

Artikel

Rijksinkoopvoorwaarden 2018 toe aan een update?

Mr. M.W. Bijloo*

1. Inleiding

Sinds jaar en dag maakt de overheid gebruik van specifieke algemene inkoopvoorwaarden voor de inkoop van roerende zaken bij derden, de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden (ook wel afgekort tot ARIV).¹ De meest recente versie is die welke gepubliceerd is in 2018 (ARIV 2018).² In deze bijdrage wordt een aantal aspecten van de Rijksinkoopvoorwaarden 2018 onder de loep genomen vanuit het perspectief van de leverancier. Dat wil zeggen, zijn de bepaalde artikelen voldoende duidelijk? Wijken zij af van hetgeen in de praktijk gebruikelijk is, en zijn zij daardoor nadelig voor de leverancier? Zijn de Rijksinkoopvoorwaarden wellicht toe aan een update? Volledigheidshalve, deze bijdrage loopt niet elk artikel langs en bevat ook geen uitputtende behandeling van de wel geadresseerde artikelen, maar concentreert zich op de meest opvallende bepalingen.³

2. Toelichting

De staat verklaart de Rijksinkoopvoorwaarden van toepassing op overeenkomsten inzake de inkoop en leve-

ring van roerende zaken bij en door een derde.⁴ De staat maakt hierbij gebruik van zogeheten modelovereenkomsten, waarop de Rijksinkoopvoorwaarden van toepassing zijn. In het kader van de Rijksinkoopvoorwaarden heeft de staat ook een toelichting gepubliceerd (hierna: de Toelichting).⁵ De Toelichting geeft bepaalde achtergrond en uitleg van bepalingen in de Rijksinkoopvoorwaarden. Echter, de Toelichting zelf merkt daarover op: 'Deze Toelichting is openbaar maar maakt geen onderdeel uit van de Overeenkomst. Bij twijfel over de betekenis of uitleg van de ARIV-2018 kan wat in deze Toelichting staat mede bepalend zijn. De Toelichting doet geen afbreuk aan wat Partijen in een concreet geval zijn overeengekomen.' De Toelichting kan blijkbaar in geval van onduidelijkheid medebepalend zijn, maar hoeft dat dus niet. Ook is niet duidelijk of de betreffende overheidsinstantie bij het van toepassing verklaren van de Rijksinkoopvoorwaarden naar de Toelichting verwijst of deze ook van toepassing verklaart. De betekenis van de Toelichting is daardoor onduidelijk, in die zin dat het niet duidelijk is of en in hoeverre partijen zich kunnen verlaten op de Toelichting.⁶

89

* Mr. M.W. Bijloo is advocaat bij Studio B.

1 Volgens de Toelichting zijn deze voor het eerst vastgesteld in 1993.

2 Algemene Rijksinkoopvoorwaarden 2018 (ARIV-2018), vastgesteld bij besluit van de minister-president, minister van Algemene Zaken, van 3 mei 2018, nr. 3219106.

3 Ter voorkoming van onduidelijkheid: in deze bijdrage wordt niet gekeken naar aanbestedingsaspecten, noch naar mogelijke bestuursrechtelijke facetten.

4 Voor ICT-projecten en de levering van software maakt de staat gebruik van de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT), en voor dienstverlening van de Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van Diensten (ARVODI). Zie voor een uiteenzetting over de ARVODI: P.D. Scholten & P.J. Tanja, Contracteren met de Staat – de Algemene Rijksvoorwaarden bij opdracht-overeenkomsten, Bb 2023/4.

5 Deze is beschikbaar via www.pianoo.nl/sites/default/files/media/documents/Toelichting_ARIV-2018_mei2018.pdf.

6 Wellicht is deze 'terughoudendheid' in de Toelichting zelf terug te voeren op HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat niet de bedoeling van de opstellers van de standaardakte van belang is voor de uitleg van een overeenkomst die schriftelijk is vastgelegd met gebruikmaking van die standaardakte, maar de bedoeling van de contracterende partijen.

3. Leveringstermijn

Artikel 3.2 – De overeengekomen leveringsdatum, of -data, of -termijn(en) gelden als vast en fataal. Indien het Product niet binnen de overeengekomen termijn op de overeengekomen plaats is afgeleverd, is Leverancier zonder ingebrekestelling in verzuim.

