Federatie Nederlandse IT) maakt deel uit van Nederland~ICT

ALGEMENE BEPALINGEN

1. *Aanbiedingen overeenkomst*

- 1.2 Alle aanbiedingen en andere uitingen van leverancier zijn vrijblijvend, tenzij door leverancier schriftelijk uitdrukkelijk anders is aangegeven. Cliënt staat in voor de juistheid en volledigheid van de door of namens hem aan leverancier opgegeven maten, eisen, specificaties van de prestatie en andere gegevens waarop leverancier zijn aanbieding baseert.

9. *Beëindiging overeenkomst*

- 9.1 Aan elk der partijen komt de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst slechts toe indien de andere partij, steeds in alle gevallen na een deugdelijke en zo gedetailleerd mogelijke schriftelijke ingebrekestelling waarbij een redelijke termijn gesteld wordt voor zuivering van de tekortkoming, toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van wezenlijke verplichtingen uit de overeenkomst.
- 9.5 Indien cliënt op het moment van de ontbinding als bedoeld in artikel 9.1 reeds prestaties ter uitvoering van de overeenkomst heeft ontvangen, zullen deze prestaties en de daarmee samenhangende betalingsverplichting geen voorwerp van ongedaanmaking zijn, tenzij cliënt bewijst dat leverancier ten aanzien van die prestaties in verzuim is. Bedragen die leverancier vóór de ontbinding heeft gefactureerd in verband met hetgeen hij ter uitvoering van de overeenkomst reeds naar behoren heeft verricht of geleverd, blijven met inachtneming van het in de vorige volzin bepaalde onverminderd verschuldigd en worden op het moment van de ontbinding direct opeisbaar.

10. *Aansprakelijkheid van Leverancier; vrijwaring*

- 10.1 De totale aansprakelijkheid van leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is beperkt tot vergoeding van directe schade tot maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs (excl. BTW). Indien de overeenkomst hoofdzakelijk een duurovereenkomst is met een looptijd van meer dan één jaar, wordt de voor de overeenkomst bedongen prijs gesteld op het totaal van de vergoedingen (excl. BTW) bedongen voor één jaar. In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan €500.000 ((vijfhonderd duizend Euro). Onder directe schade wordt uitsluitend verstaan:
- a. redelijke kosten die cliënt zou moeten maken om de prestatie van leverancier aan de overeenkomst te laten beantwoorden; deze vervangende schade wordt echter niet vergoed indien de overeenkomst door of op vordering van cliënt wordt ontbonden.
 - b. redelijke kosten die cliënt heeft gemaakt voor het noodgedwongen langer operationeel houden van zijn oude systeem of systemen en daarmee samenhangende voorzieningen doordat leverancier op een voor hem bindende uiterste leverdatum niet heeft geleverd, verminderd met eventuele besparingen die het gevolg zijn van de vertraagde levering;
 - c. redelijke kosten, gemaakt ter vaststelling van de oorzaak en de omvang van de schade, voor zover de vaststelling betrekking heeft op directe schade in de zin van deze voorwaarden;
 - d. redelijke kosten, gemaakt ter voorkoming of beperking van schade, voor zover cliënt aantoont dat deze kosten hebben geleid tot beperking van directe schade in de zin van deze voorwaarden.
- 10.2 De aansprakelijkheid van leverancier voor schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken bedraagt totaal nimmer meer dan €1.250.000 (één miljoen tweehonderdvijftig duizend Euro).
- 10.3 Aansprakelijkheid van leverancier voor indirecte schade, gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen, verminderde goodwill, schade door bedrijfsstagnatie, schade als gevolg van aanspraken van afnemers van cliënt, verminking of verlies van data, schade verband houdende met het gebruik van door cliënt aan leverancier voorgeschreven zaken, materialen of software van derden, schade verband houdende met de inschakeling van door cliënt aan leverancier voorgeschreven toeleveranciers en alle andere vormen van schade dan genoemd in artikel 10.1 en 10.2, uit welchen hoofde dan ook, is uitgesloten.
- 10.4 De in voorgaande leden van dit artikel 10 genoemde beperkingen komen te vervallen indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van leverancier of diens leidinggevenden.
- 10.5 De aansprakelijkheid van leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst ontstaat in alle gevallen slechts indien cliënt leverancier onverwijld en deugdelijk schriftelijk in gebreke stelt, waarbij een redelijke termijn ter zuivering van de tekortkoming wordt gesteld, en leverancier ook na die termijn toerekenbaar te kort blijft schieten in de nakoming van zijn verplichtingen. De ingebrekestelling dient een zo volledig en gedetailleerd mogelijke omschrijving van de tekortkoming te bevatten, zodat leverancier in staat is adequaat te reageren.

- 10.6 Voorwaarde voor het ontstaan van enig recht op schadevergoeding is steeds dat cliënt de schade zo spoedig mogelijk na het ontstaan daarvan schriftelijk bij leverancier meldt. Iedere vordering tot schadevergoeding tegen leverancier vervalt door het enkele verloop van 24 maanden na het ontstaan van de vordering.
- 10.7 Cliënt vrijwaart leverancier voor alle aanspraken van derden wegens productaansprakelijkheid als gevolg van een gebrek in een product of systeem dat door cliënt aan een derde is geleverd en dat mede bestond uit door leverancier geleverde apparatuur, programmatuur of andere materialen, behoudens indien en voor zover cliënt bewijst dat de schade is veroorzaakt door die apparatuur, programmatuur of andere materialen.
- 10.8 Het bepaalde in dit artikel geldt ook ten gunste van alle (rechts)personen waarvan leverancier zich ter uitvoering van de overeenkomst bedient.

11. Overmacht

- 11.2 Indien een overmachtsituatie langer dan negentig dagen heeft geduurd, hebben partijen het recht om de overeenkomst door schriftelijke ontbinding te beëindigen. Hetgeen reeds ingevolge de overeenkomst gepresteerd is, wordt in dat geval naar verhouding afgerekend, zonder dat partijen elkaar overigens iets verschuldigd zullen zijn.

COMPUTERSERVICE

De in dit hoofdstuk 'Computerservice' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen uit deze algemene voorwaarden, van toepassing indien leverancier diensten op het gebied van computerservice verleent, waaronder wordt verstaan de automatische verwerking van gegevens met behulp van door leverancier beheerde programmatuur en apparatuur.

16. Garantie

- 16.1 Leverancier is niet verantwoordelijk voor controle van de juistheid en volledigheid van de resultaten van de computerservice. Cliënt zal na ontvangst deze resultaten zelf controleren. Leverancier staat er niet voor in dat de computerservice foutloos of zonder onderbrekingen wordt verleend. Indien gebreken in de resultaten van de computerservice een direct gevolg zijn van producten, programmatuur, informatiedragers, procedures of bedieningshandelingen waarvoor leverancier uit hoofde van de overeenkomst uitdrukkelijk verantwoordelijk is, zal leverancier de computerservice herhalen teneinde naar beste vermogen deze onvolkomenheden te herstellen, mits cliënt de onvolkomenheden zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen één week na ontvangst van de resultaten van de computerservice, schriftelijk en gedetailleerd aan leverancier kenbaar maakt. Slechts indien gebreken in de computerservice aan leverancier toerekenbaar zijn, wordt de herhaling gratis uitgevoerd. Indien gebreken niet zijn toe te rekenen aan leverancier en/of de gebreken het gevolg zijn van fouten of onvolkomenheden van cliënt, zoals het aanleveren van onjuiste of onvolledige informatie, zal leverancier de kosten van een eventuele herhaling volgens zijn gebruikelijke tarieven aan cliënt in rekening brengen. Indien herstel van aan leverancier toerekenbare gebreken technisch of

redelijkerwijs niet mogelijk is, zal leverancier de voor de betreffende computerservice door cliënt verschuldigde bedragen crediteren, zonder verder of anderszins jegens cliënt aansprakelijk te zijn. Aan cliënt komen geen andere rechten wegens gebreken in de computerservice toe dan die welke in deze garantieregeling zijn beschreven.

ONTWIKKELING VAN PROGRAMMATUUR

De in dit hoofdstuk 'Ontwikkeling van programmatuur' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen van deze algemene voorwaarden en de bijzondere bepalingen uit het hoofdstuk 'Dienstverlening', van toepassing indien leverancier in opdracht van cliënt programmatuur ontwikkelt en deze eventueel installeert. Op deze programmatuur is ook het hoofdstuk 'Gebruik en onderhoud van programmatuur' van toepassing, behalve voor zover daarvan in dit hoofdstuk wordt afgeweken. De in dit hoofdstuk bedoelde rechten en verplichtingen hebben uitsluitend betrekking op computerprogrammatuur in een voor een gegevensverwerkende machine leesbare vorm en vastgelegd op voor een zodanige machine leesbaar materiaal, alsmede op de daarbij behorende documentatie. Daar waar in dit hoofdstuk over programmatuur wordt gesproken, zijn daarmee tevens bedoeld websites.

21. *Ontwikkeling van programmatuur*

- 21.1 Indien niet reeds bij het aangaan van de overeenkomst specificaties of een ontwerp van de te ontwikkelen programmatuur aan leverancier ter hand zijn gesteld, zullen partijen in overleg schriftelijk specificeren welke programmatuur ontwikkeld zal worden en op welke manier dit zal geschieden. Leverancier zal de ontwikkeling van de programmatuur met zorg uitvoeren op basis van de door cliënt te verstrekken gegevens, voor de juistheid, volledigheid en consistentie waarvan cliënt instaat. Indien partijen het gebruik van een ontwikkelingsmethode zijn overeengekomen die zich er door kenmerkt dat het ontwerpen en/of het ontwikkelen van onderdelen van de programmatuur onderworpen is aan een nadere, tijdens de uitvoering van de overeenkomst te bepalen prioriteitstelling, zal deze prioriteitstelling steeds in overleg tussen partijen tot stand komen.
- 21.2 Leverancier is gerechtigd, doch niet verplicht, de juistheid, volledigheid of consistentie van de aan hem ter beschikking gestelde gegevens, specificaties of ontwerpen te onderzoeken en bij constatering van eventuele onvolkomenheden de overeengekomen werkzaamheden op te schorten totdat cliënt de betreffende onvolkomenheden heeft weggenomen.

GEBRUIK EN ONDERHOUD VAN PROGRAMMATUUR

De in dit hoofdstuk 'Gebruik en onderhoud van programmatuur' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen van deze algemene voorwaarden, van toepassing op alle door leverancier ter beschikking gestelde programmatuur. De in dit hoofdstuk bedoelde rechten en verplichtingen hebben uitsluitend betrekking op computerprogrammatuur in een voor een gegevensverwerkende machine leesbare vorm en vastgelegd op voor een zodanige machine leesbaar materiaal,

alsmede op daarbij behorende documentatie, alles met inbegrip van eventueel door leverancier te verstrekken nieuwe versies. Daar waar in dit hoofdstuk over programmatuur wordt gesproken, zijn daarmee tevens bedoeld websites.

25. *Garantie*

- 25.1 Leverancier zal zich naar beste vermogen ervoor inspannen fouten in de programmatuur in de zin van artikel 6.6 binnen een redelijke termijn te herstellen indien deze binnen een periode van drie maanden na aflevering, of, indien tussen partijen een acceptatietest is overeengekomen, binnen drie maanden na acceptatie gedetailleerd omschreven schriftelijk bij leverancier zijn gemeld. Leverancier garandeert niet dat de programmatuur zonder onderbreking, fouten of overige gebreken zal werken of dat alle fouten en overige gebreken worden verbeterd. Het herstel wordt gratis uitgevoerd, tenzij de programmatuur in opdracht van cliënt is ontwikkeld anders dan voor een vaste prijs, in welk geval leverancier volgens zijn gebruikelijke tarieven de kosten van herstel in rekening zal brengen. Leverancier kan volgens zijn gebruikelijke tarieven de kosten van herstel in rekening brengen indien sprake is van gebruiksfouten of onoordeelkundig gebruik van cliënt of van andere niet aan leverancier toe te rekenen oorzaken of indien de fouten bij het uitvoeren van de overeengekomen acceptatietest hadden kunnen worden vastgesteld. Herstel van verminkte of verloren gegane gegevens valt niet onder de garantie. De garantieverplichting vervalt indien cliënt zonder schriftelijke toestemming van leverancier wijzigingen in de programmatuur aanbrengt of laat aanbrengen, welke toestemming niet op onredelijke gronden zal worden onthouden.
- 25.2 Herstel van fouten zal geschieden op een door leverancier te bepalen locatie. Leverancier is gerechtigd tijdelijke oplossingen dan wel programmaomwegen of probleemvermijdende restricties in de programmatuur aan te brengen.
- 25.3 Leverancier heeft geen verplichting inzake herstel voor fouten die na afloop van de in artikel 25.1 bedoelde garantieperiode zijn gemeld, tenzij tussen partijen een onderhoudsovereenkomst is afgesloten welke een zodanige plicht tot herstel omvat.

