

# Vitesse – Provincie Gelderland: 1 – 0

Prof. mr. S.E. Bartels & mr. C. Spierings\*

HR 25 juni 2010, LJN: BL5420 (Provincie Gelderland/Vitesse c.s.)

## Inleiding

Wij zijn van Nijmegen. Een overwinning van Vitesse stemt ons daarom doorgaans niet vrolijk. De Arnhemse club kampt, overigens niet als enige club in het betaald voetbal, al geruime tijd met financiële moeilijkheden. Voordat investeerder Merab Zjordania medio augustus 2010 alle aandelen opkocht en verklaarde dat hij 'net zoveel geld tot zijn beschikking [heeft] als nodig is om Vitesse naar een hoger plan te brengen'<sup>1</sup> heeft de club een aantal keren op de rand van de financiële afgrond gestaan. Hoewel de zakelijke toekomst van Vitesse nu dus zekerder lijkt, steken naweeën van het kunst- en vliegwerk waarmee de club in het verleden in de lucht is gehouden nog af en toe de kop op. In de onderhavige zaak besliste de Hoge Raad dat de Provincie Gelderland aansprakelijk was uit onrechtmatige daad jegens Vitesse c.s. omdat door gedeputeerden een onbevoegde toezegging was gedaan dat de Provincie ervoor zou zorgen dat de huur van het GelreDome verlaagd werd.

## Feiten

De feiten uit de onderhavige zaak stammen uit 2001. Vanwege de slechte financiële positie waarin Vitesse destijds verkeert, is de KNVB slechts bereid een licentie voor deelname aan het betaald voetbal voor het seizoen 2001-2002 te verlenen indien voldaan wordt aan een aantal voorwaarden. De belangrijkste eis is dat wordt aangetoond dat het gat in de begroting, à fl. 22.700.000, gedekt wordt. De Stichting Vrienden van Vitesse, bestaande uit private investeerders, stelt een reddingsplan op. Onderdeel daarvan is het verlagen van de huur van het GelreDome, de thuisbasis van de club, van fl. 8.000.000 naar fl. 2.000.000. Op initiatief van leden van Gedeputeerde Staten (hierna: de gedeputeerden) van de Provincie Gelderland wordt overleg gevoerd op het Provinciehuis. Tijdens dit overleg wordt gesproken over hulp die de Provincie kan bieden bij het bewerkstelligen van de huurverlaging. Later blijkt dat een voorstel aan Provinciale Staten om het stadion te herfinancieren onvoldoende politiek draagvlak heeft. De

herfinanciering, en daarmee de huurverlaging, vinden uiteindelijk wel doorgang, maar zonder betrokkenheid van de Provincie. De benodigde dekking kan tijdig worden aangetoond en de KNVB verleent de vergunning. Eind goed, al goed? Het verhaal krijgt nog een staartje, in de vorm van een procedure die loopt tot juni 2010. Volgens Vitesse c.s. hadden de gedeputeerden tijdens het overleg de toezegging gedaan dat zij de huurverlaging van het GelreDome zouden bewerkstelligen. Nu deze toezegging niet is nagekomen, moet de schade vergoed worden die Vitesse en de private investeerders dientengevolge hebben geleden. Hierbij merken wij voor de volledigheid op, dat het GelreDome in deze procedure geen partij was. De schade die Vitesse c.s. stellen te hebben geleden betreft niet de fl. 6.000.000 inkomstenverlaging die de Provincie volgens Vitesse c.s. voor het GelreDome op had moeten vangen, maar hun eigen investeringen die zij als gevolg van de toezegging hebben gedaan. De grondslag van de vordering is primair een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Subsidiair betogen eisers dat de Provincie onrechtmatig heeft gehandeld omdat de gedeputeerden een toezegging zonder voorbehoud hebben gedaan, waarmee Vitesse c.s. bewust op het verkeerde been zijn gezet. Meer respectievelijk uiterst subsidiair wordt aangevoerd handelen in strijd met de precontractuele redelijkheid en billijkheid en het leveren van onvoldoende inspanning om de toegezegde huurverlaging te bewerkstelligen.

## Feitelijke instanties

De rechtbank Arnhem wijst de vordering van Vitesse c.s. af.<sup>2</sup> Eisers kunnen volgens de rechtbank niet bewijzen dat gedeputeerden een concrete, zonder voorbehoud gedane en de Provincie bindende toezegging hebben gedaan. Als er al een toezegging gedaan is, dan was deze onvoldoende concreet om Gedeputeerde Staten te verplichten tot het verrichten van meer inspanningen dan zij gedaan hebben. Het Arnhemse Hof beslist anders.<sup>3</sup> Uit getuigenverklaringen volgt volgens het Hof genoegzaam dat door de gede-

\* Charlotte Spierings is als promovenda verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 'Merab Zjordania: De waardering komt vanzelf', *De Gelderlander* 4 september 2010.

2 Rb. Arnhem 7 juni 2006, LJN: BE8709.

3 Hof Arnhem 3 juni 2008, LJN: BD6676.

puteerden een concrete toezegging zonder voorbehoud is gedaan om de huurverlaging te realiseren. Nu gedeputeerden echter niet via delegatie of mandaat vertegenwoordigingsbevoegdheid hadden verkregen, deden zij de overheidstoezegging onbevoegd. Vervolgens overweegt het Hof:

4.24 (...) De vraag die vervolgens voorligt is of de Provincie aan deze onbevoegd gedane toezegging contractueel gebonden is. Dit is het geval indien de onbevoegd gedane toezegging ook aan haar toegerekend kan worden, een dergelijke toerekening is alleen mogelijk indien Vitesse c.s. op grond van een verklaring of gedraging van PS c.q. de Provincie heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat de gedeputeerden tot het doen van deze toezegging bevoegd waren (vgl. het toedoenbeginsel ex art. 3:61 lid 2 BW). Hiervoor tellen alle omstandigheden van het geval mee.

4.25 (...) Uit het enkele feit dat de voorzitter van de KNVB op of omstreeks 4 juli 2001 over de eenmalige huurverlaging met de Commissaris van de Koningin telefonisch gesproken had (...), waarna de KNVB de licentie aan voetbalclub Vitesse verleend heeft, kan niet een verklaring of gedraging van de Provincie c.q. PS (in de zin van art. 3:61 lid 2 BW) afgeleid worden. Dat de KNVB met haar licentieverlening aan Vitesse er kennelijk vertrouwen in had dat de toestemming van PS er wel zou komen, kan niet tot de conclusie leiden dat dit vertrouwen door PS is opgewekt. In dit verband is van belang dat de Commissaris van de Koningin geen lid is van PS en (dus) ook niet aan haar besluitvorming deelneemt. Andere feiten en/of omstandigheden die zouden kunnen wijzen op een 'toedoen' van PS zijn niet gesteld of gebleken.

