

65900/01, ECLI:NL:XX:2006:AX7103, (*Stec t. het Verenigd Koninkrijk*) en nader Gerards (*SDU Commentaar EVRM*, art. 14 EVRM, par. 2.3.7, met verdere rechtspraakverwijzingen)). Ook de Nederlandse rechter bediende zich al eerder van die gedachte. De Centrale Raad van Beroep oordeelde in enkele uitspraken in de jaren 80 dat ‘wanneer in de nationale wetgeving sprake is van discriminatie deze in sommige situaties slechts geleidelijk kan worden opgeheven’ (CRvB 14 mei 1987, ECLI:NL:CRVB:1987:AK7528, AB 1987/543 (*Walvisch*)). Gelet op de complexiteit van de benodigde wetgevingsoperatie, het feit dat gelijkstelling van genderidentiteit met geslacht in de AWGB van recente oorsprong is én het feit dat de wetgever zich reeds zet aan vervolgstappen op dit gebied, had die gedachtegang ook in onderhavige procedure uitkomst kunnen bieden. De rechtbank had haar beroep op de wetgever ook bij toepassing van deze alternatieve constructie gewoon in stand kunnen laten. Het rechterlijk geduld hoeft bij die geleidelijke verwezenlijking volgens de jurisprudentie van het EHRM immers niet oneindig te zijn (bijv. EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:NL:XX:2012:BW6113, r.o. 139-140 (*Konstantin Markin t. Rusland*)). Bovendien levert deze variant geen probleem op voor de toewijsbaarheid van x-verzoeken in individuele verzoekschriftprocedures. De hier opgetuigde redenering staat er niet aan in de weg dat de rechter in dat verband zijn steentje bijdraagt aan de geleidelijke verwezenlijking van het recht op gelijke behandeling door toewijzing van individuele verzoeken tot genderneutrale registratie.

De civiele rechter als constitutionele rechter

19. De x-jurisprudentie is met onderhavige uitspraak geenszins ten einde. Individuele verzoekschriftprocedures zullen daarin voorlopig het beeld bepalen. Daarbij zal het naar verwachting echter niet blijven. Het politieke proces ter versoepeling van het binaire stelsel van genderregistratie lijkt te stagneren (vgl. I. van Oosterhout, ‘Non-binaire ontwikkelingen in het licht van het EVRM’, *Ars Aequi* 2024, oktober, p. 817-825). Daarmee ligt nieuwe collectieve procesvoering op enig moment in de lijn der verwachtingen of zullen (opnieuw) prejudiciële vragen aan de Hoge Raad worden gesteld. Gebeurt dat, dan komt onvermijdelijk de vraag op of de ‘beperkte geldigheidsduur’ die de rechtbank toekent aan haar rechtmatigheidsoordeel inmiddels is verstreken. Het is goed om daarbij voor ogen te houden dat de rechterlijke markering van de grenzen aan zijn rol op méér berust dan de aanwezigheid van een lopend politiek besluitvormingsproces. Dat is één (belangrijk), maar niet het enige (mogelijke) argument om de wetgever respijt te gunnen bij regeling van de rechtspositie van non-binaire personen. Politieke stagnatie onderstreept bovendien het maatschappelijk controversiële karakter van de kwestie, waarin de rechter – onder verwijzing naar de Straatsburgse jurisprudentie over deze kwestie – juist een grond voor terughoudendheid zou kunnen vinden. Met politieke inactiviteit is onrechtmatigheid in een volgende procedure dus niet automatisch gegeven.

20. De relevantie van deze uitspraak reikt echter voorbij de specifieke kwestie van non-binaire genderregistratie. De procedure vormt een illustratie van wat kan worden aangeduid als Nederlandse ‘constitutionele rechtspraak’. Daarin oordeelt de rechter over een constitutionele kwestie bij uitstrek, namelijk de verenigbaarheid van het handelen van de wetgever met fundamentele rechten. Dat gebeurt, anders dan in veel andere jurisdicties gangbaar is, niet op basis van toetsing aan de nationale grondwet, maar middels rechtstreekse toetsing aan verdragsrecht (art. 94 Gw). Eveneens anders dan in een veelvoud aan andere jurisdicties vindt die rechterlijke oordeelsvorming niet plaats bij een speciaal daartoe ingesteld constitutioneel hof. Zij voltrekt zich bij de ‘gewone rechter’, waaronder prominent in civiele procedures. Dergelijke rechtspraak kwalificeert bij uitstrek als de ‘politiek gevoelige’ rechtspraak, die de voorbije jaren zichtbaar aan belang won. Daarin fungeert de civiele rechter in de klassieke woorden van Koopmans regelmatig als ‘*Nebenbühne der Politik und Klagemauer der Bürger*’ (zie punt 2 van zijn noot bij HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217). Dat roept allereerste materiele- en procesrechtelijke vragen op, waaronder prominent die naar plaatsbepaling van de rechter tegenover de wetgever. De onderhavige procedure laat dat goed zien. De vragen die daarin worden aangeroerd, zullen het beeld van de Nederlandse constitutionele rechtspraak ook in de toekomst blijven bepalen.

