

Contracten maken

Leren exoneren: een aantal gezichtspunten ten aanzien van het contractueel reguleren van aansprakelijkheid

Prof. mr. T.H.M. van Wechem*

1. Inleiding

Mederedactielid van dit tijdschrift Drion merkte in 1996¹ al op dat het opstellen van een overeenkomst een (onderbelicht) vak apart is. Een mening die ik volledig deel. Op universiteiten zijn mij geen specifieke curricula bekend – anders dan wat versplinterde keuzevakken – die zich specifiek richten op het systematisch leren opstellen en beoordelen van overeenkomsten. Zoals ik naar het thema opstellen en beoordelen van overeenkomsten kijk, is de te ontwikkelen vaardigheid een resultante van en een combinatie van veel gedaan hebben, ‘trial en error’, goed op de hoogte zijn van de relevante ontwikkelingen in het recht en in de rechtspraak, gecombineerd met een bepaalde mate van taalvaardigheid, commercieel inzicht (met name inzake de commerciële haalbaarheid van de beoogde afspraken), aangevuld met wat creativiteit. Kortom: een combinatie van diverse vaardigheden die zich niet van het ene op het andere moment laten ontwikkelen.

* Prof. mr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Corporate Legal Counseling aan de Open Universiteit, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en zelfstandig juridisch adviseur te Amsterdam.

1. C.E. Drion, (Internationale) contracten maken: een onderschat métier, in: Grensgevallen (Jonge Balie Congresbundel), 1996, p. 19 e.v. Zie over de overeenkomst in het algemeen: De Vries, De overeenkomst in het algemeen (Mon.BW nr. B54), 2016 en R.J.P.L. Tjittes, Commercieel Contractenrecht, Den Haag: Boom juridisch 2018.

In deze bijdrage wil ik mijn visie geven op de functie van een overeenkomst in b2b-relaties, en dan met name, en meer in het bijzonder, mijn visie op – wat ik zie – de kernbepaling uit dergelijke overeenkomsten: de wijze waarop de aansprakelijkheid wordt gereguleerd. Ik beoog met een systematische benadering de vragen te ordenen die naar mijn mening relevant zijn om het contract in overeenstemming te laten zijn met de beoogde partijbedoelingen. Ik pretendeer geen volledigheid noch (volledige) wetenschappelijke legitimatie: het betreft slechts mijn visie. Ik probeer her en der met wat ‘one-liners’ – die eenvoudig te onthouden zijn – regels te formuleren die voor de contractsopsteller of beoordelaar van nut kunnen zijn.

2. Contracteren = kwalificeren

2.1 Functie van de schriftelijke vastlegging

Ik zie de functie van een schriftelijke overeenkomst als tweeledig: (1) het boodschappenlijstje en (2) een mogelijkheid om juridische en economische risico's te alloceren. Voor het onder 1 genoemde, het boodschappenlijstje, hoeft er wat mij betreft geen jurist aan te pas te komen; sterker nog, bij voorkeur zelfs niet. Het is mijn ervaring dat partijen ‘op de werkvloer’ vaak prima in staat zijn om hun wensen in een voor hen begrijpelijk taalgebruik aan het papier toe te vertrouwen. Het grote voordeel van de benadering dat het eerste concept (voornamelijk of deels) door de opdrachtgever zelf wordt aangeleverd, is naar mijn mening dat de doelstelling van ieder contract zou dienen te zijn dat partijen zich conform hetgeen is afgesproken gaan gedragen.

Wanneer partijen zich meer in de gemaakte afspraken herkennen omdat het meer aansluit bij hun belevingswereld, is de kans dat zij zich aldus – in overeenstemming daarmee – gaan gedragen naar mijn mening namelijk groter dan in het geval waarbij een jurist in zijn – niet zelden wat ondoorgrondelijke – jargon de afspraken formuleert en partijen wellicht dan niet altijd in de gaten hebben wat de inhoud van de afspraken precies is. Evenmin sluit ik uit dat juristen zich vaak bedienen van ‘prefab’-clausules die niet helemaal op de betreffende situatie zijn toegesneden. Natuurlijk, de ene jurist is de andere niet, noch is de ene situatie de andere. Het punt dat ik wil maken is dat het mij is opgevallen dat partijen die een contract hebben afgesloten, zich wentelen in een vermeende zekerheid dat hun juridische positie afdoende is afgedekt, terwijl zij zich niet conform de gemaakte afspraken gedragen. Eerst wanneer het contract bij een conflict uit de bureaula wordt gehaald, komt men tot de ontdekking dat het er anders staat dan het de betreffende partij (wellicht) voor ogen stond.

In het verlengde hiervan raad ik contractsoptellers altijd aan om een uitgebreide ‘considerans’ op te stellen. Hoewel de considerans – vanuit juridisch perspectief beschouwd – ‘slechts’ een mogelijke richting aangeeft ten aanzien van de uitleg van afspraken wanneer daar onduidelijkheid over bestaat, is een andere functie van de considerans vaak onderbelicht.² De considerans kan namelijk de functie van *geuegensteun* vervullen. Het is niet zelden het geval dat, wanneer zich in verband met de gemaakte afspraken een conflict voordoet, partijen – veelal omdat het ook al weer enige tijd geleden is dat het contract is gesloten – zich de precieze ‘ins and outs’ niet meer voor ogen hebben staan. De considerans kan daarbij dan een belangrijke rol vervullen. Het is voor degene die een oordeel moet vellen over een mogelijke conflictsituatie, bijvoorbeeld een rechter, vaak plezierig als er een uitgebreide considerans in het contract aanwezig is. Het draagt zeker bij aan de mogelijkheid om – op een eenvoudige wijze – een goed eerste beeld over de situatie te kunnen vormen.

Wat is dan wél de functie van een jurist bij het begeleiden van het proces van het sluiten van de overeenkomst? Ik meen dat de jurist zich met name dient te richten op het alloceren van de juridische en economische risico’s. Wat mij betreft geldt als absolute hoofdregel bij het contractenrecht: contracteren is kwalificeren.³ Deze opmerking is eveneens tweeledig. Ik maak een onderscheid tussen (1) een juridische kwalificatie en (2) een logistiek juridische kwalificatie.

2.2 Juridische kwalificatie

Voordat met het opstellen of het beoordelen van een overeenkomst kan worden begonnen dient te worden vastgesteld wat het wettelijk speelveld is waarbinnen de afspraken worden gemaakt. Veelal wordt slechts gedacht dat zulks van belang is om vast te stellen of – en zo ja, welke – regels van dwingend recht gelden. Daar mogen

partijen immers niet van afwijken. Echter, wat lang niet altijd door partijen wordt onderkend, is dat een evenzo – zo niet groter – risico verscholen kan liggen in de regels van het regelende recht. Wanneer deze regels niet worden ‘weggecontracteerd’, dan worden ze in beginsel contractsinhoud. Dat ligt natuurlijk allemaal voor de hand, echter de praktijk is weerbarstig omdat het vaak voorkomt dat partijen in één prijsopgave diverse verschillende typen prestaties aanbieden waarvoor dan één prijs wordt betaald. Achteraf valt dan moeilijk vast te stellen wat rechtens is met betrekking tot gerezen geschillen.

