

## Biedt kansschade een reële kans op schadevergoeding?

**Publicatie:** Tender Nieuwsbrief Online

**Aflevering:** 2024/6

**Vindplaats:** 2024/35

**Publicatiedatum:** 26 september 2024

**Auteurs:** mr. M.C. Briaire

Een uitspraak van rechtbank Midden-Nederland inzake onderhands verleende dienstenconcessies laat zien dat een benadeelde partij, zelfs als een overeenkomst niet meer kan worden aangetast, niet met lege handen hoeft te staan. Het traject om kansschade te vorderen is echter complex, langdurig en vol onzekerheden, wat de vraag oproept of dit in de praktijk een reële en haalbare optie is voor benadeelde partijen.

### Aanleiding

Op 17 april 2024 heeft de rechtbank Midden-Nederland uitspraak gedaan in het langverwachte vervolg op een bodemgeschil over twee door NS stations B.V. (NS Stations) onderhands verleende dienstenconcessies aan Global Media & Entertainment B.V. (voorheen Exterion Media B.V., hierna: Global) en aan Ngage Media B.V. (Ngage).<sup>1</sup> De respectievelijk in 2011 en 2015 verleende concessies zien op de exploitatie van (analoge en digitale) buitenreclame en digitale reclame op grote LED-schermen op stations in Nederland.

JCDecaux Nederland B.V. (JCDecaux) is in 2016 een bodemprocedure gestart tegen NS Stations, waarin zij stelt dat de concessies hadden moeten worden aanbesteed.<sup>2</sup> JCDecaux eist schadevergoeding en een verbod op verdere uitvoering van de concessieovereenkomsten. Deze procedure heeft de gemoederen lang beziggehouden en is uiteindelijk in drie instanties – bij zowel de rechtbank, het gerechtshof als de Hoge Raad – gevoerd.

In eerste instantie heeft de rechtbank de vorderingen van JCDecaux in 2017 afgewezen omdat geen sprake is van grensoverschrijdend belang.<sup>3</sup> Daarentegen heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden JCDecaux in het gelijk gesteld en geoordeeld dat NS Stations de opdracht wel degelijk had moeten aanbesteden.<sup>4</sup> Het gerechtshof heeft het verbod op verdere uitvoering en de schadevergoeding toegewezen. De hoogte van de schadevergoeding moest in een aparte

schadestaatprocedure worden beoordeeld. Daar ziet dit artikel op. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof bevestigd.<sup>5</sup>

In deze zaak beoordeelt de rechtbank of NS Stations een schadevergoeding moet betalen aan JCDecaux (en de andere eisende partijen) in de vorm van kansschade, en zo ja, hoeveel. De uitspraak biedt een interessante gelegenheid om het leerstuk van kansschade in de bredere context van rechtsbescherming bij aanbestedingen te plaatsen.

### **Rechtsbescherming versus rechtszekerheid**

Bij aanbestedingsgeschillen moeten verschillende belangen zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen. Enerzijds is er het (maatschappelijk en individuele) belang van doeltreffende rechtsbescherming voor partijen die worden benadeeld, bijvoorbeeld doordat zij een opdracht mislopen als gevolg van een onrechtmatige onderhandse gunning. Anderzijds is er het belang van rechtszekerheid voor de partijen die de overeenkomst aangaan. De gevolgen kunnen immers aanzienlijk zijn wanneer een vernietigde overeenkomst ongedaan moet worden gemaakt.<sup>6</sup>

De rechtsbescherming van dienstenconcessies met een geraamde waarde boven de (Europese) drempel wordt geregeld door de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn.<sup>7</sup> Deze richtlijn is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (Aanbestedingswet). Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de volgende twee fasen:

- de precontractuele fase: in dit artikel wordt ingegaan op de periode nadat de gunningsbeslissing is genomen maar voordat een overeenkomst is gesloten; en
- de postcontractuele fase: nadat de overeenkomst is gesloten.