M.J. Vetzto

O&A 2024/64

Hof van Justitie van de Europese Unie 6 juni 2024, nr. C-547/22
m.nt. A.A. al Khatib & W.A. de Widt¹

ECLI:EU:C:2024:478

Ingsteel spol s r.o. t. Úrad pre verejnú obstarávanie

1. Inleiding

Bepaalde overheidsopdrachten moeten op grond van het Unierecht (openbaar) worden aanbesteed. Op die manier kunnen ondernemingen in een transparante, non-discriminatoire procedure meedingen naar de opdracht en worden gelijke kansen gewaarborgd. In een aanbestedingsprocedure kunnen grote financiële belangen spelen. Als achteraf blijkt dat een partij ten onrechte is uitgesloten van een aanbestedingsprocedure, kan dit de vraag oproepen of de uitgesloten partij niet aanzienlijke schade heeft geleden. In een dergelijke situatie kan de benadeelde partij schadevergoeding vorderen op basis van “winstderving” of “verlies

¹ Mr. A.A. (Ali) al Khatib en mr. W.A. (Willemijn) de Widt zijn beiden advocaat bij Stibbe.

van kans" (kansschade). In een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) zijn twee prejudiciële vragen beantwoord over kort gezegd de vraag of er een Unierechtelijke verplichting bestaat om vorderingen tot vergoeding van kansschade (kansschadevorderingen) toe te staan in een aanbestedingsrechtelijke context.

In deze annotatie zal ten eerste stilgestaan worden bij de juridische achtergrond van kansschadevorderingen in brede zin (par. 2). Daarna komt aan bod op welke wijze het leerstuk van kansschade al wordt toegepast binnen het Nederlandse aanbestedingsrecht (par. 3). Daarna wordt de uitspraak van het Hof inhoudelijk besproken en vergeleken met de Nederlandse jurisprudentielijn (par. 4 t/m 6). Afgesloten wordt met een bespreking van de mogelijke invloed die deze uitspraak van het Hof gaat hebben op de behandeling van kansschadevorderingen (par. 7 en 8).

2. Achtergrond van de leer van kansschade

Geleden verlies en winstderving komen op grond van artikel 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking als vormen van vermogensschade. Op grond van artikel 6:97 BW begroot een rechter de schade op de wijze die het meest in overeenstemming is met de aard van de schade. Bij het begroten van de schade kan een rechter kiezen voor een concrete of abstracte wijze van schadebegroting. Bij concrete schadebegroting zal de rechter de benadeelde in een zo concreet mogelijk vast te stellen positie brengen, waarin hij zou verkeren als het schadebrengende feit zich niet had voorgedaan.² Daarbij wordt rekening gehouden met alle concrete feiten en omstandigheden van het geval. Daartegenover staat abstracte schadebegroting. Bij abstracte schadebegroting zal de rechter niet zozeer kijken naar de concrete omstandigheden die zich voordoen, maar in het algemeen beoordelen wat de schade van een benadeelde zou zijn in een vergelijkbare positie.³

Uit de tweede volzin van artikel 6:97 BW volgt dat schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, door de rechter moet worden geschat. Dit is bijvoorbeeld het geval als door een onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming een kans op een voordeel of een kans op het voorkomen van schade is ontnomen. Het is dan onzeker of de normschending tot schade heeft geleid, en zo ja, in welke mate. Op grond van het leerstuk van kansschade kan de rechter in dergelijke gevallen een gedeelte (een percentage) van de gevorderde schadevergoeding toewijzen.⁴ Klassieke voorbeelden van gevallen waarin de leer van kansschade wordt toegepast, zijn de beroepsfouten van onder meer advocaten, accountants, belastingadviseurs of artsen. Als een advocaat bijvoorbeeld niet-tijdig hoger beroep instelt tegen een voor zijn cliënt nadelige uitspraak, waardoor deze uitspraak gezag van gewijsde krijgt, rijst de vraag wat er was gebeurd

als deze beroepsfout niet had plaatsgevonden.⁵ Soortgelijke vragen ontstaan ook als een belastingadviseur niet geweest heeft op een bepaalde fiscale faciliteit waarmee de belastingplichtige (mogelijk) voordeliger uit was geweest,⁶ of als een arts een verkeerde diagnose stelt.⁷ De beroepsbeoefenaars kunnen in dit soort situaties aansprakelijk worden gesteld voor de kans die door hun toedoen verloren is gegaan.

