

Hoewel uit de toelichting bij de wijziging van de Hvw blijkt dat vooralsnog wordt gekozen om leefbaarheid als grondslag voor woonruimtevoorraadbeheer toe te voegen aan de Hvw (zie MvT bij de wijziging van de Hvw, *Kamerstukken II* 2021/22, 36190, nr. 3, p. 15), blijft het dus de vraag of gemeenteraden kunnen voldoen aan de onderbouwing hiervoor. Omdat in het omgevingsplan regels worden gesteld met het oog op de fysieke leefomgeving en dit plan een bredere reikwijdte heeft dan de regels die kunnen worden gesteld in de Hvv, is het mijns inziens aangewezen de woonruimtevoorraad vanwege het behoud van de leefbaarheid van de woonomgeving te reguleren via het omgevingsplan. Door het juist toedelen van functies aan locaties in het omgevingsplan wordt het reguleren van de woonruimtevoorraad namelijk op één centrale plek gehouden.

Mij lijkt het ook, in tegenstelling tot de Hvv, mogelijk deze vergunningplicht vanwege de leefbaarheid in het omgevingsplan op te nemen. Een van de maatschappelijke doelen van de wet is namelijk een gezonde fysieke leefomgeving (art. 1.2 Ow). Bij de evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan moet de gemeenteraad in ieder geval rekening houden met het belang van het beschermen van de gezondheid (art. 2.1 lid 4 Ow). Het verbeteren van de sociale cohesie door het invoeren van een vergunningplicht voor het omzetten van zelfstandige naar onzelfstandige woonruimte (lees: een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit, art. 5.1 lid 1 onder a Ow) kan bijdragen aan het beschermen van deze gezondheid. Dat de leefbaarheid van de openbare ruimte onder druk staat, zou dan mijns inziens niet meer zodanig in de onderbouwing van de vergunningplicht naar voren hoeven komen.

Daarbij komt dat in het omgevingsplan regels worden gesteld met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. In het omgevingsplan kunnen dus al regels worden gesteld met het oog op de leefbaarheid in de fysieke leefomgeving. De woonruimtevoorraad kan worden geregeld in het omgevingsplan en daarmee dus ook regels die zien op de effecten van woonruimtevoorraadbeheer op de leefbaarheid van de openbare ruimte. Dit is ook terug te zien in de voorheen heersende praktijk dat gemeenten vaak een facet- of paraplubestemmingsplan hadden met betrekking tot woningsplitsing of kamerverhuur. Voor gemeenten lijkt mij de uitbreiding van de Hvw met het aspect leefbaarheid in die context dus overbodig.

11. Elementen van het beoordelingskader met betrekking tot de vergunningplicht in de Hvv zijn ook in andere jurisprudentie terug te vinden. Echter, de Afdeling geeft hier een geheel beeld en schetst duidelijk:

1. Dat de vergunningplicht in de Hvv kan worden opgenomen als sprake is van schaarste aan woonruimte en de vergunningplicht een *noodzakelijk en geschikt middel* is om de onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van deze schaarste te bestrijden.
2. Hoe de exceptieve toets verloopt in een procedure over de verlening/weigering van een vergunningplicht.

3. Dat het aan de gemeenteraad zelf is om de woningtypes en segmenten binnen de woonruimtevoorraad af te bakenen en onder de vergunningplicht voor het omzetten van zelfstandige woonruimte naar onzelfstandige woonruimte te brengen.
4. Dat de gestelde schaarste én de onevenwichtige en onrechtvaardige gevolgen daarvan voor de woonruimtevoorraad met objectieve gegevens moet worden onderbouwd. Het gaat hier om openbare, cijfermatige onderzoeken van onafhankelijke instanties, waarbij een op de betreffende gemeente toegesneden analyse is gemaakt.
5. Dat het onderzoek naar de woonruimtevoorraad niet door een externe partij verricht hoeft te worden.
6. Dat het college in een procedure waarin exceptief wordt getoetst alsnog mag onderbouwen waarom de toegepaste regel (lees: de plicht van het hebben van een vergunningplicht in de Hvv) rechtmatig is.

Ik ben van mening dat dit een goede ontwikkeling is in het kader van de toegankelijkheid en toepassing van rechterlijke uitspraken in de praktijk. Wat ik wel mis, is het behoud van de leefbaarheid van de woonomgeving dat sinds de wijziging van de Hvw als grondslag dient voor het kunnen opnemen van een vergunningplicht in de Hvv. Hoewel dit in deze zaak niet als grondslag kon dienen vanwege de ex tunc toetsing, had het de Afdeling goed gestaan dit mee te nemen in de grondslag voor het kunnen opnemen van een vergunningplicht in de Hvv, om zodoende een volledig beeld te schetsen van het huidige beoordelingskader voor het kunnen opnemen van deze vergunningplicht.

Het blijft wel de vraag of de Hvv uiteindelijk de aangewezen plek is om de effecten van woonruimtevoorraadbeheer op de leefbaarheid van de openbare ruimte, gezien de verschillende motieven voor het neerleggen van regels in de Hvv en het omgevingsplan, te reguleren. De onderbouwing van de vergunningplicht in het omgevingsplan geeft wat dat betreft gemeenteraden wel meer lucht.

B. Geurts

Overeenkomstenrecht

BR 2024/67

Rechtbank Amsterdam 17 juli 2024, nr. C/13/706260 / HA ZA 21-757

(Mrs. R.H.C. Jongeneel, L. Voetelink en J. Huber)
m.nt. M.R. Lim¹

(Art. 3:53 lid 2, 6:230 lid 2 BW)

ECLI:NL:RBAMS:2024:4088

¹ Mark Lim is advocaat bij Legaltree.

Bedrog. Geen vernietiging, maar verzoek compensatie van het geleden nadeel. Analogische toepassing art. 6:230 lid 2 BW.