Nadat de gunningsbeslissing is genomen dient de aanbestedende dienst een opschortende termijn in acht te nemen, de zogenoemde Alcatel-termijn.<sup>8</sup> Deze opschortende termijn biedt betrokken inschrijvers in de precontractuele fase de mogelijkheid het gunningsbesluit van een opdracht te onderzoeken en te beoordelen of zij een procedure aanhangig willen maken.<sup>9</sup> De gronden waarover een afgewezen inschrijver in dit geval kan klagen, zijn niet gelimiteerd. Een klacht kan bijvoorbeeld zien op procedurele fouten, een onjuiste beoordeling van de inschrijving of de ongeschiktheid van de winnende inschrijver. Indien de klacht slaagt kan dat ervoor zorgen dat de overeenkomst (alsnog) aan de klagende partij wordt gegund. Het

belang van rechtszekerheid speelt in deze fase nog niet omdat nog geen overeenkomst is gesloten.

Tijdens de postcontractuele fase zijn de mogelijkheden voor een afgewezen inschrijver om een overeenkomst aan te tasten beperkt. Dat kan alleen onder specifieke omstandigheden zoals omschreven in artikel 4.15 Aanbestedingswet en binnen zes maanden na het sluiten van de overeenkomst.<sup>10</sup> Een van deze gronden op basis waarvan een overeenkomst onverbindend kan worden verklaard, is indien deze opdracht de Europese drempelwaarde overstijgt en de overeenkomst is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking (met andere woorden: de opdracht is onrechtmatig onderhands gegund).<sup>11</sup> Dergelijk handelen door een aanbestedende dienst wordt gezien als een zeer ernstige schending van het aanbestedingsrecht waartegen in een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie dient te worden voorzien.<sup>12</sup> Die sanctie is de mogelijkheid van vernietiging van de overeenkomst door de rechter.

Indien de termijn van zes maanden is verstreken (zoals in de onderhavige zaak), of in geval van minder ernstige schendingen van het aanbestedingsrecht, prevaleert de rechtszekerheid en kan de overeenkomst niet meer worden aangetast.<sup>13</sup> Dat betekent echter niet dat de onrechtmatig behandelde partij met lege handen achter hoeft te blijven. In dergelijke gevallen kunnen alternatieve sancties, zoals een schadevergoeding, worden opgelegd.<sup>14</sup>

Hoewel het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat lidstaten verplicht zijn te voorzien in een mogelijkheid om de schade te verhalen die wordt geleden als gevolg van het verlies van een kans, is het aan de lidstaten zelf om te bepalen hoe hieraan invulling wordt gegeven.<sup>15</sup> In Nederland is dit geregeld door het leerstuk van de kansschade.

### **Het verhalen van kansschade**

Op grond van artikel 6:162 BW bestaat – kort gezegd – een schadevergoedingsplicht indien sprake is van onrechtmatig handelen dat toerekenbaar is aan de aanbestedende dienst. In het onderhavige geschil is reeds vastgesteld dat NS Stations onrechtmatig heeft gehandeld door de dienstenconcessies niet aan te besteden. De vraag die resteert, is of JCDecaux en de andere eisende partijen schade lijden door de toerekenbare onrechtmatige handelingen van NS Stations.

Bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding geldt dat benadeelden (in dit geval: JCDecaux en de andere eisers) zo veel mogelijk in de toestand moeten

worden gebracht waarin zij zouden hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven.<sup>16</sup> Het is echter niet geheel zeker in welke toestand partijen zich zouden bevinden als de opdracht wél zou zijn aanbesteed. Het staat immers niet vast wie dan de opdracht zou hebben gewonnen.