Volgens het Hof zijn er overigens onvoldoende omstandigheden gesteld of gebleken die wijzen op een toedoen van Provinciale Staten. Daardoor faalt de primaire grondslag van de vordering.

Subsidiair hebben Vitesse c.s. zich beroepen op onrechtmatig handelen van de provincie. De Provincie heeft Vitesse c.s. bewust op het verkeerde been gezet door niet tijdig mede te delen dat in haar ogen slechts sprake was van een inspanningsverbintenis en niet van een bindende toezegging. De onjuiste mededeling, c.q. het niet nakomen van de toezegging moet volgens eisers worden aangemerkt als een aan de Provincie toe te rekenen onrechtmatige daad. Om te beoordelen of de gedragingen van de gedeputeerden kunnen gelden als een onrechtmatige daad van de Provincie moet gekeken worden naar de norm die de Hoge Raad formuleerde in het arrest *Kleuterschool Babel*.<sup>4</sup> De norm houdt in dat gedragingen van een ambtenaar of overheidsorgaan ook dan een onrechtmatige daad van het overheidslichaam opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als gedragingen van het overheidslichaam. Het Hof vereenzelvigd in casu het handelen van gedeputeerden met handelen van de Provincie in de zin van het *Kleuterschool Babel*-arrest. Daarbij laat het Hof een rol spelen dat ook de Provincie financiële belangen had bij het zakelijk welzijn van Vitesse, dat het overleg op het Provinciehuis plaatsvond op initiatief van gedeputeerden, dat de urgentie groot was om tot een beslissing over verdere financiering

te komen en dat de aanwezigen gedetailleerde instructies ontvingen van gedeputeerden over de aanpak van de snering van Vitesse. Bovendien vindt het Hof dat het op de weg van gedeputeerden had gelegen te melden dat zij niet bevoegd waren de Provincie te binden en een voorbehoud te maken alvorens de toezeggingen te doen. Dat zij dit hebben nagelaten is een omstandigheid die binnen de risicosfeer van de Provincie ligt. Na dit vastgesteld te hebben, rest volgens het Hof de vraag of Vitesse c.s. gerechtvaardigd konden en mochten vertrouwen dat de Provincie de toezegging van de eenmalige huurverlaging na zou komen. Hierbij is van belang dat de directeur van het GelreDome enkele dagen na het overleg ten Provinciehuize een brief stuurde aan Vitesse c.s. waarin hij schreef dat de uitkomst van intensief overleg met vertegenwoordigers van de Provincie was dat de Provincie eenmalig de inkomstenverlaging voor het GelreDome op zou vangen. Pas twee weken later, toen de private investeerders al financiële verplichtingen waren aangegaan en de KNVB de licentie verleend had, liet de Provincie weten dat het een misverstand was dat de Provincie een dergelijke toezegging had gedaan. Dit was volgens het Hof te laat:

4.30 (...) Vitesse c.s. hebben in de procedure steeds benadrukt dat zij al deze investeringen niet zouden hebben gedaan indien zij hadden geweten dat het slechts ging om een inspanningsverbintenis van de zijde van de Provincie en niet om een toezegging waar zij op vertrouwden. Tegenover deze grote financiële inspanning van de zijde van Vitesse c.s., waarvan de Provincie ook wist dat deze gedaan zouden worden, mochten Vitesse c.s. er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de Provincie van haar zijde ook een financiële inspanning zou verrichten die verder reikte dan enkel een inspanningsverbintenis.

4.31 Door de toezegging van de gedeputeerden betreffende de eenmalige huurverlaging voor het seizoen 2001-2002 niet na te komen, handelt de Provincie niet alleen jegens Vitesse (...) onrechtmatig, doch ook jegens de private financiers (...) en de Stichting Vrienden van Vitesse (...) die als gevolg van de toezegging een miljoeneninvestering hebben gedaan c.q. een lening hebben afgesloten ter financiering van Vitesse.

### Cassatiemiddelen

De kern van het cassatiemiddel van de Provincie komt erop neer dat het Hof heeft miskend dat vast moest komen te staan dat Vitesse c.s. redelijkerwijze hadden aangenomen dat gedeputeerden over de vereiste volmacht beschikten. Gelet op de omstandigheden van het geval was dat in de onderhavige zaak niet het geval. Als relevante omstandigheden noemt de Provincie onder meer het feit dat (a) Vitesse c.s. de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet hadden moeten kennen, zeker nu zij hooggekwalificeerde professionals zijn;<sup>5</sup> (b) dat alle aanwezigen wisten dat ondersteuning van het betaald voetbal politiek gevoelig ligt en geen provinciale taak is; (c) de casus zoals die voorlag geen enkele regeling kent in de Provinciewet; en (d) de gedeputeerden geen onderzoek hadden gedaan en geen kennis van of inzicht in de financiële situatie bij Vitesse c.s. hadden. Deze omstandigheden staan er volgens de

4 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (m. nt. C.J.H. Brunner).

5 Vergelijk HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 545 (WGO/Koma).

Provincie aan in de weg, dat het handelen van gedeputeerden vereenzelvigd wordt met handelen van de Provincie in de zin van het Kleuterschool Babel-arrest. Bovendien is de Provincie niet nalatig geweest in het verstrekken van informatie over hun vertegenwoordigingsbevoegdheid, nu Vitesse c.s. hadden moeten verifiëren of een volmacht verleend was. De Provincie betoogt vervolgens dat eerst vast moet komen te staan dat gedeputeerden onrechtmatig handelden alvorens beoordeeld wordt of deze onrechtmatige daad toegerekend kan worden aan de Provincie. Ten vierde meent de Provincie dat voor beantwoording van de vraag of onrechtmatig gehandeld was, niet relevant is of de toezegging nagekomen is.<sup>6</sup>

Vitesse c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen de afwijzing door het Hof van de primaire grondslag van hun vordering. Zij stellen dat voor beantwoording van de vraag of de onbevoegde toezegging aan de Provincie kan worden toegerekend in de zin van het Kleuterschool Babel-arrest niet alleen gekeken moet worden naar verklaringen en gedragingen van het werkelijk bevoegde orgaan, maar ook naar alle andere omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang beschouwd.<sup>7</sup>

## Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt allereerst dat het Hof de Provincie niet op grond van artikel 6:170 BW kwalitatief aansprakelijk heeft geacht, maar dat de aansprakelijkheid berust op een eigen onrechtmatige daad van de Provincie.