Omdat de Overeenkomst en de Afsprakenbrief, deze laatste enkel en alleen voor wat betreft de afspraak m.b.t. de ontwerp-kosten, onder invloed van bedrog tot stand zijn gekomen, zijn deze overeenkomsten vernietigbaar. Die vernietiging treft in beginsel de gehele overeenkomst. Comol5 stelt evenwel dat zij er geen belang bij heeft om de Overeenkomst en de Afsprakenbrief te vernietigen, omdat zowel in de Overeenkomst als de Afsprakenbrief ook onderwerpen zijn geregeld die niets van doen hebben met het verschil tussen het Referentieontwerp en het PIP en die niet meer terug te draaien zijn, zoals de reeds aan de tunnel verrichte bouwwerkzaamheden, en werkzaamheden die Comol5 nog graag wil uitvoeren, zoals de bouwwerkzaamheden in de Overeenkomst die niets te maken hebben met het deelproject Boortunnel en de opdracht om het gerealiseerde werk nog vijftien jaar te onderhouden. Comol5 verzoekt daarom, met toepassing van art. 3:53 lid 2 BW en analogische toepassing van art. 6:230 lid 2 BW, compensatie van het door haar als gevolg van het bedrog geleden nadeel met instandhouding van de Overeenkomst en de Afsprakenbrief. Geoordeeld wordt dat dit, alle omstandigheden van het onderhavige geval in ogenschouw nemende, hier een passende sanctie is.

Vonnis van 17 juli 2024 in de zaak van de vennootschap onder firma COMOL 5. VOF, gevestigd te Apeldoorn, eiseres, tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon PROVINCIE ZUID-HOLLAND, zetelend te Den Haag, gedaagde,

Partijen zullen hierna Comol5 en de Provincie worden genoemd.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 23 november 2022, met de daarin genoemde processtukken,
- het tussenvonnis van 13 september 2023, met de daarin genoemde processtukken,
- het proces-verbaal van de op 9 april 2024 gehouden mondelinge behandeling, met de daarin genoemde processtukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De verdere beoordeling

2.1. In het tussenvonnis van 13 september 2023 is geoordeeld dat het uitgangspunt bij de verdere behandeling van de zaak is dat de Provincie Comol5 voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst niet, althans onvoldoende,

heeft geïnformeerd over het verschil tussen het Provinciaal Inpassingplan (PIP) en het referentieontwerp.

2.2. Verder is in het tussenvonnis van 13 september 2023 aan Comol5 gevraagd te melden wat het tussenvonnis betekent voor de grondslag voor haar PIP-claim en welke situaties bij de bepaling van het financieel nadeel, dan wel schade, dienen te worden vergeleken.

2.3. Bij akte van 11 oktober 2023 heeft Comol5 haar eis gewijzigd en vermeerderd. Comol5 vordert thans, samengevat, dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

I. voor recht verklaart dat:

primair:

- a) het handelen van de Provincie kwalificeert als bedrog, waardoor de overeenkomst van 30 januari 2017 (hierna: de Overeenkomst) en de afsprakenbrief van 25 mei 2018 (hierna: de Afsprakenbrief) onder invloed van dwaling tot stand zijn gekomen, alsmede
- b) de Overeenkomst en de Afsprakenbrief (deze laatste enkel en alleen voor wat betreft de afspraak met betrekking tot de ontwerp-kosten) voor vernietiging in aanmerking komen, maar dat in de plaats van de vernietiging uit te spreken de gevolgen van de Overeenkomst en de Afsprakenbrief worden gewijzigd en dat Comol5 recht heeft op vergoeding van het geleden nadeel dan wel schade, die wordt begroot op een bedrag van € 40.601.853,00, alsmede,
- c) het handelen van de Provincie kwalificeert als onrechtmatige daad, op grond waarvan Comol5 recht heeft op vergoeding van alle kosten en geleden schade, die moeten worden begroot op een bedrag van € 40.601.853,00,

subsidiair:

- d) het handelen van de provincie kwalificeert als een toerekenbare tekortkoming dan wel aan Comol5 het recht geeft op een wijziging opdrachtgever onder de Overeenkomst, op grond waarvan Comol5 recht heeft op vergoeding van alle kosten en geleden schade, die moeten worden begroot op € 40.601.853,00,

zowel primair als subsidiair:

- e) het handelen van de provincie in strijd is met de goede procesorde, waardoor Comol5 recht heeft op vergoeding van haar daadwerkelijk geleden proceskosten,
- II. vernietiging van de Overeenkomst en de Afsprakenbrief, deze laatste enkel en alleen voor wat betreft de afspraak met betrekking tot de ontwerp-kosten, onder gelijktijdige toepassing van de artikelen 3:53, tweede lid van het Burgerlijke wetboek (BW) en 6:230, tweede lid, BW,
- III. veroordeling van de Provincie,
- a) tot betaling van een bedrag van € 40.601.853,00, dan wel een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 8 mei 2020, dan wel iedere andere dag die de rechtbank in goede justitie redelijk acht, tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede
 - b) tot betaling van de door Comol5 gemaakte deskundigenkosten van bureau Driver Trett, die worden begroot

- op € 247.501,78, exclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 11 oktober 2023 tot aan de dag der algehele voldoening,
- c) tot betaling van de door Comol5 in de geschilbeslechtsingsprocedure ex artikel 19.1 van de Overeenkomst gemaakte proceskosten, te vermeerderen met de door Comol5 als gevolg van het advies van 22 maart 2022 van de Commissie van Deskundigen van de Provincie betaalde proceskosten, ter hoogte van € 680.140,39, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de betaling van deze proceskosten door Comol5 tot aan de dag van algehele voldoening, alsmede,
- d) tot betaling van de werkelijke proceskosten van het onderhavige geding, voorlopig begroot op € 653.884,88, te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente vanaf 11 oktober 2023.

