

Wat is nu de waarde van toepasselijke en goed geformuleerde algemene voorwaarden? Die is enorm. Met goede algemene voorwaarden kan aansprakelijkheid beperkt of zelfs uitgesloten worden. Een voorbeeld: een verkoper is, zelfs als hij niet bekend is of kan zijn met een gebrek aan het door hem verkochte, aansprakelijk voor de schade die de koper lijdt als gevolg van het afnemen van een ondeugdelijk product. Kan de verkoper zich echter beroepen op zijn algemene voorwaarden, dan kan hij ontheven worden van deze aansprakelijkheid.

Daarnaast kunnen algemene voorwaarden ook van groot belang zijn voor zaken als toepasselijk recht en de bevoegde rechtbank. Wat nu als er plotseling een dagvaarding voor een gerecht van een buitenlandse staat wordt bezorgd waarin ook nog wordt gesteld dat een contract door een onbekend buitenlands rechtsstelsel wordt beheerst? Met goed geformuleerde algemene voorwaarden had men zelf kunnen bepalen welk recht van toepassing is en welke rechter bevoegd.

Russell Advocaten is graag bereid tot advies omtrent uw algemene voorwaarden.

Voor meer informatie kunt u contact opnemen met:

Reinier W.L. Russell

Disclaimer
De informatie in deze nieuwsbrief is bedoeld ter algemene informatie. De informatie is niet bedoeld als vervanging van enig juridisch advies, raadgeving of juridische dienstverlening. In geen geval aanvaardt Russell Advocaten aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van gebruik van de geboden informatie, ook indien dit onjuiste of onvolledige informatie betreft.



ALGEMENE VOORWAARDEN IN DE NATIONALE EN INTERNATIONALE PRAKTIJK

In de praktijk komen ze vaak voor: algemene voorwaarden waarvan de bedoeling is om werkelijk iedere aansprakelijkheid uit te sluiten. Zij luiden ongeveer als volgt: "Wij zijn nooit aansprakelijk. Mochten wij wel aansprakelijk zijn, dan hoeven wij niets te betalen. Zodra wij wel iets moeten betalen, dan is het bedrag beperkt tot de hoogte van onze verzekeringsuitkering." Men spreekt in dit verband van 'exoneratieclausules': bedingen die aansprakelijkheid moeten uitsluiten of minimaliseren. Exoneratieclausules zijn vaak opgenomen in algemene voorwaarden. De gebruiker van dergelijke algemene voorwaarden denkt eventuele klachten van ontevreden contractpartijen op die manier gemakkelijk te kunnen afweren, maar hij koestert een vals gevoel van veiligheid. Dat blijkt (onder meer) uit nieuwe Europese regelgeving, die verderop aan de orde zal komen, en de volgende twee arresten van de Hoge Raad.

In het eerste arrest had een leverancier in zijn offerte vermeld dat op al zijn leveranties zijn voorwaarden van toepassing zijn. Een exemplaar daarvan zou op verzoek worden toegezonden. Deze voorwaarden bevatten een beperkte garantietermijn van zes maanden, terwijl bovendien in de voorwaarden was vastgesteld dat schriftelijke klachten slechts tot veertien dagen na het verstrijken van de garantietermijn in behandeling zouden worden genomen. Negen maanden na een levering stelde een koper dat het door hem gekochte onaanvaardbare gebreken vertoonde en hij vorderde schadevergoeding. De leverancier deed een beroep op zijn algemene voorwaarden. De koper stelde daaraan niet gebonden te zijn, omdat hem niet een redelijke mogelijkheid was geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Vertrouwde de verkoper tevergeefs op zijn algemene voorwaarden?