4.1.1 Bij de beoordeling van het middel (...) wordt vooropgesteld dat het hof met het oog op de beantwoording van de vraag of de gedragingen van de gedeputeerden een onrechtmatige daad van de Provincie opleveren, terecht heeft onderzocht of die gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de Provincie hebben te gelden. Onderdeel 4, dat (...) betoogt dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht of het onbevoegde handelen van de gedeputeerden is geschied op een wijze, of is gepaard gegaan met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat hun optreden in strijd was met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, mist dan ook feitelijke grondslag omdat het is gebaseerd op het onjuiste uitgangspunt dat de Provincie door het hof kwalitatief aansprakelijk is geacht voor het onrechtmatige handelen van de gedeputeerden.

4.1.2 Uit de hiervoor (...) weergegeven overwegingen van het hof volgt dat, anders dan waarvan de onderdelen 1, 8 en 9 uitgaan en de eerste zin van rov. 4.31 op zich zelf genomen lijkt mee te brengen, de door het hof aanvaarde onrechtmatigheid niet bestaat in – en evenmin is gebaseerd op – de niet-nakoming door de Provincie van de op 2 juli 2001 gedane toezegging.

(...)

4.2 Voor het geval het middel mede een klacht bevat over het oordeel van het hof dat het handelen van de gedeputeerden op 2 juli 2001 in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen van de Provincie, faalt deze. Dit oordeel is alleszins begrijpelijk gelet op de omstandigheden dat het initiatief tot het overleg van 2 juli 2001 afkomstig was van de gedeputeerden, dat het overleg heeft plaatsgevonden in het Provinciehuis, dat de Provincie bij de uitkomst daarvan – zij het indirect – een aanzienlijk financieel belang had, en dat de aan de onrechtmatigheid ten grondslag gelegde handelwijze bestaat in het optreden van de gedeputeerden, met name de gedeputeerde Jacobs,

portefeuillehouder financiën, die de onderhavige aangelegenheid bij uitstek aanging.

De Hoge Raad stemt dus in met het oordeel van het Hof dat het handelen van de gedeputeerden te gelden heeft als handelen van de Provincie. Deze gedragingen leveren een onrechtmatige daad van de Provincie op. Volgens de Hoge Raad is de onrechtmatige daad niet gelegen in het feit dat de toezegging niet is nagekomen, maar in het überhaupt doen van een concrete toezegging zonder voorbehoud, zonder dat gedeputeerden daartoe bevoegd waren. Daardoor heeft de Provincie Vitesse c.s. op het verkeerde been gezet.

4.3 (...) Het lag niet op de weg van de andere aanwezigen navraag te doen naar de bevoegdheid van de gedeputeerden om de toezegging te doen. In de gegeven (...) omstandigheden mocht van gedeputeerden (...) worden verwacht dat zij tegenover Vitesse c.s. voldoende duidelijk een voorbehoud hadden gemaakt van toestemming van Provinciale Staten, dan wel dat zij uitdrukkelijk Vitesse c.s. hadden gewaarschuwd dat de Provincie slechts een inspanningsverplichting op zich nam. Nu de gedeputeerden niets van dit alles hebben gedaan, heeft de Provincie Vitesse c.s. op het verkeerde been gezet en onrechtmatig tegenover hen gehandeld.

(...)

4.5 Op zichzelf is het waar dat uit de Provinciewet voortvloeit dat de gedeputeerden zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten, niet bevoegd waren de Provincie door de onderhavige toezegging te binden. Uit de volgende feiten en omstandigheden, in samenhang beoordeeld:

- dat de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet onmiskenbaar is,
  - dat in een democratische rechtsstaat groot gewicht toekomt aan een zodanige bevoegdheidsverdeling,
  - dat een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens vertrouwen dat is gewekt door een onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandeling, met een en ander niet gemakkelijk is te rijmen,
  - dat Vitesse c.s., althans hun vertegenwoordigers, hooggekwalificeerde professionals zijn, zodat van hen mocht worden verwacht dat zij van deze bevoegdheidsverdeling op de hoogte waren, en
  - dat Vitesse c.s. wisten dat het overleg van 2 juli 2001 pas daags tevoren was afgesproken en dat het niet een provinciale taak is betaald voetbal te financieren,
- volgt dat slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is voor het oordeel dat het hiervoor in 4.3 omschreven handelen van de Provincie jegens Vitesse c.s. onrechtmatig is.

Het Hof heeft volgens de Hoge Raad bovendien niet miskend dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden om aan te nemen dat Vitesse c.s. erop mochten vertrouwen dat de gedeputeerden intern maatregelen hadden genomen om een voor de Provincie bindende regeling te kunnen treffen. In deze zaak speelde onder meer een rol dat:

- de Provincie een financieel belang had bij het voortbestaan van het GelreDome, dat wellicht failliet zou gaan als Vitesse er geen wedstrijden meer zou spelen;
- sprake was van een crisissituatie;
- de gedeputeerden het initiatief tot het overleg hadden genomen;
- dit overleg plaatsvond op het Provinciehuis;
- de Provincie mordicus tegen privatisering van het GelreDome was;

6 De Provincie gaat ook nog in op het relativiteitsvereiste en op het causaal verband. Wij laten

dat hier rusten, omdat de Hoge Raad er niet op ingaat.

7 Vergelijk HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 (Felix/Aruba).

- gedetailleerde instructies werden gegeven aan de betrokkenen over de sanering; en dat
- de gedeputeerden een belangrijke en gezichtsbepalende positie innemen in de organisatie van de Provincie en dat zij het dagelijks bestuur voeren.

In dit geval waren de relevante omstandigheden van dien aard dat het Hof met zijn onrechtmatigheidsoordeel geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>8</sup>

## Noot

De onderhavige zaak biedt een schat aan onderwerpen die bespreking verdienen. In deze noot buigen wij ons eerst over de vraag wat een toezegging precies is en op welke mogelijke grondslagen iemand die een toezegging doet (en die niet gestand doet) aansprakelijk gesteld kan worden. Vervolgens bezien wij de plaats van de toezegging in het stelsel van bronnen van verbintenissen in het Burgerlijk Wetboek. Ten slotte bespreken wij een aantal andere in het oog springende aspecten uit dit arrest, waaronder de verhouding tussen kwalitatieve aansprakelijkheid van de overheid en aansprakelijkheid van de overheid voor ‘eigen’ handelen.