Uit rechtspraak van het Hof volgt overigens dat schade als gevolg van verlies van een kans zich (in de context van Unierechtelijke regels omtrent aanbestedingsrecht) onderscheidt van winstderving. Bij winstderving wordt gekeken naar het verlies van een overeenkomst, waar schade als gevolg van verlies van een kans wordt beoordeeld door het verlies van een kans om een overeenkomst te sluiten.⁸

3. Kansschade in het (Nederlandse) aanbestedingsrecht

Ook in het aanbestedingsrecht wordt de leer van de kansschade geruime tijd in Nederland toegepast en wordt in de literatuur bepleit dat deze leer ook moet worden toegepast bij schadevorderingen vanwege het niet bieden van de op basis van het *Didam*-arrest vereiste mededingingsruimte voor schaarse grond.⁹ In aanbestedingsrechtelijke context gaat het dan veelal om de situatie dat als sluitstuk van een uitgeschreven selectieprocedure een onrechtmatig gunningsbesluit is genomen. De ten onrechte gepasseerde partij kan zich op het standpunt stellen dat zij door dat besluit schade heeft geleden.¹⁰ Een gunningsbesluit is bijvoorbeeld onrechtmatig als de regels van de inschrijvingsprocedure niet zijn gevolgd door de aanbestedende dienst die de aanbesteding had opgezet,¹¹ of als de opdracht ten onrechte aan een andere

2 Zie ter illustratie voor concrete schadebegroting HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/Reuvers), r.o. 3.3.

3 S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: *Abstracte schadeberekening (preadviezen VASR)*, Deventer: Kluwer 2013.

4 Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 27.

5 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein. Zie ook HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4233, NJ 1982/255, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 en HR 16 februari 2007, ECLI:HR:PHR:2007:AZ0419, NJ 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer.

6 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh.

7 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh.

8 Zie Gerecht EU 28 februari 2018, ECLI:EU:T:2018:103, r.o. 188: "Deze twee vormen van schade zijn nochtans duidelijk verschillend. De gederfde winst is namelijk bedoeld ter compensatie van het verlies van de opdracht zelf terwijl het verlies van een kans bedoeld is ter compensatie van het verlies van de kans om de overeenkomst te sluiten (zie in die zin arresten van 21 mei 2008, *Belfass/Raad*, T-495/04, EU:T:2008:160, punt 124, en 20 september 2011, *Evropáiki Dynamiki/EIB*, T-461/08, EU:T:2011:494, punt 210)." Wij menen overigens dat dit niet een hele duidelijke omschrijving is van het onderscheid tussen winstderving en kansschade. Kansschade bestaat uit het kanspercentage (van de verloren kans) vermenigvuldigd met de gederfde winst. Bij een vergoeding van kansschade wordt aldus een percentage van de gederfde winst vergoed. Daarin is, menen wij, het onderscheid met name gelegen.

9 D.J.L. van Ee & J. Berckenkamp, 'Consequenties Didam: het hof heeft gesproken en wat nu?', *Vastgoed fiscaal & civiel* 2023/4, p. 8.

10 Zie bijv. Hof Den Haag 19 mei 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4344; Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3445 en Rb. Noord-Holland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNO:2022:26. Zie ook J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten', *O&A* 2011/37 en Van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 99-100.

11 Hof Den Haag 19 mei 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4344.

partij is gegund, dan wel dat een andere partij ten onrechte niet is uitgesloten.¹² Het is dan echter niet met volle zekerheid te zeggen of de partij die schade vordert de opdracht gegund zou hebben gekregen als het onrechtmatige gunningsbesluit was uitgebleven. Als de regels van de inschrijvingsprocedure bijvoorbeeld wél zouden zijn gevolgd, en de uitgesloten inschrijver bijvoorbeeld deel had kunnen nemen aan de aanbestedingsprocedure, betekent dat nog niet dat hij de opdracht ook gegund zou hebben gekregen. Duidelijk is dan wel dat het onrechtmatige handelen van de aanbestedende dienst hem de kans heeft ontnomen om de opdracht überhaupt gegund te kunnen krijgen. De kansschadeleer kan in dat soort situaties een oplossing bieden.¹³ Partijen dienen wel voldoende bewijs aan te leveren waaruit blijkt dat er een reële kans is dat de inschrijver zonder de schending van het aanbestedingsrecht de opdracht gegund had gekregen.¹⁴ In de literatuur wordt geconstateerd dat bodemprocedures waarin op basis van een verloren aanbesteding schade wordt gevorderd, zeldzaam zijn.¹⁵

Een andere situatie die zich in aanbestedingsrechtelijke context voor kan doen, en minstens zo zeldzaam is, is de situatie waarin ten onrechte helemaal geen aanbesteding heeft plaatsgevonden maar een opdracht onderhands is gegund. Een rechter zal dan eerst vaststellen dat de aanbestedingsplicht is geschonden, waarna hij zal moeten bezien welke potentiële gegadigden zich naar alle waarschijnlijkheid zouden hebben aangemeld in een (hypothetische) aanbestedingsprocedure. Vervolgens zal de rechter aan de hand van de (hypothetische) selectie- en gunningscriteria moeten beoordelen welke kans elke deelnemer zou hebben gehad om de (hypothetische) aanbesteding te winnen en of die kans steeds kwalificeert als een reële kans op succes.¹⁶ Het is goed denkbaar dat het voor een rechter lastig kan zijn om achteraf vast te stellen welke selectie- en gunningscriteria de aanbestedende dienst zou hebben gehanteerd als een aanbesteding had plaatsgevonden. Aanbestedende diensten hebben namelijk een grote vrijheid om, binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht, naar eigen voorkeuren selectiecriteria vast te stellen op basis waarvan gegadigden geselecteerd worden.¹⁷