VERKOOP VAN APPARATUUR

De in dit hoofdstuk 'Verkoop van apparatuur' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen uit deze algemene voorwaarden, van toepassing indien leverancier apparatuur aan cliënt verkoopt. Voor zover de strekking van de navolgende bepalingen zich daar niet tegen verzet zijn onder het begrip 'apparatuur' tevens losse onderdelen van apparatuur begrepen.

28. *Selectie van apparatuur, aflevering en risico*

- 28.1 Cliënt draagt het risico van de selectie van de gekochte apparatuur. Leverancier staat er niet voor in dat de apparatuur geschikt is voor het door cliënt beoogde gebruik, tenzij in de schriftelijke koopovereenkomst tussen partijen de gebruiksdoeleinden duidelijk en zonder voorbehoud zijn gespecificeerd.

30. *Garantie*

- 30.1 Leverancier zal zich er naar beste vermogen voor inspannen eventuele materiaal- en fabricagefouten in de apparatuur, alsmede in onderdelen die door leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd, binnen redelijke termijn kosteloos te herstellen indien deze binnen een periode van drie maanden na aflevering gedetailleerd omschreven bij leverancier zijn gemeld. Indien herstel naar het redelijk oordeel van leverancier niet mogelijk is, herstel te lang gaat duren of als aan herstel onevenredig hoge kosten zijn verbonden, is leverancier gerechtigd de apparatuur kosteloos te vervangen door andere, soortgelijke maar niet noodzakelijkerwijs identieke, apparatuur. Dataconversie die noodzakelijk is als gevolg van herstel of vervanging valt buiten de garantie. Alle vervangen onderdelen worden eigendom van leverancier. De garantieverplichting vervalt indien de materiaal- of fabricagefouten geheel of gedeeltelijk het gevolg zijn van onjuist, onzorgvuldig of ondeskundig gebruik, van buiten komende oorzaken zoals brand- of waterschade, of indien cliënt zonder toestemming van leverancier wijzigingen in de apparatuur of in de onderdelen die door leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd, aanbrengt of doet aanbrengen. Leverancier zal een zodanige toestemming niet op onredelijke gronden onthouden.
- 30.2 Werkzaamheden en kosten van herstel buiten het kader van deze garantie zullen door leverancier in rekening worden gebracht conform zijn gebruikelijke tarieven.
- 30.3 Leverancier heeft geen verplichting inzake herstel voor fouten die na afloop van de in artikel 30.1 bedoelde garantieperiode zijn gemeld, tenzij tussen partijen een onderhoudsovereenkomst is afgesloten welke een zodanige plicht tot herstel omvat.

Algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse Ondernemingen in de Informatietechnologie FENIT

Gedeponeerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 8 december 1994 onder nummer 1994/189.

® FENIT is een wettig gedeponeerd dienst- en warenmerk.

© FENIT 1994 het reprorecht wordt niet uitgeoefend.

ALGEMENE BEPALINGEN

10. Aansprakelijkheid van Leverancier; vrijwaring

10.1 Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt.

10.2 De totale aansprakelijkheid van Leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is beperkt tot vergoeding van directe schade tot maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs (excl. BTW). Indien de overeenkomst hoofdzakelijk een duurovereenkomst is met een looptijd van meer dan één jaar, wordt de bedongen prijs gesteld op het totaal van de vergoedingen (excl. BTW) bedongen voor één jaar. In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan f 1.000.000 (één miljoen gulden).

Onder directe schade wordt uitsluitend verstaan:

- a. de redelijke kosten die Cliënt zou moeten maken om de prestatie van Leverancier aan de overeenkomst te laten beantwoorden. Deze schade wordt echter niet vergoed indien Cliënt de overeenkomst heeft ontbonden;
- b. de kosten die Cliënt heeft gemaakt voor het noodgedwongen langer operationeel houden van zijn oude systeem of systemen en daarmee samenhangende voorzieningen doordat Leverancier op een voor hem bindende leverdatum niet heeft geleverd, verminderd met eventuele besparingen die het gevolg zijn van de vertraagde levering;
- c. redelijke kosten, gemaakt ter vaststelling van de oorzaak en de omvang van de schade, voor zover de vaststelling betrekking heeft op directe schade in de zin van deze voorwaarden;
- d. redelijke kosten, gemaakt ter voorkoming of beperking van schade, voor zover Cliënt aantoont dat deze kosten hebben geleid tot beperking van directe schade in de zin van deze voorwaarden.

10.3 De totale aansprakelijkheid van Leverancier voor schade door dood of lichamelijk letsel of voor materiële beschadiging van zaken zal in geen geval meer bedragen

- dan f 2.500.000,— (twee en een half miljoen gulden) per gebeurtenis, waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis.
- 10.4 Aansprakelijkheid van Leverancier voor indirecte schade, daaronder begrepen gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen en schade door bedrijfsstagnatie, is uitgesloten.
- 10.5 Buiten de in artikel 10.2 en 10.3 genoemde gevallen rust op Leverancier geen enkele aansprakelijkheid voor schadevergoeding, ongeacht de grond waarop een actie tot schadevergoeding zou worden gebaseerd.
De in artikel 10.2 en 10.3 genoemde maximumbedragen komen echter te vervallen indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van Leverancier.
- 10.6 De aansprakelijkheid van Leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst ontstaat slechts indien Cliënt Leverancier onverwijld en deugdelijk schriftelijk in gebreke stelt, stellende daarbij een redelijke termijn ter zuivering van de tekortkoming, en Leverancier ook na die termijn toerekenbaar in de nakoming van zijn verplichtingen tekort blijft schieten. De ingebrekestelling dient een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving van de tekortkoming te bevatten, zodat Leverancier in staat is adequaat te reageren.
- 10.7 Voorwaarde voor het ontstaan van enig recht op schadevergoeding is steeds dat Cliënt de schade zo spoedig mogelijk na het ontstaan daarvan schriftelijk bij Leverancier meldt.
- 10.8 Cliënt vrijwaart Leverancier voor alle aanspraken van derden wegens produkt aansprakelijkheid als gevolg van een gebrek in een produkt of systeem dat door Cliënt aan een derde is geleverd en dat mede bestond uit door Leverancier geleverde apparatuur, programmatuur of andere materialen, behoudens indien en voor zover Cliënt bewijst dat de schade is veroorzaakt door die apparatuur, programmatuur of andere materialen.

COMPUTERSERVICE

De in dit hoofdstuk 'Computerservice' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen uit deze algemene voorwaarden, van toepassing indien Leverancier diensten op het gebied van computerservice (automatische informatieverwerking) verleent, waaronder wordt verstaan het verwerken van gegevens met behulp van door Leverancier beheerde programmatuur en apparatuur.

18. Garantie

- 18.1 Tenzij anders is overeengekomen, is Leverancier niet verantwoordelijk voor controle van de juistheid en volledigheid van de resultaten van de computerservice. Cliënt zal deze resultaten na ontvangst controleren.
Leverancier staat er niet voor in dat de computerservice foutloos zal worden verleend. Indien onvolkomenheden in de resultaten van de verwerking een direct gevolg zijn van produkten, programmatuur, informatiedragers, procedures of bedieningshandelingen waarvoor Leverancier uit hoofde van de overeenkomst uitdrukkelijk verantwoordelijk is, zal Leverancier de computerservice herhalen teneinde naar beste vermogen deze onvolkomenheden te herstellen, mits de voor het herhalen van de computerservice benodigde gegevens nog beschikbaar zijn

en Cliënt de onvolkomenheden zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen één week na ontvangst van de resultaten, schriftelijk en gedetailleerd aan Leverancier kenbaar maakt. De herhaling zal gratis worden uitgevoerd. Indien de onvolkomenheden niet zijn toe te rekenen aan Leverancier, kan Cliënt Leverancier verzoeken de computerservice te herhalen, in welk geval Leverancier de kosten daarvan in rekening zal brengen.

Indien herstel van onvolkomenheden die toegerekend moeten worden aan Leverancier redelijkerwijs niet mogelijk is, zal Leverancier de voor de betreffende computerservice door Cliënt verschuldigde bedragen crediteren, zonder verder of anderszins jegens Cliënt aansprakelijk te zijn.

ONTWIKKELING VAN PROGRAMMATUUR

De in dit hoofdstuk 'Ontwikkeling van programmatuur' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen van deze algemene voorwaarden en de bijzondere bepalingen uit het hoofdstuk 'Dienstverlening', van toepassing indien Leverancier in opdracht van Cliënt programmatuur ontwikkelt. Op deze programmatuur is ook het hoofdstuk 'Gebruik en onderhoud van programmatuur' van toepassing, behalve voor zover daarvan in dit hoofdstuk wordt afgeweken. De in dit hoofdstuk bedoelde rechten en verplichtingen hebben uitsluitend betrekking op computerprogrammatuur in een voor een gegevensverwerkende machine leesbare vorm en vastgelegd op voor een zodanige machine leesbaar materiaal, alsmede op de daarbij behorende documentatie.

22. *Ontwikkeling van programmatuur*

- 22.1 Partijen zullen schriftelijk specificeren welke programmatuur ontwikkeld zal worden en op welke manier dit zal geschieden. Leverancier zal de programmatuurontwikkeling met zorg uitvoeren op basis van de door Cliënt te verstrekken gegevens, voor de juistheid, volledigheid en consistentie waarvan Cliënt instaat.
- 22.2 Leverancier is gerechtigd, doch niet verplicht, de juistheid, volledigheid of consistentie van de aan hem ter beschikking gestelde gegevens of specificaties te onderzoeken en bij constatering van eventuele onvolkomenheden de overeengekomen werkzaamheden op te schorten totdat Cliënt de betreffende onvolkomenheden heeft weggenomen.

GEBRUIK EN ONDERHOUD VAN PROGRAMMATUUR

De in dit hoofdstuk 'Gebruik en onderhoud van programmatuur' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen van deze algemene voorwaarden, van toepassing op alle door Leverancier ter beschikking gestelde programmatuur. De in dit hoofdstuk bedoelde rechten en verplichtingen hebben uitsluitend betrekking op computerprogrammatuur in een voor een gegevensverwerkende machine leesbare vorm en vastgelegd op voor een zodanige machine leesbaar materiaal, alsmede op de daarbij behorende documentatie, alles met inbegrip van eventueel door Leverancier te verstrekken nieuwe versies.

