



Minimalisering door optimalisering

Onderzoek naar de wijze waarop Avic bv haar algemene voorwaarden dient op te stellen ter minimalisering van juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid.

Opdrachtgever:

Avic BV

Auteur:

E.M.A. (Evelien) Roest
2068500

Opleiding:

Juridische Hogeschool Avans – Fontys,
locatie Tilburg

Zaltbommel, januari 2017.

Minimalisering door optimalisering

Onderzoek naar de wijze waarop Avic bv haar algemene voorwaarden dient op te stellen ter minimalisering van juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid.

Opdrachtgever:

Avic BV

Afstudeermentor: dhr. Ing. R. (Ruud) Klip

Auteur:

E.M.A. (Evelien) Roest

Studentnummer: 2068500

Opleiding:

Juridische Hogeschool Avans-Fontys, locatie Tilburg

Eerste afstudeerdocent: dhr. mr. B.C.M. (Bart) Hooijdonk

Tweede afstudeerdocent: mevr. mr. N. (Noortje) Lavrijssen

Afstudeerperiode:

Blok: E3 – E4

September 2016 – januari 2017

Datum van verschijning:

10 januari 2017

Plaats van verschijning:

Zaltbommel // Tilburg

Voorwoord

Voor u ligt het resultaat van mijn onderzoek naar de wijze waarop Avic bv haar algemene voorwaarden dient op te stellen ter minimalisering van juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid. Deze scriptie vormt het slotstuk van mijn studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Een opleiding die ik met veel motivatie heb doorlopen.

Met diezelfde motivatie ben ik in september 2016 gestart met dit afstudeeronderzoek. In de daaropvolgende periode heb ik kennis mogen maken met de wereld van het Internet of things, een volkomen onbekend terrein voor mij. Daarnaast gaf het onderzoek me de mogelijkheid om me verder te verdiepen in een rechtsgebied wat me al langer aanspreekt, het verbintenissenrecht. Deze combinatie maakte mijn afstudeerperiode bij Avic bv soms lastig, maar erg interessant.

Er zijn een aantal personen die aan de totstandkoming van dit afstudeeronderzoek hebben bijgedragen. Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om mijn dank en waardering uit te spreken aan deze personen. In de eerste plaats gaat mijn dank uit naar de heer Ing. Ruud Klip en de overige werknemers van Avic bv voor de input en betrokkenheid gedurende mijn stageperiode. Daarnaast dank ik mijn stagedocent de heer mr. Bart Hooijdonk voor zijn feedback en het feit dat hij me op verschillende momenten in het gehele proces heeft bijgestuurd om dit rapport van de juiste opzet te voorzien.

Ik wens u veel lees- en leerplezier toe.

Evelien Roest

Zaltbommel, januari 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding	11
1.1 De organisatie.....	11
1.2 Probleembeschrijving	11
1.3 Centrale vraag	12
1.4 Doelstelling.....	12
1.5 Onderzoeksvragen.....	12
1.5.1. Evaluatie uitwerking deelvragen.....	13
1.6 Verantwoording onderzoeksstrategieën.....	13
1.7 Verantwoording bronnen en methoden	14
1.8 Leeswijzer	15
Hoofdstuk 2 De producten en diensten van Avic bv.....	17
2.1 Beschrijving producten en diensten Avic bv	17
2.2 Klanten van Avic bv	18
2.3 Levering producten en diensten (werkproces)	18
2.4 Risico's bij levering producten en diensten.....	19
2.4.1 Verantwoording	20
2.5 Bevindingen	20
Hoofdstuk 3 Minimalisering van de grootste risico's	21
3.1 Exoneratie	21
3.2 Contractuele aansprakelijkheid.....	22
3.2.1 Inperking van het begrip tekortkoming	22
3.2.2 Overmacht bij contractuele aansprakelijkheid.....	23
3.2.3. Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en hulpzaken	24
3.3 Wettelijke aansprakelijkheid	25
3.3.1. Overmacht bij wettelijke aansprakelijkheid	25
3.3.2. Vrijwaring	26
3.3.3 Productaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.....	27
3.4 Het begrip schade.....	28
3.4.1 Directe schade	28
3.4.2. Indirecte schade.....	29
3.4.3. Eigen schuld	30

3.5 Garantie	30
3.5.1. Inspanningsverbintenis	31
3.5.2 Onjuist gebruik	31
3.6 Toepasselijkheid algemene voorwaarden.....	32
3.7 Bevindingen	33
Hoofdstuk 4 Toepasselijkheid algemene voorwaarden	35
4.1 Begripsbepaling.....	35
4.2 Totstandkoming en gebondenheid	35
4.2.1. Uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding	36
4.3. Battle of the forms.....	36
4.4 Vernietiging algemene voorwaarden	38
4.4.1. Grote wederpartijen	39
4.4.2. Overige wederpartijen.....	40
4.5. Wijzigingen in algemene voorwaarden.....	40
4.6 Bevindingen	40
Hoofdstuk 5 Conclusies.....	43
Hoofdstuk 6 Aanbevelingen	47
Bronnenlijst	49

Samenvatting

Avic bv is uitgegroeid tot een belangrijke speler binnen de veelzijdige wereld van het Internet of things, doordat de onderneming een combinatie van zowel eigen ontworpen hardware als software aan haar klanten aanbiedt. De product- en dienstverlening van Avic bv geeft de klant de mogelijkheid om assets op afstand te monitoren, bedienen en beheren. Deze product- en dienstverlening brengt voor de onderneming echter ook verschillende risico's op het gebied van aansprakelijkheid met zich mee. Avic bv wil graag dat deze risico's overzichtelijk in kaart worden gebracht en dat zij advies krijgt over de wijze waarop Avic bv deze risico's kan minimaliseren in haar algemene voorwaarden. Daarnaast wil de onderneming meer inzicht in de problematiek rondom de battle of the forms om te kunnen bewerkstelligen dat de algemene voorwaarden daadwerkelijk van toepassing worden verklaard op overeenkomsten tussen Avic bv en haar klanten.

Om Avic bv een geschikt, onderbouwd advies te kunnen geven over het voornoemde vraagstuk, is als eerste kort kennis gemaakt met de product- en dienstverlening, de klantenkring en het werkproces van de onderneming. Vervolgens zijn de managers van Avic bv geïnterviewd om de risico's m.b.t. de product- en dienstverlening van de onderneming in kaart te kunnen brengen. Deze risico's zijn verwerkt in een risicomatrix, met daarin een beoordeling van elk risico naar hoogte en waarschijnlijkheid.

Nadat de risico's m.b.t. de product- en dienstverlening van Avic bv in kaart zijn gebracht, zijn er mogelijkheden uitgewerkt om deze risico's te beperken door middel van bedingen in de algemene voorwaarden. Bij deze uitwerking zijn de huidige, door Avic bv gehanteerde, ICT-Office voorwaarden getoetst aan de bevindingen van het onderhavige onderzoek. Uit dit onderzoek is o.a. naar voren gekomen dat Avic bv gebruik kan maken van zogenaamde exoneratiebedingen om de verplichting tot schadevergoeding te beperken. Exoneratiebedingen zijn in B2B relaties toegestaan zolang deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar worden bevonden door de rechter. Gelet op jurisprudentie worden exoneratiebedingen voor opzet of bewuste roekeloosheid in elk geval als onaanvaardbaar beoordeeld. Er is onderzocht hoe de verplichting tot schadevergoeding bij een wanprestatie, contractuele aansprakelijkheid, geëxonerend kan worden. Dit blijkt o.a. mogelijk door inperking van het begrip tekortkoming en uitbreiding van het begrip overmacht in de algemene voorwaarden. Daarnaast is onderzocht hoe de verplichting tot schadevergoeding bij een onrechtmatige daad, wettelijke aansprakelijkheid, beperkt kan worden. Dit kan door een beroep op overmacht of het opnemen van een vrijwaringsbeding voor aanspraken van derden in de algemene voorwaarden.

Tevens is onderzocht hoe geleden schade van de vergoedingsplicht uitgesloten of beperkt kan worden in de algemene voorwaarden. Gebleken is dat de ICT-branche hiervoor gebruik maakt van de begrippen directe- en indirecte schade. De vergoeding van directe schade kan gemaximeerd worden tot het bedrag van de factuur (voor één kalenderjaar) en de vergoeding voor indirecte schade kan volledig uitgesloten worden in de algemene voorwaarden. Ook het leerstuk m.b.t. eigen schuld kan de vergoedingsplicht beperken.

Voort is gebleken dat Avic bv garantieclausules kan gebruiken als verkapte aansprakelijkheidsbeperkingen om het risico dat Avic bv hoge kosten voor herstel dient te maken te minimaliseren.

Het risico dat de (nieuwe) set algemene voorwaarden niet van toepassing is op een overeenkomst tussen Avic bv en haar klant, kan geminimaliseerd worden door in een offerte te verwijzen naar de algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden mee te sturen en de offerte voor akkoord te laten ondertekenen. Daarnaast is het van belang dat de algemene voorwaarden van de klant op de juiste wijze uitdrukkelijk van de hand worden gewezen.

Lijst van afkortingen

art.: artikel

artt.: artikelen

BW: Burgerlijk Wetboek

B2B relaties: business-to-business relaties

B2C relaties: business-to-costumer relaties

c.q.: casu quo

e.v.: en verder

Hof: Gerechtshof

HR: Hoge Raad

ICT: informatie- en communicatietechnologie

IoT: Internet of things

IT oplossingen: informatietechnologische oplossingen

jo.: juncto

LegioBox®: LegioBox

m.b.t.: met betrekking tot

MvT: memorie van toelichting

M2M: Machine tot Machine

o.a.: onder andere

pag.: pagina

Rb: Rechtbank

r.o.: rechtsoverweging

SaaS: Software as a Service

t.b.v.: ten behoeve van

telco: telecommunicatie

Vlg.: volgens

VOF: vennootschap onder firma

Hoofdstuk 1 Inleiding

Dit rapport is het verslag van een onderzoek naar de wijze waarop Avic bv juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid voor schade, in business-to-business relaties (hierna te noemen: B2B relaties), kan minimaliseren door het opnemen van bepaalde bedingen in haar set algemene voorwaarden. In de inleiding van dit rapport komen de volgende punten aan bod: een beschrijving van de afstudeerorganisatie, de probleembeschrijving, de centrale vraag, de doelstelling van het onderzoek, de verschillende onderzoeksvragen, een verantwoording van de gehanteerde onderzoeksstrategieën en de daarbij gebruikte bronnen en methoden en ten slotte een leeswijzer.

1.1 De organisatie

Avic bv is de laatste jaren uitgegroeid tot een goedlopend bedrijf binnen de informatietechnologische (hierna te noemen: IT) branche. De onderneming is zowel dienstverlener als productaanbieder van het zogenaamde “Internet of things” (hierna te noemen: IoT). Avic bv biedt als IoT dienstverlener een breed scala aan IT oplossingen voor haar opdrachtgevers. De oplossingen bestaan veelal uit klantgerichte hardware en software in de vorm van “Software as a Service” (hierna te noemen: SaaS). Onder Software as a Service wordt verstaan het op afstand beschikbaar stellen en beschikbaar houden van programmatuur aan een cliënt via internet of een ander netwerk, zonder dat aan cliënt een fysieke drager met de desbetreffende programmatuur wordt verstrekt.¹ Avic bv levert IoT oplossingen om assets op afstand te monitoren, bedienen en beheren voor 32 verschillende markten in binnen- en buitenland.² Men kan hierbij denken aan het monitoren van essentiële koelsystemen in het Erasmus Medisch centrum zodat virussen veilig opgeslagen kunnen worden of het monitoren van tijdelijke gastanks. Met behulp van het internet maken zij waar ook ter wereld technische data toegankelijk. Door te focussen op de vier pijlers “hardware, connectivity, software en hosting” is de onderneming in staat snel en doeltreffend diverse oplossingen te faciliteren.³

1.2 Probleembeschrijving

De product- en dienstverlening van Avic bv brengt verschillende risico's op het gebied van aansprakelijkheid met zich mee. Wie is er bijvoorbeeld aansprakelijk voor schade bij de klant wanneer het monitoren van bepaalde assets niet meer naar behoren gebeurt? Wanneer Avic bv aansprakelijk kan worden gehouden voor deze schade, kunnen de kosten voor de onderneming hoog oplopen. Het is daarom voor Avic bv van belang dat de juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid optimaal ingedekt worden, zodat de onderneming zelf zo min mogelijk schade lijdt en sterk staat bij juridische geschillen. Een manier om dit te kunnen bewerkstelligen, is door middel van het opstellen van specifieke verkoopvoorwaarden voor Avic bv. Verkoopvoorwaarden maken duidelijk welke rechten en plichten een onderneming en de klant ten opzichte van elkaar hebben en kunnen de risico's die een onderneming loopt verkleinen.⁴ Tot op heden maakt Avic bv gebruik van de “ICT~Office Voorwaarden”, opgenomen in bijlage I van dit rapport.⁵ Dit zijn standaard verkoopvoorwaarden die veelvuldig gebruikt worden binnen de wereld van de Informatie- en communicatietechnologie (hierna te noemen: ICT). Echter, deze verkoopvoorwaarden zijn niet specifiek afgestemd op de werkprocessen binnen Avic bv. Dit kan mogelijk voor

¹ ICT~Office voorwaarden, Module 4 “Application service provision, Software as a Service and computerservice”, artikel 1.3.

² “Wie is Avic?”, www.avic.nl zoek op: Home page, geraadpleegd op 30-08-2016.

³ “Wie is Avic?”, www.avic.nl zoek op: Home page, geraadpleegd op 30-08-2016.

⁴ “Waarom algemene voorwaarden?”, www.ondernemingsplein.nl zoek op: algemene voorwaarden, geraadpleegd op 14-09-2016.

⁵ ICT~Office voorwaarden, Module algemeen & ICT~Office voorwaarden, Module 4 “Application service provision, Software as a Service and computerservice”.

problemen zorgen bij juridische geschillen, wanneer blijkt dat de set voorwaarden niet alle (juridische) risico's voor Avic bv indekt.

Daarnaast is er binnen Avic bv onvoldoende kennis met betrekking tot (hierna te noemen: m.b.t.) de toepasselijkheid van en de omgang met verkoopvoorwaarden. De onderneming loopt regelmatig tegen de zogenaamde “battle of the forms” aan, zoals bedoeld in artikel (hierna te noemen: art.) 6:225 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (hierna te noemen: BW). De wetgever heeft in dit artikel bepaald dat wanneer twee bedrijven een overeenkomst met elkaar aangaan, het uitgangspunt is dat degene die als eerste haar algemene voorwaarden van toepassing verklaart, deze algemene voorwaarden mag laten gelden. Men noemt dit de “first shot-rule”. Deze theorie zorgt voor knelpunten bij het aangaan van contracten tussen Avic bv en nieuwe klanten. Want wat als een klant de algemene voorwaarde van Avic bv uitdrukkelijk van de hand wijst en zo ook bepalingen m.b.t. tot de aansprakelijkheid bij schade, opgenomen in de algemene voorwaarden van Avic bv, niet van toepassing zijn op de overeenkomst? Avic bv wil graag aanbevelingen m.b.t. de toepasselijkheid van haar verkoopvoorwaarden.

Om bovenstaande redenen wil Avic bv dat er kritisch onderzoek wordt gedaan naar de juridische risico's die de werkprocessen van de onderneming met zich meebrengen. Zodra deze risico's in kaart zijn gebracht, kan Avic bv haar juridische facetten op het gewenste niveau krijgen door middel van een set passende verkoopvoorwaarden. Daarnaast zal Avic bv meer duidelijkheid krijgen in het te voeren beleid m.b.t. (de omgang met en de toepasselijkheid van) verkoopvoorwaarden. Op deze manier zal de onderneming in de toekomst sterker staan bij eventuele juridische geschillen.

1.3 Centrale vraag

De centrale vraag van dit onderzoek luidt: “Op welke wijze dient Avic bv haar algemene verkoopvoorwaarden op te stellen zodat juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid voor schade bij klanten, in business-to-business relaties, veroorzaakt door de producten en diensten van Avic bv, geminimaliseerd kunnen worden?”

1.4 Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek luidt: Op 10 januari 2017 lever ik een onderzoeksrapport in bij mijn stagedocent, de heer Bart Hooijdonk en mijn stagementor, de heer Ruud Klip, manager Operations bij Avic bv, hetgeen het verslag bevat van het onderzoek dat is gedaan naar de wijze waarop Avic bv haar algemene verkoopvoorwaarden op dient te stellen, zodat juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid geminimaliseerd kunnen worden.

1.5 Onderzoeksvragen

- Welke producten en diensten levert Avic bv en welke juridische risico's brengt levering van deze producten en diensten met zich mee?
- Wat zijn de grootste risico's, die in kaart zijn gebracht door middel van de risicomatrix, en hoe kunnen deze risico's afgedekt worden, conform wet- en regelgeving?
- Op welke wijze kan Avic bv ervoor zorgen, als gebruiker van algemene voorwaarden, dat haar algemene voorwaarden daadwerkelijk van toepassing zijn op overeenkomsten met wederpartijen?

1.5.1. Evaluatie uitwerking deelvragen

Gaandeweg de uitwerking van de vooraf opgestelde deelvragen, bleek dat deelvraag twee niet helemaal paste bij de informatie die naar voren kwam. In de bestudeerde literatuur en rechtspraak werden namelijk verschillende mogelijkheden geboden om aansprakelijkheid in te dekken in de algemene voorwaarden die niet per definitie gekoppeld konden worden aan een feitelijk risico voor Avic bv zoals opgenomen in de risicomatrix. De onderzoeker heeft ervoor gekozen om de verschillende mogelijkheden uit te werken en daar waar het kon concrete voorbeelden c.q. risico's van Avic bv aan deze mogelijkheden te koppelen. Hierbij worden de huidige algemene voorwaarden van Avic bv, de ICT-Office voorwaarden, getoetst aan de bevindingen van het onderhavige onderzoek. Dit maakt dat de deelvraag wel heeft geholpen bij de beantwoording van de centrale vraag van dit onderzoek.