In het tweede geval ging het om de eigenaar van een installatiebedrijf. Hij had de opdracht aangenomen een installatie te bouwen in een champignonkwekerij. Op die

opdracht waren de algemene voorwaarden van de installateur van toepassing. Die bevatten onder meer de clause dat de installateur slechts aansprakelijkheid aanvaardde voor schade aan goederen van de opdrachtgever, veroorzaakt door zijn werknemers bij de uitvoering van de overeenkomst. Bovendien beperkten de algemene voorwaarden de aansprakelijkheid van de installateur tot een bedrag van maximaal 15 procent van de aanneemsom. Zijn werknemers zetten bij de uitvoering van hun werkzaamheden kartonnen dozen in de nabijheid van een halogeenstraler. Er ontstond brand en de schade bedroeg € 350.000,-. De aanneemsom bedroeg € 100.000,-. De installateur aanvaardde met een beroep op zijn algemene voorwaarden aansprakelijkheid tot een bedrag van € 15.000,-. Moest de champignonkweker opdraaien voor de rest van de schade?

1. Twee typen verweer tegen algemene voorwaarden

De twee zojuist genoemde gevallen verschillen aanzienlijk. In de eerste casus ging het erom of de algemene voorwaarden van de leverancier überhaupt waren overeengekomen. Maakten zij deel uit van de overeenkomst? Bonden zij partijen? Die vraag is niet altijd gemakkelijk te beantwoorden. Eén van onze cliënten moest onlangs juist op dit gebied een lange procedure voeren met als inzet de toepasselijkheid van haar algemene voorwaarden. In dat geval (gepubliceerd in *Nederlandse Jurisprudentie* 2004, 67) is onze cliënte erin geslaagd aan te tonen dat het contract inderdaad werd beheerst door haar algemene voorwaarden, maar een dergelijke uitkomst is niet vanzelfsprekend.

In de tweede casus daarentegen stond vast dat de algemene voorwaarden overeengekomen waren, maar ging het erom of de installateur de champignonkweker aan de inhoud van de algemene voorwaarden kon houden. Ook die vraag is niet makkelijk te beantwoorden.

De wetgever merkt een aantal bedingen als onredelijk bezwarend aan, met als gevolg dat bij een overeenkomst tussen een gebruiker van algemene voorwaarden en een particulier, die bedingen vernietigbaar zijn op grond van hun inhoud. Ook de inhoud van algemene voorwaarden wordt dus getoetst. De gebruiker van algemene voorwaarden (ook de gebruiker van een exoneratieclausule) kan dus twee soorten verweren verwachten. Het is mogelijk dat zijn contractpartij stelt de algemene voorwaarden niet te hebben aanvaard. Dit is de ingangscntrole. Daarnaast is het mogelijk dat de contractpartij stelt dat de algemene voorwaarden in strijd zijn met de wet, dan wel dat bepaalde voorwaarden onredelijk bezwarend zijn en daarom niet van toepassing zijn. Dit is de inhoudscontrole.

In het navolgende zal allereerst kort worden ingegaan op de ingangscntrole, die zoals gezegd te maken heeft met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Zonder toepasselijkheid is een beroep op de voorwaarden immers zinloos. Vervolgens zullen de inhoudsvereisten aan algemene voorwaarden behandeld worden en aansluitend het belang van goed geformuleerde voorwaarden. Tenslotte zullen twee gevallen van aansprakelijkheid die niet via exoneratieclausules in algemene voorwaarden kunnen worden uitgesloten, aan de orde komen.

2. Ingangscntrole

Bij de beantwoording van de vraag of algemene voorwaarden zijn overeengekomen, spelen aanbod en aanvaarding een belangrijke rol. Algemene voorwaarden zijn niet (geldig) overeengekomen, indien de gebruiker van deze voorwaarden pas bij de schriftelijke bevestiging van de overeenkomst of bijvoorbeeld bij de facturering naar zijn algemene voorwaarden verwijst. De gebruiker van algemene voorwaarden kan niet achteraf de wederpartij verrassen met bedingen die voor de wederpartij niet kenbaar waren. Op grond van de wet is een beding vernietigbaar, "indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen". De vraag is dus wanneer de gebruiker aan de

wederpartij een redelijke mogelijkheid tot kennisname geboden heeft. De wet bepaalt dat de gebruiker hiertoe de algemene voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij moet overhandigen, of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij bekend moet maken dat de voorwaarden ter inzage liggen bij de gebruiker van de voorwaarden, bij een griffie van een gerecht of Kamer van Koophandel en dat zij op verzoek zullen worden toegezonden.