26. *Garantie*

- 26.1 Gedurende een periode van drie maanden na aflevering, of, indien tussen partijen een acceptatietest is overeengekomen, drie maanden na acceptatie, zal Leverancier naar beste vermogen eventuele fouten in de programmatuur in de zin van artikel 6.7 herstellen indien deze binnen die periode gedetailleerd omschreven schriftelijk bij Leverancier zijn gemeld. Leverancier garandeert niet dat de programmatuur zonder onderbreking of fouten zal werken of dat alle fouten zullen worden verbeterd. Het herstel zal gratis worden uitgevoerd, tenzij de programmatuur in opdracht van Cliënt is ontwikkeld anders dan voor een vaste prijs, in welk geval Leverancier zijn gebruikelijke tarieven en kosten van herstel in rekening zal brengen. Leverancier kan zijn gebruikelijke tarieven en de kosten van herstel in rekening brengen indien sprake is van gebruiksfouten of onoordeelkundig gebruik van Cliënt of van andere niet aan Leverancier toe te rekenen oorzaken of indien de fouten bij het uitvoeren van de overeengekomen acceptatietest hadden kunnen worden vastgesteld. Herstel van verminkte of verloren gegane gegevens valt niet onder de garantie. De garantieverplichting vervalt indien Cliënt zonder schriftelijke toestemming van Leverancier wijzigingen in de programmatuur aanbrengt of doet aanbrengen.
- 26.2 Herstel van fouten zal geschieden op een door Leverancier te bepalen locatie. Leverancier is gerechtigd tijdelijke oplossingen dan wel programma-omwegen of probleemvermijdende restricties in de programmatuur aan te brengen.
- 26.3 Na afloop van de in artikel 26.1 bedoelde garantieperiode is Leverancier niet gehouden eventuele fouten te herstellen, tenzij er tussen partijen een onderhoudsovereenkomst is afgesloten dat zodanig herstel omvat.

VERKOOP VAN APPARATUUR

De in dit hoofdstuk 'Verkoop van apparatuur' vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene bepalingen uit deze algemene voorwaarden, van toepassing indien Leverancier apparatuur aan Cliënt verkoopt.

33. *Garantie*

- 33.1 Gedurende een periode van drie maanden na terbeschikkingstelling zal Leverancier naar beste vermogen eventuele materiaal- en fabrikagefouten in de apparatuur, alsmede in onderdelen die door Leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd, herstellen indien deze binnen die periode gedetailleerd omschreven bij Leverancier zijn gemeld. Alle vervangen onderdelen worden eigendom van Leverancier. De garantieverplichting vervalt indien deze fouten geheel of gedeeltelijk het gevolg zijn van onjuist, onzorgvuldig of ondeskundig gebruik, van buiten komende oorzaken zoals bijvoorbeeld brand- of waterschade, of indien Cliënt zonder toestemming van Leverancier wijzigingen in de apparatuur of in de onderdelen die door Leverancier in het kader van garantie of onderhoud zijn geleverd, aanbrengt of doet aanbrengen.
- 33.2 Werkzaamheden en kosten van herstel buiten het kader van deze garantie zullen door Leverancier in rekening worden gebracht conform zijn gebruikelijke tarieven.

3 | COSO 1993

Algemene voorwaarden van de Branchevereniging voor Informatietechnologie COSO

Gedeponeerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 10 mei 1993 onder nummer 136/1993.

® COSO is een wettig gedeponeerd dienst- en warenmerk.

© COSO 1993 het reprorecht wordt niet uitgeoefend.

ALGEMEEN

De in artikelen 1 tot en met 12 opgenomen algemene bepalingen zijn van toepassing op alle aanbiedingen en overeenkomsten van de bij de Branchevereniging voor Informatietechnologie (COSO) aangesloten ondernemingen, alsmede ondernemingen die van COSO toestemming tot gebruik hebben gekregen (hierna te noemen: leverancier).

8. *Beeëindiging*

- 8.2 Indien opdrachtgever op het moment van de ontbinding reeds prestaties ter uitvoering van de overeenkomst had ontvangen, kan hij de overeenkomst slechts gedeeltelijk ontbinden en wel uitsluitend voor dat gedeelte, dat door leverancier nog niet is uitgevoerd. Bedragen die leverancier vóór de ontbinding heeft gefactureerd in verband met hetgeen hij reeds ter uitvoering van de overeenkomst heeft verricht of geleverd, blijven onverminderd verschuldigd en worden op het moment van de ontbinding direct opeisbaar.

9. *Aansprakelijkheid van leveranciers; vrijwaring*

- 9.1 Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 9 blijkt.
- 9.2 In geval van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is leverancier slechts aansprakelijk voor vervangende schadevergoeding, d.w.z. vergoeding van de waarde van de achterwege gebleven prestatie. Iedere aansprakelijkheid van leverancier voor enige andere vorm van schade is uitgesloten, daaronder begrepen aanvullende schadevergoeding in welke vorm dan ook, vergoeding van indirecte schade of gevolgschade of schade wegens gederfde winst. Leverancier is voorts in geen geval aansprakelijk voor vertragingsschade, schade wegens verlies van gegevens, schade wegens overschrijding van leveringstermijnen als gevolg van gewijzigde omstandigheden, schade als gevolg van het verschaffen

van gebrekkige medewerking, informatie of materialen door opdrachtgever en schade wegens door leverancier gegeven inlichtingen of adviezen waarvan de inhoud niet uitdrukkelijk onderdeel van een schriftelijke overeenkomst vormt.

- 9.3 De door leverancier te betalen schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst zal in geen geval meer bedragen dan 50 (vijftig) procent van het totaal van de op grond van die overeenkomst gefactureerde bedragen (exclusief B.T.W.) en de nog niet gefactureerde bedragen (exclusief B.T.W.) wegens reeds geleverde producten of diensten, welke leverancier op grond van die overeenkomst reeds wel had kunnen factureren. Indien en voor zover de overeenkomst een duurovereenkomst is, zal de schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming in geen geval meer bedragen dan de prijs (exclusief B.T.W.) bedongen bij de desbetreffende overeenkomst voor de prestaties van leverancier in de periode van drie maanden voorafgaande aan het verzuim van leverancier. De in dit artikel 9.3 bedoelde bedragen en prijzen worden verminderd met door opdrachtgever bedongen en door leverancier verleende crediteringen.
- 9.4 In geval van een onrechtmatige daad van leverancier, of van zijn werknemers of ondergeschikten waarvoor leverancier rechtens aansprakelijk gehouden kan worden, is leverancier slechts aansprakelijk voor vergoeding van schade door dood of lichamelijk letsel en van andere schade, deze laatste voor zover ontstaan door opzet of grove schuld. In deze gevallen zal de schadevergoeding in geen geval meer bedragen dan f 2.500.000,-- (tweeënhalf miljoen gulden) per schade toebrengende gebeurtenis, waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis.
- 9.5 Aansprakelijkheid van leverancier voor schade wegens onrechtmatige daad anders dan bedoeld in artikel 9.4, wordt uitdrukkelijk uitgesloten. Indien en voor zover hierop geen beroep kan worden gedaan zal de schadevergoeding per gebeurtenis – waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis – in geen geval meer bedragen dan de prijs (exclusief B.T.W.) bedongen bij de overeenkomst tussen partijen in het kader waarvan zich de gebeurtenis heeft voorgedaan of, bij gebreke daarvan, de overeenkomst die tussen partijen van kracht is op het moment van ontstaan van de schade, doch nooit meer dan f 2.500.000,-- (tweeënhalf miljoen gulden).
- 9.6 Voorwaarde voor het ontstaan van enig recht op schadevergoeding is steeds, dat opdrachtgever na het ontstaan daarvan zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is de schade schriftelijk bij leverancier heeft gemeld.
- 9.7 Opdrachtgever vrijwaart leverancier voor alle schade die leverancier mocht lijden als gevolg van aanspraken van derden die verband houden met de door leverancier geleverde goederen of diensten, daaronder mede begrepen:
- aanspraken van derden, werknemers van opdrachtgever daaronder begrepen, die schade lijden welke het gevolg is van onrechtmatig handelen van werknemers van leverancier die ter beschikking zijn gesteld van opdrachtgever en werken onder diens toezicht of op diens aanwijzingen;

- aanspraken van derden, werknemers van leverancier daaronder begrepen, die in verband met de uitvoering van de overeenkomst schade lijden welke het gevolg is van handelen of nalaten van opdrachtgever of van onveilige situaties in diens bedrijf;
- aanspraken van derden die schade lijden welke het gevolg is van een gebrek in door leverancier geleverde produkten of diensten die door opdrachtgever werden gebruikt, gewijzigd of doorgeleverd onder toevoeging van of in samenhang met eigen produkten, programmatuur of diensten van opdrachtgever, tenzij opdrachtgever bewijst dat het gebrek niet het gevolg is van gebruik, wijziging of doorlevering als hiervoor bedoeld.

4 | COSO 1990

Algemene voorwaarden van de Branchevereniging voor Informatietechnologie COSO

Gedeponeerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 5 december 1990 onder nummer 171/1990.

® COSO is een wettig gedeponeerd dienst- en warenmerk.

ALGEMEEN

De in artikelen 1 tot en met 11 opgenomen algemene bepalingen zijn van toepassing op alle aanbiedingen en overeenkomsten van de bij de Branchevereniging voor Informatietechnologie (COSO) aangesloten ondernemingen (hierna te noemen: leverancier).

8. *Beëindiging*

- 8.2 Indien opdrachtgever op het moment van de ontbinding reeds prestaties ter uitvoering van de overeenkomst had ontvangen, kan hij de overeenkomst slechts gedeeltelijk ontbinden en wel uitsluitend voor dat gedeelte, dat door leverancier nog niet is uitgevoerd.

Bedragen die leverancier vóór de ontbinding heeft gefactureerd in verband met hetgeen hij reeds ter uitvoering van de overeenkomst heeft verricht of geleverd, blijven onverminderd verschuldigd en worden op het moment van de ontbinding direct opeisbaar.

9. *Aansprakelijkheid van leveranciers; vrijwaring*

- 9.1 Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 9 blijkt.

- 9.2 In geval van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is leverancier slechts aansprakelijk voor vervangende schadevergoeding, d.w.z. vergoeding van de waarde van de achterwege gebleven prestatie. Iedere aansprakelijkheid van leverancier voor enige andere vorm van schade is uitgesloten, daaronder begrepen aanvullende schadevergoeding in welke vorm dan ook, vergoeding van indirecte schade of gevolgschade of schade wegens gederfde winst. Leverancier is voorts in geen geval aansprakelijk voor vertragingsschade, schade wegens verlies van gegevens, schade wegens overschrijding van leveringstermijnen als gevolg van gewijzigde omstandigheden, schade als gevolg van het verschaffen van gebrekkige medewerking, informatie of materialen door opdrachtgever en

schade wegens door leverancier gegeven inlichtingen of adviezen waarvan de inhoud niet uitdrukkelijk onderdeel van een schriftelijke overeenkomst vormt.

- 9.3 De door leverancier te betalen schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst zal in geen geval meer bedragen dan 50% (vijftig) van de op grond van die overeenkomst door leverancier aan opdrachtgever gefactureerde en factureerbare bedragen (exclusief omzetbelasting). Indien en voor zover de overeenkomst een duurovereenkomst is, zal de schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming in geen geval meer bedragen dan de prijs (exclusief omzetbelasting) bedongen bij de desbetreffende overeenkomst voor de prestaties van leverancier in de periode van drie maanden voorafgaande aan het verzuim van leverancier.
De in dit artikel 9.3 bedoelde bedragen en prijzen worden verminderd met door opdrachtgever bedongen en door leverancier verleende crediteringen.
- 9.4 In geval van een onrechtmatige daad van leverancier, of van zijn werknemers of ondergeschikten waarvoor leverancier rechtens aansprakelijk gehouden kan worden, is leverancier slechts aansprakelijk voor vergoeding van schade door dood of lichamelijk letsel en van andere schade, deze laatste voor zover ontstaan door opzet of grove schuld. In deze gevallen zal de schadevergoeding in geen geval meer bedragen dan f 2.500.000,- (tweeënhalf miljoen gulden) per schade toebrengende gebeurtenis, waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis.
- 9.5 Aansprakelijkheid van leverancier voor schade wegens onrechtmatige daad anders dan bedoeld in artikel 9.4, wordt uitdrukkelijk uitgesloten. Indien en voor zover hierop geen beroep kan worden gedaan zal de schadevergoeding per gebeurtenis – waarbij een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis – in geen geval meer bedragen dan de prijs (exclusief omzetbelasting) bedongen bij de overeenkomst tussen partijen in het kader waarvan zich de gebeurtenis heeft voorgedaan of, bij gebreke daarvan, de overeenkomst die tussen partijen van kracht is op het moment van ontstaan van de schade, doch nooit meer dan f 2.500.000,- (tweeënhalf miljoen gulden).
- 9.6 Voorwaarde voor het ontstaan van enig recht op schadevergoeding is steeds, dat opdrachtgever na het ontstaan daarvan zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is de schade schriftelijk bij leverancier heeft gemeld.
- 9.7 Opdrachtgever vrijwaart leverancier voor alle schade die leverancier mocht lijden als gevolg van aanspraken van derden die verband houden met de door leverancier geleverde goederen of diensten, daaronder mede begrepen:
- aanspraken van derden, werknemers van opdrachtgever daaronder begrepen, die schade lijden welke het gevolg is van onrechtmatig handelen van werknemers van leverancier die ter beschikking zijn gesteld van opdrachtgever en werken onder diens toezicht of op diens aanwijzingen;
 - aanspraken van derden, werknemers van leverancier daaronder begrepen, die in verband met de uitvoering van de overeenkomst schade lijden welke het

gevolg is van handelen of nalaten van opdrachtgever of van onveilige situaties in diens bedrijf;

- aanspraken van derden die schade lijden welke het gevolg is van een gebrek in door leverancier geleverde produkten of diensten die door opdrachtgever werden gebruikt, gewijzigd of doorgeleverd onder toevoeging van of in samenhang met eigen produkten, programmatuur of diensten van opdrachtgever, tenzij opdrachtgever bewijst dat het gebrek niet het gevolg is van gebruik, wijziging of doorlevering als hiervoor bedoeld.

