

TOEKOMSTBESTENDIGE
MODELVOORWAARDEN

SER-CZ

Prof. mr. I. Giesen
Prof. Mr. A. Keirse
Mr. E. de Kezel

Inhoudsopgave

Woord vooraf	4
Aanleiding voor het onderzoek.....	4
Doel van het onderzoek.....	4
Dank	5
Leeswijzer	5
1. Inleiding	6
2. Structuur	6
3. Overzicht beslisschema's.....	8
4. Toelichting bij de beslisschema's	11
4.1 Zorgplicht	11
(1) Inhoud van de zorgplicht	11
a. Verplichting om rekening te houden met de sociale noden van de wederpartij.....	12
b. Wederzijdse informatieplicht.....	13
c. Bijzondere zorgplicht van banken.....	14
d. Gelijk(w)aardige zorgplicht van vrije beroepsbeoefenaars	15
(2) Standaarden van zorg.....	15
(3) Verzekering	16
(4) Voorbeeld rechtmatige bedingen inzake zorgplicht	16
a. Standaarden van zorg	16
b. Inhoud zorgplicht	17
c. Verzekeringsplicht.....	18

(5) Voorbeelden van onredelijk bezwarende bedingen inzake zorgplicht	19
4.2 De garantie	20
(1) Inhoud van de (bovenwettelijke) garantie	20
(2) Voorbeelden van rechtmatige (bovenwettelijke) garantiebedingen	21
(3) Voorbeelden van onredelijk bezwarende garantiebedingen	23
4.3 De mogelijkheid tot opzegging/annulering.....	25
(1) Inhoud annuleringsbeding – onderscheid met het boedebeding	25
(2) Voorbeelden van rechtmatige annuleringsbedingen	27
(3) Voorbeelden van onredelijk bezwarende annuleringsbedingen.....	29
4.4 De exoneratie	30
(1) Inhoud van de exoneratieclausules	30
a. Exoneratie op het vlak van de grond voor aansprakelijkheid	31
a. Exoneratie op het vlak van de grond van de schade	32
c. Exoneratieclausules in algemene voorwaarden van banken.....	33
d. Exoneratieclausules in overeenkomsten van opdracht en aanneming	33
(2) Voorbeelden van rechtmatige exoneratiebedingen.....	34
a. Samenvatting: overzicht van de exoneratiemogelijkheden op het vlak van de grond voor aansprakelijkheid	34
b. Samenvatting: overzicht van de exoneratiemogelijkheden op het vlak van de schade.....	35
(3) Voorbeelden van onredelijk bezwarende exoneratiebedingen.....	37
5. Uitleiding	41

Woord vooraf

Aanleiding voor het onderzoek

1. Het onderhavige onderzoeksproject werd geïnitieerd door mr. Th.J.M. van Mierlo namens de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ) van de SER (opdrachtgever).

Het onderzoek beoogt de vraag te beantwoorden hoe de in de huidige praktijk gebruikte voorbeelden van algemene voorwaarden zoals benut door de CZ, verder aangescherpt kunnen worden, in het licht van het gegeven dat (vier) bepaalde clausules de inzet zijn van een groot deel van de geschillen bij de geschillencommissies die op basis van dat algemene voorwaarden-overleg zijn ingesteld.

Doel van het onderzoek

2. Het onderzoeksproject beoogt de modelvoorwaarden van de CZ enerzijds te *verfijnen* en anderzijds *toekomstbestendig* te maken. Dit zal gebeuren door de modelvoorwaarden te verrijken met een aantal *voorbeeldbedingen*, voor wat betreft een *viertal clausules* die tot veel geschillen leiden, inclusief een *beslisschema* ten aanzien van het gebruik van (eventuele varianten) van die (tweezijdige) voorwaarden.

Met de *verfijning* van de modelvoorwaarden wordt beoogd het CZ-instrumentarium te optimaliseren met het oog op de toekomst van het voorwaardenoverleg tussen diverse brancheorganisaties en de consumentenorganisaties over de door hen gezamenlijk op te stellen tweezijdige algemene voorwaarden, inclusief de inzet daarbij van geschillencommissies. Doel is om, als resultaat van deze analyse, de Handleiding van de CZ voor elk van de onderwerpen aan te vullen met enkele door de partners te selecteren voorbeeldbedingen.

Het *toekomstbestendig karakter* van de voorwaarden situeert zich op *twee niveaus*:

- Ten eerste wordt vertrokken van datgene wat *binnen het kader van het huidige recht* toegelaten is, door af te bakenen welke algemene voorwaarden krachtens wetgeving, rechtspraak en uitspraken van geschillencommissies onredelijk bezwarend zijn onder welke omstandigheden.
- Vervolgens wordt daarbij, waar relevant, nog betrokken welke bedingen *binnen het kader van de Europese richtlijn consumentenbescherming* als onredelijk bezwarend worden beschouwd, en wat de ruimte is voor de handelaar bij de modulering van clausules in algemene voorwaarden, in de veronderstelling dat ook de Europese Richtlijn inzake consumentenbescherming reeds van kracht zou zijn. Hierbij dient wel een voorbehoud te maken inzake de pertinentie van deze toevoeging, nu in de literatuur algemeen wordt aangenomen dat de tekst van voormelde richtlijn, die op veel kritiek stuit, nog aangepast zal worden.

Dank

3. Dank zijn we verschuldigd aan dhr. Mr. Thom Van Mierlo van de SER en aan Mw. Mr. Bregje Krijnen van de Consumentenbond, voor hun constructieve commentaar en hun bereidheid om materiaal en toelichting te verschaffen bij de uitvoering van dit onderzoek. Verder bedanken we Mw. Mr. Harriët Schelhaas voor de feedback op de tussentijdse rapportage.

Leeswijzer

4. In dit rapport wordt een kapstok aangereikt die toelaat algemene voorwaarden inzake de zorgplicht, de garantie, de annulering en de exoneratie op te stellen aan de hand van daartoe geselecteerde beslisschema's, met daarbij een aanduiding van de relevante kernpunten per voorwaarde. Vervolgens wordt voorbeelden aangereikt van rechtmatige bedingen. Tot slot worden ook per voorwaarde voorbeelden aangereikt van onredelijk bezwarende bedingen. De omstandigheden die relevant zijn bij de beoordeling worden in voorkomend geval geschetst.

1. Inleiding

5. In het verleden werd reeds onderzocht in hoeverre algemene voorwaarden een rol spelen bij de oplossing van geschillen in *overeenkomsten met consumenten*.

Verstappen, Van Boom, Loos en Rinkes stelden in hun onderzoek naar de rol van algemene voorwaarden in de praktijk van de geschillencommissies SGC (Ministerie van Economische Zaken 2007) vast dat bij de (bindende) beslechting van consumentengeschillen door geschillencommissies zelden een beroep wordt gedaan op de algemene voorwaarden/branchevoorwaarden.¹

6. Deze vaststelling kunnen wij bevestigen na lezing van de uitspraken van de geschillencommissies in de diverse economische sectoren. Consumenten klagen vaak over feitelijke tekortkomingen en dan vooral over een gebrek aan conformiteit zonder zich daarbij (uitdrukkelijk) te beroepen op de algemene voorwaarden.

¹ Cf. p. 16 van dit rapport onder randnummer 3.2

7. Deze vaststelling nuanceert het uitgangspunt van het onderzoeksproject dat vaak een beroep wordt gedaan op garantiebedingen, annuleringsclausules, clausules i.v.m. zorgplichten en exoneratieclausules in consumentengeschillen in tweeërlei zin:

Ten eerste lijkt het zo te zijn dat in de overgrote meerderheid van de gevallen die door de geschillencommissies worden behandeld, voornamelijk discussie bestaat over een vermeend gebrek aan conformiteit (grotendeels feitenkwesities);

Ten tweede vormen de algemene voorwaarden een instrument dat niet (vaak) wordt ingezet wordt door consumenten maar wel door handelaren bij eisen of verweer in consumentenaangelegenheden.

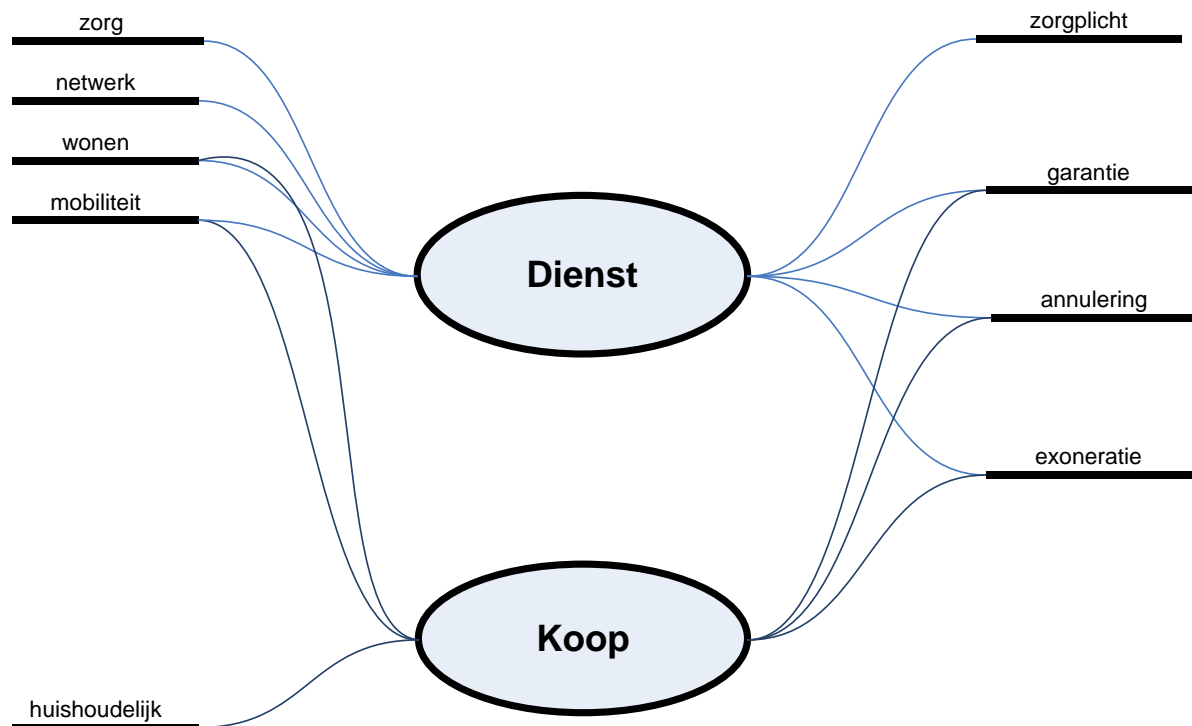
8. Deze vaststelling heeft daarnaast zijn weerslag voor de insteek van dit onderzoek. Het vormt immers een extra aanzet om de tweezijdige algemene voorwaarden bij voorbaat *redelijk* te doen zijn. Dit onderzoek strekt er dan logischerwijs toe, en heeft in de eerste plaats als voorwerp, om voor handelaren aan te duiden, per cluster aan voorwaarden, op welke wijze zij hun “goed ondernemerschap” vorm kunnen geven.

Ook consumenten hebben belang bij de kennis van de keuzemodaliteiten inzake deze modelvoorwaarden. Hoewel zij het meeste belang hebben bij het loutere behoud van hun in (aanvullende) wetgeving vastgelegde positie, krijgen zij door deze set modelvoorwaarden een beeld van de wijze waarop goed ondernemerschap vorm kan krijgen en wat de rechten en verplichtingen zijn van de consument in dit verband.

