

Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW

S. Mutluer*

1. Inleiding

Het opleggen van onevenwichtige contractvoorwaarden door de overheid komt voor in tal van sectoren waar overheidscontracten via aanbestedingsprocedures tot stand komen. Tijdens een dergelijke procedure benadert de overheidsaanbesteder meerdere inschrijvers tegelijk om offertes met betrekking tot de aanbestede opdracht te verkrijgen en kiest hij vervolgens de winnende inschrijver uit op grond van de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieding.

Een voorbeeld van een vermeend onevenwichtige contractvoorwaarde biedt de volgende aan de praktijk ontleende bepaling:¹

01.03.29	AANSPRAKELIJKHEID 01. AANSPRAKELIJKHEID In afwijking van eventueel andersluidende bepalingen, waaronder die in dit bestek, vrijwaart de aannemer de opdrachtgever, inclusief personeel van de opdrachtgever, voor aanspraken van derden, terzake van deze schade en doet jegens de opdrachtgever afstand van elk regres- recht.
----------	---

Een contractvoorwaarde zoals deze wordt door potentiële inschrijvers die mee willen dingen naar een overheidsopdracht vaak als een probleem ervaren. Wanneer zij namelijk tijdens de inschrijvingsfase van een aanbestedingsprocedure in de nota van inlichtingen protesteren tegen de onevenwichtigheid daarvan, krijgen zij niet zelden nul op het rekest. In de meeste gevallen worden ze doorverwezen naar het bestek, in slechts enkele gevallen leidt hun protest tot wijziging van het betreffende beding. Zolang dergelijke contractvoorwaarden aanbestedingsrechtelijk niet disproportioneel zijn in de zin dat ze de mededinging niet beperken en inschrijvers niet op oneigenlijke wijze de mogelijkheid ontnemen om deel te nemen aan de aanbesteding,² is er tijdens de aanbesteding zelf niet veel aan deze praktijk te doen. Het is slikken of stikken.³

Aan deze problematiek is de afgelopen jaren zowel in de literatuur als in de jurisprudentie aandacht besteed.⁴ Recent, op 16 maart 2010, organiseerde de SMI⁵ zelfs in samenwerking met

* Songül Mutluer is als promovenda verbonden aan de afdeling privaatrecht van de *Vrije* Universiteit Amsterdam en verricht haar promotieonderzoek binnen het onderzoeksprogramma van het VU University Amsterdam, Centre for Law and Governance.

¹ Ontleend aan Stichting Marktwerking Installatietechniek, *Onevenwichtige voorwaarden?*, Breda: Koninklijke Broese en Peereboom 2010, p. 42.

² V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch van 26 april 2005, no.124469/KG ZA 05-194. Volgens de artt. 1.7 en 1.11 van het voorstel Aanbestedingswet dat recent naar de TK is gegaan, betekent proportionaliteit dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, een concessieovereenkomst voor openbare werken of voor diensten of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria stelt aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

³ R.G.T. Bleeker, *Contractsdwang en rechtsbescherming*, BR (2003) 9, p. 773.

⁴ Zie ook Bleeker 2003, p. 773, alsmede C.E. Drion, *Ongewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht*, NJB (2006) 6, p. 303; C.E.C. Jansen, E.R. Manunza, *(On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?*, NJB (2006) 19, p. 1038; R. Leether, *Zin en onzin van het aanbestedingsrecht*, NJB (2006) 37, p. 2127; C.E.C. Jansen, E.R. Manunza, *naschrift bij (On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?*, NJB (2006) 37, p. 2129; S. Mutluer, C.E.C. Jansen, *Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van het machtsverwicht van aanbesteders*, NTBR (2007) 23, p. 186; A.M. Hoekstra-Borzymowska,

de STABU⁶ een symposium over het gebruik van onevenwichtige contractvoorwaarden bij de aanbesteding van opdrachten in de installatiebranche. SMI bracht een boekje uit van recent in bestekken gesignaleerde contractvoorwaarden die door bedrijven in de installatietechniek als onevenwichtig worden ervaren, elk met een korte toelichting daarop.⁷ Dit boekje was enerzijds een signaal naar overheidsaanbesteders toe om ze te bewegen deze en soortgelijke onevenwichtige bepalingen niet meer op te nemen in hun bestekken, en anderzijds een waarschuwing voor installatietechniekbedrijven, om alert te zijn op dit soort aanbestedingspraktijken.

Aangezien er *vooraf* in de precontractuele fase geen beroep kan worden gedaan op het contractenrecht om de effecten van deze praktijk te corrigeren is het de vraag of *achteraf*, na het sluiten van het contract, een beroep op contractenrechtelijke leerstukken mogelijk is.⁸ In deze bijdrage wordt specifiek geprobeerd de vraag te beantwoorden of en in hoeverre de winnende inschrijver, die tijdens de aanbestedingsfase geconfronteerd wordt met vermeend onevenwichtige contractvoorwaarden, zich *na* contractssluiting kan beroepen op art. 6:248 lid 2 BW teneinde een onevenwichtig beding door de rechter terzijde te laten schuiven. Om die vraag te kunnen beantwoorden wordt nagegaan hoe art. 6:248 lid 2 BW op dit moment wordt toegepast bij contracten die tussen twee professionele partijen worden gesloten buiten het geval van een aanbesteding. In het verlengde daarvan gaat de aandacht vervolgens uit naar overheidscontracten. Welke gezichtspunten spelen in dergelijke gevallen een rol bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW? Hoe pakken die gezichtspunten vervolgens uit, gegeven de feiten en omstandigheden van een na een aanbesteding tot stand gekomen overeenkomst, bij de beantwoording van de vraag of een beroep op onevenwichtige contractvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet onaanvaardbaar is? Laat het gereguleerde aanbestedingsrecht wel toe dat de inhoud van een na aan overheidsaanbesteding totstandgekomen contract met behulp van art. 6:248 lid 2 BW terzijde wordt geschoven? Alvorens tot een beantwoording van al deze vragen te komen,⁹ wordt eerst de betekenis van het begrip onevenwichtige contractvoorwaarden kort toegelicht.

2. Wat zijn onevenwichtige contractvoorwaarden?

Verslag vergadering NVvA 22 mei 2008, TA (2008), p. 333-340; Regieraad Bouw, Beter aanbesteden in de bouw: Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie, Gouda 2006, p. 15 en Public procurement for Research and Innovation, Expert Group Report for the European Commission (Directorate-General for Research), september 2005, met name hoofdstuk 6.2 van het rapport. Ook in Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009 van de Regieraadbouw, Commissie aanbesteden voor de bouw is aan deze problematiek gerefereerd, paragraaf 4.4.2.2. Zie voorts Vzr. 's-Gravenhage 18 mei 2006, Getronics PinkRocade Nederland BV/Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), LJV AY7482; Vzr. Haarlem 5 december 2005, no.1117486/KG ZA 05-547, Deerns Raadgevende Ingenieurs BV/Provincie Noord-Holland en Bureau Valstar-Simonis BV (n.n.g.); Vzr. Rb. Utrecht 21 maart 2007, KPN Telecom B.V./Gemeente Utrecht, LJV BA2053; Hof Amsterdam 3 april 2007, Uniglas B.V./Het Regionale Politiekorps Utrecht, LJV: BA4839; RvA 23 november 2007, TBR (2008/95) 5, p. 482, m.nt. BCMdT.