Algemene voorwaarden van de Branchevereniging voor Informatietechnologie COSO

Gedeponeerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam op 27 mei 1986 onder nr. 108.

® COSO is een wettig gedeponeerd dienst- en warenmerk.

ALGEMEEN

De in artikelen 1 tot en met 9 opgenomen algemene bepalingen zijn van toepassing op alle aanbiedingen en overeenkomsten van de bij de Vereniging Computer Service- en Software Bureaus (COSO) aangesloten ondernemingen (hierna te noemen: leverancier).

7. Aansprakelijkheid van leverancier

- 7.1 Terzake van wanprestatie is leverancier slechts aansprakelijk indien na deugdelijke ingebrekestelling opdrachtgever de overeenkomst tussentijds beëindigt of ontbinding van de overeenkomst op zijn verzoek wordt vastgesteld. De tussentijdse beëindiging heeft, evenals elke op verzoek van opdrachtgever vastgestelde ontbinding, geen terugwerkende kracht, doch heeft tot gevolg dat nakoming van de overeenkomst niet langer verplicht is. Betalingsverplichtingen welke vallen voor het tijdstip van beëindiging of ontbinding en/of welke betrekking hebben op reeds geleverde goederen en diensten, blijven evenwel in stand. In voorkomende gevallen is de aansprakelijkheid van leverancier beperkt tot de extra kosten van opdrachtgever welke het directe gevolg zijn van het door een ander afmaken van de onvoltooide opdracht of het door een derde leveren van vervangende goederen of diensten, doch maximaal tot het bedrag genoemd in artikel 7.5. Het bepaalde in de artikelen 7.2 tot en met 7.4 is onverminderd van toepassing.
- 7.2 Met uitzondering van het bepaalde in artikel 7.1 is de aansprakelijkheid van leverancier voor door opdrachtgever geleden schade uitgesloten, ongeacht de wijze waarop een eventuele actie wordt aangespannen, hetzij uit wanprestatie hetzij uit onrechtmatige daad of anderszins. Leverancier is in geen geval gehouden tot vergoeding van schade wegens te late levering of uitvoering van de werkzaamheden. Leverancier is niet aansprakelijk voor de juistheid of volledigheid van inlichtingen of adviezen welke worden verstrekt voordat de overeenkomst tot stand komt. Leverancier is evenmin aansprakelijk voor schade indien opdrachtgever in zijn verantwoordelijkheden tekort schiet of indien opdrachtgever onjuiste, gebrekkige of onvolledige informatie of materialen verstrekt.

- 7.3 Opdrachtgever zal leverancier vrijwaren in geval van aanspraken van derden. Opdrachtgever zal personeelsleden van leverancier of door leverancier ingeschakelde derden nimmer aanspreken.
- 7.4 Elke aansprakelijkheid van leverancier voor bedrijfsschade of andere indirecte schade, waaronder begrepen schade wegens gederfde winst, gemiste besparingen of verlies van gegevens, is uitdrukkelijk uitgesloten.
- 7.5 De totale aansprakelijkheid van leverancier is in geen geval hoger dan een bedrag gelijk aan het laagste van de volgende twee bedragen: f 100.000,- of het bedrag gelijk aan de totale bedongen prijs (exclusief omzetbelasting) van de aan leverancier opgedragen werkzaamheden en leveringen, welke prijs bij duurovereenkomsten gelijk zal zijn aan de prijs van de gedurende de periode van drie maanden voor de beëindiging opgedragen werkzaamheden. De maximale aansprakelijkheid geldt onder aftrek van eventueel door leverancier gecrediteerde bedragen.

Algemene voorwaarden van computer service- en software bureaus aangesloten bij de Vereniging Computer Service- en Software Bureaus (COSSO)

Gedeponeerd ter Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam op 6 november 1978 onder nr. 229.

12. Aansprakelijkheid

- 12.1 Wij zijn terzake van wanprestatie slechts jegens de opdrachtgever aansprakelijk, indien de opdrachtgever gebruik heeft gemaakt van het in 11.1 en 11.4 omschreven recht tot tussentijdse beëindiging van de overeenkomst.
- 12.2 Onze aansprakelijkheid voor schade is in dat geval beperkt tot de extra kosten die de opdrachtgever moet maken doordat een ander de onvoltooide opdracht moet afmaken. Wij zijn evenwel nimmer aansprakelijk voor de enkele vertraging in de uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden. Elke aansprakelijkheid voor bedrijfsschade is voorts uitdrukkelijk uitgesloten.
- 12.3 Wij zijn niet aansprakelijk voor schade, welke is veroorzaakt door het handelen of nalaten van de opdrachtgever zelf of door personen, die de opdrachtgever heeft aangesteld of waarvoor de opdrachtgever anderszins verantwoordelijk is. De opdrachtgever houdt toezicht op zijn apparatuur en op de werkzaamheden die onze medewerkers aan of met zijn apparatuur verrichten, zodat wij voor daarbij aan de apparatuur toegebrachte of daardoor veroorzaakte schade niet aansprakelijk zijn. Wij zijn voorts niet aansprakelijk voor schade, welke het gevolg is van het door de opdrachtgever verstrekken van onjuiste of gebrekkige gegevens of materialen. Extra werkzaamheden en kosten, welke worden veroorzaakt door een dergelijk handelen of nalaten van de opdrachtgever, mogen door ons tegen onze geldende tarieven aan de opdrachtgever in rekening worden gebracht.
- 12.4 Onze aansprakelijkheid terzake van door ons gegeven garanties is beperkt tot het opsporen en herstellen van gebreken zoals in 6.4 omschreven. Elke aansprakelijkheid voor schade, die door zodanige gebreken is veroorzaakt, is uitdrukkelijk uitgesloten. Indien wij onze verplichtingen uit hoofde van een door ons gegeven garantie niet nakomen, is onze aansprakelijkheid beperkt tot de extra kosten, die de opdrachtgever moet maken doordat een ander de werkzaamheden om de gebreken op te sporen en te herstellen moet verrichten.

- 12.5 Wij zijn niet aansprakelijk voor de juistheid van inlichtingen en adviezen, welke door ons en onze medewerkers worden verstrekt voordat de overeenkomst met onze opdrachtgever tot stand komt. De opdrachtgever blijft verantwoordelijk voor toegepaste administratie- en berekeningsmethodes jegens overheids- en andere instellingen.
- 12.6 De opdrachtgever vrijwaart ons en onze medewerkers voor aanspraken van derden terzake van schade, welke wordt veroorzaakt door het gebruik dat van het door ons (op)geleverde wordt gemaakt.
- 12.7 Onze totale aansprakelijkheid uit hoofde van een ons verstrekte opdracht is in geen geval hoger dan een bedrag van f 100.000 en is bovendien in geen geval hoger dan een bedrag gelijk aan de totale bedongen prijs (exclusief omzetbelasting) voor de ons opgedragen werkzaamheden en leveringen. Bij duurovereenkomsten is onze aansprakelijkheid terzake van ons handelen of nalaten gedurende enige periode van drie maanden in geen geval hoger dan een bedrag gelijk aan de totale bedongen prijs (exclusief omzetbelasting) voor de ons opgedragen werkzaamheden en leveringen welke gedurende de desbetreffende periode van drie maanden dienden te worden verricht.

7 | BiZa-licentieovereenkomst

Overeenkomst tot beschikbaarstelling van Standaardprogrammatuur

De ondergetekenden:

- A. De Staat der Nederlanden, waarvan de zetel gevestigd is te 's-Gravenhage, (Ministerie van ...) ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door ... hierna te noemen: Opdrachtgever;

en

- B. gevestigd en kantoorhoudende te aan ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door ... hierna te noemen: Leverancier

VERKLAREN TE ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT:

1. Begrippen

In deze overeenkomst worden de navolgende begrippen met een Begin- hoofdletter gebruikt. Onder deze begrippen wordt verstaan:

- 1.10 *Acceptatie*: De goedkeuring van alle onderdelen van de Programmatuur sub 6.9 bedoeld.
- 1.14 *Beroepsfout*: Tekortkomingen, zoals vergissingen, onachtzaamheden, nalatigheden, verzuimen, onjuiste adviezen, die een vakbekwame en zorgvuldige leverancier onder de gegeven omstandigheden met inachtneming van normale oplettendheid en bij een normale vakkennis en normale wijze van vakuitoefening, behoort te vermijden.
- 1.15 *Personeel van Leverancier*: De door Leverancier voor de uitvoering van deze overeenkomst in te schakelen personeelsleden en/of hulppersonen, welke krachtens deze overeenkomst onder zijn verantwoordelijkheid zullen werken.

2. Voorwerp van de overeenkomst

- 2.7 Leverancier heeft zich in voldoende mate op de hoogte gesteld van de doelstellingen van Opdrachtgever met betrekking tot het onderhavige Project (als beschreven in Bijlage ...), de ten deze relevante organisatie van Opdrachtgever, de

processen waarbij de Programmatuur zal worden gebruikt en de gegevensstromen die daarmee zullen worden verwerkt. Opdrachtgever heeft Leverancier daartoe van voldoende en correcte informatie voorzien en zal – desgewenst – Leverancier verdere informatie verstrekken, voorzover die informatie bij Opdrachtgever beschikbaar is.

6. *Acceptatie*

6.9 Indien (alle onderdelen van) de Programmatuur door Opdrachtgever wordt (worden) goedgekeurd, zal de datum waarop het betreffende proces-verbaal is opgesteld en ondertekend, gelden als de datum van Acceptatie.

