

Restitutie en schadevergoeding na aanbodcollusie

prof. mr. W.H. van Boom¹

[**verschenen in: Bouwrecht nr. 9 (2003), p. 768-773**]

In deze bijdrage wordt een kort overzicht gegeven van de juridische complicaties die kunnen spelen bij het terugvorderen van teveel betaalde aanneemsommen na gebleken aanbodcollusie. De conclusie kan kort zijn: alles hangt af van het concrete dossier zoals dat aan de rechter wordt voorgelegd. Daarom is hetgeen hierna volgt, noodzakelijkerwijs algemeen en weinig concreet.

1. Inleiding

In het najaar van 2000 begon ik met mijn toenmalige collega Van Steensel aan het schrijven van een artikel over aansprakelijkheid voor aanbodcollusie in aanbestedingsprocedures.² Het bleek een moeizaam schrijfproces omdat de problemen waar wij over schreven een vrijwel academische aangelegenheid leken. Rechtspraak en literatuur over het onderwerp ontbraken, en enige navraag - bijvoorbeeld bij de NMa - maakte ons ook niet veel wijzer: het leek alsof aanbodcollusie in de praktijk nauwelijks speelde.

Toch hebben we in ons artikel een aantal voorstellen gedaan voor verbetering van de rechtsbescherming van de aanbesteder. Zo opperden wij dat de dwangmiddelen die de NMa ter beschikking staan, te beperkt waren, dat aanbesteders meer klachten bij de NMa zouden moeten indienen, dat de NMa meer het voortouw zou moeten nemen en dat een betere afstemming van de civielrechtelijke rechtsgang en de klachtprocedure bij de NMa wenselijk zou zijn. Ook stelden wij voor dat in de aanbestedingsreglementen een regeling zou worden getroffen voor het geval de aanbesteder collusie zou vermoeden.

Onnodig te zeggen dat ik veel herken van de discussie die nu is losgebarsten over de rechtspositie van de benadeelde aanbesteder en van de voorstellen die worden gedaan om aanbodcollusie op te sporen en aan te pakken. In deze bijdrage ga ik in op één aspect van aansprakelijkheid bij aanbodcollusie, namelijk de vraag of de aanbesteder die kan bewijzen dat van aanbodcollusie sprake is geweest, een deel van de betaalde aanneemsom kan terugvorderen.³ Ik besteed aandacht aan de meest voor de hand liggende rechtsgronden voor terugvordering (§ 2), en aan de vraag hoe de grootte van het te betalen bedrag moet worden bepaald (§ 3). De conclusie kan ik nu reeds geven: *alles* hangt af van het concrete dossier zoals dat aan de rechter wordt voorgelegd, en daarom is hetgeen hierna volgt, noodzakelijkerwijs algemeen en weinig concreet.

Ten slotte nog een enkele opmerking vooraf over het type aanbodcollusie dat hier centraal staat. Bij de navolgende beschouwingen staat het verboden vooroverleg model: twee of

¹ Hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg. Met dank aan C.J.M. van Doorn voor onderzoeksassistentie.

² 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: BJU 2001, p. 105-125.

³ Ik ga gemakshalve uit van terugvordering door tussenkomst van de civiele rechter, eventuele arbitrale bedingen tussen aanbestedende dienst en colluderende wederpartij buiten beschouwing gelaten.

meer van de meedingende ondernemers bij de aanbestedingsprocedure wisselen in een vooroverleg de blankcijfers uit, stellen de redelijke prijs vast, aan een van de colluderende ondernemers wordt het werk gegund, en onderling administreren zij de resulterende claim-rechten.⁴ Aldus incasseren zij niet alleen een rekenvergoeding, maar verdelen zij vooral ook de markt en handelen daarom in strijd met art. 6 Mw en mogelijk art. 81 EG.⁵ Buiten beschouwing blijven eventuele onrechtmatige praktijken van ‘smeren en fêteren’ waarbij werknemers van aanbestederszijde betrokken zouden zijn.⁶