Het leerstuk van kansschade is een alternatieve wijze van schadebegroting die in dergelijke situaties oplossing kan bieden. Dit leerstuk wordt gebruikt indien sprake is van onzekerheid over het bestaan van causaal verband tussen de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis en de geleden schade. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin een advocaat verzuimt om tijdig hoger beroep in te stellen.<sup>17</sup> De tekortkoming van de advocaat staat vast, maar het is onzeker of een tijdig ingesteld hoger beroep tot een succesvolle uitkomst zou leiden.<sup>18</sup>

Bij kansschade moet worden vastgesteld of er een causaal verband is tussen het onrechtmatig handelen en het verlies van de kans op succes, en of er sprake is van een reële kans op succes.<sup>19</sup> Dat is een zeer casuïstische toets. In deze zaak is vastgesteld dat JCDecaux en andere partijen door het onrechtmatig handelen van NS Stations de kans is ontnomen mee te dingen naar de opdracht. Het causaal verband staat daarmee vast.<sup>20</sup>

De vraag die resteert is of deze partijen gelet op alle goede en kwade kansen in een hypothetische aanbesteding een reële kans op succes zouden hebben gehad. Dit is moeilijk te beoordelen omdat de opdracht nooit is aanbesteed, en dus gaat het om een volledig hypothetische situatie. De rechter beoordeelt of er een reële kans was op basis van diverse door partijen aangedragen omstandigheden zoals de marktpositie van partijen, het meest waarschijnlijke gunningscriterium, en wie de zittende leverancier was.<sup>21</sup> Een kleine of geringe kans op succes is onvoldoende voor het aannemen van een reële kans.<sup>22</sup>

In deze zaak concludeerde de rechtbank onder andere op basis van de hiervoor genoemde omstandigheden dat drie van de vijf partijen een reële kans zouden hebben gehad op het verwerven van de Global concessie, namelijk Global (50%), JCDecaux (30%) en Clear Channel Nederland B.V. (20%). Voor de Ngage-concessie had de rechtbank onvoldoende concrete aanknopingspunten om de kansen te beoordelen. Zij achtte daarom alle partijen even kansrijk, met elk 14,29%.<sup>23</sup>

Na de vaststelling welke partijen een reële kans zouden hebben gehad en dus aanspraak kunnen maken op schadevergoeding, is de volgende stap het bepalen van de daadwerkelijke schade. De rechtbank heeft in haar vonnis deskundigen benoemd

om de nettowinst te bepalen die met de concessies behaald had kunnen worden, waarbij groeischade (extra opdrachten door naamsbekendheid) buiten beschouwing blijft.<sup>24</sup> In afwachting van het deskundigenrapport wordt iedere verdere beslissing uitgesteld, waardoor de eisende partijen nog enige tijd moeten wachten op hun geld.

### **Afrondend commentaar**

Deze uitspraak benadrukt dat een benadeelde partij, zelfs als een overeenkomst niet meer kan worden aangetast, niet met lege handen hoeft te staan. Het leerstuk van kansschade speelt daarmee een belangrijke rol in de rechtsbescherming bij aanbestedingen in Nederland. Echter, het traject om kansschade te vorderen is complex, langdurig en vol onzekerheden, wat de vraag oproept of dit in de praktijk een reële en haalbare optie is voor benadeelde partijen.

1)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#).

2)

Tussenvonnis: rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:5218](#). Eindvonnis: rechtbank Midden-Nederland 7 november 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:6488](#).

3)

Tussenvonnis: rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:5218](#). Eindvonnis: rechtbank Midden-Nederland 7 november 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:6488](#).

4)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:7958](#).

5)

Hoge Raad 28 mei 2021, [ECLI:NL:HR:2021:792](#).

6)

Richtlijn 2007/66/EG, overwegingen 2, 4, 13, 19, 21, 25, 26 en 27. Zie hierover tevens mr. G.J. Huith, 'Effectieve rechtsbescherming: tot welke prijs? Over het wankle evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid.', Tijdschrift

Aanbestedingsrecht en Staatssteun 2020/3.

7)

Richtlijn 2007/66/EG.

8)

Art. 2.127 Aw 2012. Op deze hoofdregel bestaan een aantal uitzonderingen zoals uitgewerkt in lid 4 van dit artikel.

9)

Richtlijn 2007/66/EG, overweging 6.

10)

Met dit artikel wordt invulling gegeven aan artikel 2 quinquies lid 1 Richtlijn 2007/66/EG. De termijn van zes maanden kan op grond van art. 4.15 lid 2 sub a Aw 2012 in bepaalde gevallen worden ingekort tot 30 dagen.