### 6.1 Wat is een toezegging?

In dit arrest draait het om een toezegging die (gedeputeerden van) de Provincie Gelderland gedaan zou(den) hebben aan voetbalclub Vitesse, de private investeerders en de Stichting Vrienden van Vitesse. Wij abstraheren hier eerst enigszins van de concrete casus en laten buiten beschouwing dat de gedeputeerden niet bevoegd waren de Provincie te vertegenwoordigen.

De toezegging is niet zo eenvoudig juridisch te kwalificeren. De parlementaire geschiedenis biedt weinig houvast: de minister van Justitie overwoog dat men niet kon spreken van een rechtsfiguur die zich leent voor algemene regels. Het woord ‘toezegging’ is niet een term met een vast omliggende juridische betekenis, maar veeleer een korte aanduiding van een telkens weer ander feitencomplex, waarbij het aankomt op de omstandigheden van het geval.<sup>9</sup> In zijn dissertatie<sup>10</sup> formuleert Menu een wat concretere begripsbepaling van de *overheidstoezegging* in het privaatrecht.<sup>11</sup> Zijn definitie bevat de volgende elementen:

- de overheidstoezegging in het privaatrecht stelt een bepaalde handelwijze in het vooruitzicht;
- gaat doorgaans vooraf aan een later nog formeel te nemen besluit of te verrichten bestuurshandeling;
- kenmerkt zich door eenzijdigheid;
- heeft per definitie een begunstigend karakter;
- is gericht op een specifieke situatie;
- is persoonsgericht en -gebonden;
- geeft een standpunt weer;
- is vervat in concrete bewoordingen.

Bloembergen<sup>12</sup> merkt in zijn bespreking van het proefschrift van Menu terecht op dat in bovenstaande definitie het aspect van binding ontbreekt. Het overheidsorgaan dat de toezegging doet moet zich willen verbinden tot de in het vooruitzicht gestelde handelwijze. Wij menen dat een toezegging een eenzijdige rechtshandeling kan zijn, indien degene die de toezegging doet zichzelf wenst te binden. Indien de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwd heeft op een tot hem gerichte toezegging, kan degene die de uitlatingen gedaan heeft ingevolge artikel 3:35 BW geen beroep doen op het ontbreken van zijn werkelijke bindingswil.

Was in de onderhavige zaak sprake van een overheidstoezegging, als we de criteria van Menu hanteren?

- De gedeputeerden stelden een bepaalde handelwijze in het vooruitzicht, namelijk dat zij de huurverlaging zouden bewerkstelligen.
- Deze uitlatingen gingen vooraf aan een formeel door Provinciale Staten te nemen besluit.
- De vermeende toezegging was eenzijdig; tegenover de prestatie van de Provincie stond geen directe tegenprestatie of toezegging van Vitesse c.s.
- De verklaring was ook zeker begunstigend voor Vitesse c.s., nu zij indirect profiteerden van het feit dat de Provincie de inkomstenverlaging voor het GelreDome op zou vangen.
- De uitlatingen waren gericht op een specifieke situatie, namelijk het realiseren van een eenmalige huurverlaging voor het seizoen 2001-2002.
- De uitspraken werden gedaan tegen specifieke personen, te weten de private investeerders en de leden van de Stichting Vrienden van Vitesse.
- Het verklaarde gaf het standpunt van de gedeputeerden weer dat zij van mening waren dat de Provincie middels de herfinanciering een steentje bij zou moeten dragen aan de sanering van Vitesse.
- Uit de feiten zoals wij ze kennen uit het vonnis van de rechtbank en de arresten van Hof en Hoge Raad blijkt niet duidelijk in welke bewoordingen de verklaring was vervat.

Het is onduidelijk of de gedeputeerden de Provincie wilden binden, nu dit in de procedure ontkend is. Als dit standpunt van de Provincie wordt aanvaard, is geen sprake van een op rechtsgevolg gerichte wil. Aangezien dan niet is voldaan aan de eisen van artikel 3:33 BW kan men de uitlatingen niet kwalificeren als een rechtshandeling. In eerste aanleg zijn getuigenverhoren gehouden, maar de betrokkenen spreken elkaar tegen over wat er precies is gezegd tijdens het overleg. Dat maakt het voor de rechter lastig om een beroep op de wilsvertrouwensleer van artikel 3:35 BW te beoordelen, nu niet vastgesteld kan worden of Vitesse c.s. er gerechtvaardigd

8 Zie ook J.H.W. Koster, ‘Knabbel en Babbel in Arnhem: Aansprakelijkheid van de Provincie Gelderland voor toezeggingen in het kader van de reddingsoperatie van Vitesse’, *JutD* 2010/16, p. 6-8.

9 MvA I Inv., PG Inv. Boek 6 BW, p. 1433.

10 J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht. Een intern rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

11 Menu 1994, a.w., p. 197.

12 A.R. Bloembergen, ‘Boekbesprekingen: J.M.M. Menu, De toezegging in het privaatrecht. Een intern rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht’, *RM Themis* 1996, nr. 2, p. 58.

op vertrouwd hebben dat de uitlatingen een op gebondenheid gerichte wilsverklaring betroffen. Voor beantwoording van de vraag of sprake is van een toezegging is doorslaggevend hoe de rechter de feiten waardeert en of hij door Vitesse c.s. bewezen acht dat gedeputeerden wel degelijk gebondenheid wilden doen ontstaan op het moment dat zij de uitlatingen deden. De rechtbank beoordeelt die vraag ontkennend. Het Hof komt tot een andere conclusie. Slechts één gedeputeerde verklaarde dat een voorbehoud was gemaakt ten aanzien van de gebondenheid. Volgens de anderen is er niet over gesproken, of zij weten het niet meer. Omdat het Hof het vooral vreemd vindt dat de andere gedeputeerden hun collega's verklaring niet ondersteunen, concludeert het dat er zonder voorbehoud uitlatingen zijn gedaan over de huurverlaging. Daarmee was volgens het Hof in deze zaak sprake van een toezegging.