Die terhandstelling moet serieus genomen worden en naar de letter worden uitgevoerd. Bekend is het geval van een meubelfabrikant die dacht te kunnen volstaan met een ondertekende orderbevestiging die aan de onderzijde van de laatste pagina de volgende zin bevatte: "Koper verklaart door middel van ondertekening de tekst van de voorwaarden te hebben ontvangen". De rechter oordeelde dat een dergelijke toverformule de fabrikant niet kan baten. Zo'n bepaling wijzigt de bewijslast betreffende de wettelijke informatieplicht van de gebruiker van algemene voorwaarden, namelijk zijn plicht om de inhoud van zijn algemene voorwaarden aan zijn contractpartij kenbaar te maken. Wordt de bewijslast ten nadele van een consument gewijzigd, dan is het beding onredelijk bezwarend. De fabrikant kon om die reden op dit beding geen beroep doen. Desalniettemin worden dergelijke clausules nog steeds veel gebruikt. Ze geven echter een vals gevoel van veiligheid aan de gebruiker.

Terhandstelling van de algemene voorwaarden vóór de contractsluiting dient daarom regel te zijn. Voldoet de gebruiker aan deze verplichting, dan zijn zijn algemene voorwaarden in beginsel van toepassing. De bewijslast inzake de terhandstelling rust op de gebruiker van de algemene voorwaarden. Het is overigens niet voldoende indien de gebruiker (of een medewerker) slechts kan verklaren dat "normaal gesproken" de algemene voorwaarden bij een offerte worden gevoegd of bij de ondertekening van een order worden overhandigd. Vereist is bewijs dat in dit specifieke geval is voldaan aan de eis van de terhandstelling.

was. Ook is een aannemer aansprakelijk voor het door hem ingeschakelde personeel. Wanneer een werkgever de bevoegdheid heeft om bij de opgedragen werkzaamheden aanwijzingen te geven, zodat de taak onder zijn leiding kan worden verricht, is de werkgever aansprakelijk voor de fouten van zijn werknemer. Maar wat als de verantwoordelijke dader weliswaar als hulppersonnel kan worden aangemerkt, maar vaststaat dat hij werkzaam was op een geheel ander project dan waar de schade voorviel? Dat probleem deed zich voor in de volgende zaak.

Geldnet had een overeenkomst met Kwantum om enkele malen per week geld te vervoeren vanaf Kwantum filialen naar een bank. Op een zekere dag had Geldnet bij een aantal filialen geld opgehaald en dat tijdelijk opgeslagen in haar eigen depot. De volgende dag vond een gewapende roofoverval plaats en werd het geld gestolen. Bij onderzoek bleek dat die roofoverval mede was beraamd en uitgevoerd door een medewerker van Geldnet, "G". Is Geldnet aansprakelijk? Criterium is of "G" als hulppersoon kan worden aangemerkt. Het contract strekte tot vervoer van door Geldnet bij de filialen van Kwantum opgehaald geld en bij de uitvoering van die verplichting had Geldnet deze "G" niet ingeschakeld. Dus was hij geen hulppersoon. Dat wordt niet anders doordat "G" behoorde tot het personeel van Geldnet en zodoende toegang had tot het depot van Geldnet. De hulppersoon is alleen degene van wie de hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van het contract ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is. Geldnet kon dus tegenover Kwantum een beroep doen op haar exoneratieclausule.