Een voorbeeld ten aanzien van kwalificatie uit de praktijk. In het kader van het verhelpen van een lekkage aan een industriële installatie neemt partij A contact op met partij B. Deze laatste committeert zich – gezien de spoedeisendheid van de situatie – diverse materialen te leveren in verband met het verhelpen van de lekkage, maar ook tot levering van de mankracht om deze lekkage te herstellen. Partijen maken alleen afspraken over hetgeen dient te geschieden en over de daarvoor verschuldigde prijs. Nog dezelfde middag worden de materialen (pijpen en buizen) afgeleverd; de beoogde reparatiewerkzaamheden staan voor de volgende ochtend gepland. Als de reparateurs aankomen op de locatie, blijken de pijpen en materialen van de terreinen ontvreemd te zijn, een diefstal die partij A niet euvel kan worden geduid. Vraag: wie dient in dit geval de pijpen en buizen te betalen wanneer géén specifieke afspraken over de risico-overgang zijn gemaakt? Wanneer deze overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een koopovereenkomst met aanvullende dienstverlening, is het risico van de zaken overgegaan op het moment van aflevering aan partij A (artikel 7:10 Burgerlijk Wetboek (BW)). Echter wanneer deze overeenkomst zou worden gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk – de afspraak was dat de lekkage verholpen zou worden – dan kan dat volstrekt anders uitpakken (zie art. 7:758/7:759 BW). In beginsel gaat het risico van het opgeleverde werk dan eerst over ná het moment oplevering daarvan, in welk geval het risico voor partij B zou komen.⁴

Dit voorbeeld is simpel, maar wanneer de verdieping wordt opgezocht van ICT-contracten waarbij software, hardware en dienstverlening in de cloud worden geleverd, waarbij ook licentieafspraken worden gemaakt, is de kwalificatie geen sinecure. Het behoeft geen nader betoog dat zonder kwalificatie vooraf het volstrekt zinloos is om een overeenkomst op te stellen. Men dient eventuele verscholen risico’s ten aanzien van toepasselijke wetsbepalingen *vooraf* te ecarteren.⁵

2. Tjittes 2018, p. 309.

3. Vgl. H.B. Krans, Een oordeel over een beding in polisvoorwaarden: een ongelukkige uitkomst, NTBR 2019/10.

4. Vgl. Asser/Hijma 7-I* 2013/17 en 18.

5. Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, NJ 2012/293 (Beeldbrigade/Hulskamp). De kwalificatie van de overeenkomst als koop leidde er in die procedure toe dat de vordering van de koper uit hoofde van non-conformiteit van de software verjaard was.

2.3 Juridisch logistieke kwalificatie

Naast de juridische kwalificatie op inhoud ten aanzien van toepasselijke wetsregels dient ook een onderscheid te worden gemaakt tussen de gevallen waarbij een duuroelement in de overeenkomst ligt omsloten en/of de situatie dat in de verhoudingen tussen verschillende overeenkomsten sprake is van een raamovereenkomst versus de uit de raamovereenkomst voortvloeiende of daarmee samenhangende overeenkomsten.

Dit betreft keuzes die de contractopsteller van achter zijn bureau kan maken en welke keuzes min of meer zien op de wijze waarop het contract logistiek wordt vormgegeven. Een vraag die zich hierbij kan voordoen is wat het effect is van de ontbinding van één uit de raamovereenkomst voortgevloeide overeenkomst op de afdwingbaarheid en het continueren van de gemaakte afspraken onder de raamovereenkomst.⁶ Ook hier dient te worden opgemerkt dat de raamovereenkomsten veelal anders juridisch gekwalificeerd worden dan de daaruit voortvloeiende of samenhangende overeenkomsten. Bij het vaststellen van het risico en het aansprakelijkheids-potentieel dient hiermee derhalve rekening te worden gehouden door opname van bijvoorbeeld ‘cross default’-bepalingen, waarin vooraf gereguleerd wordt wat de gevolgen zijn, mocht een dergelijke situatie zich voordoen.

3. In gebreke stellen: alleen als er wat te herstellen valt

3.1 Plaatsbepaling van verzuim

Aansprakelijkheid van een van de contractspartijen wordt vaak gekoppeld aan vragen rond verzuim van de betreffende partij vanuit de gedachte dat er eerst verzuim⁷ dient te bestaan voordat de betreffende partij aansprakelijk kan zijn. Daarenboven wordt dan gedacht dat voordat er verzuim is ingetreden, eerst een ingebrekestelling⁸ dient te zijn uitgebracht. Een en ander natuurlijk behoudens een contractueel andersluidende voorziening. Voordat er dus iets contractueel geregeld kan worden over aansprakelijkheid, moeten eerst de regels over verzuim en dergelijke nader worden ingekaderd.

Laat ik vooropstellen: ik ben van mening dat het begrip ‘verzuim’ een rechtsfiguur betreft die volstrekt ‘overrated’ is. Bovendien is deze door zowel de wetgever⁹ als

de Hoge Raad¹⁰ op een onduidelijke wijze gepositioneerd. Wanneer ik het wettelijke systeem voor de doelstelling van deze bijdrage hanteerbaar wil maken, redeneer ik als volgt. Er zijn slechts twee manieren waarop contractuele afspraken geschonden kunnen worden. Te weten: de prestatie kan kwalitatief ten achter blijven of de prestatie kan temporeel ten achter blijven. Beide trajecten kunnen een andere route vereisen voordat tot aansprakelijkheid kan worden geconcludeerd. In een groot aantal dossiers lopen de problemen en de corresponderende vorderingen door elkaar: er is niet alleen te laat gepresteerd, maar ook gebrekkig.¹¹ Waar dient de figuur van verzuim te worden geplaatst?

3.2 Kwalitatief ten achter blijven

Wanneer – en dit is essentieel voor de contractopsteller of contractsbeoordelaar – er sprake is van een kwalitatief ten achter blijven van de toegezegde prestatie, dient eerst te worden vastgesteld welke rechtsovordering¹² de wederpartij kan instellen. De wederpartij kan overwegen om een vordering tot nakoming en/of een vordering tot schadevergoeding in te stellen, of de wederpartij kan kiezen om een vordering tot ontbinding en/of een vordering tot schadevergoeding in te stellen, of ‘slechts’ een vordering tot schadevergoeding.

Allereerst, voor de vordering tot *nakoming* is geen ingebrekestelling nodig. Alleen een verzoek daartoe, dat in beginsel vormvrij is, volstaat.¹³

Is voor *schadeplichtigheid* verzuim nodig? Voor de meeste schadetypen in beginsel niet. Uit het Hoge Raad-arrest Kinheim/Pelders¹⁴ valt namelijk te leren dat wanneer een schuldenaar die ondeugdelijk heeft gepresteerd nog de gelegenheid heeft alsnog deugdelijk na te komen, de mogelijkheid bestaat dat de schuldeiser ten gevolge van het gebrek in de aanvankelijk geleverde prestatie schade heeft geleden die hij niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was gepresteerd, en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen. Voor zover het *die* schade betreft, oordeelde de Hoge Raad dat in zoverre de tekortkoming dan niet voor herstel vatbaar is en de nakoming blijvend onmogelijk is in de zin van artikelen 6:74 en 6:81 BW.

Dit brengt mee dat definitief geleden schade die niet door het herstel wordt weggenomen en die niet zou zijn geleden als er aanstonds juist was gepresteerd, voor onmiddellijke vergoeding in aanmerking komt. Dat

worden nagekomen, en het betreft een blijvende onmogelijkheid. Artikel 6:83a BW zou wat ons betreft dus geschrapt kunnen worden zonder merkbaar effect.’