### 6.2 Wat is de grondslag voor aansprakelijkheid bij toezeggingen?

Op welke grondslag kan iemand die een toezegging niet nakomt, aangesproken worden op zijn gebondenheid? Hierover is in de wet niets bepaald. Drie mogelijke grondslagen dienen zich aan:

- men neemt aan dat er een overeenkomst tot verrichting van het toegezegde tot stand is gekomen tussen degene die de toezegging deed en diens wederpartij. Niet-nakoming van het toegezegde levert wanprestatie op;
- het niet nakomen van de toezegging is in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt en leidt tot een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW;
- degene die de toezegging doet is op grond van de eenzijdige rechtshandeling zelf gebonden en kan op die grondslag aangesproken worden in geval hij de toezegging niet nakomt.

Er is wel verdedigd dat een toezegging pas privaatrechtelijk<sup>13</sup> verbintenissen kan scheppen als de wederpartij aanvaard heeft.<sup>14</sup> Zij menen dat eenzijdig tot stand gebrachte verbintenissen strijdig zijn met het stelsel van het BW en dat voorkomen moet worden dat aan de wederpartij tegen zijn wil een voordeel wordt opgedrongen. Als een toezegging niet aanvaard is, kunnen slechts verbintenissen ontstaan omdat en indien degene die toegezegd heeft een

zorgvuldigheidsplicht geschonden heeft door niet na te komen, en dientengevolge onrechtmatig heeft gehandeld jegens degene tot wie de toezegging gericht was. Anderen menen dat de toezegging wel zelfstandig verbintenissen kan scheppen.<sup>15</sup> Snijders neemt een tussenpositie in met het standpunt dat de eenzijdige overheidstoezegging zelfstandig bindend is, maar dat pas verbintenissen ontstaan, als de rechtshandeling aanvaard is.<sup>16</sup> Om de standpunten beter op waarde te kunnen schatten, staan wij stil bij het stelsel van bronnen van verbintenissen in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.

#### 6.2.1 Bronnen van verbintenissen

Het Nederlands Burgerlijk Wetboek (BW) kent een geclausuleerd open stelsel van bronnen van verbintenissen.<sup>17</sup> Artikel 6:1 BW bepaalt dat verbintenissen slechts kunnen voortvloeien uit de wet. In deze bepaling is de rechtsregel overgenomen die de Hoge Raad formuleerde in het arrest Quint/Te Poel.<sup>18</sup> Met de zinsnede dat verbintenissen slechts kunnen 'voortvloeien uit de wet' wordt bedoeld dat niet alle verbintenissen rechtstreeks teruggevoerd hoeven te kunnen worden op een wetsartikel. In gevallen die de wet niet regelt, moet wel een oplossing worden gezocht die past in het stelsel van de wet en die aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen. De wet bepaalt niet expliciet welke rechtsfeiten verbintenis-scheppend kunnen zijn. Hiervan heeft de wetgever bewust afgezien, omdat daar ongewenste consequenties aan verbonden zouden kunnen worden, en een dergelijke classificatie nooit sluitend kan zijn.<sup>19</sup> Volgens wetgever en Hoge Raad kunnen verbintenissen niet slechts op grond van de redelijkheid en billijkheid ontstaan.<sup>20</sup> Door de principiële openheid van het systeem kan echter wel een nieuwe bron van verbintenissen worden aangenomen, mits deze past in het stelsel van de wet.<sup>21</sup>

#### 6.2.2 De positie van de eenzijdige rechtshandelingen in dit systeem

Kan nu op grond van het huidige wettelijke stelsel worden aangenomen dat eenzijdige rechtshandelingen verbintenissen kunnen scheppen? Het Burgerlijk Wetboek kent als bronnen van verbintenis (1) de overeenkomst, (2) de onrechtmatige daad en (3) verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst of onrechtmatige daad.

13 Bloembergen stelt dat in het bestuursrecht gebondenheid aan overheidstoezeggingen gegrond is op het vertrouwensbeginsel, hoewel hij dit niet wenselijk acht, zie Bloembergen 1996, *a.w.*, p. 58.

14 Zie bijvoorbeeld J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss. RU), Deventer: Kluwer 1989, p. 104; Bloembergen 1996, *a.w.*, p. 58; H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Het rechtsgevolg van een overheidstoezegging. De provincie Gelderland pleegt een onrechtmatige daad', *Gst.* 2010, nr. 93, paragraaf 3.4.

15 Menu 1994, *a.w.*, p. 280-281; J.B.M. Vranken, 'Wis-selwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht', in: E.M.H. Hirsch Ballin, J.A.F. Peters et al., *Bestuursrecht en NBW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 33.; H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer: Kluwer 1984, p. 35 e.v.

16 W. Snijders, 'Artikel 3.1.1.15 BW en de schakelbe-

palingen', in: E.M.H. Hirsch Ballin, J.A.F. Peters et al., *Bestuursrecht en NBW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 61-62.

17 J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Monografieën Nieuw BW A-2), Deventer: Kluwer 2003, p. 24; J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 264; G.C.G.J. van Roermund, *Wet en belofte* (oratie Tilburg, KUB), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 8-9; G. van Maanen, 'Een dubbel feestje?', *NJB* 2009, 185. Anders: C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. KU Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 187. Zij schrijft dat het Nederlandse stelsel van bronnen van verbintenissen principieel gesloten is.

18 Hoge Raad 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548.

19 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 39; Smits 2003, *a.w.*, p. 23.

20 Cauffman 2005, *a.w.*, p. 169. Schoordijk, die betoogde dat billijkheid en gewekt vertrouwen direct verbintenissen doen ontstaan, denkt daar anders over. H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenisrecht van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 17 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer: Kluwer 1984, p. 68 en 89. Opgewekt vertrouwen is volgens Schoordijk zelfs de grondslag van contractuele aansprakelijkheid. De wetgever hield echter uit oogpunt van rechtszekerheid vast aan de eis dat verbintenissen hun oorzaak in de wet moeten hebben om afdwingbaar te kunnen zijn. Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 42; Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 39.

21 J.M. Smits, 'Bronnen van verbintenis: over pragmatisme en de Anglicisering van het Nederlands verbintenisrecht', *R&R* 1997/3, p. 220.