Voor het vorderen van kansschade zijn de (hypothetische) selectie- en gunningscriteria tegelijkertijd van groot belang, aangezien aan de hand van de gestelde criteria kan worden beoordeeld of een benadeelde partij al dan niet een reële kans had gemaakt om de opdracht gegund te krijgen en of

deze partij daarmee al dan niet aanspraak kan maken op vergoeding van kansschade. In een recente uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland (waarover verderop in deze annotatie meer) waren partijen het over de selectiecriteria eens, zodat de rechter hier weinig woorden aan hoefde te wijden.¹⁸ De toekomst zal moeten uitwijzen op welke wijze de rechter een situatie beoordeelt waarin er geen overeenstemming is over wat de selectiecriteria zouden zijn geweest.

4. Achtergrond van de zaak

In de recente uitspraak van het Hof ging het om een aanbesteding die gegund werd door de Slowaakse regering voor de renovatie, modernisering en bouw van zestien voetbalstadions in Slowakije. Het Slowaakse consortium *Ingsteel spol s r. o.* (Ingsteel) nam deel aan deze aanbesteding. De Slowaakse Voetbalassociatie (*Slovenský futbalový zväz*) heeft in 2014 als aanbestedende dienst een besluit genomen waarin zij Ingsteel heeft uitgesloten van de aanbesteding. De voornaamste reden hiervoor was dat Ingsteel niet zou voldoen aan de selectiecriteria van de opdracht, met name wat betreft economische en financiële draagkracht.¹⁹ Ingsteel kon geen verklaring krijgen van een bankinstelling dat hij op zijn minst 3 miljoen euro zou mogen lenen gedurende de hele duur van de uitvoering van de opdracht (48 maanden).²⁰ Het bedrag van 3 miljoen euro kwam overeen met de waarde van de opdracht.²¹ In plaats daarvan had Ingsteel een zogeheten verklaring op eer ingediend, dat het genoemde bedrag op zijn rekening zou staan als hij gekozen zou worden. Daarnaast had Ingsteel een verklaring van een bankinstelling overlegd met informatie over de opening van een rekening-courantkrediet voor een bedrag van meer dan 5 miljoen euro. Deze documenten bleken niet afdoende te zijn voor de aanbestedende dienst.²²

Ingsteel is hiertegen opgekomen bij de rechter in Bratislava, zonder succes. Toen het geschil in 2017 bij de hoogste rechter kwam, heeft deze prejudiciële vragen gesteld aan het Hof over economische en financiële draagkracht van inschrijvende ondernemingen in een aanbestedingsprocedure.²³ Meer specifiek stonden de vragen centraal of een lidstaat een selectie criterium kan vaststellen met betrekking tot economische en financiële draagkracht van inschrijvers, waarmee een inschrijver wordt uitgesloten als deze niet over de juiste verklaring van een bankinstelling beschikt, in dit geval een verklaring dat een lening zal worden verstrekt en het bedrag van de opdracht gedurende de opdracht op de rekening van de inschrijver zou staan.²⁴ Het Hof heeft bevestigd dat een lidstaat inderdaad een dergelijk

12 Rb. Noord-Holland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:26.

13 Zie ook A.J. van Heeswijk, 'De vergoeding van het verlies van een kans op een gunning', *Tender nieuwsbrief* 2014/6.

14 Zie ook HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 3.6 (concl. A-G Keus).

15 Zie bijv. A.J. van de Watering & R. van den Brink, 'Een zeldzame combinatie: procederen voor schade vanwege het mislopen van de gunning via de schadestaatprocedure', *Tender Nieuwsbrief* 2022/12.

16 Zie Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256, r.o. 4.23.

17 In de Aanbestedingswet 2012 zijn geen beperkingen opgenomen voor het stellen van selectiecriteria. Wel dienen de selectiecriteria objectief, eenduidig, transparant en proportioneel te zijn en moeten zij in verhouding staan tot de opdracht. Wat betreft gunningscriteria schrijft de Aanbestedingswet 2012 voor dat partijen in beginsel kiezen voor de beste prijs-kwaliteitverhouding.

18 Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256, r.o. 4.34.1.

19 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 13-14.

20 Zie de procedure die voorafging aan deze uitspraak, HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 29. De vragen die centraal stonden in deze procedure worden hierna toegelicht.

21 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 23 en r.o. 30.

22 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 16-17.

23 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 23.