Is de Overeenkomst door bedrog tot stand gekomen?

2.4. Uit het voorgaande volgt dat allereerst beoordeeld dient te worden of het handelen van de Provincie kwalificeert als bedrog. Artikel 3:44, derde lid BW bepaalt dat bedrog aanwezig is wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijke daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep.

2.5. Comol5 stelt dat de Overeenkomst door bedrog tot stand is gekomen omdat de Provincie opzettelijk heeft verzwegen dat het ontwerp van Comol5 van de tunnel niet paste binnen het PIP, dat de Provincie verplicht was daarvan mededeling te doen en dat Comol5 de Overeenkomst niet voor dezelfde prijs en voorwaarden zou zijn aangegaan als zij van de verzwegen informatie op de hoogte zou zijn geweest. De Provincie betwist dat er sprake is van bedrog.

2.6. Herhaald wordt, zoals in het tussenvonnis van 23 november 2022 al overwogen:

- dat niet in geschil is dat bij de Provincie in mei 2016 reeds bekend was dat de tunnel zoals opgenomen in het referentieontwerp niet in het PIP paste,
- dat de Provincie met mededeling 0043 in de Nota van inlichtingen van 21 juni 2016 niet, althans onvoldoende, aan haar mededelingsplicht heeft voldaan omdat daarin:
 - (1) niet het verschil tussen het PIP en het referentieontwerp wordt genoemd,
 - (2) het woord “fout” ontbreekt, terwijl dat woord intern (terecht) bij de Provincie over het verschil tussen het PIP en het referentieontwerp wel werd gebruikt,
 - (3) niet de breedte van het gebied “tunnel” in het PIP bij de overgang naar de bestemming verkeer wordt genoemd, terwijl die breedte in het voorstel dat op 31 mei 2016 intern bij de Provincie voor de tekst van mededeling 0043 is gedaan nog wel stond vermeld,

- dat uit de mededeling die op 1 juni 2016 namens de Provincie als voorstel voor de uiteindelijke tekst van 0043 is gedaan, namelijk “*dat je twee keer moet lezen voor dat het te vatten is*”, blijkt dat de Provincie zich ervan bewust was dat mededeling 0043 voor de lezer daarvan, en dus ook voor Comol5, moeilijk te begrijpen was,
- dat de bedoeling van mededeling 0043 lijkt te zijn dat de Provincie geen slapende honden wakker wilde maken en zich wilde indekken, in plaats van elk van de gegadigden van gelijke informatie te voorzien en dat een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde deelnemer aan de aanbestedingsprocedure daaraan niet de betekenis behoefde toe te kennen dat de maatvoering van de tunnel in het referentieontwerp niet overeenstemde met het PIP,
- dat als alleen naar de door de Provincie tijdens de aanbestedingsprocedure verstrekte informatie wordt gekeken aangenomen moet worden dat de Provincie bewust essentiële informatie over de maatvoering van de tunnel voor andere gegadigden, en dus ook voor Comol5, onvoldoende kenbaar heeft gemaakt en hen daarmee onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de mogelijk zeer nadelige gevolgen daarvan,
- dat dit betekent dat de Provincie haar spreekplicht die in de precontractuele fase uit de eisen van redelijkheid voortvloeit heeft geschonden.

2.7. Daarnaast is in het tussenvonnis van 13 september 2023 overwogen dat de kern van de hiervoor genoemde in het tussenvonnis 23 november 2022 staande overwegingen is dat de Provincie de informatie over het verschil tussen het PIP en het Referentieontwerp opzettelijk niet voldoende duidelijk aan Comol5 kenbaar heeft gemaakt en dat dit kan worden afgeleid uit de omstandigheden die Comol5 pas later bekend zijn geworden.

2.8. De rechtbank ziet in hetgeen de Provincie heeft aangevoerd geen aanleiding om terug te komen op voormelde overwegingen. De essentie van het verwijt dat de Provincie in dat verband wordt gemaakt is dat zij, nadat zij dat had vernomen van een van de andere gegadigden, het verschil tussen het Referentieontwerp en het PIP niet duidelijk kenbaar heeft gemaakt, maar dat zij een opzettelijk vaag gehouden mededeling heeft gedaan. Daarmee heeft zij opzettelijk haar spreekplicht geschonden en daarmee kennelijke doelbewust het risico genomen dat op basis van onvolledige informatie een aanbieding zou worden gedaan. Het moet de Provincie immers duidelijk zijn geweest dat het feit dat het Referentieontwerp niet in het PIP paste tot hogere kosten zou leiden en dat als een inschrijver zich daarvan bewust was die kosten in de inschrijving zouden worden meegerekend. Het verweer dat de Provincie geen motief had om onvoldoende informatie aan de inschrijvers te verschaffen over de gemaakte fout wordt dan ook verworpen. De stelling dat aan de integriteit van de betrokkenen bij de Provincie niet mag worden getwijfeld wordt eveneens verworpen; de gedane mededeling is opzettelijk onnodig vaag gehouden en dat is geen integere handelwijze. Want daarmee is ten minste het risico genomen dat een

inschrijver de extra kosten van een vereiste ontwerpwijziging niet zou onderkennen.

2.9. De conclusie is daarmee dat Comol5 voldoende heeft onderbouwd dat de Provincie in de aanbestedingsprocedure opzettelijk een onjuiste mededeling heeft gedaan dan wel opzettelijk heeft gezwegen waar spreken plicht was en dat zij daarmee de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat Comol5 door haar handelen zou worden misleid bij het sluiten van de Overeenkomst. Tevens heeft Comol5 voldoende onderbouwd dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de Overeenkomst op andere voorwaarden zouden hebben gesloten dan zij heeft gedaan. Bij een juiste voorstelling van zaken zou het ontwerp al voor het aangaan van de Overeenkomst zijn aangepast, met een andere werkwijze en vanwege deze problematiek ook niet voor dezelfde prijs.