2. Rechtsgronden voor terugvordering

2.1 Dwaling en bedrog

Bij bewezen aanbodcollusie bestaat naar mijn mening de mogelijkheid om de aanneem-overeenkomst wegens dwaling (art. 6:288) te vernietigen.⁷ Van dwaling is in het geval van aanbodcollusie sprake indien de aanbesteder onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken tot contracteren is overgegaan, en deze voorstelling is veroorzaakt door een mededeling van de wederpartij of een onterecht achterwege blijven van een dergelijke mededeling.[769] Bij aanbodcollusie ligt een geval van dwaling daarom dicht tegen een geval van bedrog (art. 3:44 BW) aan, nu de kern van het verwijt aan de aannemer is dat hij de aanbestedende dienst in de waan heeft gelaten dat de strekking van de aanbestedingsprocedure – in optimale concurrentie tot de laagste prijs of economisch meest voordelige aanbidding te geraken – niet gefrustreerd werd door enig vooroverleg. Het voornaamste verschil tussen de acties uit dwaling en bedrog is dat de aanbesteder voor bedrog *opzet* moet bewijzen,⁸ die gericht was op het misleiden en op het bewegen van de aanbesteder om te contracteren.⁹ Als de aanbodcollusie in extenso is bewezen, zou ook heel wel het opzet bewezen kunnen zijn. Duidelijk is wel dat een dwalingsactie wat dit betreft minder eisen stelt aan de aanbesteder.

Wat betreft het fundament van beide acties, dit lijkt te zijn gelegen in het zwijgen waar spreken plicht was. Bij de schending van een spreekplicht moet het gaan om de situatie dat de wederpartij de werkelijke gang van zaken kende, wist of behoorde te begrijpen dat de bij de aanbesteder levende voorstelling van zaken doorslaggevend was om het contract op de betreffende prijsvoorwaarden te sluiten, en hij er serieus rekening mee diende te houden dat de aanbesteder dwaalde. In dat geval kan een mededelingsplicht ontstaan, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. In de parlementaire geschiedenis vinden we daarover de volgende opmerking van de regering:

“Het enkele feit dat de wederpartij de dwaling behoorde te kennen en had behoren te begrijpen dat de dwalende bij een juiste voorstelling de overeenkomst niet had gesloten, is dus niet voldoende. Nodig is tevens dat de wederpartij op grond van hetgeen zij had behoren te begrijpen, de dwalende uit de droom had moeten helpen. Dat laatste zal men bijv.

⁴ Zie de beschrijving bij M.A.M.C. van den Berg, *NJB* 2003, p. 411.

⁵ Zie over de toepasselijkheid van art. 81 EG bij aanbestedingscollusie Van Boom & Van Steensel, t.a.p. (nt. 2), p. 108-109, met verdere verwijzingen.

⁶ Voor civielrechtelijke implicaties zie men bijvoorbeeld A.F.M. Dorresteyn, *Corruptie en privaatrecht* (oratie), Heerlen 1994.

⁷ Over deze vereisten voor een geslaagd beroep op dwaling in algemene zin zie *Verbintenissenrecht* (losbl.), art. 228 (Hijma).

⁸ Asser-Hartkamp II, nr. 199;

⁹ *Vermogensrecht* (losbl.), art. 44, lid 3, aant. 71(Hijma).

moeilijk kunnen eisen in het geval van dwaling in de omstandigheid dat de door de dwalende bedongen prestatie elders goedkoper, in een betere vorm, op betere voorwaarden of met minder ongemak is te verkrijgen.”¹⁰

Dit lijkt logisch: de koper moet zijn ogen openhouden, en als hij er voor kiest om het aanbod op de markt niet te vergelijken op kwaliteit en prijs, dan is in beginsel geen spreekplicht geschonden. Maar die situatie doet zich nu juist niet voor bij de aanbestedingsprocedure, omdat deze bij uitstek strekt tot een dergelijke vergelijking tussen verschillende aanbieders. De aanbodcollusie ontnemt het zicht op de juiste prijs en kwaliteit, en dat lijkt mij een duidelijk andere situatie te zijn dan de regering schetst.

Ik meen dan ook dat de meedingende ondernemer aan wie uiteindelijk is gegund, naar verkeersopvatting de plicht had om de aanbesteder uit de droom te helpen door mededeling te doen van het kartel. Is dit een realistische voorstelling van zaken? Welke aannemer die aan aanbodcollusie deelneemt en die als laagste inschrijft, haalt het in zijn hoofd om van de collusie mededeling te doen? Geen enkele natuurlijk, en daar zit juist het probleem dat tot de fundamenteel onjuiste voorstelling van zaken leidt.¹¹ Die dwaling is in de contractuele context tussen aanbesteder en wederpartij te wijten aan de opstelling van deze laatste en dat geeft de aanbesteder het recht tot vernietiging. De noodzaak om het opzet van art. 3:44 BW te bewijzen lijkt dan niet groot, omdat de remedie die art. 6:228 BW biedt in essentie dezelfde is.