6. Zie over samenhangende overeenkomsten: Tjong, Tjin Tai, Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten (Mon BW nr. A 29), 2019, p. 21-27.
7. Art. 6:81 BW.
8. Art. 6:82 BW.
9. Zie E. van Wechem & Jac Rinkes, NJB 2018/739: ‘Wij begrijpen eigenlijk de positie van artikel 6:83a BW niet in het BW. Een prestatie kan ten achter blijven van de oorspronkelijke belofte omdat deze niet tijdig heeft plaatsgevonden of omdat deze kwalitatief niet aan de afspraak voldoet. Deze twee typen gebreken, interfereren in een groot aantal dossiers met elkaar. Als vaststaat dat er “te laat” is gepresteerd waarom zou er dan nog “verzuim” nodig zijn (...) Dat is ons inziens in het geheel niet nodig; er kan toch al niet meer vanaf dat moment tijdig

10. Zie T.H.M. van Wechem, Over verzuim en Sinterklazerij, HR 27 juni 2008 (C06/292HR; Mol/Moerings): een arrest met veel facetten voor de contractenrechtspartij, Contracteren 2009/1.
11. Zie bijv. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3144, met een indringende conclusie van A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2017:1164, waar – ondanks het expliciete verzoek daartoe van de A-G – de Hoge Raad niet verder op ingaat door nadere duidelijkheid te verstrekken.
12. Aantasting van de overeenkomst op grond van dwaling of een beroep op ‘nadeelcompensatie’ op grond van art. 6:230 lid 2 BW laat ik hierbij buiten beschouwing.
13. Vgl. bijv. art. 3:296, 7:21, 7:759 BW, enz.
14. HR 4 februari 2000, NJ 2000/258.

betekent dat alleen voor schade die in verband staat met de kosten van het herstel *verzuim* nodig is. Waar hierbij op gelet moet worden, is dat de herstellvordering een nakomingsvordering is, maar wanneer niet – na ingebrekestelling en na het intreden van verzuim – (alsnog) is nagekomen *de kosten* van herstel *als schade* kunnen worden gevorderd.¹⁵ Dus: verzuim – en in verband daarmee ingebrekestelling bij schadeplichtigheid – speelt alleen een rol bij de kosten van, of zo men wil de schadepost, herstel.

Veel contracten bevatten clausules waarbij eerst een schadeplichtigheid ontstaat nadat een mogelijkheid tot ‘remedy’ is geboden. Dergelijke clausules roepen in de uitwerking veel vragen op, omdat de Hoge Raad – zoals blijkt uit het hiervoor besproken arrest Kinheim/Pelders – schadeplichtigheid ‘framet’ in het leerstuk van de blijvende onmogelijkheid.

Een voorbeeld: stel, in het Rijksmuseum te Amsterdam heeft een installatiebedrijf een verwarmingsinstallatie aangelegd. Vanwege lekkage is een van de schilderijen van een van de Hollandse meesters beschadigd. De directeur van het Rijksmuseum heeft dit schilderij onmiddellijk – zonder daartoe het installatiebedrijf in gebreke te stellen – door een derde laten repareren. Vraag: kan het installatiebedrijf ter afwering van de rekening die door het Rijksmuseum wordt doorgezeten aan dat bedrijf zich verweren met de stelling dat het bedrijf niet schadeplichtig is omdat het niet in gebreke is gesteld en het verzuim niet is ingetreden onder het mom van: ‘wij hebben ook schilders in dienst en hadden het zelf kunnen repareren?’ Antwoord: natuurlijk niet, het betreft immers schade die niet zou zijn geleden als de verwarmingsinstallatie aanstonds juist had gefunctioneerd en welke schade (aan het schilderij) niet door het herstel van de installatie wordt weggenomen.

Wederom: voor schadeplichtigheid van de schuldenaar is in het merendeel van de praktijkgevallen *geen* verzuim nodig.

Is voor ontbinding verzuim nodig? Hoewel de meningen daarover zijn verdeeld, is het merendeel van de auteurs in de rechtsliteratuur van mening dat in de gevallen waarbij herstel van de initiële prestatie nog mogelijk is, de vraag of een overeenkomst ontbonden kan worden – ook wanneer er definitieve schade is geleden – eerst gesteld kan worden als de schuldenaar in verzuim is, hetgeen ook aansluit bij hoe ik naar dit onderwerp kijk. Dan geldt, wanneer er sprake is van een tekortkoming waarbij definitief geleden schade is veroorzaakt, dat er,

voor zover het de ontbindingsvraag¹⁶ betreft, in gebreke dient te worden gesteld.¹⁷

3.3 Temporeel ten achter blijven

Wanneer partijen een bindende afspraak hebben gemaakt over het tijdstip waarop er wordt nagekomen en deze afspraak wordt niet nagekomen, dan hoeft er evenmin in gebreke te worden gesteld. Volgens de wet treedt het verzuim dan van rechtswege in (art. 6:83 aanhef en onder a BW), althans als de termijn voor nakoming voldoende duidelijk is gedefinieerd. Zelf vind ik het logischer om dit gegeven ook te ‘framem’ via de gedachte van de blijvende onmogelijkheid. In gebreke stellen heeft geen nut meer: ook dan valt er immers niets meer te herstellen.

In het kader van het reguleren van aansprakelijkheidsposities binnen een overeenkomst dient – zoals ik het zie – eerst een onderscheid te worden gemaakt tussen de typen prestaties. Richt de prestatie zich op het kwalitatief nakomen van hetgeen is overeengekomen of richt de prestatie zich meer in het bijzonder op het op een bepaald tijdstip nakomen? Vaak zal het een combinatie van beide betreffen. Maar wat is rechtens als aan één of wanneer aan beide beloften niet is voldaan?¹⁸ Welke kaarten speelt men dan?

Voor zover het het recht op *schadevergoeding* betreft, kan de vordering tot schadevergoeding (mits er schade is geleden) in beide situaties onmiddellijk worden ingesteld. Als enige uitzondering op deze regel geldt dat wanneer er nog herstel van de geschonden belofte mogelijk is. In beginsel speelt dit slechts – afhankelijk van de betreffende prestatie – bij een *kwantitatief* ten achter blijven voor zover het de kosten van uitvoering van het herstel betreft. De schuldenaar is voor *die* kosten slechts aansprakelijk wanneer de schuldenaar ten aanzien van het niet uitvoeren van het herstel in verzuim is. De ingebrekestelling richt zich dus niet op de nakoming van de herstellverplichting, maar op de schade die geleden wordt als nakoming van de herstellverplichting uitblijft. Dit acht ik verwarrend in het wettelijke systeem. Hoewel er voor een nakomingsvordering (herstellvordering) niet in gebreke hoeft te worden gesteld,¹⁹ is de ingebrekestelling dus wel nodig voor *de schade* die geleden wordt als het herstel niet wordt uitgevoerd, en – nogmaals – dient de schuldenaar in beginsel²⁰ in ver-

– ingekleurd door het partij debat – de tekortkoming van voldoende gewicht acht: HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810.

15. Vanuit die gedachte bezien, is schadelplichtigheid voor herstellkosten de facto hetzelfde als de vervangende schadevergoeding waarop art. 6:87 BW betrekking heeft! Zie over art. 6:87 BW, HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743. Kritisch, E. van Wechem & J. Rinkes, NJB 2017/1905.

16. Of er dan ook daadwerkelijk ontbonden kan worden hangt – behoudens andersluidend beding – er dan weer van af of de feitenrechter

17. Bij duurovereenkomsten waarbij de prestatie niet is nagekomen terwijl deze in het verleden verschuldigd was, geldt als algemene regel dat er niet voor de ontbindingsvraag in gebreke dient te worden gesteld: de belofte om de prestatie in het verleden na te kunnen komen, is immers blijvend onmogelijk. Ingebrekestelling heeft dan geen zin meer: er valt niets meer te herstellen.

18. Vgl. HR 27 juni 2008 (C06/292HR; Mol/Moerings) en HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3144.

19. HR 22 mei 1981, NJ 1982/59.

20. De door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingen, geschraagd op de redelijkheid en billijkheid, laat ik binnen het bestek van deze bijdrage buiten beschouwing.

zuim te zijn voordat hij voor *die* schade schadelijktig kan worden gehouden.

Wanneer de prestatie niet of te laat is geleverd en daarmee een tussen partijen afgesproken termijn is overschreden, hoeft er niet in gebreke te worden gesteld. Ook dan kan de schade onmiddellijk worden gevorderd.

Bij ontbinding dient er in beginsel wel in gebreke te worden gesteld wanneer nakoming van de prestatie nog mogelijk is.²¹

Dus: de ingebrekestelling en de regeling van verzuim manifesteren zich meer in het leerstuk van de ontbinding dan in het leerstuk van schadevergoeding. Het is mijn ervaring dat de contractuele regelingen over ‘notices of default’ en ‘remedial actions’ vaak *geen* onderscheid maken tussen verplichtingen die al dan niet blijvend onmogelijk zijn, noch in tekortkomingen die tot definitieve schade leiden of die tot vergoeding van herstellkosten leiden. Hier kan menig contractuele verduidelijking worden doorgevoerd.

