

Contracten maken

Opbouw en aansprakelijkheidsregeling in ICT~Office-voorwaarden 2009 kritisch bekeken

Mr. T.J. de Graaf*

1. Inleiding

ICT~Office is, naar eigen zeggen, een branchevereniging van ruim 500 IT-, Telecom-, Internet- en Officebedrijven in Nederland met een achterban die € 30 miljard omzet en meer dan 250.000 medewerkers telt.¹ Op 22 januari 2009 introduceerde ICT~Office nieuwe algemene voorwaarden² (hierna: de voorwaarden) ter vervanging van drie sets voorwaarden: de FENIT-,³ Kantoortechnologie- en ICT Telecomvoorwaarden.⁴ Volgens ICT~Office houden de voorwaarden rekening met recente technologische ontwikkelingen, beantwoorden ze aan de laatste stand van zaken, wetgeving en rechtspraak en leveren zij – het staat er echt – een duidelijke, faire en marktconforme verdeling van verantwoordelijkheden en risico's tussen de leverancier en de cliënt.⁵ De voorwaarden bevatten te veel wijzigingen om allemaal te behandelen. Ik zal me daarom concentreren op het plaatsen van kritische noten bij twee onderwerpen in het algemene gedeelte van de voorwaarden: opbouw en aansprakelijkheid.

lijkheid.⁶ Dat doe ik vanuit het oogpunt van de leverancier. Voor zover daarbij oude en nieuwe voorwaarden met elkaar worden vergeleken, betreft het een vergelijking tussen de FENIT-voorwaarden uit 2003 en de nieuwe ICT~Office-voorwaarden uit 2009.⁷

2. Opbouw

Net als de FENIT-voorwaarden zijn de ICT~Office-voorwaarden modulair opgebouwd. Beide sets bevatten één algemene basismodule die voor elk product en elke dienst geldt en een aantal specifieke modules voor specifieke producten en diensten. De wijze waarop de specifieke modules van toepassing zijn, verschilt echter aanzienlijk.

In de FENIT-voorwaarden wordt in elke specifieke module bepaald dat de bewuste module naast de algemene bepalingen van toepassing is als de leverancier de in die module beschreven producten of diensten levert. Voorafgaand aan het hoofdstuk 'Gebruik en Onderhoud van Programmatuur' staat bijvoorbeeld: 'De in dit hoofdstuk

* Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en universitair docent aan de Universiteit Leiden. Hij dankt Marlous Schrijvers voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. <www.ictoffice.nl/index.shtml?id=1527>.

2. ICT~Office-voorwaarden. Gedeponneerd bij de Kamer van Koophandel Midden-Nederland onder nummer 30174840.

3. Zie voor een bespreking van de FENIT-voorwaarden 2004 onder andere J.M.A. Berkvens en A.H.J. Kuus, FENIT-Voorwaarden 6: the next generation?, *Computerrecht* 2003-6, p. 346-349 en T.J. de Graaf, Cliënt niet beter af met de nieuwe FENIT-voorwaarden, *Contracteren* 2004/1, p. 11-20.

4. Die drie sets voorwaarden zijn ontwikkeld door de drie organisaties waaruit ICT~Office is voortgekomen.

5. <www.ictoffice.nl/index.shtml?id=1661>.

6. Zie voor eerder commentaar op de nieuwe voorwaarden Frits Mutsaerts, ICT~Office verbreedt en verdiept Fenit-voorwaarden, *Computable* 30 januari 2009, p. 14-15, die afsluit met de woorden: 'Zonder overdrijving meen ik te kunnen concluderen dat de brancheorganisatie ICT~Office erin is geslaagd om een knap stukje "groot onderhoud" aan de oude Fenit-voorwaarden te hebben gepleegd.' en Marc Jansen, ICT~Office Voorwaarden geen verbetering, *Automatiseringgids* 2009-15 van 10 april 2009 die de eenzijdigheid van de nieuwe voorwaarden benadrukt en meent dat dit ook in het nadeel van de leveranciers werkt.

7. De te behandelen bepalingen uit de FENIT-voorwaarden komen grotendeels overeen met hun pendanten in de Kantoortechnologie- en ICT Telecom-voorwaarden.

“Gebruik en onderhoud van programmatuur” vermelde bepalingen zijn, naast de Algemene Bepalingen van deze algemene voorwaarden, van toepassing op alle door leverancier ter beschikking gestelde programmatuur.’ Alle modules maken ook fysiek onderdeel uit van één en hetzelfde document. Specifieke modules zijn dus automatisch van toepassing zodra het bewuste product of de bewuste dienst wordt geleverd.

De ICT~Office-voorwaarden bestaan daarentegen uit zeventien afzonderlijke documenten: één algemeen gedeelte en zestien losse modules. Naast het algemene gedeelte moeten partijen overeenkomen welke specifieke modules van toepassing zijn (zie art. 1.2 en 1.3 van de voorwaarden). Specifieke modules zijn dus *niet* automatisch van toepassing zodra het bewuste product of de bewuste dienst wordt geleverd.

2.1 Wachten op ongelukken

Ik geef de voorkeur aan de oude opzet. Bij de nieuwe opzet is het wachten op ongelukken. Ondanks alle marketing-campagnes, trainingen en handleidingen waarin wordt aangedrongen altijd overeen te komen welke modules van toepassing zijn, zullen er ongetwijfeld leveranciers zijn die simpelweg de ICT~Office-voorwaarden van toepassing verklaren zonder een keuze te maken voor specifieke modules. In dat geval gelden uitsluitend de algemene bepalingen en ontbeert een leverancier die programmatuur in licentie geeft bijvoorbeeld de bescherming die het onderdeel ‘Licentie voor programmatuur’ had geboden indien die module net als in de oude voorwaarden automatisch had gegolden.

Verder vraag ik me af wat er gaat gebeuren als een leverancier eerst alleen programmatuur in licentie geeft aan een bepaalde klant, met die klant alleen de toepasselijkheid van de algemene module en de module ‘Licentie voor programmatuur’ is overeengekomen en een paar maanden later ook consultancy-, trainings- en onderhoudsdiensten voor die klant gaat verrichten. In veel gevallen zal die leverancier er niet aan denken de drie voor consultancy-, trainings- en onderhoudsdiensten geschreven modules met de afnemer overeen te komen voordat hij die diensten gaat verrichten. En denkt de leverancier er wel aan, dan loopt hij het risico dat de klant weigert die modules met hem overeen te komen. De leverancier blijft dus verstoken van de bescherming uit die drie specifieke modules als hij er niet aan denkt de desbetreffende modules met de klant overeen te komen of de klant weigert op basis van die modules te contracteren.