Is de Afsprakenbrief ook onder bedrog tot stand gekomen?

2.10. Ook al was het bij Comol5 ten tijde van de Afsprakenbrief bekend dat de Provincie wel wist van de fout, zij was zich ten tijde van de Afsprakenbrief niet bewust van de opzet van de Provincie om haar te misleiden. Die is haar pas later, in januari 2021, duidelijk geworden. Aannemelijk is dat zij als zij zich daarvan ten tijde van de Afsprakenbrief wel bewust zou zijn geweest, zij de kosten van het aanpassen van het ontwerp niet op zich zou hebben genomen, althans die afspraak niet in deze vorm zou hebben gemaakt.

2.11. Het bedrog bij het aangaan van de Overeenkomst werkt dus door in de Afsprakenbrief. Bij Comol5 was inmiddels wel bekend dat de Provincie wist van verschil tussen het Referentieontwerp en het PIP en Comol5 wist dat de Provincie dat wist, maar wat Comol5 ten tijde van de Afsprakenbrief nog niet wist is dat de Provincie tijdens de aanbestedingsprocedure doelbewust een vage mededeling had gedaan en dat in ieder geval een andere inschrijver van het verschil wel op de hoogte was. Met andere woorden; de opzet op misleiding door de Provincie was bij Comol5 niet bekend ten tijde van de Afsprakenbrief. Voldoende is onderbouwd dat de Afsprakenbrief anders niet tot stand was gekomen. Ook de Afsprakenbrief is daarmee, voor zover deze ziet op de kosten van het wijzigen van het ontwerp, onder invloed van bedrog tot stand gekomen.

2.12. Uit het voorgaande volgt dat de door Comol5 onder 1.a gevorderde verklaring voor recht dat de Overeenkomst en de Afsprakenbrief door bedrog tot stand zijn gekomen, toewijsbaar is. De subsidiaire stellingen dat de Overeenkomst en de Afsprakenbrief tot stand zijn gekomen door dwaling, dan wel dat het handelen van de Provincie tevens kwalificeert als onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming, kunnen daarmee onbesproken blijven.

Ontzeggen werking vernietiging / in plaats van vernietiging opheffing nadeel?

2.13. Omdat de Overeenkomst en de Afsprakenbrief, deze laatste enkel en alleen voor wat betreft de afspraak met betrekking tot de ontwerpkosten, onder invloed van bedrog tot stand zijn gekomen, zijn deze overeenkomsten vernietigbaar. Die vernietiging treft in beginsel de gehele

overeenkomst. Comol5 stelt evenwel dat zij er geen belang bij heeft om de Overeenkomst en de Afsprakenbrief te vernietigen omdat zowel in de Overeenkomst als de Afsprakenbrief ook onderwerpen zijn geregeld die niets van doen hebben met het verschil tussen het Referentieontwerp en het PIP en die niet meer terug te draaien zijn, zoals de reeds aan de tunnel verrichte bouwwerkzaamheden, en werkzaamheden die Comol5 nog graag wil uitvoeren, zoals de bouwwerkzaamheden in de Overeenkomst die niets te maken hebben met het deelproject 'Boortunnel' en de opdracht om het gerealiseerde werk nog 15 jaar te onderhouden. Comol5 verzoekt daarom met toepassing van artikel 3:53, tweede lid, BW en analogische toepassing van artikel 6:230, tweede lid, BW, compensatie van het door haar als gevolg van het bedrog geleden nadeel met instandhouding van de Overeenkomst en de Afsprakenbrief. Geoordeeld wordt dat dit, alle omstandigheden van het onderhavige geval in ogenschouw nemende, hier een passende sanctie is.

Welke situaties moeten bij de bepaling van het nadeel worden vergeleken?

2.14. Voorts is aan de orde de vraag welke situaties moeten worden vergeleken om het door Comol5 als gevolg van het bedrog geleden nadeel te bepalen. Met andere woorden; wat zou er zijn gebeurd als de Provincie vóór inschrijving Comol5 expliciet zou hebben gewezen op het verschil tussen het Referentieontwerp en het PIP?

2.15. Comol5 stelt dat in de hypothetische situatie dat zij wel tijdig zou zijn geïnformeerd door de Provincie over de fout, er dan sprake zou zijn geweest van een ander risicoprofiel en dit tot gevolg zou hebben gehad dat Comol5 haar eerdere tenderstrategie zou hebben moeten verlaten. Comol5 stelt dat het in ieder geval tot een hogere prijs zou hebben geleid waarvoor zij de inschrijving zou hebben gedaan en dat die hogere inschrijvingsprijs logischerwijs zeer dichtbij de meerkosten zou hebben gelegen die door Driver Trett zijn berekend, neerkomende op het bedrag van € 40.601.853,00.

2.16. De Provincie voert als verweer aan dat het enige verschil tussen de hypothetische situatie en de werkelijke situatie is dat Comol5 in de werkelijke situatie mogelijk onnodige kosten heeft gemaakt doordat zij na inschrijving alsnog haar ontwerp moest wijzigen en het project daarom enige vertraging heeft opgelopen. Maar dat ook dan de gevolgen van die aanpassing van het ontwerp voor rekening van Comol5 zouden zijn gekomen. De Provincie stelt daarom dat alleen die verdragingskosten voor vergoeding in aanmerking komen. Dit verweer faalt.