In het vorenstaande heb ik aandacht besteed aan vragen of – en zo ja, wanneer – eventuele rechtsoverdrachten ontstaan. Bij het opstellen van exoneraties wordt *daaraan* naar mijn mening te weinig aandacht besteed. Exoneratieclausules beperken zich wat mij betreft ten onrechte vaak *tot het gevolg* van schadeplichtigheid en maken geen onderscheid ten aanzien van het voortraject, te weten of deze schadeplichtigheid voortvloeit uit een temporeel of kwalitatief ten achter blijven. Evenmin richten zij zich lang niet altijd op andere rechtsoverdrachten dan schadevergoeding. Ik zou menen dat voor beide *typen* van tekortschieten zoals hiervoor aangegeven (kwalitatief ten achter blijven/temporeel ten achter blijven) een separate ‘marsroute’ in het contract geëigend zou zijn, met een separate regeling voor schending van de gemaakte afspraken.

4. Aandachtspunten bij het redigeren van een exoneratie

4.1 Systematiek

Bij het reguleren van de aansprakelijkheidspositie in een overeenkomst gebruiken partijen veelvuldig exoneratiebedingen. Tjittes omschrijft een dergelijke clausule als: ‘een beding dat een wettelijk of contractueel recht uitsluit of beperkt’.²² Dit is een omschrijving waarin ik mij volledig kan vinden. Ook valt in zijn boek een fraai exposé over de inroepbaarheid van exoneratiebedingen te lezen.²³ Indachtig de door Tjittes gegeven definitie en indachtig het vorenstaande valt mij op dat exoneratiebe-

dingen zich vaak ‘slechts’ uitstrekken tot een beperking van de *schadelijktigheid* van de schuldenaar. De (gevolgen van) andere rechtsoverdrachten, zoals herstel en ontbinding, worden hier lang niet altijd in geadresseerd of elders in het contract ‘weggeschreven’.²⁴

Een voorbeeld van een exoneratie in de praktijk zoals ik deze vaak zie in *verkoopvoorwaarden*: ‘De aansprakelijkheid voor schade is beperkt tot het factuurbedrag.’ Stel: de verkoper heeft een machine verkocht die onherstelbaar stuk is gegaan. Is zijn aansprakelijkheid dan beperkt tot het factuurbedrag? Zonder meer verdedigbaar is dat de koper in dat geval gerechtigd is tot (1) terugbetaling door de verkoper van de koopprijs als ongedaanmakingsverplichting²⁵ wanneer de koper de overeenkomst zou ontbinden, en (2) wanneer hij *schade* heeft geleden het schadebedrag tot maximaal het factuurbedrag, omdat dat zo is afgesproken.²⁶ Kortom, een gehoudenheid tot betaling door de verkoper van een bedrag tot tweemaal het factuurbedrag is verre van ondenkbaar.

Het is te overwegen om het begrip ‘schade’ in een exoneratieclausule te vermijden en een constructie te hantieren waarbij de schuldenaar bedingt dat zijn cumulatieve aansprakelijkheid (of zijn cumulatieve aansprakelijkheden), gebaseerd op welke rechtsgrond of rechtsgronden dan ook, er niet toe kan (kunnen) leiden dat hij een geldbedrag aan de schuldeiser zal dienen te betalen dat hoger is dan het in de clausule aangegeven bedrag (bijvoorbeeld het bedrag van de koopprijs, vermeerderd met 15%) en (wellicht ten overvloede) dan ook (nogmaals) aan te geven dat zijn *totale* aansprakelijkheid daartoe zal zijn beperkt.

4.2 Uitleg

Er zijn vele wegen die naar Rome leiden, maar als uitgangspunt bij het redigeren van een exoneratie dienen – nogmaals – de rechtsoverdrachten die de schuldeiser ten dienste staan, als uitgangspunt te worden genomen. Een indringend voorbeeld uit de Hoge Raad-rechtspraak ter illustratie.²⁷

Bij de verkoop van een ‘vervuild’ benzinestation beriep de verkoper, aangesproken tot sanering, zich op de volgende bepaling uit de leveringsakte: ‘Het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond, (...)’ De rechtbank las in deze bepaling een exoneratie en wees de vordering van de koper af. Het hof oordeelde anders en werd op dat

21. Art. 6:265 lid 2 BW.

22. Tjittes 2018, p. 544.

23. Tjittes 2018, p. 544-574.

24. Ook de mogelijkheid van nadeelcompensatie (art. 6:230 lid 2 BW) zie ik zelden in exoneratieclausules ‘weggeschreven’.

25. Art. 6:271 BW.

26. Mocht de schade het factuurbedrag overtreffen, dan zou vervolgens nog de vraag aan de orde kunnen komen of een beroep op de clausule in het licht van de redelijkheid en billijkheid als dan niet onaanvaardbaar is, of – zo van toepassing – of de clausule kan worden vernietigd als een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde op grond van art. 6:233 onder a BW.

27. HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733 (Ploum/Smeets) en HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991 (Ploum/Smeets II).

punt door de Hoge Raad gecasseerd. De Hoge Raad overwoog: ‘4.7 Het oordeel van het hof (in rov. 4.3.3 van het tussenarrest) dat het hiervoor in 3.1 onder (iii) vermelde art. 2 lid 3 van de transportakte slechts betekent dat de verkoper niet aansprakelijk is voor eventuele zichtbare gebreken, maar niet dat de verkoper evenmin instaat voor onzichtbare gebreken, is onbegrijpelijk.’ In de zaak *na doorverwijzing* oordeelde het hof dat in de clause niet viel te lezen dat de rechten van de koper op sanering waren beperkt. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand een oordeelde: ‘3.4.1 Wat de exoneratie betreft heeft het hof overwogen dat de uitleg van het beding, luidende: “Het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond (...)”, dient te geschieden aan de hand van de zogenoemde Haviltexmaatstaf (...). Na verwijzing moest het hof over de door [eiseres] gestelde uitleg van dit beding opnieuw oordelen. Het hof is aan de hand van de juiste maatstaf tot de conclusie gekomen dat een exoneratiebeding als door [eiseres] bedoeld, waarmee de aanspraken van [verweerster] op grond van art. 7:21 BW zijn uitgesloten, daarin niet valt te lezen.’

Eén clause, die in de praktijk zeer veelvuldig wordt gehanteerd, die – zoals het vorenstaande laat zien – in één geschil vijf keer door rechters is beoordeeld, met een uitkomst die zich moeilijk liet voorspellen.

94 Een aspect van exoneraties dat bij het redigeren daarvan én bij het procederen daarover vaak wordt onderbelicht, is het antwoord op de vraag *wat* er nu daadwerkelijk is afgesproken. Het valt mij op dat (proces)partijen vaak hun stellingen baseren op de (inhouds)toetsing van de betreffende exoneratie en bepleiten dat deze buiten toepassing dient te blijven voor zover een beroep daarop in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW) of dat – indien van toepassing – de exoneratie op grond van artikel 6:233 onder a BW vernietigd dient te worden omdat deze onredelijk bezwarend is. Naar mijn mening wordt daarbij niet zelden de reikwijdte van de bepaling over het hoofd gezien.