Dogmatisch kan onder deze laatste categorie de eenzijdige rechtshandeling begrepen worden. In titel 4 van boek 6 BW worden slechts de zaakwaarneming, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking geregeld, maar dit betekent niet dat daarnaast geen andere bronnen bestaan.<sup>22</sup> Een rechtsfeit kan elders in de wet als bron van verbintenissen worden aangewezen, en bovendien is voldoende dat het ontstaan van de verbintenis voortvloeit uit de wet. De wetgever heeft nergens expliciet gesteld dat 'de eenzijdige rechtshandeling' een bron van verbintenissen kan zijn, zoals dat wel is gebeurd ten aanzien van 'het contract' en 'de onrechtmatige daad'. Sterker nog, volgens een bepaalde passage in de parlementaire geschiedenis kan een persoon slechts door een overeenkomst en niet door een eenzijdige rechtshandeling een afdwingbaar vorderingsrecht verkrijgen.<sup>23</sup> De ratio van de hier verwoorde gedachte is, dat het niet in het stelsel van het Burgerlijk Wetboek past om iemand tegen zijn zin een verbintenis op te dringen.<sup>24</sup> Men dient een ander geen geschenken te kunnen geven die hij niet wenst te aanvaarden.<sup>25</sup>

In de literatuur zijn verschillende opvattingen verdedigd over de gebondenheid aan en verbintenissen uit eenzijdige rechtshandelingen. Reeds ten tijde van het Oud Burgerlijk Wetboek (OBW) meenden auteurs als Janssens,<sup>26</sup> Pitlo en Bolweg<sup>27</sup> en Rutten<sup>28</sup> dat een eenzijdige wilsverklaring bron van verbintenissen kon zijn. Deze opvatting wordt gedeeld door Smits,<sup>29</sup> Menu,<sup>30</sup> Schoonenberg<sup>31</sup> en Vranken.<sup>32</sup> Bannier en Van Delden schrijven dat artikel 3:33 BW de wettelijke grondslag is om het verbintenis-scheppende karakter van eenzijdige rechtshandelingen aan te kunnen nemen. Het artikel bestrijkt volgens hen immers tevens eenzijdige rechtshandelingen, en het 'rechtsgevolg' waar de wil op gericht moet zijn om van een rechtshandeling te kunnen spreken kan ook een verbintenis zijn. Hartkamp en Sieburgh zien, mede gelet op de vloeiende overgang tussen de eenzijdige overeenkomst en de eenzijdige rechtshandeling, geen bezwaren om aan te nemen dat ook uit eenzijdige rechtshandelingen verbintenissen kunnen voortvloeien.<sup>33</sup> Andere auteurs menen dat er wel degelijk dogmatische bezwaren zijn tegen het aannemen van de verbintenis-scheppende eenzijdige rechtshandeling, al erkennen sommigen wel dat een dergelijke figuur in bepaalde gevallen wenselijk zou zijn.<sup>34</sup>

Wij zijn van mening dat een eenzijdige rechtshandeling zelfstandig verbintenissen kan scheppen, en dat een toezegging dat dus ook kan. Het argument dat een een-

zijdig tot stand gebrachte verbintenis niet past in het stelsel van de wet overtuigt niet, nu er in het Burgerlijk Wetboek verschillende voorbeelden aan te wijzen zijn waar eenzijdige rechtshandelingen verbintenissen in het leven roepen. Hierbij valt te denken aan het legaat, bekrachtiging van een onbevoegd verrichte rechtshandeling en de zogenoemde 403-verklaring. Een korte toelichting op het laatstgenoemde geval. Op grond van artikel 2:403 BW geldt voor concernvennootschappen een beperkte jaarrekeningplicht, indien aan bepaalde vereisten voldaan is, waarvan één bestaat in het deponeren van een verklaring van de moedermaatschappij voor haar dochterondernemingen dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor schulden van de dochter die voortvloeien uit door de dochter verrichte rechtshandelingen. Het afleggen van deze verklaring is een eenzijdige rechtshandeling, die zelfstandig verbintenissen schept, aldus de Hoge Raad in het arrest AKZO Nobel/ING.<sup>35</sup> De schuldeisers van de dochtervennootschap kunnen de moedermaatschappij aanspreken tot betaling op grond van de 403-verklaring zelf.

Het belangrijkste verschil tussen de (overheids)toezegging en een eenzijdige overeenkomst is gelegen in het feit dat de toezegging werking heeft, dat wil zeggen leidt tot gebondenheid van degene die de toezegging doet, zonder dat aanvaarding nodig is.<sup>36</sup> Een kernaspect van de eenzijdige overeenkomst is dat het een meerzijdige rechtshandeling is, die pas rechtsgevolg heeft als tussen beide partijen wilsovereenstemming is ontstaan, die zich uit in een aanbod en een aanvaarding. Wij zeggen het Hartkamp & Sieburgh echter na dat dit theoretische verschil in de praktijk soms nauwelijks waarneembaar is.

Er is niet veel Nederlandse literatuur over het onderwerp verschenen. Geïnteresseerden kunnen zich nader in de stof verdiepen met het in 2005 verschenen Leuvense proefschrift van Caroline Cauffman, waarin de eenzijdige belofte bijzonder diepgaand wordt behandeld.<sup>37</sup>

### 6.2.3 Europees privaatrecht

Het kan geen jurist (daar vallen rechtenstudenten onder)<sup>38</sup> zijn ontgaan dat er sinds vele jaren initiatieven worden ontplooid teneinde te komen tot een verdergaande harmonisatie van het privaatrecht in Europa. Hierbij valt te denken aan de *Principles of European Contract Law* (PECL) en de *Draft Common Frame of Reference*

22 P. Abas, 'Tien jaren na Quint/Te Poel', *WPNR* 1970, p. 559; Smits 1997, *a.w.*, p. 213.

23 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 87.

24 Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2008, nr. 85; Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2009, nr. 316.

25 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, p. 588.

26 L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, Amsterdam: Paris 1926, p. 126 e.v.

27 Pitlo-Bolweg 3, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1979, p. 39.

28 Asser-Rutten 4-I 1973, p. 56.

29 Smits 2003, *a.w.*, p. 67.

30 Menu 1994, *a.w.*, p. 279.

31 R.M. Schoonenberg, 'De toezegging in het licht van recente jurisprudentie', in: *Omwille van de consument. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. Mr. P. Clausing*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 106.

32 J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 112; Vranken 1988, *a.w.*, p. 31-32; J.B.M. Vranken, 'Recente rechtspraak', *WPNR* 1989, p. 449.

33 Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2009, nr. 102; Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2008, nr. 47.