2.17. Als gevolg van het bedrog is Comol5 de kans ontgenomen om op basis van volledige informatie haar aanbieding te doen. Vergeleken moet worden de situatie waarin de juiste informatie was gegeven met de situatie dat dat niet is gebeurd. Daarbij moet er vanuit worden gegaan dat als de Provincie duidelijke informatie zou hebben gegeven over de geconstateerde fout elk van de inschrijvers een aanbieding had moeten doen op basis van een eigen aangepast ontwerp dat wel binnen de PIP grenzen paste. Gegeven was immers

dat het PIP maatgevend was, een aanpassing van het PIP was in de aanbestedingsfase niet aan de orde.

2.18. Daarbij hadden zij elk geweten dat ook de overige inschrijvers diezelfde aanpassing zouden moeten doorvoeren, zodat kan worden aangenomen dat zij elk de prijsconsequenties daarvan in hun aanbieding tot uiting zouden hebben gebracht. Aangenomen moet worden dat elk van de aanbieders dan de gemaakte en nog te verwachten extra ontwerp- en uitvoeringskosten in de aanbieding zouden hebben meegerekend. Wat Comol5 betreft wordt er veronderstelt dat zij dan een aanbesteding zou hebben gedaan die wat ontwerpkeuzes betreft overeenkomt met het ontwerp zoals dat uiteindelijk is gemaakt en uitgevoerd.

2.19. De vraag is of Comol5 in de aanbestedingsfase ook de extra uitvoeringskosten zoals die het gevolg waren van haar gewijzigde ontwerp in de aanbesteding zou hebben meegerekend. Dat is aannemelijk voor zover zij die toen zou hebben kunnen voorzien, omdat zij er bij juiste informatie vanuit zou zijn gegaan dat alle andere aanbieders ook een gewijzigd ontwerp zouden aanbieden en eventueel hogere uitvoeringskosten in hun aanbesteding zouden meerekenen. De vraag is dus in hoeverre de extra uitvoeringskosten die feitelijk zijn opgetreden in de aanbestedingsfase door Comol5 zouden zijn voorzien.

2.20. Enerzijds geldt dat zij dan een half jaar de tijd zou hebben gehad om een alternatief plan uit te werken en dat zij zich daarbij had kunnen beraden op mogelijke consequenties voor het dichterbij elkaar komen van de tunnelbuizen voor de uitvoering. Anderzijds geldt dat Comol5 in de situatie die zich werkelijk heeft voorgedaan pas nadat zij haar ontwerp had aangepast de uitvoeringsconsequenties duidelijk werden, nadat zij overleg had gehad met haar onderaannemers. Het is dus de vraag of dat anders zou zijn geweest als Comol5 in de aanbestedingsfase een eigen ontwerp binnen de PIP-grenzen had gemaakt met dezelfde ontwerpkeuzes als zij daadwerkelijk heeft gemaakt.

2.21. Verder is van belang dat ter zitting van de zijde van de Provincie is verklaard dat Comol5 weliswaar de goedkoopste inschrijver op de aanbesteding was, maar dat het verschil met inschrijver nummer 2 op de aanbesteding ongeveer € 10 miljoen bedroeg en dat de aanbesteding daarvan wel binnen het PIP paste. Hoewel bij deze aanbesteding de inschrijvingen op diverse aspecten werden beoordeeld, waarvan de prijs er een was, zal de rechtbank van de andere aspecten abstraheren. Dus wordt er vanuit gegaan dat als Comol5 zou hebben ingeschreven met een inschrijving die meer dan € 10 miljoen hoger zou zijn geweest, haar kans om de aanbesteding te winnen zo sterk zou zijn afgenomen dat dit scenario buiten beschouwing kan blijven. Anderzijds wordt er van uitgegaan dat als de inschrijving maximaal 10 miljoen hoger zou zijn Comol5 de inschrijving altijd gewonnen zou hebben. Een dergelijke vereenvoudiging is in het kader van de schatting van nadeel gerechtvaardigd.

2.22. Het komt er dus op neer dat de rechtbank om het nadeel van Comol5 te begroten de waarschijnlijkheid van verschillende mogelijke scenario's met verschillende inschrijfprijzen zal moeten beoordelen. De rechtbank schat

per scenario de kans dat dit scenario zich voordoet (kolom 2) en past dat percentage vervolgens toe op het bedrag dat Comol5 in dat scenario meer zou hebben ontvangen ten opzichte van de feitelijke inschrijfprijs (kolom 3).

2.23. Scenario's bij de expliciete mededeling dat het Referentieontwerp niet past in het PIP, met in alle gevallen: eigen ontwerp dat binnen de PIP grenzen past (al dan niet na verkregen uitstel)

| scenario | kans in % | kans x (hogere inschrijfprijs – feitelijke inschrijfprijs) |
|--|-----------|--|
| 1. Afzien van inschrijving of inschrijving tegen zelfde of marginaal hogere prijs. | 3 | 0 |
| 2. Eigen inschrijving 2 miljoen euro hoger | 40 | € 800.000 |
| 3. Eigen inschrijving 5 miljoen euro hoger | 30 | € 1.500.000 |
| 4. Eigen inschrijving 10 miljoen euro hoger | 27 | € 2.700.000 |
| | 100 | € 5.000.000 |

2.24. Op grond van voormelde scenario's wordt geoordeeld dat Comol5 als zij vóór de inschrijving door de Provincie zou zijn geïnformeerd over het verschil tussen het Referentieontwerp en het PIP, op de aanbesteding zou hebben ingeschreven met een hogere inschrijving. Die hogere inschrijving kan geschat worden op € 5.000.000,- (te weten het gewogen gemiddelde van de hogere inschrijvingen, gezien de kans daarop) en dat is het nadeel dat Comol5 heeft geleden als gevolg van het gepleegde bedrog. De vordering van Comol5 tot vergoeding van het door haar als gevolg van het bedrog geleden nadeel is daarmee tot dit bedrag toewijsbaar. De gevorderde wettelijke rente over dit bedrag zal, zoals door Comol5 gevorderd, worden toegewezen vanaf 8 mei 2020, zijnde de datum waarop Comol5 bij de Provincie aanspraak heeft gemaakt op vergoeding van het door haar geleden nadeel als gevolg van het schenden van de mededelingsplicht door de Provincie.

