



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).

10 | Conclusie

10.1 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 exoneratie 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 exoneratie 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 exoneraties 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 exoneraties wel en welke exoneraties 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 exoneratie 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 exoneratie 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 exoneratiebedingen 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.).

10.2 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.

10.3 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 beseft 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 -verzekerbearheid 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.

10.4 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 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 bij de beoordeling van omstandigheid zwaarte van de schuld.

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.

Een verschil in juridische deskundigheid op het gebied van exoneraties is mijns inziens evenmin een omstandigheid die van invloed zou moeten zijn op de vraag of een exoneratie 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 exoneraties.

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 exoneraties. Van een professionele afnemer mag worden aangenomen dat hij zich bewust is van de strekking van een exoneratie. 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 exoneratie gebonden is die hij niet begrijpt.

10.5 ENGELS RECHT

Exoneraties worden in Engeland getoetst aan de hand van de omstandigheden die bekend waren (of geacht kunnen worden bekend te zijn geweest) bij het sluiten van de overeenkomst. Dit fixatiemoment doet denken aan de inhoudstoetsing van art. 6:233 sub a BW (omstandigheden bij het sluiten van de overeenkomst), in tegenstelling tot de uitoefeningstoetsing van art. 6:248 lid 2 BW (alle omstandigheden, dus ook degene die zich na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan).

Naar Engels recht zijn een aantal exoneraties per definitie onaanvaardbaar. In andere gevallen zijn exoneraties alleen geoorloofd als ze de redelijkheidstoets doorstaan. Deze redelijkheidstoets houdt in dat de redelijkheid van de exoneratie wordt getoetst aan een aantal niet-limitatief opgesomde omstandigheden. De bewijslast dat exoneraties de redelijkheidstoets doorstaan, rust op de leverancier.

Hoewel de Engelse rechtspraak in beginsel terughoudend is bij de toetsing van exoneraties gesloten tussen partijen met een gelijke onderhandelingspositie, lijkt deze terughoudendheid ver te zoeken bij Engelse rechtspraak over ICT-zaken. Uit deze rechtspraak blijkt dat de Engelse rechter veel belang hecht aan het verzekerd zijn althans de verzekerbaarheid aan de zijde van de leverancier.

Al met al spreekt het Engelse recht betreffende de toetsing van exoneraties mij niet aan. Ik kan mij met name niet vinden in de:

- inhoudstoetsing (die te beperkt is want alleen ziet op omstandigheden die bekend waren (of geacht kunnen worden bekend te zijn geweest) bij het sluiten van de overeenkomst);
- bewijslast die op de leverancier rust (uitgangspunt behoort te zijn dat de contractueel overeengekomen risicoverdeling wordt gerespecteerd en dat

degene die daar van af wil (de afnemer) moet bewijzen dat die risicoverdeling in de concrete omstandigheden onaanvaardbaar is) ; en de

- invloed van verzekering/verzekerbaarheid op exoneraties (die invloed behoort er niet te zijn).

10.6 AFRONDING

Of het beroep op de exoneratie 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 exoneratie 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 exoneratie 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 exoneraties.

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.