4. Conclusie

Om een beroep te kunnen doen op algemene voorwaarden dienen deze van toepassing te zijn. Dit is echter niet zonder meer het geval. Zo dienen algemene voorwaarden in beginsel voor of bij het sluiten van een overeenkomst ter hand gesteld te worden. Voorts dient men bedacht te zijn op de algemene voorwaarden van de (buitenlandse) contractpartij, die ertoe zouden kunnen leiden dat de eigen algemene voorwaarden buiten

toepassing blijven. Uit de jurisprudentie op dit gebied blijkt dat dit vaak fout gaat, met alle gevolgen van dien.

Vanwege een nieuw wetsvoorstel is de verwachting dat een gebruiker van algemene voorwaarden, die elektronisch een overeenkomst heeft gesloten waarop hij zijn voorwaarden van toepassing wil laten zijn, ervoor moet zorgen dat zijn voorwaarden elektronisch ter beschikking worden gesteld aan zijn contractpartij. De gebruiker moet ervoor zorgen dat de contractpartij op ieder gewenst moment de algemene voorwaarden elektronisch kan raadplegen.

Toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is in het geval van een geschil nog geen garantie voor succes. Ook inhoudelijk worden er door de wet strenge eisen gesteld aan algemene voorwaarden. In de wet zijn lange lijsten opgenomen (de zogenaamde "zwarte" en "grijze" lijst) met bedingen waarop de gebruiker van de algemene voorwaarden in beginsel geen beroep kan doen.

Wat betreft aansprakelijkheidsbeperkende clausules (exoneratieclausules) moet nog worden opgemerkt dat aansprakelijkheid vanwege a) opzet of grove schuld of b) een fout van een hulppersoon bij de uitvoering van een contract waarop de aansprakelijkheid in het geding is, niet kan worden uitgesloten.

De gebruiker van algemene voorwaarden (waaronder een exoneratiebeding) doet er goed aan eerst de risico's die hij loopt en die mogelijk tot een aansprakelijkheidsstelling kunnen leiden, te inventariseren. Sommige risicofactoren kunnen door het nemen van praktische maatregelen worden uitgesloten. Dan blijft er een aantal risico's over dat voor de gebruiker van algemene voorwaarden praktisch onbeheersbaar is. Het verdient aanbeveling om de wenselijkheid van een afdekking daarvan via een aansprakelijkheidsverzekering te overwegen. Vaak kan men immers schade via een WA-polis afwentelen. Vervolgens komt de formulering van de exoneratieclausule voor die risico's die buiten de dekking van de WA-polis vallen, aan de orde.

De aansprakelijkheid van de verkoper in het licht van zijn exoneratieclausules

Een verkoper kan zich niet via zijn algemene voorwaarden van iedere aansprakelijkheid ten opzichte van een koper vrijstellen. Stel een verkoper heeft een ondeugdelijk product verkocht, een product dat niet aan de koopovereenkomst beantwoordt. Moet de verkoper schadevergoeding betalen? Een verkoper is niet tot schadevergoeding gehouden, indien de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Het enkele feit dat de afgeleverde zaak niet beantwoordt aan de overeenkomst leidt niet tot aansprakelijkheid van de verkoper. Wanneer kan een tekortkoming de verkoper worden toegerekend? Die vraag is aan de Hoge Raad voorgelegd.

Een koper, exploitant van een rozenkwekerij, had een ijzerhoudend product gekocht als meststof. Dit product wordt door tal van verkopers onder de naam BioFer verkocht. Op een zeker moment ontstond schade aan de rozen nadat de koper een vat BioFer in gebruik had genomen. Wie moet dat betalen? De verkoper is slechts aansprakelijk indien de tekortkoming hem kan worden toegerekend. Kan een verkoper die niet zelf de BioFer heeft geproduceerd, maar dat product gekocht heeft van een producent, worden aangerekend dat uitgerekend dit vat BioFer een onkruidverdelingsmiddel blijkt te bevatten? De Hoge Raad oordeelde dat een tekortkoming vanwege een gebrek aan een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als hij het gebrek niet kende of behoorde te kennen. Dit zal slechts anders zijn in geval van bijzondere omstandigheden. Kortom, de verkoper is aansprakelijk voor gebreken aan een door hem verkocht product, tenzij bijzondere omstandigheden hem ontheffen van zijn aansprakelijkheid. Zulke omstandigheden kunnen goed geformuleerde algemene voorwaarden zijn. Hieruit blijkt hoe waardevol het is als algemene voorwaarden zorgvuldig zijn opgesteld.

