



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2006, June 14). *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4411>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4411>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

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 exoneratie 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 exoneratie die expliciet aansprakelijkheid voor eigen opzet uitsluit, met een 'vrij grote mate van eenstemmigheid' zal worden geoordeeld dat die exoneratie in strijd is met de goede zeden en dat de exoneratie 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 exoneraties kunnen worden bestreden die in de praktijk toch nauwelijks voorkomen. Bovendien kunnen die exoneraties net zo goed worden bestreden door te oordelen, zoals de Hoge Raad doet in het arrest Stein/Driessen, dat een exoneratie *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 exoneratie 'in het algemeen' buiten toepassing zal blijven als wanneer met een 'vrij grote mate van eenstemmigheid' zal worden geoordeeld dat de exoneratie (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 exoneratie 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.