De Toelichting heeft hieraan niet veel toe te voegen. Deze vermeldt enkel dat alle leveringstermijnen voor de levering van producten zijn aan te merken als ‘fatale’ termijnen. Dat wil zeggen dat binnen die termijnen moet zijn geleverd, bij gebreke waarvan een afzonderlijke ingebrekestelling niet meer nodig is.⁷

Op zich is de bepaling in lijn met de hoofdregel van artikel 6:83 onder a van het Burgerlijk Wetboek (BW), op grond waarvan een contractuele termijn in beginsel als fatale termijn geldt, bij het verstrijken waarvan het verzuim direct intreedt. Dat gezegd hebbend, het is niet ongebruikelijk dat bij de levering van zaken de leverancier nog een aanvullende termijn wordt gegund om na te komen indien de oorspronkelijke termijn gemist is. Gezien de grote diversiteit aan zaken die onder de Rijksinkoopvoorwaarden worden geleverd, is deze bepaling behoorlijk straf (bijvoorbeeld als het gaat om de levering van dozen printpapier). De leverancier doet er verstandig aan om te verifiëren of de leveringsdatum of -termijn praktisch haalbaar is.

90

4. Garantie

Artikel 4.1 – Leverancier garandeert dat het afgeleverde Product aan de Overeenkomst beantwoordt, vrij is van gebreken en geschikt is voor het doel waarvoor het Product is bestemd. Het Product beantwoordt niet aan de Overeenkomst, indien het Product, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die Leverancier daarover heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die Koper op grond van de Overeenkomst mocht verwachten. Partijen kunnen een garantietermijn overeenkomen.

Nederlands recht definieert het concept ‘garantie’ in beginsel niet. De precieze betekenis van een garantie is daarom een kwestie van uitleg.⁸ Een garantie kan onder meer met zich brengen dat een beroep op overmacht uitgesloten is, zodat direct bij inbreuk op een garantietermijn een schadeaanspraak ontstaat, zonder dat de toerekenbaarheid uit artikel 6:75 BW nog een rol speelt.⁹ De tekst van artikel 4.1 geeft geen aanwijzing over de precieze inhoud en strekking van deze ‘garantie’. De Toelichting biedt wel enig soelaas en sluit aan bij het

hiervoor opgemerkte over de toerekenbaarheid. Volgens de Toelichting leidt het niet-nakomen van een garantie onmiddellijk tot een toerekenbare tekortkoming. Met andere woorden, de toerekenbaarheid van de tekortkoming speelt geen rol meer voor de vaststelling van de schadeplichtigheid van de leverancier.¹⁰ Het had de staat desalniettemin gesierd om in artikel 4 zelf, maar in ieder geval in de Toelichting, uitgebreider stil te staan bij de omvang van de garantie.

Daarnaast kunnen partijen volgens de laatste zin van artikel 4.1 een garantietermijn overeenkomen. Maar wat betekent dit als partijen geen garantietermijn zijn overeengekomen? Moet dan worden teruggevallen op het algemene systeem van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, en dan in het bijzonder op artikelen 7:17 en 7:23 BW? Of is dit slechts een aanwijzing voor partijen om een eventuele garantietermijn te bespreken? Deze zin zorgt zo voor wat extra vertroebeling van de betekenis en reikwijdte van dit artikel 4.1. De leverancier doet er goed aan om kraakhelder te krijgen bij de koper wat er verwacht wordt van de leverancier in het kader van de conformiteit van het geleverde product.

Verder is het als gezegd mogelijk dat een garantie een beroep op overmacht uitsluit. Artikel 15 van de Rijksinkoopvoorwaarden voorziet in een overmachtregeling. Dit artikel rept echter met geen woord over de garantie in artikel 4. Artikel 4.1 noch artikel 15 biedt aldus een aanknopingspunt voor de vraag of de garantie in artikel 4 meebrengt dat de leverancier ten aanzien van die garantie al dan niet een beroep kan doen op overmacht. Wel merkt – zoals hiervoor is aangegeven – de Toelichting op dat een schending van een garantie leidt tot een toerekenbare tekortkoming. Normaliter zal een leverancier een beroep op een tekortkoming willen afweren met artikel 6:75 BW, dat wil zeggen dat de tekortkoming niet toerekenbaar is. De Toelichting lijkt hier te betogen dat bij een garantie conform artikel 4.1 deze weg niet openstaat voor de leverancier.