1.6 Verantwoording onderzoeksstrategieën

Avic bv wil graag dat de (juridische) risico's die binnen de onderneming naar voren komen, ten aanzien van hun werkproces, in kaart worden gebracht en vervolgens zo optimaal mogelijk ingedekt worden. Dit wil de onderneming onder andere (hierna te noemen: o.a.) bewerkstelligen door middel van een set passende verkoopvoorwaarden. Er dient onderzoek te worden verricht om de juridische risico's in kaart te kunnen brengen. Er is gekozen voor een kwalitatief onderzoek. Een kwalitatief onderzoek is gericht op het begrijpen van gebeurtenissen en processen.⁶ Dit onderzoek is erop gericht om de werkprocessen van Avic bv te "begrijpen" en op basis daarvan de risico's die gepaard gaan met deze werkprocessen in kaart te brengen. Vervolgens kan Avic bv door middel van passende verkoopvoorwaarden inspelen op de in kaart gebrachte risico's. Bij aanvang van het onderzoek is de keuze gemaakt te starten met het praktijkonderzoek alvorens het onderzoek van het recht plaats zal vinden. Het is aannemelijk om te starten met het praktijkonderzoek omdat kennis dient te worden gemaakt met de producten en diensten van Avic bv om een duidelijk beeld te krijgen van de wijze van ondernemen. De wijze van ondernemen bepaalt immers welke (juridische) risico's spelen binnen Avic bv.

Het praktijkonderzoek start bij deelvraag één met een korte beschrijving van de producten en diensten die Avic bv levert en het in kaart brengen van de (juridische) risico's die deze producten en diensten met zich meebrengen. Dit zal geschieden door middel van een casestudy.⁷ Op deze manier ontstaat er inzicht in de wijze waarop het werkproces zich in de praktijk voltrekt en zullen ook de risico's die hieraan verbonden zijn, in kaart worden gebracht.⁸ Er wordt een stroomdiagram opgesteld voor een overzichtelijk beeld van de gang van zaken binnen Avic bv. Daarnaast worden de risico's in een risicomatrix verwerkt. Een risicomatrix geeft een overzichtelijk beeld van de verschillende risico's die van toepassing zijn bij levering van de producten en diensten van Avic bv. De risico's worden, in overleg met de algemeen directeur, manager Operations en de manager Sales & Marketing, gerangschikt naar mate van de hoogte en waarschijnlijkheid van het risico, waarna bij deelvraag twee de hoogste en/of meest waarschijnlijke risico's verder uitgewerkt worden. Dit is waar het onderzoek van het recht van start zal gaan. Deelvraag twee gaat in op de vraag wat wet- en regelgeving bepaalt over de wijze waarop de meest essentiële risico's afgedekt kunnen worden. Dit gebeurt aan de hand van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Door middel van het analyseren en interpreteren van relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie wordt uitsluitend gegeven over de toelaatbaarheid van de wijze waarop risico's ingedekt kunnen worden. Ten slotte wordt er bij deelvraag drie stilgestaan bij de omgang met en de toepasselijkheid van de verkoopvoorwaarden van Avic bv. Ook dit gebeurt door middel van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. De bepalingen in het Burgerlijk Wetboek en

⁶ Van Schaaijk 2011, pagina (hierna te noemen: pag.) 79.

⁷ Van Schaaijk 2011, pag. 80.

⁸ Van Schaaijk 2011, pag. 81.

relevante jurisprudentie zullen uitgewerkt worden om duidelijkheid te geven in de wijze waarop Avic bv ervoor kan zorgen dat de algemene voorwaarden daadwerkelijk van toepassing zijn op overeenkomsten met wederpartijen. Hierbij wordt enkel ingegaan op relevante wet- en regelgeving voor B2B relaties.

De resultaten, die uit het hiervoor beschreven onderzoek volgen, zullen de basis vormen voor conclusies en aanbevelingen m.b.t. de huidige verkoopvoorwaarden waarna wordt voorgesteld om enkele van deze voorwaarden te specificeren voor de situatie bij Avic bv. Daarnaast zullen er aanbevelingen worden gegeven m.b.t. de omgang met en de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, zodat Avic bv ervoor kan zorgen dat deze voorwaarden daadwerkelijk van toepassing zijn op overeenkomsten met wederpartijen.

1.7 Verantwoording bronnen en methoden

Zoals in paragraaf 1.6 naar voren is gekomen, start het onderzoek met het in kaart brengen van de producten en diensten van Avic bv. De bronnen die geraadpleegd worden bij deze eerste deelvraag zijn enerzijds documenten zoals brochures, presentaties en gebruikshandleidingen van Avic bv en anderzijds informatie van de werknemers van Avic bv. De werknemers van Avic bv kunnen als informanten informatie verschaffen over de producten, diensten en het werkproces binnen Avic bv.⁹ De methodes die hiervoor gebruikt worden zijn het analyseren van de inhoud van de documenten en het interviewen van de werknemers. Er wordt gestart met het interviewen van de algemeen directeur, de heer Bert de Vries, de manager Sales & Marketing de heer Bart Spee en manager Operations, de heer Ruud Klip. Zij zijn in november 2002 van start gegaan met de oprichting van Avic bv en zijn dus vanaf dag één gemoeid geweest met alle werkprocessen binnen Avic bv. Met hun kennis m.b.t. de werkwijze binnen Avic bv en de daaraan verbonden risico's kan de basis worden gelegd voor het stroomdiagram en de risicomatrix. Vervolgens zullen overige werknemers gevraagd worden om hun visie op de risicomatrix te geven. Op deze manier ontstaat er een zo'n volledig mogelijk beeld van alle risico's binnen de onderneming. De interviews zullen een open karakter hebben, zodat de werknemers de mogelijkheid krijgen vrij te vertellen over de producten en diensten en de risico's die daarbij naar voren komen.¹⁰ De resultaten van de interviews zullen leiden tot het opstellen van het stroomdiagram en de risicomatrix.

Vervolgens worden bij deelvraag twee de grootste risico's weergegeven en uitgewerkt. De deelvraag geeft antwoord op de vraag op welke wijze deze risico's afgedekt kunnen worden conform wet- en regelgeving, waarna passende conclusies en aanbevelingen kunnen worden getrokken m.b.t. de huidige verkoopvoorwaarden. Om op correcte wijze antwoord te kunnen geven op deze vraag zullen rechtsbronnen, zoals de wet en jurisprudentie geraadpleegd worden. Voornamelijk het Burgerlijk Wetboek en het Tekst en Commentaar bij het Burgerlijk Wetboek, maar ook jurisprudentie zullen belangrijke informatiebronnen zijn m.b.t. de regelgeving omtrent verkoopvoorwaarden.¹¹ De voornaamste reden hiervoor is het feit dat verkoopvoorwaarden nooit in strijd met het dwingende recht mogen zijn. Daarnaast zal er vakliteratuur, zie literatuurlijst, en informatie van het internet geraadpleegd worden voor inzicht en verdere uitleg van wettelijke bepalingen. De methode die gebruikt wordt voor de beantwoording van deze deelvraag is de inhoudsanalyse. De relevante rechtsbronnen en de literatuur zullen geanalyseerd en uitgewerkt worden naar de hand van de naar voren gekomen risico's in de werkprocessen binnen Avic bv.

Bij deelvraag drie wordt er ingegaan op de vraag wat Avic bv, als gebruiker van algemene voorwaarden, dient te bewerkstelligen om ervoor te zorgen dat de algemene voorwaarden

⁹ Van Schaaijk 2011, pag. 85.

¹⁰ Van Schaaijk 2011, pag. 88.

¹¹ J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2013.

daadwerkelijk van toepassing zijn op overeenkomsten met wederpartijen. Ook hiervoor zullen verschillende rechtsbronnen geraadpleegd worden, zoals het Burgerlijk Wetboek (inclusief Tekst en Commentaar bij dit wetboek) en relevante jurisprudentie. Tevens zal vakliteratuur de noodzakelijke toelichting geven m.b.t. de omgang met en de toepasselijkheid van de verkoopvoorwaarden. De relevante vakliteratuur wordt opgenomen in de literatuurlijst. Door middel van een inhoudsanalyse van deze rechtsbronnen en de vakliteratuur kunnen duidelijke aanbevelingen gegeven worden aan Avic bv m.b.t. de omgang met en de toepasselijkheid van verkoopvoorwaarden.

1.8 Leeswijzer

In de leeswijzer wordt de opbouw van het rapport uitgewerkt. Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag van dit onderzoek zijn er drie deelvragen opgesteld. In de hoofdstukken twee tot en met vier wordt, per deelvraag, antwoord gegeven op deze deelvragen. Hoofdstuk twee gaat in op de product- en dienstverlening van Avic bv. Hierbij wordt o.a. een omschrijving gegeven van de producten, diensten en klanten van Avic bv. Daarnaast wordt het werkproces in kaart gebracht en worden de daarbij horende (juridische) risico's weergegeven in een risicomatrix. Vervolgens worden in hoofdstuk drie de grootste risico's verder uitgewerkt en wordt er weergegeven hoe Avic bv deze risico's, conform wet- en regelgeving, af kan dekken, door middel van bedingen in een set algemene voorwaarden. Hierbij worden de huidige algemene voorwaarden van Avic bv, de ICT-Office voorwaarden, getoetst aan de bevindingen van het onderhavige onderzoek. Hoofdstuk vier geeft hierna antwoord op de vraag hoe Avic bv ervoor kan zorgen dat haar algemene voorwaarden daadwerkelijk van toepassing zijn op overeenkomsten met wederpartijen. Ten slotte geeft hoofdstuk vijf de conclusie van het onderzoek, welke antwoord geeft op de onderzoeksvraag die centraal staat in dit onderzoeksrapport en worden er in hoofdstuk zes concrete aanbevelingen gedaan voor Avic bv. Door het onderzoek op deze wijze op te stellen, kan er een compleet beeld van de huidige situatie en de gewenste situatie bij Avic bv gevormd worden alvorens er antwoord wordt gegeven op de centrale vraag van het rapport.

Hoofdstuk 2 De producten en diensten van Avic bv

In dit hoofdstuk wordt kennisgemaakt met de producten en diensten van Avic bv. Deze kennismaking is van belang om een duidelijk beeld te krijgen van de producten en diensten van Avic bv, om zo ook de risico's die hieraan verbonden zijn, in kaart te kunnen brengen. De eerste paragraaf geeft een beschrijving van de producten en diensten van Avic bv, de tweede paragraaf gaat in op de verschillende klanten van Avic bv en paragraaf drie behandelt het werkproces bij levering van de producten en diensten. Vervolgens wordt in paragraaf vier een toelichting gegeven bij de risicomatrix waarin de risico's zijn verwerkt en tot slot geeft paragraaf vijf de bevindingen van dit hoofdstuk weer.

2.1 Beschrijving producten en diensten Avic bv

Zoals in het vorige hoofdstuk al naar voren is gekomen, levert Avic bv IoT-oplossingen om processen, systemen en machines op afstand te kunnen monitoren, bedienen en beheren. Om dit te kunnen bewerkstelligen, heeft Avic bv eigen hardware en software ontworpen. Met behulp van deze technologie is de klant sneller in staat om op storingen te reageren. Daarnaast kan de klant met behulp van een eenvoudig online dashboard volledige inzicht krijgen in een machine of een proces.¹² Avic bv biedt haar producten en diensten aan in 32 verschillende markten in binnen- en buitenland. Men kan hierbij o.a. denken aan de industriector, de gezondheidszorg, de mobiliteitssector en de retail sector.¹³ De product- en dienstverlening van Avic bv bestaat enkel uit B2B relaties.

De belangrijkste door Avic bv ontwikkelde hardware noemt men de LegioBox® (hierna te noemen: LegioBox). Deze box monitort, eventueel met behulp van accessoires, de assets van de klant en deelt de informatie met het online platform genaamd Avision. De LegioBoxen zijn voor de klant als het ware extra ogen in het veld, een ondersteunend middel om machines en processen nauwlettend in de gaten te kunnen houden. Een LegioBox bevat vrijwel altijd een simkaart om data veilig en betrouwbaar te communiceren naar Avision.¹⁴ Afhankelijk van de klant, wordt de interne accu van een LegioBox opgeladen door middel van de voedingspanning. Avision is altijd en overal toegankelijk voor haar gebruikers. In Avision kunnen klanten de binnengekomen data bedienen en beheren. De klant kan in Avision precies aangeven welke processen gemonitord dienen te worden door de LegioBox en met welke frequentie. Zodra er afwijkend gedrag gemonitord wordt, neemt de LegioBox zelf het initiatief tot communiceren met Avision. Avision informeert de klant vervolgens automatisch over het afwijkende gedrag. Dit gebeurt op een door de klant ingestelde wijze, veelal door middel van het verzenden van de alarmering per mail en/of sms-bericht naar de klant.

Een geschikt voorbeeld van een van de gebruikers van de producten en diensten van Avic bv is Rijkswaterstaat. Rijkswaterstaat probeert het ontstaan van gladheid door winterse omstandigheden zoveel mogelijk te voorkomen door middel van de inzet van 542 strooiwagens en 350 sneeuwpluogen.¹⁵ Veel van deze strooiwagens van Rijkswaterstaat zijn uitgerust met een LegioBox van Avic bv. De boxen zijn geprogrammeerd om de route van een strooiwagen te monitoren. De LegioBox houdt bij waar op de gereden route er gestrooid is en met welke hoeveelheid zout er gestrooid wordt. Daarnaast kan Rijkswaterstaat in Avision routes toevoegen wanneer er bijvoorbeeld meldingen binnenkomen over gladde wegen die (nog) niet gestrooid zijn. Deze data is voor Rijkswaterstaat essentieel, niet alleen om de gereden route van de wagen nauwlettend in de gaten te kunnen houden, maar ook

¹² BlueBook Avic bv 2008, onder 1.1 Beleid.

¹³ "Markten", www.avic.nl zoek op: Home page, markten, geraadpleegd op 28-09-2016.

¹⁴ "Een Internetverbinding via het mobiele netwerk", www.avic.nl zoek op: Ondersteuning, Downloads, Connectivity (NL), geraadpleegd op 03-10-2016.

¹⁵ "Winter op de weg", www.rijkswaterstaat.nl zoek op: Winter op de weg, Gladheid, geraadpleegd op 05-10-2016.

om aan derden te kunnen aantonen dat Rijkwaterstaat aan haar verplichting heeft voldaan wanneer er bijvoorbeeld ongelukken ontstaan door de winterse omstandigheden op de weg.

Een ander voorbeeld is de relatie tussen Avic bv en diverse netbeheerders. De taak van deze beheerders is het onderhouden en beheren van energie-transportnetwerken. Avic bv heeft o.a. LegioBoxen geleverd aan “Rendo Netwerken NV”, de regionale netwerkbeheerder van gas en elektriciteit in de provincie Drenthe.¹⁶ Rendo Netwerken NV kan met behulp van de LegioBoxen het afname gedrag van het net real-time inzichtelijk maken in Avision. Bij storingen zendt Avision automatisch een alarm naar de juiste monteur om de verstoring zo snel mogelijk te kunnen verhelpen.

2.2 Klanten van Avic bv

De klantenkring van Avic bv is onder te verdelen in klanten die de producten en diensten van Avic bv doorleveren aan derden, ook wel business partners genoemd, en klanten die zelf eindgebruiker van de producten en diensten zijn. Slechts enkele klanten van Avic bv zijn daadwerkelijk eindgebruikers van de producten en diensten. Een voorbeeld van een klant die tevens eindgebruiker is van de producten en diensten van Avic bv is Bart's retail B.V., de organisatie achter de bekende Bakker Bart formule. Bart's retail B.V. heeft een direct contract met Avic bv en maakt gebruik van LegioBoxen om temperaturen in de bakkerij van de fabriek te monitoren en beheren. Een voorbeeld van een klant die de producten en diensten van Avic bv door levert aan derden is Elscolab B.V. Elscolab B.V. is een leverancier van o.a. laboratoriumapparatuur en verbruiksmaterialen zoals vriezers, koelkasten en biologische veiligheidskasten. Deze producten zijn vooral gekend in de life-science wereld.¹⁷ Elscolab B.V. heeft de LegioBox van Avic bv, onder haar eigen label, opgenomen in haar portfolio, zodat zij een extra dienst kan verlenen aan haar klanten. Elscolab B.V. biedt de LegioBox van Avic bv aan als “Lab Safety Monitor”, een temperatuurbewaking- en registratie accessoire bij bijvoorbeeld een koelkast en/of vriezer.¹⁸ Een van de afnemers van de LegioBoxen, zoals aangeboden op de website van Elscolab B.V., is het Erasmus Medisch Centrum te Rotterdam. Andere business partners van Avic bv zijn Biddle, een bedrijf wat zorgt voor innovatieve klimaatoplossingen op het gebied van verwarming, ventilatie en koeling, en Stedin, een netbeheerder voor gas en elektriciteit.¹⁹

Het wezenlijke verschil tussen beide klanten is dat bij de klant die eindgebruiker van de producten en diensten van Avic bv is, de overeenkomst, met de daarbij behorende algemene voorwaarden, wordt gesloten tussen deze klant en Avic bv. Bij de klant die de producten en diensten van Avic bv aanbiedt aan derden zijn er twee overeenkomsten. Ten eerste de overeenkomst tussen Avic bv en de klant en ten tweede de overeenkomst tussen de klant en de eindgebruiker. Hoofdstuk drie zal uitwijzen of het feit dat het gros van de klanten van Avic bv de producten en diensten van Avic bv door levert aan eindgebruikers positieve- dan wel negatieve gevolgen heeft voor Avic bv met het oog op aansprakelijkheidstelling bij schade.

2.3 Levering producten en diensten (werkproces)

Het werkproces van Avic bv gaat van start zodra een (potentiële) klant zich meldt bij Avic bv. Een klant kan zich zowel mondeling (telefonisch), schriftelijk als elektronisch (per mail) melden. Na een inventarisatie van de wensen van de klant, wordt er door Avic bv een offerte

¹⁶ “Distributienet beheer”, www.avic.nl zoek op: *Projecten, Distributienet beheer*, geraadpleegd op 17-10-2016.