Tot slot rijst de vraag wat geldt als leveranciers sinds jaar en dag onderaan hun briefpapier hebben staan: ‘Op al onze rechtsbetrekkingen zijn de meest recente FENIT-voorwaarden van toepassing’ (of woorden van soortgelijke strekking). Wat geldt er dan (en vanaf wanneer): (1) alleen de module algemeen, (2) de module algemeen en de modules die corresponderen met de oude FENIT-modules (met als gevolg dat bijvoorbeeld de ASP/SaaS-module niet geldt, want daarvoor is geen FENIT-pendant), (3) de module algemeen en alle afzonderlijke modules, mis-

schien wel (4) de oude FENIT-voorwaarden of zelfs (5) iets anders? Het voert te ver die vraag hier te beantwoorden, maar oplossingsrichtingen zullen mijns inziens in ieder geval rekenschap moeten geven van: (a) toepasselijkheid ex artikel 6:217 BW (in het licht van art. 3:33, 3:35, 3:37 lid 1, art. 6:231 sub c, art. 6:232 BW en een (mogelijke) herwaardering van de Holleman/De Klerkleer⁸), (b) terhandstellingsobliegenheit en inhoudstoetsing ex artikel 6:233 sub a en b jo. 6:234 lid 1 BW⁹ (welke artikelen echter (onder andere) niet kunnen worden ingeroepen door ‘grote’ en ‘buitenlandse’ afnemers (art. 6:235 lid 1 resp. art. 6:247 lid 2 BW)) en (c) uitoefeningstoetsing ex artikel 6:248 BW.¹⁰

2.2 Omvang, verkorten door algemene bepalingen en gelaagde structuur

Men zal mij tegenwerpen dat de huidige omvang van de voorwaarden niet te verenigen valt met de oude opzet. Op de website van ICT~Office staan (positief geformuleerd) soortgelijke argumenten voor de nieuwe opzet: ‘Zowel opdrachtgever als leverancier besparen zich papierwerk en de wederzijdse verwachtingen zijn goed in beeld.’¹¹ Ik hecht niet veel waarde aan het argument van papierwerk. *In this day and age* van e-mail maakt het immers niet meer uit of er 16 pagina’s (FENIT-voorwaarden) of 55 pagina’s (ICT~Office-voorwaarden) als bijlage mee worden meegevoerd. Ook het argument dat de wederzijdse verwachtingen door de nieuwe opzet beter in beeld worden gebracht, overtuigt mij niet. Het hanteren van de oude opzet voor de nieuwe voorwaarden zou er, net als bij de oude voorwaarden, enkel toe leiden dat een aantal modules niet van toepassing zijn en daarom ook niet hoeven te worden gelezen. Wel geef ik toe dat de nieuwe voorwaarden te lang zijn. Vandaar dat ik hierna een aantal suggesties doe om de huidige omvang in te perken, in de waarschijnlijk ijdele hoop dat het kind (de fraaie oude opzet) in een volgende versie niet weer met het badwater (de vermoedelijk nog langere voorwaarden) wordt weggegooid.

Ingrijpend van aard is de volgende oplossing om de omvang te beperken: groeperen van bepaalde modules,

8. HR 20 november 1981, LJN AG4267 (Holleman/De Klerk), waarover T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

9. J.G.J. Rinkes, *Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht*, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 161-164.

10. Zie in het kader van b2c-verhoudingen R.H.C. Jongeneel, *De grijze lijst*, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 277-279 onder verwijzing naar W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (invoering boeken 3, 5 en 6)*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1684 (MvA I Inv.), alwaar wordt opgemerkt dat wijzigingsbedingen in beginsel geldig zijn, maar aan art. 6:233 sub a BW kunnen worden getoetst en de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging ‘in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid moet worden uitgeoefend’, bij de beoordeling waarvan mede van belang zal zijn ‘of de wijziging ter kennis is gebracht van de wederpartij, alsmede bijvoorbeeld op welke wijze en wanneer dit is geschied’, alsmede T.J. de Graaf, *SER-model internettoegang kritisch bekeken*, *Computerrecht* 2008-3, p. 96.

11. <www.ictoffice.nl/index.shtml?id=6426>.

per groep de grootste gemene deler nemen en die bij wijze van algemene bepalingen vooraf laten gaan aan de desbetreffende groepen. Met wat goede wil vallen veel van de modules te kwalificeren als diensten, voor een groot deel ook als overeenkomsten van opdracht in de zin van artikel 7:400 e.v. BW. Als we die groep onderbrengen in een nieuw onderdeel Diensten, dan kunnen, voorafgaand aan de unieke bepalingen voor iedere dienst, als algemene bepalingen bijvoorbeeld worden opgenomen (in afwijking van het regelende recht dienaangaande): (1) er is slechts sprake van een inspanningsverbintenis (art. 7:401 BW, RBC/Brinkers¹² en Breikant¹³), (2) leverancier is niet gehouden bij de uitvoering gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen (art. 7:402 lid 1 BW), (3) de dienst hoeft niet door één bepaalde persoon te worden verricht (art. 7:404 BW), enzovoort. Dat scheelt een hoop herhaling.

Voor de echte fans van de gelaagde structuur kunnen er zelfs nog tussengroepen worden opgenomen voor bijvoorbeeld ontwikkeling van programmatuur en ontwikkeling van een website. Er zijn genoeg gemeenschappelijke bepalingen te bedenken die een zodanige tussengroep zouden rechtvaardigen. Concreet leidt dit tot de volgende opzet: 1 Diensten gemeenschappelijke bepalingen, 1.A Ontwikkeling gemeenschappelijke bepalingen, 1.A.1 Ontwikkeling van programmatuur, 1.A.2 Ontwikkeling van een website, 1.B Onderhoud gemeenschappelijke bepalingen, 1.B.1 Onderhoud van programmatuur, 1.B.2 Onderhoud van een website, 1.B.3 Onderhoud van apparatuur, enzovoort.