2.2 Onrechtmatige daad

Wat betreft de andere voor de hand liggende rechtsgrond, de *onrechtmatige daad*, kunnen we kort zijn. Meedingende ondernemers bij een openbare aanbesteding moeten de mededingingsregels inacht nemen, zo simpel is het. Daarmee is aanbodcollusie bij een aanbesteding als overtreding van art. 6 MW/81 EG in beginsel onrechtmatig tegenover de aanbesteder,¹² en toerekenbaarheid zal dan in gevallen van bewuste collusie geen obstakel vormen.¹³

De overtreding is dus in het gros van de gevallen een onrechtmatige daad jegens de aanbesteder, die leidt tot tot schadeplichtigheid van *alle* betrokken aannemers. Dit kan een voordeel zijn in vergelijking met vernietiging wegens dwaling of bedrog – waar uiteraard alleen de wederpartij bij betrokken is – omdat met de actie uit onrechtmatige daad elk van de betrokken ondernemers voor de gehele schade aangesproken kan worden. Dit volgde reeds uit het oude *Gembo / Prins* arrest¹⁴: Vandaag zouden we van hoofdelijke aansprakelijkheid spreken, en zouden we als fundament ook voor art. 6:166 BW kunnen kiezen, dat bij onrechtmatige groepsgedragingen – en collusie valt daar onder – tot hoofdelijke aansprakelijkheid van elk van de deelnemers leidt.[770]

¹⁰ *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 909.

¹¹ En daarmee is ook direct het eventuele verweer van de aanbesteder dat elke aanbesteder kan weten dat vooroverleg plaatsvindt en dat hij dus maar onderzoek had moeten instellen de nek omgedraaid: een mededelingsplicht van de wederpartij gaat volgens vaste rechtspraak boven een onderzoeksplicht van de dwalende. Zie *Verbintenissenrecht* (losbl.), art. 228, aant. 144 (Hijma).

¹² Zie met nadere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak Van Boom & Van Steensel, t.a.p. (nt. 2), p. 118-120. Vergelijk F.O.W. Vogelaar, *M&M* 2003/1, p. 2. Voorzichtiger (maar zonder nadere verklaring) zijn R. Blaauboer & E.M.A. van der Riet, *Gst.* 2002, nr. 7168, p. 417 (‘onder omstandigheden’).

¹³ Mogelijk wel bij combinatievorming; daarover ook Van Boom & Van Steensel, t.a.p.

¹⁴ HR 13 januari 1927, *NJ* 1927, p. 279, vervolg van HR 8 juni 1923, *NJ* 1923, p. 1031. Zie ook Meijers in zijn noot onder het arrest *NJ* 1927, p. 282-283.

Ten slotte wil ik hier nog kort ingaan op een verweer dat mogelijk van aannemerszijde gevoerd zal worden: eigen schuld van de aanbestedende dienst. In de regel zal dit verweer weinig kans maken.¹⁵ Algemene kennis ('de overheid wist al jaren dat het zo gebeurde') lijkt mij onvoldoende grond voor verval van aansprakelijkheid¹⁶ of voor toepassing van art. 6:101 BW, netzomin als algemene kennis van de politie dat dagelijks verkeersovertredingen worden begaan zonder dat tegen elke van die overtredingen proactief wordt opgetreden, tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leidt bij vervolging van een concreet geconstateerde overtreding. Maar ook als het gaat het om een concreet vermoeden in een aanbesteding, is er niet altijd voldoende reden voor een eigen-schuldverweer. Een enkel vermoeden van collusie is zeker onvoldoende om de aanbesteder 'eigen schuld' te verwijten. Uit het reeds genoemde *Gembo / Prins* arrest volgt reeds dat de aannemer zich niet kan verweren met de stelling dat de aanbesteder de schade aan zichzelf heeft te wijten als hij het zaakje niet vertrouwt en toch tot gunning overgaat.¹⁷ Dat geldt tegenwoordig des te meer, want een aanbesteder die niet gunt vanwege het vermoeden van collusie zal van goede huize moeten komen: hij zal die vermoedens moeten kunnen substantiëren om te voorkomen dat hem schending van aanbestedingsregels en -beginselen wordt verweten. Bovendien zal – als men al eigen schuld van de aanbesteder wil aannemen – de billijkheid vanwege de uiteinlopende ernst van de gemaakte fouten spoedig met zich brengen dat de omvang van de eigen schuld (tot nihil) wordt gereduceerd. Mij zou persoonlijk juist lijken dat in dergelijke gevallen, waarin de aanbesteder nalatig is geweest in het oppikken van serieuze signalen dat bij de aanbesteding sprake was van collusie, in het geheel geen eigen schuld-verweer kan worden gevoerd, omdat het de aannemer is die bij uitstek de aanbesteder dient te vrijwaren van collusie, en het de aanbesteder is die opzettelijk wets-overtreding valt te verwijten.