¹⁷ “Instrumenten voor uw industriële processen en laboratorium materiaal”, www.elscolab.com zoek op: *Home page*, geraadpleegd op 16-11-2016.

¹⁸ Zie “Draadloos Temperatuurbewaking &- registratie”, www.elscolab.com zoek op: *Producten, Storage – Apparatuur, Draadloos Temperatuurbewaking &- registratie*, geraadpleegd op 16-11-2016.

¹⁹ Zie “Marktbenadering”, www.avic.nl zoek op: *Home, partners, marktbenadering*, geraadpleegd op 03-01-2017.

opgemaakt. Wanneer de klant akkoord gaat met de offerte, dient de klant dit schriftelijk te bevestigen.²⁰ Dit kan door middel van een ondertekening van de offerte of een opdrachtbevestiging via e-mail, verwijzend naar de offerte. Na deze ondertekening wordt de offerte opdracht casu quo (hierna te noemen: c.q.) order.

De product- en dienstverlening van Avic bv kan bestaan uit drie componenten; het leveren van hardware, het leveren van software/hosting (SaaS) en ten slotte het al dan niet leveren van consultancy.

De hardware c.q. LegioBox wordt samengesteld, getest en geleverd volgens de order. De facturering van hardware vindt plaats na levering van de order. De klant is vervolgens zelf verantwoordelijk voor het plaatsen en in bedrijf nemen van de LegioBox. Bij levering van software/hosting wordt, in samenspraak met de klant, de benodigde software ingericht ofwel geconfigureerd en getest. De softwaredienstverlening wordt aangeboden voor een bepaalde tijd, veelal één jaar. Na dat jaar wordt gekeken of het contract verlengd gaat worden of dat de samenwerking eindigt. Bij contractverlening wordt de waarde van het contract nogmaals bepaald. Wanneer deze waarde hoger of lager ligt dan de oorspronkelijke waarde van het contract, wordt er een nieuw contract opgemaakt. Het kan eventuele contractonderhandelingen met zich meebrengen alvorens het contract al dan niet verlengd wordt. De levering van consultancy houdt in dat nieuwe klanten of bestaande klanten met nieuwe software een training wordt aangeboden m.b.t. het werken met Avision.

Het primaire proces van Avic bv, de handelingen die nodig zijn voor het leveren van de producten en diensten, met als doel het voldoen aan de eisen en wensen van de klant en de organisatie, is weergegeven in een flowchart.²¹ Deze flowchart is opgenomen in bijlage II van het rapport. Daarnaast vinden binnen Avic bv enkele secundaire processen plaats, deze processen dienen om het primaire proces goed en ongestoord te laten functioneren.²² Het betreft hier de selectie en de beoordeling en werving van leveranciers, de selectie en het opleiden van medewerkers en ten slotte het afhandelen van klachten ter verbetering van het primaire proces.

Het is voor Avic bv belangrijk dat zij beseft dat het opmaken van de offerte en de eventuele onderhandelingen m.b.t. de inhoud van de offerte een cruciaal moment is m.b.t. de toepasselijkheid van algemene voorwaarden.²³ Hierover meer in hoofdstuk vier.

2.4 Risico's bij levering producten en diensten

Zoals gezegd brengt de product- en dienstverlening van Avic bv vele risico's met zich mee. Wat als de LegioBox op een strooiwagen van Rijkswaterstaat verkeerde gegevens deelt met Avision en er blijkt op een gevaarlijke weg helemaal niet gestrooid te zijn? Wanneer Avic bv (mede) aansprakelijk wordt gehouden voor de geleden schade, ontstaan bij een ongeluk op de weg die niet gestrooid blijkt te zijn, hangt Avic bv het risico tot het vergoeden van een hoge schade boven het hoofd.

Door middel van risicomanagement kunnen dergelijke risico's beheerst worden. Onder risicomanagement wordt verstaan: het beheersen van statische risico's binnen organisaties met als doel dat de organisatie bij het realiseren van haar doelstellingen niet door statische risico's en de gevolgen daarvan wordt gestoord.²⁴ Voor Avic bv is deze doelstelling het verkopen, ontwikkelen en leveren van hardware en softwarediensten ten behoeve van "Machine to Machine" (hierna te noemen: M2M).²⁵ M2M, de communicatie tussen

²⁰ BlueBook Avic bv 2008, onder 2.1.2.4. Opdracht.

²¹ BlueBook Avic bv 2008, onder 2 Operationele processen.

²² Marcus & Van Dam 2012, pag. 330.

²³ Bijlage II: Flowchart werkproces Avic bv, bij nummer twee tot en met acht.

²⁴ Marcus & Van Dam 2012, pag. 403.

²⁵ BlueBook Avic bv 2008, onder 1.1 Beleid.

verschillende machines, wordt hedendaags IoT genoemd. Avic bv wil de risico's op het gebied van aansprakelijkheid voor schade bij de klant, door levering van haar producten en diensten, beheersen door middel van een passende set algemene voorwaarden waarin deze risico's (juridisch) afgedekt worden.

2.4.1 Verantwoording

De risico's zijn in kaart gebracht door het interviewen van de algemeen directeur en de managers binnen Avic bv. Vervolgens zijn de risico's verwerkt in een risicomatrix. De risico's zijn verdeeld in vier categorieën. De categorieën "hardware en software", de categorie "bedrijfsvoering" en de categorie "risico's door toedoen van derden". De pijlers hardware en software zijn elk een categorie omdat deze pijlers een compleet beeld geven van het product- en dienstverlening van Avic bv. De categorie bedrijfsvoering is toegevoegd omdat Avic bv, net als iedere onderneming, te maken krijgt met risico's als brand, inbraak en/of wanbetalers. Ten slotte is de categorie risico's door toedoen van derden toegevoegd aan de risicomatrix. Binnen deze categorie zijn de risico's opgenomen die (mede) veroorzaakt worden door derden en gevolgen voor Avic bv met zich meebrengen. Per risico is de hoogte, de waarschijnlijkheid en een omschrijving van het risico weergegeven.

De centrale vraag van dit onderzoek is gericht op de wijze van minimaliseren van de risico's op het gebied van aansprakelijkheid voor schade bij klanten door levering van de producten en diensten van Avic bv. Om deze reden wordt in het verloop van dit rapport enkel nog uitgebreid ingegaan op de risico's op het gebied van aansprakelijkheid. De overige risico's worden buiten beschouwing gelaten, maar zijn volledigheidshalve opgenomen in de matrix. De matrix is opgenomen in bijlage III van het rapport.

2.5 Bevindingen

Avic bv heeft eigen hardware en software ontworpen om processen, systemen en machines op afstand te kunnen monitoren, bedienen en beheren. Door gebruik te maken van de technologie van IoT is de klant sneller en beter in staat om op storingen te reageren. De klantenkring van Avic bv is onder te verdelen in eindgebruikers en klanten die de producten en diensten van Avic bv doorverkopen aan de uiteindelijke eindgebruikers. Het verschil tussen deze categorieën is het feit dat er bij de klanten die tevens eindgebruiker van de producten en diensten van Avic bv zijn een rechtstreeks contract is tussen beide partijen. Bij de klanten die de producten en diensten doorverkopen aan de uiteindelijke eindgebruikers, zijn er twee contracten. Enerzijds het contract tussen Avic bv en de klant die de producten en diensten doorverkoopt en anderzijds het contract tussen voornoemde klant en de eindgebruiker van de producten en diensten. Het werkproces rondom de levering van de product- en dienstverlening van Avic bv kan bestaan uit drie componenten; het leveren van hardware, het leveren van software (SaaS) en het al dan niet leveren van consultancy. Deze drie componenten worden op de in het stroomdiagram getoonde wijze geleverd aan de klant. De product- en dienstverlening van Avic bv brengt verschillende risico's op het gebied van aansprakelijkheid met zich mee. Deze risico's zijn in kaart gebracht na overleg met de werknemers van het bedrijf en zijn weergegeven in een risicomatrix welke is opgenomen in bijlage III van het rapport.

In het volgende hoofdstuk zal het onderzoek van het recht van start gaan. Er zullen verschillende mogelijkheden om aansprakelijkheid te minimaliseren in de algemene voorwaarden uitgewerkt worden. De mogelijkheden zullen waar mogelijk gekoppeld worden aan concrete risico's voor Avic bv.

Hoofdstuk 3 Minimalisering van de grootste risico's

Nu de feitelijke risico's betreffende de product- en dienstverlening van Avic bv in kaart zijn gebracht, kan worden bepaald in welke gevallen een kans op een in potentie zeer aanzienlijke schade wordt gelopen wanneer de feitelijke risico's zich zouden verwezenlijken. Vervolgens wordt er weergegeven hoe deze risico's afgedekt kunnen worden. Hierbij wordt voorgesteld om enkele branchevoorwaarden te specificeren voor de situatie bij Avic bv.

Het is van belang dat Avic bv haar algemene voorwaarden zo opstelt dat de risico's op aansprakelijkheidsstelling voor schade bij klanten en/of derden geminimaliseerd worden. Indien Avic bv niets over aansprakelijkheid met haar klant zou regelen, dan geldt dat Avic bv ongelimiteerd aansprakelijkheid is voor alle geleden schade. Dit volgt zowel uit de wet als uit jurisprudentie.²⁶ Aansprakelijkheid kan op verschillende manieren afgedekt worden. Deze manieren zullen hieronder worden besproken.

3.1 Exoneratie

Een wijze om aansprakelijkheid te beperken is door het opnemen van een "exoneratiebeding" in de algemene voorwaarden. Onder exoneratie wordt verstaan: de beperking van de verplichting tot schadevergoeding die ontstaat door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad.²⁷ De praktijk kent vele vormen van exoneratiebedingen. Zo kan een onderneming de aansprakelijkheid voor de gedragingen van bepaalde personen of bepaalde soorten schade beperken en/of uitsluiten door middel van een exoneratiebeding.

De regels die gelden voor een exoneratiebeding zijn tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak.²⁸ Zo geldt voor algemene voorwaarden in B2C relaties dat exonereren wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn.²⁹ Voor B2B relaties is dit uitgangspunt anders. Bij B2B relaties brengt de contractvrijheid met zich mee dat partijen in beginsel vrij zijn om de inhoud van een overeenkomst te bepalen.³⁰ Dit geeft Avic bv derhalve de mogelijkheid om verplichtingen tot schadevergoeding, uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad, contractueel uit te sluiten of te beperken.³¹ Jurisprudentie wijst uit dat de uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid echter niet onaanvaardbaar mag zijn. In het arrest Hoge Raad (hierna te noemen: HR) *Saladin/HBU* is deze beperkende werking van redelijkheid en billijkheid voor het eerst erkend.³² De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat geen beroep op een exoneratiebeding kan worden gedaan. Factoren die bij de waardering van de omstandigheden o.a. een rol spelen zijn;

- de zwaarte van de schuld, met daarbij in acht genomen de aard en ernst van de bij de gedraging betrokken belangen;
- de aard en verdere inhoud van de overeenkomst;
- de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen;
- de wijze waarop het beding tot stand is gekomen;
- de mate waarin de wederpartij van de strekking van het beding op de hoogte was;

²⁶ Oosterveen & Frenk/Lindenbergh, in *Tekst en commentaar BW 6, Titel 1, Afd. 10, art. 6:95 aant. 2 & 6:96, aant. 1*. Volgt ook uit: HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387 (*Rijnstate/R.*).

²⁷ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, pag. 314 & 315.

²⁸ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, pag. 315.

²⁹ Volgens (hierna te noemen: vlg.) Art. 6:233 sub a jo. 6:237 sub f BW (Grijze lijst).

³⁰ Brahn & Reehuis 2010, pag. 240.

³¹ De Graaf 2006, pag. 1 (online geraadpleegd).

³² HR 19 mei 1967, NJ 1967/261 (*Saladin/HBU*). De lijst met omstandigheden is niet limitatief.

Een voorbeeld van een onaanvaardbaar exoneratiebeding, zo volgt uit vaste jurisprudentie, is een beding voor opzettelijk of door bewuste roekeloosheid veroorzaakte schade.³³ Ook een ongeclausuleerde aansprakelijkheidsuitsluiting waarin staat dat de leverancier niet aansprakelijk is voor enige vorm van schade, zonder de toevoeging dat dit behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemers van de leverancier is, is op grond van jurisprudentie onaanvaardbaar.³⁴ Avic bv dient daarom, om discussie te voorkomen, in haar algemene voorwaarden een bepaling op te nemen waarin staat dat uitsluiting van aansprakelijkheid vervalt indien en voor zover de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. De huidige, door Avic bv gehanteerde, ICT-Office voorwaarden bevat deze bepaling onder punt 12.5.

In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de mogelijkheden om contractuele aansprakelijkheid in te dekken. Vervolgens behandelt paragraaf 3.3 de mogelijkheden voor wettelijke aansprakelijkheid en worden in de daaropvolgende paragrafen overige, voor Avic bv relevante, wijzen om aansprakelijkheid in te dekken uitgewerkt.

3.2 Contractuele aansprakelijkheid

Naast een situatie waarbij sprake is van schade door opzet of bewuste roekeloosheid, bestaat de situatie waarbij Avic bv aansprakelijk wordt gesteld voor schade als gevolg van een wanprestatie. Men spreekt in dat geval van contractuele aansprakelijkheid. Een wanprestatie ontstaat bij een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, zo bepaalt art. 6:74 BW.³⁵ Wanneer er sprake is van een wanprestatie, kan de wederpartij een schadevergoeding vorderen bij de leverancier, in dit geval Avic bv.³⁶ Avic bv dient in dat geval, op grond van de wet en jurisprudentie, de schade te vergoeden die in een zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.³⁷ In de volgende sub paragrafen worden drie mogelijkheden om het risico op contractuele aansprakelijkheid te minimaliseren uitgewerkt. Achtereenvolgens wordt ingegaan op het inperken van het begrip tekortkoming, de uitbreiding van het begrip overmacht en de exoneratie van contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken en hulppersonen.

De verplichting tot nakoming bij een wanprestatie, voor zover deze nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, blijft in dit onderzoek verder onbesproken. Het onderzoek ziet enkel op situaties waarbij schade is geleden waardoor het risico op verplichting tot betaling van een schadevergoeding ontstaat.

3.2.1 Inperking van het begrip tekortkoming³⁸

Contractuele aansprakelijkheid kan op verschillende manieren beperkt worden. Ten eerste bestaat de mogelijkheid om het begrip “tekortkoming” contractueel te beperken. Op deze manier kan Avic bv de klant de mogelijkheid ontnemen om een schadevergoeding te vorderen nu er juridisch geen sprake is van een tekortkoming. Avic bv kan dit

³³ HR 12 december 1997, NJ 1998/208 (*Gemeente Stein/Driessen*). Volgt uit: Valk, in *Tekst en commentaar BW 6, Titel 5, Afd. 4, art. 6:248 lid 2*. Zie bijvoorbeeld in Rb 's-Hertogenbosch 22 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:BJ1472, LJN BJ1472. Zie ook: HR 18 juni 2004, NJ 2004/291 (*Kuunders/Swinkels*).

³⁴ HR 7 december 2001, JOR 2002/44 (*Geeris/Van Beusekom*). Volgt uit: De Graaf 2006, pag 22, (online geraadpleegd).

³⁵ Een toerekenbare tekortkoming betekent dat er geen sprake mag zijn van een overmachtssituatie, waarover meer in paragraaf 3.2.2.

³⁶ Een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van het recht op schadevergoeding is dat de schuldenaar, in dit geval Avic bv, in verzuim verkeerd tenzij nakoming blijvend onmogelijk is.

³⁷ Vlg. Art. 6:74 lid 1 jo. 6:98 BW, afgeleid van HR 20 maart 1970, NJ 1970/251 (*Waterwingebied-arrest*).

³⁸ Vlg. Ruygvoorn 2013, pag. 77.

bewerkstelligen door de volgende bepaling, of een bepaling van soortgelijke strekking, in de algemene voorwaarden op te nemen:

*“Indien het gekochte niet in overeenstemming met de overeenkomst is geleverd, levert dat geen tekortkoming op voor zover het gekochte geschikt is voor het concrete gebruik dat de koper ervan maakt”.*³⁹

In de huidige branchevoorwaarden ontbreekt een dergelijk beding.

3.2.2 Overmacht bij contractuele aansprakelijkheid

De risicomatrix wijst uit dat Avic bv diverse risico's loopt die in beginsel niet rechtstreeks het gevolg zijn van de product- en dienstverlening van Avic bv. Zo loopt Avic bv het risico dat de klant Avic bv aansprakelijk stelt voor schade die ontstaat doordat hardware en/of software onjuist functioneert als gevolg van internet- en/of telco storingen bij de klant.⁴⁰ Deze storingen verhinderen de product- en dienstverlening van Avic bv, maar vallen buiten de wil van Avic bv en kunnen door Avic bv niet altijd vermeden worden. Een ander risico dat buiten de wil van Avic bv valt, is beschreven onder punt 4.4 in de risicomatrix. Het betreft het risico dat het datacenter in Amsterdam uitvalt. Avision draait op servers in een groot datacentrum in Amsterdam. Wanneer dit centrum om wat voor reden dan ook uitvalt, valt Avision uit en kunnen klanten geen assets meer monitoren, bedienen en beheren.

Avic bv kan deze risico's juridisch afdekken door uitbreiding van het begrip overmacht. Het rechtsgevolg van een overmachtssituatie is immers dat de partij die in overmacht verkeert, Avic bv in dit geval, geen schadevergoeding verschuldigd is aangezien de wet aan het recht op schadevergoeding verbindt dat er sprake moet zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Op het moment dat er sprake is van overmacht, ontvalt de toerekenbaarheid.⁴¹

De wet spreekt, in art. 6:75 BW, van een overmachtssituatie wanneer een tekortkoming van de schuldenaar niet kan worden toegerekend indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandelingen of in het verkeer geldende opvattingen. Deze bepaling is van regeland recht. Dit geeft Avic bv de mogelijkheid om in haar algemene voorwaarden nadere invulling te geven aan wat er onder overmacht kan worden verstaan. Op deze wijze kan onenigheid over de uitleg van het begrip overmacht voorkomen worden.⁴² Bovendien minimaliseert dit het risico voor Avic bv dat zij aansprakelijk wordt gesteld voor schade bij klanten veroorzaakt door situaties buiten de wil van Avic bv.