Mocht tijdens het uitvoeren van die exercitie blijken dat er te weinig specifiek overblijft om bijvoorbeeld te rechtvaardigen dat er een aparte subcategorie is voor de ontwikkeling van programmatuur én een aparte subcategorie voor de ontwikkeling van een website, dan zouden die subcategorieën kunnen worden geschrapt en bij samenvoeging de websitespecifieke elementen in de module ontwikkeling van programmatuur kunnen worden verwerkt. Overigens zie ik zo veel herhaling in die twee modules en zo weinig website-specifiek, dat de website-module wat mij betreft kan worden geschrapt en in andere modules worden ondergebracht. Het voorgaande doet mij vermoeden dat voor sommige branches in de ICT 'eigen' modules zijn bedacht, hoewel daar geen (juridische) noodzaak voor is. Ik kan me voorstellen dat de voorwaarden daarmee beter aan de 'achterban' kunnen worden 'verkoch't', vanuit juridische optiek levert het echter (node-loos) veel herhaling op.

2.3 Gevaren van herhaling

Herhaling is niet alleen hinderlijk, maar soms ook gevaarlijk. Zodra iets moet worden herhaald, bestaat immers de neiging het te herhalen gedeelte te verkorten en/of anders te formuleren. Neem bijvoorbeeld een leverancier die met

een afnemer de modules 2 (ontwikkeling van programmatuur) en 5 (ontwikkeling en onderhoud van een website) is overeengekomen en vervolgens programmatuur, alsmede een website voor de afnemer ontwikkelt. Beide modules kennen verschillende regimes voor het oplossen van fouten tijdens de garantieperiode. Ingevolge de programmatuurmodule dient de leverancier de fout te herstellen voor zover de programmatuur daardoor substantieel niet voldoet aan de tussen partijen schriftelijk overeengekomen functionele of technische specificaties (art. 11.2 jo. art. 5.3 module 2). De website-module voegt daaraan toe dat de leverancier soortgelijke fouten dient te herstellen voor zover de fouten aan hem toerekenbaar zijn (art. 10.3 jo. art. 5.3 module 5). Betekent dat dat de bewijslast met betrekking tot de (niet-)toerekenbaarheid op de leverancier rust als de programmatuurmodule, en op de afnemer als de website-module van toepassing is? Ik vraag me af of hier bewust voor twee verschillende regimes is gekozen of dat dit een onbedoeld gevolg is van de 'iedere branche z'n eigen module'-gedachte. Hoe het ook zij, duidelijk is in ieder geval dat de juridische bescherming van de leverancier beter zou zijn gediend (of op z'n minst het de duidelijkheid ten goede zou zijn gekomen) als beide fouterstelselregimes in beide modules beter op elkaar zouden zijn afgestemd of, beter nog, in een overkoepelende algemene module zouden zijn opgenomen.

Nu we het toch over herhaling hebben, teneinde de omvang te beperken zou ook kritisch gekeken kunnen worden naar het gebruik van de woorden 'tenzij schriftelijk anders overeengekomen' en woorden van soortgelijke strekking. Ik vraag me af hoe zinvol het is de zoveelste bepaling voor de zoveelste keer te laten beginnen met de woorden 'tenzij schriftelijk anders overeengekomen'. Ik weet wel dat dat soort zinsneden vaak wordt toegevoegd om aan te geven dat van die bepaling in de praktijk in een voorkomend geval wordt afgeweken en dat de desbetreffende bepaling daarmee een minder absoluut karakter krijgt. Er valt echter ook veel voor te zeggen dit op een algemener niveau te regelen door bij wijze van *boiler plate* in algemene zin te bepalen dat van de bepalingen in de overeenkomst slechts schriftelijk uitdrukkelijk kan worden afgeweken. Dan hoeven we ons ook geen zorgen te maken over het verschil tussen bijvoorbeeld 'tenzij schriftelijk anders aangegeven' (art. 2.1), 'behoudens indien uitdrukkelijk anders is vermeld' (art. 2.2) en 'uitdrukkelijk en schriftelijk' (art. 8.1) en hetgeen afnemers uit die verschillen *a contrario* afleiden en misschien zelfs ook mogen afleiden.

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

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

2.4 Samenloop en rangorderegeling

Aannemende dat een website als programmatuur te kwalificeren is,¹⁴ kan in het zojuist omschreven voorbeeld ook een samenloopprobleem ontstaan. De aard van de fout zal bepalen op welke module de leverancier een beroep zal willen doen zodra zich een fout in de website openbaart en de afnemer onder de 'garantie' claimt. Degenen die menen dat een specifieke regeling altijd prevaleert boven een algemene regeling en om die reden de specifieke regeling in de websitemodule per definitie prevaleert boven de algemene(re) regeling in de programmatuurmodule, zij verwezen naar het Vos/Heipro-arrest.¹⁵ In dat arrest besliste de Hoge Raad:

'De regel (...) 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 (...) in aanmerking kan worden genomen.

De reden dat ik deze uitspraak hier aanhaal, is niet dat ik het oneens ben met de conclusie dat de website-module in het bewuste geval moet prevaleren, integendeel, maar vooral om nog eens het belang van een goede rangorderegeling te onderstrepen teneinde discussies zoals deze te voorkomen. Opvallend in de rangorderegeling in de voorwaarden is dat wel wordt bepaald dat – kort gezegd – bij strijd tussen de algemene module en een specifieke module, de specifieke module prevaleert (art. 1.2), maar niet wat geldt bij strijd tussen de specifieke modules onderling. Wat geldt bijvoorbeeld voor de leverancier die tijdens een training (module 8) de deelnemers onjuist adviseert (module 9)? Handelt de leverancier in strijd met zijn verplichting zich naar beste kunnen in te spannen de opleiding met zorg uit te voeren (art. 3.1 module 8) of kan hij proberen zich te verschuilen achter de bepaling dat het gebruik van het afgegeven advies steeds voor rekening en risico komt van de afnemer (art. 2.9 module 9)? Dat soort vragen zouden minder snel rijzen als er een rangorderegeling zou gelden voor strijd tussen bepalingen in de specifieke modules en zouden misschien wel helemaal niet worden gesteld als de bepaling over het gebruik van het advies (art. 2.9 modules 9) in een overkoepelende diensten-module zou zijn opgenomen.

Genoeg over de vorm, op naar de inhoud.

14. Beweren dat websites geen programmatuur zijn, zou niet opportuun zijn voor leveranciers die wel modules 2 (ontwikkeling van programmatuur) en 3 (onderhoud van programmatuur), maar niet module 5 (ontwikkeling en onderhoud van een website) met de afnemer zijn overeengekomen en die toch eens een keer een website ontwikkelen. Aannemen dat websites geen programmatuur zijn, zou voor die leveranciers betekenen dat zij noch bescherming kunnen ontfangen aan de programmatuur-modules noch aan de website-module.