34 In deze zin: N.K.F. Land en W.H. de Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*,

*deel 4*, Haarlem: De erven F. Bohn 1907, p. 173-174; J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, Deventer: Kluwer 1989; Bloembergen 1996, *a.w.*, p. 58; H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 1992, p. 125 e.v.

35 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447 (AKZO Nobel/ING Bank).

36 Zie ook Cauffman 2005, *a.w.*, p. 455.

37 C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven), Oxford/Antwerpen: Intersentia 2005.

38 Aldus Van Dale.

(DCFR).<sup>39</sup> Het is interessant te zien welke positie de eenzijdige rechtshandeling in deze documenten inneemt, aangezien in de verschillende Europese rechtsstelsels uiteenlopende opvattingen verdedigd worden ten aanzien van deze figuur. In de PECL wordt de verbintenisscheppende eenzijdige rechtshandeling expliciet erkend in artikel 2:107 PECL. In de DCFR wordt, meer dan in de PECL, het begrip ‘rechtshandeling’ als uitgangspunt genomen in plaats van ‘contract’.<sup>40</sup> In artikel II 1:101 DCFR wordt de rechtshandeling gedefinieerd als ‘any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such.’ Een rechtshandeling kan eenzijdig, tweezijdig of meezijdig zijn. Ingevolge artikel II 1:103 DCFR kan een ‘unilateral undertaking’ de persoon die de handeling verricht binden, als het bedoeld is om zonder aanvaarding juridische gebondenheid te scheppen.<sup>41</sup>

In haar proefschrift beschrijft Caroline Cauffman hoe in een toekomstig Europees privaatrecht de eenzijdige belofte geregeld zou moeten worden. Zij bepleit onder meer de eenzijdige belofte als bron van verbintenissen voor het Belgische recht onder te brengen bij de quasi-contracten.<sup>42</sup> Deze worden in artikel 1371 Belgisch Burgerlijk Wetboek gedefinieerd als geheel vrijwillige daden van de mens, waaruit enige verbintenis ontstaat jegens een derde, en soms een wederzijdse verbintenis voor beide partijen. Dogmatisch zou er volgens Cauffman geen bezwaar zijn tegen de kwalificatie van de eenzijdige belofte als quasi-contract, nu deze valt onder de wettelijke definitie van het quasi-contract. Het Nederlandse BW geeft geen definitie van het quasi-contract, maar behandelt wel de twee rechtsfiguren die in België gelden als quasi-contracten, namelijk de zaakwaarneming en de onverschuldigde betaling.

### 6.3 Op welke grondslag werd in de Vitesse-zaak aansprakelijkheid aangenomen?

Wij keren van Europa terug naar Gelderland, naar het geschil tussen Vitesse c.s. en de Provincie. In de Vitesse-zaak waren de gedeputeerden niet vertegenwoordigingsbevoegd, zodat de juridische strijd zich niet toespitste op de status van de toezegging.

Bij de rechtbank strandt de vordering van Vitesse c.s. omdat niet bewezen kon worden dat een concrete toezegging gedaan was. Daardoor komt de rechtbank niet toe aan de vraag op welke grondslag aansprakelijkheid aangenomen zou kunnen worden indien er een rechtsgeldi-

ge toezegging is gedaan. Het Hof wijst de vordering van Vitesse c.s. echter toe. Hof en HR gaan er wel van uit dat er (onbevoegd) een concrete toezegging is gedaan. Het Hof wijst contractuele gebondenheid van de provincie als grondslag voor aansprakelijkheid af. In de onderhavige procedure zijn de gedeputeerden die de toezegging gedaan hadden, geen partij. Zij waren niet bevoegd om namens de Provincie een toezegging te doen. Om in een dergelijk geval van onbevoegde vertegenwoordiging contractuele gebondenheid van de Provincie aan te nemen, is ingevolge artikel 3:61 lid 2 BW vereist dat de wederpartij op grond van een verklaring of gedraging van de Provincie redelijkerwijs heeft aangenomen dat een toereikende volmacht verleend was. Aan dit ‘toedoenbeginsel’ is volgens het Hof niet voldaan. De uitkomst zou waarschijnlijk niet anders zijn geweest als het Hof van mening was geweest dat de toezegging niet op contractuele grond verbintenissen schept, maar reeds uit eigen hoofde. Ook dan zou aan het toedoenbeginsel getoetst worden, aangezien artikel 3:61 lid 2 BW ziet op alle rechtshandelingen.

Het Hof acht de Provincie echter wel aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het Hof hanteert – terecht, aldus de Hoge Raad – de regel uit het Kleuterschool Babbel-arrest,<sup>43</sup> volgens welke gedragingen van gedeputeerden een onrechtmatige daad van de Provincie kunnen opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de Provincie hebben te gelden. De toepassing door het Hof van dit criterium in het concrete geval acht de Hoge Raad ‘alleszins begrijpelijk’ (r.o. 4.2).

De Hoge Raad gaat in r.o. 4.1.1 in op de verhouding tussen kwalitatieve aansprakelijkheid van de Provincie op grond van artikel 6:170 BW en de *eigen* aansprakelijkheid van de provincie op grond van artikel 6:162 BW. Uit het onderhavige arrest kan onzes inziens worden afgeleid dat het onzuiver is om in een Babbel-geval te zeggen dat de Provincie aansprakelijk is voor de onrechtmatige gedraging (of nog iets ruimer: fout) van een van haar ambtenaren of organen indien deze haar als eigen onrechtmatige daad kan worden toegerekend. Deze formulering – die men op verscheidene plaatsen aantreft – wekt te veel de suggestie dat een onrechtmatige gedraging van de ambtenaar of het orgaan een voorwaarde is voor Babbel-aansprakelijkheid van het overheidsorgaan. Uit het Vitesse-arrest (r.o. 4.1.1, tweede alinea) blijkt nu dat dat niet het te volgen redeneerpatroon is. Anders dan bij

39 Zie daarover onder meer O. Lando, H. Beale et al. (red.), *Principles of European Contract Law*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Law International 1995; Study Group on a European Civil Code, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: Sellier 2009.