Het beding dat invulling geeft aan het begrip overmacht in de ICT-Office voorwaarden luidt als volgt:

“Geen van partijen is gehouden tot het nakomen van enige verplichting, daaronder begrepen enige tussen partijen overeengekomen garantieverplichting, indien hij daartoe verhinderd is als gevolg van overmacht. Onder overmacht wordt mede verstaan: (i) overmacht van toeleveranciers van leverancier, (ii) het niet naar behoren nakomen van verplichtingen van toeleveranciers die door cliënt aan leverancier zijn voorgeschreven, (iii) gebrekkigheid van zaken, apparatuur, programmatuur of materialen van derden waarvan het gebruik door cliënt aan leverancier is voorgeschreven, (iv) overheidsmaatregelen, (v) elektriciteitsstoring, (vi) storing van internet, computernetwerk- of telecommunicatiefaciliteiten, (vii) oorlog, (viii)

³⁹ Vlg. Ruygvoorn 2013, pag. 77.

⁴⁰ Vlg. Bijlage II: Risicomatrix levering producten en diensten Avic bv, onder 4.2 & 4.5. Deze risico's worden tevens afgedekt door beding 9.5 van de ICT-Office voorwaarden, Module Algemeen.

⁴¹ Ruygvoorn 2013, pag. 117.

⁴² Van Bruggen, Van Dun, De Lange 2002, pag. 51.

*werkbezetting, (ix) staking, (x) algemene vervoersproblemen en (xi) de onbeschikbaarheid van één of meer personeelsleden.*⁴³

De wijze waarop hier invulling is gegeven aan het begrip overmacht sluit aan bij de risico's van Avic bv, zoals opgenomen in de risicomatrix. Zie bijvoorbeeld de risico's onder punt 1.5 tot en met 1.7 waarbij de risico's staan beschreven dat een order verloren of beschadigd raakt bij het transport. Deze risico's zijn te koppelen aan de onder (x) genoemde vervoersproblemen. De risico's op aansprakelijkheidsstelling bij schade, te wijten aan internet- en/of telco problemen bij de klant, worden afgedekt bij onderdeel (vi) en de risico's op aansprakelijkheidsstelling bij schade, te wijten aan een fout door een toeleverancier wordt afgedekt bij onderdeel (ii) en (iii). Ook het risico op uitval van het datacenter in Amsterdam wordt afgedekt door onderdeel (vi).

Een groot gedeelte van de feitelijke risico's bij de levering van de producten en diensten van Avic bv valt buiten de macht van Avic bv. Gebleken is dat deze risico's juridisch afgedekt kunnen worden door een juiste invulling te geven aan het begrip overmacht in de algemene voorwaarden. Voor de klant oogt een dergelijk beding echter niet erg aantrekkelijk. Het kan de klant immers doen vermoeden dat zij zelf een groot risico loopt wanneer een van deze risico's zich verwezenlijkt. Het is Avic bv daarom aan te bevelen om aan haar klanten uit te leggen hoe Avic bv deze risico's probeert te voorkomen. In dat schrijven zullen woorden als "redundantie" en "back-up systemen" voorkomen.

3.2.3. Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en hulpzaken

Art. 6:76 BW bepaalt dat wanneer de schuldenaar, Avic bv, bij de uitvoering van een overeenkomst gebruik maakt van de hulp van andere personen, de schuldenaar voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk is. Een hulppersoon is een ieder die bij de uitvoering van de verbintenis wordt ingeschakeld, dus niet alleen de werknemers van Avic bv, maar ook zelfstandige hulppersonen zoals ingeschakelde uitvoerders.⁴⁴ Art. 6:76 BW is van regeland recht, dit geeft Avic bv mogelijkheid om de aansprakelijkheid voor in te schakelen hulppersonen te beperken in de algemene voorwaarden. Zo is Avic bv, op grond van rechtspraak, o.a. geoorloofd om in haar algemene voorwaarden een exoneration voor opzet of grove schuld van hulppersonen op te nemen.⁴⁵ Daarnaast kunnen overmacht situaties bij hulppersonen ook gelden als overmacht situaties voor Avic bv.⁴⁶ In het overmachtsbeding in de huidige set algemene voorwaarden van Avic bv is deze vorm van overmacht reeds opgenomen. Hiermee kan o.a. het risico zoals omschreven bij punt 4.3 van de risicomatrix geminimaliseerd worden.

Ook voor hulpzaken geldt dat Avic bv het risico loopt dat zij aansprakelijk wordt gesteld voor schade indien er bij de uitvoering van een overeenkomst gebruik wordt gemaakt van een hulpzaak die daartoe ongeschikt blijkt te zijn. Dit volgt uit art. 6:77 BW. Evenals art. 6:75 en 6:76 BW is ook art. 6:77 BW van regeland recht. Om het risico op aansprakelijkheidsstelling bij schade door hulpzaken te voorkomen, kan Avic bv derhalve een bepaling in haar algemene voorwaarden opnemen die deze aansprakelijkheid uitsluit voor schade die wordt veroorzaakt door van derden te betrekken hulpmiddelen voor de uitvoering van de overeenkomst.⁴⁷

⁴³ Vlg. Bijlage I: ICT-Office voorwaarden, Module Algemeen, beding 13.1.

⁴⁴ Olthof, in *Tekst & Commentaar BW*, art. 6:76 BW, aant. 2. Volgt ook uit: HR 14 juni 2002, NJ 2002/495 (*Geldnet/Kwantum*).

⁴⁵ Vlg. Olthof, in *Tekst & Commentaar BW*, art. 6:75 BW, aant. 3. Zie bijvoorbeeld: Rb. Groningen 3 juli 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6941.

⁴⁶ Olthof, in *Tekst & Commentaar BW*, art. 6:76 BW, aant. 3.

⁴⁷ Brahn & Reehuis 2010, pag. 309.

Art. 6:77 BW is vanzelfsprekend overbodig wanneer Avic bv het onderhoud of de controle van de hulpenzaken na heeft gelaten. In dat geval is de tekortkoming op grond van art. 6:74 BW al toerekenbaar aan Avic bv.⁴⁸

3.3 Wettelijke aansprakelijkheid

Naast contractuele aansprakelijkheid, kan aansprakelijkheid ontstaan zonder dat er sprake is van een contractuele band. Deze vorm van aansprakelijkheid wordt de wettelijke aansprakelijkheid genoemd en vloeit voort uit de wet en niet uit een overeenkomst. Een voorbeeld van een situatie waarin Avic bv wettelijk aansprakelijk wordt gesteld voor schade bij een derde is de situatie waarbij een bestuurder van een auto slipt op een gladde weg die eigenlijk door Rijkswaterstaat gestrooid had moeten zijn. Zoals in paragraaf 2.1 omschreven maakt Rijkswaterstaat gebruik van de producten en diensten van Avic bv om het proces van de strooiwagens te monitoren en beheren. De bestuurder van de geslipte auto zal in eerste instantie Rijkswaterstaat aansprakelijk stellen voor de geleden schade. De bestuurder zal echter, zodra hij op de hoogte is van het feit dat Rijkswaterstaat bij haar strooiwerkzaamheden vertrouwt op de producten en diensten van Avic bv, mogelijk ook Avic bv aansprakelijk stellen op grond van een zogenaamde onrechtmatige daad. Onder een onrechtmatige daad wordt verstaan een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁴⁹ De onrechtmatige daad is de belangrijkste bron voor wettelijke aansprakelijkheid.⁵⁰ Wanneer de rechter van oordeel is dat er inderdaad sprake is van een door Avic bv gepleegde onrechtmatige daad jegens de bestuurder van de auto, is Avic bv verplicht de daaruit ontstane schade te vergoeden op grond van art. 6:162 BW.

Het risico dat Avic bv aansprakelijk wordt gesteld op grond van een onrechtmatige daad kan, net als bij contractuele aansprakelijkheid, op verschillende manieren geminimaliseerd worden.⁵¹ Deze manieren zullen in de volgende sub paragrafen verder uitgewerkt worden. Verder gaat paragraaf 3.3.3. kort in op de situatie waarbij een product van Avic bv als gevolg van een productiegebrek onveilig is.

3.3.1. Overmacht bij wettelijke aansprakelijkheid

Voor de vestiging van aansprakelijkheid bij een onrechtmatige daad dient te worden voldaan aan een vijftal vereisten, te weten: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid van de daad aan de dader, schade, causaal verband tussen de daad en schade en de relativiteit.⁵² Een van de opties voor Avic bv om het risico op wettelijke aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad in te perken is door de onrechtmatigheid van een gedraging weg te nemen. Dit kan Avic bv bewerkstelligen door een beroep te doen op het begrip overmacht.⁵³ Anders dan bij contractuele aansprakelijkheid neemt een beroep op overmacht in het geval van wettelijke aansprakelijkheid niet de toerekenbaarheid, maar de onrechtmatigheid van de gedraging weg. Indien Avic bv met succes beroep kan doen op deze rechtvaardigingsgrond vervalt aldus de verplichting tot betaling van een schadevergoeding.

⁴⁸ HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (*Vliegtuigvleugel*).

⁴⁹ Art. 6:162 BW.

⁵⁰ Vlg. Brahn & Reehuis 2010, pag. 340.

⁵¹ De risico's op wettelijke aansprakelijkheid zijn terug te vinden in de risicomatrix zoals opgenomen in bijlage I van dit rapport. Zie bijvoorbeeld: Bijlage I: Risicomatrix levering producten en diensten Avic bv, onder 1.1 & 1.2 & 1.7 & 2.1 & 2.2.

⁵² Vlg. Lindenbergh, in *Tekst en commentaar BW 6, Titel 3, Afdeling 1, art. 6:162, onder 1. Vereisten*. De exacte uitwerking van deze vereisten valt buiten de scope van dit onderzoek en wordt verder buiten beschouwing gelaten.

⁵³ Zie bijvoorbeeld: Rb Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK8875.

Avic bv kan in de algemene voorwaarden invulling geven aan het begrip overmacht. De onderzoeker refereert hiervoor terug naar paragraaf 3.2.2. van dit hoofdstuk.

3.3.2. Vrijwaring

Naast een beroep op overmacht kan Avic bv gebruik maken van een zogenaamd vrijwaringsbeding om het risico op aanspraken van derden, op grond van een onrechtmatige daad, tegen te gaan.

Met een vrijwaringsbeding kan Avic bv zich vrijwaren voor situaties waarbij Avic bv aansprakelijk wordt gesteld voor schade bij derden als gevolg van een mogelijk gebrek in een product of dienst dat door de klant aan een derde is geleverd en mede bestond uit door Avic bv geleverde hardware of software. Met een vrijwaringsbeding is in principe vooraf duidelijk wie van de partijen, in welke gevallen, verantwoordelijk is om de schade te dragen.

In zekere zin kan worden gesteld dat vrijwaringsclausules een tegenhanger van exoneratiebedingen zijn, omdat een vrijwaringsclausule de aansprakelijkheid van de vrijwarende partij uitbreidt ten opzichte van de aansprakelijkheid die die partij anders op grond van de wet zou hebben gehad.⁵⁴ Echter, een vrijwaringsclausule kan in het geval van Avic bv de klant ook verplichten om Avic bv schadeloos te stellen ten opzichte van aanspraken van derden. Dit maakt het voor Avic bv interessant om gebruik te maken van een vrijwaringsclausule in haar algemene voorwaarden.

Een vrijwaringsbeding wordt bij consumentenkoop aangemerkt als onredelijk bezwarend beding.⁵⁵ Dit maakt het beding vernietigbaar op grond van art. 6:233 sub a BW. In B2B relaties geldt deze vernietigingsgrond niet en is men in beginsel dus vrij om vrijwaringsbedingen op te nemen in de algemene voorwaarden. Vrijwaringsclausules zijn dan ook niet meer weg te denken in commerciële contracten.⁵⁶ Hierbij dient opgemerkt te worden dat de kans bestaat dat een beroep op de vrijwaringsclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal worden bevonden.⁵⁷

In de huidige branchevoorwaarden, onder punt 12.9, is een duidelijk vrijwaringsbeding opgenomen wat betreft aansprakelijkheid als gevolg van een gebrek in een product of systeem van Avic bv. Deze bepaling luidt als volgt:

“Cliënt vrijwaart Avic bv voor alle aanspraken van derden wegens productaansprakelijkheid als gevolg van een gebrek in een product of systeem dat door cliënt aan een derde is geleverd en dat mede bestond uit door Avic bv geleverde apparatuur, programmatuur of andere materialen, tenzij en voor zover cliënt bewijst dat de schade is veroorzaakt door die apparatuur, programmatuur of andere materialen.”⁵⁸

In commerciële contracten wordt vaak sterk gelet op de aanwezigheid van vrijwaringsclausules door de vergaande gevolgen van het beding. Het is dan ook denkbaar dat een (potentiële) klant van Avic bv bij eventuele contractonderhandelingen niet akkoord zal gaan met de aanwezigheid van een vrijwaringsclausule in de set algemene voorwaarden. De tenzij-bepaling zoals hierboven toegevoegd aan de vrijwaringsclausule kan in dat geval uitkomst bieden. De bepaling haalt de scherpe randen van het beding af doordat het Avic bv ontziet van de mogelijkheid om beroep te doen op het vrijwaringsbeding wanneer de klant bewijst dat de schade is veroorzaakt door de apparatuur, programmatuur of andere

⁵⁴ Ruygvoorn, Bb 2016/12 “Vrijwaringsclausules; nut valkuilen en geldigheid”.

⁵⁵ Art. 6:236 sub h BW.

⁵⁶ Ruygvoorn, Bb 2016/12 “Vrijwaringsclausules; nut valkuilen en geldigheid”.

⁵⁷ Dat deze mogelijkheid bestaat volgt uit HR 11 januari 1957, NJ 1959/37 (Bovag II-arrest).

⁵⁸ Vlg. Bijlage I: ICT–Office voorwaarden, Module Algemeen, beding 12.9.

materialen van Avic bv.⁵⁹ Ook de rechter zal deze toevoeging meenemen in zijn beoordeling over de vraag of het beroep op het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De bewijsplicht voor de klant m.b.t. deze tenzij-bepaling zal lastig zijn omdat Avic bv vrijwel altijd met succes kan aanhalen dat de schade bij de derde te wijten is aan onjuist gebruik van het product of eigen schuld van de derde dan wel van de klant van Avic bv. Bovendien kan Avic bv aanhalen dat haar product- en dienstverlening slechts ondersteunend bedoeld is. Zoals in hoofdstuk twee aangegeven fungeren de producten en diensten van Avic bv als het ware als “extra ogen in het veld” voor de gebruiker. De onderzoeker bedoelt hiermee dat bijvoorbeeld een koeling vaak, naast de temperatuurmonitor van Avic bv, een eigen temperatuurmeter heeft en dat de klant derhalve niet enkel mag vertrouwen op de producten en diensten van Avic bv.

Het feit dat Avic bv in haar algemene voorwaarden een vrijwaringsbeding opneemt tegen aanspraken van derden, neemt niet weg dat een derde Avic bv kan dagvaarden bij schade. In een dergelijk geval geeft het vrijwaringsbeding Avic bv de mogelijkheid om de klant, in de geschetste casus van deze paragraaf Rijkswaterstaat, te betrekken bij de procedure. Avic bv kan in die procedure pleiten dat, voor zover de rechter Avic bv aansprakelijk stelt voor de geleden schade, deze schade wordt gedragen door Rijkswaterstaat aangezien er een vrijwaringsbeding is overeengekomen tussen Rijkswaterstaat en Avic bv waarin Rijkswaterstaat Avic bv vrijwaart voor aanspraken van derden.

3.3.3 Productaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Zoals opgenomen in art. 6:162 BW en eerder benoemd in deze paragraaf wordt onder een onrechtmatige daad verstaan een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Een onrechtmatige daad kan in B2B relaties echter ook voortvloeien uit het feit dat een product van Avic bv als gevolg van een productiegebrek “onveilig” is. Zo kan een klant schade lijden wanneer een door Avic bv gemonteerde LegioBox tot ontplofing zou komen.⁶⁰ Op grond van Burgerlijk Wetboek 6, Afdeling 3, Titel 3 is de producent in beginsel aansprakelijk voor letselschade en zaakschade in de privésfeer veroorzaakt door een gebrekkig product.⁶¹ Deze afdeling omtrent productaansprakelijkheid is echter niet van toepassing bij B2B relaties.⁶² Dit maakt dat klanten en derden, wanneer er bij Avic bv sprake zou zijn van een gebrekkig product, de daaraan verbonden schade niet kunnen verhalen door een beroep te doen op productaansprakelijkheid zoals opgenomen in Afdeling 3, Titel 3 van het Burgerlijk Wetboek 6, maar terugvallen op de algemene bepalingen omtrent de onrechtmatige daad.

Wil de vordering uit onrechtmatige daad kans van slagen hebben, dan moet worden aangetoond dat de producent, Avic bv, een aan hem toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de schadelijder.⁶³ Uit vaste jurisprudentie hieromtrent volgt dat het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was, schade veroorzaakt, in beginsel als onrechtmatig wordt beoordeeld.⁶⁴ Daarbij komt dat de producent c.q. fabrikant in het algemeen maatregelen moet treffen die van hem, als zorgvuldig fabrikant, kunnen worden gevergd teneinde het voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt. Dit alles strookt met de criteria zoals

⁵⁹ Ruygvoorn, Bb 2016/12 “Vrijwaringsclausules; nut valkuilen en geldigheid”.

⁶⁰ Vlg. Bijlage I: Riscomatrix levering producten en diensten Avic bv, onder 1.2.

⁶¹ Art. 6:185 jo. 6:190 lid 1 BW.

⁶² Vlg. Lankhorst, in *Tekst & Commentaar BW 2015, BW 6, Titel 3, Afdeling 3*. Europese richtlijn: PbEG 1985, nr. L 210/29. Zie ook: MvT, Kamerstukken II 1985/86, 19 636, nr. 3, p.1.

⁶³ Keirse 2012, pag. 156.