⁵ Stichting Marktwerking Installatietechniek, heeft als doelstelling het bevorderen van evenwichtige, objectieve en transparante vraag- en aanbodverhoudingen bij het vragen van aanbiedingen voor installatietechnische werken. SMI streeft naar een doelmatig en correct verloop van de aanbesteding, alsmede het gebruik van evenwichtige contractvoorwaarden.

⁶ Stichting STABU, opgericht op 13 oktober 1976, is een samenwerkingsverband tussen de partners in de bouwnijverheid. De naam is een afgeleide van de taak waarvoor zij staat: het uitgeven en beheren van de gestandaardiseerde bestekssystematiek voor de woning- en utiliteitsbouw.

⁷ De voorwaarden zijn voornamelijk afwijkingen van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van Technische Installatiewerken 1992 (UAV-TI 1992).

⁸ Zie over deze vraag eerder Mutluer, Jansen 2007, p. 186; Voordracht Jansen tijdens de voorjaarsvergadering van de NVvA van 22 mei 2008, TA (2008), p. 337-340 en tijdens eerdergenoemd SMI-symposium van 16 maart 2010; Leether 2006, p. 2127; M.A.B. Chao-Duivis, Contractenrecht en aanbestedingsrecht. Gedachten over beginselen van het contractenrecht en de rol van deze in het aanbestedingsrecht, in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken (red.), Alleen Samen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 187.

⁹ Het gaat hier om een beantwoording op basis van de voorlopige inzichten die ik heb verworven in het kader van mijn promotieonderzoek.

Wanneer in deze bijdrage wordt gesproken over onevenwichtige contractvoorwaarden in de context van een aanbesteding, dan gaat het om eenzijdig door aanbesteders vastgestelde voorwaarden die afwijken van in een bepaalde branche of sector breed geaccepteerde standaardbepalingen. In de bouw- en aanverwante sectoren gaat het dan bijvoorbeeld om voorwaarden die afwijken van de inhoud van de UAV 1989¹⁰, UAV-TI 1991¹¹, de UAV-GC 2005¹² etc. Wat niet bedoeld wordt, is dat onevenwichtige contractvoorwaarden per definitie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Of ze dat zijn, zal immers eerst moeten worden nagegaan met behulp van het in dat artikel geformuleerde criterium. Wat die voorwaarden vervolgens onevenwichtig maakt, is dat bepaalde risico's in afwijking van deze breed geaccepteerde standaardvoorwaarden bij de wederpartij van de aanbesteder worden gelegd. Vaak zijn deze afwijkende contractvoorwaarden een combinatie van ongebruikelijk en vergaande verplichtingen en risico's voor de wederpartij van de aanbesteder met een opeenstapeling van zekerheden en boetebepalingen.¹³ Enkele voorbeelden van onevenwichtige contractvoorwaarden die opgenomen worden in (concept)overeenkomsten zijn¹⁴:

- Inschrijver garandeert dat Aanbesteder nooit of te nimmer meer dan X (prijspeil [jaar]) aan Inschrijver dient te betalen. Alle kosten boven dit bedrag zijn hoe dan ook voor rekening van Inschrijver, ook indien sprake is van meerwerk, overmacht, onvoorziene omstandigheden of verwezenlijking van risico's die voor rekening van Aanbesteder zouden moeten komen.
- De aansprakelijkheid van Inschrijver in het algemeen en de *ontwerpaansprakelijkheid* van Inschrijver in het bijzonder zijn ongelimiteerd. Hierbij is overmacht voor rekening van Inschrijver; bovendien is beroep op de redelijkheid en billijkheid contractueel uitgesloten.
- Inschrijver is aansprakelijk voor alle schade en dient Aanbesteder te vrijwaren voor aanspraken van derden tot vergoeding van alle schade, ongeacht of deze schade door Inschrijver is veroorzaakt en aan Inschrijver kan worden toegerekend.
- Inschrijver is aansprakelijk voor de onjuistheid, onvolledigheid en ongeschiktheid van alle door Aanbesteder verstrekte gegevens.
- Inschrijver heeft geen opschortingsrecht en geen retentierecht.

Inschrijvers kunnen in het kader van een aanbesteding nauwelijks iets tegen dit soort contractvoorwaarden ondernemen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst. Elk in de aanbesteding gemaakt voorbehoud leidt immers tot een aanbestedingsrechtelijk ongeldige aanbieding.¹⁵ De aanbesteder bepaalt de inhoud van de contractvoorwaarden, terwijl over die inhoud slechts beperkt kan worden gecommuniceerd tussen de aanbesteder en een individuele inschrijver. Onderhandelen over de inhoud met het oog op aanpassing daarvan is aanbestedingsrechtelijk in de regel helemaal niet toegestaan.¹⁶ Dat laatste druist namelijk in tegen de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie die de overheidsaanbesteder in acht dient te nemen op grond van het gereguleerde aanbestedingsrecht. Hierdoor zijn inschrijvers vaak geneigd om maar niet in te schrijven of om de risico's die contractueel op hen worden afgewenteld – voor zover mogelijk – te verdisconteren in hun

¹⁰ Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989.

¹¹ Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van Technische Installaties 1991.

¹² Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten 2005.

¹³ Dit wordt met toestemming van P.P.A van den Eijnden en M.C.A. van Deurzen van Stichting Marktwerking Installatietechniek aangehaald uit de notitie van september 2007 ter voorbereiding op het boekje dat tijdens het symposium van 16 maart 2010 werd uitgereikt.

¹⁴ Deze voorbeelden werden tijdens het Wegencongres 2009 in Amsterdam door de voorzitter van de sessie Algemene Ontwikkelingen genoemd.

¹⁵ E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Houhuys, Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, paragraaf 15.3.3.7. Mutluer, Jansen 2007, p.188.

¹⁶ Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, hoofdstuk 6; Mutluer, Jansen 2007, p.189.

offertes.¹⁷ In het laatste geval moeten risico's goed worden geïdentificeerd en beheerst tijdens de contractuitvoering. Gebeurt dat niet dan kan dat er toe leiden dat de relatie met de aanbesteder wordt verstoord. Dat kan ten koste gaan van de kwaliteit van de te leveren prestatie en tot vertragingen en extra kosten leiden. Partijen zullen zich bij het oplossen van dergelijke kwesties naar verwachting defensief opstellen en inschrijvers zullen mogelijk zelfs met procedures dreigen.