(6.11 Indien Leverancier niet c.q. niet tijdig de concept Acceptatietest sub 6.2 bedoeld ter goedkeuring aanbiedt, danwel niet c.q. niet tijdig aanvangt met de Acceptatietest sub 6.3 bedoeld, danwel de sub 6.4 en 6.6 genoemde Gebreken door Leverancier niet c.q. niet tijdig zijn verholpen, zal Leverancier, na voorafgaande schriftelijke kennisgeving in elk van deze gevallen *een dadelijk opeisbare, niet voor compensatie vatbare boete verbeuren aan Opdrachtgever van $f \dots$ per Werkdag of gedeelte van een Werkdag dat de overtreding voortduurt. Deze boete laat de overige rechten van Opdrachtgever, waaronder die op schadevergoeding, onverlet. **aansprakelijk zijn voor de door Opdrachtgever geleden en te lijden schade, welke schade reeds nu vooralsdan forfaitair wordt vastgesteld op een bedrag van $f \dots$ per Werkdag of een gedeelte daarvan. De overige rechten van Opdrachtgever worden onverlet gelaten.**)

7. *Garantie*

7.1 Leverancier garandeert gedurende vijf jaar na Acceptatie dat: de Programmatuur

- a. de Programmatuur ook bij piekbelasting, zoals gedefinieerd in Bijlage ..., de overeengekomen eigenschappen bevat, zoals vastgelegd in deze overeenkomst en voldoet aan de specificaties zoals opgenomen in Bijlage ...;
- b. de Programmatuur efficiënt, deugdelijk en onderling samenhangend is geschreven;
- c. de Programmatuur geschikt is voor gebruik in samenhang met de door Opdrachtgever te gebruiken Systeem- en/of Applicatie-programmatuur (als genoemd in Bijlage ...) en de overige bij Opdrachtgever aanwezige apparatuur (als genoemd in Bijlage ...);
- d. de Programmatuur geschikt is voor het doel sub 2.7 bedoeld, waarvoor Opdrachtgever deze heeft verworven;
- e. de Programmatuur voldoet aan (internationale) technische normen (zoals communicatiecriteria, CCITT-eisen markt-standaards) (zoals genoemd in Bijlage ...);
- f. de Programmatuur met de in Bijlage ... beschreven functies kan worden uitgebreid en geschikt gemaakt kan worden voor gebruik in samenhang met andere, in Bijlage ... genoemde apparatuur;
- g. de Programmatuur geen andere beveiligingsmaatregelen of- functies of voor de Programmatuur vreemde elementen (zoals logic bombs, virussen, worms, etc.) bevat dan die welke in de Documentatie zijn vermeld;

- i. de Programmatuur onder gelijkblijvende omstandigheden niet leidt tot een hogere belasting van de Apparatuur dan aangegeven in Bijlage ...;
 - (j. de Programmatuur volledig uitwisselbaar, dat wil zeggen 'compatibel', zal blijven met de in Bijlage ... genoemde programmatuur en dat in het geval de in deze Bijlage genoemde programmatuur wordt gewijzigd c.q. dergelijke wijzigingen door de betreffende Leverancier worden aangekondigd, danwel de sub 7.1 e genoemde technische normen worden gewijzigd Leverancier zich verplicht om *binnen één jaar **binnen ...** na het op de markt brengen van de betreffende gewijzigde programmatuur c.q. de wijziging van deze technische normen daaraan aangepaste Standaard-Programmatuur te kunnen aanbieden;)
 - (k. gangbare, bijpassende, geteste en voor de Programmatuur volledig geschikt bevonden Systeem-programmatuur (als genoemd in Bijlage ...) aan Opdrachtgever kan worden geleverd, alsmede dat – indien noodzakelijk – Systeem-programmatuur genoemd in Bijlage ... tegen redelijke vergoedingen kan worden aangepast.)
 - l. Leverancier gebruikservaringen met betrekking tot de Programmatuur zal inventariseren en, zonodig, door middel van Nieuwe Versies wijzigingen of aanvullingen van de Programmatuur zal aanbieden.
 - m. de Programmatuur 'Millennium-bestendig' is en blijft, d.w.z. zowel voor als na 1 januari 2000 ongestoord zal functioneren.
- Onder 'Millennium-bestendig' wordt tenminste verstaan dat:
- op geen enkel tijdstip de dan geldende waarde voor de actuele datum de goede werking en prestatie van de Programmatuur zal beïnvloeden;
 - een functionaliteit ongewijzigd blijft, ongeacht of deze gebaseerd is op data voor, tijdens of na het jaar 2000;
 - in alle opslagmedia, interfaces met andere systemen en/of mensen en de verwerkingseenheden de eeuw in elke datum moet worden gespecificeerd, hetzij voluit (d.w.z. in acht posities), hetzij door gebruik van ondubbelzinnige algoritmen of regels, zodanig dat geen fouten kunnen ontstaan als gevolg van misinterpretatie;
 - het jaar 2000 als schrikkeljaar herkend en verwerkt wordt.

Vorengenoemde garantie is ook van toepassing op de goede werking van de Programmatuur in combinatie met de (hulp)Materialen en de Omgeving, welke Omgeving bestaat uit de Apparatuur, de Systeemprogrammatuur en de sub 7.1.c bedoelde programmatuur en/of apparatuur (meer in het bijzonder gedefinieerd in Bijlage).

(Indien en voor zover de Materialen en/of de Omgeving niet door Leverancier zelf (of met Leverancier gelieerde derden, zoals maatschappijen, die behoren tot het concern van Leverancier of tot het concern waar Leverancier deel van uitmaakt) zijn geleverd of geadviseerd, geldt in plaats van het bepaalde in de vorige volzin dat Leverancier deze Materialen en/of Omgeving deugdelijk op 'Millennium-bestendigheid' heeft onderzocht in combinatie met de Programmatuur, en Leverancier geen aanwijzingen heeft of behoeft te hebben dat genoemde Materialen en/of Omgeving in combinatie met de Programmatuur niet 'Millennium-bestendig' zijn.

- 7.2 Onverminderd het bepaalde sub 7.1, garandeert Leverancier voorts voor de duur van twaalf maanden na Acceptatie dat Gebreken in de Programmatuur voor rekening van Leverancier zullen worden verholpen.
- 7.3 Indien Opdrachtgever tijdens de garantieperiode op enig tijdstip constateert dat de Programmatuur niet voldoet aan het sub 7.1 of 7.2 bepaalde, zal Opdrachtgever Leverancier hiervan schriftelijk, en in spoedgevallen telefonisch, op de hoogte stellen.
Tijdens de garantieperiode heeft Opdrachtgever aanspraak op de rechten uit de garantie sub 7.1 en 7.2 bedoeld, waartoe Opdrachtgever slechts behoeft aan te tonen dat de Programmatuur de gegarandeerde eigenschap(pen) niet bevat, c.q. niet naar behoren functioneert.
Indien Leverancier van mening is dat Opdrachtgever geen beroep kan doen op de garantiebepalingen, omdat een gebrek niet behoort tot de gegarandeerde eigenschappen c.q. terug te voeren is op niet aan Leverancier toe te rekenen hardware-oorzaken of op niet door Leverancier geleverde of geadviseerde programmatuur, rust de bewijslast terzake op Leverancier.
- 7.4 Leverancier verplicht zich *binnen een periode van ... uur **binnen een redelijke en zo kort mogelijke termijn ***binnen de in Bijlage ... vermelde periode*** na schriftelijke of telefonische melding van de gebreken, die maatregelen te nemen die leiden c.q. mogelijk(er)wijs zullen kunnen leiden tot herstel van de gebreken op kortst mogelijke termijn.
Partijen kunnen overeenkomen dat Gebreken, die bedrijfsmatig gebruik van de Programmatuur redelijkerwijze niet in de weg staan, zullen worden verholpen door een Verbeterde versie. Leverancier zal deze Verbeterde versie alsdan *zo spoedig mogelijk **binnen ... weken** na melding sub 7.3 bedoeld beschikbaar stellen.
- 7.5 Leverancier zal voorzien in tijdelijke oplossingen, indien de Programmatuur – om welke reden ook – langer dan ... uren buiten werking is c.q. voorzienbaar is of wordt dat de Programmatuur langer dan ... uren buiten werking zal zijn. In verband met het in de vorige alinea bepaalde zal Leverancier binnen ... uur na aanvang van het onderzoek naar de geëigende herstelmaatregelen een schatting van het met herstel gemoeid zijnde aantal uren afgeven.
De herstelwerkzaamheden zullen ononderbroken en op (en ook buiten) de normale Werktijden en -dagen worden uitgevoerd en op kortst mogelijke termijn worden voltooid.
- 7.6 Tot de herstelwerkzaamheden sub 7.5 bedoeld behoort tevens het verstrekken van, tijdelijke, probleemoplossingen in de vorm van een programmaomweg om het betreffende gebrek te omzeilen.
(Indien Leverancier aantoont dat een gebrek niet anders kan worden verholpen, is Leverancier gerechtigd een probleemvermijdende restrictie in de Programmatuur aan te brengen. Deze restrictie zal de functies, die in de Programmatuur zijn vastgelegd zo min mogelijk aantasten).

Programma-omwegen (of probleem-vermijdende restricties) zullen door Leverancier niet eerder worden aangebracht dan na verkregen schriftelijke toestemming van Opdrachtgever.

Bij het indienen van een daartoe strekkend verzoek zal Leverancier aantonen dat het gebrek niet op andere wijze kan worden verholpen, alsmede welke de gevolgen van de omweg (of restrictie) zijn alsmede welke vermindering van gebruikswaarde van de Programmatuur dit tot gevolg heeft.

- (*7.7 Indien de Apparatuur en/of Programmatuur tijdens de garantieperiode ten gevolge van Gebreken in de Programmatuur meer dan ... *uur **dagen*** ...% van de in Bijlage ... genoemde tijd*** (geheel) buiten werking is, zal de garantieperiode met het aantal uitval *uren **dagen** worden verlengd. Dit geldt uitzondering voor Gebreken waarvan Leverancier aantoont dat deze verwijtbaar zijn aan Opdrachtgever c.q. zijn terug te voeren op niet aan hem toe te rekenen oorzaken).
- (*7.7 Indien de Apparatuur en/of Programmatuur tijdens de garantieperiode ten gevolge van Gebreken in de Programmatuur meer dan ... *uur **dagen*** ...% van de in Bijlage ... genoemde tijd*** (geheel) buiten werking is, zal Leverancier aan Opdrachtgever een boete verschuldigd zijn van f ... per *uur **kalenderdag ***procent ***overtreding***. *Deze boete laat de overige rechten van Opdrachtgever, waaronder die op schadevergoeding, onverlet. **Deze boete heeft het karakter van een reeds nu voor alsdan forfaitair vastgestelde schadevergoeding.** Dit geldt uitzondering voor het buiten werking zijn ten gevolge van gebreken waarvan Leverancier aantoont dat deze niet aan hem zijn toe te rekenen.**)
- (7.8 De garantie vervalt indien en voor zover door Opdrachtgever zonder toestemming van Leverancier wijzigingen in de Programmatuur zijn aangebracht, tenzij Opdrachtgever aantoont dat het gebrek niet door de wijzigingen is ontstaan c.q. deze gebreken ook zonder de wijzigingen zouden zijn ontstaan).
- 7.9 Indien het voor de uitvoering van de garantie-verplichtingen noodzakelijk is dat Leverancier de Apparatuur met eigen apparatuur verbindt, dan wel eigen programma's op de Apparatuur implementeert met het oogmerk storingen op te sporen respectievelijk gedragingen van de Programmatuur vast te leggen, zal Opdrachtgever dit gedogen, tenzij dit uit beveiligings-en/ of continuïteits-overwegingen in redelijkheid niet van Opdrachtgever kan worden gevergd (, zulks ter beoordeling van Opdrachtgever).
Leverancier is gehouden om Opdrachtgever vooraf gedetailleerd te informeren over de consequenties van het gebruik van de hiervoor bedoelde middelen voor Opdrachtgever.
Zo mogelijk zal Leverancier Opdrachtgever in de gelegenheid stellen gegevens geheel of gedeeltelijk uit de Apparatuur of het systeem, waar de Apparatuur deel van uitmaakt te verwijderen. c.q te beschermen.
De inhoud van dit lid laat de garantieverplichtingen van Leverancier elders sub 7 omschreven, onaangetast.