⁶⁴ HR 22 oktober 1999, NJ 2000/159 r.o. 3.4 & 3.5 (*Koolhaas/Rockwool*).

opgenomen in de afdeling rondom productaansprakelijkheid en maakt dat het gebrekkigheids criterium zoals neergelegd in art. 6:185 BW ook als onrechtmatigheids criterium kan fungeren.⁶⁵ Voor de uitwerking van de mogelijkheden voor Avic bv om de risico's voor aansprakelijkheidstelling op grond van art. 6:162 BW wegens een gebrekkig product te minimaliseren in haar algemene voorwaarden, verwijst de onderzoeker terug naar de mogelijkheden die eerder in deze paragraaf zijn uitgewerkt.

3.4 Het begrip schade

Wanneer de contractuele aansprakelijkheid niet kan worden uitgesloten door beperking van de vereiste voorwaarden tekortkoming en toerekenbaarheid, of wanneer de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad vast staat, bepalen de artikelen (hierna te noemen: artt.) 6:95 e.v. BW de omvang van de schadevergoedingsplicht. De artikelen zijn grotendeels van regelend recht wat maakt dat Avic bv de mogelijkheid heeft om schade van de vergoedingsplicht uit te sluiten of te beperken c.q. maximaliseren. In de volgende sub paragrafen wordt weergegeven hoe Avic bv dit kan bewerkstelligen.

3.4.1 Directe schade

Binnen de ICT-branche wordt het begrip schade vaak opgesplitst in directe- en indirecte schade. Met directe schade wordt de schade om een wanprestatie of onrechtmatige daad als zodanig te herstellen bedoeld. Indirecte schade ziet op de verderweg gelegen schade, zoals gederfde omzet.⁶⁶

Bij directe schade gaat het aldus om de schade als direct gevolg van een fout of storing. Om te illustreren welke vormen van directe schade aan de orde komen bij de product- en dienstverlening van Avic bv, wordt er gebruik gemaakt van een fictieve casus. De B2B relatie tussen Albert Heijn en Avic bv wordt hierbij als uitgangspunt genomen. Avic bv levert LegioBoxen met een SaaS abonnement aan verschillende supermarkten van de Albert Heijn. Albert Heijn maakt gebruik van deze LegioBoxen om de temperatuur van de koelingen te monitoren. Wanneer de situatie zich voordoet dat een LegioBox defect raakt, kan de temperatuur niet meer gemonitord worden naar Avision. Daarnaast kunnen er bij een storing in Avision geen alarmen naar de supermarkt worden verzonden wanneer de koelingen een afwijkende temperatuur weergeven. Directe schadeposten voor de Albert Heijn kunnen in dit geval zijn; de kosten voor het vernietigen van de inhoud van de koelingen nu Albert Heijn de kwaliteit en de versheid van deze producten niet langer kan garanderen en de kosten voor de (juridische) afhandeling van het defect met Avic bv. Albert Heijn zal trachten Avic bv aansprakelijk te stellen voor deze directe schadeposten.⁶⁷

In de huidige ICT-Office voorwaarden wordt gebruik gemaakt van een aansprakelijkheidslimiet. De vergoeding van directe schade wordt hierbij beperkt tot maximaal het bedrag van de voor de overeenkomst bedongen prijs. Daarnaast stelt het betreffende beding dat, indien de overeenkomst hoofdzakelijk een duurovereenkomst met een looptijd van meer van één jaar betreft, de vergoeding wordt gesteld op het totaal van de vergoedingen voor één jaar. De totale aansprakelijkheid van de leverancier, in dit geval Avic bv, bedraagt in de branchevoorwaarden in geen geval meer dan € 500.000,00.⁶⁸ Dit maximum wordt vaak gegeven als absoluut maximum om dure maanden te kunnen dekken.⁶⁹ Dit bedrag kan met het oog op de product- en dienstverlening van Avic bv

⁶⁵ Keirse 2012, pag. 157.

⁶⁶ "Beperking van uw aansprakelijkheid: wat is indirecte of gevolgschade?", www.ictrecht.nl, zoek op: *indirecte schade*, geraadpleegd op: 24-10-2016.

⁶⁷ Vlg. Bijlage I: Risicomatrix levering producten en diensten Avic bv, onder 1.1, 2.1, 2.2.

⁶⁸ Vlg. ICT-Office voorwaarden Module Algemeen, beding 12.1.

⁶⁹ "Beperken van uw aansprakelijkheid: wat is indirecte of gevolgschade?", www.ictrecht.nl, zoek op: *indirecte schade*, geraadpleegd op 10-12-2016.

verminderd worden naar bijvoorbeeld € 100.000,00 aangezien geen van de overeenkomsten tussen Avic bv en haar klanten een waarde heeft van meer dan € 100.000,00.

Het is Avic bv aan te bevelen aansluiting te zoeken bij de hierboven genoemde bepaling uit de ICT-Office voorwaarden. Het merendeel van de klantenkring van Avic bv is al enkele jaren klant bij Avic bv en is dus in het bezit van een duurovereenkomst met een looptijd van meer dan een jaar. In het geval dat er in een bepaald contractjaar directe schade ontstaat bij de klant, zou het onredelijk zijn wanneer Avic bv een schadevergoeding uit dient te keren voor een hoger bedrag dan de totaal bedongen vergoeding voor dat jaar. De bepaling zoals opgenomen in de branchevoorwaarden sluit uit dat Avic bv meer dient betalen dan dat de overeenkomst in dat contractjaar waard is, waardoor Avic bv in principe geen aanzienlijke schade lijdt.

3.4.2. Indirecte schade

De term indirecte schade wordt vaak samen met de term “gevolgschade” gebruikt en betreft de schade die niet rechtstreeks door de schadeveroorzakende gebeurtenis is ontstaan, maar wel in verband staat met de gebeurtenis. De schadeclaims die Avic bv m.b.t. indirecte schade kan verwachten, kunnen hoog oplopen en veel verschillende vormen aannemen. Het is daarom essentieel dat Avic bv het risico op aansprakelijkheidstelling bij indirecte schade minimaliseert of zelfs volledig uitsluit. Onder indirecte schade wordt in ieder geval verstaan gederfde winst en/of verlies van data.⁷⁰

De B2B relatie tussen Albert Heijn en Avic bv wordt in dit geval opnieuw als uitgangspunt genomen. Wanneer de situatie zich voordoet dat een LegioBox defect raakt, kan de temperatuur niet meer gemonitord worden naar Avision. Dit levert verlies van data op. Anderzijds bestaat het risico dat, bij een storing van Avision, een alarm bij een afwijkende temperatuur van de koelingen uitblijft. Wanneer de Albert Heijn de kwaliteit en versheid van haar producten niet meer kan garanderen, is de onderneming genoodzaakt de producten uit de verkoop te halen en nieuwe producten in te kopen, met gederfde winst als gevolg. Tevens kan de Albert Heijn schade lijden door bedrijfsstagnatie. De supermarkt zal immers eerst de koelingen, en daarbij horende accessoires zoals de LegioBoxen, moeten vervangen voordat de winkel kan doorgaan met de verkoop van de producten in de koelingen. Albert Heijn zal trachten Avic bv aansprakelijk te stellen voor deze indirecte schadepost.⁷¹

Avic bv kan de aansprakelijkheid voor indirecte schade in haar algemene voorwaarden volledig uitsluiten. Uit jurisprudentie blijkt dat het uitsluiten van aansprakelijkheid voor indirecte schade in algemene voorwaarden, voor B2B relaties, in beginsel niet als onaanvaardbaar wordt gezien.⁷² Dergelijke bedingen zijn in vrijwel elke set algemene voorwaarden van (soortgelijke) ondernemingen terug te vinden.⁷³ Het is daarbij overigens wel van belang dat Avic bv het begrip indirecte schade duidelijk definieert in de contracten omdat het begrip als zodanig geen zelfstandige betekenis heeft in het Nederlandse recht.⁷⁴ Mijns inziens volstaat de omschrijving zoals opgenomen in beding 12.3 van de ICT-Office voorwaarden, module algemeen, waarin de aansprakelijkheid voor indirecte schade wordt uitgesloten. Avic bv kan dan ook aansluiting zoeken bij deze bepaling.

⁷⁰ “Beperken van uw aansprakelijkheid: wat is indirecte of gevolgschade?”, www.ictrecht.nl, zoek op: *indirecte schade*, geraadpleegd op 02-11-2016.

⁷¹ Vlg. Bijlage I: Risicomatrix levering producten en diensten Avic bv, onder 1.1, 2.1, 2.2.

⁷² Zie bijvoorbeeld: HR 19 december 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BG2241.

⁷³ FHI ALGEMENE LEVERINGSVOORWAARDEN 2014”, www.anybridge-m2m.nl zoek op: Anybridge, punt 18.6 (pag. 6). & “Terms and Conditions for Software Transactions”, www.microtronics.at, zoek op: Terms and Conditions for Software Transactions, punt 7.2.

⁷⁴ Van Bruggen, Van Dun, De Lange 2002, pag. 51.

3.4.3. Eigen schuld

Naast het maximeren van de vergoeding voor directe schade en/of het uitsluiten van de vergoeding voor indirecte schade kan Avic bv de schadevergoedingsplicht verminderen wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.⁷⁵ Dit leerstuk, betreffende “eigen schuld”, is opgenomen in het art. 6:101 BW en geldt zowel voor contractuele aansprakelijkheid als voor wettelijke aansprakelijkheid. Art. 6:101 BW bepaalt dat wanneer de schade afgezien van een gebeurtenis waarvoor een ander (Avic bv) aansprakelijk is, ook aan omstandigheden is toe te schrijven die aan de benadeelde zijn toe te rekenen, behoeft die ander (Avic bv) in beginsel slechts een gedeelte van de schade te vergoeden.⁷⁶ Anders dan de beperkingsmogelijkheden die eerder aan de orde zijn gekomen, volgt deze aansprakelijkheidsbeperking uit de wet. Dit maakt dat Avic bv niet van deze bepaling af dient te wijken in haar algemene voorwaarden. Hoewel dit leerstuk als zodanig dus geen plaats in de algemene voorwaarden behoeft, geeft het Avic bv, ten tijde van een juridisch geschil, wel de mogelijkheid om de hoogte van het vergoedingsplicht te verminderen.

3.5 Garantie

Wanneer de situatie zich voordoet dat producten en/of diensten van Avic bv niet (meer) naar behoren functioneren, zullen klanten Avic bv hier aansprakelijk voor (willen) stellen en zich tevens beroepen op de garantieplicht van Avic bv. De wet bepaalt immers dat het gekochte in overeenstemming moet zijn met de koopovereenkomst, dit wordt de conformiteitseis genoemd.⁷⁷ Daarnaast geldt voor het verrichten van diensten, op basis van een overeenkomst van opdracht, dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen.⁷⁸ Avic bv kan de kwaliteit van haar product- en dienstverlening waarborgen door middel van een garantieclausule in haar algemene voorwaarden. Anders dan bij aansprakelijkheidsclausules, gaat het bij garantieclausules om de vraag wat de koper en verkoper van elkaar mogen verwachten en niet zozeer over de vraag tot welk bedrag de verkoper ten opzichte van de koper aansprakelijk is bij schade als gevolg van het leveren van een ondeugdelijke prestatie. Een garantieclausule heeft twee functies. Aan de ene kant geeft het de klant de garantie dat Avic bv zich maximaal zal inspannen om een bepaald resultaat, het naar behoren functioneren van de producten en diensten van Avic bv, te bereiken.⁷⁹ Aan de andere kant geeft een garantiebeding in B2B relaties, anders dan in B2C relaties, de mogelijkheid om af te wijken van de conformiteitseis. Als verkopende partij kan bijvoorbeeld de correcte werking van producten slechts garanderen gedurende een bepaalde periode en/of een bepaalde, gegarandeerde werking van het gekochte.⁸⁰ Dit maakt dat deze “negatieve” garantiebedingen in de praktijk vaak als verkapte aansprakelijkheidsbeperkingen gezien kunnen worden.⁸¹

⁷⁵ “Stappenplan ter beoordeling van onrechtmatigheid en eigen schuld”, geraadpleegd via Kluwer navigator.

⁷⁶ Hartlief 2012, pag. 285.

⁷⁷ Vlg. Art. 7:17 e.v. BW.

⁷⁸ Vlg. Art. 7:400 lid 1 & 7:401 BW. Dat het wettelijke kader van de overeenkomst van opdracht van toepassing is bij software als dienstverlening volgt bijvoorbeeld uit Rb. Arnhem 7 december 2011, LJN BU9785 (CTA Consulting B.V./Sound Sight Music B.V.).

⁷⁹ Van Bruggen, Van Dun, De Lange 2002, pag. 49.

⁸⁰ Ruygvoorn 2013, pag. 57 & 58.

⁸¹ Gellaerts & Jobse 2011, pag. 135. Volgt ook uit: Castermans & Krans, in *Tekst en commentaar op art. 7:6a BW, aant. 1*. Volgt ook uit De Graaf, “Nederland ICT-voorwaarden: agile, SaaS, garanties en exonerationen kritisch bekeken en vergeleken”, *Computerrecht 2016*, afl. 1, voetnoot 17.

3.5.1. Inspanningsverbintenissen

In hoofdstuk twee is naar voren gekomen dat Avic bv zowel producten als diensten levert. De dienstverlening van Avic bv bestaat uit het leveren van softwareprogrammatuur en eventuele consultancy. Bij overeenkomsten van opdracht gaat het, anders dan bij overeenkomsten tot aanneming van werk, doorgaans om zogenaamde inspanningsverbintenissen in plaats van resultaatverbintenissen. Dit brengt niet alleen met zich mee dat de opdrachtnemer, in dit geval Avic bv, de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen, conform art. 7:401 BW, maar ook dat de opdrachtgever slechts een gemiddelde kwaliteit van dienstverlening mag verwachten.⁸² In de algemene voorwaarden bij overeenkomsten voor de levering van o.a. communicatiediensten is het dan ook gebruikelijk om een beding op te nemen dat tot uitdrukking brengt dat de beschikbaarheid van de dienst een inspanningsverplichting is en dat de kwaliteit hiervan niet altijd gegarandeerd kan worden.⁸³ Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in de “Terms and Conditions for Software Transactions” van Microtronics of de Libelium’s Standard Terms and Conditions of Sale and Use for Business Customers (B2B)” van Libelium, twee bedrijven die op het gebied van product- en/of dienstverlening vergelijkbaar zijn met Avic bv.⁸⁴

De bedingen 7.1 en 7.2 van module 4 van de ICT-Office Voorwaarden bevatten een garantiebeding wat vermeldt dat de leverancier, Avic bv, zich zal inspannen om gebreken in eigen ontworpen programmatuur zo snel mogelijk te herstellen. Daarnaast vermelden deze bedingen dat de leverancier er niet voor in staat is dat de aan de klant ter beschikking gestelde programmatuur foutloos is en zonder onderbrekingen functioneert. Door het garantiebeding op deze wijze vorm te geven, schept de leverancier, in dit geval Avic bv, het vertrouwen bij de klant dat Avic bv zich te allen tijde zal inzetten om gebreken te herstellen. Doch sluit het voor klanten de mogelijkheid uit om zich te beroepen op de garantieverplichting van Avic bv bij het met fouten en/of onderbrekingen functioneren van programmatuur van de onderneming. Op deze manier minimaliseert Avic bv risico dat zij (hoge) kosten dient te maken als gevolg van garantieverplichtingen, de risico’s zoals weergegeven bij punt 1.8 en 2.5 van de risicomatrix. Het garantiebeding zoals opgenomen in beding 7.1 en beding 7.2 van module 4 van de ICT-Office voorwaarden volstaat op dat vlak als garantieclausule voor Avic bv.

Ook het feit dat Avic bv, op grond van beding 4 van module 4 openstaat voor het aangaan van een “Service Level Agreement” met haar klanten draagt bij aan de minimalisering van het risico dat Avic bv hoge kosten (voor herstel) dient te maken als gevolg van garantieverplichtingen. Een “Service Level Agreement” is een document waarin de aanbieder en de afnemer afspraken kunnen maken over de kwaliteit van de te leveren prestaties.⁸⁵ Waar nodig zal dit de klant extra vertrouwen geven in de kwaliteitszorg die Avic bv biedt. Voor Avic bv kan het document (nogmaals) uitsluiten dat Avic bv verantwoordelijk is voor het foutloos en onderbrekingen functioneren van de (bepaalde) programmatuur. De eerder genoemde risico’s kunnen ook hierdoor deels geminimaliseerd worden.

3.5.2 Onjuist gebruik

Avic bv kampt regelmatig met het probleem dat klanten onjuist of onzorgvuldig gebruik maken van de producten en diensten van Avic bv, het risico zoals gedeeltelijk omschreven bij punt 4.1 in de risicomatrix. In paragraaf 3.3.1 is al kort naar voren gekomen dat Avic bv,

⁸² Vlg. Ruygvoorn 2013, pag. 64 & 65.

⁸³ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, pag. 554.

⁸⁴ “Terms and Conditions for Software Transactions”, www.microtronics.at, zoek op: *Terms and Conditions for Software Transactions*, punt 5.7. & “Libelium’s Standard Terms and Conditions of Sale and Use for Business Customers (B2B)” www.libelium.com zoek op: *Terms of Sale and Use, General Business Customers (B2B)*, punt 11, derde alinea (pag. 5).

⁸⁵ Van Bruggen, Van Dun, De Lange 2002, pag. 147.

wanneer er schade ontstaat die deels toe te rekenen is aan de benadeelde, slechts een gedeelte van de schade dient te vergoeden. Daarnaast heeft Avic bv de mogelijkheid om de garantieplicht te laten vervallen bij onjuist, onzorgvuldig en/of ondeskundig gebruik van de producten en/of diensten door de klant. Door de garantie op dit punt te laten vallen, voorkomt Avic bv dat zij kosten voor herstel dienen te maken als gevolg van configuratie fouten door de klant.