15. HR 13 juni 2003, LJN AF 5538 (Vos/Heipro).

3. Aansprakelijkheid

3.1 Directe schade

ICT~Office breekt met het verleden door niet langer de roemruchte limitatieve opsomming van directe schade op te nemen, maar te volstaan met aansprakelijkheidsbeperkingen voor directe schade in algemene zin (art. 12.1). Dat is een belangrijke verbetering voor de afnemer, zij het dat aansprakelijkheid voor de meest voorkomende en hoogste schadeposten, waaronder indirecte en gevolgschade, nog steeds wordt uitgesloten (art. 12.3). Degene die zich wil verdiepen in het onderscheid tussen directe, indirecte en gevolgschade zij verwezen naar het lezenswaardige artikel van Tjong Tjin Tai over die schadeposten.¹⁶

3.2 Cap per event of global cap

Interessant is dat de eerste trap van de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade (tot de bedongen prijs) voorheen betrekking had op 'aansprakelijkheid van leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming' (art. 10.1 FENIT), terwijl zij thans betrekking heeft op 'aansprakelijkheid van leverancier wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming' (art. 12.1, cursivering TG).¹⁷ Uit beide bepalingen blijkt dat de bewuste aansprakelijkheidsbeperking ziet op contractuele aansprakelijkheid als rechtsgrond van aansprakelijkheid. Als men echter in de nieuwe voorwaarden het toegevoegde woord 'een' mag lezen als 'één', dan geldt de bewuste aansprakelijkheidsbeperking ineens als aansprakelijkheidsbeperking per gebeurtenis (*cap per event*). Dat zou een aanzienlijke verruiming van aansprakelijkheid tot gevolg hebben. Onder de FENIT zag die aansprakelijkheidsbeperking immers op alle gebeurtenissen tezamen (*global cap*). Een voorbeeld moge dit verschil verduidelijken. Bij een bedongen prijs van € 100.000 en twee schadeveroorzakende gebeurtenissen met elk € 75.000 aan directe schade, zou een *global cap* tot een schadevergoeding van maximaal € 100.000 leiden en een *cap per event* tot een schadevergoeding van maximaal € 150.000.

3.3 Parallelsprong

In mijn eerdere besprekingen van de FENIT-voorwaarden wees ik op een mogelijkheid bepaalde exoneraties door middel van een parallelsprong¹⁸ te omzeilen.¹⁹ Die mogelijkheid bestaat uit het combineren van Hartkamps meningen over de werkingssfeer van exoneraties en samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. Deze meningen luiden als volgt.

Hartkamp betoogt dat als de exoneratie niet duidelijk aan geeft dat zij ook op buitencontractuele aansprakelijkheid

16. T.F.E. Tjong Tjin Tai, Directe schade in het contractenrecht, MvV 2007, p. 226-231.

17. Met dank aan Merijn Seelt voor het aanreiken van deze gedachte tijdens een NVVIR-bijeenkomst over de nieuwe ICT~Office-voorwaarden.

18. Een parallelsprong is een actie uit onrechtmatige daad tegen een contractuele wederpartij. Zie voor de blokkering van de parallelsprong in het zeerecht art. 8:362 BW.

19. De Graaf 2004, p. 11-20 en later T.J. de Graaf, Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, p. 76-79.

(met name onrechtmatige daad) betrekking heeft, de exoneratie uitsluitend betrekking heeft op contractuele aansprakelijkheid.²⁰ Hartkamp schrijft verder over samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad dat in geval van wanprestatie in beginsel artikel 6:162 e.v. BW *niet* van toepassing zijn (exclusiviteit), maar als ‘een handeling waardoor een verbintenis wordt geschonden tevens een onrechtmatige daad oplevert die niet uitsluitend bestaat in de schending van de desbetreffende verbintenis (...)’ die wanprestatie opleverende handeling *tevens* als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd waarop artikel 6:162 e.v. BW *mel* van toepassing zijn.²¹ Hartkamp noemt daarbij het voorbeeld dat de schuldenaar uit hoofde van een overeenkomst een zaak onder zich heeft en die zaak beschadigt. De gelaedeerde kan dan kiezen of hij uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad ageert (alternativiteit).

Het combineren van Hartkamps meningen levert een mogelijkheid op door uitleg twee soorten exoneraties te omzeilen: de exoneratie die uitsluitend ziet op wanprestatie en de exoneratie die niet uitdrukkelijk ook betrekking heeft op onrechtmatige daad. Zodanige exoneraties kunnen worden omzeild als sprake is van wanprestatie en de daaraan ten grondslag liggende handeling tevens een onrechtmatige daad oplevert die niet uitsluitend bestaat uit de wanprestatie (ofwel: onafhankelijk van de wanprestatie onrechtmatig is²²).

Een op de ICT-praktijk geënt voorbeeld moge dit verduidelijken. Een ICT-adviseur begaat een beroepsfout, te weten een handelen of nalaten dat niet voldoet aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden.²³ Stuurman en Michiels van Kessenich-Hoogendam nemen aan dat een toerekenbare tekortkoming bestaande uit een beroepsfout vrijwel altijd een onrechtmatige daad oplevert.²⁴ Als de desbetreffende beroepsfout inderdaad een onrechtmatige daad oplevert en die onrechtmatige daad niet uitsluitend als wanprestatie kwalificeert, dan zijn volgens de hiervoor uiteengezette redenering een exoneratie die uitsluitend ziet op wan-

prestatie en een exoneratie die niet uitdrukkelijk ook betrekking heeft op onrechtmatige daad niet van toepassing. De bewuste adviseur die zich alleen op dat soort exoneraties kan beroepen, is in die gevallen onbeperkt aansprakelijk voor de door zijn beroepsfout veroorzaakte schade.

3.4 Parallelsprong en directe schade

Die redenering leek te kunnen worden toegepast op de exoneratie voor directe schade opgenomen in artikel 10.1 FENIT, met als gevolg dat de leverancier die een beroepsfout beging onder het regime van de oude voorwaarden onbeperkt aansprakelijk was voor directe schade. Dat parallelsprong-gat is in de nieuwe voorwaarden gedicht. Nu bepaalt artikel 12.1 immers: ‘De totale aansprakelijkheid van leverancier wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst *of uit enige andere hoofde*, is beperkt tot (...)’ en even verderop: ‘In geen geval zal de totale aansprakelijkheid van leverancier voor directe schade, *uit welke hoofde dan ook*, echter meer bedragen dan € 500.000 (...)’ (cursivering TG). De woorden ‘uit enige andere hoofde’ en ‘uit welke hoofde dan ook’ laten blijken dat de in dat artikel opgenomen exoneraties van toepassing zijn, ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid is gebaseerd.