Hier volgt een voorbeeld uit een procedure²⁸ die wellicht een andere uitkomst zou hebben gehad wanneer ook een andere stelling zou zijn betrokken:

Bij de verkoop van een bedrijfspand werd vermeld dat het pand een oppervlakte had van 12.000 m², terwijl achteraf bleek dat zulks slechts 10.185 m² was. De koper voelde zich derhalve tekortgedaan. Ter afwering van kopers vordering tot schadevergoeding beriep de verkoper zich op de volgende bepaling uit de leveringsakte: ‘Indien de door de verkoper opgegeven maat of grootte of de verdere omschrijving van het verkochte niet juist of niet volledig zijn, zal geen van partijen daaraan enig recht ontnemen.’ De rechtbank wijst de vordering van de koper af. Het hof,

nadat het heeft vastgesteld dat dit beding dient te worden aangemerkt als een exoneratiebeding, wijst de vordering van de koper toe omdat het hof een beroep op het beding onder de gegeven omstandigheden van het geval in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht. De Hoge Raad casseert en overweegt: ‘(...) Het hof heeft dat beding, in cassatie onbestreden, aangemerkt als een exoneratiebeding. (...) De klacht behelst onder meer dat het hof niet is ingegaan op alle relevante omstandigheden, waaronder die welke door Alcoa zijn aangevoerd, (...)’

Bij deze procedure vroeg ik mij het volgende af. Stel dat ik geen jurist zou zijn maar een normaal denkend mens, hoe zou ik deze clause dan hebben mogen begrijpen? Ik zou menen dat de clause ‘Indien de door de verkoper opgegeven maat of grootte of de verdere omschrijving van het verkochte niet juist of niet volledig zijn, zal geen van partijen daaraan enig recht ontnemen’ zich laat lezen als: het mag een ‘onsje’ meer of een ‘onsje’ minder zijn. In deze zaak ging het om een ‘kilo’ meer of een ‘kilo’ minder. Ik zou het zonder meer verdedigbaar hebben gevonden dat *die* situatie niet door deze clause is gereguleerd. Wanneer het hof – wanneer het procesdebat zich ook op die vraag zou hebben gericht – ‘gehaviltex’ zou hebben en zijn oordeel op dat punt goed zou hebben gemotiveerd, zou het moeilijk voor de Hoge Raad geweest zijn om *dat* oordeel aan te tasten. Kortom, (proces)partijen kunnen – naargelang de situatie – er goed aan doen om te overwegen eerst de stelling te betrekken ten aanzien van *mat* er precies is afgesproken (mocht dat goed uitpakken) en eerst subsidiair – mocht de rechter in het primaire standpunt niet meegaan – het standpunt betrekken dat de betreffende clause aantastbaar is of (deels) buiten toepassing dient te blijven.

4.3 Inroepbaarheid van exoneraties: theorie²⁹

Bij de vraag of een beroep op een exoneratie in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW) is, of – wanneer de exoneratie in algemene voorwaarden is opgenomen en de wederpartij het recht toekomt om zich op het bepaalde in artikel 6:233 onder a BW te beroepen – deze onredelijk bezwarend is, kan er onduidelijkheid over bestaan of beide toetsstenen hetzelfde zijn.

Artikel 6:233 onder a BW brengt mee dat een door een in Nederland gevestigde gebruiker gehanteerde exoneratie in algemene voorwaarden vernietigd kan worden wanneer deze – gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval – onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.³⁰ Hoewel dit artikel de neerslag vormt van de zogenaamde

28. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9891 (Savills/Pasman).

29. Een gedeelte van het navolgende is ontleend aan: T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden (diss. Leiden), 2007, p. 67-84.

30. Hierbij is van belang te onderkennen dat dit recht op vernietiging slechts kan worden ingeroepen door in Nederland gevestigde kleine wederpartijen (zie art. 6:235 lid 1 en art. 6:247 BW) en consumenten.

Saladin/HBU-formule, bestond er geruime tijd onduidelijkheid over de vraag of er verschil bestaat tussen de materiële toets van artikel 6:233 onder a BW en die van artikel 6:248 lid 2 BW.³¹ Van belang hierbij is te onderkennen dat het tijdstip waarop getoetst moet worden – bij artikel 6:233 onder a BW ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en bij artikel 6:248 lid 2 BW achteraf³² – mee kan brengen dat bij artikel 6:248 lid 2 BW aan ruimere factoren kan worden getoetst en dat hierdoor een wederpartij in een nadeliger positie zou kunnen komen te verkeren dan bij een toetsing aan de hand van artikel 6:233 onder a BW. Dit zal door de wetgever destijds niet beoogd zijn.³³ De mate van schuld van de gebruiker van de algemene voorwaarden die betrekking heeft op een handeling ná het sluiten van de overeenkomst, valt strikt geredeneerd niet onder de reikwijdte van de vernietigingstoets krachtens artikel 6:233 onder a BW. Zoals hiervoor al is aangegeven, volgt uit analyse van de wetsgeschiedenis dat – bij een zogenoemde tweefasentoetsing waarbij in de eerste fase aan artikel 6:233 onder a BW wordt getoetst én het desbetreffende beding niet als onredelijk bezwarend is aangemerkt – nog slechts in een tweede fase (de zogeheten uitvoerings-toets) belang mag worden gehecht aan nadien opgetreden omstandigheden wanneer deze onvoorzien waren (art. 6:258 BW) of wanneer een beroep op de clausule door de gebruiker zou worden gefrustreerd op grond van rechtsverwerking.³⁴

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 juni 2002 aan de hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid (deels) een einde gemaakt.³⁵ In een van de cassatiemiddelen werd geklaagd dat het hof – dat een tweetal beroepen op de inhoud van algemene voorwaarden had afgewezen – ten onrechte getoetst had aan de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW, waar het aan de maatstaf van artikel 6:233 onder a BW had moeten toetsen.

31. Rijken stelt dat er geen verschil bestaat in materiële toetsing tussen art. 3:40, 6:233 onder a en 6:248 lid 2 BW; zie G.J. Rijken, De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken, NTBR 1998, p. 361 e.v. Zie ook B.T.M. van der Wiel, Samenhang bij samenloop, in: Coherente instrumenten in het contractenrecht, Kluwer 2003, p. 31 en T.J. de Graaf, Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden), 2006, p. 10.
32. De toets vindt plaats in volle omvang, waarbij ook later opgekomen omstandigheden kunnen worden meegewogen.
33. Zie met uitgebreide verwijzingen M.B.M. Loos, Algemene Voorwaarden, Boom Juridische uitgevers 2001, p. 51 e.v. Zie ook R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht, Tjeenk Willink 2002, p. 215 e.v.
34. Zie nog nader Loos 2001, p. 53 en 54.
35. HR 14 juni 2002, NJ 2003/112, m.nt. JH. Interessant is te melden dat ook op een ander punt inmiddels duidelijkheid bestaat. Een in verband met de totstandkoming van een huurovereenkomst betreffende woonruimte gemaakt beding, niet de huurprijs betreffende, voor zover daarbij ten behoeve van een der partijen een niet redelijk voordeel wordt overeengekomen, is nietig; hetzelfde geldt indien daarbij derden zijn betrokken. Zie Kamerstukken I 2000/01, 26089, 267, art. 264. Toetsing wordt opgedragen aan de rechter; de huurcommissies zijn daartoe – aldus de wetgever – minder toegerust. Vgl. idem, nr. 162, alsmede Van Wechem, bijdrage in Praktijkhandleiding Algemene Voorwaarden, Tjeenk Willink 2002, p. 167-171. Anders op dat laatste punt A.W. Jongbloed, Algemene voorwaarden en huur, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden, Kluwer 2006, p. 445.

De Hoge Raad overwoog hier het volgende:

‘De rechtsgevolgen van deze bepalingen zullen met betrekking tot één feitencomplex niet naast elkaar kunnen worden ingeroepen (geen cumulatie). Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren. Nu de regeling van Titel 5, Afdeling 3, Algemene voorwaarden, ertoe strekt de positie van de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden te versterken, zou aan die strekking worden tekort gedaan indien de wederpartij zou zijn verstoken van een beroep op art. 6:248 lid 2. Ook het verschil in rechtsgevolgen – enerzijds nietigheid en anderzijds het niet van toepassing zijn van het beding – staat aan de hiervoor bedoelde keuzemogelijkheid niet in de weg, nu dit verschil voor de gebruiker van de algemene voorwaarden niet tot een onaantvaardbaar resultaat leidt.’