Module 4 van de ICT-Office voorwaarden, die momenteel van toepassing wordt verklaard op de overeenkomsten van Avic bv met haar klanten, toont zoals gezegd bij categorie zeven enkele garantiebedingen. Beding 7.1 geeft weer dat leverancier, Avic bv, niet in staat voor het verhelpen van gebreken in programmatuur welke niet door leverancier is ontwikkeld en beding 7.3 stelt dat indien de gebreken niet toe zijn te rekenen aan leverancier, leverancier eventuele kosten voor herstel in rekening mag brengen bij de klant. Deze bepalingen geven echter niet expliciet weer wanneer de garantieplicht van Avic bv komt te vervallen. Bovendien bepaalt beding 7.3 dat voornoemde bepalingen uitdrukkelijk niet van toepassing zijn bij SaaS, een dienstverlening waar Avic bv wel degelijk gebruik van maakt. Het is daarom voor Avic bv raadzaam om de bepaling te vervangen door een bepaling waarin helder wordt weergegeven wanneer de garantieplicht vervalt. Een dergelijk beding wordt door de rechter doorgaans niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar beding geacht en is dan ook terug te vinden in de algemene voorwaarden van verschillende bedrijven die werkzaam zijn in dezelfde branche als Avic bv. Zie hiervoor bijvoorbeeld de algemene voorwaarden van AnyBridge M2M Solutions BV en die van het eerder genoemde bedrijf Libelium.⁸⁶

Een dergelijk beding zou er voor Avic bv als volgt uit kunnen zien:

“De garantieverplichting vervalt op het moment dat, zonder schriftelijke toestemming van leverancier:

- wijzigingen, aanpassingen en/of reparaties aan het geleverde zijn aangebracht;
- het geleverde niet nauwkeurig wordt of is gebruikt volgens de bijgeleverde, toepasselijke voorschriften of gebruiksaanwijzingen;
- het geleverde anderszins onoordeelkundig wordt of is gebruikt;
- in of ten aanzien van het geleverde een softwareaanpassing of upgrade heeft plaatsgevonden die niet door leverancier zelf of door een door leverancier aangewezen derde is geschied;
- het geleverde wordt of is gebruikt of toegepast voor andere doeleinden dan waarvoor het bestemd is;
- het geleverde wordt of is gebruikt op een wijze welke voor leverancier redelijkerwijs niet was te voorzien op grond van de gegevens die voor of bij het tot stand komen van de overeenkomst door partijen aan elkaar zijn verstrekt.⁸⁷

3.6 Toepasselijkheid algemene voorwaarden

Een secundair risico is de situatie waarin Avic bv haar algemene voorwaarden niet op een juiste manier van toepassing verklaard op overeenkomsten met wederpartijen.⁸⁸ Op deze manier loopt Avic bv alsnog het risico aansprakelijk te worden gehouden voor situaties die naar aanleiding van dit onderzoeksrapport juist juridisch afgedekt zijn in de (nieuwe)

⁸⁶“FHI ALGEMENE LEVERINGSVOORWAARDEN 2014“, www.anybridge-m2m.nl zoek op: Anybridge, punt 14.10 (pag. 5) & “Libelium’s Standard Terms and Conditions of Sale and Use for Business Customers (B2B)” www.libelium.com zoek op: Terms of Sale and Use, General Business Customers (B2B), punt 12, derde alinea (pag. 8).

⁸⁷ Dit beding is gebaseerd op beding 14.10 van de algemene voorwaarden van AnyBridge M2M Solutions BV.

⁸⁸ Vlg. Bijlage I: Risicomatrix levering producten en diensten Avic bv, onder 3.4 en 3.5.

algemene voorwaarden. Om dit risico te minimaliseren wordt in het volgende hoofdstuk uiteengezet hoe Avic bv dient te handelen om te kunnen bewerkstelligen dat haar algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomsten met klanten.

3.7 Bevindingen

Avic bv loopt op verschillende gebieden het risico dat zij aansprakelijk wordt gesteld voor schade bij een klant of bij derden. De hoogte van de schadevergoedingsverplichting kan hierbij aanzienlijk oplopen wanneer Avic bv in haar algemene voorwaarden niets zou regelen omtrent aansprakelijkheidsstelling. Exoneratiebedingen, bedingen die de verplichting tot schadevergoeding die ontstaat bij een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad beperkt, kunnen hiervoor oplossing bieden, maar mogen niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Een voorbeeld van een onaanvaardbaar exoneratiebeding, zo volgt uit vaste jurisprudentie, is een beding voor opzettelijk of door bewuste roekeloosheid veroorzaakte schade.

Aansprakelijkheid kan onderverdeeld worden in contractuele aansprakelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid. Contractuele aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid als gevolg van een wanprestatie; een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Contractuele aansprakelijkheid kan geminimaliseerd worden door inperking van het begrip tekortkoming, uitbreiding van het begrip overmacht en eventuele exoneratiebedingen die de aansprakelijkheid voor hulppersonen en hulpzaken beperken c.q. uitsluiten. Bij wettelijke aansprakelijkheid is er geen sprake van een overeenkomst tussen partijen. Het gaat hierbij om de risico's dat derden schade lopen door eventueel toedoen van Avic bv. De belangrijkste bron voor wettelijke aansprakelijkheid is de onrechtmatige daad. Wettelijke aansprakelijkheid kan beperkt of uitgesloten worden door een beroep te doen op de rechtvaardigingsgrond overmacht en/of het opnemen van een vrijwaringsbeding voor aanspraken van derden in de algemene voorwaarden. Zoals bekend kan Avic bv (een brede) invulling geven aan begrip overmacht in de algemene voorwaarden. Met een vrijwaringsbeding vrijwaart Avic bv zich tegen aanspraken van derden. Daarnaast geeft het Avic bv de mogelijkheid om klanten in een procedure te betrekken wanneer derden schade vorderen bij Avic bv. Wanneer de contractuele aansprakelijkheid niet kan worden uitgesloten door beperking van de vereiste voorwaarden tekortkoming en toerekenbaarheid, of wanneer de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad vast staat, volgt de mogelijkheid om schade van de vergoedingsplicht uit te sluiten of te beperken c.q. maximaliseren. Hierbij wordt onderscheidt gemaakt tussen directe- en indirecte schade. De vergoeding van directe schade kan beperkt worden tot een maximaal bedrag van de door de overeenkomst bedongen prijs. Vergoeding van indirecte schade kan in het geheel uitgesloten worden. Ook het aanhalen van het feit dat er sprake is van eigen schuld bij de benadeelde kan de vergoedingsplicht van Avic bv doen minimaliseren. Verder kunnen garantiebedingen worden gezien als verkapte aansprakelijkheidsbedingen.

Het risico dat de algemene voorwaarden niet op de juiste manier van toepassing worden verklaard op overeenkomsten met klanten wordt in het volgende hoofdstuk uitgewerkt.

Hoofdstuk 4 Toepasselijkheid algemene voorwaarden

Zoals in hoofdstuk drie, paragraaf 3.6 naar voren is gekomen, loopt Avic bv het risico dat de algemene voorwaarden van de onderneming niet van toepassing zijn op de overeenkomsten met klanten. Om dit risico te minimaliseren, wordt in dit hoofdstuk uiteengezet op welke wijze de werknemers van Avic bv om moeten gaan met de set algemene voorwaarden. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd; paragraaf één behandelt de begripsbepaling, paragraaf twee de totstandkoming en gebondenheid van algemene voorwaarden. Vervolgens behandelt paragraaf drie de relevante battle of the forms. De mogelijkheid om algemene voorwaarden, na totstandkoming, te vernietigen is opgenomen in paragraaf vier van het hoofdstuk. Paragraaf vijf gaat kort in op de gevolgen van het wijzigen van algemene voorwaarden en ten slotte wordt de deelconclusie van dit hoofdstuk geformuleerd in paragraaf zes.

4.1 Begripsbepaling

Iedere koopovereenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan, aldus art. 6:217 lid 1 BW. Hierbij geldt tevens de vertrouwensleer van de artt. 3:33 juncto (hierna te noemen: jo.) 3:35 BW.⁸⁹ Deze leer bepaalt dat een rechtshandeling, in dit geval het aanbieden en aanvaarden van een overeenkomst, vereist dat een op een rechtsgevolg gerichte wil zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁹⁰ Wil en verklaring dienen dus met elkaar in overeenstemming te zijn. Wanneer dit niet het geval is, is de rechtshandeling nietig.⁹¹ Echter, art. 3:35 BW bevat het vertrouwensbeginsel, welke bepaalt dat wanneer de ene partij er op mocht vertrouwen dat de wil en verklaring van de andere partij in overeenstemming waren, een rechtshandeling toch geldig kan zijn.

Vrijwel iedere leverancier verwijst bij zijn aanbod naar een set algemene (verkoop)voorwaarden. In het Nederlandse recht worden algemene voorwaarden gedefinieerd als “een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.⁹² Algemene voorwaarden vullen een overeenkomst nader in en bevatten vaak regelingen m.b.t. de aansprakelijkheid bij een wanprestatie, de wijze van geschillenoplossing en betaling. De wet maakt aldus onderscheid tussen kernbedingen, bedingen die essentieel zijn voor de totstandkoming van de overeenkomst, en algemene voorwaarden.⁹³ In de context van dit onderzoek worden de kernbedingen verder buiten beschouwing gelaten, omdat deze bedingen niet in algemene voorwaarden kunnen worden opgenomen.⁹⁴

4.2 Totstandkoming en gebondenheid

Er is door de wetgever geen bijzondere regel geformuleerd m.b.t. de toepasselijkheid van algemene voorwaarden bij een overeenkomst.⁹⁵ Echter, omdat algemene voorwaarden het karakter van contractuele bedingen hebben, kunnen de bedingen enkel inhoud van de contracten worden door aanbod en aanvaarding, in overeenstemming met art. 6:217 lid 1

⁸⁹ Binnen het verbintenissenrecht is er sprake van een gelaagde structuur. De wetgever heeft ervoor gekozen om het Burgerlijk Wetboek op te bouwen uit verschillende lagen om te voorkomen dat bij elk onderwerp de algemene regels herhaald moeten worden.

⁹⁰ De wijze waarop deze verklaring wordt gegeven is vormvrij. Vlg. Art. 3:37 BW.

⁹¹ Vlg. Art. 3:33 BW.

⁹² Vlg. Art. 6:231 onder a BW.

⁹³ De definitie van het begrip kernbeding volgt uit het arrest HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998, 6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator).

⁹⁴ Volgt uit HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998, 6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator).

⁹⁵ Van Wechem 2007, pag. 13.

BW.⁹⁶ Dit betekent dat de gebruiker, Avic bv, de algemene voorwaarden moet aanbieden en dat de wederpartij, de klant, de algemene voorwaarden dient te aanvaarden voordat zij van toepassing kunnen zijn bij de overeenkomst. Ook de eerder genoemde vertrouwensleer van de artt. 3:33 jo. 3:35 BW is voor algemene voorwaarden van toepassing. Op grond van de zogenaamde “snelle gebondenheid” van art. 6:232 BW is de wederpartij evenwel aan de algemene voorwaarden gebonden wanneer de gebruiker, bij het sluiten van de overeenkomst, begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud daarvan niet kende. De aanvaarding van algemene voorwaarden heeft dus geen betrekking op de inhoud van de algemene voorwaarden, maar enkel op de geldigheid van de bedingen.⁹⁷

4.2.1. Uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding

De aanvaarding van algemene voorwaarden kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. Een voorbeeld van uitdrukkelijke aanvaarding is de situatie waarbij algemene voorwaarden in het contract opgenomen worden of een bepaling in het contract wordt opgenomen dat de wederpartij de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden aanvaardt. Van stilzwijgende aanvaarding is sprake wanneer de gebruiker in een offerte of brief kort verwijst naar de toepasselijkheid van diens algemene voorwaarden en de wederpartij verder niet reageert op de verwijzing.⁹⁸ Het niet reageren op de verwijzing geeft, volgens de wetgever, voldoende gerechtvaardigd vertrouwen dat de wederpartij de algemene voorwaarden aanvaardt. Deze gedachte wordt voor professionele, internationaal opererende bedrijven nogmaals bevestigd in het arrest HR Petermann / Frans Maas.⁹⁹ In dit arrest handelde het Duitse bedrijf Petermann met de Nederlandse expediteur Frans Maas. Frans Maas stuurde zijn, in het Duits opgestelde, offerte, met Nederlandse voorgedrukte verwijzing naar zijn algemene voorwaarden, naar Petermann. Wanneer Frans Maas zich later beroept op een van de voorwaarden, stelt Petermann dat hij de algemene voorwaarden nooit heeft aanvaard. De Hoge Raad overwoog echter dat Petermann als internationaal opererende onderneming op de hoogte dient te zijn van het op deze manier verwijzen naar algemene voorwaarden. Door instemming met de offerte heeft Petermann dus ook de daarbij behorende algemene voorwaarden aanvaard.

4.3. Battle of the forms

Zoals al vaker naar voren is gekomen bestaat de product- en dienstverlening van Avic bv bestaat enkel uit B2B relaties. Anders dan bij B2C relaties hanteren hier beide partijen een set algemene voorwaarden. Bij de werknemers van Avic bv rijst de vraag wiens algemene voorwaarden er in dat geval op een overeenkomst van toepassing zijn en bovenal wat zij moeten bewerkstelligen om ervoor te zorgen dat de algemene voorwaarden van Avic bv van toepassing zijn op de overeenkomst.

De hoofdregel rondom deze “battle of the forms” is opgenomen in art. 6:225 lid 3 BW en luidt: “verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.”¹⁰⁰ Het gaat er dus om welke partij als eerste naar haar algemene voorwaarden verwijst, de “first shot-rule”. De eerste verwijzing kan al plaatsvinden bij het verzoek van een (potentiële) klant tot het doen van een aanbod c.q.

⁹⁶ Hijma 2010, pag. 25. Zie bijvoorbeeld ook: HR 20 november 1981, NJ 1982/517 m.n.t. CJHB (*Holleman/De Klerk*).

⁹⁷ Loos 2013, pag. 54.

⁹⁸ Loos 2013, pag. 56.

⁹⁹ HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9767, NJ 2001, 200 (*Petermann/Frans Maas*).

¹⁰⁰ Art. 6:225 lid 3 BW.

offerte.¹⁰¹ Wanneer Avic bv een dergelijk verzoek krijgt, maar niet akkoord wil gaan met de algemene voorwaarden van de klant, dient Avic bv deze voorwaarden uitdrukkelijk van de hand te wijzen. Dit dient op een dusdanige wijze te gebeuren dat het de gebruiker, de klant, niet kan ontgaan dat Avic bv uitsluitend onder de toepassing van haar eigen algemene voorwaarden wil contracteren.¹⁰² Een enkele verwijzing van Avic bv naar de eigen algemene voorwaarden kan niet als een uitdrukkelijke afwijzing worden gezien.¹⁰³ Ook het afwijzen van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden door middel van een afweerclausule in eigen algemene voorwaarden, of het in de voettekst van een mail of brief afwijzen van de algemene voorwaarden kan niet gelden als een uitdrukkelijke vande handwijzing in de zin van art. 6:225 lid 3 BW.¹⁰⁴

Wet- en regelgeving geven geen expliciet antwoord op de vraag wanneer wel sprake zou zijn van een uitdrukkelijke van de hand wijzing. De beoordeling van de rechter is almaar afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit literatuur volgt dat er sprake is van uitdrukkelijk van de hand wijzen wanneer een begeleidende brief of mail, bij de verzending van de offerte, aanvangt met de mededeling dat uitsluitend de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn en dat de toepasselijkheid van andere algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.¹⁰⁵ Belangrijk hierbij zou zijn dat de naam van het bedrijf van de wederpartij wordt genoemd. Een dergelijke mededeling zou er als volgt uit kunnen zien:

“Wij merken op dat ons is opgevallen dat u, (...), heeft verwezen naar de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden. Wij hechten eraan u erop te wijzen dat wij de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden nadrukkelijk van de hand wijzen. Op al onze overeenkomsten zijn uitsluitend onze algemene verkoopvoorwaarden van toepassing.”¹⁰⁶

Wanneer Avic bv de algemene voorwaarden van de eerste partij op een correcte wijze, uitdrukkelijk, van de hand wijst, volgt van rechtswege dat de algemene voorwaarden van Avic bv van toepassing zijn op de overeenkomst. Echter, de eerste partij kan zich op haar beurt weer verzetten tegen de vande handwijzing van Avic bv met als gevolg dat deze eerste partij een nieuw aanbod mag doen, enzovoorts. Wanneer partijen er niet uitkomen, kan het zo zijn dat de partijen een overeenkomst sluiten zonder dat daarbij algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard.¹⁰⁷

In de situatie waarbij de wederpartij een bepaling heeft opgenomen waarin staat dat zij geen enkele vorm van algemene voorwaarden accepteert, kan Avic bv dit zien als een uitnodiging om in onderhandeling te treden over de contractvoorwaarden. Avic bv kan dit aan de wederpartij duidelijk maken door gebruik te maken van een disclaimer in de emailondertekening waarin het volgende staat vermeld:

“Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten, al dan niet op schrift gesteld, zijn onze algemene voorwaarden van toepassing. Indien op voorhand al niet akkoord wordt gegeven

¹⁰¹ Vlg. HR 13 juli 2001, NJ 2001, 497 (Hardstaal/Bovry). Zie ook: Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6-7, p.205. Zie ook: Ruygvoorn 2013, pag. 217.

¹⁰² Zie: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, pag. 39. Zie ook: HR 13 juli 2001, NJ 2001, 497 (Hardstaal/Bovry). Zie ook: Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2690, r.o. 4.4.

¹⁰³ Zie bijvoorbeeld in Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748. Zie ook: Hof Arnhem 27 november 2001, NJ 2002, 265.

¹⁰⁴ Vlg. Weissmann, in *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:225 BW, aant. 2.28.2. Zie ook: Loos 2013, pag. 47-48. Zie bijvoorbeeld *Rb. 's-Hertogenbosch 28 november 2012*, LJN BY4265. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6955. Zie ook: Hof Arnhem 8 april 2008, NJF 2008, 212 (*Bestevaer B.V./Double RR Holding B.V.*).

¹⁰⁵ Loos 2013, pag. 48.