8. Aansprakelijkheid

- 8.1 Indien één der partijen tekort komt in de nakoming van één of meer van zijn verplichting(en) uit deze overeenkomst, zal de andere partij hem deswege in gebreke stellen, tenzij nakoming van de betreffende verplichtingen reeds blijvend onmogelijk is, in welk geval de nalatige partij onmiddellijk in gebreke is. De ingebrekestelling zal schriftelijk geschieden waarbij aan de nalatige partij een redelijke termijn zal worden gegund om alsnog zijn verplichtingen na te komen. Deze termijn heeft het karakter van een fatale termijn.
- 8.2 De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichting(en) is tegenover de andere partij aansprakelijk voor vergoeding van de door de andere partij geleden c.q. te lijden schade.
- 8.3 De sub 8.2 bedoelde aansprakelijkheid voor directe schade is, per gebeurtenis, beperkt tot een bedrag van *f 2.500.000,- **f**. Onder directe schade wordt verstaan:
- a. schade aan Programmatuur en Apparatuur en gegevensbestanden, waaronder in elk geval verstaan wordt: materiële beschadiging, gebrekkig of niet functioneren, verminderde betrouwbaarheid en verhoogde storingsgevoeligheid;
 - b. schade aan andere eigendommen van Opdrachtgever en/of van derden;
 - c. kosten van noodzakelijke wijzigingen en/of veranderingen in Apparatuur, Programmatuur, specificaties, materialen of documentatie, aangebracht ter beperking c.q. herstel van schade;
 - d. de kosten van noodvoorzieningen, zoals het uitwijken naar andere computersystemen, of het inhuren van derden;
 - e. kosten, waaronder begrepen personeelskosten, van het noodgedwongen langer operationeel houden van (het) oude syste(m)en en daarmee samenhangende voorzieningen;
 - f. de kosten van leegloop van medewerkers, goederen en faciliteiten van Opdrachtgever en de kosten van leegloop van door Opdrachtgever in het kader van de uitvoering van de overeenkomst ingehuurde derden, voorzover deze kosten, in redelijkheid, niet vermijdbaar zijn;
 - g. aan derden aantoonbaar verschuldigde vergoedingen en boetes alsmede de waarde van het verloren gaan van door derden verstrekte garantierechten;
 - h. redelijke kosten gemaakt ter voorkoming of beperking van directe schade, die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;
 - i. redelijke kosten gemaakt ter vaststelling van de schade-oorzaak, de aansprakelijkheid, de directe schade en de wijze van herstel;
- 8.4 De sub 8.2 bedoelde aansprakelijkheid voor gevolgschade is *qua omvang beperkt tot een bedrag van f per gebeurtenis **is uitgesloten**. Onder gevolgschade wordt verstaan:
- a. winstderving;
 - b. kosten gemaakt ter voorkoming, beperking of vaststelling van gevolgschade;
 - c. andere schade dan de directe schade genoemd sub 8.3;

- 8.5 De sub 8.3 en 8.4 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen te vervallen:
- ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel; en/of
 - indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van Leverancier en/of diens Personeel; en/of
 - in geval van schending van intellectuele (eigendoms-)rechten sub 11 bedoeld.
- 8.6 De sub 8.3 en 8.4 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen eveneens te vervallen indien en voorzover schade het gevolg is van een Beroepsfout. De schadevergoedingsplicht is in dat geval *ongelimiteerd **beperkt tot een bedrag van *f 2.500.000,-**f** per gebeurtenis.
Met inachtneming van het sub 8.5 a en b bepaalde blijven de sub 8.3 en 8.4 opgenomen beperkingen echter van toepassing ten aanzien van schade die voortvloeit uit verlate oplevering.
11. *Intellectuele (eigendoms-)rechten*
- 11.1 De intellectuele (eigendoms-)rechten, welke ten aanzien van de Programmatuur kunnen worden uitgeoefend, berusten bij Leverancier.
- 11.2 Leverancier vrijwaart Opdrachtgever voor aanspraken van derden terzake van (eventuele) inbreuk op intellectuele (eigendoms-)rechten van die derden, vergelijkbare aanspraken met betrekking tot know-how, ongeoorloofde mededinging e.d. daaronder begrepen.
Leverancier verplicht zich tot het, op zijn kosten, treffen van alle maatregelen die kunnen bijdragen tot voorkoming van stagnatie bij Opdrachtgever en tot beperking van de door Opdrachtgever te maken extra kosten en/of te lijden schade.
Onverminderd het hiervoor in dit lid bepaalde, is Opdrachtgever gerechtigd, indien derden Opdrachtgever terzake van schending van intellectuele (eigendoms-)rechten aansprakelijk stellen, deze overeenkomst schriftelijk, buiten rechte, geheel of gedeeltelijk, al dan niet met terugwerkende kracht, te ontbinden; onverminderd zijn verdere rechten.
Van zijn recht tot ontbinding van deze overeenkomst zal Opdrachtgever geen gebruik maken dan na voorafgaand overleg met Leverancier.
- (11.3 Indien door Leverancier zal worden gehandeld in strijd met het sub 11.1, 11.2 en/of 11.5 en/of 11.6 bepaalde, zal hij zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling is vereist in elk van deze gevallen *een dadelijk opeisbare, niet voor compensatie vatbare boete verbeuren aan Opdrachtgever van f per Werkdag of gedeelte van een Werkdag dat de overtreding voortduurt. Deze boete laat de overige rechten van Opdrachtgever, waaronder die op schadevergoeding, onverlet. **aansprakelijk zijn voor de door Opdrachtgever geleden en te lijden schade, welke schade reeds nu vooralsdan forfaitair wordt vastgesteld op een bedrag van f per Werkdag of een gedeelte daarvan. De overige rechten van Opdrachtgever worden onverlet gelaten.**)

12. *Geheimhouding en beveiliging*

- 12.1 Beide partijen zullen strikte vertrouwelijkheid in acht nemen t.a.v. de informatie over elkaars organisatie, de werking van de Apparatuur, de bestanden en programmatuur. Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van de andere partij zal ieder der partijen informatie en gegevensdragers welke hem ter beschikking staan, niet aan derden ter beschikking stellen en aan zijn Personeel slechts bekend maken voorzover dit nodig is voor het verrichten van de overeengekomen prestaties.

Partijen zullen hun Personeel verplichten deze geheimhoudingsbepalingen na te leven.

(Indien door één der partijen wordt gehandeld in strijd met deze bepaling zal die partij zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling is vereist in elk van deze gevallen *een dadelijk opeisbare, niet voor compensatie vatbare boete verbeuren aan de andere partij van $f \dots$ per gebeurtenis. Deze boete laat de overige rechten van de andere partij, waaronder die op schadevergoeding, onverlet. **aansprakelijk zijn voor de door de andere partij geleden en te lijden schade, welke schade reeds nu vooralsdan forfaitair wordt vastgesteld op een bedrag van $f \dots$ per gebeurtenis. De overige rechten van de andere partij worden onverlet gelaten.**)

15. *Onderhoud*

- 15.1 Leverancier verplicht zich op eerste verzoek met Opdrachtgever een onderhoudsovereenkomst t.a.v. de Programmatuur te zullen sluiten voor de duur van ... jaren, gerekend vanaf de datum van Acceptatie, conform de bepalingen van de aan deze overeenkomst gehechte onderhoudsovereenkomst.

(Deze verplichting blijft tot ... jaren, gerekend vanaf de datum van Acceptatie, voor Leverancier bestaan.)

(Opdrachtgever is gerechtigd de Programmatuur door derden te doen onderhouden. Leverancier verplicht zich aan dit onderhoud door derden onvoorwaardelijk zijn medewerking te verlenen en * alle tegen kostprijs **tegen vergoeding van door Leverancier aantoonbaar gemaakte kosten** alle t.b.v. dat onderhoud noodzakelijke informatie te verstrekken.)

21. *Algemeen*

- (21.4 Geen van partijen is bevoegd personeelsleden van de andere partij te bewegen tot prestaties, toezeggingen en dergelijke, tegen enige vorm van beloning of gift aan dat personeelslid, zonder welke beloning of gift de prestatie of toezegging niet, c.q. onder andere voorwaarden, tot stand zou zijn gekomen.

Indien (het personeel van) een van partijen in strijd met het hier bepaalde handelt, zal deze partij zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling is vereist per overtreding *in elk van deze gevallen *een dadelijk opeisbare, niet voor compensatie vatbare boete verbeuren aan de andere partij van $f \dots$ per overtreding. Deze boete laat de overige rechten van de andere partij, waaronder die op schadevergoeding, onverlet. **aansprakelijk zijn voor de door de andere partij geleden en te lijden schade, welke schade reeds nu vooralsdan forfaitair wordt

vastgesteld op een bedrag van f ... per overtreding. De overige rechten van de andere partij worden onverlet gelaten.**)

- 21.7 Indien de niet-nakoming van één van de bepalingen van deze overeenkomst zou leiden tot verschuldigdheid van meerdere overeengekomen boetes, dan is voor die niet-nakoming slechts één boete verschuldigd. Indien de betreffende boetes van verschillende hoogte zijn, geldt de hoogste boete. Het bepaalde in deze alinea is niet van toepassing indien de boetes, of één daarvan, het karakter hebben/heeft van een forfaitaire schadevergoeding.

Literatuur

Abas 2004

P. Abas, 'De drogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Reactie', *NJB* 2004-1, p. 19.

Van Ardenne-Dick & Blom 2004

M.M.R. van Ardenne-Dick & A. Blom, 'Eigen schuld en opzet in het verzekeringsrecht', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht. SI-EUR-reeks, deel 36*, Deventer: Kluwer 2004, p. 99-114.

Asser/Hartkamp 2004 (4-I)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 2005 (4-II)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp 2002 (4-III)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Asser/Hijma 2001 (5-I)

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Clausing & Wansink 1998 (5-IV)

P. Clausing & J.H. Wansink, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Aubel 1984

C.P. Aubel, 'Stilzwijgende garantie of billijkheid?', in E.A.A. Luijten e.a., *Goed en trouw. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 315-324.

Barendrecht & Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners. Van dwaling tot zelfstandig leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten, notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Berkvens 1987

J.M.A. Berkvens, 'Boekbesprekingen. C. Stuurman, Aansprakelijkheid en automatisering, De positie van de adviseur. Koninklijke Vermande BV – Lelystad, 1986', *Computerrecht* 1987-3, p. 201-202.

Berkvens e.a. 1989

J.M.A. Berkvens, *Achter de schermen van automatiseringscontracten*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989.

Berkvens 1993

J.M.A. Berkvens, 'Vierde generatie COSSO-voorwaarden', *Computerrecht* 1993/4, p. 171-173.

Berkvens & Kuus 2003

J.M.A. Berkvens & A.H.J. Kuus, 'FENIT-Voorwaarden 6: the next generation?', *Computerrecht* 2003/6, p. 346-349.

De Best 2002

P.W. de Best, 'De impliciete garantie', in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak*, *Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 101-142.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad. Damages in the law of torts*. (diss. Leiden), Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ. E. Kluwer, 1965

Bloembergen 1969

A.R. Bloembergen, 'Exoneratieclausules', *Bouwrecht* 1969, p. 355-370.

Bloembergen 1980

A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', *NJB* 1980-9, p. 174-183.

Boonekamp (*Schadevergoeding*)

R.J.B. Boonekamp, in: A.R. Bloembergen (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Bolt (*Schadevergoeding*)

A.T. Bolt, in: A.R. Bloembergen (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van den Brink 2000

V. van den Brink, 'Opzet, grove schuld en exoneratiebedingen', *NbBW* 2000-7/8, p. 94-98.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Broekema-Engelen (*Verbintenissenrecht*)

B.J. Broekema-Engelen, in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Bruinsma & Welbergen 1988

F. Bruinsma & R. Welbergen, *De Hoge Raad van onderen. Boekenreeks NJB 12*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973.

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het Nieuwe BW', p. 87-100, in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW: een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Christiaans 2002

C.R. Christiaans, 'Exoneratie- en overmachtsclausules', in: B. Wessels e.a. (red.), *Praktijkhandleiding algemene voorwaarden. Serie Praktijkhandleidingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79-106.

Cleveringa 1946

R.P. Cleveringa, *Het nieuwe zeerecht. Serie publiek- en privaatrecht. Deel 5*, Zwolle: N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1946.

Cleveringa 1961

R.P. Cleveringa, *Zeerecht. Serie publiek- en privaatrecht. Deel 5*, Zwolle: N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1961.

Van Dam 1995

C.C. van Dam, *Verzekering naar komend recht. Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor Verzekeringswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Dorhout Mees 1953

T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlands handelsrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1953.

Driessen & Mancosu 2001

A.E. Driessen & A.F. Mancosu, 'Reactie op C.E. Drion, Goed (of) fout?', *Contracteren* 2001, afl. 2', *Contracteren* 2001-4, p. 92-94

C.E. Drion 2001a

C.E. Drion, 'Goed (of) fout?', *Contracteren* 2001-2, p. 36-37.