Ondanks deze negatieve effecten leggen overheidsaanbesteders in de praktijk regelmatig onevenwichtige contractvoorwaarden op en schuiven ze risico's af op inschrijvers die door deze als onredelijk worden ervaren. Naar de verklaring van deze praktijk kan men slechts gissen. Er wordt beweerd dat de verklaring is gelegen in het wantrouwen van aanbesteders. Dit wantrouwen is grotendeels gebaseerd op de ervaring die zij hebben met inschrijvers. Het vaak ongefundeerd meerwerk indienen of het berekenen van minderwerk tegen een ander tarief dan het meerwerk zijn slechts enkele van de praktijkvoorbeelden die in dat kader worden genoemd.¹⁸ Dat maakt het opleggen van onevenwichtige contractvoorwaarden dus tot een beschermingsinstrument voor het geval de winnende inschrijver 'trucs' gaat uithalen in de contractuitvoeringsfase. Deze handelwijze van aanbesteders kan er echter juist toe leiden dat inschrijvers zich ongewenst strategisch gaan gedragen om de winst die ze mis zouden kunnen lopen op andere wijze te genereren. Kartelvorming, prijsopdrijving en het aansturen op geschillen zijn voorbeelden van gedragingen die kunnen worden genoemd. Vooral het laatste kan problematisch zijn. Een weinig soepele uitvoering van het contract kan ertoe leiden dat de inschrijver - weliswaar binnen de grenzen van het contract - alle mogelijkheden aangrijpt om de risico's te verkleinen of af te dekken. Uitgaande van het feit dat de hiervoor geschetste motieven van aanbesteders en inschrijvers voor hen inderdaad drijfveren zijn, is sprake van een vicieuze cirkel die doorbroken zou moeten worden. De ongewenste macro-effecten die hierdoor kunnen ontstaan - de belastingbetaler draait uiteindelijk op voor de kosten - kunnen die doorbreking van de praktijk rechtvaardigen. Hiervoor is herstel van wederzijds vertrouwen en een mentaliteitsverandering nodig. Dat is een proces van lange adem waar in de bouw- en aanverwante sectoren bijvoorbeeld al langer aan wordt gewerkt.¹⁹ Voor nu is het interessant om na te gaan in hoeverre het contractenrecht, in het bijzonder de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, relevantie kan hebben voor deze praktijk.

3. Toepassing van art. 6:248 lid 2 BW

3.1 *Uitgangspunt: terughoudende toepassing*

Bij de beoordeling van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt er van uitgegaan dat partijen in beginsel gebonden zijn aan de overeenkomst.²⁰ Bijzondere omstandigheden kunnen er echter toe leiden dat een contractvoorwaarde door de rechter terzijde wordt geschoven. Het enkele feit dat tussen de overeengekomen prestaties over en weer ongelijkwaardigheid bestaat of dat een contractuele voorwaarde bezwaarlijk is voor een van de partijen rechtvaardigt een dergelijk ingrijpen niet.²¹ De overeenkomst dient tot stand te zijn gekomen onder omstandigheden die een beroep op het overeengekomene *onaanvaardbaar* doen

¹⁷ Er blijven altijd wel risico's over die niet c.q. volledig te verdisconteren zijn, omdat zij ofwel tot te hoge aanbiedingen leiden hetzij niet kwantificeerbaar zijn (zoals bijvoorbeeld de vrijwaring voor aanspraken van derden). Mutluer, Jansen 2007, p. 189.

¹⁸ Aldus Jan Karel Mak, Algemeen directeur van Deerns Groep BV tijdens het SMI-symposium Onevenwichtige voorwaarden? van 16 maart 2010.

¹⁹ Het gaat hier om afgesloten en nog lopende initiatieven van de Regieraad Bouw, PSIBouw en Vernieuwing Bouw.

²⁰ M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht (diss.), Den Haag: Kluwer 1999, p. 98.

²¹ Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III* 2010, nr. 416.

zijn.²² Dat betekent dat de toetsing door de rechter terughoudend moet plaatsvinden.²³ Of het beroep op de redelijkheid en billijkheid zal worden gehonoreerd, zal afhangen van tal van omstandigheden zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen (dit kan vooral van belang zijn bij exoneraties), de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de mate van deskundigheid en de onderlinge verhouding van partijen en de wijze waarop het beding is tot stand gekomen.²⁴

3.2 'Extra' terughoudendheid in het handelsverkeer?

Dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een beschermingsgerichte rol speelt bij overeenkomsten waarbij consumenten betrokken zijn, is evident.²⁵ Een positief ingrijpen door de rechter kan bij dergelijke overeenkomsten noodzakelijk zijn. Die noodzaak wordt in de praktijk niet snel aangenomen bij verhoudingen tussen professionele partijen. In de literatuur pleit men zelfs voor 'extra' terughoudendheid bij contracten tussen twee professionele partijen.²⁶ In de eerste plaats omdat het beginsel van rechtszekerheid trouw aan het gegeven woord vereist.²⁷ Professionele partijen wensen op de inhoud van het contract te kunnen vertrouwen, omdat ze op die basis de risico's hebben ingecalculeerd.²⁸ Zij hebben er geen baat bij dat de overeenkomst en de daarin opgenomen risicoverdeling door een rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid gemakkelijk van haar kracht kan worden beroofd.²⁹ Beide partijen willen het contract zo helder mogelijk inrichten en de kans op rechterlijke interventie minimaliseren.³⁰ In de tweede plaats kiezen professionele partijen er onafhankelijk en in vrijheid voor om aan het handelsverkeer deel te nemen.³¹ Ze sluiten vaak contracten af, hebben verstand van zaken en ze worden geacht hun eigen belangen beter te kunnen behartigen dan anderen.³² Daarnaast kennen professionele partijen vaak de risico's die bij het sluiten van contracten horen en zijn zij in staat voorzieningen te treffen voor eventuele tegenvallers. Daar komt nog bij dat in een handelsrelatie in de regel sprake is van een gelijkwaardige machtspositie van partijen. Voor zover deze gelijkwaardigheid feitelijk niet aanwezig is door een te groot verschil in kennis of (economische) macht, wordt deze primair gecompenseerd door het mededingingsrecht bij misbruik van machtspositie.³³

²² HR van 19 mei 1967 NJ 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU); HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest); HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt. VdG (Smilde).

²³ MvA II, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 68.

²⁴ HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU); HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest); HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt. VdG (Smilde).

²⁵ Deze beschermingsgedachte is terug te vinden in afd. 6.5.3, in het bijzonder in art. 6:233 BW dat als een uitwerking van die gedachte kan worden beschouwd. Zie ook J.B.M. Vranken, Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht, in: *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, J.B.M. Vranken, N. Verheij, J. De Hullu, (red.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 132.