Bovendien is het ook belangrijk, zowel voor de handelaren als voor de consumenten om *duidelijkheid te creëren omtrent hun rechten en plichten*, ervan uitgaande dat beide partijen *primair tot doel hebben het effectief realiseren van het voorwerp van de overeenkomst*, en erbij belang hebben te weten wat hiertoe *de geëigende wegen en grenzen* zijn. De vraag “wat mag niet” is in wezen nog belangrijker dan de vraag welke bedingen wel opgenomen kunnen worden in algemene voorwaarden. Om die reden wordt in de bijlage een overzicht gegeven van de belangrijkste onredelijk bezwarende bedingen in de zwarte en grijze lijsten van zowel het Burgerlijk Wetboek als van de Ontwerprichtlijn Consumentenrechten.

2. Structuur

9. Hierna volgt een schematisch overzicht van de structuur van de velden (clusters), de aard van de overeenkomsten, en de aard van de algemene voorwaarden die het voorwerp uitmaken van het onderzoek, alsook van hun onderlinge verbanden.



10. In de sectoren “zorg”² en “netwerken”³ zullen hoofdzakelijk dienstverleningsovereenkomsten gesloten worden. Onder dienstenovereenkomsten kunnen tal van overeenkomsten met een sterk verschillend voorwerp worden begrepen. In de mede door Professor Marco Loos geïnitieerde Europese *Principles on Service Contracts* worden naargelang van het voorwerp van de overeenkomst zes soorten dienstenovereenkomsten onderscheiden: de aannemingsovereenkomsten (cf. art. 7:12 BW – aanneming van werk); de overeenkomsten tot bewerking van zaken (cf. art. 7:12 BW – aanneming van werk; de bewaarnemingsovereenkomsten (cf. art. 7:7 BW – opdracht); de informatieovereenkomsten (cf. art. 7:7 BW – opdracht) en de behandelingsovereenkomsten (cf. art. 7:7:5 – de geneeskundige behandelingsovereenkomst.⁴ Deze vooralsnog vnl. academische indeling kan mede richting geven aan de invulling van de algemene voorwaarden en wordt daarom waar relevant bij de onderstaande beslisschema’s opgenomen. Afhankelijk van het voorwerp van de dienst zal bijv. de zorgplicht van geval tot geval sterk verschillen. Hierna onderzoeken we welke kernpunten in de algemene voorwaarden van dienstverleningsovereenkomsten kunnen worden opgenomen, op een abstract niveau gezien.

² In de cluster “zorg” zijn volgende branches ondergebracht: Geestelijke Zorg, Kinderopvang, Uiterlijke verzorging, Uitvaartbedrijven, Verpleging, Verzorging en Thuiszorg, Zelfstandige Klinieken, Ziekenhuizen.

³ In de cluster “netwerken” zijn volgende branches ondergebracht: Banken, Betaalde Informatiediensten, Energie en Water, Elektronische Communicatiediensten, KPN Telecom, TNT Post.

⁴ Vgl. o.a. J.M. Barendrecht, S. van Gulijk, C.E.C. Jansen en M.B.M. Loos, “Principles of European Law on Service Contract (PEL SC) in bouwcontractenrechtelijk perspectief”, *TBR* 2008/137, p. 689 e.v.

11. In de sectoren “wonen”⁵ en “mobiliteit”⁶ zal zowel van diensten- als van consumentenkoopovereenkomsten sprake zijn, en daarnaast ook van gemengde overeenkomsten.

Wanneer de overeenkomst is te kwalificeren als een gemengde overeenkomst van (consumenten)koop en bijv. aanneming van werk dan hebben, in geval van strijd tussen de regeling van de consumentenkoop en die van de aanneming, de dwingendrechtelijke koopregels voorrang (art. 7:5 lid 4 B.W., laatste zin). Deze bijzonderheid levert echter geen aanwijzing op voor het mogelijk (on)redelijke karakter van een beding in algemene voorwaarden.

12. De meerderheid van de transacties in de sector “huishoudelijk”⁷ zullen koopovereenkomsten zijn.

13. Wat betreft de dienstverleningsovereenkomsten zal zowel de zorgplicht, exoneration, annulerings- en garantiebedingen belang toekomen. Voor consumentenkoopovereenkomsten is de zorgplicht minder relevant.

3. Overzicht van de beslisschema's

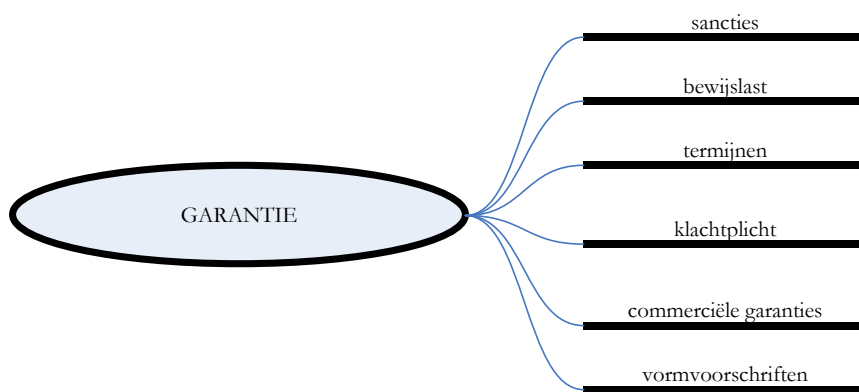
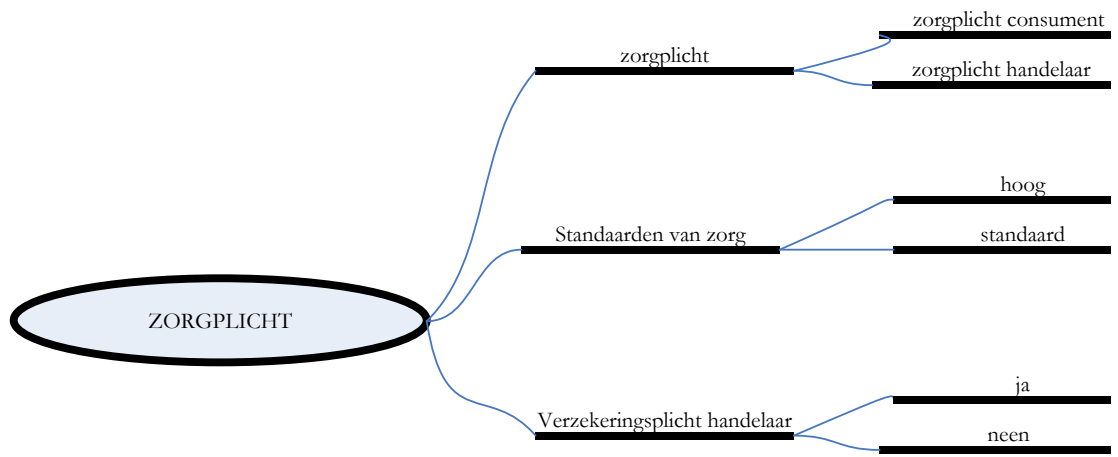
14. Hierna wordt per geselecteerde voorwaarde een “beslisschema” voorgesteld met relevante keuzes aan de hand waarvan voorbeeldbedingen kunnen worden geselecteerd.

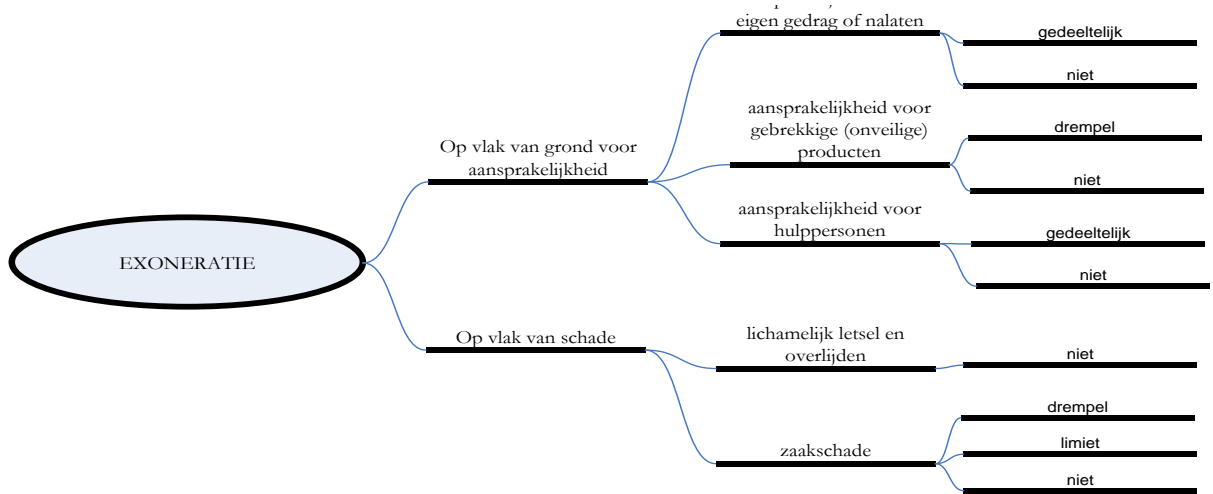
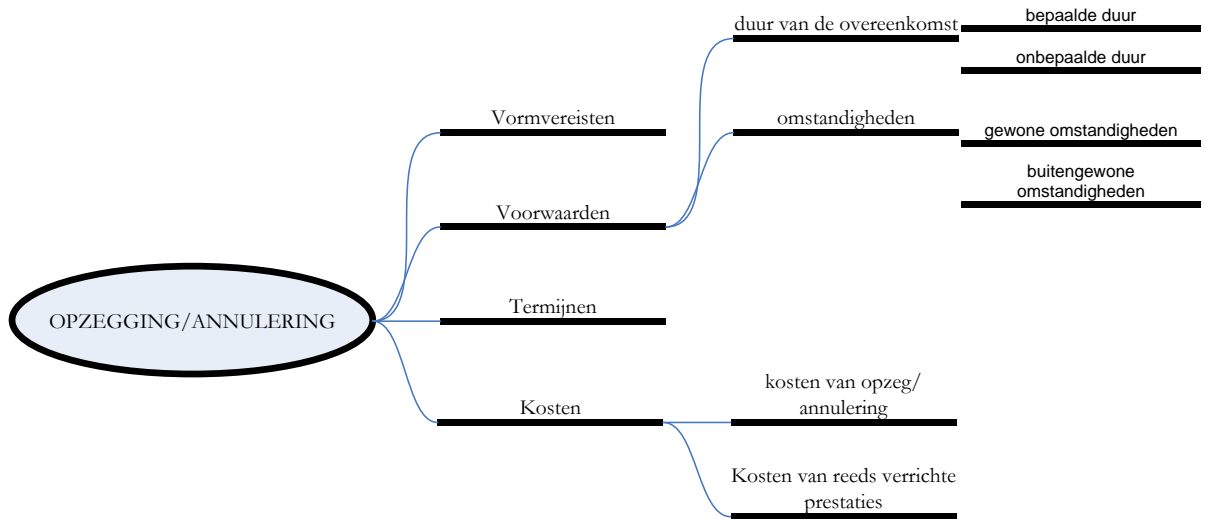
Bij elke voorwaarde wordt een korte toelichting voorzien inzake de te maken keuzes. Doel is de gebruiker van dit beslisschema een geïnformeerde keuze te laten maken tussen meerdere varianten (indien hierover keuze mogelijk is).

⁵ In de cluster “wonen” zijn volgende branches ondergebracht: Airconditioning, Bouw- en afbouwmaterialen, CBW, Dakbedekking, Doe-het-zelfbedrijven, Groen-en Tuincentra, Hoveniers, Klussen- en Vloerenbedrijven, Makelaardij, Parket, Schilders-, Behangers-en Glaszetbedrijf, UNETO-VNI, Verhuisbedrijven, Zonwering.

⁶ In de cluster “mobiliteit” zijn volgende branches ondergebracht: Banden- en Wielenservice, BOVAG, HISWA, Luchtvaart, Openbaar Vervoer, OV-Fiets, RECRON, Reizen, Taxivervoer.