¹⁰⁶ Ruygvoorn 2013, pag. 217 & 218.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld: *Rb Arnhem 17 augustus 2011*, ECLI:NL:RBARN:2011:BR5567. Zie ook: Loos 2013, pag. 47.

aan deze algemene voorwaarden, zien wij dit als een nadere uitnodiging om in onderhandeling te treden over de contractvoorwaarden.”

Door op deze manier te handelen, kan Avic bv voorkomen dat er voorbij wordt gegaan aan de voorwaarden van Avic bv. Daarnaast kan Avic bv op deze manier, bij de contractonderhandelingen die volgen, direct een voorstel doen waarin zij haar algemene voorwaarden, of in elk geval de essentials uit deze voorwaarden, als uitgangspunt voor de onderhandelingen gebruikt.

Wanneer een (potentiële) klant bij haar verzoek tot het doen van een aanbod nog niet verwijst naar haar algemene voorwaarden, bijvoorbeeld bij telefonisch contact, is het voor Avic bv van belang dat zij bij het eerste contact haar algemene voorwaarden ter beschikking stelt. Dit kan Avic bv doen door haar offerte zodanig in te kleden dat de klant, bij akkoord, de offerte enkel dient te ondertekenen en te retourneren.¹⁰⁸ Op die manier worden, op een door beide partijen ondertekent document, de algemene voorwaarden van Avic bv van toepassing verklaard.¹⁰⁹ Vanzelfsprekend dient Avic bv in dit geval in de begeleidende brief/mail te verwijzen naar de algemene voorwaarden en doet Avic bv er goed aan om de algemene voorwaarden toe te sturen. Deze manier van werken komt gedeeltelijk overeen met de huidige werkwijze van Avic bv zoals beschreven in het BlueBook van de organisatie. De paragrafen 2.1.2.3. en 2.1.2.4. van het BlueBook wijzen uit dat offertes schriftelijke goedkeuring van de klant behoeven om opdracht te worden.¹¹⁰ Deze schriftelijke goedkeuring kan, bij grote offertes (een offerte die meer dan honderd LegioBoxen behelst) door ondertekening van de offerte of een opdrachtbevestiging verwijzend naar de offerte plaatsvinden. Voor kleine offertes geldt tot nu toe dat de schriftelijke bevestiging kan plaatsvinden door middel van een e-mail met verwijzing naar de offerte, hier mist dus de daadwerkelijke ondertekening van de offerte. De werkwijze zoals beschreven in het BlueBook van Avic bv wordt in de praktijk niet altijd even zorgvuldig uitgevoerd. Het is echter van belang dat de werknemers van Avic bv hier accuraat mee omgaan om het risico dat de algemene voorwaarden van Avic bv niet van toepassing worden verklaard op de overeenkomst te minimaliseren.

Bovenstaande situaties zijn samenvattend weergegeven in een stroomdiagram welke is opgenomen als bijlage IV van dit rapport.

De wettelijke regeling van art. 6:225 lid 3 BW is een vuistregel wat maakt dat uit omstandigheden anders kan voortvloeien.¹¹¹ Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de ene partij haar verkoopvoorwaarden ter beschikking stelt, terwijl deze partij de inkoper in kwestie is. Een andere situatie kan zijn dat partijen herhaaldelijk zaken met elkaar hebben gedaan, met daarbij steeds dezelfde set algemene voorwaarden. Wanneer bij een latere overeenkomst opeens de algemene voorwaarden van de andere partij van toepassing worden verklaard, wordt aan deze toepassingsverklaring niet altijd betekenis gehecht.¹¹²

4.4 Vernietiging algemene voorwaarden

Zodra de algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, wanneer er aan art. 6:217 BW is voldaan en de battle of the forms is voltooid, ontstaat voor wederpartijen de bevoegdheid om de gebondenheid aan de algemene voorwaarden te vernietigen. Deze mogelijkheid dient als tegengewicht voor de snelle gebondenheid van art. 6:232 BW.¹¹³ De

¹⁰⁸ Een elektronische handtekening heeft hierbij dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie voldoende betrouwbaar is, vlg. Art. 3:15a lid 1 BW.

¹⁰⁹ Ruygvoorn 2013, pag. 218.

¹¹⁰ Volgt ook uit punt 8 & 9 van de stroomdiagram zoals opgenomen in Bijlage I van dit rapport.

¹¹¹ Loos 2013, pag. 51.

¹¹² Vlg. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 688 (Bouma/Cavo).

¹¹³ Loos 2013, pag. 87.

vernietigingsgronden zijn opgenomen in art. 6:233 jo. 6:234 BW, maar staan niet voor elke wederpartij ter beschikking. De wet maakt namelijk, in art. 6:235 lid 1 BW, een onderscheid tussen “grote wederpartijen” in de zin van art. 3:260 BW en overige wederpartijen.

4.4.1. Grote wederpartijen

Art. 6:235 BW sluit in lid 1 van het artikel grote wederpartijen uit van de mogelijkheid om beroep te kunnen doen op de vernietigingsgronden van artt. 6:233 jo. 6:234 BW. De wetgever bedoelt met een “grote wederpartij” een rechtspersoon die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt (Art. 6:235 lid 1 sub a BW), ofwel een partij waar vijftig of meer personen werkzaam zijn (Art. 6:235 lid 1 sub b BW).¹¹⁴ Het criterium van sub b wordt enkel getoetst wanneer een partij niet als grote wederpartij kan worden aangemerkt op grond van het sub a. De reden dat grote wederpartijen geen speciale bescherming behoeven is omdat deze ondernemingen in de meeste gevallen over voldoende deskundigheid en een zodanige marktpositie beschikken dat zij zich voldoende kunnen verzetten tegen ongewenste bedingen. Bovendien zou de vernietigingsgrond van art. 6:233 BW een te grote en dus onrechtvaardige inbreuk op de contractvrijheid opleveren.¹¹⁵

Coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zijn verplicht hun jaarrekening te publiceren op grond van art. 2:360 lid 1 zin BW.¹¹⁶ Daarnaast geldt de verplichting voor banken, betaalinstellingen, elektronisch geldinstellingen, commanditaire vennootschappen en bepaalde vennootschappen onder firma.¹¹⁷ Bepalend is overigens niet of de rechtspersoon publicatie plichtig is, maar of de rechtspersoon daadwerkelijk een jaarrekening openbaar heeft gemaakt. Dit om bewijsproblemen te voorkomen.¹¹⁸

Ondanks dat grote wederpartijen geen beroep kunnen doen op de vernietigingsgronden van artt. 6:233 jo. 6:234 BW, kunnen zij wel terugvallen op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zoals opgenomen in art. 6:248 lid 2 BW. Op grond van dit artikel is een tussen partijen geldende regel, niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Men noemt dit de derogerende c.q. beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. In hoofdstuk drie is met betrekking tot bedingen die de aansprakelijkheid van partijen beperken uitgebreid ingegaan op de redelijkheid en billijkheid.

Wanneer de rechter tot het oordeel komt dat een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waarin overigens de nodige terughoudendheid is te betrachten, ontnemen de redelijkheid en billijkheid een partij de bevoegdheid zich op een regel te beroepen.¹¹⁹

Art. 6:235 lid 3 BW geeft nog een andere beperking van de vernietigingsgronden van artt. 6:233 jo. 6:234 BW. Het artikel geeft aan dat een wederpartij die dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden in haar eigen overeenkomsten gebruikt, geen beroep mag doen op de vernietigingsgronden.¹²⁰ Dit kan voor Avic bv relevant zijn wanneer zij zaken doet met beroeps- of branchegenoten.

¹¹⁴ Art. 6:235 lid 1 sub a en b BW.

¹¹⁵ Loos 2013, pag. 74 & Hijma 2010, pag. 81.

¹¹⁶ Vlg. art. 2:360 lid 1 eerste zin BW.

¹¹⁷ Vlg. Art. 2:360 lid 1 en 2 BW.

¹¹⁸ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2015, Tekst & commentaar op 6:235 BW, onder 2. Criterium.

¹¹⁹ Brahn & Reehuis 2010, pag. 258 & 259.

¹²⁰ Art. 6:235 lid 3 BW.

4.4.2. Overige wederpartijen

Wederpartijen die geen grote wederpartij in de zin van art. 6:235 lid 1 BW zijn en zich wel kunnen beroepen op de vernietigingsgronden van art. 6:233 jo. 6:234 BW worden onderverdeeld in de categorie consumenten en de categorie “kleine rechtspersonen”. Consumenten worden gedefinieerd als natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Consumenten genieten de meeste bescherming rondom algemene voorwaarden.¹²¹ De tweede categorie bestaat uit “kleine rechtspersonen”, dit zijn de rechtspersonen die niet onder het criterium van art. 6:235 lid 1 BW vallen. Dit zijn dus de rechtspersonen die niet verplicht zijn om een jaarrekening te publiceren en minder dan vijftig werknemers in dienst hebben. Enkele voorbeelden hiervan kunnen zijn eenmanszaken, een vennootschap onder firma met minder dan vijftig werknemers, verenigingen en/of stichtingen. Aangezien het bij de (Nederlandse) klanten van Avic bv altijd om bv's gaat, die aldus op grond van art. 2:360 lid 1 jo. 2:394 BW vrijwel in alle gevallen verplicht zijn een jaarrekening te publiceren, zal het onderzoek verder niet ingaan op de vernietigingsgronden van art. 6:233 en 6:234 BW. Ook de bespreking van de reflexwerking ten aanzien van kleine ondernemingen is voor Avic bv irrelevant.

4.5. Wijzigingen in algemene voorwaarden

In het geval dat Avic bv besluit haar algemene voorwaarden te wijzigen, dient de onderneming hierbij enkele regels in acht te nemen. Zo is het eenzijdig wijzigen van algemene voorwaarden in langlopende contracten in B2B relaties in beginsel enkel toegestaan wanneer de huidige set algemene voorwaarden een wijzigingsclausule bevat.¹²² Met een wijzigingsbeding verkrijgt de gebruiker, in dit geval Avic bv, het recht om eenzijdig de algemene voorwaarden te wijzigen, zonder dat de klant deze wijziging dient te aanvaarden.¹²³ Desalniettemin geldt voor Avic bv dat zij de gewijzigde algemene voorwaarden bij de wederpartij onder de aandacht dient te brengen.¹²⁴ Enkel een vermelding in kranten dat de algemene voorwaarden zullen worden gewijzigd, is hiervoor onvoldoende.¹²⁵ Bij het aangaan van overeenkomsten met nieuwe klanten is een wijziging in de algemene voorwaarden logischerwijze geen probleem. Ook ongewijzigd in stand gebleven bedingen blijven onverkort deel uit maken van een overeenkomst wanneer er andere bedingen gewijzigd worden.¹²⁶

De huidige set ICT-Office voorwaarden bevat geen wijzigingsclausule. Het gevolg hiervan is dat bestaande klanten expliciet moeten instemmen met een wijziging. Wanneer Avic bv het vragen van instemming bij de bestaande klanten nalaat, hebben de wijzigingen geen gevolgen.¹²⁷ Dit wil zeggen dat Avic bv bij een eventueel geschil geen beroep kan doen op de gewijzigde bepalingen.

4.6 Bevindingen

In dit hoofdstuk is uitgewerkt hoe de werknemers van Avic bv ervoor kunnen zorgen dat de (nieuwe) set algemene voorwaarden daadwerkelijk van toepassing is op overeenkomsten met klanten. Voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden geldt dat zij, net als de hoofdovereenkomst, tot stand komen door aanbod en aanvaarding daarvan. Deze

¹²¹ Loos 2013, pag. 30.

¹²² Loos 2013, pag. 121.

¹²³ Zie bijvoorbeeld: Rb Utrecht 7 juli 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AX8702.

¹²⁴ Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam, sector kanton 9 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0452, *NJF* 2007, 199 (*Garagebedrijf Leije B.V./Eneco Netbeheer B.V.*).

¹²⁵ Vlg. Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, pag. 177.

¹²⁶ Hof Den Bosch 10 januari 2006, *NJF* 2006, 261 (*Essent/X*).

¹²⁷ “Als u uw algemene voorwaarden wilt veranderen”, www.ondernemingsdatabank.nl, Zoek op: *algemene voorwaarden veranderen*. Geraadpleegd op 15-11-2016.

aanvaarding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend plaatsvinden. Gebleken is dat in het kader van de battle of the forms geldt dat de partij die als eerste verwijst naar de toepasselijkheid van haar algemene voorwaarden, deze voorwaarden mag laten gelden op de overeenkomst, voor zover deze niet uitdrukkelijk van de hand worden gewezen door de wederpartij. De eerste verwijzing kan al plaatsvinden bij een uitnodiging van een potentiële klant aan Avic bv tot het doen van een aanbod c.q. offerte. In dat geval dient Avic bv de algemene voorwaarden van deze potentiële klant uitdrukkelijk van de hand te wijzen. Wet- en regelgeving geven geen expliciet antwoord op de vraag wanneer sprake is van uitdrukkelijke vande-handwijzing. Echter, duidelijk geworden is dat het enkele verwijzen naar de eigen algemene voorwaarden en/of vande-handwijzing door middel van een clause in de algemene voorwaarden dan wel in de voettekst van een mail c.q. brief als onvoldoende uitdrukkelijk wordt geacht. Wanneer de potentiële klant bij het eerste contact nog niet heeft verwezen naar haar algemene voorwaarden, doet Avic bv er goed aan om haar algemene voorwaarden mee te sturen bij de offerte en deze offerte voor akkoord te laten ondertekenen. De werknemers van Avic bv kunnen gebruik maken van het stroomdiagram zoals opgenomen in bijlage IV van het rapport om de juiste stappen te zetten in het proces rondom de battle of the forms. De wetgever heeft wederpartijen de mogelijkheid geboden om algemene voorwaarden te vernietigen als tegenhanger van de snelle gebondenheid van art. 6:232 BW. Voor de wederpartijen van Avic bv, partijen die voldoen aan de uitsluitingsgrond van art. 6:235 BW, geldt dat zij bedingen “buitenspel” kunnen zetten op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Ten slotte geldt voor Avic bv dat wederpartijen expliciet moeten instemmen met eventuele wijzigingen in de algemene voorwaarden van Avic bv en dat Avic bv aldus deze wijzigingen bij de wederpartij onder de aandacht dient te brengen.

In het volgende hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van dit onderzoek betreffende de wijze waarop Avic bv haar algemene voorwaarden op dient te stellen ter minimalisering van de juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid met het oog op de product- en dienstverlening van de onderneming.

Hoofdstuk 5 Conclusies

In dit hoofdstuk worden conclusies getrokken aan de hand van de bevindingen van het onderhavige onderzoek.

De conclusies die in dit hoofdstuk naar voren komen, geven antwoord op de centrale vraag:

“Op welke wijze dient Avic bv haar algemene verkoopvoorwaarden op te stellen zodat juridische risico’s op het gebied van aansprakelijkheid voor schade bij klanten, in business-to-business relaties, veroorzaakt door de producten en diensten van Avic bv, geminimaliseerd kunnen worden?”

De wetgever heeft bedrijven in B2B-relaties, als het gevolg van het beginsel van de contractvrijheid, de mogelijkheid gegeven om vrij te bepalen wat de inhoud van de overeenkomst en de algemene voorwaarden wordt. Dit geeft Avic bv de mogelijkheid om in haar algemene voorwaarden bedingen op te nemen die de aansprakelijkheid voor schade bij klanten en/of derden minimaliseren dan wel uitsluiten. De verplichting tot het voldoen van een schadevergoeding kan ontstaan uit hoofde van een wanprestatie, dit wil zeggen een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. In dat geval spreekt men van contractuele aansprakelijkheid. Daarnaast kan deze mogelijkheid ontstaan zonder dat er sprake is van een contractuele band tussen partijen. In dat geval spreekt men van wettelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatige daad. Het beperken van de verplichting tot schadevergoeding die ontstaat door een wanprestatie of een onrechtmatige daad wordt exoneration genoemd.

Gelet op jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat het exoneren van opzettelijk of door bewuste roekeloosheid veroorzaakte schade naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Avic bv dient dit als zodanig ook in haar algemene voorwaarden op te nemen om te voorkomen dat overige bedingen in de algemene voorwaarden, die bedoeld zijn om aansprakelijkheid uit te sluiten, als onaanvaardbaar worden beoordeeld en derhalve buitenspel worden gezet bij een beroep op het beding.

Op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek kan geconcludeerd worden dat contractuele aansprakelijkheid geëxonerend kan worden door inperking van het begrip tekortkoming en uitbreiding van het begrip overmacht in de algemene voorwaarden. Door het begrip tekortkoming in te perken voor situaties waarin het gekochte niet in overeenstemming is met de overeenkomst, maar wel geschikt is voor concreet gebruik, is er juridisch gezien geen sprake meer van een tekortkoming in de nakoming en vervalt de mogelijkheid om een schadevergoeding te vorderen. Daarnaast kan door uitbreiding van het begrip overmacht de toerekenbaarheid van zowel een eigen tekortkoming als een tekortkoming door hulppersonen worden weggenomen. De wettelijke grondslag voor overmacht bij een wanprestatie, art. 6:75 BW, is van regendend recht wat maakt dat Avic bv in de gelegenheid is om in de algemene voorwaarden nadere invulling te geven aan het begrip. In de huidige ICT-Office voorwaarden wordt reeds een uitgebreide invulling gegeven aan het begrip overmacht, welke aansluit bij de risico’s van Avic bv die voortvloeien uit haar product- en dienstverlening. Gebleken is dat het begrip overmacht tevens uitkomst kan bieden wanneer Avic bv (wettelijk) aansprakelijk wordt gesteld op grond van een onrechtmatige daad. Overmacht is in dat geval een rechtvaardigingsgrond welke de onrechtmatigheid van de daad wegneemt.