3. Omvang van het te betalen bedrag

3.1 Ongedaanmaking of schadevergoeding

Vindt terugvordering plaats op basis van een vernietiging wegens dwaling of bedrog, dan moet het te betalen bedrag worden vastgesteld op grond van art. 6:203 jo. 6:210 (onverschuldigde betaling): de bouwprestatie en de betaalde aanneemsom dienen in beginsel integraal ongedaan te worden gemaakt. Het vaststellen van de betaalde aanneemsom is uiteraard niet het probleem, maar de bouwprestatie is naar de aard niet ongedaan te maken en daarom moet de objectieve economische waarde ervan op het moment van presteren wor-

¹⁵ Eigen schuld van de aanbestedende dienst kan wel gelegen zijn in fraude waarbij een werknemer van de aanbestedende dienst actief betrokken is geweest; de gedraging van de werknemer zou dan aan de dienst kunnen worden toegerekend, tenzij men oordeelt dat bij de toepassing van de toerekening van art. 6:101 BW het opzet en de bewuste roekeloosheid van de werknemer tot uitsluiting van toerekening leidt.

¹⁶ In theorie kan eigen schuld gevolgen hebben voor de onrechtmatigheid zelf, bijvoorbeeld in de rechtsfiguur die vroeger wel met 'risicoaanvaarding' werd aangeduid. Zie nader Asser/Hartkamp I (2000), nr. 454.

¹⁷ HR 13 januari 1927, *NJ* 1927, p. 279, vervolg van HR 8 juni 1923, *NJ* 1923, p. 1031. Tegenwoordig lijkt ook een lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad te zijn dat wanneer zowel de aansprakelijke als de benadeelde het in hun macht hadden om een bepaalde schadelijke gebeurtenis te voorkomen, de aansprakelijke de eerst aangewezen is om dat te doen; hij kan de benadeelde niet verwijten dit niet te hebben gedaan. Deze regel lijkt in elk geval te worden toegepast in HR 28 september 2001, *NJ* 2001, 650, r.o. 3.5, en ook in HR 9 augustus 2002, C00/346, niet gepubliceerd, r.o. 3.4.7. ('(...) dat indien zowel de aansprakelijke persoon als degene die schade heeft geleden, in staat is de schade te beperken, de verplichting daartoe in de eerste plaats op de aansprakelijke persoon rust.').

den vastgesteld.¹⁸ In wezen gebeurt hetzelfde als niet op grond van vernietiging maar op grond van onrechtmatige daad wordt geageerd. Wel moet worden benadrukt dat bij de onverschuldigde betaling de economische waarde van de bouwprestatie ten tijde van het verrichten ervan centraal staat, terwijl bij de onrechtmatige daad de schade die door de collusie is ontstaan, dient te worden vergoed (art. 6:95 e.v. BW). Daarbij bedraagt de schade het verschil in de betaalde aanneemsom en de hypothetische aanneemsom, die – *ceteris paribus* – zou zijn betaald zonder aanbodcollusie. In de praktijk zullen de techniek van de waardeberekening en de schadeberekening veelal tot hetzelfde resultaat leiden, omdat het aankomt op een vergelijking tussen het werkelijk betaalde bedrag en het bedrag dat zonder collusie zou zijn betaald.¹⁹ Het theoretische verschil wordt duidelijk als de economische waarde van de bouwprestatie ten tijde van het leveren ervan groter blijkt te zijn geweest dan de betaalde aanneemsom (een werk onder kostprijs uitgevoerd): in dat geval kan de wederkerige ongedaanmakingsverplichting van art. 6:203 BW ertoe leiden dat de aanbesteder per saldo moeten bijbetalen.[771]

