



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).

## 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 exoneration 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.<sup>1</sup> Uit de parlementaire geschiedenis betreffende algemene voorwaarden blijkt dat de wetgever aanknoopt bij de vrijwel identieke formulering uit het Saladin/HBU-arrest.<sup>2</sup>

Met Wessels en Jongeneel en Loos meen ik dat aan de herkomst van de betreffende algemene voorwaarden weinig waarde moet worden toegekend.<sup>3</sup> 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 exonerationen op versluierde wijze tot contractsinhoud maken.<sup>4</sup>

---

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.<sup>5</sup> 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.’<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup> 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*.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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 besluitvormingsbelang<sup>11</sup> en een dossierbelang.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> Met het

---

<sup>9</sup> HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 (concl. A-G Hartkamp; VNP/Havrij; m.nt. H.J. Snijders).

<sup>10</sup> HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (concl. A-G Hartkamp; Geurtzen/Kampstaal; m.nt. Hijma; JOR 2000, 21, m.nt. Wessels).

<sup>11</sup> Hijma 2003, nr. 35.

<sup>12</sup> Hartlief 2002, p. 274

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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 terhandstellingeis 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.<sup>15</sup> Dan moet hij genoeg

---

<sup>14</sup> Jongeneel & Cohen Tervaert 2002, p. 2189-2190.

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> Mijns inziens mag de 'kleine ondernemer' (in de zin van art. 6:235 lid 1 BW) op dezelfde manier *Petermann/Frans Maas* tegenworpen 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.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Rijken 1998, p. 369, noot 72.