24 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 23, onder 1.

selectiecriteria over de economische en financiële draagkracht van inschrijvers kan vaststellen, waarbij een verklaring van een bankinstelling dat een inschrijver voldoende (of zelfs aanzienlijk meer) geld op een rekening heeft staan niet volstaat.²⁵ Het Hof meent namelijk dat het vereiste dat een lening wordt verkregen, die bestemd is voor de uitvoering van de opdracht, objectief geschikt is om te beoordelen of een inschrijver de economische draagkracht heeft om de opdracht goed uit te voeren.²⁶ Daarnaast lag de vraag voor of een inschrijver zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen met een *verklaring op eer*.²⁷ In het onderhavige geval was dit een verklaring van een inschrijver dat hij, als zijn inschrijving werd gekozen, het vereiste bedrag op zijn rekening zou hebben staan vanaf het moment van de ondertekening van de overeenkomst tot en met de uitvoering van de opdracht.²⁸ Als bankinstellingen de vereiste verklaring niet kunnen afgeven, en het voor een inschrijver dus objectief onmogelijk is om aan dit vereiste te voldoen, is dat een gegronde reden om de financiële en economische draagkracht aan te tonen met andere bescheiden, aldus het Hof.²⁹ Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of het voor een inschrijver objectief onmogelijk is om de vereiste verklaring van een bankinstelling te krijgen, en zo ja, of de aanbestedende dienst er op goede gronden van uit kon gaan dat de verklaring op eer geen geschikt document was om de financiële en economische draagkracht aan te tonen.³⁰

Na de prejudiciële beslissing van het Hof heeft de hoogste Slowaakse rechter de aanbestedingsbesluiten nietig verklaard. Daarmee werd ook het besluit nietig verklaard waarin Ingsteel werd uitgesloten uit de aanbestedingsprocedure.³¹ De aanbestedingsprocedure was inmiddels al afgesloten en met de enige inschrijver die na de uitsluiting overbleef, was een raamovereenkomst gesloten. Ingsteel had daarom vergoeding gevorderd van de schade die hij had geleden vanwege het onrechtmatige besluit en daarmee de niet-verkregen opdracht.³² Ingsteel voerde daarbij aan dat de inschrijver die de opdracht uiteindelijk had verkregen, na het onrechtmatige uitsluitingsbesluit de enige gegadigde was en om die reden de aanbesteding had gewonnen. Als Ingsteel zelf had kunnen meedoen, zo betoogde hij, had hij de opdracht waarschijnlijk gewonnen. Hij zou de opdracht namelijk voor veel minder geld hebben kunnen uitvoeren. Ingsteel stelde dan ook aan dat hij 819.498,10 euro winst had gederfd, op basis van een deskundigenverslag.³³ Ingsteel voerde daarmee aan dat hij deze winst had gederfd als gevolg van de verloren kans om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Op basis van het Slowaakse recht komt uitdrukkelijk alleen “reële schade” en “winstderving”

in aanmerking als vergoedbare schade. Schade als gevolg van verlies van een kans wordt niet als schadepost benoemd in de relevante nationale wetgeving.³⁴

Gelet op de bijzondere situatie, waarin de schade bestaat uit verlies van een kans, zijn twee prejudiciële vragen gesteld aan het Hof.³⁵ Het gaat om de volgende vragen, die gezamenlijk worden beantwoord door het Hof:

“1) Is de praktijk van een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding betreffende een vordering tot vergoeding van schade die is berokkend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, waarbij de toekenning van een vergoeding voor het verlies van een kans (loss of opportunity) wordt geweigerd, verenigbaar met artikel 2, lid 1, onder c), [van Richtlijn 89/665], gelezen in samenhang met [artikel 2], leden 6 en 7, van [die richtlijn], vanuit het oogpunt van de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?

2) Is de praktijk van een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding betreffende een vordering tot vergoeding van schade die is berokkend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, waarbij de schadevordering zich niet uitstrekt tot de winst die is gederfd ten gevolge van het verlies van een kans om aan een overheidsopdracht deel te nemen, verenigbaar met artikel 2, lid 1, onder c), [van Richtlijn 89/665] gelezen in samenhang met artikel 2, leden 6 en 7, van [die richtlijn], vanuit het oogpunt van de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?”

5. Welke schade komt voor vergoeding in aanmerking?

Uit de uitspraak van het Hof van 6 juni 2024 volgt dat de Slowaakse rechter met de voorgenoemde twee vragen voornamelijk wil weten welke schade voor vergoeding in aanmerking komt bij een schending van het Europese aanbestedingsrecht. Is dat op grond van artikel 2 lid 1 onder c van Richtlijn 89/665 alleen schade uit hoofde van winstderving, omdat een inschrijver een opdracht ten onrechte niet gegund heeft gekregen, of is dat ook schade vanwege het verlies van een kans om überhaupt deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, waardoor hoe dan ook geen winst gerealiseerd kon worden?³⁶

Het korte antwoord is dat schade vanwege het verlies van een kans om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure ook voor vergoeding in aanmerking moet kunnen komen. Daarvoor geeft het Hof drie redenen.

25 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 36.

26 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 36.

27 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 23, onder 2.

28 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 17.

29 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 55, onder 2.

30 HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549, r.o. 47. In de Nederlandse wetgeving wordt schade als gevolg van verlies van een kans overigens ook niet als schadepost genoemd.

31 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 15.

32 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 16.

33 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 17-18.

34 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 46.

35 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 23.

36 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 31.