De onmogelijkheid van exoneratie voor opzet of grove schuld

In de volgende casus ging het om een verkocht woonhuis dat spoedig na de levering bleek te verzakken. De verkoper vond dat hem geen verwijt trof, nu van hem

niet mocht worden verwacht dat hij zou controleren of zijn aannemer de instructies van de gemeente met betrekking tot de fundering had opgevolgd. Voorts beriep de verkoper zich op een exoneratiebeding in de transportakte. Het is vaste rechtspraak dat de verkoper geen beroep toekomt op zijn exoneratie indien hij het gebrek kende of had moeten kennen (omdat op hem dan een mededelingsplicht rust die hij niet is nagekomen). Zelfs als het optreden van de verzakking niet aan de verkoper verweten kan worden, dan kan hij onder omstandigheden toch aansprakelijk zijn voor de schade. De redelijkheid en billijkheid kunnen aan een beroep op een exoneratiebeding in de weg staan. Dat zal vaak het geval zijn als de gebruiker opzet of grove schuld te verwijten valt. Dit is echter gecompliceerde materie. Zo heeft recentelijk een aantal gevallen gespeeld van vrachtwagenchauffeurs die, tegen hun instructies in, hun vrachtwagen met kostbare lading gedurende langere tijd achterlieten, waarna de lading werd gestolen. In verscheidene zaken werd aangenomen dat de werkgever terecht de chauffeur op staande voet kon ontslaan, omdat een dergelijke overtreding van de instructies een dringende reden voor ontslag oplevert. Een dergelijke stomiteit van de chauffeur betekent echter nog niet dat de werkgever ook opzet verweten kan worden, zodat hij geen beroep op zijn exoneratieclausule zou kunnen doen.

Een en ander neemt overigens niet weg dat algemene voorwaarden in algemene zin (dus meer dan alleen de exoneratieclausule betreffende) belangrijk zijn in het geval dat exoneratie onmogelijk is. Weliswaar kan de aansprakelijkheid bij opzet of grove schuld niet worden uitgesloten, voor tal van andere aspecten (toepasselijk recht, bevoegde rechtbank, ontbinding, geheimhouding, etc.) zijn de algemene voorwaarden niettemin relevant.

Exoneratie voor hulppersoneel

Een verhuizer is aansprakelijk voor de kwaliteit van het door hem gebruikte touw. Als een touw breekt en een kist met porselein naar beneden valt, dan kan de verhuizer zich tegen een aansprakelijkheidsstelling niet verweren met de stelling dat het touw versleten

Er is echter geen rechtsregel zonder uitzonderingen. Een viertal mogelijke complicaties: (1) de algemene voorwaarden zijn te omvangrijk om daadwerkelijk overhandigd te worden of de aard van de transactie laat terhandstelling niet toe; (2) de professionele contractpartij begrijpt een verwijzing naar de algemene voorwaarden op briefpapier niet, bijvoorbeeld omdat hij de Nederlandse taal niet machtig is; (3) beide partijen wensen ieder hun eigen algemene voorwaarden de overeenkomst te laten regeren; (4) er wordt elektronisch gecontracteerd.

Terhandstelling niet strikt noodzakelijk?