Dat gezegd hebbend, in het algemeen zal overmacht geen al te grote rol spelen bij een kwaliteitsgarantie zoals in artikel 4.1 (conformiteit, vrij van gebreken en geschikt voor bestemde doel) bij de verkoop van roerende zaken, het gaat daarbij immers om het antwoord op de vraag of een zaak gebrekkig is en niet over de daaraan verbonden consequenties.¹¹ Dat maakt dat deze kwestie in de praktijk wellicht geen grote rol zal spelen.

7 Toelichting, p. 2-3.

8 Asser/Hijma 7-I 2019/492; GS Verbintenissenrecht, artikel 6:75 BW, aant. 7.2.2; Asser/Sieburgh 6-I 2016/20; HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930 (Hoog Catharijne, ABP/Friesch Groningse Hypotheekbank), NJ 1996/300; HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562, m.nt. J.B.M. Vranken.

9 Zie bijv. Van Rossum & Kuypers, Garanties in de rechtspraak, R&P2015/1.5.

10 Toelichting, p. 3.

11 Dergelijke discussies zouden bijvoorbeeld wel een rol kunnen spelen indien de kwaliteitsgarantie ziet op een bepaald product, bijvoorbeeld staal uit de Oekraïne (dat door de oorlog niet meer leverbaar zou kunnen zijn). Ook is denkbaar dat dit een rol zou kunnen spelen als de garantie ook zou zien op het leveringstijdstip.

5. Klachtplicht

Artikel 4.3 – Koper kan er geen beroep meer op doen dat het Product niet aan de Overeenkomst beantwoordt, indien hij Leverancier daarvan niet schriftelijk in kennis heeft gesteld binnen 30 dagen nadat hij dit heeft ontdekt.

Dit artikel 4.3 ziet op de klachtplicht bij koop, zoals vastgelegd in artikel 7:23 lid 1 BW. Volgens laatstgenoemde hoofdregel dient de koper – op straffe van verval van het recht om non-conformiteit in te roepen – eventuele non-conformiteit van een goed aan de verkoper te melden binnen bekwame tijd nadat hij de non-conformiteit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken.¹² Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet in geval van een niet-consumentenkoop de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd heeft plaatsgevonden, worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.¹³

Echter, hoewel artikel 7:23 BW van dwingend recht is bij consumentenkoop ingevolge artikel 7:6 BW, staat het professionele partijen vrij om hiervan af te wijken. Artikel 4.3 rekt het systeem van artikel 7:23 BW op naar de enkele ontdekking van de non-conformiteit, zonder ‘redelijkerwijs had kunnen ontdekken’. Daarnaast stelt artikel 4.3 de termijn op 30 dagen. Deze afwijkingen zijn in beginsel geldig en afdwingbaar.

De termijn van 30 dagen is niet ongebruikelijk. En er moet gezegd worden dat het schriftelijkheidsvereiste de klachtplicht ten behoeve van de leverancier wat versterkt. Echter, de klachtplicht is gekoppeld aan de feitelijke ontdekking. Blijkbaar heeft de staat het gepast geacht om hier niet te kiezen voor ‘redelijkerwijs had behoren te ontdekken’. De garantie in artikel 4.1 is echter niet in duur beperkt. Deze kan worden uitgelegd als zou ze voor de gehele levensduur van het goed gelden.¹⁴ In dat geval geeft deze klachtplicht van 30 dagen na feitelijke ontdekking de koper een relatief lange tijd om nog te klagen over een gebrek en zijn rechten in dat verband te doen gelden. Dit geldt uiteraard ook wanneer de klachtplicht is gekoppeld aan ‘had redelijkerwijs behoren te ontdekken’, maar dit laatste zet nog enigszins een rem op de rechten van de koper. Dit doet de balans doorslaan in

het voordeel van de koper. Volgens de Toelichting denkt de staat hier anders over. De Toelichting meldt namelijk dat – overeenkomstig artikel 7:23 BW – het doel van deze bepaling de bescherming van de leverancier is ‘tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten’.¹⁵ De staat verkoopt dit aldus als een handreiking aan de leverancier.