5.1 Artikel 2 lid 1 onder c Richtlijn 89/665 is ruim geformuleerd

In Richtlijn 89/665 zijn een aantal rechtsbeschermingsbepalingen opgenomen die gelden voor de bestuursrechtelijke beroepsprocedures van lidstaten binnen het aanbestedingsrecht. Zo biedt deze richtlijn onder meer een Unierechtelijke grondslag voor schadevergoeding op het moment dat tijdens een aanbestedingsprocedure het Unierecht is geschonden.³⁷ Het Hof concludeert allereerst dat artikel 2 lid 1 onder c van Richtlijn 89/665 een ruime bepaling is, die in principe geen onderscheid maakt tussen verschillende soorten schade. Dit artikel bepaalt slechts dat beroepsprocedures van lidstaten de benodigde bevoegdheden moeten bevatten om “schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden”.

Het Hof stelt dan ook dat lidstaten er volgens deze bepaling, die overigens “ruim geformuleerd” is, voor moeten zorgen “dat aan personen die schade hebben geleden door een schending van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, schadevergoeding wordt toegekend, hetgeen, bij gebreke van een aanwijzing die onderscheid maakt tussen verschillende categorieën schade, op alle soorten door deze personen geleden schade kan slaan, daaronder begrepen de schade die voortvloeit uit het verlies van een kans om deel te nemen aan de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.”³⁸

Nu Richtlijn 89/665 geen onderscheid maakt tussen verschillende categorieën schade, zou schade als gevolg van verlies van een kans om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure aldus ook voor vergoeding in aanmerking moeten komen, volgens het Hof.

5.2 Een ruime interpretatie past bij de context van de bepaling

Daarnaast past deze ruime interpretatie ook bij de context van de bepaling, aldus het Hof. Volgens vaste rechtspraak kunnen particulieren schadevergoeding vorderen bij een schending van Unierecht, die aan een lidstaat kan worden toegerekend, als aan drie voorwaarden is voldaan.³⁹ Ten eerste moet de geschonden Unierechtelijke regel “ertoe strekken hun rechten toe te kennen”. Ten tweede moet het gaan om een voldoende gekwalificeerde schending van deze Unierechtelijke regel, die aan de lidstaat kan worden toegerekend. Ten slotte moet er sprake zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen de schending van Unierecht en de door die particulieren geleden schade. Het Hof wijst er bovendien op dat het herhaaldelijk heeft geoordeeld dat de schadevergoeding “adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade”.⁴⁰ Dit betekent in voorkomend geval dat de daadwerkelijk geleden schade volledig kan worden vergoed.⁴¹

Het Hof benadrukt dat artikel 2 lid 1 sub c Richtlijn 89/665 uitdrukking geeft aan deze beginselen en dat deze beginselen bovendien “inherent zijn aan de rechtsorde van de Unie”.⁴² Bij de totstandkoming van Richtlijn 89/665 is bovendien beoogd om het recht op effectieve rechtsbescherming, zoals opgenomen in artikel 47 EU-Handvest, te waarborgen. Het zou daarom niet passend zijn om deze rechtsbescherming te beperken. Richtlijn 89/665 is bedoeld als laatste rechtsmiddel voor wie schade lijdt door een schending van het Unierecht.⁴³ Dat is in het bijzonder het geval voor een inschrijver die onrechtmatig is uitgesloten van een aanbestedingsprocedure, maar hier niet meer tegen kan procederen omdat de procedure ondertussen is beëindigd en daarom vergoeding wil van de verloren kans.⁴⁴

5.3 De ruime interpretatie past bij de doelstelling van Richtlijn 89/665

Ten slotte past de ruime interpretatie bij de doelstelling van Richtlijn 89/665. De doelstelling van de richtlijn is namelijk om geen enkele vorm van schade binnen de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten. Richtlijn 89/665 strekt er niet toe om volledige harmonisatie te creëren voor alle mogelijke beroepsprocedures in het aanbestedingsrecht. Het doel van de richtlijn was echter wel om niet alleen onrechtmatige besluiten nietig te kunnen verklaren, maar ook om schadevergoeding te kunnen toekennen aan wie hierdoor schade heeft geleden. Deze doelstelling zou in het geding komen als bepaalde personen geen schadevergoeding kunnen ontvangen voor schendingen van het Europese aanbestedingsrecht. Als het verlies van een kans om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure in zijn geheel niet voor schadevergoeding in aanmerking komt (“volledige uitsluiting van dat verlies van een kans”), in het bijzonder bij geschillen van economische of commerciële aard, zou dit het “feitelijk onmogelijk (...) maken” om de schade te vergoeden.⁴⁵ Dit heeft het Hof ook al onderschreven met betrekking tot winstderving.⁴⁶

6. Vaststelling en begroting van de schade

De vervolgvraag is hoe de kansschade dan moet worden begroot. Het Hof stelt dat waar het Unierecht hier geen bepalingen over vaststelt, het aan lidstaten is om criteria vast te stellen voor de vaststelling en begroting van de schade. Daarbij moeten lidstaten het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht nemen.⁴⁷ Ook onderschrijft het Hof dat het voorrangsbeginsel “om de doeltreffendheid van alle Unierechtelijke bepalingen te waarborgen” vereist dat nationale rechterlijke instanties hun nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht uitleggen.⁴⁸

37 Zie ook de aanhef van Richtlijn 89/665.

38 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 33.