11)

Art. 4.15 lid 1 sub a Aw 2012. De andere gronden zien – kort gezegd – op het niet in acht nemen van de opschortingstermijn en het onrechtmatig plaatsen van opdrachten binnen een DAS of raamovereenkomst (art. 4.15 lid 1 sub b en c Aw 2012).

12)

Richtlijn 2007/66/EG, overweging 13-19.

13)

Richtlijn 2007/66/EG, overweging 19.

14)

Hof van Justitie EU 6 juni 2024, [ECLI:EU:C:2024:478](#), r.o. 37.

15)

Hof van Justitie EU 6 juni 2024, [ECLI:EU:C:2024:478](#), r.o. 43, 45.

16)

Parket bij de Hoge Raad 23 februari 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:200](#), r.o. 3.45.

17)

HR 24 oktober 1997, [ECLI:NL:HR:1997:AM1905](#), NJ 1998/257 (*Baijings/mr. H*) en HR 16 februari 2007, [ECLI:NL:HR:2007:AZ0419](#), NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*).

18)

Parket bij de Hoge Raad 23 februari 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:200](#), r.o. 3.47.

19)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.5 t/m 4.8.

20)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.19 en 4.42.

21)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.23 t/m 4.37.

22)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.22.

23)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.48.

24)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.56.

1)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#).

2)

Tussenvonnis: rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:5218](#). Eindvonnis: rechtbank Midden-Nederland 7 november 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:6488](#).

3)

Tussenvonnis: rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2017,

**ECLI:NL:RBMNE:2017:5218**. Eindvonnis: rechtbank Midden-Nederland 7 november 2018, **ECLI:NL:RBMNE:2018:6488**.

4)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, **ECLI:NL:GHARL:2019:7958**.

5)

Hoge Raad 28 mei 2021, **ECLI:NL:HR:2021:792**.

6)

Richtlijn 2007/66/EG, overwegingen 2, 4, 13, 19, 21, 25, 26 en 27. Zie hierover tevens mr. G.J. Huith, 'Effectieve rechtsbescherming: tot welke prijs? Over het wankel evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid.', Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun 2020/3.

7)

Richtlijn 2007/66/EG.

8)

Art. 2.127 Aw 2012. Op deze hoofdregel bestaan een aantal uitzonderingen zoals uitgewerkt in lid 4 van dit artikel.

9)

Richtlijn 2007/66/EG, overweging 6.

10)

Met dit artikel wordt invulling gegeven aan artikel 2 quinquies lid 1 Richtlijn 2007/66/EG. De termijn van zes maanden kan op grond van art. 4.15 lid 2 sub a Aw 2012 in bepaalde gevallen worden ingekort tot 30 dagen.

11)

Art. 4.15 lid 1 sub a Aw 2012. De andere gronden zien – kort gezegd – op het niet in acht nemen van de opschortingstermijn en het onrechtmatig plaatsen van opdrachten binnen een DAS of raamovereenkomst (art. 4.15 lid 1 sub b en c Aw 2012).

12)

Richtlijn 2007/66/EG, overweging 13-19.



13)

Richtlijn 2007/66/EG, overweging 19.

14)

Hof van Justitie EU 6 juni 2024, [ECLI:EU:C:2024:478](#), r.o. 37.

15)

Hof van Justitie EU 6 juni 2024, [ECLI:EU:C:2024:478](#), r.o. 43, 45.

16)

Parket bij de Hoge Raad 23 februari 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:200](#), r.o. 3.45.

17)

HR 24 oktober 1997, [ECLI:NL:HR:1997:AM1905](#), NJ 1998/257 (*Baijings/mr. H*) en HR 16 februari 2007, [ECLI:NL:HR:2007:AZ0419](#), NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*).

18)

Parket bij de Hoge Raad 23 februari 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:200](#), r.o. 3.47.

19)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.5 t/m 4.8.

20)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.19 en 4.42.

21)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.23 t/m 4.37.

22)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.22.

23)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.48.

24)

Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, **ECLI:NL:RBMNE:2024:2256**, r.o. 4.56.

---