De Hoge Raad laat in het midden of er materieel verschil bestaat tussen de toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW. In zijn conclusie voor het arrest onderscheidt A-G Langemeijer slechts twee verschillen tussen beide wijzen van toetsing (conclusie onder 2.15). Het eerste verschil is dat een wederpartij zich dient te beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 6:233 onder a BW, terwijl een toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW deel uitmaakt van de (zo nodig door de rechter) aan te vullen rechtsgronden. Ten tweede verjaart een vordering tot vernietiging na drie jaar (vgl. art. 6:235 lid 4 BW jo. art. 3:52 lid 1 onder d BW), terwijl op artikel 6:248 lid 2 BW langer een beroep kan worden gedaan, hetgeen voor een verwerende partij echter niet uitmaakt (vgl. art. 3:51 lid 3 BW). A-G Timmerman³⁶ geeft in zijn conclusie voor Hoge Raad 15 oktober 2004 aan dat een verschil in toetsing tussen de artikelen 6:233 BW en 6:248 lid 2 BW erin gelegen is dat de eerste toetsing meer direct is.³⁷ Hoewel het (mij) niet geheel duidelijk is wat hij hiermee precies bedoelt, vermoed ik dat zijn visie gerelateerd is aan het gegeven om de – ogenschijnlijk – concreet geformuleerde tekst van artikel 6:233 onder a BW te vergelijken met de vage normstelling in artikel 6: 248 BW.³⁸ Timmerman merkt op dat:

‘Het verschil tussen de toetsing van art. 6:248, lid 2 BW en die van art. 6: 233 BW bestaat in die benade-

36. Zie conclusie voor HR 15 oktober 2004, NJ 2005/141.
37. Vgl. tevens M.J. Tolman, Oneerlijke bedingen in contractvoorwaarden, AV&S 2001, p. 167-174.
38. Ook Hartkamp, in zijn conclusie voor HR 21 februari 2003, NJ 2004/567 (m.nt. JH), merkt onder punt 14 en 15 het volgende op: ‘Uit de parlementaire geschiedenis van afdeling 6.5.3 kan worden afgeleid dat de (redelijkheids)maatstaf van art. 6:248 lid 2 materieel dezelfde is als die van art. 6:233 onder a (a.w. blz. 1595/1596 en 1621).’

ring hierin dat de toetsing aan art. 6:248 BW lid 2 terughoudender, minder direct dient te zijn en die terughouding zich in toepassing van het criterium “onaanvaardbaar” uit. Het gaat hier m.i. om vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.’

Een belangrijk verschil tussen een toetsing krachtens artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW dient zich aan in het Hoge Raad-arrest van 17 februari 2006.³⁹ In dit arrest stond onder meer centraal de vraag of een verzekeraar zich op een vervalbeding in zijn verzekeringspolis mocht beroepen.⁴⁰ Het hof vond van niet. Het hof oordeelde het beroep op het vervalbeding in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar, maar stelde het nadeel van de verzekeringsmaatschappij vast op 10% van het geclaimde bedrag. De verzekeraar hoefde slechts 90% uit te keren. Het cassatiemiddel keerde zich tegen dit oordeel. De Hoge Raad overwoog als volgt:

‘Art. 6:248 lid 2 BW heeft immers ook betrekking op verzekeringsovereenkomsten. (...) Het Hof heeft zich immers in staat geacht de mate waarin de verzekeraar is benadeeld door de te late melding van de onderhavige schade, zelfstandig vast te stellen en heeft dit nadeel in mindering gebracht op het door de verzekeraar uit te keren bedrag. Mede in aanmerking genomen het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt, welk uitgangspunt mede van belang is bij de beoordeling van een beroep op het onderhavige vervalbeding, is het Hof ook niet in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten.’

Uit de vorenstaande rechtsoverweging is af te leiden dat de Hoge Raad artikel 6:248 lid 2 BW niet in de context van een alles of niets benadering plaatst.⁴¹ Het rechtsgevolg van alles – de verzekeraar mag zich volledig op de clause beroepen – of niets – de verzekeraar mag zich in het geheel niet op de clause beroepen – kent ook een tussenvariant. De verzekeraar mag zich slechts op de clause beroepen voor zover dat in het licht van de redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, in dit geval voor 10%. De tekst van artikel 6:248 lid 2 BW (‘voor zover’) laat dat toe.⁴² Toepassing van artikel 6:233 onder a BW biedt mijns inziens niet de mogelijkheid van een proportionele toetsing. De aard van de sanctie, vernietiging, brengt mee dat er niet bij de toetsing van

de clause partieel vernietigd kan worden. De toets bij artikel 6:233 onder a BW is immers of de algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is en niet of deze een beetje onredelijk bezwarend is.⁴³ Een proportionele benadering zou het karakter van onredelijk bezwarend wegnemen en daarmee de legitimiteit van de toetsing.⁴⁴ Het komt mij voor dat het in het licht van het hiervoor besproken arrest van 14 juni 2002 in procedures van belang is primair te stellen dat de algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is, en subsidiair dat een beroep op de clause in het licht van de redelijkheid onaanvaardbaar is, en meer subsidiair dat een volledig beroep daarop in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (en slechts een gedeeltelijk beroep daarop is toegestaan). Het gevolg van de vernietiging van de clause op grond van artikel 6:233 onder a BW kan overigens, voor het overige deel van de overeenkomst (de rechtshandeling), wel via artikel 3:41 BW door de rechter gestuurd worden.⁴⁵

Tjittes lijkt – zoals ik hem begrijp – wél een verschil te zien in de toetsing aan de hand van artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:233 onder a BW.⁴⁶ Hij ontleent er een argument aan dat de strenge norm van ‘onaanvaardbaar’ uit artikel 6:248 lid 2 BW niet in artikel 6:233 onder a BW staat geëxpliciteerd. Dát argument overtuigt mij niet. Daar acht ik de norm ‘onaanvaardbaar’ te fluide voor en de normering van artikel 6:233 onder a BW niet te beperkt om ook die norm (intrinsiek) te herbergen.⁴⁷

39. HR 17 februari 2006, C04/322 HR, NJ 2006/378, m.nt. MMM.

40. Zie over dit arrest C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, *Proportionele redelijkheid en billijkheid*, NJB 2006, p. 567 e.v. Zie ook P. Abas, *Nogmaals: ‘Vervalbedingen in de verzekeringspolis en goede trouw’*, NTHR 2006, p. 125 e.v.

41. Vgl. tevens HR 9 juni 2006, C05/075 HR, RvdW 2006, p. 592.

42. Zie ook de conclusie van A-G Spier voor dit arrest: ‘Om nog even te blijven bij de heersende rechtsovertuigingen: daarin is het alles of niets-denken trouwens meer in het algemeen in onbruik geraakt. De proportionele benadering heeft een niet meer te stuiten opmars ingezet. Dat geldt ook in het kader van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Art. 6:248 lid 2 BW brengt dat tot uitdrukking door te spreken van “voor zover”.’

43. Anders R.H.C. Jongeneel, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 138, die – naar mijn mening te – algemeen stelt: ‘Nu de Hoge Raad in het arrest Royal/Universal een toepassing van de redelijkheid en billijkheid goedkeurt waarin een contractuele regeling niet verder buiten toepassing wordt gelaten dan nodig is, kan een zelfde benadering ook bij de toepassing van de open norm worden toegepast.’ Vgl. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11.

44. Dit is slechts anders wanneer de proportionaliteit dient te worden toegepast ná het moment van toetsing en slechts betrekking heeft op de gevolgen. Zie C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2005, p. 440. Zie ook M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem, *Contracteren 2006/2*.

45. Dit is slechts anders wanneer de opmerking in de parlementaire behandeling (Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p.1587) – die tot uitdrukking brengt dat de zwarte en grijze lijst (art. 6:236 en 6:237 BW) niet zonder meer als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid worden beschouwd en deze het niet kunnen stellen zonder de grondslag van een bepaling als art. 6:233 onder a BW – mee zou brengen dat de legitimatie van art. 6:233 onder a BW gelegen is in de beoogde consumentenbescherming die afdeling 6.5.3 BW (ook) biedt.