²⁶ C.J.H. Brunner, *De billijkheid in het Nieuwe BW*, in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW: een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 99; R.P.J.L. Tjittes, *Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers*, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (red.), W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 386; K.F. Haak, *Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht*, in: K.F. Haak, D. Dokter, R. Zwitser (red.), *Recht in Bedrijf*, Gouda 1997, p. 119.

²⁷ J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, (diss.) Deventer: Kluwer 1992, p. 141. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (ABP/Briljant Schreuders), zie r.o. 4.3.2.

²⁸ H.N. Schelhaas, *Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten*, NTBR (2008) 21, p. 151.

²⁹ Tjittes 1997, p. 375.

³⁰ Schelhaas 2008, p. 151.

³¹ T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 9.

³² H.N. Schelhaas, *Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers?*, in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Tjeenk Willink 2002, p. 151.

³³ M.R. Mok, *Conflicterende vrijheden in het kartelrecht*, in: *Vrijheid en recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. E.H. s'Jacob*, 1975, p.153-163.

Ook in de jurisprudentie wordt gepleit voor extra terughoudendheid bij een beroep op art. 6:248 lid 2 BW in het kader van contracten tussen professionele partijen.³⁴ In het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2004³⁵ en het daaropvolgende arrest van het Hof Den Bosch van 5 februari 2008 geeft de Hoge Raad namelijk aan dat juist bij commerciële relaties terughoudendheid geboden is.³⁶ In casu gaat het om een verjaringsbeding dat de gesubrogeerde verzekeraar Zürich terzijde wil laten schuiven omdat zij een beroep door de aannemer GTI op dat beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar vindt. De Hoge Raad acht het van belang dat:

‘Niet kenbaar is (...) welk gewicht het hof heeft toegekend aan de in onderdeel 1.3. genoemde argumenten, die in het kort onder meer hierop neerkomen: (...) dat bij overeenkomsten tussen professioneel dan wel commercieel handelende grote partijen in de regel extra terughoudendheid gepast is waar het gaat om het op grond van art. 6:248 lid 2 buiten toepassing laten van exoneratiebedingen of in plaats daarvan gehanteerde bedingen als het onderhavige, die een beperking van de verjaringstermijn betreffende een reeds onderkende aanspraak inhouden (...).’

De Hoge Raad geeft aan dat de contractsvrijheid in de verhouding tussen professionele partijen dient te prevaleren en dat de redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte rol speelt. Vanwege het primaire belang van die vrijheid wordt de interventie door de rechter achteraf niet wenselijk geacht.³⁷ Het Hof Den Bosch waarnaar de zaak wordt terugverwezen volgt de door de Hoge Raad ingezette lijn dat professionele partijen minder snel een beroep kunnen doen op de beperkende werking van art. 6:248 lid 2 BW.

Is daarmee het pleit beslecht in het voordeel van de voorstanders van een terughoudende toetsing? Kan een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij voorbaat niet slagen bij professionele verhoudingen vanwege het primaat van de contractsvrijheid en de vermeende professionele deskundigheid van beide contractpartijen?

In de praktijk heeft deze stelling ook kritiek ondervonden.³⁸ Volgens Vranken moet er worden gedifferentieerd door te kijken naar de hoedanigheid van partijen.³⁹ Dat betekent dat rekening moet worden gehouden met de omvang van een onderneming of het feit dat een ondernemer buiten het terrein van zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening handelt. Immers, sommige ondernemingen zijn groot en invloedrijk, anderen klein en onbeduidend. Er kunnen aanzienlijke verschillen zijn in ervaring, deskundigheid en mate van specialisatie.⁴⁰ Volgens Jongeneel moeten ook wanneer de mogelijkheid om te onderhandelen feitelijk ontbreekt of deze niet praktisch is wegens bijvoorbeeld tijdsdruk, de contractsvoorwaarden op dezelfde wijze getoetst kunnen worden aan de redelijkheid en billijkheid zoals dat het geval is bij contracten gesloten

³⁴ HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Matatag/De Schelde), m.nt. CJHB; HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685 (Kolkman/Cornelisse); HR 30 juni 2000, NJ 2000, 536 (Ermer/ABN AMRO); HR 5 september 2008, NJ 2008, 806 (Scaramea/Telfort).

³⁵ HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI/Zürich).

³⁶ C. te Ronde, Terughoudende toetsing bij beroep op derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in geval van professionele partijen. Hof Den Bosch 5 februari 2008 LJNBC4957, MvV (2008) 6, p. 127.

³⁷ HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (Ampatil/Weggelaar).

³⁸ B. Wachter, Elk volk krijgt recht dat bij zijn aard past, afscheidsrede KUB, 1992, p. 4.

³⁹ J.B.M. Vranken, ‘Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlands overeenkomstenrecht’, TvP (1997) II, p. 1851.

⁴⁰ Dit wordt bevestigd in het arrest HR 15 februari 1991, NJ 1991, 358 (Roelofs c.s./Van Soest). Het gaat hierbij om de verhouding tussen twee ondernemers, waarvan de één op het terrein van de prestatie een deskundige is (de verzekeraar) en de ander een leek (de expediteur). In casu wordt de betreffende ondernemer beschermd tegen een exoneratiebeding omdat hij geen specifieke deskundigheid ter zake van de prestatie bezit en zijn wederpartij wel. Dit lijkt te worden aangenomen indien een ondernemer overeenkomsten sluit betreffende een prestatie buiten zijn eigenlijke beroeps- of bedrijfsuitoefening. Dit in tegenstelling tot R.J.Q. Klomp in zijn recensie van de dissertatie van Tjittes in het NTBR (1995) 5, p. 130. Volgens Tjittes zou slechts rekening moeten worden gehouden met de categorieën ‘particulier’, ondernemer’ en ‘overheid’ als zodanig en zou binnen die categorieën geen verdere onderscheiding moeten worden gemaakt. Dat betekent dat geen rekening wordt gehouden met de omvang van een onderneming of het feit dat een ondernemer buiten het terrein van zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening optreedt.

met kleine wederpartijen aan de open norm. De grootte van de wederpartij zou hierbij geen rol spelen.⁴¹ Ook Mendel gaat er van uit dat weinig aanleiding bestaat voor de stelling dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het handelsverkeer als 'not done' wordt beschouwd en op voorhand kan worden afgewezen op grond van rechtszekerheid en contractsvrijheid.⁴² Hoe belangrijk het ook is dat professionele partijen hun risico's inschatten, ook een professionele partij mag volgens hem afgaan op de redelijkheid van zijn wederpartij.⁴³ Dat de hoedanigheid van partijen zwaar telt in de beoordeling van de rechter wordt daarmee niet ontkend. Dat blijkt ook uit de jurisprudentie.⁴⁴ Maar deze omstandigheid mag volgens Mendel de overige gezichtspunten die relevant zijn niet buiten spel zetten. In een aantal zaken die betrekking hebben op overeenkomsten tussen professionele partijen worden deze gezichtspunten namelijk ook meegewogen.⁴⁵ Daarin wordt niet alleen rekening gehouden met de hoedanigheid van partijen maar ook met de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen en bijvoorbeeld de mate waarin de ene partij zich bewust is geweest van de strekking van het beding.