Is er dan nog ruimte om deze termijn van 30 dagen opzij te zetten? Dit zou kunnen op grond van artikel 6:233 onder a BW (mits de leverancier niet kwalificeert als grote wederpartij ex artikel 6:235 lid 1 BW), dan wel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in artikel 6:248 lid 2 BW. Dat gezegd hebbend, hoewel dit beoordeeld moet worden op basis van alle omstandigheden van het geval, lijkt dit aan de ene kant op het eerste gezicht een ‘up-hill battle’, vooral in commerciële verhoudingen waar geen consument bij is betrokken.¹⁶ Dit geldt in het bijzonder voor artikel 6:248 lid 2 BW, aangezien de rechter de nodige terughoudendheid moet toepassen bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷ Aan de andere kant bevatten de Rijkskoopvoorwaarden geen verplichting voor de koper om de producten bij levering te controleren op zichtbare gebreken (en tekorten). Dit klemt in die zin dat dit ertoe zou kunnen leiden dat de koper ver na de levering kan klagen over een gebrek dat bij de levering al zichtbaar was. Zo wordt de leverancier in zijn mogelijkheden aangetast om de gevolgen van de tekortkoming – het (zichtbare) gebrek – te beperken.¹⁸ De staat doet er goed aan aan artikel 4 toe te voegen dat de koper de zaken bij levering moet controleren op eventuele tekorten en zichtbare gebreken, en deze binnen een bepaald aantal dagen aan de leverancier moet melden. De huidige termijn van 30 dagen na ontdekking zou kunnen blijven bestaan voor eventuele bij de aflevering niet-zichtbare gebreken.

6. Herstel of vervanging

Artikel 13.1 – Indien het afgeleverde Product niet aan de in artikel 4 bedoelde garanties voldoet, kan Koper eisen dat Leverancier het Product herstelt of vervangt. De daarmee gemoede kosten komen voor rekening van Leverancier.

12 Zie hierover o.a. Asser/Hijma 7-I 2019/797 e.v., GS Verbintenissenrecht, artikel 6:89 BW, aant.9.1; Tjittes & Boom, Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b), 2020/30 e.v.

13 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606, r.o. 3.3.4; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600.

14 De Toelichting lijkt ook van een lange(re) duur van de garantie uit te gaan. In het kader van de uitleg bij artikel 11 (betaling) stelt de Toelichting: ‘Betaling door Koper betekent niet dat Koper zich daarna niet meer zou kunnen beroepen op een schending van de garantieverplichting (lid 4). Immers, gebreken aan het Product kunnen zich ook in een later stadium openbaren’ (Toelichting, p. 5).

15 Toelichting, p. 3.

16 Tjittes en Boom lijken weinig ruimte te zien voor art. 6:248 lid 2 BW bij contractueel overeengekomen specifieke klachttermijnen, zie Tjittes & Boom, Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b), 2020/33.

17 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363; HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, NJ 2018/401; HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1374, NJ 2022/321. Verder, met betrekking tot deze bepaling, ingezet. In het kader van de toepasselijkheid van art. 6:248 lid 2 BW op overeenkomsten met de overheid, dienen ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking te worden genomen; HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363. Wellicht kunnen deze de koper nog uitkomst bieden.

18 Zie over de belangenafweging bij de vraag of er binnen bekwame tijd is geklaagd over een afgeleverde zaak o.a. HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593.

Ingevolge artikel 7:21 lid 1 onder b en c BW heeft de koper van een zaak in geval van non-conformiteit recht op herstel of vervanging van de zaak. Volgens lid 2 van dit artikel kunnen de kosten van nakoming van deze verplichting niet aan de koper in rekening worden gebracht. Op het eerste gezicht is artikel 13.1 van de Rijksinkoopvoorwaarden keurig in lijn met de wet.

Echter, artikel 7:21 lid 1 onder b BW bepaalt dat de koper alleen herstel van de afgeleverde zaak kan eisen indien de verkoper daar redelijkerwijs aan kan voldoen. Artikel 7:21 lid onder c BW stelt dat vervanging niet geëist kan worden indien (1) de non-conformiteit niet zwaar genoeg is om vervanging te rechtvaardigen, of (2) de zaak na het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, teniet of achteruit is gegaan omdat de koper niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud van de zaak heeft gezorgd. Dit is uiteraard niet van dwingend recht, zodat het professionele partijen onderling vrijstaat om hiervan af te wijken. De Rijksinkoopvoorwaarden doen dat ook op dit punt en schuiven aldus de nuance ten aanzien van de rechten van de koper waar artikel 7:21 lid 1 onder b en c in voorziet resoluut terzijde. Bovendien is de koper bij zijn keuze tot herstel of vervanging, beide vormen van nakoming, gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook de gerechtvaardigde belangen van de leverancier een rol spelen.¹⁹