Soms kan aan de eis van terhandstelling redelijkerwijs niet worden voldaan. Dit kan het geval zijn bij telefonisch gesloten overeenkomsten. Ook valt te denken aan massaal gesloten overeenkomsten, zoals de overeenkomst tussen de Nederlandse Spoorwegen (NS) en een reiziger. Deze overeenkomst is over het algemeen belichaamd in een vervoerbewijs dat te klein is om alle algemene voorwaarden van de NS te bevatten. In deze situaties is terhandstelling van de algemene voorwaarden niet noodzakelijk. De gebruiker kan volstaan met de mededeling dat de voorwaarden ter inzage liggen, hetzij bij hemzelf, hetzij bij de griffie van een gerecht of Kamer van Koophandel, mits hij daarbij tevens meedeelt dat de voorwaarden op verzoek zullen worden toegezonden. Deze toezending moet direct en op kosten van de gebruiker gebeuren. Overigens rust op de gebruiker de bewijslast dat zijn voorwaarden na toezending de geadresseerde ook tijdig hebben bereikt. Onder omstandigheden valt het dus te overwegen de algemene voorwaarden aangetekend te versturen.

Er is nog een derde categorie van gevallen waar terhandstelling van de algemene voorwaarden overbodig is, namelijk in het geval partijen in het verleden regelmatig op dezelfde algemene voorwaarden hebben gecontracteerd. Bij voldoende bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden is het overbodig om de algemene voorwaarden (nogmaals) te overhandigen.

De professionele wederpartij in het buitenland

Een Nederlandse expediteur hanteerde als algemene voorwaarden de zogenaamde Fenex-condities. Hij verwees naar die algemene voorwaarden in de voettekst van het briefpapier waarop hij zijn offertes uitbracht. In deze algemene voorwaarden was een arbitraal beding opgenomen, op basis waarvan ieder geschil door arbiters zou worden beslecht. Een geschil tussen deze expediteur en zijn opdrachtgever, een Duitse vennootschap, werd dus door een arbitraal college afgehandeld. Vervolgens rees bij de in het ongelijk gestelde Duitse vennootschap de vraag of dit arbitrale vonnis aantastbaar was op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbrak. De correspondentie tussen partijen werd in het Duits gevoerd, aangezien de Duitse vennootschap de Nederlandse taal niet machtig was. De verwijzing naar de Fenex-condities stond in het Nederlands vermeld. Bonden de voorwaarden van de Nederlandse expediteur zijn Duitse contractant? Ja, oordeelde de Hoge Raad. De opdrachtgever was een internationaal opererende handelonderneming die ervan op de hoogte moet zijn dat het soort voetteksten waar het hier om ging verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten. Die wetenschap had haar als professionele wederpartij aanleiding moeten geven om, als zij van de betekenis van die tekst niet zeker was, daarover opheldering te vragen aan de expediteur alvorens met de Nederlandse expediteur in zee te gaan. Door geen toelichting te vragen en de opdracht aan de expediteur te verstrekken, heeft de Duitse vennootschap het vertrouwen gewekt dat zij instemde met toepasselijkheid van de voorwaarden. Op de Nederlandse expediteur rustte niet de plicht om eerst nog eens te onderzoeken of de Duitse vennootschap zich er wel van bewust was dat de Nederlandstalige verwijzing op het briefpapier naar de voorwaarden betekende dat deze voorwaarden tussen partijen van toepassing zouden zijn. De Hoge Raad liet dus het arbitraal vonnis in stand. Opmerking verdient nog dat het in deze zaak ging om een professionele wederpartij. Was de wederpartij een particulier geweest, dan zou de beslissing zonder enige twijfel andersom zijn uitgevallen.