Het objectieve recht en de literatuur zijn niet glashelder en eenduidig wat betreft de te volgen lijn als het gaat om de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW bij overeenkomsten gesloten tussen professionele partijen. De lijn van *extra* terughoudendheid kent zowel voor- als tegenstanders. In deze bijdrage wordt uitgegaan van de veronderstelling dat bij contracten waarbij twee professionele partijen betrokken zijn de rechter *geen* extra terughoudendheid behoeft te betrachten en alle relevante gezichtspunten in de beoordeling van het beroep op art. 6:248 lid 2 BW dient te betrekken. Deze veronderstelling geeft de ruimte om alle relevante gezichtspunten die *kunnen* worden betrokken bij die beoordeling in de context van na een aanbesteding tot stand gekomen overheidscontract, in deze bijdrage uit te werken. De uitkomst van die analyse zou vervolgens kunnen worden meegenomen in het debat over de vraag of de rechter zich bij de beoordeling van de inhoud van overeenkomsten gesloten tussen professionele partijen wel of niet *extra* terughoudend dient op te stellen.

3.3 Toepassing van art. 6:248 lid 2 BW bij overheidscontracten

Of de tweedeling zoals hierboven geschetst zich tevens uitstrekt over overheidscontracten – waar immers sprake is van twee professionele partijen – is ook niet duidelijk. In ieder geval leidt het feit dat de overheid bij uitstek behartiger is van publieke belangen, er volgens de literatuur toe dat haar positie in contractuele verhoudingen anders is dan die van andere professionele contractpartijen en dat deze positie van invloed kan zijn bij het afbakenen van hetgeen de redelijkheid en de billijkheid meebrengen.⁴⁶

⁴¹ R.H.C. Jongeneel, De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz, (diss.) Deventer: Kluwer 1999, p. 120; R.H.C. Jongeneel, Grote wederpartijen, in: Algemene Voorwaarden, B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Handrikse (red.), Deventer: Kluwer 2006, p. 177.

⁴² M.M. Mendel, Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?, in: R.Q.J. Klomp, M.M. Mendel, C.E. du Perron, A.C. van Schaick (red.), Het eigen gezicht van het handelsrecht, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131.

⁴³ HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498 (Modalfa Vastgoed BV/Schermer Assuradeuren BV).

⁴⁴ HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Matatag/De Schelde); HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685 (Kolkman/Cornelisse); HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI/Zürich).

⁴⁵ HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Matatag/De Schelde); HR 30 juni 2000, NJ 2000, 536 (Ermer/ABN AMRO); HR 5 september 2008, NJ 2008, 806 (Scaramea/Telfort).

⁴⁶ A.R. Bloembergen, W. J. Slagter, Contracteren met de overheid, in het bijzonder in de bouw. Projectontwikkelingscontracten, Bouwrecht Monografieën, Kluwer: Samson 1976, p. 257-258. Zie HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363, m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof). Daarin bepaalt de HR dat moet worden aangenomen dat in het kader van de betreffende bepaling toegepast op overeenkomsten met de overheid, naast algemene beginselen van bestuur ook publieke belangen in aanmerking dienen te worden genomen.

Dat de overheid – anders dan een private gebruiker van vermeend onevenwichtige contractvoorwaarden – een beroep kan doen op de omstandigheid dat zij optreedt als behartiger van het publieke belang, laat onverlet dat bestuursrechtelijke elementen het overheidscontract mede beheersen.⁴⁷ De privaatrechtelijk handelende overheid blijft immers gebonden aan de voor de overheid geldende (publiekrechtelijke) regels.⁴⁸ Dat is voor het eerst bepaald in het Ikon-arrest.⁴⁹ Zo zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook bij privaatrechtelijke rechtshandelingen⁵⁰ via art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb op de door de overheid gesloten overeenkomsten van toepassing⁵¹ en kunnen deze beginselen de redelijkheid en billijkheid nader inkleuren⁵² en aanleiding geven om van het privaatrecht af te wijken.⁵³ Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt dan onderbouwd met maatstaven ontleend aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁴ Zo komt vooral aan het zorgvuldigheidsbeginsel betekenis toe. Het materiële aspect van dit beginsel is neergelegd in art. 3:4 lid 2 AwB:

‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.’

Via de poort van de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid dringt het voor de overheid als contractpartij geldende materiële zorgvuldigheidsbeginsel door in een privaatrechtelijke rechtsverhouding. Welk gewicht aan dit beginsel wordt toegekend is niet duidelijk.⁵⁵ Wat wel lijkt is dat in tegenstelling tot contracten tussen professionele partijen de overheid aan de ene kant meer ruimte krijgt om onevenwichtige contractvoorwaarden te formuleren ten behoeve van het publieke belang, maar dat deze ruimte aan de andere kant weer wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waar de overheid rekening mee dient te houden.

3.4 Toepassing van art. 6:248 lid 2 BW op overheidscontracten die na een aanbesteding tot stand komen

Laten we uitgaan van de veronderstelling dat art. 6:248 lid 2 BW (ook) in het geval van een na een aanbesteding tot stand gekomen overeenkomst op dit moment terughoudend wordt toegepast maar niet met méér terughoudendheid dan bij overeenkomsten waarbij geen sprake is van twee professionele contractpartijen. Jurisprudentie op dit terrein is er niet, zodat van een vaste lijn nog

⁴⁷ M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 2.

⁴⁸ P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat II*, Deventer: Kluwer 2001, p. 130 en 131.

⁴⁹ HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon).

⁵⁰ MvT, Parl. Gesch. Awb I, p. 85 en 188.

⁵¹ HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).

⁵² F.J. van Ommeren, XIV *Overheid en Burgerlijk recht, Praktijkboek Bestuursrecht*, Suppl. 86 (juni 2005), p. 113.

⁵³ J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid (diss.)*, Deventer: Kluwer 1989, p. 47. HR 10 april 1987, NJ 1988, 148; HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299 m.nt. JBMV; AB 1992, 88 m.nt. FHvdB; HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon) en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert). Zie ook HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (Körfer/Heerlen); HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).

⁵⁴ Zie in dit verband het arrest Körfer/Heerlen waarin een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt onderbouwd met een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder op het gelijkheidsbeginsel. Zie ook het arrest Apeldoorn/Duisterhof, r.o. 3.3; Van Ommeren 2005, p. 113.