Daarnaast is er nog een ander aspect. Op Europees niveau is er (steeds) meer aandacht voor duurzaamheid en de circulaire economie.²⁰ Ook op nationaal niveau mogen deze thema's zich in warme belangstelling verheugen. Een van de eerste initiatieven van de staat is het zogeheten Rijksbrede Programma Circulaire Economie: 'Nederland Circulair in 2050'.²¹ In dit programma – dat dateert uit 2016 (!) – schetst het kabinet 'het perspectief op een toekomstbestendige, duurzame economie en een leefbare aarde voor toekomstige generaties'.²² In dat licht had de staat in de Rijksinkoopvoorwaarden meer kunnen sturen op duurzaamheid. Bijvoorbeeld door reparatie voorrang te geven ten opzichte van vervanging.²³ Uiteraard hoeft dit niet in de Rijksinkoopvoorwaarden

zelf gereflecteerd te worden, maar kan dit ook in het intern beleid worden opgenomen bij de omgang met schending van de garantieverplichtingen. Echter, er zou wel een stevige boodschap uitgaan van de overheid indien dit inderdaad was opgenomen in de Rijksinkoopvoorwaarden.

7. Aansprakelijkheid

Artikel 14 – Tenzij anders overeengekomen, is de Partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen tegenover de andere Partij aansprakelijk voor de door de andere Partij geleden dan wel te lijden schade, met dien verstande dat de aansprakelijkheid als volgt beperkt is:

- voor Overeenkomsten waarvan de totale waarde kleiner is dan of gelijk aan € 50.000,-: € 150.000,- per gebeurtenis en € 300.000,- per contractjaar of gedeelte van een jaar dat de Overeenkomst van kracht is;
- voor Overeenkomsten waarvan de totale waarde meer is dan € 50.000,- maar kleiner dan of gelijk aan € 100.000,-: € 300.000,- per gebeurtenis en € 500.000,- per contractjaar of gedeelte van een jaar dat de Overeenkomst van kracht is;
- voor Overeenkomsten waarvan de totale waarde meer is dan € 100.000,- maar kleiner dan of gelijk aan € 150.000,-: € 500.000,- per gebeurtenis en € 1.000.000,- per contractjaar of gedeelte van een jaar dat de Overeenkomst van kracht is;
- voor Overeenkomsten waarvan de totale waarde meer is dan € 150.000,- maar kleiner dan of gelijk aan € 500.000,-: € 1.500.000,- per gebeurtenis en € 3.000.000,- per contractjaar of gedeelte van een jaar dat de Overeenkomst van kracht is;
- voor Overeenkomsten waarvan de totale waarde meer is dan € 500.000,-: € 3.000.000,- per gebeurtenis en € 5.000.000,- per contractjaar of gedeelte van een jaar dat de Overeenkomst van kracht is.

Samenhangende gebeurtenissen worden daarbij aangemerkt als één gebeurtenis.

De beperking van de aansprakelijkheid als hiervoor bedoeld komt te vervallen:

- a. in geval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel;*
- b. indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de andere Partij of diens personeel.*
- c. in geval van een tussen Partijen op grond van artikel 9 lid 2 gesloten overeenkomst: ten aanzien van aanspraken op schadevergoeding, waaronder mede begrepen de door de toezichthoudende autoriteit opgelegde boetes, in verband met tekortschieten in de nakoming van die overeenkomst.*

Om te beginnen een algemene opmerking over de bewoordingen. De bepaling verwijst naar 'toerekenbare tekortkoming', 'gebeurtenis' en 'per contractjaar of gedeelte van een contractjaar dat de Overeenkomst van kracht is'. Geen van deze bewoordingen wordt gedefini-

19 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311 (Multivastgoed/Nethou).

20 Voor de EU vormt de 'Green Deal' waarschijnlijk het belangrijkste speerpunt: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Sustainable Europe Investment Plan European Green Deal Investment Plan, COM(2020)21 final. Zie verder o.a. Mededeling, COM(2020)696, en Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken, COM(2022)143 Final.