3.5 Parallelsprong en schade door dood, lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken

Interessant is dat het parallelsprong-gat weliswaar is gedicht bij de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade, maar net als in artikel 10.2 FENIT, in artikel 12.2 van de nieuwe voorwaarden is blijven bestaan ten aanzien van de aansprakelijkheidsbeperking voor schade door dood, lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken tot in totaal € 1.250.000. Daar kan tegenin worden gebracht dat artikel 12.2 bepaalt dat de aansprakelijkheid voor deze schadesoorten blijktens dat artikel ‘nimmer meer’ bedraagt dan € 1.250.000 en dat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat deze aansprakelijkheidsbeperking geldt ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd. Met die redenering ben ik het niet eens. In artikel 12.1 wordt bij de aansprakelijkheidsbeperking tot € 500.000 gesproken over ‘uit welke hoofde dan ook’, in artikel 12.2 over ‘nimmer meer’. Het eerste betekent mijns inziens hetzelfde als ‘ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd’, het tweede (in dit geval) niet. Ik kom tot die conclusie op grond van de volgende argumenten.

Ten eerste, in artikel 12.1 wordt bij de aansprakelijkheidsbeperking tot € 500.000 gesproken over ‘in geen geval (...) uit welke hoofde dan ook’ en in artikel 12.2 alleen over ‘nimmer meer’. Kennelijk wordt met de op elkaar lijkende woorden ‘in geen geval’ en ‘nimmer meer’ iets anders bedoeld dan met de woorden ‘uit welke hoofde dan ook’. Anders zou er geen noodzaak zijn geweest de tekst van de oude voorwaarden (waar in art. 10.1 alleen de woorden ‘in geen geval’ worden gebruikt) aan te vullen met de woorden ‘uit welke hoofde dan ook’.

20. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet, Deventer: Kluwer 2006, nr. 11 onder verwijzing naar HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 (Gemeente Groningen/erven Zuidema) en onder vermelding dat de rechtspraak zich doorgaans op het standpunt stelt dat een exoneratie zowel op contractuele als op buitencontractuele aansprakelijkheid betrekking heeft. Zie in gelijke zin als die rechtspraak H.B. Krans, Schadevergoeding bij wanprestatie (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 63.
21. Hartkamp 2006, nr. 9 en de daar opgenomen jurisprudentie.
22. B.T.M. van der Wiel in: Onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 9 bij samenloop van de vorderingen uit onrechtmatige daad en de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (bij t/m 1 juli 2002).
23. Hof Den Haag 8 maart 1984, Computerrecht 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, Computerrecht 1986-3, p. 174 en Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, Computerrecht 2001-6, p. 315 (Breikant).
24. C. Stuurman, Aansprakelijkheid en automatisering: de positie van de adviseur, Lelystad: Vermande 1986, p. 32 en I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten (Studiepockets privaatrecht nr. 11), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15.

Ten tweede, met de woorden ‘in geen geval’ wordt in artikel 12.1 bij de aansprakelijkheidsbeperking tot € 500.000 tot uitdrukking gebracht dat die beperking geldt, ook al wordt op grond van een andere aansprakelijkheidsbeperking in beginsel een hoger bedrag vergoed. In dit geval sorteert de beperking tot € 500.000 effect op het moment dat op grond van de daaraan voorafgaande aansprakelijkheidsbeperking tot de bedongen prijs het aansprakelijkheidsmaximum hoger is dan € 500.000. In feite gaat het dan om een dakpansgewijze bescherming. Met andere woorden, als de bedongen prijs € 750.000 bedraagt (eerste trap), is het aansprakelijkheidsmaximum toch € 500.000 (tweede trap). Het ligt voor de hand dat de woorden ‘nimmer meer’ in artikel 12.2 op soortgelijke wijze geïnterpreteerd moeten worden als de daarop lijkende woorden ‘in geen geval’ in artikel 12.1. Probleem bij de redenering is dat er in artikel 12.2 zelf geen eerste trap is opgenomen, waardoor een tweede trap van € 1.250.000 noodzakelijk is. Geen nood, een eerste trap kan ergens anders worden gevonden. Betoogd kan worden dat zodra de aansprakelijkheid voor schade door dood, lichamenlijk letsel of wegens materiële beschadiging als directe schade in de zin van artikel 12.1 kwalificeert, de eerste trap de bedongen prijs is en dat de tweede trap van € 500.000 in artikel 12.1 in dat geval vervangen wordt door de tweede trap van € 1.250.000 in artikel 12.2. Echter, net zo goed kan worden betoogd dat de eerste trap in artikel 12.1 niet geldt voor de schadesoorten genoemd in artikel 12.2, omdat met artikel 12.2 een afzonderlijke regeling in het leven is geroepen die artikel 12.1 voor de schadesoorten in het geheel vervangt. Ik geef toe, deze nadere analyse leert dat dit tweede argument niet erg krachtig is. In ieder geval is gebleken dat de verhouding tussen artikel 12.1 en 12.2 niet erg duidelijk is. Hieruit kan natuurlijk weer een *contra proferentem*-argument worden geput, maar dat is wel wat flauw.

Ten derde, de woorden ‘in geen geval’ kunnen ook worden geïnterpreteerd als vangnetbescherming voor als een beroep op een andere exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Neem bijvoorbeeld een afnemer die zaken van de leverancier huurt. Als die zaken gebrekkig zijn, door die gebreken schade wordt veroorzaakt aan andere zaken van de afnemer en de leverancier die gebreken niet kende bij het aangaan van de huurovereenkomst, dan is de leverancier voor die zaakschade ingevolge artikel 10.1 module 12 (Verhuur van ICT-, telecommunicatie- en kantoorapparatuur) niet aansprakelijk. Stel dat die aansprakelijkheidsuitsluiting in artikel 10.1 module 12 terzijde wordt geschoven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), dan kan de leverancier zich, aldus deze redenering, beroepen op de vangnetbescherming van artikel 12.2 Algemene bepalingen teneinde zijn aansprakelijkheid alsnog tot € 1.250.000 te beperken.