Verder kan geconcludeerd worden dat het risico op wettelijke aansprakelijkheid geminimaliseerd kan worden door het opnemen van een vrijwaringsbeding in de algemene voorwaarden. Gelet op de klantenkring en de product- en dienstverlening van Avic bv loopt de onderneming het risico dat derden, partijen die geen contractuele band met Avic bv hebben, schade lijden als gevolg van een hardware-/of softwaredefect in de producten en/of diensten van Avic bv. Door in de algemene voorwaarden een vrijwaringsbeding voor

aanspraken van derden op te nemen, kan Avic bv de klant verplichten Avic bv schadeloos te stellen voor aanspraken van deze derden. Volgens jurisprudentie kan een vrijwaringsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht indien hierin geen tenzij-bepaling is opgenomen die een geslaagd beroep op de vrijwaring uitsluit wanneer de klant bewijst dat de schade is veroorzaakt door de apparatuur, programmatuur of andere materialen van de leverancier, in dit geval Avic bv. Avic bv dient deze beperking dan ook in acht te nemen. Vrijwaringsbedingen bieden tevens een mogelijkheid om de klant van Avic bv in een procedure te betrekken wanneer een derde een schadevergoeding vordert bij Avic bv.

Gebleken is dat wanneer contractuele dan wel wettelijke aansprakelijkheid vaststaat, de mogelijkheid volgt om de schade van de vergoedingsplicht te beperken of verder uit te sluiten. De ICT-branche maakt hiervoor gebruik van de begrippen directe- en indirecte schade. Uit onderzoek is naar voren gekomen is dat het redelijk en gebruikelijk is om de vergoeding voor directe schade, de schade als direct gevolg van de fout of storing, te maximeren tot het factuurbedrag. Daarnaast geldt voor langlopende contracten dat de schadevergoeding gemaximeerd kan worden tot het bedrag van de factuur voor één kalenderjaar. De huidige algemene voorwaarden van Avic bv hebben reeds op deze wijze invulling gegeven aan het maximeren van de vergoedingsverplichting bij directe schade. Avic bv dient dan ook aansluiting te (blijven) zoeken bij deze bepaling. Op deze manier kan de onderneming niet ongelimiteerd aansprakelijk worden gesteld voor de schade bij de klant en/of derden en kan aldus voorkomen worden dat Avic bv een enorm hoge schadevergoeding dient te betalen. M.b.t. aansprakelijkheid voor indirecte schade bij klanten kan geconcludeerd worden dat deze in algemene voorwaarden volledig kan worden uitgesloten. Dit wordt in de jurisprudentie niet als onaanvaardbaar beoordeeld en komt voor in vrijwel elke set algemene voorwaarden van (soortgelijke) ondernemingen. Uit toetsing van de huidige set algemene voorwaarden van Avic bv blijkt dat Avic bv het vergoeden van indirecte schade reeds heeft uitgesloten. Avic bv kan volstaan bij deze bepaling.

Naast het maximeren van de vergoeding voor directe schade en/of het uitsluiten van de vergoeding voor indirecte schade kan Avic bv de schadevergoedingsplicht verminderen wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Anders dan de beperkingsmogelijkheden die eerder aan de orde zijn gekomen, volgt deze aansprakelijkheidsbeperking uit de wet. Dit maakt dat Avic bv hieromtrent niets op hoeft te nemen in haar algemene voorwaarden.

Ten slotte is gebleken dat Avic bv garantieclausules kan gebruiken als verkapte aansprakelijkheidsbeperkingen. Dit volgt uit het feit dat naar voren is gekomen dat het, o.a. in de branche van de (tele)communicatiediensten, gebruikelijk is om een clause op te nemen die er toe strekt dat de kwaliteit en beschikbaarheid van bepaalde diensten niet altijd gegarandeerd kunnen worden. Avic bv is in de gelegenheid om een soortgelijke clause in haar algemene voorwaarden op te nemen en kan op deze manier voorkomen dat zij hoge kosten voor herstel dient te maken wanneer klanten zich beroepen op de garantieplicht van Avic bv. Dit kan relevant zijn voor situaties waarin de product- en dienstverlening van Avic bv niet (meer) naar behoren functioneert. Het risico dat klanten een beroep doen op de garantieplicht van Avic bv bij het niet naar behoren functioneren van de producten en diensten van de onderneming kan uitgesloten worden voor de situatie waarin de storing te wijten is aan onjuist of onzorgvuldig gebruik van de producten en diensten van Avic bv door anderen dan Avic bv zelf. Avic bv dient in haar algemene voorwaarden duidelijk op te nemen in welke gevallen er sprake is van onjuist en onzorgvuldig gebruik als gevolg waarvan de garantieplicht van Avic bv kan komen te vervallen.

Het risico dat de (nieuwe) set algemene voorwaarden niet van toepassing is op een overeenkomst tussen Avic bv en een klant, kan geminimaliseerd worden door een juiste werkwijze m.b.t. de battle of the forms. In Nederland wordt de battle of the forms opgelost aan de hand van de "first shot-rule". Dit houdt in dat de partij die als eerste verwijst naar de

toepasselijkheid van haar algemene voorwaarden deze voorwaarden mag laten gelden op de overeenkomst voor zover deze niet uitdrukkelijk van de hand worden gewezen door de wederpartij. Geconcludeerd kan worden dat Avic bv, wanneer de klant als eerste naar haar algemene voorwaarden verwijst, deze voorwaarden uitdrukkelijk van de hand kan wijzen door de begeleidende brief c.q. mail bij de offerte te starten met de mededeling dat de toepasselijkheid uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen en dat enkel de algemene voorwaarden van Avic bv op de overeenkomst van toepassing zullen zijn. Dit volgt uit het feit dat in literatuur en jurisprudentie naar voren is gekomen dat het gebruik maken van een afweerclausule in de algemene voorwaarden of in de voettekst van een brief c.q. mail niet als een uitdrukkelijke vandehandwijzing kan worden gezien. Wanneer de klant bij het eerste contact nog niet verwijst naar haar algemene voorwaarden dient Avic bv dit te doen in de begeleidende brief c.q. mail bij de offerte. Daarnaast dient Avic bv de voorwaarden mee te sturen met de offerte en de offerte voor akkoord te laten ondertekenen om te bewerkstelligen dat ze van toepassing zijn op de overeenkomst.

Terugkomend op de centrale vraag kan geconcludeerd worden dat Avic bv verschillende mogelijkheden heeft om de risico's omtrent aansprakelijkheidstelling in haar algemene voorwaarden te minimaliseren. In het volgende en tevens laatste hoofdstuk zullen enkele concrete aanbevelingen gegeven worden m.b.t. de wijze waarop Avic bv haar algemene voorwaarden op dient te stellen zodat de juridische risico's op het gebied van aansprakelijkheid voor schade bij klanten, in B2B relaties, veroorzaakt door de producten en diensten van Avic bv, geminimaliseerd kunnen worden.

Hoofdstuk 6 Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden concrete aanbevelingen gegeven die voortvloeien uit de conclusies van hoofdstuk vijf. Het in acht nemen van deze aanbevelingen zal de juridische positie van Avic bv, bij eventuele geschillen omtrent aansprakelijkheidstelling bij schade bij klanten en/of derden, ten goede komen.

In het onderhavige onderzoek zijn de huidige algemene voorwaarden van Avic bv getoetst aan de (juridische) risico's die de onderneming loopt ten aanzien van haar product- en dienstverlening. Uit deze toetsing zijn de volgende aanbevelingen naar voren gekomen:

1. Avic bv dient in haar algemene voorwaarden een beding op te nemen dat het begrip tekortkoming inperkt. Deze bepaling kan er volgt uitzien:

*Indien het gekochte niet in overeenstemming met de overeenkomst is geleverd, levert dat geen tekortkoming op voor zover het gekochte geschikt is voor het concrete gebruik dat de koper ervan maakt”.*¹²⁸

2. Avic bv kan aansluiting zoeken bij de huidige invulling aan het begrip overmacht zoals opgenomen in beding 13 van de ICT-Office voorwaarden, module algemeen. Het is daarbij aan te bevelen om een document te maken met daarin een omschrijving van de wijze waarop Avic bv probeert te voorkomen dat bepaalde risico's, o.a. het risico op verlies van data, zich verwezenlijken. In dit document zullen woorden als back-up systemen en redundantie voorkomen.
3. Avic bv kan volstaan met beding 12.5 van de huidige ICT-Office voorwaarden, module algemeen. Het beding dat aansprakelijkheidsbeperkingen uitsluit in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.
4. Avic bv kan grotendeels aansluiting zoeken bij beding 12.1 van de huidige ICT-Office voorwaarden, module algemeen, welke de vergoeding voor directe schade maximeert tot het bedongen factuurbedrag (voor één kalenderjaar). De hoogte van de maximale totale aansprakelijkheid voor Avic bv kan van € 500.000,00 verlaagd worden naar € 100.000,00 aangezien de contractwaarden van de overeenkomsten tussen Avic bv en haar klanten nimmer boven de € 100.000,00 komen.
5. Avic bv kan aansluiting zoeken bij beding 12.3 van ICT-Office voorwaarden, module algemeen, welke de vergoedingsplicht voor indirecte schade volledig uitsluit.
6. Avic bv kan volstaan bij beding 7.1 en 7.2 van de ICT-Office voorwaarden, module 4, welke betrekking hebben op de garantieplicht van Avic bv.
7. M.b.t. de garantieverplichtingen van Avic bv dient de onderneming beding 7.3 van de ICT-Office voorwaarden, module 4, te vervangen door een beding

¹²⁸ Vlg. Ruygvoorn 2013, pag. 77.

waaruit duidelijk volgt wanneer de garantieplicht van Avic bv vervalt. Dit beding zou als volgt uit kunnen zien:

“De garantieverplichting vervalt op het moment dat, zonder schriftelijke toestemming van leverancier:

- wijzigingen, aanpassingen en/of reparaties aan het geleverde zijn aangebracht;
- het geleverde niet nauwkeurig wordt of is gebruikt volgens de bijgeleverde, toepasselijke voorschriften of gebruiksaanwijzingen;
- het geleverde anderszins onoordeelkundig wordt of is gebruikt;
- in of ten aanzien van het geleverde een softwareaanpassing of upgrade heeft plaatsgevonden die niet door leverancier zelf of door een door leverancier aangewezen derde is geschied;
- het geleverde wordt of is gebruikt of toegepast voor andere doeleinden dan waarvoor het bestemd is;
- het geleverde wordt of is gebruikt op een wijze welke voor leverancier redelijkerwijs niet was te voorzien op grond van de gegevens die voor of bij het tot stand komen van de overeenkomst door partijen aan elkaar zijn verstrekt.”¹²⁹

8. Avic bv kan volstaan bij het vrijwaringsbeding zoals opgenomen bij punt 12.9 van de ICT-Office voorwaarden, module algemeen, om haar positie bij aanspraken van derden te versterken.
9. Het wordt de werknemers van Avic bv aanbevolen gebruik te maken van het stroomdiagram zoals opgenomen in bijlage IV m.b.t. de werkwijze rondom de battle of the forms om te bewerkstelligen dat de algemene voorwaarden ook daadwerkelijk van toepassing zijn op de overeenkomst met de klant. Daarbij kan opgemerkt worden dat de afweerclausule zoals opgenomen in beding 1.5 van de ICT-Office voorwaarden, module algemeen, uit de algemene voorwaarden kan worden gehaald nu is geconcludeerd dat dit niet voldoende is om de toepasselijkheid van algemene voorwaarden van de andere partij uitdrukkelijk van de hand te wijzen.
10. Het is Avic bv aan te bevelen om een vervolgonderzoek te starten naar de regelgeving over de battle of the forms wanneer Avic bv haar product- en dienstverlening op internationaal gebied gaat verkopen.

¹²⁹ Dit beding is gebaseerd op beding 14.10 van de algemene voorwaarden van AnyBridge M2M Solutions BV.

Bronnenlijst

Literatuur

Asser 2006

C. Asser, *mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht Verbintenissenrecht Deel II Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 2006.

Brahn & Reehuis 2010

O.K. Brahn en W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Bruggen e.a. 2002

R.D. van Bruggen, H.A.A. van Dun, E. de Lange, *Juridische aspecten van de informatievoorziening*, Den Haag/Rotterdam: Sdu Uitgevers bv 2002.

Gellaerts & Jobse 2011

S.L. Gellaerts, C.M. Jobse, *Inleiding ICT en recht*, Deventer: Kluwer 2011.

De Graaf 2006

T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*, Deventer: Kluwer 2006. (online geraadpleegd).

Hijma 2010

J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.

Loos 2013

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Marcus & van Dam 2012

J. Marcus, N. van Dam, *Een Praktijkgerichte benadering van organisatie en management, Organisatie en Management*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2012.

Nieuwenhuis e.a. 2013

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2013.

Ruygvoorn 2013

M. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Spier e.a. 2012

J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.

Van Wechem 2007

T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007.

Weissmann

Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:225 BW, aant. 2.28.2, Kluwer. (online geraadpleegd).

Wessels e.a. 2010

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.

Artikelen

Bergh & Jongen 2011

Bergh & Jongen 2011 M.J.E. van den Bergh & P.P.J. Jongen, "Garanties of vrijwaringen; that's the question", *Contracteren* 2011-2, p. 49 – 54.

De Graaf 2016

T.J de Graaf, "Nederland ICT-voorwaarden: agile, SaaS, garanties en exonerationen kritisch bekeken en vergeleken", *Computerrecht* 2016/2, afl. 1.

Ruygvoorn 2016

M. Ruygvoorn, "Vrijwaringsclausules; nut valkuilen en geldigheid", *Bb* 2016/12.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, "Directe schade in het contractenrecht", *MvV* 2007/11, p. 226-231.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6-7, p.205.

Kamerstukken II 1985/86, 19 636, nr. 3, p.1.

Elektronische bronnen

"Als u uw algemene voorwaarden wilt veranderen", ondernemingsdatabank 15 november 2016, ondernemingsdatabank.nl (zoek op: algemene voorwaarden veranderen).

"Beperking van uw aansprakelijkheid: wat is indirecte of gevolgschade?", *ICT-recht* 10 december 2016, ictrecht.nl (zoek op: indirecte schade).

"Distributienet beheer", Avic 17 oktober 2016, avic.nl (zoek op: Projecten, Distributienet beheer).

"Draadloos Temperatuurbewaking &- registratie", Elscolab 16 oktober 2016, elscolab.com (zoek op: Producten, Storage-Apparatuur, Draadloos Temperatuurbewaking & registratie).

"Een Internetverbinding via het mobiele netwerk", Avic 3 oktober 2016, avic.nl (zoek op: Ondersteuning, Downloads, Connectivity (NL)).

"FHI ALGEMENE LEVERINGSVOORWAARDEN 2014", AnyBridge M2M 29 november 2016, anybridge-m2m.nl (zoek op: Anybridge).

"Instrumenten voor uw industriële processen en laboratorium materiaal", Elscolab 16 november 2016, elscolab.com (zoek op: Home page).

"Libelium's Standard Terms and Conditions of Sale and Use for Business Customers (B2B)", Libelium 29 november 2016, libelium.com (zoek op: Terms of Sale and Use, General Business Customers (B2B)).

"Marktbenadering", Avic 3 januari 2016, avic.nl (zoek op: Home, partners, marktbenadering).

"Markten", Avic 28 september 2016, avic.nl (zoek op: Home page).

“Terms and Conditions for Software Transactions”, Microtronics 29 november 2016, microtronics.at (zoek op: Terms and Conditions for Software Transactions).

“Waarom algemene voorwaarden?”, Ondernemingsplein 14 september 2016, ondernemingsplein.nl (zoek op: algemene voorwaarden).

“Wie is Avic?”, Avic 30 augustus 2016, avic.nl (zoek op: Home page).

“Winter op de weg”, Rijkswaterstaat 5 oktober 2016, rijkswaterstaat.nl (zoek op: Winter op de weg).

Overige documenten

Avic Leaflet Avision.

Avic Leaflet Connectivity.

Avic Leaflet Hosting.

Avic Leaflet Legiobox.

BlueBook Avic 2008.

ICT~Office voorwaarden algemeen.

ICT~Office voorwaarden module 4 Application service provision, Software as a Service and computerservice.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad der Nederlanden:

HR 11 januari 1957, NJ 1959/37 (*Bovag II-arrest*).

HR 19 mei 1967, NJ 1967/261 (*Saladin/HBU*).

HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (*Vliegtuigvleugel*).

HR 20 maart 1970, NJ 1970/251 (*Waterwingebied-arrest*).

HR 20 november 1981, NJ 1982/517 m.n.t. CJHB (*Holleman/De Klerk*).

HR 1 juli 1993, NJ 1993, 688 (*Bouma/Cavo*).

HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998, 6 (*Assoud/Nationale Sporttotalisator*).

HR 12 december 1997, NJ 1998/208 (*Gemeente Stein/Driessen*).

HR 22 oktober 1999, NJ 2000/159 r.o. 3.4 & 3.5 (*Koolhaas/Rockwool*).

HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9767, NJ 2001, 200 (*Petermann/Frans Maas*).

HR 13 juli 2001, NJ 2001, 497 (*Hardstaal/Bovry*).

HR 7 december 2001, JOR 2002/44 (*Geeris/Van Beusekom*).

HR 14 juni 2002, NJ 2002/495 (*Geldnet/Kwantum*).

HR 18 juni 2004, NJ 2004/291 (*Kuunders/Swinkels*).

HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387 (*Rijnstate/R.*).

HR 19 december 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BG2241.

HR 11 juni 2011, ECLI:NL:HR:2010:BM1733, NJ 2010/333.

Gerechtshoven:

Hof Arnhem 27 november 2001, NJ 2002, 265.

Hof Den Bosch 10 januari 2006, NJF 2006, 261 (*Essent/X*).

Hof Arnhem 8 april 2008, NJF 2008, 212 (*Bestevaer B.V./Double RR Holding B.V.*).

Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6955.

Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748.

Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2690.

Rechtbanken:

Rb Utrecht 7 juli 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AX8702.

Rb 's-Hertogenbosch 22 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:BJ1472, LJN BJ1472.

Rb Rotterdam, sector kanton 9 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0452, NJF 2007, 199
(*Garagebedrijf Leije B.V./Eneco Netbeheer B.V.*).

Rb Groningen 3 juli 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6941.

Rb Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK8875.

Rb Arnhem 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR5567.

Rb Arnhem 7 december 2011, LJN BU9785 (*CTA Consulting B.V./Sound Sight Music B.V.*).

Rb 's-Hertogenbosch 28 november 2012, LJN BY4265.