C.E. Drion 2001b

C.E. Drion, 'Naschrift: goede wijn behoeft geen krans', *Contracteren* 2001-4, p. 94-95.

C.E. Drion 2002

C.E. Drion, 'Amerikaanse standaardcontracten in Europa: het proces van 'lokalisatie'', *Contracteren* 2002-2, p. 30-35.

C.E. Drion 2003

C.E. Drion, 'De drogerende werking van de redelijkheid en billijkheid', *NJB* 2003/42, p. 2189.

C.E. Drion 2004a

C.E. Drion, 'De drogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Naschrift', *NJB* 2004-1, p. 19-20

C.E. Drion 2004b

C.E. Drion, 'Boekbespreking H.N. Schelhaas, Het boetebeding in het Europese contractenrecht. Deventer: Kluwer 2004, 567 p.', *Contracteren* 2004-3, p. 86-87.

C.E. Drion & Van Wechem 2005

C.E. Drion & E. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005-9, p. 437-444.

H. Drion 1957a

H. Drion, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging I*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

H. Drion 1957b

H. Drion, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging II*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

- Dulfer (*Assurantie-Zakboek*)
J.E. Dulfer (hoofdredacteur), *Kluwers Assurantie-Zakboek*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Van Dunné 2004
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
Duyvensz 2003
J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exonerationclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
- Van Eijk-Graveland 1998
J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht. Serie verzekeringsrecht*, (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Fransen van de Putte 1996
A.S. Fransen van de Putte, 'Aansprakelijkheid volgt automatisch', *A&V* 1996-3, p. 55-58.
- Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer 2001
H.J. Gardeniers, P.C. van Schelven & E.M. Stouthamer, 'FENIT-algemene voorwaarden', in: J.M.A. Berkvens e.a. (red.), *ICT Modelcontracten, deel Standaardovereenkomsten*, Stand. ov. Alg. Ned., Deventer: Kluwer 2001, 1-148 (losbl.).
- Girof 2001
Clarisse Girof, *User Protection in IT Contracts. A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology. Series Law and Electronic Commerce Volume 11* (diss. Tilburg), Den Haag: Kluwer Law International 2001.
- Goethals 1996
M.J.F. Goethals, 'Wettelijk regresrecht werkgever', *ArbeidsRecht* 1996-2, p. 4-8.
- De Graaf 2004
T.J. de Graaf, 'Cliënt niet beter af met nieuwe FENIT-voorwaarden', *Contracteren* 2004-1, p. 11-20.
- Grosheide 2000
F.W. Grosheide, 'Lees maar, er staat wat er staat', *Contracteren* 2000-4, p. 100-107.
- Haak 2004
K.F. Haak, 'Inleiding', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht. SI-EUR-reeks, deel 36*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-11.
- Haak & Koot 2004
K.F. Haak & F.L. Koot, 'Bewuste roekeloos in het vervoerrecht', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht. SI-EUR-reeks, deel 36*, Deventer: Kluwer 2004, p. 13-51.
- Haazen 2004
I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* (6569) 2004, p. 193-198 en *WPNR* (6570) 2004, p. 209-214.
- Hartlief 2000
T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief & M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 93-105.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'VNP/Havrij: algemene voorwaarden en informatieplicht', *AA* 2002-4, p. 268-276.

Hijma (*Verbintenissenrecht*)

Jac. Hijma, in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Hijma 2003

Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden. Monografieën Nieuw BW B55*, Deventer: Kluwer 2003.

Hijmans van den Bergh 1954

L.J. Hijmans van den Bergh, noot onder HR 12 maart 1954, *AA* 1954, p. 175-184 (concl. A-G Langemeijer (niet afgedrukt in *AA*, wel in *NJ* 1954, 386), m.nt. Hijmans van den Bergh; 'Codam 75'/'Merwede' of *Kunst/Damco*).

Hoekzema 2000

J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Hondius (*Verbintenissenrecht*)

E.H. Hondius, in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van der Horst 2005

M. van der Horst, 'Hora Finita', *Trema* 2005-5, p. 211-215.

Huizink (*Rechtspersonen*)

J.B. Huizink, in: A.F.M. Dorresteyn & J.B. Huizink (red.), *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Janssen 2002

M.A.J.G. Janssen, 'Rechtsgevolgen van een garantie', in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraktijk, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 51-100.

Jongeneel 1999

R.H.C. Jongeneel, 'Het opstellen van een passende exoneratieclausule: standaard maatwerk', *Contracteren* 1999-2, p. 42-52.

Jongeneel & Klik 2002

R.H.C. Jongeneel & P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2002.

Jongeneel & Cohen Tervaert 2002

R.H.C. Jongeneel & D.J. Cohen Tervaert, 'Beperk de informatieplicht bij algemene voorwaarden. De huidige in de wet geregelde informatieplicht is onredelijk bezwarend voor de gebruiker', *NJB* 2002/44, p. 2189-2190 en 'Naschrift', *NJB* 2003-7, p. 328.

Klein 2002

P.E.M. Klein, 'Garantie en conformiteit', in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraktijk, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 217-255.

Kortmann 1988

S.C.J.J. Kortmann, 'Exoneratiebedingen', *Tijdschrift voor Privaatrecht* (25) 1988-4, p. 1205-1257.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Krans & Tjong Tjin Tai 2002

H.B. Krans & T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Algemeen geformuleerd exoneratiebeding, nietigheid en redelijkheid en billijkheid. HR 7 december 2001, nr. C00/057, JOL 2001, 737', *NbBW* 2002-3, p. 30-33.

Kruijer 2000

H.S.M. Kruijer, *De exoneratieclausules in de algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse ondernemingen in de informatietechnologie (FENIT)*, *ITeR- reeks nr. 33*, Deventer: Kluwer 2000.

Kuus 1991

A.H.J. Kuus, 'Nieuwe Cosso-voorwaarden', *Computerrecht* 1991-2, p. 78-82.

Kuus 1995

A.H.J. Kuus, 'De algemene voorwaarden van de FENIT: COSSO in een nieuwe jas', *Computerrecht* 1995-3, p. 99-102.

Loos 2001

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Mendel 1993

M.M. Mendel, 'Opzet en schuld in het schadeverzekeringsrecht', in: H.Th. Bouma, H.A. Bouman, C.J.H. Brunner e.a., *In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr A.J.O. baron van Wassenae van Catwijck ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Meijers 1937

E.M. Meijers, 'Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring', *Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Deel 84, Serie B, no. 5*, Amsterdam 1937 in: R.P. Cleveringa e.a., *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van Prof. Mr E.M. Meijers, derde deel, verbintenissenrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955.

Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995

I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten, studiepockets privaatrecht nr. 11*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Mijnssen 1978

F.H.J. Mijnssen, *Fouten van hulppersonen in contractuele en pre-contractuele verhoudingen. Serie Privaatrechtelijke Begrippen. Deel 4*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1978.

Mijnssen 1997

F.H.J. Mijnssen, 'Grove schuld of roekeloosheid van een verzekerde', in: J.L.P. Cahen *bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 205-213.

Newton 2000

Jeremy Newton, 'System Supply Contracts', in: Chris Reed & John Angel, *Computer Law*, Londen: Blackstone Press Limited 2000, p. 8-48.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1987

J.H. Nieuwenhuis, 'Assurance oblige', *RMThemis* 1987-5, p. 209-211.

Parl. Gesch. Boek 6

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.

Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

G.T.M.J. Raaijmakers 2002

G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

G.T.M.J. Raaijmakers 2005

G.T.M.J. Raaijmakers 2005, 'Garanties in het contractenrecht', *RMThemis* 2005-3, p. 124-138.

Rijken 1983

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules. Een analyse van de omstandigheden van welke waardering het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1983.

Rijken 1998

G.J. Rijken, 'De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken', *NTBR* 1998-10, p. 361-369.

Rijken 2001

G.J. Rijken, 'Rechtspraak klassiek. Saladin/HBU: het startpunt van een 'juridisch brede' toetsing van exoneratieclausules', *NTBR* 2001-7, p. 347-350.

Rinzema & Beuving 2001

W.F.R. Rinzema & B.T. Beuving, 'Advies' is niet altijd goed', *Computerrecht* 2001-6, p. 299-300.

Van Rossum 1993

M.M. van Rossum, 'De gemeente Maassluis trekt aan het kortste eind', *WPNR* (6075) 1993, p. 3-10.

Van Rossum 1994a

M.M. van Rossum, 'Koop 'op eigen bate en schade', garantie en het dwalingsberoep', *NTBR* 1994-2, p. 38-41.

Van Rossum 1994b

M.M. van Rossum, 'Gebreken bij de koop van een old-timer', *NTBR* 1994-9, p. 224-228.

Van Rossum 2002

M.M. van Rossum, 'Rechtskarakter van een garantie', in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1-49.

Rowland & Macdonald 2000

Diane Rowland & Elisabeth Macdonald, *Information technology law*, Londen: Cavendish Publishing 2000.

- Salomons 1993
R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade. Monografieën Nieuw BW B38*, Deventer: Kluwer 1993.
- Salomonson 1957
L. Salomonson, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1957.
- Van de Sande Bakhuijzen 1979
N.J. van de Sande Bakhuijzen, 'Kontrolle op standaardvoorwaarden', *WPNR* (5478) 1979, p. 281-291; *WPNR* (5479) 1979, p. 297-299.
- Scheltema & Mijnsen 1998
H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel 4. Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1998.
- Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.
- Schut 1965
G.H.A. Schut, *Presteren en garanderen. Over de prestatieplicht van de verkoper en het stilzwijgend garantiebeding* (oratie VU Amsterdam), Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1965.
- Stuurman 1986a
C. Stuurman, 'De aansprakelijkheid van de automatiseringsadviseur', *Computerrecht* 1986-3, p. 146-152.
- Stuurman 1986b
C. Stuurman, *Aansprakelijkheid en automatisering: de positie van de adviseur*, Lelystad: Vermande, 1986.
- Thole 2000
E.P.M. Thole, 'Privaatrecht', in: *Recht en Informatietechnologie. Handboek voor rechtspraak en beleid. Hoofdstuk 7E*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-49.
- Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen. Serie Recht en Praktijk nr. 77* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
- Tjittes 1997
R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen, *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 375-388.
- Tjittes 2001a
R.P.J.L. Tjittes, 'Toerekening van kennis van een externe deskundige', *NJB* 2001-1, p. 7-15.
- Tjittes 2001b
R.P.J.L. Tjittes, 'Wat weet een organisatie? Gezichtspunten bij de bepaling van de (veronderstelde) wetenschap van een onderneming of een overheidsorganisatie', *NTBR* 2001-4, p. 168-178.
- Tolman 2001
M.J. Tolman, 'Oneerlijke bedingen in contractsvoorwaarden', *AV&S* 2001, p. 167-174.

Valk 2002

W.L. Valk, 'Kijk naar jezelf', *Contracteren* 2002-3, p. 57.

Vandenberghe 1984

G. Vandenberghe, *Partijenaansprakelijkheid bij softwarecontracten. Een rechtsvergelijkend onderzoek. Reeks Informatica en Recht Deel 2*, Antwerpen/Deventer: Kluwer 1984.

Vranken 1991

J.B.M. Vranken, 'Zes manieren om een oude dame niet te wekken. Over verborgen gebreken', *WPNR* (6030) 1991, p. 911-915.

De Vries 1990

F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Wansink 1994

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een hernieuwde verzekeringsrechtelijke en verzekeringstechnische beschouwing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van Wechem & Wissink 2002

T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, 'Actualia contractspraktijk', *Contracteren* 2002-1, p. 16-17.

Van Wechem & Wissink 2004

T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, 'Leerstukken. Hoge Raad geeft een hint bij de beoordeling van exoneratieclausules (HR 18 juni 2004, LJN-nr. AO6913, zaaknr. C03/064HR)', *Contracteren* 2004-3, p. 76-77.

Wessels & Jongeneel 1997

B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden. Studiepockets privaatrecht nr. 48*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Zwalve 2002

W.J. Zwalve, 'Boekbespreking. Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie. Enige beschouwingen aan de hand van een tweetal recent verschenen proefschriften', *WPNR* (6501) 2002, p. 606-611.