3.2 Reconstructie van een verleden dat nooit is geweest

Bij toepassing van zowel art. 6:203 BW als art. 6:162 BW dient de rechter vast te stellen voor welke prijs het contract zou zijn gesloten in de hypothetische situatie waarin geen sprake van collusie zou zijn geweest. Duidelijk moge zijn dat toepassing van deze hypothese niet altijd eenvoudig is, zeker in aanneemsectoren waar oligopolies en/of monopsonie bestaan en waar bouwprestaties geen courante handelswaar met courante prijzen zijn. Daar staat tegenover dat de rechter betrekkelijk vrij lijkt te zijn in de manier waarop hij deze waarde vaststelt. Als hij deskundigen raadpleegt om de economische waarde bij benadering vast te stellen, zal hij zich terdege moeten afvragen welke indicatoren hij wel en niet relevant acht. De economische waarde van een prestatie zou men kunnen aflezen uit de gemiddelde marktprijzen van vergelijkbare projecten die onder vergelijkbare marktomstandigheden, maar *zonder collusie* plaatsvonden. Bij markten die praktisch gesproken geografisch bepaald zijn, en weinig meedingende ondernemers kennen, is dat uiteraard bepaald moeilijk.

De rechter zal hier met aannames moeten werken die nooit exact kunnen worden getoetst wat betreft werkelijkheidsgehalte. Het gaat er dus om wat redelijke verwachtingen over hoe de aanbesteding zou zijn uitgekapt als geen aanbodcollusie had plaatsgevonden, en daarbij is de rechter denk ik verplicht om een eind mee te gaan met de benadeelde, omdat – in de woorden van de Hoge Raad in een andere, maar vergelijkbare materie – “het (...)immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval (is) die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.”²⁰

3.3 Collusie is in algemene zin schadelijk

¹⁸ *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 818-819; H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, (diss. Utrecht) 2002, p. 34 e.v., p. 107-112; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, (diss. Leiden) 1997, p. 195 e.v., beiden met verdere verwijzingen.

¹⁹ Vergelijk over deze vergelijking met een hypothetische situatie bijvoorbeeld HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624, en HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437 en (voor eenzelfde toepassing bij benadeling door paulianeuze handelingen) HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654. Zie ook Schadevergoeding (losbl.), art. 97, aant. 9 (Lindenbergh).

²⁰ HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624.

In civiele procedures is het voldoende dat in de procedure feiten en omstandigheden worden gesteld waaruit *in algemene zin* afgeleid kan worden dat er schade is of zal worden geleden.²¹ Dat zal, zodra het bewijs is geleverd dat aanbodcollusie heeft plaatsgevonden, niet problematisch zijn, omdat collusie in algemene zin volledige concurrentie verstoort en in die zin schadelijk is voor de aanbestedder. Men zou dit een ervaringsregel kunnen noemen die geen nader bewijs behoeft, maar waar zonodig economische studies voor te produceren zijn.²² Tegen die achtergrond zullen allerlei verweren van de aangesproken aannemer, dat in werkelijkheid geen schade is geleden – bijvoorbeeld omdat de genoten winsten marktconform waren, of omdat de betreffende markt er geheel anders hebben uitgezien zonder vooroverleg en de prijzen alsdan om andere redenen zo hoog zouden geweest – kritisch moeten worden beoordeeld. Verleidelijk is de gedachte om op deze verweren de zogenaamde ‘omkeringsregel’ toe te passen uit de rechtspraak van de Hoge Raad,²³ en de aannemer aldus te belasten met het bewijs van het ontbreken van causaal verband. Een complicatie is evenwel dat deze verweren niet alleen causaal verband betreffen, maar vooral ook de schade zélf.

Aannemelijker is daarom dat zowel de aanbestedder als de aannemer het nodige naar voren moeten brengen. Wel is bij collusie voldaan aan de voorwaarde uit de omkeringsrechtspraak dat ‘het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot.’ Als de aannemer echter gemotiveerd betwist dat *in dit geval* schade is geleden door de collusie, dan betwist hij in wezen dat het specifieke gevaar zich daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Hij betwist met andere woorden dat schade is geleden.²⁴ In dat geval kan alleen van een omkering sprake zijn als de aanbestedder ‘ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.’²⁵ Het komt hier dus vooral aan op de geloofwaardigheid van het concrete verweer van de aannemer, en aangezien men het er wel over eens lijkt te zijn dat collusie in algemene zin prijsopdrijving en/of marktverdeling en daarmee benadeling van de aanbestedder in de hand werkt,²⁶ moet de [772] aannemer van goede huize komen om het tegendeel aannemelijk te maken.