39 Het Hof verwijst daarbij naar de volgende rechtspraak: HvJ EU 29 juli 2019, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 (*Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*), r.o. 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

40 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 35.

41 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 35.

42 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 36.

43 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 37.

44 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 38 en 39.

45 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 43.

46 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 43.

47 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 45.

48 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 47.

In Slowakije wordt winstderving alleen vergoed als het, getoet op de omstandigheden van het geval, “zeer waarschijnlijk of zelfs nagenoeg zeker” is dat een partij winst zou hebben gemaakt.⁴⁹ Desondanks heeft de regering ter zitting verklaard dat er niets aan in de weg staat om ook schadevergoeding te vorderen vanwege het verlies van een kans.⁵⁰ Het gevolg is dat Ingsteel zijn geleden schade als gevolg van de verloren kans moet kunnen vorderen. Of Ingsteel de schade uiteindelijk ook vergoed zal krijgen, zal uiteindelijk nog moeten blijken, nu de lat hiervoor hoog ligt volgens het Slovaakse recht. Het categorisch uitsluiten van kansschade in het nationale recht is echter niet toegestaan.

Dat het Hof de mogelijkheid tot vergoeding van kansschade eist, is in lijn met de rechtspraak in het Nederlandse aanbestedingsrecht. De wijze waarop kansschade wordt begroot in Nederland is doorgaans door het vaststellen van een percentage dat voortvloeit uit een vergelijking tussen de hypothetische situatie (waarin niet onrechtmatig is gehandeld) en de situatie zoals deze daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

Het percentage komt dan bijvoorbeeld tot stand door een onderbouwd deskundigenbericht. De wet biedt veel vrijheid aan de rechter voor de wijze waarop het percentage, de “kans”, wordt vastgesteld. In artikel 6:97 BW is immers opgenomen dat de rechter de schade begroot op de wijze die hij het meest passend acht. De rechter is daarbij niet strikt gebonden aan de regels omtrent stelplicht en bewijslast. De benadeelde partij zal nog steeds moeten onderbouwen wat de door hem geleden schade precies behelst.⁵¹ In een recente uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland vorderden vijf partijen schadevergoeding, op basis van twee concessies die door de NS onderhands aan twee andere partijen waren gegund. De partijen stelden dat de concessies hadden moeten worden aanbesteed en dat zij in deze hypothetische aanbesteding een reële kans zouden hebben gehad om de concessie verleend te krijgen. Om het percentage vast te stellen, woog de rechtbank Midden-Nederland de marktpositie van partijen mee en werd gekeken naar het meest waarschijnlijke gunningscriterium dat in de hypothetische aanbesteding zou gelden. Ook werd meegenomen wie de zittende leverancier was.⁵² Uit deze uitspraak bleek bovendien dat zelfs een relatief laag percentage als een “reële kans” kan kwalificeren. Zo stelde de rechtbank de (reële) kansen van iedere partij vast op 14,29 procent (een zevende).⁵³

7. Het doeltreffendheidsbeginsel als ondergrens

Geconcludeerd kan worden dat, op grond van Richtlijn 89/665, het nationale recht vorderingen tot vergoeding van kansschade moet toestaan. De nationale (proces)regels die van toepassing zijn op dergelijke vorderingen, inclusief het

begroten van de schade, moeten lidstaten zelf opstellen bij gebreke aan Unierechtelijke bepalingen daarover. Deze nationale regels moeten echter voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Hiermee krijgt het doeltreffendheidsbeginsel een belangrijke functie bij het beoordelen van de in Nederland gevestigde jurisprudentie over kansschadevorderingen naar aanleiding van geschillen over aanbestedingen. A-G Collins onderschrijft in zijn conclusie het belang van het doeltreffendheidsbeginsel (in het aanbestedingsrecht).⁵⁴

Er bestaat, zoals eerder aangegeven, de mogelijkheid om kansschade te vorderen in het Nederlandse aanbestedingsrecht. In zoverre menen wij dat er niets nieuws onder de zon is. In de rechtspraak waar wij naar verwijzen, toetst de Nederlandse rechter echter nog niet aan het doeltreffendheidsbeginsel. Volgens het doeltreffendheidsbeginsel moet het nationale procesrecht het niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken om door het Europese recht verleende rechten uit te oefenen.⁵⁵ Ook nationaal bewijsrecht dat het terugbetalen van heffingen die in strijd met Europees recht zijn betaald, praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, kan in dat licht in strijd zijn met het doeltreffendheidsbeginsel.⁵⁶ Als het procesrechtelijk te complex en onzeker is voor inschrijvers om een kansschadeprocedure aanhangig te maken bij de civiele rechter, kan dit zich daarom mogelijk slecht verhouden met het doeltreffendheidsbeginsel.