Battle of forms

Een opdrachtgever verzocht een aannemer om een schriftelijke prijsopgave voor het behandelen van een staalconstructie. Zijn brief bevatte een verwijzing naar door de opdrachtgever gehanteerde algemene voorwaarden. De daaropvolgende offerte van de aannemer, die door de opdrachtgever mondeling werd aanvaard, bevatte een verwijzing naar de door de aannemer gehanteerde algemene voorwaarden. Welke algemene voorwaarden zijn nu van toepassing, die van de opdrachtgever of die van de aannemer? Wat nu als beide sets algemene voorwaarden ook nog eens tegenstrijdige bepalingen bevatten? Verschillende antwoorden zijn denkbaar: de eerste, de laatste of geen van beide. De Nederlandse wet schrijft het volgende voor: "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". In dit geval bracht deze wetsbepaling met zich dat de voorwaarden van de opdrachtgever van toepassing waren, nu de eerste verwijzing naar algemene voorwaarden door de opdrachtgever was gedaan en de aannemer deze voorwaarden niet van de hand had gewezen. De enkele verwijzing onderaan het briefpapier naar de eigen algemene voorwaarden is niet het uitdrukkelijk van de hand wijzen van de voorwaarden van de opdrachtgever.

De oplossing die de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor deze zogenaamde *battle of forms* is niet dezelfde als de in Groot-Brittannië aanvaarde oplossing van dit probleem. Aldaar wordt uiterste zorgvuldigheid gevergd van de gebruiker van algemene voorwaarden die als eerste een set ervan toezendt aan de wederpartij. In Groot-Brittannië gelden namelijk de voorwaarden die het laatst zijn overeengekomen. Iemand die zijn eigen algemene voorwaarden toezendt aan een eerdere afzender van een set algemene voorwaarden, vervangt door deze handeling de voorwaarden van de eerste gebruiker door zijn eigen voorwaarden.

In Frankrijk en in de Verenigde Staten gaat het weer anders. Als daar partijen elkaar tegensprekende algemene voorwaarden toezenden, zonder afspraken te maken over de gelding van één van beide sets, komen alle tegenstrijdige bepalingen in de voorwaarden te vervallen en worden die bepalingen vervangen door wettelijke bepalingen.

Deze grote verschillen maken duidelijk dat bij internationale contracten rekening moet worden gehouden met een verscheidenheid aan bepalingen: het nationale recht van de contractpartijen, regels van internationaal privaatrecht en internationale verdragen. Indien beoordeeld moet worden op welke wijze de algemene voorwaarden moeten worden opgesteld en overeengekomen, zal dan ook eerst bepaald moeten worden welk recht op de ter discussie staande rechtsverhouding van toepassing is.

Overigens is niet alleen in het internationale verkeer maar ook in het nationale handelsverkeer bij de verwijzing naar of de toezending van algemene voorwaarden zorgvuldigheid geboden. Een gebruiker van algemene voorwaarden die per ongeluk twee verschillende sets algemene voorwaarden naar dezelfde klant toezendt, bewerkt in Nederland slechts dat geen van beide sets op het contract van toepassing is. Het is dus niet zo dat dan de in beide sets voorkomende bepalingen als overeengekomen worden aangemerkt.

In dit kader wordt opgemerkt dat de Federatie van Nederlandse Ondernemingen in de Informatietechnologie (FENIT) onlangs de 1994-versie van haar Algemene Voorwaarden heeft vervangen door de 2003-versie. Een belangrijk verschil ten opzichte van de oude FENIT-voorwaarden betreft onder meer de (on-)mogelijkheid van overdracht van intellectuele eigendomsrechten. Het maakt uit voor de aard, de inhoud en de overdraagbaarheid van de door de opdrachtgever verkregen rechten of op de opdracht de oude of de nieuwe FENIT-voorwaarden van toepassing zijn (of in het geheel geen, namelijk als de opdrachtgever niet door toedoen van de gebruiker een redelijke mogelijkheid heeft gekregen om van de algemene voorwaarden kennis te nemen).