Jurisprudentieregister

Hoge Raad

- HR 27 juni 1941, NJ 1941, 781 (*Verse Koe*) | 97
HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 (*Röntgenstralen*) | 16
HR 12 maart 1954, NJ 1954, 386 (*"Codam 75" / "Merwede"* of *Kunst/Damco*) | 16
HR 10 juni 1955, NJ 1955, 552 (*Het Noorden/NHL*) | 25
HR 26 februari 1960, NJ 1965, 373 (*Mozes/Uijting en Smits of BOVAG III*) | 135
HR 10 mei 1963, NJ 1963, 288 (*Vouwapparaat of Van den Hoek/Smit*) | 98
HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (*Vliegtuigvleugel of Fokker/Zentveld*) | 119, 122, 128, 130
HR 13 december 1968, NJ 1969, 174 (*Cadix of Polyclens*) | 121, 124
HR 1 december 1972, NJ 1973, 103 (*Hogerheide/Olivetti of Telmachine*) | 92, 98, 104
HR 14 december 1973, NJ 1974, 127 (*De Boer/Wittenberg*) | 54
HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (*Bierglas*) | 14, 140
HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*) | 14, 30, 36, 46
HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*) | 25
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*) | 93, 95, 115, 148
HR 18 december 1981, NJ 1982, 71 (*Thermostaten of Van Kleef/Monster*) | 122
HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 (*Van Dijk/Bedaux*) | 46
HR 3 november 1982, NJ 1983, 510 (*X/inspecteur*) | 27
HR 11 november 1983, NJ 1984, 298 (*Broere/Olivetti*) | 56, 73
HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*) | 48, 54, 57, 72-73, 76-77, 172
HR 12 december 1986, NJ 1987, 958 (*Rockwool/Poly*) | 138
HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/THB*) | 70
HR 11 mei 1990, NJ 1990, 544 (*Los Gauchos*) | 26
HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*) | 146
HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (*Van Geest/Nederlof*) | 97
HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (*Staalgrit of De Kleijn/Van der Ende*) | 68, 123, 154
HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 410 (*Anthony Veder*) | 26
HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286-289 (*Maassluis of Steendijkpolder*) | 93, 98-99, 101, 107
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 291 (*Gerards/Vijverberg*) | 94, 102
HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 (*Gemeente Groningen/erven Zuidema*) | 78
HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (*Brackel/Atlantische Unie*) | 95
HR 31 december 1993, NJ 1993, 389 (*Matatag/De Schelde of "Serra"*) | 30-31, 33, 171
HR 30 september 1994, NJ 1995, 45 (*Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens*) | 21, 17, 47
HR 15 december 1995, NJ 1996, 319 (*Heeren/Mertens*) | 124
HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (*ABP c.s./FGH en Breevast of Hoog Catherijne*) | 93, 175

HR 12 januari 1996, NJ1996, 683 (*Kroymans/Sun Alliance*) | 95
 HR 5 september 1997, NJ 1997, 63 (*Gerling/Hanno*) | 31
 HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (*Stein/Driessen*) | 7, 18, 21, 31, 33, 171
 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (*Apeldoorn/Duisterhof*) | 1, 169
 HR 6 november 1998, NJ 1999, 200 (*Aegon/Van der Linden*) | 20
 HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242 (*Mastum/Nationale Nederlanden*) | 31
 HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (*Geurtzen/Kampstaal*) | 156, 158
 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 429 (*“Solon” of UAP/Van Woudenberg*) | 20, 93
 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*Mol/Meijer*) | 89, 175
 HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412 (*Van den Heuvel/Peeten of Champignonkwekerij*) | 132
 HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (*Petermann/Frans Maas*) | 155, 158
 HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 (*VNP/Havrij*) | 156
 HR 7 december 2001, JOR 2002, 44 (*Geeris/Van Beusekom*) | 22, 33, 124, 171
 HR 12 juni 2002, NJ 2002, 542 (*Van Dueren den Hollander/Koeltechnisch Bureau Brabant*)
 | 88
 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (*Bramer/Colpro*) | 8, 10, 170
 HR 14 juni 2002, NJ 2004, 127 (*Boarnsterhim/Heideveld & Meinders*) | 102, 104
 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (*Vos/Heipro*) | 95
 HR 5 december 2003, NJ 2004, 506 (*Distelberg/Van der Meulen*) | 32, 34, 39, 171
 HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels Techniek*) | 2, 132, 170
 HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (*GTI/Zürich*) | 1, 157, 161, 169
 HR 11 maart 2005, NJ 2005, 576 (*P&F Project Finance Furniture/Peper & De Hart*) | 25

Hof Amsterdam

Hof Amsterdam 20 juli 2000, Prg. 2000, 5558 (*Braitman/v.o.f. F.A. Hillebrand*) | 87
 Hof Amsterdam 22 november 2001, *Computerrecht* 2002-2, p. 94 (*KIN/Capgemini*) | 64

Hof Arnhem

Hof Arnhem 17 maart 1980, S&S 1982, 36 (*Vriesveem/Nordstern*) | 88, 135
 Hof Arnhem 8 maart 1994, NJ 1996, 701 (*CARD/CCV*) | 47, 60
 Hof Arnhem 27 mei 1997, NJ 1999, 592 (*Heeren/Mertens*) | 124
 Hof Arnhem 10 november 1998, NJ 2002, 264 (*Skeeler Marathons/Fabers*) | 131
 Hof Arnhem 22 oktober 2002, NJ 2003, 366 (*Van den Heuvel/Peeten of Champignonkwekerij*)
 | 132

Hof Den Bosch

Hof Den Bosch 12 november 1990, TvC 1991, 2 (*Hubertushuis*) | 87
 Hof Den Bosch 9 maart 2004, NJ *Feitenrechtspraak* 2004, 469 (*Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*) | 89, 92, 174

Hof Den Haag

Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers) | 48, 54, 57, 72-73, 76-77, 172

Rechtbank Arnhem

Rechtbank Arnhem 11 oktober 1984, *Computerrecht* 1987-4, p. 260 (Atel/CAI Bommel) | 59

Rechtbank Arnhem 14 november 1985, *Computerrecht* 1987-4, p. 262 (Atel/CAI Bommel) | 59

President Rechtbank Arnhem 16 november 1993, KG 1994, 17 (The/Elzenaar) | 105

Rechtbank Arnhem 30 mei 2002, *Njkort* 2003, 5 (Bosch Beton Industrie/Constar Betonwaren) | 9

Rechtbank Arnhem 24 december 2003, *LJN-nummer*: AO1060, *Zaaknr*: HAZA 03-804 (X/Y) | 105

Rechtbank Den Bosch

Rechtbank Den Bosch 13 oktober 2004, *Computerrecht* 2005-13, p. 84-95 (Inducom/Effi/Exact) | 95

Rechtbank Den Bosch 13 april 2005, *rolnr.* 04-470 (Steinz/Kluwer) | 132

Rechtbank Den Haag

Vice-President Rechtbank Den Haag 16 oktober 1986, *Computerrecht* 1987-1, p. 42-48 (Olyslager/Intermation) | 69

Rechtbank Den Haag 25 november 1987, *Computerrecht* 1988-3, p. 158-162 (Olyslager/Intermation) | 69

Rechtbank Leeuwarden

Rechtbank Leeuwarden 24 september 2003, *LJN-nummer*: AL6089, *Zaaknr*: 57476 HAZA 03-217 (KC) | 161

Rechtbank Maastricht

Rechtbank Maastricht 23 mei 2003, *Zaaknummer*: 58591/HAZA 00-769, *LJN-nummer*: AE4126 (Houben/Lintsen) | 53

Rechtbank Utrecht

Rechtbank Utrecht 3 februari 1993, rolnr. 90-3654 (*Vedior/MID*) | 89

Rechtbank Zwolle

Rechtbank Zwolle 17 april 1991, *Computerrecht* 1992-3, p. 126 (CVG/PSA) | 59

Kantongerecht Breda

Kantongerecht Breda 14 mei 1997, *Rechtshulp* 1998-1, 1 (*Van Winkel/Stationsrijwielstalling Breda*) | 87

Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel

Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*) | 55, 69, 73

Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 18 februari 1985, *Computerrecht* 1985-6, p. 27 (*Dolmans/Burrough*) | 58

Geschillencommissie Automatisering

Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (*Breikant*) | 50, 61, 76-77

Trefwoordenregister

A

Algemene voorwaarden | 153-160

B

Bedrijfsleiding | 30-32

Belangen, aard en ernst | 80-82

Beroepsaansprakelijkheid | 55-67

Bewuste roekeloosheid | 17-21, 141

BiZa

- aansprakelijkheidsverhogende bedingen | 148-149
- beroepsfout | 79-80
- boetes | 148-149
- garanties | 116-118, 148
- inperken en uitbreiden verplichtingen | 75-76
- kwalitatieve aansprakelijkheid | 42
- schade | 149
- toerekening onder de hoofdregel | 42
- toerekening onder de uitzondering | 42-43
- vrijwaringen | 149

Boetes | 90-91

D

Deskundigheid

- afnemer | 67-70
- bijstandsplicht | 69-70
- derde | 68-69
- juridische | 45-46, 151-152
- leverancier | 47-67
- leverancier ten opzichte van afnemer | 70-71
- moment vaststelling | 54-55, 71
- prestatie | 45-47, 68
- tijdsverloop | 54-55, 70-71

F

FENIT 1994

- aansprakelijkheidsverhogende bedingen | 143-148
- bereddingskosten | 146-147
- beroepsfout | 79
- expertisekosten | 145-146
- garanties | 116, 143
- inperken en uitbreiden verplichtingen | 75
- kwalitatieve aansprakelijkheid | 37-38
- langer operationeel houden oude systemen | 145
- schade, vervangende | 143-145
- toerekening onder de hoofdregel | 36-38
- toerekening onder de uitzondering | 39-42
- vrijwaringen | 148

FENIT 2003

- aansprakelijkheidsverhogende bedingen | 143-148
- bereddingskosten | 146-147
- beroepsfout | 76-79
- expertisekosten | 145-146
- garanties | 110-116, 143
- inperken en uitbreiden verplichtingen | 74-75
- kwalitatieve aansprakelijkheid | 35
- langer operationeel houden oude systemen | 145
- schade, vervangende | 143-145
- sole remedy | 114-116
- toerekening onder de hoofdregel | 35

- toerekening onder de uitzondering | 35-36
- vrijwaringen | 148

G

Garanties

- negatieve | 108-110
- stilzwijgende | 84, 96-108
- uitdrukkelijke | 93-96
- verhouding tot hoofdverplichtingen | 84

Gemengde overeenkomst | 52-53

Goede zeden | 5-7, 22

Grove schuld | 15-21, 22

H

Hoofdverplichtingen | 84, 85-92

K

Kwalitatieve aansprakelijkheid

- zaken | 119-121
- personen | 27, 32, 34

L

Leidinggevende ondergeschikten | 29-32

O

Ongeclausuleerde exoneration | 21-23

Onredelijk bezwarend | 7-11

Opzet | 13-14, 141

R

Remedies, andere | 88-89, 104-105

T

Toerekening

- deskundigheid derde | 68-69
- zaken | 119-121
- personen | 23-32, 34

Tweefasentoetsing | 5-7

Tweesporenstelsel | 7-11

V

Verbintenis

- aard | 52-54
- invloed tijdsverloop | 54-55, 70-71

Verborgene gebreken regeling | 96-100

Verzekeringen, first party | 120, 135-136, 142-143

Verzekeringen, third party

- aansprakelijkheidsverzekering bedrijven (AVB) | 137-139
- beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV) | 139
- invloed op aansprakelijkheid | 128-130
- invloed op exoneration | 130-135
- uitsluitingen | 139-142
- verhouding tot opzet en bewuste roekeloosheid | 141

Voorschakel, mogelijk verhaal op

- invloed op aansprakelijkheid | 121, 124-127
- invloed op exoneration | 127-128

W

Wanverhoudingen

- tussen beloning en schade | 87, 119-121, 122-123
- tussen schade en exoneration | 91, 122-124