



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).

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 hoofdbintenis 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 hoofdbintenis 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 hoofdbintenis 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 bintenis 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 bintenis 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 ongedaanmakingsbintenis 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 *Telmachine*; 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 exoneration, dan valt die schending mijns inziens onder de exoneration. 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 exoneration 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 exonerationen.

Verborgene gebreken regeling in het OBW

Stilzwijgende garanties worden doorgaans gebruikt om de verborgene gebreken regeling uit het OBW te omzeilen. Hierna zal ik kort uitleggen wat de verborgene 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 verborgene gebreken regeling te bestrijden.

De verborgene gebreken regeling houdt kort gezegd in dat de verkoper van een zaak de koper daarvan schadeloos moet stellen voor verborgene gebreken van die zaak, voorzover het verborgene 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 verborgene 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 verborgene gebreken (art. 1542 OBW). De Hoge Raad verwoordt het algemene ongenoegen over de verborgene 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, exoneraties 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 exoneratie 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 exoneratie 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 exoneratie, 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; 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 exoneration 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 fabricagefouten 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 'normaaltipe' 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 'normaaltipe' 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 'normaaltipe' 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 'normaaltipe' 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 voorschakel 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 hulpmiddel (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 verjaringsstermijn (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 contractvoorwaarden 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 exonerationen als volgt samen:

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

Rijken meent dat een exoneration (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 exoneration omdat de noodzaak te exonereren ontbreekt (variant op *assurance oblige*).¹¹⁶

Christiaans is wat voorzichtiger.¹¹⁷ Zijns inziens zal een exoneration 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 exoneration 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 exoneration worden gehouden als hij geacht kan worden bij het afsluiten van een overeenkomst het exonerationbeding 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 exoneration 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 exoneration 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 exoneration 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-verzekerbaarheid op een exoneration. Rijken vindt een exoneration (evenmin) toelaatbaar als verzekeren op aanvaardbare wijze mogelijk is (variant op *assurabilité oblige* (aansprakelijkheid vanwege verzekerbaarheid)).¹²⁴

Jongeneel meent dat als de leverancier een exoneration hanteert terwijl het risico waartegen wordt geëxonereerd verzekeraar is tegen een redelijke premie en met een aanvaardbaar risico, deze verzekeraar 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* verzekerbareid van invloed is op exonerationen althans daarop van invloed behoort te zijn.

In absolute zin – verzekering en verzekerbareid 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 verzekeringsselement 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 verzekerbareid 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 verzekerbareid 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 verzekerbareid zetten exonerationen automatisch opzij) zich zo slecht verhoudt met de heersende leer inzake het verband tussen aansprakelijkheid en verzekeringen (verzekering en verzekerbareid 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 verzekerbaarheid 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 verzekerbaarheid 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 verzekerbaarheid tot doorbreking van de exoneration. In plaats van bescherming te bieden, zorgt de verzekering en verzekerbaarheid 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 verzekerbareheid 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 verzekerbareheid hebben tot gevolg dat een begroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *per definitie* onaanvaardbaar is) of beïnvloeding (verzekering en verzekerbareheid 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-verzekerbareheid niet van invloed mogen zijn op de aansprakelijkheid van de leverancier noch op (een beroep op) diens exoneration. First party-verzekeringen en first party-verzekerbareheid 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 verzekerbareheid van de afnemer heeft de leverancier niets van doen.¹³¹

Het behoeft geen betoog dat een first party-verzekering of first party-verzekerbareheid 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 exoneration 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 exoneration 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 exoneration '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 afgeven, 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 gedeerde 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.