3.6 Parallelsprong en indirecte schade of gevolgschade

Nog interessanter is dat de afnemer die probeerde door middel van een parallelsprong de aansprakelijkheidsuitsluiting voor andersoortige schade dan directe schade (indirecte schade, gevolgschade, enz.) te omzeilen in artikel 10.3 FENIT de pas werd afgesneden door de in dat artikel opgenomen woorden ‘uit welken hoofde dan ook’, terwijl die woorden niet meer voorkomen in het soortgelijke nieuwe artikel 12.3. Daarmee staat de deur open voor de afnemer die door middel van een parallelsprong voornoemde aansprakelijkheidsuitsluiting naast zich neer wenst te leggen.

3.7 Parallelspringers de pas afsnijden

Als men het eens is met vorenstaande redeneringen, dan komt men tot de conclusie dat het parallelsprong-gat ten aanzien van directe schade is gedicht, het parallelsprong-gat ten aanzien van schade door dood, lichamenlijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken in stand is gebleven en, erger nog, een parallelsprong-gat ten aanzien van indirecte schade, gevolgschade, enzovoort is ontstaan.²⁵ Aannemende dat ICT~Office de parallelspringer voor alle soorten schade de pas wil afsnijden, had zij er mijns inziens beter aan gedaan aan het einde van het aansprakelijkheidsartikel een generieke bepaling toe te voegen waarmee alle parallelsprongen worden tegengegaan. Wat men ook vindt van vorenstaande parallelsprong-redeneringen, het opnemen van zo’n generieke bepaling had in ieder geval een hoop discussie voorkomen.

3.8 Garanties vs. exoneraties en overmacht

Nieuw is de toevoeging dat de eerste trap van de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade in artikel 12.1 (tot het bedrag van de bedongen prijs) niet alleen geldt ‘uit welken hoofde dan ook’, maar dat onder ‘uit welken hoofde dan ook’ uitdrukkelijk ook wordt begrepen ‘iedere tekortkoming in de nakoming van een met cliënt overeengekomen garantieverplichting (...)’. Eerder heb ik uiteengezet dat sommige schrijvers²⁶ van mening zijn dat een specifieke garantie prevaleert boven een algemene exoneratie (en de leverancier bij schending van een garantie dus ondanks zijn exoneratie onbeperkt aansprakelijk is) en dat

25. De woorden ‘uit welken hoofde dan ook’ (waarmee de parallelsprong wordt tegengegaan) komen overigens ook niet voor in de aansprakelijkheidsgedeelten van art. 9.5, art. 7.3 module 4 (ASP, SaaS en computerservice), art. 11.1 module 5 (Ontwikkeling en onderhoud van een website), art. 4.2 module 6 (Webhosting), art. 7.2 module 7 (Detacheringsdiensten), art. 10.1 module 12 (Verhuur van ICT- telecommunicatie- en kantoorapparatuur), art. 3.5 module 13 (Onderhoud van ICT-, telecommunicatie- en kantoorapparatuur), art. 5.2 module 14 (Toegang tot internet), art. 3.3, 4.3, 5.1 en 7.1 module 15 (Telecommunicatiediensten). Ten aanzien van die artikelen kan *mutatis mutandis* de hiervoor omschreven parallelsprongredenering worden toegepast.

26. Zie onder andere Brunner in zijn noten onder HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289 (Maassluis) en HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 (Gerards/Vijverberg), alsmede M.M. van Rossum, Rechtskarakter van een garantie, M.A.J.G. Janssen, Rechtsgevolgen van een garantie, en P.E.M. Klein, Garantie en conformiteit, alle in: M.M. van Rossum e.a., Garanties in de rechtspraak (Serie Recht en Praktijk nr. 20), Deventer: Kluwer 2002, p. 40-41, 250-252 resp. 38.

de Hoge Raad²⁷ de mogelijkheid heeft geopend impliciete garanties in overeenkomsten te lezen teneinde de verborgen-gebrekenregeling in het oude Burgerlijk Wetboek te omzeilen.²⁸ Vervolgens heb ik betoogd dat expliciete en impliciete garanties niet prevaleren boven exoneraties en dat dat alleen zo is als partijen dat uitdrukkelijk overeenkomen.²⁹ ICT~Office heeft deze discussie begrijpelijkerwijs in de kiem willen smoren door uitdrukkelijk te bepalen dat de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade ook kan worden ingeroepen als een garantie wordt geschonden.

Ook in dit geval is die specifieke bepaling (dat exoneraties ook gelden als garanties worden geschonden) niet tot generieke regel verheven. Dat heeft onder andere tot gevolg dat men zich gaat afvragen wat geldt als een exoneratie in de voorwaarden niet wordt gevolgd door de woorden 'daaronder uitdrukkelijk ook begrepen iedere tekortkoming in de nakoming van een met cliënt overeengekomen garantieverplichting'. Dat is het geval bij de tweede trap van de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade (tot € 500.000), die gek genoeg voor komt in hetzelfde artikel 12.1 waar een paar zinnen eerder in de eerste trap nog wel uitdrukkelijk is bepaald dat zij ook geldt als garanties worden geschonden. Mag hieruit *a contrario* worden afgeleid dat als de leverancier een garantie schendt, de eerste trap wel geldt, maar de tweede niet? Het antwoord op die vraag wordt met name interessant bij schending van een garantie als de bedongen prijs hoger is dan € 500.000, bijvoorbeeld € 750.000. Als in dat geval de tweede trap wel geldt, dan is de schadevergoedingsplicht gemaximeerd tot € 500.000. Als in dat geval de tweede trap echter *niet* geldt, dan is de schadevergoedingsplicht gemaximeerd tot € 750.000. Hier ben ik van mening dat de tweede trap wel blijft gelden, omdat garanties mijn inziens, zoals gezegd, alleen prevaleren boven exoneraties als dat met zoveel woorden is bepaald. En toch word ik wel weer verleid de *a contrario*-redenering toe te passen. Net als bij de parallelsprong ben ik ook hier van mening dat dit soort discussies beter voorkomen kunnen worden door het opnemen van een generieke bepaling, in dit geval over de verhouding tussen garanties en exoneraties.

Tot slot zij over garanties opgemerkt dat, hoewel aan het begrip 'garantie' geen vaste betekenis toekomt,³⁰ de wetgever en Hartkamp/Sieburgh van een 'normaalttype' garantie spreken, te weten een resultaatsverbintenis die in die zin is versterkt, dat bij schending van die verbintenis de garant zich (in beginsel) niet op overmacht kan

beroepen.³¹ In dat kader is vermeldenswaardig dat artikel 13.1 nu uitdrukkelijk (en gelukkig nu wel in algemene zin) bepaalt dat de leverancier zich ook bij schending van een garantie op overmacht mag beroepen.