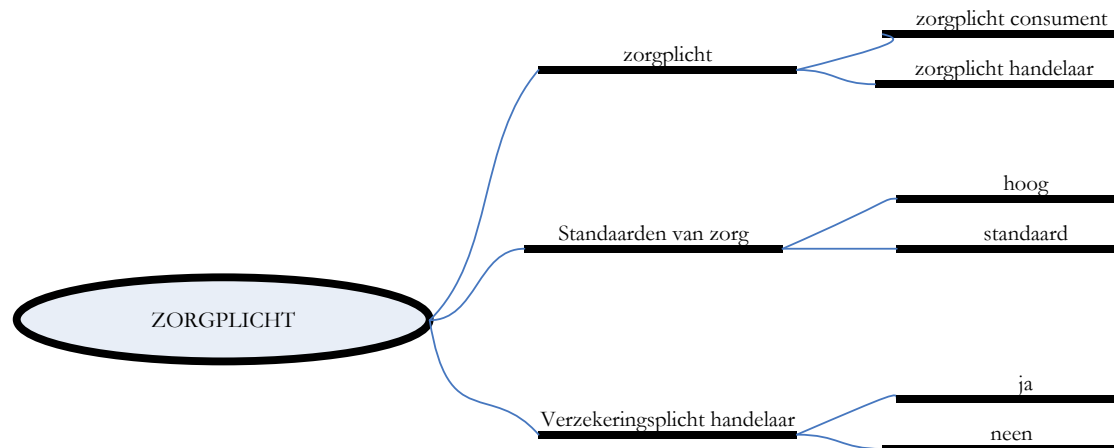
⁷ In de cluster “huishoudelijk” zijn volgende branches ondergebracht: Directe Verkoop, Fitness, Gezelschapsdieren, Luxe huishoudelijk, MITEX, Optiekbedrijven, Particuliere Onderwijsinstellingen, Sieraden en Uurwerken, Textielreiniging, Thuiswinkel.





4. Toelichting bij de beslisschema's

4.1 De zorgplicht



(1) Inhoud van de zorgplicht

15. Het afgelopen decennium is er een trend waarneembaar die strekt tot het aannemen van vergaande 'zorgplichten' in het algemene contractenrecht. Daarbij is vooral aandacht besteed aan de uitwerking van de bancaire zorgplicht, maar ook aan bijv. de zorgplicht jegens de (gezondheidszorg-)consument is veel aandacht besteed.⁸

16. De gedachte achter de zorgplicht is dat contractspartijen zich in de diverse levensfasen van een contract behalve door hun eigen belang ook moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de ander. In de rechtspraak worden onder meer mededelings-, informatie-, onderzoeks-, beschermings- en consideratieplichten aangenomen die ertoe strekken de belangen van de tegenpartij te vrijwaren door op een proactieve wijze potentieel en voorzienbaar contractsnadeel te voorkomen. Wat daarbij telt, is dat contractspartijen actief kunnen aanspraak maken op de zorg van de ander en dat ook doen.⁹

⁸ A. Hendriks en B. Krijnen, "Het recht op zorg op verschillende manieren geregeld – maar jegens wie heeft de zorgconsument nu eigenlijk rechten", *NJB* 2009, p. 1265 e.v., met verwijzingen

⁹ T. Hartlief, "Vrijheid en bescherming in het contractenrecht", *Contracteren* 2003/1, p. 5 e.v.

17. Wat de bancaire zorgplicht betreft wordt in de rechtspraak aanvaard dat de bank als professionele marktspeler haar wederpartij op vergaande wijze (tegen zichzelf) moet beschermen. In de bekende Van Lanschot/Bink-zaak oordeelt de Hoge Raad in dat verband dat op de bank een zwaarwegende zorgplicht rust bij het aangaan van een borgtocht door een particulier. Ook aan de zorgplicht van een bank jegens een particulier die zich in de optiehandel begeeft; worden strenge eisen gesteld: de bank moet de particuliere borg wijzen op alle gekende en relevante risico's.¹⁰

18. Hoe vertaalt zich dit “rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij” bij dienstenovereenkomsten?

Enkele voorbeelden.

a. De verplichting om rekening te houden met de sociale noden van de wederpartij

19. Natuurlijk spelen de wederzijds kenbare belangen van partijen een belangrijke rol. Daarbij kan ook een bijzondere, de persoon van *deze* wederpartij betreffende omstandigheid worden meegewogen, mits de gebruiker van de algemene voorwaarden van deze bijzondere omstandigheid bij de contractsluiting op de hoogte is.

20. Wat betreft afsluiting van energie wegens wanbetaling zij gewezen op de zorgplicht van de netwerkbeheerders zoals vastgelegd in de *Regeling afsluiten elektriciteit en gas van kleinverbruikers*, en waarbij dwingend rekening moet worden gehouden met de sociale noden van de kleinverbruiker.

Deze regeling bepaalt onder meer dat het beëindigen van de overeenkomst tot levering aan een kleinverbruiker en het opschorten van het transport in de koude maanden oktober tot april bij wanbetaling in beginsel niet is toegestaan indien de consument schuldbemiddeling of –sanering heeft aangevraagd, of afsluiting ernstige gezondheidsrisico's met zich zou brengen. Voordat het tot afsluiten komt, moet de ondernemer ten minste eenmaal een schriftelijke herinnering versturen (art. 5 lid 1 Regeling), waarin de consument gewezen moet worden op de mogelijkheden van schuldhulpverlening en op de voorwaarden waaronder de consument afsluiting kan voorkomen.

Op de netbeheerder en leverancier rust bovendien de plicht om in persoonlijk contact te treden met de kleinverbruiker teneinde deze te wijzen op mogelijkheden om betalingsachterstanden te voorkomen en te beëindigen (art. 6 Regeling).

¹⁰ Zie recent hierover naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad in de effectenleasezaken: W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, “Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding”, *AA* 2010, p. 188 e.v.

b. Wederzijdse informatieplicht

21. Andere omstandigheden die van belang kunnen zijn, kunnen worden ontleend aan de op basis van het oude recht gewezen arresten *Saladin/HBU*¹¹ en *Pseudovogelpest*¹². Meer in het algemeen lijkt de 'hoedanigheid' en deskundigheid van partijen een belangrijke weegfactor te zijn. In de bouwsector zal de architect of de aannemer als deskundige hebben te gelden, maar dat kan bij wat grotere projecten ook voor de wederpartij gelden.

De zorgplicht kan er ook toe strekken een wederzijdse informatieplicht te bepalen bij dienstenovereenkomsten: volgens art. 7:12.4a BW dient de aannemer de opdrachtgever te waarschuwen indien hij bij het aangaan of uitvoeren van de overeenkomst problemen bij de uitvoering van de overeenkomst voorziet of behoort te voorzien (fouten in het ontwerp, ongeschiktheid van de bodem of de voorgeschreven materialen, of een foutieve aanwijzing).

De aannemer mag, als professionele aanbieder van diensten, niet blind afgaan op door de opdrachtgever verstrekte informatie en materialen maar een eigen, uit de beroepsbeoefening en deskundigheid voortvloeiende verantwoordelijkheid heeft. Die verantwoordelijk kan met zich brengen dat de aanwijzingen van de opdrachtgever niet zonder meer mogen worden opgevolgd. De opdrachtgever zal hierop gewezen moeten worden, zelfs indien deze zelf deskundig is of bijgestaan wordt door deskundigen, zoals een architect.¹³ Hoewel dat niet wettelijk voorzien is kan een vergelijkbare waarschuwingsplicht ook gelden bij andere overeenkomsten waarbij een professionele partij diensten verricht ten behoeve van een ander. Een dergelijke plicht kan worden afgeleid uit algemene zorgbepalingen zoals de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW), een goed hulpverlener (art. 7:453 BW) en een goed bewaarder (art. 7:602 BW).

Voor bouwcontracten vloeit uit de overeenkomst de noodzaak voort tot overleg: zowel de architect als de aannemer zal steeds beslissingen moeten nemen op welke wijze de overeenkomst moet worden uitgevoerd. Hiertoe is de medewerking van de opdrachtgever/aanbesteder noodzakelijk: deze zal zijn wensen duidelijk moeten maken.. In verband daarmee bevat art. 12 lid 3 SR een mededelingsplicht voor de opdrachtgever en bevat art. 3 AVA de verplichting voor de aanbesteder om er zorg voor te dragen dat de aannemer tijdig beschikt over een aantal benodigdheden, zoals het terrein waarop het werk moet worden uitgevoerd.

¹¹ HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (*Saladin/HBU*)

¹² HR 17 november 1976, *NJ* 1976, 486

¹³ Cf. HR 18 september 1998, *NJ* 1998, 818 (*Kennemer Plastic Industries/Leba Metaalbewerking*).

c. Bijzondere zorgplicht van banken

22. Algemeen wordt aanvaard dat op de bank als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten, jegens de belegger een bijzondere zorgplicht rust, in aanmerking genomen dat de belegger zich niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf maar als particuliere persoon tot de bank heeft gewend. Deze bijzondere zorgplicht vloeit voort uit hetgeen waartoe de eisen van de redelijkheid en billijkheid een bank – mede gelet op haar functie in het maatschappelijk verkeer – verplichten in een geval waarin, zoals in deze zaken, een door de wet en de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding is ontstaan doordat personen zoals de beleggers aan de bank kenbaar hebben gemaakt met haar een overeenkomst tot het beleggen in effecten met geleend geld te willen aangaan, waarop de bank is ingegaan door een tot die persoon gericht aanbod tot het aangaan van een overeenkomst te doen. De zorgplicht van de bank strekt ertoe personen zoals beleggers te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. De reikwijdte van de zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij wordt in jurisprudentie en literatuur nader aangegeven welke omstandigheden hierbij van belang zijn. Genoemd worden de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het betrokken beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels (zie onder meer de arresten D/Internationale Nederlanden Bank, Rabobank/Everaars, Van de Klundert/Rabobank, Van Zuylen/Rabobank en ABN Amro/Van Velzen, die alle betrekking hebben op de handel in opties en op de arresten MeesPierson/Ten Bos en Safe Haven waarin het gaat om de zorgplicht van de bank jegens cliënten en jegens derden.¹⁴

23. De omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij mede dient te worden gelet op de bijzondere risico's die aan de verleende dienst zijn verbonden, de eventuele deskundigheid van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie. De aard van de contractuele verhouding wordt naast de redelijkheid en billijkheid genoemd als grondslag van de bijzondere zorgplicht. In dat verband is van belang art. 7:401 BW dat bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen.

De gehoudenheid van banken om zich de belangen van de cliënt aan te trekken is ook tot uitdrukking gebracht in art. 2 van de algemene bankvoorwaarden, inhoudende dat de bank “naar zijn beste vermogen met de belangen van de cliënt” rekening dient te houden.