Elektronisch contracteren

Het kopen van artikelen via internet, het on line afsluiten van verzekeringen of simpelweg het maken van afspraken per e-mail is tegenwoordig aan de orde van de dag. Steeds vaker komen overeenkomsten elektronisch tot stand. Ook het recht moet deze nieuwe technologische mogelijkheden bijhouden. De Europese Unie vaardigde hiertoe een richtlijn uit, met als doel dat lidstaten hun wetgeving aanpassen aan de eisen des tijds. Zodoende is op dit moment bij de Eerste Kamer een wetsvoorstel in behandeling dat belangrijke wijzigingen op het gebied van algemene voorwaarden bevat, bijvoorbeeld inzake het vereiste van de terhandstelling. Volgens het wetsontwerp zal naar alle waarschijnlijkheid een bepaling gaan gelden op grond waarvan een gebruiker van algemene voorwaarden, die op een elektronisch gesloten overeenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing wil hebben, ervoor moet zorgen dat zijn voorwaarden langs elektronische weg ter beschikking van zijn contractpartij worden gesteld. De terhandstelling wordt vervangen door een terbeschikkingstelling, op een zodanige wijze dat men de voorwaarden kan opslaan (downloaden) en ook in een later stadium weer kan raadplegen. Daarmee zijn echter nog lang niet alle vragen beantwoord. Is aan het vereiste van de terbeschikkingstelling van algemene voorwaarden voldaan indien de gebruiker ervan een aparte algemene voorwaarden-button op zijn website heeft weergegeven? Is van terbeschikkingstelling sprake indien de contractpartij bij het bezoeken van de website van de gebruiker gedwongen wordt om ook de algemene voorwaarden te bezoeken en die te accorderen via een OK-button? Zijn er nog andere mogelijkheden denkbaar?

Ondernemingen die gebruik maken van elektronische algemene voorwaarden zullen na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel er goed aan doen om specifiek te (laten) analyseren of het door hen gebruikte systeem van het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden in lijn is met het Nederlands recht. Het risico van aansprakelijkheid en schade als gevolg van het feit dat

algemene voorwaarden plotseling niet van toepassing blijken te zijn, is te groot om er vanuit te gaan "dat het wel goed zit met die voorwaarden".

3. Inhoudscontrole

De Nederlandse wet heeft, ter bescherming van consumenten, een afdeling van het Burgerlijk Wetboek gewijd aan de inhoud van algemene voorwaarden. De wetgever heeft een lijst van bedingen opgesteld (de "zwarte lijst") die, voor zover zij deel uitmaken van algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar zijn. Die opsomming bevat dwingend recht: zelfs een verklaring van de consument dat hij afziet van een beroep op vernietigbaarheid, zal de gebruiker van de algemene voorwaarden niet kunnen helpen. Evenmin zal de gebruiker van de algemene voorwaarden de mogelijkheid hebben om aan te tonen dat in dit specifieke geval de algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend zijn. Het gaat hier vaak om bedingen die de consument het recht op nakoming of ontbinding van de overeenkomst ontnemen.

Ook kent de wet een lijst van bedingen (de "grijze lijst") die, voor zover zij deel uitmaken van algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, worden vermoed onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar te zijn. Dit vermoeden kan door de gebruiker van de algemene voorwaarden echter wel worden weerlegd (anders dan bij een beding uit de zwarte lijst). Een bijzondere categorie vormen daarbij de exoneratieclausules, de bedingen die aansprakelijkheid moeten uitsluiten of minimaliseren. Op dit punt is de laatste tijd veel nieuwe rechtspraak verschenen. Hierna komen kort drie categorieën aan de orde: de aansprakelijkheid van de verkoper in het licht van zijn exoneratieclausules, de onmogelijkheid van exoneratie voor opzet of grove schuld en tenslotte de exoneratie voor hulppersoneel. Vervolgens zullen enkele aanwijzingen worden gegeven voor het formuleren van een exoneratieclausule die vermoedelijk bestand is tegen een rechterlijke toetsing aan de hand van het criterium "onredelijk bezwarend".