⁵⁵ De uitspraak van de HR van 9 april 1999, NJ 2000, 219 m.nt. MS; AB 2000, 36 m.nt. ThGD (Coevorden/Gasfabriek), geeft daar een illustratie van. In dit arrest ging het om een concessie-overeenkomst tussen de gemeente Coevorden en de Gasfabriek, die de gemeente negen jaar vóór het verstrijken van de overeenkomst had opgezegd (de concessie-overeenkomst was voor bepaalde tijd aangegaan). De Gasfabriek stelde zich op het standpunt dat de gemeente op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel de fabriek had dienen te horen en de opzegging met inachtneming van alle daarbij betrokken belangen had moeten heroverwegen. De Hoge Raad toetst rechtstreeks aan het zorgvuldigheidsbeginsel en komt tot het ‘koele’ oordeel dat niet valt in te zien waarom dat beginsel zou meebrengen dat de gemeente bij een zorgvuldige afweging van de belangen van de Gasfabriek bij voortzetting van de gasdistributie in de gemeente Coevorden had moeten afzien van het gebruik van haar bevoegdheid om de concessie-overeenkomst op te zeggen.

niet kan worden gesproken. Wel is er een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw waaruit blijkt dat een beroep van de inschrijver op art. 6:248 lid 2 BW in beginsel wordt afgewezen op grond van het argument dat de contractsvrijheid zo weinig mogelijk dient te worden ingeperkt en de rechtszekerheid zoveel mogelijk moet worden gediend.⁵⁶ In deze uitspraak van de Raad van Arbitrage waarbij de inschrijver stelt dat de combinatie op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet kan worden gehouden aan een bepaling welke zeer nadelig voor haar uitpakt,⁵⁷ overwegen arbiters:

[...] dat het aan de combinatie is, als inschrijver, om de risico's welke in iedere aanbesteding aanwezig zijn, in te schatten en te beprijzen. Indien zij de risico's onaanvaardbaar had gevonden had zij hetzij een (zeer) hoge prijs moeten neerleggen hetzij niet moeten inschrijven.⁵⁸

Het al dan niet kunnen onderhandelen over een contract achten de arbiters irrelevant.⁵⁹ De arbiters beoordelen de toelaatbaarheid van de genoemde contractvoorwaarde slechts vanuit het perspectief van de hoedanigheid van partijen. Volgens de arbiters hoort een professionele partij een goede risico-inschatting te maken en behoeft geen bescherming.⁶⁰ Zo'n bedrijfsrisico kan immers in de prijs worden verdisconteerd. Op grond van de contractsvrijheid kan een professionele partij bovendien eerder weigeren deel te nemen aan een aanbesteding.

Arbiters gaan in deze zaak niet in op de overige gezichtspunten die relevant kunnen zijn in de context van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW. De vraag is of die benadering wel de juiste is, zelfs wanneer men voorstander is van een terughoudende toetsing in geval van contracten gesloten tussen professionele partijen en zelfs wanneer men de bijzondere positie van de overheid als contractspartij in ogenschouw neemt. Zou in het geval van een overeenkomst die tot stand komt na een aanbestedingsprocedure niet ook acht moeten worden geslagen op de overige gezichtspunten die in het kader van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW een rol kunnen spelen en die een ander licht zouden kunnen werpen op het geschil en de uitkomst daarvan kunnen bepalen? Het gaat hierbij om de volgende gezichtspunten:

- a. de maatschappelijke hoedanigheid en onderlinge verhouding van partijen;
- b. de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen;
- c. de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst;
- d. de wederzijds kenbare belangen.

3.4.1 Maatschappelijke positie en onderlinge verhouding

De maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen spelen buiten de context van een aanbesteding al een belangrijke rol in de beoordeling of een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, in de gevallen dat onevenwichtige contractvoorwaarden worden opgelegd, dient te worden gehonoreerd. In tegenstelling tot een normale totstandkoming van een overeenkomst is bij een overeenkomst die tot stand is gekomen na een aanbestedingsprocedure sprake van een machtspositie van de aanbesteder. Er is sprake van monopsonie in de zin dat één vragende partij zich bevindt tegenover diverse aanbiedende partijen. Soms is de aanbesteder zelfs de enige vragende partij op de betreffende markt en kunnen contractpartijen niet met andere vragers contracteren. Hierbij valt te denken aan de markt van publieke infrastructuurprojecten die

⁵⁶ RvA 23 november 2007, TBR (2008/95) 5, p. 482, m.nt. BCMdT.

⁵⁷ Het geschil betreft de vergoeding van de door de combinatie gebruikte wegebouwbitumen. Bitumen is een bijproduct van de productie van brandstof dat wordt gebruikt voor de aanleg van wegen. Een beding dat deel uitmaakt van de overeenkomst bepaalde dat de vergoeding van de bitumen niet afhankelijk was van de prijsontwikkeling van wegebouwbitumen, maar van een ander product en dat prijsfluctuaties voornamelijk voor het risico van de combinatie kwamen.

⁵⁸ RvA 23 november 2007, TBR (2008/95) 5, p. 482, m.nt. BCMdT, ro. 28.

⁵⁹ Ro. 28.

⁶⁰ Ro. 26.

volledig in handen is van de overheid, in het bijzonder van Rijkswaterstaat.⁶¹ In dergelijke gevallen is de inschrijver overgelaten aan de goede wil van de aanbestedder en dient hij de voorwaarden zoals die eenzijdig door de overheid zijn opgesteld te slikken om op de betreffende markt actief te kunnen blijven. De vraag is of in die situaties het gezichtspunt van de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding niet zwaar zou moeten wegen in de beoordeling. Er is voor de inschrijver immers een gebrek aan keuzemogelijkheid wat betreft zijn potentiële opdrachtgevers – anders dan de nogal radicale keuze om zich van een bepaalde markt terug te trekken – waarmee hij zou kunnen contracteren. Het verschil in deskundigheid daarentegen behoeft een minder grote rol te spelen. De technische kennis ligt in de meeste gevallen immers zowel bij de aanbestedende overheid als bij de inschrijvende partij. Ook als de aanbestedder de expertise niet in huis heeft, zal hij deze over het algemeen in huis halen door een gespecialiseerd bureau in te schakelen. Wel ontbreekt vaak de juridische deskundigheid aan de kant van de inschrijver. Vaak zijn inschrijvers zich niet bewust van alle risico's of de verschuiving ervan omdat ze geen jurist in dienst hebben die alle aanbestedingsstukken screent, terwijl de verschuiving van risico's vaak verpakt zitten in de bepalingen en niet zonder juridische bril eenvoudig zijn op te merken. Men zou echter kunnen betogen dat wanneer inschrijvers op deze manier met contractuele risico's omgaan, de gevolgen daarvan voor hun (bedrijfs)risico komen en niet direct door de rechter hoeven te worden meegenomen in zijn beoordeling.