2.25. Tevens zullen worden toegewezen de door Comol5 gevorderde kosten van het inschakelen van Driver Trett en de kosten die Comol5 heeft gemaakt in de geschillenbeslechtsingsprocedure die heeft geleid tot het advies van 22 maart 2022 van de Commissie van deskundigen, alsmede de daarover gevorderde rente.

2.26. De Provincie zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Comol5 vordert in dat verband vergoeding van haar daadwerkelijk proceskosten. Voor het oordeel dat de Provincie hier misbruik van procesrecht heeft gemaakt, ziet de rechtbank echter onvoldoende grond. De proceskosten zullen daarom worden toegewezen conform het geldende forfaitaire liquidatietarief. De proceskosten aan de zijde van Comol5 worden derhalve begroot op:

| | |
|--------------------|---|
| – dagvaarding | € 85,81 |
| – griffierecht | € 4.200,00 |
| – salaris advocaat | € 23.963,50 (5,5 punten × tarief € 4.357,00) |
| Totaal | € 28.249,31 |

3 De beslissing

De rechtbank

3.1. verklaart voor recht dat de Overeenkomst en de Afsprakenbrief door bedrog tot stand zijn gekomen,

3.2. bepaalt dat in plaats van de vernietiging van de Overeenkomst en de Afsprakenbrief uit te spreken, de Overeenkomst en de Afsprakenbrief worden gewijzigd in die zin dat de in de Overeenkomst vermelde inschrijfprijs wordt verhoogd met het hierna onder 3.3. genoemde bedrag en dat in de Afsprakenbrief het onderdeel komt te vervallen waarin Comol5 verklaart dat zij voor eigen rekening en risico het ontwerp van de tunnel zal aanpassen,

3.3. veroordeelt de Provincie om aan Comol 5 te betalen een bedrag van € 5.000.000,00 (vijf miljoen euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over het toegewezen bedrag met ingang van 8 mei 2020 tot de dag van volledige betaling,

3.4. veroordeelt de Provincie om aan Comol 5 te betalen een bedrag van € 247.501,78 aan door Comol5 gemaakte deskundigenkosten van bureau Driver Trett, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 11 oktober 2023 tot aan de dag der algehele voldoening,

3.5. veroordeelt de Provincie om aan Comol 5 te betalen een bedrag van € 680.140,39 aan door Comol5 in de geschilbeslechtsingsprocedure ex artikel 19.1 van de Overeenkomst gemaakte proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de betaling van deze proceskosten door Comol5 tot aan de dag van algehele voldoening,

3.6. veroordeelt de Provincie in de proceskosten, aan de zijde van Comol 5 tot op heden begroot op € 28.249,31, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

3.7. veroordeelt de Provincie in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 178,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de Provincie niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 92,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

3.8. verklaart het onder 3.2 bepaalde en de veroordelingen onder 3.3 tot en met 3.7 uitvoerbaar bij voorraad,

3.9. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. Dat deze procedure voor de provincie Zuid-Holland zo pijnlijk zou aflopen, was op voorhand misschien niet gelijk te voorspellen geweest. Uit de tussenvonnissen van 2022 en 2023 (ECLI:NL:RBAMS:2022:6881 en ECLI:NL:RBAMS:2023:8934) kwam reeds naar voren dat de provincie *bewust* essentiële informatie had achtergehouden tijdens de aanbesteding en dat de provincie niet was geslaagd in het leveren van het tegenbewijs. In het eindvonnis – de onderhavige uitspraak – oordeelt de rechtbank in niet mis te verstane bewoordingen (“*opzettelijk haar spreekplicht geschonden*” en “*geen integere handelwijze*”) dat er sprake is van bedrog door de provincie.

2. Ofschoon dit oordeel zich uiteraard prima leent voor een interessante annotatie, trok een ander onderdeel van deze uitspraak meer mijn aandacht. Dit betreft de wijze waarop artikel 6:230 lid 2 BW is toegepast door de rechtbank. Artikel 6:230 lid 2 BW bepaalt dat de rechter op verlangen van een der partijen in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het geleden nadeel kan wijzigen.

3. Ik begin met een kort feitenrelaas. Deze uitspraak heeft betrekking op de Rijnlandroute, meer specifiek op het project dat ziet op de aanleg van de nieuwe verbindingroute (N434) tussen de rijkswegen A4 en A44. Onderdeel hiervan is de in juli 2024 geopende prestigieuze 2,5 km lange Corbulotunnel.

4. Het project omvat het ontwerp, de uitvoering en het meerjarige onderhoud, en zou door middel van een DBM-overeenkomst worden opgedragen aan de opdrachtnemer. Het project is in december 2015 door de provincie Zuid-Holland aanbesteed door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de vorm van een concurrentiegericht dialogoog. In de dialoogfase heeft de provincie aan de nog overgebleven gegadigden onder meer het Provinciaal Inpassingsplan (het PIP) verstrekt, alsmede het Referentie Ontwerp (het RO).

5. Eind mei 2016 heeft een van de gegadigden in een dialooggesprek de provincie erop gewezen dat de breedtes ten behoeve van de aanleg van de tunnel, zoals aangegeven in het RO, afweken van die van het PIP. Dit betekende dat er sprake was van een fout in de gegevens, waarvan de gevolgen in tijd en geld in potentie groot zouden kunnen zijn. Deze fout in de verstrekte gegevens heeft de provincie niet als zodanig medegedeeld aan de overige gegadigden. De provincie heeft ervoor gekozen om in de twee Nota's van Inlichtingen dit punt met opzet vaag te houden. De provincie heeft daarmee bewust haar spreekplicht (mededelingsplicht) geschonden en heeft geen duidelijkheid willen geven op dit punt.