3.9 Vrijwaringen vs. exoneraties

Een belangrijke vraag is hoe vrijwaringen zich verhouden tot exoneraties. Heeft een vrijwaring tot gevolg dat de ingevolge de vrijwaring te vergoeden schade niet onder de exoneratie valt? Artikel 12.1 bepaalt nu dat de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade tot het bedrag van de bedongen prijs van overeenkomstige toepassing is op de vrijwaringsverplichting van de leverancier ten aanzien van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden (zie art. 8.5). Als het antwoord op mijn eerdere vraag luidt dat vrijwaringen prevaleren boven exoneraties, dan gaat de leverancier er ten opzichte van de oude voorwaarden op vooruit (en de afnemer erop achteruit).

Gezien het feit dat ook hier een generieke bepaling over, in dit geval, de verhouding tussen exoneraties en vrijwaringen ontbreekt, rijzen twee vragen. Ten eerste, wat voor gevolgen heeft het feit dat de aansprakelijkheidsbeperking in artikel 12.1 uitsluitend rept over de vrijwaring ter zake van inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten van derden voor vrijwaringen die niet in die aansprakelijkheidsbeperking worden genoemd (zoals de vrijwaring van leverancier voor alle vorderingen van de Belastingdienst en instanties voor de uitvoering van socialeverzekeringwetgeving die vanwege de overeenkomst met de afnemer verschuldigd zijn (art. 7.1 module 7 (Detacheringsdiensten)))? Ten tweede, betekent een en ander dat de overige exoneraties, waaronder de aansprakelijkheidsbeperking in de tweede trap (art. 12.1) en de aansprakelijkheidsuitsluiting voor indirecte schade, gevolgschade enzovoort (art. 12.3), niet van toepassing zijn op de ingevolge beide vrijwaringen (IE-rechten en Belastingdienst/sociale zekerheid) te vergoeden schade? Eerlijk gezegd moet ik het antwoord op beide vragen op dit moment schuldig blijven. De verhouding tussen exoneraties en vrijwaringen is naar mijn weten een nog onontgonnen terrein, dat vermoedelijk ontgonnen zal gaan worden met als obligaat vertrekpunt dat het woord 'vrijwaring' net als het woord 'garantie' geen vaste betekenis heeft, maar door uitleg betekenis moet worden gegeven.

Wel zij terzijde opgemerkt dat het in de praktijk niet ongebruikelijk is dat leveranciers akkoord gaan met clausules waarin uitdrukkelijk is bepaald dat exoneraties niet van toepassing zijn in geval van schending van intellectuele eigendomsrechten van derden. Leveranciers doen dat zelfs ondanks het feit dat aanspraken voor schade geleden door inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten van derden in een beroepsaansprakelijkheidsverzekering

27. HR 27 juni 1941, NJ 1941, 781 (Verse Koe), HR 10 mei 1963, NJ 1963, 288 (Vouwaparaat), HR 1 december 1972, LJV AB6718 (Hogerheide/Olivetti) en HR 9 oktober 1992, LJV AC0707/0710 (Maassluis).

28. De Graaf 2006, p. 92-100.

29. De argumenten waarop mijn betoog is gestoeld, zal ik hier, omwille van de lengte van deze bijdrage, niet herhalen. De lezer zij korthedshalve verwezen naar De Graaf 2006, p. 100-110.

30. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catherijne) voor de begrippen 'instaan voor' en HR 4 februari 2000, LJV AA4728 (Mol/Meijer) voor het begrip 'garantie'.

31. C.J. van Zeven, J.W. du Pon en M.M. Olthof, Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981, p. 262 (MvA II) en 264 (TM) en A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I*. De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2006, nr. 21 en 362.

(BAV) doorgaans van dekking worden uitgesloten.³² Hoewel de afnemersvriendelijke BiZa-contracten eenzijdig zijn ten gunste van de afnemer (zoals ook de leveranciersvriendelijke ICT~Office-voorwaarden eenzijdig zijn ten gunste van de leverancier), verwijs ik toch volledigheidshalve naar artikel 8.5 sub c BiZa-licentieovereenkomst, waar met zoveel woorden wordt bepaald dat de aansprakelijkheidsbeperkingen komen te vervallen in geval van schending van intellectuele-eigendomsrechten.

3.10 Grove schuld leidinggevenden vs. bewuste roekeloosheid bedrijfsleiding

Eerder heb ik betoogd dat de oude voorwaarden niet bij de tijd waren door te bepalen dat exoneraties komen te vervallen indien en voor zover schade het gevolg is van opzet of grove schuld van leverancier of diens leidinggevenden, zie bijvoorbeeld artikel 10.4 in de oude voorwaarden.³³ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat een beroep op een exoneratie alleen per definitie onaanvaardbaar is indien en voor zover sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (= subjectiever dan grove schuld) van leverancier of diens bedrijfsleiding (= hoger in de boom dan leidinggevenden).³⁴ De nieuwe voorwaarden zijn op dat punt gelukkig weer bij de tijd. In bijvoorbeeld artikel 12.5 wordt bepaald dat de exoneraties komen te vervallen indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding van leverancier.

3.11 Back-to-back en paardensprong

Ook de bescherming tegen de paardensprong³⁵ is ten opzichte van de oude voorwaarden verbeterd. De regeling in de oude voorwaarden had kort gezegd tot gevolg dat als de leverancier de voorwaarden van een derde van toepassing verklaarde in de relatie tussen de leverancier en de afnemer, de voorwaarden van die derde in de relatie tussen leverancier en afnemer de FENIT-voorwaarden *in het geheel* vervingen (art. 27.1 en 31.1 FENIT). Als de voorwaarden van die derde geen zogeheten Himalaya-clausule bevatten zoals thans artikel 12.10 en toentertijd artikel 10.8 FENIT (de exoneraties 'gelden mede ten gunste van alle (rechts)personen waarvan leverancier zich bij de uitvoering van de overeenkomst bedient'), dan zou de hulp-

persoon noch diens werknemers door een exoneratie beschermd zijn tegen de afnemer die hen uit hoofde van onrechtmatige daad aanspreekt.³⁶

De nieuwe voorwaarden bepalen dat de voorwaarden van die derde *de afwijkende bepalingen* in de ICT~Office-voorwaarden buiten werking stellen (art. 12 module 1 licentie voor programmatuur en art. 7 module 11 verkoop van ICT-, telecommunicatie- en kantoorapparatuur en andere zaken) en dus niet integraal vervangen. Dat heeft onder andere tot gevolg dat als de voorwaarden van die derde geen Himalaya-clausule bevatten, de Himalaya-clausule in art. 12.10 van toepassing blijft en de derde en diens werknemers een exoneratie tegen de paardenspringende afnemer kunnen invoeren. Welke exoneratie kan worden tegengeworpen, hangt ervan af wiens exoneratie van toepassing is: die van de derde (back-to-back) of die uit de ICT~Office-voorwaarden.