Het feit dat het een overheid betreft maakt – zoals hierboven al bleek – het optreden van de aanbestedder in het kader van een aanbestedingsprocedure wel vatbaar voor toetsing aan publiekrechtelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de context van de beoordeling van het beroep op art. 6:248 lid 2 BW.⁶² Dat doet zich dan met name gevoelen bij het gezichtspunt dat hier aan de orde is. Het gaat dan om de verhouding tussen het middel (de bezwarende aspecten van de rechtshandeling) en het doel (het algemeen belang dat in het geding is).⁶³ Voor de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden betekent dit dat de lasten die in dit geval de inschrijvers ondervinden - namelijk contractvoorwaarden aanvaarden die ze niet kunnen beheersen - niet disproportioneel zwaar mogen zijn in vergelijking met het effect op de met deze toepassing te dienen economische belangen van de overheid. Uit het zorgvuldigheidsbeginsel zou met andere kunnen worden afgeleid dat de overheid een zorgplicht heeft om onevenwichtige bedingen te voorkomen.⁶⁴ De aanspraak op dit beginsel wordt dan ingekleed in de context van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW.

3.4.2 Wijze van totstandkoming van de overeenkomst

Het is met name het gezichtspunt van de wijze van totstandkoming van de overeenkomst die wellicht een belangrijke rol zou moeten spelen bij de toetsing van vermeend onevenwichtige contractvoorwaarden aan art. 6:248 lid 2 BW. Het is vooral Bloembergen geweest die als een van de eersten heeft gewezen op het belang van dit gezichtspunt bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW bij overheidscontracten.⁶⁵ Het gaat hierbij om de omstandigheid dat sprake is van beperkte informatie-uitwisseling en dat een inschrijver niet dan wel onvoldoende over de inhoud van de voorwaarden heeft kunnen onderhandelen. Wanneer een aanbestedder immers onevenwichtige contractvoorwaarden hanteert, kan de inschrijver alleen nog maar een

⁶¹ Mutluer, Jansen 2007, p.

⁶² W.H. van Boom, D.A.M. van Steensel, Aansprakelijkheid voor verboden mededingingsbeperkende afspraken in een aanbestedingsprocedure, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 105 e.v.; Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht* 2009, p. 32.

⁶³ W. Konijnenbelt, R. van Male, *Bewerking van H.D. van Wijk, Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 341. ABRS 19 december 1996, AB 1997, 79 m.nt. FCMAM, Gst 7052.5 m.nt. HPJamH.

⁶⁴ Dat leid ik af uit M. Kobussen, *De vrijheid van de overheid* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 56 e.v.; Tjittes 1994, p. 213 e.v.; HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt. VdG (Smilde).

⁶⁵ Bloembergen, Slagter 1976, p. 46. e.v.

onherroepelijk aanbod doen.⁶⁶ Hij loopt het risico van verdere deelname aan de procedure te worden uitgesloten wanneer hij in zijn aanbieding een voorbehoud zou maken.⁶⁷ Eventuele mogelijkheden tot onderhandelen over en nadien aanpassen van die contractvoorwaarden zijn (zoals eerder gezegd) aanbestedingsrechtelijk sterk aan banden gelegd. Op basis van de (beperkte) informatie in het bestek moet een inschrijver dus in korte tijd een zo gunstig mogelijke aanbieding doen. Hij zal daarbij de door de aanbesteder voorgestelde risicoverdeling hetzij integraal moeten accepteren, hetzij moeten verdisconteren in zijn prijs, hetzij besluiten af te zien van deelname aan de aanbesteding. Dit is anders bij bilaterale contractvorming buiten de context van een aanbesteding. Daar mag over de inhoud van eenzijdig opgestelde en vermeend onevenwichtige contractvoorwaarden worden onderhandeld en mag de uitkomst daarvan resulteren in een aanpassing van die voorwaarden. Het niet kunnen onderhandelen tijdens de aanbesteding zou derhalve kleur moeten geven aan de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Hoe staat het met de inschrijver die gereede twijfel moet hebben over de dekking van de op hem afgewentelde risico's met de door hem aangeboden te lage prijs? Zou deze inschrijver bescherming moeten kunnen ontlennen aan art. 6:248 lid 2 BW als de aanbesteder deze aanbieding niet als 'abnormaal laag' terzijde heeft geschoven⁶⁸ maar op grond van het toepasselijke gunningscriterium als 'beste' heeft aangemerkt? Deze omstandigheid kan dan ten nadele van de inschrijver worden uitgelegd door de rechter. De betreffende inschrijver heeft waarschijnlijk bewust een lage aanbieding gedaan en een onevenwichtig contract geaccepteerd, in de veronderstelling om daar na contractsluiting met de aanbesteder over te kunnen onderhandelen. Dat komt dan voor zijn risico, vooral als de aanbesteder om toelichting heeft gevraagd of deze aan nader onderzoek heeft onderworpen.

3.4.3 De aard en de verdere inhoud van de overeenkomst

Bij de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst valt te denken aan de omstandigheid of een onevenwichtig beding veelvuldig wordt gebruikt in dit soort overeenkomsten gesloten tussen partijen in de aanbestedingspraktijk. Maar ook of de overeenkomst voor het onevenwichtig beding enig compenserend voordeel bevat. De overeenkomst kan ook andere nadelige bedingen bevatten. Deze omstandigheden kunnen door de rechter ten voordele van de inschrijver worden uitgelegd.

3.4.4 De wederzijds kenbare belangen

Tot deze kenbare belangen behoren het commerciële belang van de inschrijver en het algemeen belang van de aanbesteder. Het algemeen belang dat de aanbesteder dient, namelijk het zo zorgvuldig mogelijk uitgeven van het gemeenschapsgeld, kan zwaar wegen zoals eigenlijk ook al werd gesteld in het gezichtspunt a. De Voorzieningenrechter Utrecht onderschreef dit in de zaak KPN/VRU als volgt.⁶⁹

'4.15 [...] Daarbij komt dat het bij overheidsaanbestedingen veelaal gaat om publieke voorzieningen, waarbij wellicht eerder dan bij private partijen een dergelijke vergaande vrijwaring, waarvan aannemelijk is dat die de opdrachtnemer tot een uiterste zorgvuldigheid noopt, gerechtvaardigd zal zijn. Daaraan kan niet afdoen dat de risico's van een dergelijke vrijgaande vrijwaringsplicht moeilijk in te schatten zijn en dat die risico's door verzekeringen slechts tot een bepaalde limiet kunnen worden gedekt. [...].'

⁶⁶ Mutluer, Jansen 2007, p. 186; Jansen, Manunza 2006, p. 2127; Hoekstra-Borzymowska 2008, p. 340.

⁶⁷ C.E.C. Jansen, Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht, TA (2008) 6, p. 539.

⁶⁸ Er bestaat geen verplichting voor de aanbesteder om abnormaal lage aanbiedingen af te wijzen laat staan ze aan een nader onderzoek te onderwerpen. Zie hiervoor ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys 2009, p. 459.

⁶⁹ Vrzzr. Utrecht 21 maart 2007, LJN BA2053, 225022/KG ZA 07-59. De Voorzieningenrechter deed dat overigens niet in het kader van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW.