6. Op 13 december 2016 is het project voorlopig gegund aan Comol5 en op 30 januari 2017 hebben de provincie en Comol5 de DBM-overeenkomst gesloten. Na het sluiten van de DBM-overeenkomst wordt door partijen gesproken over de door Comol5 geconstateerde fout in de gegevens. Dit resulteert uiteindelijk in een meeromvattende afspraak, welke in een Afsprakenbrief van 25 mei 2018 wordt

vastgelegd. De afspraak luidt onder meer dat Comol5 voor eigen rekening en risico het ontwerp van de tunnel en de schacht zal aanpassen.

7. Comol5 stelt later in maart en mei 2020 dat de snelheid waarmee en wijze waarop de wijziging in mei 2018 door de provincie in het ontwerpproces van Comol5 werd geforceerd, onvoorziene consequenties heeft gehad. De werkwijze en uitvoeringsmethode dienden drastisch te worden gewijzigd. Bovendien heeft Comol5 geconstateerd dat de provincie al voor de gunning op de hoogte was van de fout. Comol5 stelt dat zij de hiervoor genoemde afspraak uit de Afsprakenbrief nooit zou hebben gemaakt, als zij correct geïnformeerd zou zijn geweest door de provincie. Comol5 geeft aan dat de kosten voor de wijzigingen in de werkwijze en uitvoeringsmethode € 40.332.274 bedragen. De provincie bestrijdt dat zij is tekortgeschoten.

8. Partijen hebben hun geschil voor een bindend advies voorgelegd aan een commissie van deskundigen. In het bindend advies van 22 maart 2021 heeft de commissie de vorderingen van Comol5 afgewezen. Comol5 heeft aan de provincie medegedeeld dat zij zich niet kan verenigen met het bindend advies, waarna Comol5 een procedure voor de rechtbank Amsterdam is opgestart.

9. Voor een uitgebreider feitenrelaas verwijs ik naar de hierboven genoemde tussenvonnissen in deze kwestie. Van belang is hier dat Comol5 uit hoofde van het door de rechtbank aangenomen bedrog conform artikel 3:44 lid 1 jo. lid 3 BW vernietiging van haar rechtshandeling (en dus de DBM-overeenkomst) had kunnen vorderen. Comol5 heeft echter (begrijpelijkerwijs) gekozen voor het in stand laten van de DBM-overeenkomst en via een analoge toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW de rechtbank verzocht om de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het door haar geleden nadeel te wijzigen.

10. De rechtbank heeft in r.o. 2.13 geoordeeld dat toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW, alle omstandigheden van het geval in ogenschouw nemende, een passende sanctie is. Eerder al had de rechtbank aan Comol5 gevraagd welke situaties bij de bepaling van het gestelde financieel nadeel dienen te worden vergeleken. In r.o. 2.14 tot en met 2.24 wordt hierop ingegaan en kiest de rechtbank een eigen pad. En vanaf hier wordt het vonnis voor mij moeilijk te volgen.

11. Eerst iets over de toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW. Vooropgesteld dient te worden dat artikel 6:230 lid 2 BW in beginsel alleen uitkomst biedt bij een vernietigbaarheid op grond van dwaling, als aangeduid in artikel 6:228 BW. Er bestaat geen soortgelijke bepaling voor de vernietigbaarheid op grond van bedrog of bedreiging. De wetgever heeft hierover gezegd: *“Een dergelijke regel geldt niet en behoort ook niet te gelden bij bedrog en bedreiging. De bedrogene en de bedreigde behoren immers niet gedwongen te kunnen worden om – zelfs na opheffing van de benadeling – de relatie met de wederpartij ondanks diens bedenkelijke gedrag voort te zetten.”* (MvA II, *Parl. Gesch.*, p. 914). Meerdere auteurs (waaronder Schoordijk, Hijma en Van Nispen; zie Dankers-Hagenaars, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 7.2) hebben echter betoogd dat de regels van artikel 3:54 en 6:230 BW zouden moeten gelden voor alle wilsgebreken en

dus ook in het geval van bedrog. Andere auteurs menen dat, in weerwil van de parlementaire geschiedenis, artikel 3:54 en 6:230 BW, al dan niet slechts in uitzonderingsgevallen, analoog zouden kunnen worden toegepast bij dwang en bedrog of zelfs bij alle vernietigbaarheden (zie Asser/Sieburgh 6-III 2022, nr. 632). Nog weer anderen stellen dat de redelijkheid en billijkheid of de onrechtmatige daad uitkomst kan bieden. Hoe dan ook, de rechtbank lijkt mee te gaan met de door Comol5 gestelde analogische toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW. Ondanks het gemis van een duidelijke onderbouwing lijkt mij dit, gezien de omstandigheden, zeer te billijken.

12. De heersende opvatting is dat de wijziging van de overeenkomst ter opheffing van het nadeel ex artikel 6:230 lid 2 BW niet gelijkgesteld kan worden met schadevergoeding. De toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW wordt dus ook niet beheerst door afdeling 6.1.10 BW (wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding). De wijzigingsbevoegdheid van de rechter bewerkstelligt dat het geleden nadeel op een meer rechtstreekse manier wordt opgeheven. Essentieel voor de rechterlijke aanpassing ex artikel 6:230 lid 2 BW is dat het contractuele evenwicht wordt hersteld (zie Dankers-Hagenaars, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 3.1). Hier dient geen terugwerkende kracht aan te worden verbonden (zie HR 11 juni 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF7675, *NJ* 2004/616, m.nt. J. Hijma (*Kroonenberg/Luycs*)). Blijkens zijn annotatie dient naar de mening van Hijma het wilsgebrek als historisch feit te worden aanvaard en gaat het inmiddels om een compensatie van de gevolgen ervan, door het nadeel te ecarteren dat de handelende van zijn gebondenheid aan de overeenkomst ondervindt. Dit nadeel is volgens Hijma geen gepasseerd historisch feit, maar veeleer een ‘duurgegeven’, dat tenminste evengoed vanuit en vanaf het heden kan worden gezien. Voor een structurele terugreis naar het totstandkomingsmoment bestaat in de ogen van Hijma ook bij artikel 6:230 lid 2 BW geen noodzaak of grond.