3.4 Vaststelling van de omvang van de schade

²¹ HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746 (*P/Amsterdam*), HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 (*Hertzano/Otto Simon c.s.*). Zie ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), 2001, p. 115-116; *Schadevergoeding* (losbl.), art. 97, aant. 7-8, en 16 (Lindenbergh).

²² Zie de verwijzingen bij Van Boom en Van Steensel, t.a.p. (nt. 2), p. 106, en G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context* (diss. Rotterdam), 1995, p. 9 e.v.

²³ Voor een overzicht van de rechtspraak inzake de omkeringsregel zie men A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, (oratie Amsterdam VU), 2001.

²⁴ Wat dat betreft is letselschade een gemakkelijker prooi voor de omkeringsregel dan zuivere vermogensschade bestaande in de betaling van een bepaalde aanneemsom: van het eerste (men kan het zien of diagnosticeren) zal men zonder meer op het eerste gezicht willen aannemen dat het schade is, terwijl dat van het tweede (niet zichtbaar, hooguit te beredeneren) alleen zal worden aangenomen als ook aannemelijk is geworden dat bij het uitblijven van de handeling de aanneemsom lager zou zijn uitgevallen.

²⁵ Zie HR 29 november 2002, C01/071, *RvdW* 2002, 191 (Gemeente Achtkarpselen).

²⁶ Zie, naast de verwijzingen bij Van Boom & Van Steensel, t.a.p., ook Kamerstukken II, 2002/03, 28 244, nr. 15, p. 2, nr. 25, p. 2-3. M.A.M.C. van den Berg, *NJB* 2003, p. 413 wijst er terecht op dat de omvang van de prijsopdrijving niet gelijk hoeft te zijn aan de benadeling van de aanbestedder, maar dat is – waar het om een schadevergoedingsactie ex art. 6:96 BW e.v. gaat – dan geen (bewijs)kwestie van *of* er schade is geleden, maar *hoeveel* schade is geleden (waarbij de rechter mag schatten!).

Als de rechter aannemelijk acht dat de collusie schadelijk is geweest in die zin dat de aanneemsom lager zou zijn geweest bij het achterwege blijven ervan, dan betreedt hij vervolgens een schemergebied waar geen regels van bewijsrecht gelden. De rechter mag de omvang van de schade zelf schatten (art. 6:97 BW),²⁷ maar het is ook toegestaan “dat hij, zo hij zulks in verband met de aard van de gevorderde schade redelijk acht, met het oog op die begroting bewijs van nadere feiten kan eisen.”²⁸ Hoe precies moet het bedrag zijn? In dit verband kan ik uiteraard niet om het magische gemiddelde percentage van 8,8 heen. Dit percentage verkreeg de enquetecommissie blijkbaar door van 2218 aanbestedingen in de ‘Bos-administratie’ de 211 mislukte gevallen van collusie te nemen, waar een ‘buitenummer’ met de opdracht wegliep.²⁹ Het percentage is door menigeen als nietszeggend gediskwalificeerd. Ik denk dat daar een kern van waarheid in zit. Het kan pas vaststaan dat de ‘gemiddelde’ collusie tot een prijsverhoging van gemiddeld 8,8% heeft geleid als vaststaat dat in de bedoelde 211 gevallen uiteindelijk is gegund aan de buitennummer op marktconforme voorwaarden, dat het werk naar normale maatstaven gemeten goed is uitgevoerd, dat geen excessieve meerkosten zijn gedeclareerd, etcetera. Als er met andere woorden geen bijzonderheden aan de genoemde 211 contracten en hun uitvoering zijn te ontdekken, dan kan het *voor die gevallen* indicatief zijn. Maar dan zijn we er nog niet: ook dan kunnen deze 211 gevallen zodanig verschillen van de overige 2007 – bijvoorbeeld wat betreft aard, omvang en duur van de werkzaamheden etcetera – dat het percentage niet voor die andere gevallen indicatief is.³⁰ Er moet dus ook een vergelijking worden gemaakt tussen de 211 en de andere 2007 gevallen. Bovendien moet naar de aard van het gemiddelde worden gekeken: als het een (gewogen?) gemiddelde van grote uitschieters naar boven en onderen is, dan zegt het minder dan wanneer het een redelijk constant terugkerend percentage blijkt te zijn.³¹ In dit licht heeft het genoemde percentage weinig wervingskracht voor de resterende 2007 gevallen, laat staan voor gevallen die niet in de betreffende administratie zijn aangetroffen.