46. Tjittes 2018, p. 538.

47. Uit Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. Boek 3, 5, 6), p. 1595-1596 volgt: ‘Samenvattend zouden wij willen opmerken dat de maatstaf van artikel 2a [lees: art. 6:233 onder a BW; EvW] onder a als toetsingsmaatstaf voor de inhoud van de overeenkomst niet repressiever is dan wat uit de artikelen 6.1.1.2 en 6.5.3.1 [lees: art. 6:248 BW; EvW] kan worden afgeleid, doch dat om de voormelde redenen hier een meer toegespitste formulering de voorkeur verdient, enerzijds om haar duidelijk af te stemmen op de hier voorgeschreven inhoudstoetsing, en anderzijds om als voldoende scherp omliggende grondslag voor de hier voorgeschreven vorm van vernietigbaarheid en voor de regels van de artikelen 3 en 4 te kunnen dienen.’

4.4 Inroepbaarheid van exoneraties in b2b-verhoudingen: rechtspraak

Tot 1967, het jaar waarin de Hoge Raad het arrest Saladin/HBU wees, werden exoneratieclausules, via het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak, getoetst aan de goede zeden.⁴⁸ Eerst in 1967 stelde de Hoge Raad niet de vraag of het beding op zichzelf onzedelijk was centraal, maar werd de vraag of een beroep op het beding in strijd was met de goede trouw van doorslaggevend belang geacht.⁴⁹ De Hoge Raad overwoog in het arrest dat het antwoord op de vraag in welke gevallen een beroep op een beding vrijstaat aan degene die bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen – ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn – heeft uitgesloten, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden. Dit kunnen zijn de zwaarte van de schuld, de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest. De Hoge Raad overwoog eveneens dat deze waardering in belangrijke mate van feitelijke aard is en dat, dientengevolge, een oordeel berustend op de waardering dat in een gegeven geval op een bepaling als in het arrest bedoeld niet of wel een beroep kan worden gedaan, slechts in beperkte mate voor toetsing in cassatie vatbaar is. In de jaren daarna is door de feitenrechters een scala aan vonnissen en arresten gewezen waarbij deze zogeheten omstandigheden-catalogus⁵⁰ verder is uitgewerkt.⁵¹ Vragen die bij de toetsing van exoneratieclausules een rol kunnen spelen zijn (enuntiatief): Is de fout die aan de schade ten grondslag ligt gemaakt door de eigen werknemers of door personeel van onderaannemers?⁵² Hoe verhoudt zich de schade tot de omvang van de te leveren prestatie?⁵³ Hoe branchegebruikelijk is de desbetreffende exoneratie?⁵⁴ Hoe verzekeraar is het risico?⁵⁵ Hoe ver is afgeweken van de wettelijke regeling die bij afwezigheid van het beding zou gelden?⁵⁶ Is het beding duidelijk opgesteld of kan de beperking via uitleg worden omzeld?⁵⁷ Doordat aan de feitenrechter een

grote vrijheid toekomt, kunnen van de arresten waarbij de effectueerbaarheid van een exoneratie centraal staat – ook wanneer deze door de Hoge Raad worden gecasseerd – weinig rechtsregels worden afgeleid.⁵⁸ Cassatie vindt veelal plaats op grond van motiveringsgebreken.⁵⁹

Een duidelijke rechtsregel is wel af te leiden uit het Hoge Raad-arrest van 12 december 1997.⁶⁰ Hierin bepaalde de Hoge Raad dat een exoneratieclausule buiten toepassing dient te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en dat zulks in het algemeen het geval is indien de schade te wijten is aan *opzet of bewuste roekeloosheid* (door het hof aangeduid als grove schuld) van de schuldenaar. In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt – waarbij met leiding belaste personen bij de gemeente over concrete aanwijzingen beschikten dat veiligheidsvoorzieningen bij bepaalde hijskranen waren uitgeschakeld en zij geen maatregelen hadden getroffen deze voorzieningen te herstellen –, werd door het hof volgens de Hoge Raad terecht aangenomen dat een beroep op de exoneratieclausules niet was toegestaan.⁶¹ De exacte invulling van het begrip bewuste roekeloosheid is in een aantal latere arresten nog aan de orde gekomen.⁶² In het bijzonder heeft het arrest Telfort/Scaramea⁶³ op dit punt nieuwe inzichten doen ontstaan. In zijn conclusie⁶⁴ voor het (81 RO-)Hoge Raad-arrest van 5 september 2014⁶⁵ verwoordt A-G Van Peurse het als volgt:

‘Er moet dan ook worden uitgegaan van een objectieve invulling van het begrip “bewuste roekeloosheid”;

97

de woorden “Deelname is voor eigen rekening en risico”, de ondertekenaar van het door Eurosportief opgestelde inschrijfformulier voor de beginnerscursus onvoldoende inscherpen dat die tekst er ook toe strekt aansprakelijkheid uit te sluiten voor de meer ernstige tot zeer ernstige vormen van schade die zich bij het skeeleren kunnen voordoen.’ Zie ook HR 23 december 2005, C04/201, RvdW 2006/25, waarin een exoneratie in een (paardrij)lesovereenkomst op grond van art. 6:237 onder f BW werd vernietigd in een geval van opgelopen letsels bij een leerling.

48. HR 19 mei 1967, NJ 1967/261. Zie (met uitgebreide verwijzingen) V. van den Brink, *Onredelijke of onzedelijke exoneratiebedingen*, RM Themis 1998, p. 67-74 en G.J. Rijken, *Saladin/HBU: het startpunt van een ‘juridisch brede’ toetsing van exoneratieclausules*, NTBR 2001, p. 7 e.v. Zie eveneens De Graaf 2006, p. 10.
49. Zie ook noot CJS onder het arrest onder punt 2.
50. Zie uitgebreid Duyvensz, p. 19 e.v.
51. Vgl. HR 12 mei 2000, NJ 2000/412 en Hof Arnhem 27 mei 1997, NJ 1999/592. Zie Christiaans, p. 92-96.
52. HR 15 januari 1999, NJ 1999/242.
53. HR 20 april 2001, JOL 2001/272. Zie ook HR 30 september 2005, C04/236 HR.
54. HR 31 december 1993, NJ 1995/389.
55. Hof Arnhem 10 november 1998, NJ 2002/264.
56. HR 23 februari 2001, JOL 2001/152. Vgl. Hof Den Bosch 12 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU4062.
57. HR 25 november 2005, C04/216 HR, RvdW 2005/132: ‘Het onderdeel klaagt dat het Hof aldus een onjuiste of onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan het exoneratiebeding. Genoemde overweging moet zo worden begrepen dat de onduidelijkheid slechts daarin is gelegen, dat

58. In de rechtsliteratuur is gesignaleerd dat dit voor de praktijk onwenselijk is, zie Van den Brink 1998, p. 69.
59. Vgl. Hof Arnhem 27 mei 1997, NJ 1999/592; HR 15 januari 1999, NJ 1999/242; HR 11 februari 2000, NJ 2000/294; HR 12 mei 2000, NJ 2001/152.
60. HR 12 december 1997, NJ 1998/208. Vgl. ook HR 31 december 1993, NJ 1995/389, waarbij in het geval van branchegebruikelijke voorwaarden (de cebosinevoorwaarden) een beroep op een exoneratie bij een ernstige mate van schuld wél werd toegestaan.
61. In het arrest van 12 juli 2002 (JOL 2002/415), NJ 2002/542, overwoog de Hoge Raad dat er behoudens bijzondere omstandigheden geen reden is een uitsluiting van aansprakelijkheid niet toepasselijk of geldig te achten met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van niet (behoorlijke) nakoming van een herstelverplichting als in het onderhavige geval.
62. Overigens lijkt de Hoge Raad in zijn arrest van 4 februari 2000 (NJ 2000/429), en zijn arresten van 5 januari 2001 (NJ 2001/391 en 392) te neigen naar een meer subjectieve benadering van het begrip bewuste roekeloosheid, waarmee de drempel tot aanname van bewuste roekeloosheid enigszins lijkt te worden verhoogd. Zie voor een ruimhartige toepassing van het begrip ‘grote schuld’ Hof Amsterdam 12 augustus 2004, m.nt. T.H.M. van Wechem en M. Wallart, JA 2004, p. 64-78.
63. HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984.
64. ECLI:NL:PHR:2014:527. Zie hierover uitgebreid E. van Wechem & Jac Rinkes, NJB 2015/1826.
65. ECLI:NL:HR:2014:2626.