Voor het antwoord op de vraag of een mededeling die betrekking heeft op financiële producten al dan niet misleidend is, moet worden nagegaan of de gemiddeld geïnformeerde, oplettende en omzichtige gewone consument oor de gedane mededelingen wordt misleid, in die zin dat hij tot het aangaan van de overeenkomst wordt verleid of kan worden verleid op basis van onjuiste of

¹⁴ Zie hierover S.B. van Baalen, ‘Zorgplichten in de effectenhandel’ (diss. Groningen, 2006), met verdere verwijzingen naar literatuur en voornoemde rechtspraak.

onvolledige informatie.

d. Gelijk(w)aardige zorgplicht van vrije beroepsbeoefenaars

24. Op vrije beroepsbeoefenaars (artsen, notarissen, advocaten) rust een gelijk(w)aardige zorgplicht, ook al wordt deze in de regel niet in een schriftelijke overeenkomst neergelegd.¹⁵

(2) Standaarden van zorg

25. De handelaar dient aan te geven wat de standaarden van zorg zijn en wat de inhoud van de zorgplicht is waartoe hij zich verbindt. Hij kan bijv. de standaardregels in de branche ter informatie aan de consument in de algemene voorwaarden opnemen. Voor zover de handelaar verwijst naar protocollen en afspraken binnen de sector dient hij zich ervan bewust te zijn dat deze normen hem in zijn verhouding met de consument zullen binden. Doorgaans is de handelaar evenwel gebonden door alle standaarden van de goede praktijk in zijn branche, zodat de opname veeleer als een keurmerk kan worden aangezien. In het algemeen dient de handelaar steeds een goede mate van zorg “normale zorg”, conform de standaarden van de goede praktijk, aan de dag te leggen. De handelaar kan zich van zijn beroepsgenoten onderscheiden door een extra hoge mate aan zorg in zijn algemene voorwaarden op te nemen bijv. in de vorm van een resultaatsverbintenis (wij garanderen u een succesvolle dienstverlening).

26. Het beding dat de inhoud van de verplichtingen van de handelaar wezenlijk beperkt ten opzichte van datgene wat de consument, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst toepasselijk zijn, zonder dat beding, redelijkerwijs mocht verwachten wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (Grijze lijst: art. 237 b). Verwacht kan worden dat dit, een in het kader van de zorgplicht, belangrijke “open norm” bepaling zal worden. Het gebruik van het woord “mede” wijst er op dat niet alleen (dwingende en aanvullende) wettelijke regels van belang kunnen zijn bij de invulling van de zorgplicht die rust op de handelaar, maar ook bijv. standaarden en protocollen, gebruikelijk in de branche (en die aangemerkt kunnen worden als “standaardzorg”).

27. In verschillende specifieke wettelijke regelingen zijn zorgplichten van dwingend recht met opname van bepaalde standaarden van zorg opgelegd, bijv. in de financiële wetgeving. Elke

¹⁵ Zie voor een heldere uiteenzetting van de verschillende aspecten van notarissen, prof. mr. T.R. Hidma, *ABC van notariële aansprakelijkheid*, WPNR 6239 (1996), blz. 701 e.v. en D. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Deventer 2002.

branche dient na te gaan welke specifieke dwingende zorgplichten door de wetgever zijn opgelegd met betrekking tot hun sector. Ter informatie aan de consument kan het nuttig zijn om deze wettelijke zorgplichten te herhalen in algemene voorwaarden.

28. Er bestaat een nauw verband tussen de zorgplicht van de handelaar en de exoneratievoorwaarden. Het zal van een afwezigheid van zorg getuigen wanneer de handelaar zich exonereert voor schade van de consument veroorzaakt door eigen daad of deze van zijn personeel/leidinggevenden waarvoor de consument redelijkerwijs niet zelf hoeft in te staan.

(3) Verzekering

29. Door het in de overeenkomst opnemen van een verzekeringsplicht wordt de mogelijkheid om eveneens een beperking van de eigen aansprakelijkheid in te voeren niet beperkt. Vaak wordt bijvoorbeeld in bouwcontracten – in het kader van de overeen te komen prijs – afgesproken voor wiens kosten een CAR-verzekering wordt afgesloten. Dit kan – en wordt – ook wel standaard gedaan. De handelaar kan zich dan nog exonereren voor de eigen gewone lichte fout en/of die van zijn hulppersonen. Dit impliceert dat hij enkel nog civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor gewone lichte fout, zware fout (bewuste roekeloosheid) en opzettelijke fout. Wanneer de verzekering ook de gevolgen van gewone lichte fout dekt, levert dit in de praktijk weinig of geen verschil op voor de benadeelde. Voordeel is dat handelaars zelf niet meer in rechte kunnen aangesproken worden voor gewone lichte eigen fout of die van hun hulppersonen. Een dergelijke verzekering maakt dan een geïntegreerd deel uit van het totale kostentraject, dat daarvan afhankelijk kan worden gesteld op wie de verzekeringsplicht rust.

(4) Voorbeeld rechtmatige bedingen inzake zorgplicht

(a) Standaarden van zorg

30. Inzake de standaarden van zorg kan de handelaar hetzij de “normale” goede zorg betrachten, hetzij een hoge mate aan “goede zorg”, waardoor de handelaar zich nog onderscheidt door hoge standaarden van de goede praktijk in acht te nemen.

- Hoog

“De verbintenissen van de handelaar ten gevolge van onderliggend contract zijn resultaatsverbintenissen. De handelaar verbindt er zich toe alles in het werk te stellen om het [voorwerp van de overeenkomst] te realiseren.”

- Standaard

“De handelaar neemt bij de uitvoering van het werk de daarop van toepassing zijnde voorschriften zoals deze gelden

- Krachtens toepasselijke wetgeving
- Krachtens de in de branche geldende voorschriften en protocollen zoals deze van kracht zijn of zullen zijn ten tijde van de uitvoering van het werk.”

- Variant:

“De verbintenissen van de handelaar ten gevolge van onderliggend contract zijn inspanningsverbintenissen. De handelaar zal het werk goed, deugdelijk en naar de bepalingen van de overeenkomst en de regels en protocollen van de branche laten uitvoeren door voldoende gekwalificeerd personeel”

(b) Inhoud Zorgplicht

31. Wat de invulling van de zorgplicht betreft, kan zowel de zorgplicht van de handelaar als de zorgplicht van de consument nader invulling krijgen.

b.1'Zorgplicht handelaar

“De handelaar verbindt zich ertoe om de consument voorafgaand aan de overeenkomst voldoende te informeren over alle hem redelijkerwijze bekende gegevens die voor de consument van belang zijn en bij de uitvoering van de overeenkomst te voorzien in de nodige voorlichting van en bijstand aan de consument.”

Eventueel kan deze clausule indien gewenst als volgt ingevuld/aangevuld worden:

“De handelaar is verplicht de consument te wijzen op:

- *onjuistheden in de opgedragen werkzaamheden, waaronder het werken op een ondeugdelijke ondergrond;*
- *onjuistheden in de door de consument verlangde constructies en werkwijzen;*
- *gebreken aan de (on)roerende zaak waaraan het werk wordt verricht;*
- *gebreken in of ongeschiktheid van materialen of hulpmiddelen die door de consument ter beschikking zijn gesteld;*

Eén en ander tenzij de handelaar deze gebreken of onjuistheden niet kende of redelijkerwijze niet behoorde te kennen”

– **Variant**

“De handelaar onthoudt er zich van enige gedraging te stellen die de uitvoering van de overeenkomst van de zijde van de consument verzwakt of onmogelijk maakt.”

b.2 Zorgplicht consument

“De consument verbindt zich ertoe om de handelaar voorafgaand aan en bij de uitvoering van de overeenkomst voldoende te informeren over alle hem redelijkerwijze bekende gegevens die voor de handelaar van belang zijn”

– **Variant**

“De consument onthoudt er zich van enige handeling te verrichten die de uitvoering van de overeenkomst van de zijde van de handelaar verzwakt of onmogelijk maakt.”

Eventueel kan deze clausule indien gewenst als volgt ingevuld/aangevuld worden:

“De consument verschaft de hem ter beschikking staande aansluitingsmogelijkheden ten behoeve van de voor het werk benodigde energie en water. De kosten van elektriciteit, gas en water komen voor zijn rekening.”

“De consument dient er voor te zorgen dat door derden uit te voeren werkzaamheden en/of leveringen die niet tot het werk van de handelaar behoren en waarvan hij de realisatie heeft toegezegd, zodanig en zo tijdig worden verricht dat de uitvoering van het werk daarvan geen vertraging ondervindt. Indien niettemin vertraging ontstaat dient de consument de handelaar daarvan tijdig in kennis te stellen.”

(c) Verzekeringsplicht

32. Met betrekking tot de verzekeringsplicht van de handelaar (in voorkomend geval) kan een onderscheid gemaakt worden naargelang van het voorwerp van de verzekering (schadeverzekering waarbij een bepaalde vorm van schade van de consument en ev. ook derden wordt verzekerd of aansprakelijkheidsverzekering waarbij het risico van de ondernemer om aansprakelijk te worden gesteld voor schade van de consument en ev. derden wordt verzekerd).

– **Schadeverzekering**

“De handelaar verbindt er zich toe een verzekering voor “alle risico's” af te sluiten voor de schade veroorzaakt door of tengevolge van de uitvoering van de werkzaamheden, ongeacht de oorzaak van de schade”

– **Aansprakelijkheidsverzekering**

“De handelaar verbindt er zich toe een verzekering voor “alle risico's” af te sluiten voor de schade veroorzaakt door

of tengevolge van de foutieve uitvoering van de werkzaamheden, voor zover de oorzaak van de schade hem toerekenbaar is”

(varianten) “De handelaar heeft een aansprakelijkheidsverzekering voor minimaal die bedragen die door de branche worden voorgeschreven”

Variant: “De consument verklaart er kennis van te hebben genomen dat de handelaar geen verzekering heeft afgesloten voor risico’s veroorzaakt door of tengevolge van de uitvoering van werkzaamheden.”

(5) Voorbeeld onredelijk bezwarende bedingen inzake zorgplicht

33. Volgende bedingen kunnen aangemerkt worden als bedingen strijdig met de grijze lijst onder d (opzeggen overeenkomst) en onder h (nakoming overeenkomst). Het gaat om de invulling van de zorgplicht van de handelaar vs. de zorgplicht van de consument:

- Het beding waarbij het moment waarop de zorgplicht ontstaat en de wijze waarop de zorgplicht wordt uitgeoefend, onduidelijk zijn
- Het beding dat bepaalt dat de consument ervoor moet zorgen dat alle vergunningen etc. die noodzakelijk zijn om het werk uit te voeren, tijdig verkregen zijn
- Het beding waarbij de levertijd wordt verlengd bij “onwerkbaar weer” [in te vullen door de handelaar] met de daardoor ontstane stagnatietijd
- Het beding waarbij de consument de materialen die de handelaar wil gebruiken vóórdát deze verwerkt worden voor eigen rekening mag (laten) onderzoeken, onder de voorwaarde dat, wanneer de handelaar hierdoor schade lijdt, deze voor rekening komt van de consument

34. Volgende beding kan aangemerkt worden als een beding strijdig met de grijze lijst onder art. 6:237 j (contractsdwang). Het gaat om het verbod tot verzekeringsplicht van de consument.

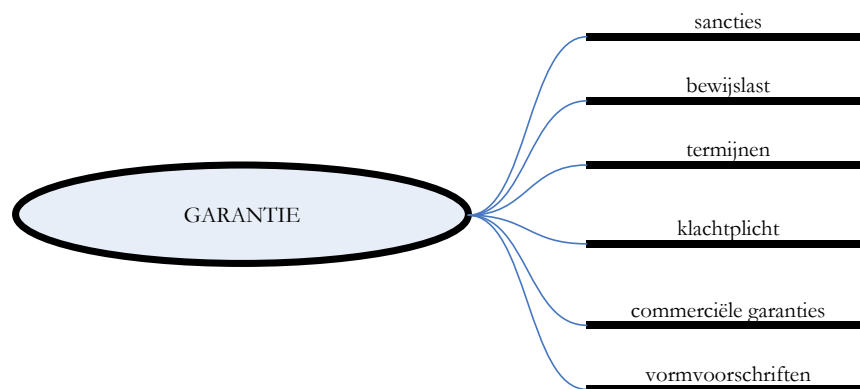
- Het beding waarbij de consument verplicht is om zich voor schade tengevolge van persoonlijke ongevallen te verzekeren bij een eigen verzekeringsmaatschappij van de handelaar

35. Volgende beding kan aangemerkt worden als een beding strijdig met de grijze lijst: art. 6:237 c (wijzigingsbevoegdheid):

- Het beding waarbij de handelaar/hotelhouder slechts gebonden is om op het

overeengekomen tijdstip accommodatie beschikbaar te stellen van de binnen zijn hotel gebruikelijke kwaliteit, ook indien de gast een kamer van “buitengewone” kwaliteit heeft gereserveerd

4.2 De garantie



(1) Inhoud van de (bovenwettelijke) garantie

36. Het Richtlijnvoorstel (zie randnr. 2) vereist dat de handelsgarantie de volgende vermeldingen dient te bevatten:

- de wettelijke rechten van de consument,
- een verklaring, voorzover van toepassing, dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop.