21 Kamerstukken II, 32852, nr. 33, d.d. 14 september 2016.

22 Kamerstukken II, 32852, nr. 33, d.d. 14 september 2016, p. 1.

23 Zie in dit verband bijvoorbeeld het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels ter bevordering van de reparatie van goederen en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn (EU) 2019/771. Dit voorstel voorziet o.a. in het toegankelijker maken van de optie reparatie. Dit ziet weliswaar op consumenten, maar de nadruk op reparatie is evenzeer relevant voor overeenkomsten tussen professionele partijen.

eerd. Dan rijst de vraag wat dit dan betekent. Betekent de verwijzing naar toerekenbare tekortkoming dat deze bepaling niet ziet op schade ontstaan door een onrechtmatige daad? Gaat het bij 'gebeurtenis' om de tekortkoming? Verwijst het naar de oorzaak van de schade? Wat betreft '(gedeelte van een) contractjaar', waar ziet dit op? Op het tijdstip waarop de schade wordt gevorderd, het tijdstip waarop de schade zich manifesteert, of een ander tijdstip? Hoewel de aansprakelijkheidsregeling voor partijen (in ieder geval voor de leverancier) een essentieel onderdeel zal zijn, is de exacte betekenis en reikwijdte onduidelijk.

Daarnaast verwijst de bepaling niet naar de betalingsregeling in artikel 11. Betekent dit dat het recht van de leverancier op wettelijke rente (artikel 6:119b BW) ook onderworpen is aan de in dit artikel 14 genoemde maxima? In dat geval kan er betoogd worden dat er sprake is van strijd met het communautair dwingendrechtelijke artikel 6:119b BW.

Inhoudelijk gezien is de aansprakelijkheidsregeling op het eerste gezicht niet onredelijk. Zo is de regeling wederzijds, dat wil zeggen beide partijen zijn aansprakelijk. Daarnaast is de aansprakelijkheid beperkt tot specifieke bedragen, zoals uiteengezet in de staffel. Deze komt er kort gezegd op neer dat de aansprakelijkheid van beide partijen beperkt is tot ongeveer driemaal de opdrachtwaarde.²⁴

In dit verband zij overigens opgemerkt dat het aanvaarden van aansprakelijkheid als koper in algemene inkoopvoorwaarden in de meeste gevallen een 'wassen neus' is voor de leverancier. De primaire verplichting voor een koper zal de tijdige en volledige betaling van de koopprijs zijn. Voldoet de koper daar niet aan, dan is de leverancier gerechtigd tot een kostenvergoeding ex artikel 6:96 lid 4 BW en wettelijke rente ex artikel 6:119a of 119b BW. Blijft een koper om een geldige reden weigerachtig het bedrag volledig te voldoen, dan bestaat de kans dat een rechter dit aanmerkt als opzet of grove schuld van de schuldenaar. In dat geval zal de beperking van aansprakelijkheid in het algemeen buiten toepassing moeten blijven.²⁵ Een koper zal dus normaal gesproken niet zo snel tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen, en daardoor ook minder snel een beroep op de exoneratie doen. De verplichtingen van de leverancier daarentegen zijn in het algemeen talrijker, bijvoorbeeld tijdige levering, levering van een conforme zaak, installatie enzovoort. De leverancier zal daardoor eerder tegen een tekortkoming aan kunnen lopen, en eerder de exoneratie inroepen.

Een belangrijke omissie is wel dat er enige indicatie mist ten aanzien van de wijze waarop de schade dient te wor-

den vastgesteld of te worden begroot. Met name kwesties ten aanzien van de vestiging van aansprakelijkheid (*conditio sine qua non*) of de toerekening van schadeposten (artikel 6:98 BW) worden niet geadresseerd in de voorwaarden, noch in de Toelichting, welke regels bij de toepassing van de clausule van doorslaggevend belang kunnen zijn.