subjectieve wetenschap, weten danwel zich ervan bewust zijn aan de zijde van de schuldenaar of diens leidinggevende ondergeschikte ter zake van het bestaan van de schade is niet vereist. (...) dat hoewel “bewuste roekeloosheid” een subjectief bewustzijn impliceert, deze term inmiddels objectief dient te worden uitgelegd. Bij deze laatste tendens sluit ik mij graag aan. Ook ik meen dat in het Telfort/Scaramearrest “bewustheid” een objectieve inkleuring heeft gekregen.’

A-G De Bock scherpt een en ander nog iets aan en verwoordt het in zijn conclusie⁶⁶ voor het (81 RO-)Hoge Raad-arrest van 4 mei 2018⁶⁷ als volgt:

‘Bewuste roekeloosheid omvat dus niet alleen welbewust onzorgvuldig gedrag of “waarschijnlijkheidsbewustzijn”, maar ook “mogelijkheidsbewustzijn”, dat wil zeggen handelen of nalaten waarvan men zich bewust was dat daardoor schade zou kunnen ontstaan, waarbij die kans bewust is aanvaard. Daarmee is de drempel voor het aannemen van bewuste roekeloosheid verlaagd; het begrip “bewuste” heeft een meer objectieve inkleuring gekregen.’

Tot slot, een rechtsregel kan ook worden gelezen in het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004.⁶⁸ In een geval waarbij een boer ruim f 300.000 schade had geleden en de installateur die voor die schade aansprakelijk was zich op een exoneratie beriep terwijl zijn aansprakelijkheid door zijn verzekering was gedekt, oordeelde de Hoge Raad wel zeer nadrukkelijk dat het hof aan die omstandigheid in het bijzonder aandacht had moeten besteden. Toch lijkt de Hoge Raad met zijn arrest van 15 oktober 2004⁶⁹ in algemene zin een rem te willen zetten op een te ruime toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW door (impliciet) te oordelen dat bij overeenkomsten tussen professioneel, dan wel commercieel, handelende grote partijen in de regel extra terughoudendheid gepast is waar het gaat om het op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing laten van exoneratiebedingen.⁷⁰

5. Conclusie

Uit het vorenstaande valt af te leiden: het begint – en dat is het belangrijkste – bij kwalificeren. Voor zover het de *toetsing* van de inhoud van algemene voorwaarden en die van exoneraties in het bijzonder betreft, laat deze

zich bijna niet concretiseren. Ik meen dat contractsopstellers een behoorlijke stap kunnen maken wanneer zij in de tekst van de exoneratie aangeven op welk type tekortkoming de exoneratie ziet en ten aanzien van welke rechtsvorderingen deze ‘buffert’. Of een beroep op een exoneratie houdbaar is als het erop aankomt, is niet op voorhand te voorspellen. Mijn indruk, gebaseerd op een analyse van de b2b-rechtspraak, is dat als hoofdregel geldt dat een exoneratie houdbaar is en dat er veel atypische omgevingsomstandigheden dienen te zijn om een beroep daarop niet toe te staan of om de exoneratie te vernietigen.⁷¹

In die gevallen dat een beroep op een exoneratie in een b2b-situatie niet wordt gehonoreerd, ontstaat bij mij de indruk dat het in de betreffende gevallen méér bijzonder zou zijn geweest als het beroep in casu wél zou zijn toegestaan.

Zoals ik het zie, kunnen de mogelijkheden van aantasting vaak gemakkelijker gevonden worden door het gesprek op te zoeken ten aanzien van de inhoud en omvang van de exoneratie: wat is er precies afgesproken en voor welke en tegen welke aanspraken is er daadwerkelijk een voorziening getroffen.

71. Met dank aan Jan Spanjaard: Hof Den Haag 24 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:49 (Dock/Schroef); Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2690, NJF 2016/490 (Alhra/ITC); Hof Den Haag 26 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2018, WR 2016/153 (Corfu/Ypenburg); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2625, NJF 2016/261 (Haluco/Alfen); Hof Den Bosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4335, NJF 2015/511; Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4226 (Hoofdbureau/Leaseplan); Hof Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2231, S&S 2014/88 (UVM/Amstel & Y); Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2346, WR 2015/2 (X/Beverwijkse Bazaar); Rb. Noord-Nederland 28 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2728; Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7248 (X/Promedico); Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498, NJF 2013/267 (Allianz c.s./SRO c.s.); Hof Amsterdam 11 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ1996 (Primera/Alvira); Hof Den Bosch 15 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8431; Rb. Rotterdam 2 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8745, NJF 2013/80 (MC Baarn/GOM); Rb. Haarlem 4 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY5669 (De Fik/Riverside); Hof Den Bosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577 (Tekholl/Veka); Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6771 (Hercules/Kiwitz); Rb. Amsterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9878, JOR 2011/279 (Heksenwiel/Payzone); Hof Den Haag 14 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7876 (X/KPN); Hof Amsterdam 15 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP9470 (X/TKS); Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP3743 (X/Autoloader); Rb. Rotterdam 12 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN2119 (VVD/PDM); Rb. Utrecht 12 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4250 (ASR/Multi-Bouwssystemen); Rb. Utrecht 7 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0457 (Delta Lloyd/MAN); Rb. Leeuwarden 23 december 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK7538, NJF 2010/242 (Siemens/Drukkerij X); Hof Arnhem 8 april 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD1992, NJF 2008/212 (Bestevaer/Double RR); Rb. Dordrecht 7 mei 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD0461, NJF 2008/333 (Klein-Ambacht/Horti-Consult); Rb. Utrecht 12 maart 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6461 (SVRZ/SFZ); Rb. Arnhem 14 november 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB9214 (Northern Linen/Jematex); Rb. Breda 27 juni 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA8552 (EFA/VWV); Rb. Zutphen 20 september 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ1580 (Vos/Norbouw); Hof Den Bosch 10 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV2177 (Essent/X); Rb. Arnhem 21 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AQ6817, JA 2004/18 (Fortis/Gelria); Rb. Arnhem 2 juni 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP3625 (EXT/It's logic); Rb. Zwolle 22 januari 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AF3345 (Josef Christ/Aluminium).

66. ECLI:NL:PHR:2018:253.

67. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:679.

68. HR 18 juni 2004, C03/064 HR, NJ 2004/585. Zie hierover M.H. Wis-sink & T.H.M. van Wechem, *Contracteren* 2004, p. 76 e.v.; Drion & Van Wechem 2005, p. 438; T. Hartlief, *Contractuele risicoverdeling, de rechter en het verzekeringsaspect*, WPNR 04/6601, p. 947 e.v.

69. HR 15 oktober 2004, C03/105 HR, NJ 2005/141. Zie hierover Drion & Van Wechem 2005, p. 439. Vgl. HR 9 januari 1998, NJ 1998363; HR 25 februari 2000, NJ 2000/471. Zie ook HR 14 december 2001, NJ 2002/59; HR 8 februari 2002, NJ 2002/284.

70. Zie hierover De Graaf 2006, p. 169.

Kortom: er komt best het nodige bij kijken om een passende regeling in het contract inzake aansprakelijkheid goed geformuleerd te krijgen.