Onder het DCFR bestaat er een principiële verplichting tot afgifte van een garantiedocument dat aan bepaalde vorm- en inhoudelijke vereisten voldoet, en in geval van niet-naleving kan de consument, onverminderd zijn recht op schadevergoeding, afgifte van zo een document eisen.

Onder het BW en het richtlijnvoorstel bestaat de verplichting tot afgifte van een garantiedocument op een duurzame drager slechts ingeval de consument daarom verzoekt (art. 7:6a lid 3 BW en art. 29 lid 3 Richtlijnvoorstel). Het richtlijnvoorstel stelt niet uitdrukkelijk het vereiste van de tekstuele vorm en de toegankelijkheid van de drager (art. 29 lid 3 Richtlijnvoorstel)

Het DCFR preciseert dat de garantie moet worden opgesteld in dezelfde taal als deze waarin de goederen worden aangeboden.

37. De garantie mag in ieder geval geen afbreuk doen aan de wettelijke garantieverplichtingen waartoe de handelaar gehouden is en dit wordt ter informatie aan de consument duidelijk ter kennis gebracht.

38. De erkenning van de garantie stelt de rechter in staat om te komen tot het vaststellen van de risicoverdeling tussen partijen, waarbij de rechter vaak nog een ruime mate aan beleidsvrijheid heeft. Zo rijst de vraag wat het rechtsgevolg is wanneer de garanderende partij slechts bereid is te garanderen dat er 'naar zijn beste weten' geen gebreken bestaan. Daarbij kan de rechter uiteraard de gebruikskenmerken uit de praktijk hanteren. Wanneer een consument een dergelijke mededeling krijgt van de handelaar en zelf nalaat verder onderzoek te verrichten, loopt deze het risico dat hem achteraf wordt tegengeworpen dat hij bij nog beter onderzoek had kunnen weten dat de te verkrijgen garantie niet klopt.

39. Voor de goede handelaar valt te vermijden dat er valse verwachtingen worden gewekt over de karaktereigenschappen van de garantiefiguur. De handelaar dient zorgvuldig stil te staan bij alle relevante omstandigheden alvorens definitief invulling te geven aan de garantie in de concrete contractssituatie. Daarbij dient aandacht te worden besteed aan sancties, bewijslast, termijnen, klachtplicht, commerciële garanties en vormvoorschriften.

(2) Voorbeelden rechtmatige (bovenwettelijke) garantiebedingen

2.1 Sancties

“In geval zich binnen de garantietermijn een gebrek in het product of de geleverde dienst manifesteert heeft de consument onmiddellijk de vrije keuze tussen reparatie, vervanging, prijsaanpassing of ontbinding van de overeenkomst.”

Variant:

“In geval zich binnen de garantietermijn een gebrek in het product of de geleverde dienst manifesteert heeft de handelaar in eerste instantie waar mogelijk de keuze tussen reparatie of vervanging. De handelaar kan slechts twee maal overgaan tot herstel, waarna automatisch voorzien wordt in vervanging of, indien onmogelijk, prijsaanpassing of ontbinding naar keuze van de consument.”

2.2 Bewijslast

“Gedurende de eerste zes maanden van de garantieperiode wordt de non-conformiteit geacht inherent aanwezig te zijn geweest op het ogenblik van de (op-)levering; de handelaar mag dit vermoeden ontkrachten door alle bewijs middelen; na zes maanden rust de bewijslast dat de non-conformiteit (inherent) aanwezig was op het ogenblik van de (op)levering van het werk op de consument.” (Dit is de bevestiging van de regel neergelegd in artikel 7:18 lid 2 BW.

Variant:

“Gedurende de volledige garantieperiode wordt de non-conformiteit geacht inherent aanwezig te zijn geweest op het ogenblik van de (op-)levering; de handelaar mag dit vermoeden ontkrachten door alle middelen van bewijs.”

2.3 Termijnen

“De handelaar garandeert dat eventuele gebreken in het werk na oplevering gedurende twee jaar kosteloos zullen worden verholpen, tenzij hij aantoont dat het gebrek geen verband houdt met het werk. Het voorgaande laat onverlet dat de handelaar ook na de genoemde perioden voor eventuele gebreken in het werk aansprakelijk kan blijven op grond van de wet.”

Variant tav de aanvulling:

“Het voorgaande laat onverlet dat de handelaar ook na de genoemde perioden voor eventuele gebreken in het werk aansprakelijk kan blijven op grond van de redelijkheid en billijkheid.”

Variant tav de aanvulling:

“De handelaar garandeert dat eventuele gebreken in het werk na oplevering gedurende [minimaal zes maanden] kosteloos zullen worden verholpen. Het voorgaande laat onverlet dat de handelaar ook na de genoemde perioden voor eventuele gebreken in het werk aansprakelijk blijft mits de consument aantoont dat het gebrek (inherent) aanwezig was op het ogenblik van de oplevering van het werk.

2.4 Klachtplicht

“De consument verliest het recht op herstel/vervanging/ontbinding indien hij de non-conformiteit niet heeft gemeld binnen een redelijke termijn nadat de consument kennis heeft gekregen of geacht kon worden kennis te hebben gekregen van de non-conformiteit, met een minimumtermijn van twee maanden.”

Variant:

“De consument verliest het recht op herstel/vervanging/ontbinding verliest indien hij de non-conformiteit niet heeft gemeld binnen een redelijke termijn (minimaal twee maanden) nadat de consument kennis heeft gekregen of geacht kon worden kennis te hebben gekregen van de non-conformiteit, tenzij dit naar redelijkheid en billijkheid van de consument niet kon worden verlangd”

(3) Voorbeelden onredelijk bezwarende garantiebedingen

40. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst onder art. 6:236 k (bewijsbedingen):

- Reparaties die voortvloeien uit onzorgvuldig gebruik komen voor rekening en risico van consument
- De opdracht wordt geacht geheel correct te zijn uitgevoerd, nadat na uitvoering tien dagen zijn verstreken zonder dat consument tegen uitvoering schriftelijk bezwaar heeft gemaakt

41. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst onder art. 6:236 b (uitsluiting/beperking ontbindingsrecht):

- De consument keurt het werk niet goed. Dan moet hij de handelaar in de gelegenheid stellen het werk opnieuw op te leveren
- De consument moet de handelaar in alle gevallen gelegenheid bieden een gebrek te herstellen of de bewerking opnieuw uit te voeren

42. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst onder art. 6:236 c (beperking/uitbreiding opschortingsrechten):

- De handelaar mag garantieverplichtingen opschorten als hij niet in staat is om onderdelen van het product te leveren
- De handelaar komt zijn garantieverplichtingen niet na, maar dat ontheft de consument niet van zijn verplichtingen uit de overeenkomst
- De consument kan alleen een beroep doen op garantie nadat hij aan al zijn eigen verplichtingen heeft voldaan
- De consument voldoet niet aan zijn verplichtingen uit de overeenkomst. Dan vervallen de garantieverplichtingen

43. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst onder art. 6:237 b (eigen verplichtingen wezenlijk beperken):

- Buiten de garantie vallen in ieder geval gebreken die optreden in dan wel het gevolg zijn van (omstandigheden bepaald door de handelaar)

44. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst onder art. 6:237 d (beëindiging overeenkomst door handelaar):

- Garantieverplichtingen worden opgeschort als de handelaar niet in staat is om onderdelen van het product te leveren
- Garantieverplichtingen vervallen als de consument niet (behoorlijk/tijdig) aan zijn verplichtingen uit overeenkomst voldoet

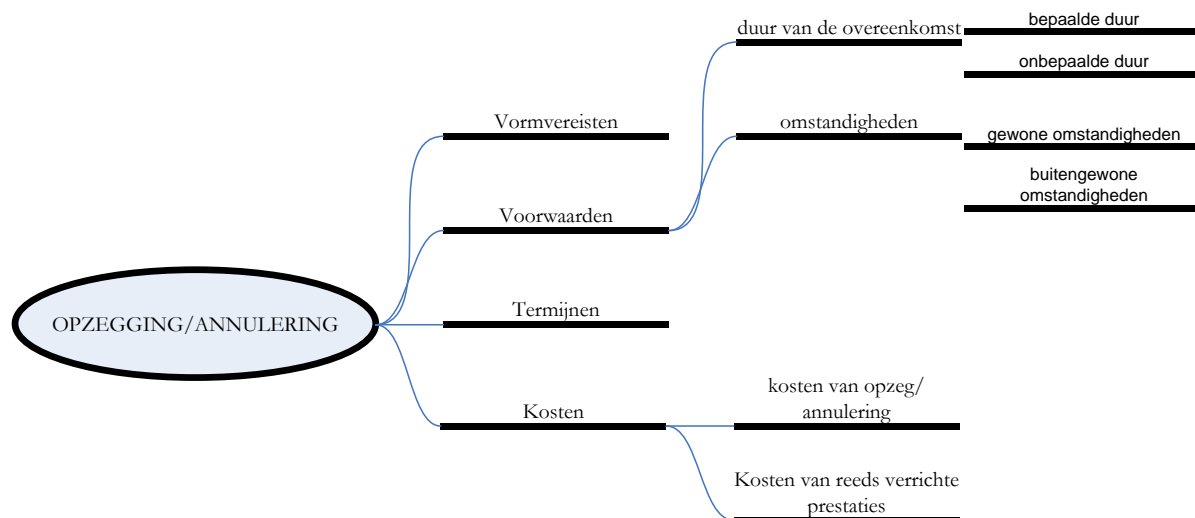
45. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst onder art. 6:237 h (vervalbedingen):

- Vervalrecht van twee maanden bij nalaten van betwisting factuur
- Klachten moeten “tijdig” nadat consument gebreken heeft geconstateerd worden ingediend. Niet tijdig indienen van klacht kan tot gevolg hebben dat consument zijn rechten verliest
- Wel geaccepteerd: “alle vorderingen die de verzekerde/verzekeringsnemer geldend wenst te maken vervallen na één jaar te rekenen vanaf de dag dat de verzekerde/verzekeringsnemer kennis kreeg van het standpunt van de verzekeringsmaatschappij in verband met die vordering”

46. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst onder art. 6:236 l (vormvereisten)

- Indien de consument zonder voorafgaande schriftelijke goedkeuring tot reparatie etc van de geleverde zaak overgaat of doet overgaan, vervalt elke aanspraak uit hoofde van garantie
- Op geleverde doch niet door leverancier gemonteerde onderdelen wordt, bij gebleken foutieve montage, geen garantie gegeven
- Reparatie en/of vervanging van een onderdeel uit hoofde van garantie, zal de garantie voor het geheel der geleverde zaken nooit verlengen

4.3 De mogelijkheid tot opzegging/ annulering



(1) Inhoud van het opzeggings- of annuleringsbeding - onderscheid met het boetebeding

47. Een opzeggingsbeding kan worden omschreven als een beding dat een partij de bevoegdheid verleent om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen, zonder motivering.

Hieraan kan de betaling van een opzeggingsvergoeding worden gekoppeld.