Verder kan er, zoals blijkt uit de tekst van de bepaling, onder andere geen beroep op de exoneratie worden gedaan in geval van, kort gezegd, (a) claims van derden voor schadevergoeding als gevolg van dood of letsel, en (b) opzet of grove schuld van de andere partij of diens personeel.²⁶

Om te beginnen met de uitzondering inzake claims van derden inzake dood of letsel. Dit is in die zin bijzonder dat dergelijke uitzonderingen in Nederlandse algemene voorwaarden of contracten voor de levering van roerende zaken in de praktijk niet vaak voorkomen. De Toelichting meldt echter doodleuk dat dit een 'gebruikelijke' uitzondering is.²⁷ De wet geeft in een aantal specifieke gevallen aan waarin exoneraties voor personenschade niet zijn toegestaan, bijvoorbeeld voor de aansprakelijkheid van producenten in geval van productaansprakelijkheid ex artikel 6:192 BW, de aansprakelijkheid van hulpverleners en ziekenhuizen ex artikel 7:463 BW en werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW. Verder worden exoneraties voor schade als gevolg van dood of letsel in beginsel niet aanvaard jegens consumenten.²⁸ Maar die gevallen zijn lastig een-op-een toe te passen op of te koppelen aan de levering van roerende zaken zoals onder de Rijksinkoopvoorwaarden. Het is daarom gissen naar de reden waarom deze uitzondering is toegevoegd.

Bovendien blijft het onduidelijk hoe deze uitzondering werkt in de praktijk. De beperkingen van de aansprakelijkheid komen te vervallen 'in geval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel'. Deze derden zijn geen contractspartij en hebben dus uit dien hoofde geen vordering jegens de leverancier. De Rijksinkoopvoorwaarden bevatten in dit verband ook geen vrijwaringsverplichting voor de leverancier. Geldt deze uitzondering dan als derden een claim hebben ingediend bij de koper en de koper zich vervolgens omdraait naar de leverancier? Moet het slechts gaan om een aanspraak, of moet er sprake zijn van een terecht toegewezen vordering waarbij is beslist dat de

24 Toelichting, p. 7.

25 HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998/208 (Gemeente Stein/Driessen). Zie in het algemeen over exoneraties T.H.M. van Wechem, *Leren exonereren: een aantal gezichtspunten ten aanzien van het contractueel reguleren van aansprakelijkheid*, Contracteren 2019/3, p. 89-99.

26 Wat betreft de onder b genoemde uitzondering zij alvast opgemerkt dat deze verder gaat dan de Hoge Raad in zijn eerdergenoemde arrest van 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998/208 (Gemeente Stein/Driessen). Daar knoopt de Hoge Raad aan bij 'opzet of bewuste roekeloosheid van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen', terwijl de onderhavige uitzondering refereert aan 'zijn personeel'. Zie ook nader hierna.

27 Toelichting, p. 7.

28 Zie o.a. Lindenbergh & Van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Mon. BW nr. B37), 2015/9, Wessels & Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (R&P nr. CA1), 2017/14.5; H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, *Toepasselijke normering bij het toetsen van exoneraties voor letselschade*, AV&S 2002, p. 178-185.

schade is te wijten aan de leverancier of de door de leverancier geleverde zaken? Of volstaat het dat de koper de door de derde geclaimde schade (deels) heeft vergoed? De leverancier doet er goed aan op deze vragen duidelijkheid te krijgen voor het aangaan van de overeenkomst.

Verder kan de exoneratie krachtens de hiervoor geciteerde bepaling niet worden ingeroepen indien er sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de andere partij of diens personeel. De Toelichting merkt in dit verband op dat het hier dus niet gaat om opzet of grove schuld van alleen de leiding van de leverancier, maar ook om die van het personeel van de leverancier. Dit omdat meestal het personeel en niet de leidinggevende wordt ingezet bij de uitvoering van de werkzaamheden.²⁹ Dit onderstreept allereerst dat ook de staat ervan uitgaat, het wederzijdse karakter van de bepaling ten spijt, dat deze bepaling met name ziet op de leverancier. Daarnaast breidt dit de aansprakelijkheid van de leverancier behoorlijk uit. In de praktijk wordt – in overeenkomsten tussen professionele partijen – de uitzondering van opzet en grove schuld veelal beperkt tot die van de leidinggevende behorende bij ondergeschikten van een partij. Dat gezegd hebbend, ‘opzet’ en ‘grove schuld’ vormen in beginsel een stevige drempel in de praktijk, en hier zal over het algemeen niet snel sprake van zijn. Bovendien gaat het als gezegd om de levering van roerende zaken, waar het in de praktijk – in tegenstelling tot bijvoorbeeld het verrichten van diensten of de aanneming van werk – wellicht minder vaak voorkomt dat personeel van de leverancier schade veroorzaakt. Desalniettemin vormt deze uitbreiding van de uitzondering tot het personeel van de leverancier wel een factor waar de leverancier serieus rekening mee dient te houden, en is het raadzaam om daar de verzekeringspolis van de leverancier nog eens op na te lopen.