3.5 Aanbestedingsrechtelijke gevolgen van een geslaagd beroep op art. 6:248 BW?

Laten we veronderstellen dat de bijzondere verhouding die ontstaat door het aanbestedingsproces en de relevante gezichtspunten die meespelen een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW in beginsel mogelijk maken. Lopen we dan niet tegen een aanbestedingsrechtelijk probleem aan? Leidt een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 BW tot buitenwerkingstelling van onevenwichtige contractvoorwaarden in het specifieke geval? Betekent dit dan niet een wijziging van het contract en mag dat wel volgens het gereguleerde aanbestedingsrecht?⁷⁰

Dat de mogelijkheid de inhoud van de overeenkomst te veranderen in het gewone contractenrecht algemeen aanvaard is, moge duidelijk zijn. Overeenkomsten die tot stand komen na een aanbestedingsprocedure kennen echter deels een ander regime. Daarom is terughoudendheid vereist. Het uitgangspunt is dat een na een aanbesteding tot stand gekomen overeenkomst alleen op ondergeschikte punten gewijzigd kan worden zonder dat sprake is van een wezenlijk andere of wezenlijk gewijzigde overeenkomst.⁷¹ De beginselen van gelijke behandeling en transparantie laten dat niet toe.⁷² Uitgangspunt is dat een opdracht opnieuw moet worden aanbesteed indien sprake is van een wezenlijke wijziging. Dat is bepaald in het Pressetext arrest.⁷³ In dat arrest overwoog het HvJ EG dat een wijziging van een lopende overeenkomst met betrekking tot een overheidsopdracht moet worden aangemerkt als ‘wezenlijk’ als voorwaarden worden ingevoerd die bij het afsluiten van de overeenkomst tot toelating van andere inschrijvers dan de oorspronkelijke⁷⁴ zouden hebben geleid of tot de keuze van een andere offerte dan de oorspronkelijke.⁷⁵ Ook de uitbreiding van de oorspronkelijk afgesproken diensten⁷⁶ en de verschuiving van economisch evenwicht naar de opdrachtnemer werden gezien als wezenlijke wijzigingen.

Een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 BW door een inschrijver maakt dat het oorspronkelijk evenwicht dat in de overeenkomst aanwezig was maar dat verstoord is door een ingetreden risico hersteld wordt. En daar kan eventueel een probleem liggen. Zou de wijziging indien het in een eerder stadium van het proces zou hebben plaatsgevonden, niet hebben geleid tot verruiming van de kring van inschrijvers? Inschrijvers die zich niet hadden ingeschreven of waren afgehaakt vanwege de onevenwichtige contractvoorwaarden hadden mogelijk wel meegedaan aan de procedure.⁷⁷ Of is dit een bijzondere omstandigheid die het doorvoeren van wijzigingen kan rechtvaardigen?⁷⁸ In het lopende onderzoek zal nader worden ingegaan op de ruimte die wordt ingegeven door het Pressetext arrest om wijzigingen na een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 te rechtvaardigen. In dat verband zal bijvoorbeeld moeten worden onderzocht of het Pressetext-

⁷⁰ Deze vraag wordt ook gesteld door M.A.B. Chao-Duivis, *Contracten en aanbestedingsrecht. Gedachten over beginselen van het contractenrecht en de rol van deze in het aanbestedingsrecht*, in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg*, Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 187 e.v.

⁷¹ M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid onder het nieuwe aanbestedingsrecht*, Den Haag: Elsevier Overheid 2006, p. 260. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, Jur 2004, p. I-03801 (Socchi di Frutta), r.o. 117 en 118.

⁷² Wijzigingen zijn onder omstandigheden toelaatbaar. Namelijk indien het inschrijvingsbericht uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van de desbetreffende wijzigingen.

⁷³ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, Jur. 2008, ro. 34 (Pressetext), ro. 35-37. Het Europese Hof van Justitie had in 2004 in het arrest Socchi di Frutta (zaak C-496/99 P) reeds bepaald dat een voorwaarde met name essentieel is wanneer het een bepaling betreft die, indien zij in de aankondiging van de opdracht van het bestek had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen. Het Europese Hof is echter niet ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een ‘aanzienlijk’ andere offerte.

⁷⁴ Zie ook J.M. Hebly en M.B. Klijn, *Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht*, TBR (2008) 157, p. 827.

⁷⁵ Dit is in de lijn van het arrest Socchi di Frutta (zaak C-496/99 P). Immers zouden de inschrijvers in staat worden gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen, dan kan niet worden uitgesloten dat de keuze op een andere offerte zou vallen.

⁷⁶ Artikel 31 lid 4 sub a Richtlijn 2004/18/EG. Artikel 31 lid 4 sub a Bao.

⁷⁷ Chao-Duivis 2010, p. 188.

⁷⁸ S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005.

arrest zich mede uitstrekt tot ingrijpen in contractuele verhoudingen door de rechter, of dat het arrest is beperkt tot gevallen waarin de inhoud van de overeenkomst door partijen zelf wordt gewijzigd. Deze situaties zouden mogelijk nog van elkaar moeten worden onderscheiden.

4. Conclusie

In de aanbestedingspraktijk komt geregeld de vraag aan de orde of via een beroep op art. 6:248 lid 2 BW onevenwichtige contractvoorwaarden waarbij risico's door overheidsaanbesteders onevenredig veel op inschrijvers worden gelegd, terzijde kunnen worden geschoven. Een duidelijke antwoord op deze vraag valt op dit moment nog niet uit de jurisprudentie te destilleren. Dit artikel dient immers – buiten de context van aanbestedingsverhoudingen - met terughoudendheid te worden toegepast. Slechts indien de contractvoorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is succesvol beroep mogelijk. In de rechtspraktijk wordt door sommigen daarenboven voor extra terughoudendheid van de rechter bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW gepleit wanneer het gaat om overeenkomsten gesloten tussen twee professionele partijen. In die benadering lijkt het accent dan sterk te liggen op één gezichtspunt – de hoedanigheid van de benadeelde contractpartij – waardoor andere mogelijk relevante omstandigheden van het geval onderbelicht blijven. Het meewegen van die omstandigheden met behulp van andere gezichtspunten zou volgens anderen beter recht doen aan de belangen van partijen. Het is de vraag of dat niet met name zou moeten gelden voor een bijzonder geval van een overeenkomst gesloten tussen twee professionele partijen, namelijk de overeenkomst die tot stand is gekomen na een aanbestedingsprocedure. Vooral de hoedanigheid van de aanbesteder, zijnde een overheid die zich naast het publieke belang rekenschap moet geven van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en de bijzondere wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, lijken in dat kader relevante gezichtspunten die rechters zouden moeten meenemen in hun beoordeling van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW. Of en in hoeverre het gereguleerde aanbestedingsrecht de bevoegdheid van de rechter in deze beperkt, is een vraag die in een later stadium van het onderzoek zal worden beantwoord.