Een opzeggingsvergoeding beoogt niet de schadelijke gevolgen van een wanprestatie te vergoeden, maar bepaalt de tegenprestatie voor het recht voortijdig de overeenkomst te beëindigen.

Art. 6:237 i BW bepaalt dat vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn een beding dat inhoudt dat indien de overeenkomst anders dan door wanprestatie van de koper wordt beëindigd, de koper verplicht is om een geldsom te betalen, behoudens voorzover het een redelijke vergoeding voor door de verkoper geleden verlies of gederfde winst betreft.

48. Een boetebeding daarentegen kan worden omschreven als een beding waarbij een partij zich verbindt tot het betalen van een forfaitair bepaalde schadevergoeding bij niet-tijdige of niet-correcte uitvoering van een overeenkomst. Boetebedingen moeten wederkerig en gelijkwaardig zijn. De vereiste wederkerigheid brengt met zich dat tegenover een boetebeding dat een bedrag vastlegt bij niet-nakoming van de overeenkomst door een consument van zijn verplichtingen, er altijd een beding dient te worden opgenomen dat voorziet in een schadevergoeding bij niet-

nakoming van de overeenkomst door de handelaar; de vereiste van gelijkwaardigheid brengt met zich dat het bedongen bedrag van dezelfde orde moet zijn, evenals de regeling inzake de bewijslast. Bedingen in geval van niet-(tijdige) uitvoering van de overeenkomst mogen geen schadevergoeding vaststellen die duidelijk niet evenredig zijn met het nadeel dat door de handelaar kan worden geleden.

Wanneer een beding toepasselijk is bij een fout/wanprestatie van de consument gaat het om een boetebeding en niet om een opzeggingsbeding bijv. schending van exclusiviteitsclausule bij een makelaarsovereenkomst of een aannemingsovereenkomst. Boetebedingen maken niet het voorwerp uit van dit onderzoek.

49. Wat de inhoud van het annuleringsbeding betreft, zal aandacht moeten worden besteed aan de vormvereisten die gepaard gaan met de annulering (gewone communicatiemiddelen zoals e-mail of gewone brief of aangetekend schrijven mits voor die “zwaardere dus wellicht bezwarende” vereisten goede redenen bestaan), voorwaarden voor annulering (onderscheid naargelang het gaat om een overeenkomst voor bepaalde duur of onbepaalde duur en naargelang de omstandigheden van annulering, kan de consument zich beroepen op een situatie van overmacht of niet, en wat kan daaronder worden begrepen, termijnen en kosten.

Voornamelijk op deze twee laatste punten bestaat geen eensgezindheid. De rechtspraak antwoordt verdeeld op de vraag wanneer een vergoeding ‘redelijk’ is. Volgens Loos¹⁶ kan uit de rechtspraak van de kantonrechter vooralsnog weinig meer dan de constatering worden afgeleid dat annuleringskosten ter hoogte van 30 tot 35% van de koopsom veelal als onredelijk worden beoordeeld, terwijl annuleringskosten ter hoogte van 10 tot 15% de toetsing regelmatig wel doorstaan. Waar een hogere vergoeding wordt gevorderd, zal de handelaar (doorgaans de verkoper) met concrete cijfers moeten komen waaruit moet blijken dat zijn gederfde winst een hogere vergoeding rechtvaardigt, zoniet kan het bedrag gematigd worden (het wordt dan kennelijk aangezien als een strafbeding).

50. Vaak wordt in algemene voorwaarden bepaald dat bij annulering van de overeenkomst door de consument deze een schadevergoeding verschuldigd is van 30% van hetgeen de afnemer bij de uitvoering van de overeenkomst had moeten betalen. Het percentage wordt opgetrokken tot 50%, indien de annulering van een overeenkomst door de consument geschiedt, terwijl de consument er al van in kennis was gesteld, dat de op- of aflevering – of een deel ervan indien het een deellevering betreft – kan plaatsvinden. Dit onderscheid wordt aanvaard, maar de hoogte van voormelde percentages veelal niet. Een en ander zou kunnen geredieerd worden door de toevoeging van een “open norm” zoals hierna bepaald:

“de in het vorige lid genoemde percentages zijn vaststaand, tenzij de ondernemer kan bewijzen dat zijn schade groter is of de afnemer aannemelijk kan maken dat de schade kleiner is.”

¹⁶ M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2001.

Met deze bepaling wordt echter de bewijslast op de consument gelegd. Doorgaans wordt het bedrag gematigd tenzij de handelaar aannemelijk kan maken dat zijn schade groter is. Tegenbewijs door de handelaar zal evenwel niet eenvoudig zijn te leveren. De handelaar zal moeten aantonen dat zijn schade effectief hoger is en dat de met het beding getroffen regeling daarom noodzakelijk, geschikt en proportioneel is.

51. De consument heeft bij overeenkomsten op afstand of gesloten buiten de verkoopsruimte het recht om kosteloos afstand te doen van de aankoop. De termijn wordt in het richtlijnvoorstel vastgesteld op 14 kalenderdagen na ondertekening van het bestelformulier.

Wanneer het gaat om overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van diensten voor logies, vervoer, het restaurantbedrijf en vrijetijdsbesteding waarbij de verkoper ertoe gehouden is om de dienst op een bepaalde datum of binnen een nader genoemde periode te presteren, speelt het herroepingsrecht niet; in deze sectoren gelden wel opzeggingsmogelijkheden.

52. Het herroepingsrecht kan door de handelaar strikt beperkt/ uitgesloten worden in de volgende gevallen:

- levering van diensten waarvan de uitvoering met instemming van de consument is begonnen voor het einde van de verzakingstermijn van zeven dagen (bijv. online consulteren van databank)
- levering van producten die volgens de specificatie van de consument zijn vervaardigd of die een persoonlijk karakter hebben of die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden of die kunnen bederven of verouderen (bijv. gordijnen, levensmiddelen)
- levering van audio- en video opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling is verbroken door de consument
- levering van dagbladen, tijdschriften en magazines
- diensten van weddenschap en loterij

(2) Voorbeelden van rechtmatige annuleringsbedingen

Vormvereisten

Deze zijn vrij in te vullen door de handelaar, mits ze de verplichtingen van de consument niet

onredelijk bezwaren, bijv. behoudens goede redenen geen “zwaardere” vorm aannemen dan een onderhands geschrift.

Duur

Gaat het om een overeenkomst voor bepaalde termijn (maximaal een jaar): geen opzeggingsmogelijkheden

Gaat het om een overeenkomst voor onbepaalde termijn (of langer dan een jaar): termijn differentiëren [in te vullen door de branche]: (opzeggingstermijn die korter is dan drie maanden wordt redelijk geacht)

Omstandigheden

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen gewone en buitengewone omstandigheden, waaronder overmacht [in te vullen door de branche]

Voorbeeld

“De consument heeft het recht de overeenkomst te ontbinden, wanneer zich een tussenkomende omstandigheid voordoet die een zorgvuldig consument niet heeft kunnen voorzien noch vermijden en waarvan de gevolgen de uitvoering van de verbintenis onmogelijk maken.”

Termijnen

Termijnen zijn in te vullen door de branche: contractueel kan enkel in een langere “verzekeringstermijn” worden voorzien dan de termijn voor bedenktijd, hetgeen een bijkomende garantie is voor de consument

Kosten

Voorbeeld:

“De handelaar is gerechtigd bij opzegging van de overeenkomst de reeds verrichte prestaties te verhalen op de consument aan forfaitaire kostprijs begroot op 10% a 15 % van de aanbestede opdracht, tenzij de handelaar kan bewijzen dat zijn schade groter is doordat hij bijv. reeds een aanvang heeft genomen met (leverings-)werken.”

Variant:

“De handelaar is gerechtigd bij opzegging van de overeenkomst de reeds verrichte prestaties te verhalen op de consument aan reële kostprijs.”

(3) Voorbeelden van onredelijk bezwarende annuleringsbedingen

53. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst (art. 6:236 l (vormvereisten)):

- Een annuleringsregeling moet schriftelijk worden overeengekomen
- Opzeggen van de overeenkomst kan uitsluitend schriftelijk gebeuren

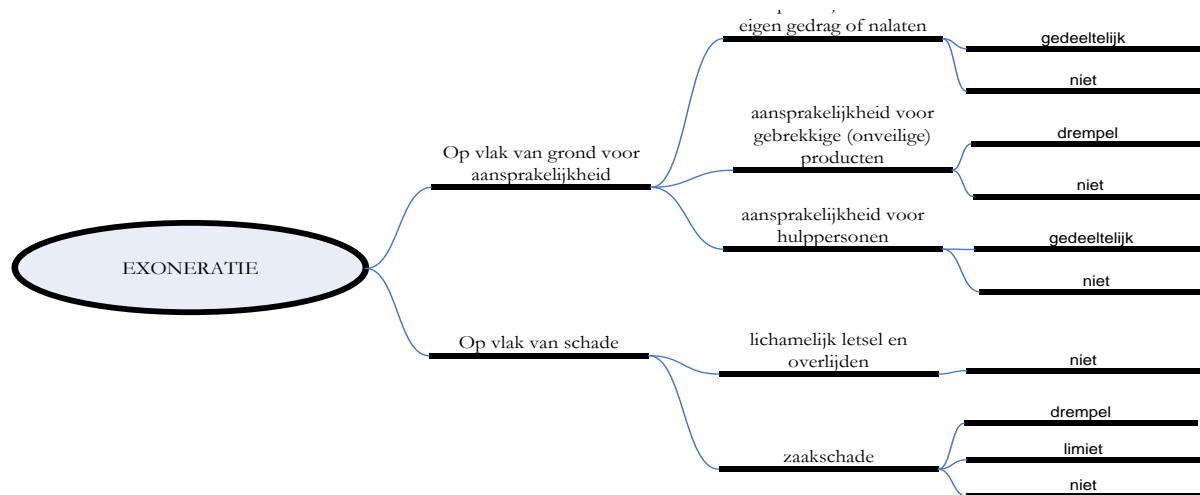
54. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst (artikel 6:237 k (contractsduur)):

- De consument kan de overeenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan te allen tijde opzeggen *met inachtneming van daartoe overeengekomen opzeggingsregels en opzeggingstermijn*

55. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst. (artikel 6:237 l (opzeggingstermijn)):

- De consument kan de overeenkomst die voor onbepaalde tijd is gesloten te allen tijde opzeggen met inachtneming van *“daartoe overeengekomen opzeggingsregels en opzeggingstermijn”*
- De consument kan de overeenkomst die voor onbepaalde tijd is gesloten enkel opzeggen bij een bepaalde vestiging van de handelaar of bij een bepaalde bij de handelaar werkzame persoon
- De consument kan de overeenkomst die voor bepaalde termijn is aangegaan slechts opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van negen maanden (opzeggingstermijn die korter is dan drie maanden wordt redelijk geacht)

4.4 De exoneratie



(1) Inhoud van de exoneratieclausules

56. Exoneratieclausules beogen de schadevergoedingsverplichting te beperken of uit te sluiten. De schadevergoedingsverplichting ontstaat doordat de exonerant jegens zijn wederpartij tekort is geschoten in de nakoming; de ernst van de wanprestatie is daarom van belang bij de beoordeling van exoneratieclausules.¹⁷

57. Op grond van art. 6:237 onder f BW, worden exoneratieclausules, bedingen die strekken tot beperking of uitsluiting van de aansprakelijkheid, vermoed onredelijk bezwarend te zijn indien zij zijn opgenomen in een consumentenovereenkomst en ertoe strekken “de gebruiker of een derde geheel of ten dele te bevrijden van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding.” Op de handelaar rust dan de last het tegenbewijs te leveren.

¹⁷ C.R. Christiaans, “Opstellen en beoordelen van garanties, overmachtsclausules en aansprakelijkheden”, in: *Praktijkhandleiding algemene voorwaarden*, 1999; G.J. Rijken, “De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken”, *NTBR* 1998, p. 361-369.