13. Artikel 6:230 lid 2 BW geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de gewenste wijziging van de overeenkomst door een van de partijen. Voor wijzigingen en/of voorwaarden in de overeenkomst, welke niet tot de opheffing van het nadeel leiden, bestaat er derhalve geen mandaat. Dat het vaststellen of berekenen van het dwalingsnadeel niet altijd zo gemakkelijk is, volgt uit de arresten HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, *NJ* 2020/18 (*Maetis/X*) en HR 13 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1429, *RvdW* 2023/994 (*X/Maetis*). In het oog springend is dat de Hoge Raad hierbij heeft geoordeeld dat de omvang van het nadeel zo nodig schattenderwijs dient te worden bepaald. Hoewel afdeling 6.1.10 BW niet van toepassing is (zie hierboven), lijkt dit toch te duiden op een toepassing van de regels voor schadebegroting ex artikel 6:97 BW.

14. Dan terug naar de casus. Allereerst, het geopperde artikel 3:53 lid 2 BW lijkt mij niet van toepassing op de casus om de simpele reden dat de overeenkomst niet is vernietigd. Dit artikel heeft immers als uitgangspunt dat sprake is van een vernietiging. De casus biedt wel grond voor een toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW, maar het is de vraag of dit artikel ook correct wordt toegepast.

15. In het kader van het bepalen wat het op te heffen nadeel zou zijn, heeft de rechtbank – al dan niet op instigatie van (een van de) partijen – gemeend uit te moeten gaan van een vergelijking van twee situaties. De hypothetische situatie, waarin de provincie vóór inschrijving Comol5 tijdig en expliciet zou hebben gewezen op de fout, en de situatie, zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.

16. De aan de overeenkomst voorafgegane aanbesteding is in het kader van artikel 6:230 lid 2 BW in mijn ogen echter een gepasseerd station en dient niet te worden betrokken bij de vergelijking. Hier bestaat ook geen grond voor. Uitgangspunt van artikel 6:230 lid 2 BW is immers dat de overeenkomst in stand blijft. Er dient in mijn ogen dan ook geen rekening gehouden te worden met kansen in de aanbesteding.

17. De rechtbank betreft in mijn visie dus ook ten onrechte het scenario, waarin Comol5 de aanbesteding niet zou hebben gewonnen als zij haar inschrijving met meer dan € 10 miljoen verhoogd zou hebben (het verschil met de nummer 2 in de aanbesteding), bij de vaststelling van het nadeel. Wat zou er zijn gebeurd als de inschrijving van de nummer 2 bij de aanbesteding slechts een bedrag van € 50.000,00 hoger was geweest dan die van Comol5? Was dit voor wat betreft de vaststelling van het nadeel dan het plafond geweest? Dit leidt niet alleen tot een volstrekt onbevredigend resultaat, maar ook tot een moeilijk te volgen redenering, aangezien het uitgangspunt van artikel 6:230 lid 2 BW nu juist is dat de overeenkomst in stand blijft. Deze wordt alleen gewijzigd ter opheffing van het geleden nadeel als gevolg van het bedrog.

18. Het is dus de vraag of aan de gevolgen van het gepleegde bedrog in deze casus door middel van een dergelijke vergelijking recht wordt gedaan. Sommige schrijvers gaan ervan uit dat in het geval van dwaling de dwalende gebracht moet worden in de toestand die hij in zijn dwaling had verwacht (zie Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:230 BW, aant. 2). Zo ook Meijer in zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad van 13 oktober 2023 (zie HR 13 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1429, *JOR* 2024/52, m.nt. Meijer (*X/Maetis*)). Ook ik ben geneigd om – zeker in onderhavig geval waarin er sprake is van bedrog – als uitgangspunt te nemen dat de dwalende dient te worden gebracht in de toestand die hij in zijn dwaling had verwacht. Kort en goed: de situatie, waarin Comol5 uitgaat van een correct ontwerp en niet wordt geconfronteerd met de vanwege het bedrog te maken extra ontwerp-, uitvoerings- en verdragingskosten, afgezet tegen de situatie, zoals deze in werkelijkheid is. Dat zou hier tot een bevredigendere uitkomst hebben geleid.

19. De discussie zal zich dan eerder toespitsen op de causaliteit. Zijn alle door Comol5 gestelde extra ontwerp-, uitvoerings- en verdragingskosten – kortom, het door Comol5 gestelde geleden nadeel – daadwerkelijk het gevolg van het door de provincie gepleegde bedrog? De door Driver Trett vastgestelde kosten hadden een discussie moeten opstarten over het totale door Comol5 geleden nadeel als gevolg van het bedrog van de provincie. Zo nodig had de rechtbank de hoogte van het geleden nadeel kunnen schatten.

20. Hoewel er natuurlijk hoger beroep kan worden ingesteld, lijkt het lastig voor de provincie om het oordeel, dat er sprake is van bedrog, van tafel te vegen. De provincie had immers eerder al zonder succes een getuigenverhoor opgetuigd voor het leveren van tegenbewijs. Een andere uitkomst ten aanzien van het geleden nadeel ligt misschien eerder voor de hand.

M.R. Lim