In dat verband (en ook in andere situaties) spelen problemen met betrekking tot toepasselijkheid, terhandstellingsobliegenheit en inhouds- en uitoefeningstoetsing (zie hiervoor) en wat als afwijkend geldt. Die problemen laat ik hier buiten beschouwing, behalve dan dat ik ten aanzien van het eerste probleem wil opmerken dat de nieuwe voorwaarden (net als de oude) (voor de leverancier) gelukkig bepalen dat indien en voor zover de voorwaarden van de derde in de verhouding tussen leverancier en afnemer 'om welke reden dan ook geacht worden niet van toepassing te zijn of buiten toepassing worden verklaard', het bepaalde in de ICT~Office-voorwaarden onverkort geldt.

Voor de leverancier is ook gunstig dat het toepassingsbereik van de Himalaya-clausule is verruimd. Kon de leverancier onder het regime van de oude voorwaarden de Himalaya-clausule ingevolge artikel 10.8 'slechts' invoeren ten aanzien van de exoneraties in het aansprakelijkheidsartikel 10, in de nieuwe voorwaarden ziet de Himalaya-clausule op het aansprakelijkheidsartikel 12 en ook op 'alle andere beperkingen en uitsluitingen van aansprakelijkheid genoemd in deze algemene voorwaarden'.

Wel herhaal ik mijn eerdere kritiek dat de back-to-back-regeling met Himalaya- paardensprongbescherming net als bij de oude voorwaarden slechts in een beperkt aantal gevallen geldt, te weten (voor wat betreft de nieuwe voorwaarden) voor het in licentie geven van programmatuur van derden en het verkopen van apparatuur van derden (en dus niet voor andere producten of diensten van derden die worden doorgeleverd).³⁷ Dat komt doordat de back-to-backregeling alleen met zoveel woorden is opgenomen in module 1 en module 11. Ook valt op dat onder de oude voorwaarden de leverancier op die manier nog de programmatuuronderhoudsvoorwaarden van zijn toeleverancier back-to-back van toepassing kon verklaren in de relatie tussen leverancier en afnemer, terwijl onder de nieuwe voorwaarden die mogelijkheid niet meer (met zoveel woorden) gegeven is, omdat (anders dan in de oude

32. De Graaf 2006, p. 149.

33. De Graaf 2004, p. 18-19 en later De Graaf 2006, p. 28-43.

34. Zie bijv. HR 5 september 1997, NJ 1997, 63 (Gerling/Hanno), HR 31 december 1993, NJ 1993, 389 (Matatag/De Schelde of 'Serra') en HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (Stein/Driessen).

35. Een paardensprong is een actie uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een schadeveroorzakende derde (met name werknemer of hulppersoon) over het hoofd van de contractuele wederpartij heen. In het algemeen verbintenissenrecht biedt de wet uitsluitend de werknemer bescherming tegen de paardensprong, zie art. 6:257 BW. Zie voor de gestrande pogingen die bescherming ook tot hulppersonen uit te laten strekken C.J. van Zeven, J.W. du Pon en M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981, p. 964-966 (Eindverslag I) en W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (invoering boeken 3, 5 en 6), Deventer: Kluwer 1990, p. 1824-1826 (VW II Inv. en MvA I Inv.). Zie voor de blokkering van de paardensprong in het zeerecht art. 8:363 BW en voor de bewaarnemingsovereenkomst art. 7:608 BW.

36. De Graaf 2004, p. 19-20.

37. De Graaf 2004, p. 20.

voorwaarden) licentie en onderhoud van programmatuur in afzonderlijke modules zijn gesplitst en de back-to-backbepaling in de licentiemodule 1 te vinden is, maar niet in de onderhoudsmodule 3. Ook hier vraag ik me af waarom dit soort onderwerpen niet op een algemener niveau geregeld is.

4. Conclusie

Er valt veel te zeggen over de nieuwe ICT~Office-voorwaarden. Ik heb me beperkt tot het plaatsen van kritische noten bij de opbouw en de aansprakelijkheidsregeling.

Als positief voor de leverancier zijn te beschouwen: (1) het dichten van het parallelsprong-gat voor directe schade, (2) het hanteren van de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding (in plaats van opzet of grove schuld van leidinggevend), (3) het in algemene zin bepalen dat de leverancier zich ook bij schending van een garantie op overmacht mag beroepen en (4) de verbeterde back-to-back- en Himalaya-paardensprongbescherming.

Als voor de leverancier voor verbetering vatbaar beoordeel ik echter, wat de opbouw betreft: (1) het afzonderlijk overeen moeten komen van elke module (bij gebreke waarvan alleen de algemene module geldt en het dus wachten is op ongelukken), (2) het niet verder doorvoeren van gelaagdheid (waardoor herhaling, inconsistenties en gebrek aan bescherming op (kunnen) treden) en (3) de omvang van de voorwaarden. Met betrekking tot de aansprakelijkheidsregeling vind ik dat de volgende onderwerpen voor de leverancier beter hadden kunnen worden geregeld: (a) de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade tot de bedongen prijs (*cap per event* of *global cap*), (b) de parallelsprong voor schade door dood, lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken, alsmede (en belangrijker) voor indirecte schade, gevolgschade enzovoort (waar nu gaten blijven respectievelijk ontstaan), (c) de verhouding tussen garanties en exoneraties (hetgeen beter op een algemener niveau had kunnen worden geregeld), (d) de verhouding tussen vrijwaringen en exoneraties (hetgeen eveneens beter op een algemener niveau had kunnen worden geregeld) en (e) het beperken van de back-to-back- en Himalaya-paardensprongbescherming tot het in licentie geven van programmatuur en verkopen van apparatuur (hetgeen wederom beter op een algemener niveau had kunnen worden geregeld).

Al het voorgaande tegen elkaar afwegend, kom ik tot de conclusie dat de opbouw en de aansprakelijkheidsregeling in de nieuwe ICT~Office-voorwaarden uit het oogpunt van de leverancier belangrijke verbeteringen bevatten, maar voor hem ook beter hadden gekund. ■