58. De opname van exoneratieclausules in algemene voorwaarden is voor de praktijk van groot belang. Toepassing van een exoneratiebeding kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid immers onaanvaardbaar zijn. Of daarvan sprake is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. De invulling daarvan moet dus per situatie bekeken worden.

Bij de inhoudstoetsing worden in de literatuur¹⁸ de volgende kernpunten als relevante omstandigheden genoemd:

- redelijkheidsmotieven (prijs, beloning, mogelijkheid grote schade);
- verzekeraarbaarheid;
- totstandkoming (eenzijdig/tweezijdig);
- de inhoud van de exoneratieclausule in relatie tot de overige algemene voorwaarden;
- onduidelijke redactie waardoor contractrisico's niet voldoende kunnen worden ingeschat;
- wanverhouding vergaande exoneratie en grote schade;
- ondeskundigheid wederpartij van exonerant;
- de ernst van de wanprestatie;
- de zwaarte van de schuld.

59. De exoneratie van aansprakelijkheid kan zowel betrekking hebben op de gronden van aansprakelijkheid als op de vergoedbare schade.

(a) Exoneratie op het vlak van de grond voor aansprakelijkheid

60. Te denken valt hierbij aan de aansprakelijkheid voor eigen fout versus de aansprakelijkheid voor fouten van derden en de aansprakelijkheid naargelang van de zwaarte van de fout (aansprakelijkheid voor gewone fout, zware fout, opzettelijke fout)

61. Een bijzonder relevante vraag is de vraag in hoeverre grove schuld van een opdrachtnemer, diens ondergeschikten, of personen die door hem worden ingeschakeld, aanleiding kan geven tot de toepassing van een exoneratiebeding. De Hoge Raad overwoog in 1997 reeds dat een exoneratie in het algemeen buiten toepassing dient te blijven, “indien de schade is te wijten aan

¹⁸ G.J. Rijken, ‘De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken’, *NTBR* 1998, p. 361-369

opzet of bewuste roekeloosheid (door het Hof aangeduid met: grove schuld) van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen”.¹⁹

62. Wat de zwaarte van de fout betreft en de mogelijkheid tot exoneratie voor de handelaar kan algemeen worden gesteld dat geen beperking van aansprakelijkheid kan worden opgenomen in de algemene voorwaarden voor opzet en grove schuld van de ondernemer/exonerant of diens leidinggevende ondergeschikten en handelingen van niet-leidinggevende ondergeschikten of hulppersonen.²⁰

63. De Hoge Raad besliste in 1997 dat de in algemene voorwaarden opgenomen algehele exoneratie voor toerekenbare onderbrekingen (gewone lichte fouten) ook onredelijk bezwarend is.²¹ Uit het arrest kan bovendien worden afgeleid dat onverzekerbaarheid van een risico in beginsel een rechtvaardigingsgrond voor een exoneratieclausule kan opleveren, maar dan zal wel moeten worden aangetoond dat een bepaald risico onverzekerbaar is. Bovendien zal de schuldenaar moeten kunnen aantonen dat hij niet op andere wijze kon voorzien in dekking van de schade, zoals door het vragen van een iets hogere prijs.

(b) Exoneratie op het vlak van de schade

64. Vanuit de handelaar bekeken, is begrijpelijk dat men de omvang van de vergoedingsplicht zo beperkt mogelijk wil houden, maar feit is dat een beperking van de vergoedbare schade op gespannen voet staat met art. 7:5 jo. 7:6 jo. 7:24 jo. 6:74 BW wat betreft consumentenkoop en met art. 6:233 jo. 6:237 aanhef en onder f jo. art. 6:74 BW wat betreft dienstenovereenkomsten, zoals de overeenkomst van consumenten met de energienetbeheerder, de warmteleverancier en de waterleverancier. De handelaar kan zich niet exonereren voor de schadelijke gevolgen uit lichamelijk letsel en overlijden.

¹⁹ HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (*Stein/Driessen*). In dezelfde zin HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 (*Spector Nederland/VOF Fotoshop*).

²⁰ HR 14 november 1997, NJ 1998, 657 (*Holvrieka/Brunink*), HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (*Gemeente Stein/Driessen*), HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (*Matatag/De Schelde*).

²¹ HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed en VEWIN*).

(c) Exoneratieclausules in algemene voorwaarden van banken

65. M.b.t. de zorgplicht van consumenten kan vastgesteld worden dat via de algemene voorwaarden in de praktijk de banksector aan de zorgplicht van de consument zal trachten een invulling te geven door te omschrijven welke gedragingen van de consument (ernstige) fouten uitmaken. Wanneer daar dan ook een aansprakelijkheidsbeperking van de handelaar aan wordt gekoppeld, gaat het in feite om (verhulde) exoneratiebedingen. Dergelijke bedingen laten de beoordelingsvrijheid van de rechter evenwel onverlet. Bovendien zijn ze nietig in zoverre ze afbreuk doen aan de rechten van de consument.

(d) Exoneratieclausules in overeenkomsten van opdracht en aanneming (overeenkomsten met architecten en aannemers)

66. In de in de bouw gebruikelijke algemene voorwaarden SR²² en de AVA²³ komen bedingen voor waarmee de architect en de aannemer beogen hun aansprakelijkheid te beperken. Een voorbeeld daarvan biedt artikel 13 SR. Volgens het eerste lid is de architect aansprakelijk voor de schade die de opdrachtgever heeft geleden als rechtstreeks gevolg van een verwijtbare fout door de architect begaan. Art. 13 lid 1 SR bevat aldus dus in twee opzichten een beperking van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming en is in tweeërlei opzicht 'grijs'. Indien het beding tegenover een consument wordt gehanteerd, zal de architect dus moeten bewijzen dat het beding, gelet op alle omstandigheden van het geval, *niet* onredelijk bezwarend is. De overige leden van het artikel bouwen voort op de eis dat het in ieder geval om een *verwijtbare* fout moet gaan en delen daarmee in het vermoeden dat zij onredelijk bezwarend zijn indien zij tegenover een consument worden gehanteerd. Ook elders in de SR komen vergaande exoneraties tegen die in consumentenovereenkomsten vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. Art. 18 SR is een bepaling, waarin de aansprakelijkheid van de architect wordt gelimiteerd, en art. 21 SR luidt dat de architect niet aansprakelijk is voor andere dan in art. 13 en 14 SR bedoelde schadeposten.

67. Art. 6 AVA bevat een tweetal bepalingen over de aansprakelijkheid van de aannemer jegens de aanbesteder. Volgens het eerste lid is de aannemer 'onverminderd de aansprakelijkheid van partijen krachtens de overeenkomst of de wet' aansprakelijk voor schade aan het werk, 'tenzij de schade het gevolg is van buitengewone omstandigheden, tegen de schadelijke gevolgen waarvan de aannemer in verband met de aard van het werk geen passende maatregelen heeft behoeven te nemen en het onredelijk zou zijn de schade voor zijn rekening te doen komen'.

²² De SR is een afkorting voor "Standaard Regeling" (herzien in 2000) die regels bepaalt inzake contracten tussen opdrachtgever en architect. Deze regeling is nu vervangen door DNR 2005.

²³ De AVA zijn de Algemene Voorwaarden voor Aannemingscontracten in het bouwbedrijf.

Volgens het tweede lid van deze bepaling is de aannemer aansprakelijk voor schade aan andere werken en eigendommen van de aanbesteder, voor zover deze door de uitvoering van het werk is toegebracht en te wijten is aan nalatigheid, onvoorzichtigheid of verkeerde handelingen van de aannemer, zijn personeel, zijn onderaannemers of zijn leveranciers'.

68. In beide gevallen kan worden opgemerkt dat toerekening krachtens verkeersopvatting blijkbaar niet tot de mogelijkheden behoort, hetgeen een beperking van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding inhoudt. Beide bepalingen bevatten dus een 'grijze' exoneratieclausule.

Zowel de architect als de aannemer zal daarom moeten aantonen dat de exoneratieclausule indien zij voorkomt in een consumentenovereenkomst, niet onredelijk bezwarend is. Tenzij de architecten en aannemers daarvoor goede argumenten aandragen (wat niet snel zal aangenomen worden), zullen vermoedelijk ook hun exoneratieclausules sneuvelen.

Voor zover vereist kan nog opgemerkt worden dat de aard van de overeenkomst ook relevant zal zijn voor de bepaling van de rechtsgeldheid van de exoneratieclausule. Zo zal een exoneratieclausule in een overeenkomst met een dierenarts anders (kunnen) worden beoordeeld dan een gelijkkluidende exoneratieclausule in een overeenkomst van goederenvervoer, terwijl een exoneratieclausule in een bewaarnemingsovereenkomst nagenoeg steeds onredelijk bezwarend zal zijn, omdat zij op zeer gespannen voet met de aard van de overeenkomst staat.²⁴

(2) Voorbeelden rechtmatige exoneratiebedingen

69. Wat de voorbeeldbedingen inzake exoneratie betreft, lijkt het relevant aan te geven in welke mate exoneratie wel mogelijk is (zie hierna):

(a) Samenvatting: overzicht van de exoneratiemogelijkheden op het vlak van de grond voor aansprakelijkheid

70. Samengevat komen de exoneratiemogelijkheden van de handelaar op het volgende neer.

Als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt elk exoneratiebeding dat de handelaar ontslaat van:

- zijn aansprakelijkheid voor eigen handelen in zoverre het zijn opzet, grove schuld betreft
- zijn aansprakelijkheid voor het opzettelijk of zwaar nalatig handelen van zijn

²⁴ Zie hierover voorts nog M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2001.

personeel/leidinggevenden

Het gaat zowel om een uitsluiting als om een beperking van aansprakelijkheid.

71. Onder “handelen” wordt zowel een actieve gedraging als een nalaten begrepen.

72. Bedingen die op “ongepaste wijze” de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de verkoper of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de handelaar van diens contractuele verplichtingen uitsluiten of beperken worden eveneens geacht onredelijk bezwarend te zijn.

73. In een aantal bijzondere overeenkomsten heeft de wetgever de handelaar verboden zich te exonereren van elke vorm aansprakelijkheid voor bepaalde gedragingen of schadevormen:

Dat is bijv. het geval krachtens artikel 7: 6 lid 1 BW. Bij een consumentenkoop kunnen de rechten en vorderingen die de wet aan de koper toekent niet worden beperkt of uitgesloten.

Ook kan de aannemer zijn aansprakelijkheid niet uitsluiten of beperken voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, noch deze aan kortere verjaringstermijnen onderwerpen dan deze voorzien bij art. 7:761 BW. Verzwijging door de hulppersonen die de aannemer heeft aangesteld voor de uitvoering van het werk wordt gelijkgesteld met verzwijging door de aannemer. (Art. 7:762 BW)

(Hier kan ook gedacht worden aan de reisovereenkomst, de overeenkomst tussen advocaat en cliënt, de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:454 WGBO) etc.)