8. Overmacht

Artikel 15.1 – In geval van tijdelijke overmacht stelt Leverancier Koper daarvan onmiddellijk nadat de omstandigheid die overmacht oplevert zich heeft voorgedaan schriftelijk in kennis onder vermelding van de oorzaak van de overmacht. Alsdan is Koper bevoegd te kiezen tussen:

a. het verlenen van uitstel aan Leverancier voor de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst gedurende een redelijke termijn van maximaal 4 weken. Indien Leverancier na afloop van deze termijn niet in staat is om zijn verplichtingen onder de Overeenkomst alsnog na te komen, is Koper bevoegd de Overeenkomst met onmiddellijke ingang buiten rechte te ontbinden, zonder tot vergoeding van schade en enige kosten aan Leverancier gehouden te zijn; of

b. ontbinding buiten rechte van de Overeenkomst met onmiddellijke ingang, zonder tot vergoeding van schade en enige kosten aan Leverancier gehouden te zijn.

Dit artikel ziet op overmacht, dus op de toerekenbaarheid van de tekortkoming (artikel 6:75 BW). Normaliter is een toerekenbare tekortkoming nodig om aansprakelijk te kunnen worden gehouden voor schade. Voor een ontbindingsvordering is dat niet nodig en volstaat elke tekortkoming, ook als deze niet toerekenbaar is. Artikel 15.3 geeft aan wat er in ieder geval niet onder overmacht moet worden verstaan, en beperkt daarmee de mogelijkheden voor de leverancier om zich daarop te beroepen. Op zich is een dergelijke bepaling in algemene inkoopvoorwaarden niet ongebruikelijk. Artikel 16.4 geeft echter een voor de leverancier ongunstige twist aan deze bepaling. Artikel 15.1 geeft de koper het recht om de overeenkomst met onmiddellijke ingang te ontbinden in geval van overmacht. Ingevolge artikel 16.4 moet de leverancier eventuele ontvangen betalingen aan de koper terugbetalen, vermeerderd met de wettelijke rente over het betaalde bedrag vanaf de dag waarop dit is betaald. Stel dat de koper een groot aantal stalen producten (bijvoorbeeld hekken of stalen meubelen) inkoop bij de leverancier en deze vooruitbetaalt omdat de leverancier een dergelijke hoeveelheid anders niet kan financieren. Neemt de leverancier het benodigde staal af van een Oekraïense staalleverancier, die na het uitbreken van de oorlog met Rusland niet meer kan leveren, dan heeft de koper het recht om de overeenkomst te ontbinden. Het feit dat de leverancier in dat geval de vooruitbetaalde bedragen moet terugbetalen, zal geen wenkbrauwen doen fronsen. Maar het feit dat de leverancier hier dan ook de wettelijke handelsrente over moet betalen, doet dat wellicht wel. Een dergelijke verplichting valt in het geval dat de overeenkomst wordt ontbonden wegens een tekortkoming van de leverancier nog wel te billijken, maar is wel heel straf in geval van ontbinding wegens overmacht. Het woord zegt het al, het gaat om overmacht, een gebeurtenis die de leverancier in beginsel niet valt toe te rekenen.

9. Conclusie

Uit het vorenstaande volgt dat de balans bij een aantal bepalingen behoorlijk doorslaat in het voordeel van de staat. Op zich is daar niets mis mee, in de zin dat waar de wet de ruimte geeft er ook voor de staat niets op tegen is om een en ander in het eigen voordeel te draaien. Wel kan de vraag gesteld worden of dit overal noodzakelijk is. Daarnaast is een aantal bepalingen simpelweg onduidelijk. Het gaat dan om essentiële bepalingen, zoals de garantie in artikel 4 en de aansprakelijkheidsregeling in artikel 14. De Toelichting biedt hier ook niet of nauwelijks uitkomst. De leverancier doet er goed aan om vooraf te verifiëren met de staat wat de staat voor ogen heeft qua garantie en conformiteit, en belangrijker nog, hoe de aansprakelijkheidsregeling in de praktijk werkt. Kort-

om, een opschoning van de Rijksinkoopvoorwaarden lijkt inmiddels wel geëigend, waarbij ook rekening kan worden gehouden met de groene ambities van de overheid.