Gemiddelden kunnen – mits ze goed gefundeerd zijn – als leidraad in een civiele actie behulpzaam zijn bij het bepalen van de schadeomvang. Maar een rechter kan ook zonder gemiddelden: als de omvang van de geleden schade niet kan worden vastgesteld, is schatting immers toegestaan (art. 6:97 BW). Ook is het nog mogelijk om de schade te begroten op de concreet genoten winst (art. 6:104), waarbij wel vermelding verdient dat de wetgever weinig helderheid heeft verschaft over hetgeen nu precies *winst* is.³² Hoe dan ook is het de rechter toegestaan om nadere inlichtingen te vragen aan de aannemer (art. 22 Rv.), zodat ik niet uitsluit dat hem gevraagd zal worden om calculaties en blankcijfers te overleggen.³³ Indien de verstrekte gegevens niet bevredigen, kan de rechter vragen naar de hoogte van het bedrag dat aan de deelnemende aannemers is uitgekeerd (al dan niet in pepernootrekeningcourant). Denkbaar is vervolgens dat, als geen bevredigende antwoorden volgen, de rechter terugvalt op een geschat percentage. Het op voorhand noemen van dit percentage (bijvoorbeeld bij tussenvonnis) kan als voordeel hebben dat het de aannemer kan prik-

²⁷ Vgl. bijvoorbeeld HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 590.

²⁸ HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421.

²⁹ Zie Eindrapport Parlementaire Enquête Bouwnijverheid, § 3.6, m.n. 3.6.2.

³⁰ De enquetecommissie noemt dit kennelijk een ‘paradox’, maar tegenstrijdigheid kan ik niet ontdekken. Het lijkt mij meer een dilemma dat inherent is aan het vaststellen van hypothetische situaties.

³¹ Zie nader over de nietszeggendheid van gemiddelden Darrell Huff, *How to lie with statistics*, 1954, repr. London 1991.

³² Een voorzichtige poging tot omlijning doet J. Spier, *Mon. Nieuw BW* B-36, p. 68 e.v.

³³ Wat betreft calculaties speelt daar natuurlijk het mogelijk concurrentiegevoelige karakter van deze bedrijfsgegevens, maar dat enkele gegeven is niet prohibitief voor een exhibitieplicht.

kelen – mits het percentage hoog genoeg is – tot transparantie wat betreft de werkelijk genoten voordelen.

Ik haast mij om aan het voorgaande toe te voegen dat hetgeen de rechter volgens de letter van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mag, niet ook in de praktijk altijd wordt toegepast. Dat ons civiele procesrecht is verwickeld in een transitieproces waarbij aan de rechter een meer sturende rol toebedacht is en van partijen een coöperatievere houding wordt verwacht, betekent niet dat een volledige openlegging van boekhouding en administratie nu reeds gebruikelijk is. De mogelijkheden zijn er in theorie wel: naast het genoemde art. 22 Rv., dat het de rechter mogelijk maakt om toelichting op stellingen en overlegging van relevante documenten te eisen, is er art. 843a Rv. dat een ‘exhibitieplicht’ schept als de wederpartij om overlegging van specifieke documenten vraagt die een rechtsbetrekking betreffen waar hij partij bij is. Het begrip rechtsbetrekking kan ook zien op een uit onrechtmatige daad ontstane rechtsverhouding.³⁴ Maar of art. 843a Rv. in werkelijkheid veel soelaas biedt, valt te betwijfelen. Allereerst moet de aanbesteder exact weten om welke bescheiden hij moet vragen, en dat zal niet vaak het geval zijn. Bovendien bestaat nog veel discussie over uitleg en reikwijdte van deze exhibitieplicht [773] en de ‘gewichtige redenen’ die aan exhibitie in de weg kunnen staan.³⁵ De praktische waarde ervan in geval van collusievermoedens moet daarom niet worden overschat.

³⁴ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5, p. 78-79.

³⁵ Zie, met verdere verwijzingen, *Burgerlijke Rechtsvorderingen* (losbl.), art. 843a (Rutgers).