(b) Samenvatting: overzicht van de exoneratiemogelijkheden op het vlak van de schade

74. Onredelijk bezwarend zijn:

- Bij *lichamelijk letsel of overlijden* (zowel rechtstreekse schade als gevolgschade): de bedingen die de wettelijke aansprakelijkheid uitsluiten of beperken in geval van overlijden of lichamenlijk letsel van een consument ten gevolge van een doen of nalaten van de handelaar of zijn hulppersonen;
- Bij *zakschade* (waaronder gevolgschade): de bedingen die een algehele exoneratie inhouden voor zakschade (Cf. Consumentenbond / Energiened (Hof Den Haag 27 juni 1996, TvC 1996, 282, bevestigd in HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1)

- Wat eventueel wel kan is een drempel- of aftrekfranchise opnemen in de algemene voorwaarden om bagatelclaims te vermijden: de schade moet een bepaalde ernst of bepaalde omvang vertonen. De omvang van de drempel zal voldoende laag moeten zijn om niet in aanmerking te komen als een grijs beding;
- Ook een limitering van zaakschade is toelaatbaar bijv.
 - ⇒ Limitering tot bedrag dat door verzekering is gedekt, tot waarde van goed of prestatie (in te vullen door branche):
 - ⇒ Limitering tot rechtstreekse schade
 - ⇒ Relevante factoren bij controle omvang limitering:
 - i. Hoe verzekerbaar is het risico?
 - ii. Hoe ver is afgeweken van de wettelijke regeling die bij afwezigheid van dat beding zou gelden?
 - iii. Hoe branchegebruikelijk is de exoneratie?
 - iv. Hoe verhoudt zich de te vergoeden schade tot de omvang van de prestatie

75. Ter illustratie kan verwezen worden naar volgende regeling van aansprakelijkheidsbeperkingen die werd opgesteld na overleg tussen de energiesector en de Consumentenbond na het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed en VEWIN*) (AV Energiened). Ze ziet op een evenwichtige beperking van aansprakelijkheden en is daardoor, mede door de tweezijdige wijze van totstandkoming, wellicht doorgaans aanvaardbaar:

“a. De netbeheerder is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, jegens de contractant aansprakelijk voor schade als gevolg van onderbreking van het transport van elektrische energie echter uitsluitend indien en voor zover:

- de onderbreking het gevolg is van een aan de netbeheerder toerekenbare tekortkoming en*
- het personenschade betreft als gevolg van lichamelijke letsel of overlijden en/ of zaakschade bestaande uit vernietiging, beschadiging of verlies van zaken die gewoonlijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer zijn bestemd en ook in de privé-sfeer zijn ge- of verbruikt.*

b. Voor zaakschade geldt een drempelbedrag van € 55,- (vijfenvijftig euro) voor de contractant, met dien verstande dat bij overschrijding het drempelbedrag mede wordt vergoed. Voor personenschade als gevolg van lichamelijke letsel of overlijden geldt geen drempelbedrag.

2. De netbeheerder is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, voorts aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van een gebrekkige aansluiting of een gebrekkig transport dan wel van een onjuist handelen of nalaten in verband met aansluiting en/ of transport – niet zijnde een onderbreking van het transport –, doch niet indien de schade het gevolg is van een tekortkoming die de netbeheerder niet kan worden toegerekend.

3. Behoudens ingeval de schade ontstaat als gevolg van opzet of grove schuld van de netbeheerder of diens leidinggevende werknemers, zijn in alle gevallen van vergoeding uitgesloten schade aan zaken die door de contractant worden gebruikt voor de uitoefening van een bedrijf of een beroep, schade als gevolg van

bedrijfsstilstand, als gevolg van het niet kunnen uitoefenen van een beroep of als gevolg van winstderving.
4. *Indien en voor zover de netbeheerder jegens de contractant in het kader van deze algemene voorwaarden tot schadevergoeding verplicht is, komt schade aan personen en/of zaken slechts voor vergoeding in aanmerking tot een bedrag van ten hoogste € 910.000,- (negenhonderdtienduizend euro) per gebeurtenis voor alle contractanten tezamen, met dien verstande dat de vergoeding van schade aan zaken, ongeacht de omvang van het totaal der schade, is beperkt tot ten hoogste € 1.400,- (éénuizendvierhonderd euro) per contractant.*

Indien het totaal der schaden aan personen en/of zaken meer bedraagt dan € 910.000,-, is de netbeheerder niet gebonden meer schadevergoeding te betalen dan dit bedrag, waarbij met inachtneming van het eerder in dit lid genoemde maximum voor schade aan zaken van € 1.400,- de aanspraken van de contractanten naar evenredigheid zullen worden voldaan.

5. *Schade dient zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vier weken na het ontstaan aan de netbeheerder te zijn gemeld, tenzij de contractant aannemelijk maakt dat hij de schade niet eerder heeft kunnen melden.”*

(3) Voorbeelden onredelijk bezwarende exoneratiebedingen

76. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst: art. 6:236 a (Uitsluiting recht op nakoming):

- De consument mag bij aanzienlijke tussentijdse wijzigingen in de contractvoorwaarden geen nakoming van de overeenkomst vorderen (maar alleen ontbinden).

77. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst: art. 6:236 b (Uitsluiting of beperking recht op ontbinding):

- De handelaar mag zo nodig een vervangend product leveren. De consument mag in dat geval geen ontbinding van de overeenkomst vorderen
- De consument moet de handelaar in alle gevallen gelegenheid bieden een gebrek te herstellen of de bewerking opnieuw uit te voeren (ontneemt betekenis aan zorgplicht handelaar)
- De handelaar bepaalt eenzijdig wat “onvoorziene omstandigheden” zijn
- De handelaar mag wijzigingen in het aanbod en/of reglement doorvoeren zonder dat dit leidt tot prijsvermindering
- De handelaar is bij te late levering niet meteen in verzuim ook als er een vaste levertermijn is afgesproken
- De handelaar mag als de consument de prestatie niet afneemt de overeenkomst ontbinden;

- De consument mag bij te late levering niet ontbinden (behoudens bij grove schuld leverancier)
- De consument keurt het werk niet goed. Dan moet hij de handelaar in de gelegenheid stellen het werk opnieuw op te leveren
- De consument moet de handelaar in alle gevallen gelegenheid bieden een gebrek te herstellen of de bewerking opnieuw uit te voeren

78. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst: art. 6: 236 c (beperking/uitbreiding opschortingsrechten):

- De handelaar mag zijn verplichtingen opschorten bij tijdelijke verhindering wegens onvoorziene omstandigheden (bepaald door de handelaar)
- De handelaar mag de uitvoering overeenkomst van de opschorten (bijv. levertijd verlengen) als de consument niet voldoet aan enige verplichting uit de overeenkomst
- De handelaar mag de garantieverplichtingen opschorten als hij niet in staat is om onderdelen van het product te leveren
- Wanneer de handelaar zijn garantieverplichtingen niet nakomt ontheft dit de consument niet van zijn verplichtingen uit de overeenkomst
- De consument kan alleen een beroep doen op garantie nadat hij aan al zijn eigen verplichtingen heeft voldaan
- De consument voldoet niet aan zijn verplichtingen uit de overeenkomst. Dan vervallen de garantieverplichtingen

79. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst: art. 6:236 g. (verkorting verjaring- of vervaltermijn):

- De handelaar heeft een retentierecht op de te repareren zaak bij wanbetaling
- De consument verliest bij overschrijding klachttermijn elke aanspraak m.b.t. gebreken
- Een uitspraak van de geschillencommissie zal in rechte niet aantastbaar zijn als meer dan twee maanden zijn verstreken en geen beroep op de gewone rechter is gedaan

80. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de zwarte lijst: art. 6:236 h (vrijwaringclausules):

- De handelaar vrijwaart zich voor schade aangebracht door een derde (hulppersoon), waarvoor hij, de handelaar, krachtens art. 6:76 BW zelf aansprakelijk is
- De handelaar beoogt schade voortvloeiend uit de aansprakelijkheidstelling door derden op de consument af te wentelen
- De consument is behoudens grove schuld aan de zijde van de handelaar, gehouden de handelaar te vrijwaren voor alle schade voortvloeiend uit het gebruik door handelaar van zaken toebehorend aan de consument
- De handelaar verzekert zich voor persoonlijke ongevallen bij zijn eigen verzekeringsmaatschappij. Voor gevallen niet gedekt door of hoger dan de polis, kan de handelaar niet worden aangesproken.
- De consument vrijwaart de handelaar voor alle schades en rechtsvorderingen van derden en is gehouden gehoor te geven aan diens oproep in vrijwaring
- De consument vrijwaart de handelaar voor alle aanspraken van derden wegens productaansprakelijkheid als gevolg van een gebrek in een product dat door de consument aan een derde is geleverd en dat (mede) bestond uit door de handelaar geleverde producten en/of materialen
- De consument vrijwaart de handelaar voor elke aanspraak van derden m.b.t. het gebruik van door of namens de consument verstrekte tekeningen, modellen etc.
- De consument vrijwaart de handelaar tegenover aanspraken van derden over de juistheid van de door de consument, verstrekte gegevens

81. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst: art. 6:237 d (beëindiging overeenkomst door handelaar):

- Als de consument enige verplichting die voortvloeit uit de AV niet nakomt of in verzuim is, mag de handelaar de consument uitsluiten van het recht om opeising van de verschuldigde prestatie te vorderen

82. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst: art. 6:237 f (bevrijding van wettelijke plicht tot schadevergoeding):

- De handelaar vrijwaart zich voor schade veroorzaakt door derde (hulppersoon), waarvoor hij, handelaar, krachtens art. 6:76 BW zelf aansprakelijk is

- De handelaar is alleen aansprakelijk voor opzet of grove schuld bij uitvoering overeenkomst
- De handelaar is aansprakelijk voor schade die de consument lijdt en die rechtstreeks en uitsluitend het gevolg is van een aan de handelaar toe te rekenen tekortkoming. Voor vergoeding komt echter alleen in aanmerking die schade waartegen de handelaar verzekerd is, dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn
- De handelaar is niet aansprakelijk voor directe of indirecte schade / schade die het gevolg is van de toepassing van geleverde informatie door de consument
- De consument kan geen rechten ontleen aan adviezen en informatie die hij van handelaar krijgt als deze geen directe betrekking hebben op de opdracht
- De consument is aansprakelijk voor alle schade als gevolg van verlies, diefstal, verbranding of beschadiging van gereedschappen etc. die zich bevinden op plaats waar het werk wordt verricht
- De handelaar verzekert zich voor persoonlijke ongevallen bij zijn eigen verzekeringsmaatschappij. Voor gevallen niet gedekt door of hoger dan de polis, kan de handelaar niet worden aangesproken
- Elke bepaling de beoogt af te wijken van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer

83. Volgende bedingen kunnen worden aangemerkt als bedingen strijdig met de grijze lijst: art. 6:237 h (vervalbedingen):

- Klachten moeten “tijdig” nadat consument gebreken heeft geconstateerd worden ingediend. Niet tijdig indienen van klacht kan tot gevolg hebben dat consument zijn rechten verliest. (Onduidelijk m.b.t. het begrip tijdig)
- Wel werd volgende clause geaccepteerd: “alle vorderingen die de verzekerde/verzekeringsnemer geldend wenst te maken vervallen na één jaar te rekenen vanaf de dag dat de verzekerde/verzekeringsnemer kennis kreeg van het standpunt van de verzekeringsmaatschappij m.b.t. die vordering”.²⁵

²⁵ Cf. Rechtbank Arnhem 26 oktober 2005, LJN: AU9179

5. Uitleiding

84. In dit onderzoek is nagegaan hoe (tweezijdige) voorwaarden eventueel opgesteld kunnen worden via beslisschema's van beperkte omvang ten aanzien van het gebruik van (eventuele varianten) van die voorwaarden. Het onderzoek richtte zich op garantiebedingen, annuleringsclausules, clausules ter zake van zorgplichten van de ondernemer en exoneratieclausules.

85. Tweezijdige algemene voorwaarden zijn redelijke voorwaarden. Zowel de ondergrens (wat mag niet) als de bovengrens (wat zijn standaarden voor de goede praktijk, waardoor de ondernemers zich kunnen onderscheiden) zijn in dit onderzoek in kaart gebracht.

86. De analyse kan o.i. in de toekomst verder worden benut om nieuwe voorwaarden te redigeren, waarbij, van geval tot geval, aan de hand van de aangereikte beslisschema's, passende tweezijdige voorwaarden kunnen worden uitgewerkt.