De Nederlandse procedure om kansschade te vorderen, is, zoals Braire al recent onderschreef,⁵⁷ complex en kan jaren in beslag nemen. Als al wordt aangetoond dat het gunningsbesluit onrechtmatig was, blijft het onzeker op welk percentage de rechter de kans dat de aanbesteding aan de benadeelde partij was gegund zal inschatten en of dit kwalificeert als een reële kans. Vervolgens zal de schade nog moeten worden vastgesteld, waar vaak nog deskundigen bij komen kijken.⁵⁸ In afwachting van het deskundigenrapport zal de benadeelde inschrijver nog langer in onzekerheid

49 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 46.

50 HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22, ECLI:EU:C:2024:478, r.o. 46.

51 Zie Rb. Midden-Nederland 4 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487.

52 Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256, r.o. 4.19 en 4.42.

53 Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256, r.o. 4.48.

54 Concl. A-G M. Collins 7 december 2023, C-547/22, ECLI:EU:C:2023:967, r.o. 25: “(...) Aangezien met richtlijn 89/665 wordt beoogd te waarborgen dat er doeltreffende beroepsprocedures bestaan waarmee ervoor kan worden gezorgd dat de beginselen die ten grondslag liggen aan de regels over het plaatsen van overheidsopdrachten en uiteindelijk aan de interne markt worden geëerbiedigd, vormt het doeltreffendheidsbeginsel de kern voor de beslechting van het geding dat aan de orde is in de prejudiciële verwijzing.” En verderop in r.o. 46: “Krachtens het doeltreffendheidsbeginsel mag een nationale rechter er geen praktijk op nahouden waarbij een inschrijver die onrechtmatig is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, de mogelijkheid wordt ontnomen om schadevergoeding te vorderen wegens het verlies van een kans om die opdracht binnen te halen.”

55 HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (Rewe). Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.) en HvJ EU 30 april 2024, C-670/22, ECLI:EU:C:2024:372 (EncroChat).

56 HvJ EG 9 november 1983, C-199/82, ECLI:EU:C:1983:318, r.o. 14, p. 3613 (San Giorgio): “Bewijsregels die tot gevolg hebben dat het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt om terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen te verkrijgen, zouden daarentegen wel met het gemeenschapsrecht onverenigbaar zijn.”

57 M.C. Briaire, ‘Biedt kansschade een reële kans op schadevergoeding?’, *Tender Nieuwsbrief Online* 2024/6.

58 Dit was ook het geval bij de uitspraak van Rb. Midden-Nederland die wij hiervoor bespreken. Zie Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256.

blijven. Hoewel het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over een zaak als deze, menen wij dat bij de juridische procedure om vergoeding van kansschade te vorderen zoals deze er in de praktijk aan toegaat in het Nederlandse aanbestedingsrecht, mogelijk kanttekeningen zijn te plaatsen in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel. Gelet op de constatering in literatuur dat weinig procedures met succes gevoerd worden als het gaat om kansschade in aanbestedingsrechtelijke context,⁵⁹ kan de vraag gesteld worden of de nationale regels dergelijke vorderingen niet uiterst moeilijk maken.

8. Conclusie en vooruitblik

Het Hof heeft onderschreven dat het Unierecht vereist dat (potentiële) inschrijvers in aanbestedingen kansschade kunnen vorderen. De leer van kansschade wordt in Nederland al geruime tijd toegepast in het aanbestedingsrecht. Daarmee bevestigt de uitspraak van het Hof de jurisprudentielijn die in Nederland al langer geldt. Hoewel het Hof onderschrijft dat het doel van de Richtlijn 89/665 is om *geen enkele* vorm van schade uit te sluiten, zijn er (in Nederland) toch situaties denkbaar waarin schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. In het bijzonder kan de situatie zich voordoen dat er geen sprake is van een “reële kans” dat de aanbesteding zonder het onrechtmatige handelen van een overheidslichaam of zonder het onrechtmatige besluit wél in het voordeel zou hebben uitgekapt van een benadeelde. Of sprake is van een reële kans, blijft een inschatting en zal steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval worden ingeschat door de rechter.

Volgens het Hof dienen lidstaten bij de begroting en vaststelling van de schade steeds het doeltreffendheidsbeginsel in acht te nemen. De Nederlandse rechter heeft de kansschadeprocedure, voor zover wij hebben kunnen nagaan, nog niet aan het doeltreffendheidsbeginsel getoetst. De kansschadeprocedure is een langdurige en complexe rechtsgang, die veel onzekerheid met zich brengt. Wij menen dat er in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel daarom mogelijk nog de nodige kanttekeningen zijn te plaatsen bij deze complexe rechtsgang. Of deze kanttekeningen tot wijzigingen leiden in de bestaande jurisprudentielijn in Nederland, zal nog moeten blijken.

A.A. al Khatib & W.A. de Widt

59 M.C. Briaire, ‘Biedt kansschade een reële kans op schadevergoeding?’, *Tender Nieuwsbrief Online* 2024/6.