40 DCFR, Introduction nr. 51.

41 Een derde initiatief dat genoemd kan worden in dit kader is de PICC, de Unidroit Principles of International Commercial Contracts. In dit document wordt de eenzijdige rechtshandeling niet expliciet als verbindend erkend, wat op zich niet

verwonderlijk is nu de tekst ziet op overeenkomsten. Toch kan uit enkele artikelen worden afgeleid dat de opstellers menen dat een eenzijdige rechtshandeling niet geheel zonder gevolg is. Uit art. 2.1.4 PICC blijkt dat een aanbod – zijnde een eenzijdige rechtshandeling – de geadresseerde de bevoegdheid verschaft een overeenkomst tot stand te brengen, en onder omstandigheden de aanbieder verhindert terug te komen op het gedane aanbod. Deze bepaling vindt men ook in art. 16 lid 2 van de *United Nations Convention on the International Sale of Goods* (CISG). Art. 3.20 PICC bepaalt bovendien dat de gegeven regeling

voor contracten analoog wordt toegepast op eenzijdige verklaringen.

42 Cauffman 2005, *a.w.*, p. 75 e.v. Een interessante parallel is het quasi-legaat, zie: F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. RU), 2005, met name hoofdstuk IV. Wij laten het onderwerp hier verder rusten.

43 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (m.nt. C.J.H. Brunner); *Ars Aequi* 1980, p. 250-254, m.nt. P. van Schilfgaarde.

kwalitatieve aansprakelijkheid behoeft *niet* te worden geconstateerd dat de handelende persoon zelf een fout heeft gemaakt, waarna een ander voor deze fout kwalitatief aansprakelijk is. Het Hof hoefde – aldus de Hoge Raad – niet te onderzoeken of de gedeputeerden zelf onrechtmatig handelden.<sup>44</sup> Het *wel* te volgen redeneerpatroon luidt dus: 1) heeft het gedrag van de ambtenaren (en/of het orgaan) te gelden als gedrag dat in het maatschappelijk verkeer als gedrag van de Provincie heeft te gelden? Zo ja, 2) was het gedrag van de Provincie onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW? Het gedrag van de handelende persoon wordt meegenomen bij de beoordeling van de vraag of het handelen van het overheidslichaam onrechtmatig is. Dit gedrag wordt beoordeeld als het handelen van het overheidslichaam. De vraag of het handelen van de gedeputeerden onrechtmatig was, hoeft niet te worden beantwoord bij de beoordeling van de eigen onrechtmatige daad van de Provincie. Van Maanen schrijft dan ook terecht dat Babel-aansprakelijkheid *niet uitsluit* dat de ambtenaar zelf ook aansprakelijk is.<sup>45</sup>

De Hoge Raad baseert zijn onrechtmatigheidsoordeel uitdrukkelijk niet op niet-nakoming van de toezegging. Hij oordeelt dat het Hof dat evenmin heeft gedaan (r.o. 4.1.2). R.o. 4.31, eerste zin, van het arrest van het Hof lijkt weliswaar ‘op zichzelf genomen’ mee te brengen dat niet-nakoming van de toezegging onrechtmatig is, maar de Hoge Raad leest de bewuste zinsnede in de gehele context van het Hof-arrest. Die context is (vooral) de afwijzing van de vordering op grond van de primaire grondslag (wanprestatie) en de toewijzing op basis van de subsidiaire grondslag (onrechtmatige daad). De Hoge Raad stelt dat het oordeel van het Hof zo verstaan moet worden dat het Hof als onrechtmatig handelen beschouwt het feit dat gedeputeerden onbevoegd en zonder voorbehoud of waarschuwing een toezegging hebben gedaan.<sup>46</sup> Deze gedragingen worden vervolgens aan de Provincie toegerekend omdat het handelen volgens de Hoge Raad in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als handelen van de Provincie. De Provincie is aansprakelijk op grond van een onrechtmatige daad, omdat onzorgvuldig gehandeld is jegens Vitesse c.s., omdat zij door het doen van de toezegging bewust op het verkeerde been zijn gezet.

Belangrijk is in deze uitspraak ook nog dat de Hoge Raad uitvoerig aangeeft waarom ‘*slechts onder bijzondere omstandigheden*’ plaats is voor het oordeel dat het (...) in 4.3 omschreven handelen van de Provincie jegens Vitesse c.s. onrechtmatig is.’ [cursivering SB/CS]. Uitvoerig benoemt de Hoge Raad vervolgens de omstandigheden die het Hof ertoe konden leiden aan te nemen dat in casu sprake was van dergelijke bijzondere omstandigheden.

#### 6.4 Causaliteit en schade

Vitesse c.s. stellen dat zij financiële verplichtingen zijn aangegaan, die zij zonder de toezegging niet op zich genomen zouden hebben. Er is blijkens het standpunt van Vitesse c.s. dus een *conditio sine qua non*-verband tussen het doen van de toezegging en de gestelde schade en niet zozeer tussen het niet-nakomen van de toezegging en de schade. Dat is in lijn met de uitleg die de Hoge Raad geeft aan het arrest van het Hof.

Hier blijkt dat het belangrijk is dat de onrechtmatige daad niet bestaat uit het niet-nakomen van de toezegging. Zou dat wel het geval zijn dan zou de c.s.q.n.-toets er namelijk zo uitzien: zou de schade (we laten nog even in het midden wat in casu precies de schade is) ook zijn ingetreden als de toezegging wel zou zijn nagekomen? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. Vitesse c.s. zouden precies dezelfde investeringen hebben gedaan met precies dezelfde risico’s en gevolgen. Er zou geen causaal verband bestaan tussen het onrechtmatig handelen en de gestelde schade. Nu het onrechtmatigheidsoordeel echter gebaseerd is op het onbevoegd doen van een toezegging zonder voorbehoud is er wel een c.s.q.n.-verband, aangezien Vitesse c.s. de financiële verplichtingen zijn aangegaan doordat ze op het verkeerde been zijn gezet door de onbevoegd gedane toezegging. Zonder de toezegging zouden ze de financiële verplichtingen niet zijn aangegaan. Een vraag waar wij echter mee (blijven) worstelen, is welke schade het gevolg is van het onrechtmatig handelen van de provincie. De Hoge Raad overweegt daarover:

4.3 (...) Gedeputeerden hadden behoren te begrijpen dat Vitesse c.s. zeer aanzienlijke schade zou lijden – bestaande uit in dat geval tevergeefs gemaakte kosten en aangegane verplichtingen – als het daartoe bevoegde orgaan, Provinciale Staten, de noodzakelijke toestemming voor hun handelen niet zou verlenen.

Deze overweging zegt niet welke schade er daadwerkelijk is geleden. De opmerking van de Hoge Raad gaat o.i. over de schade die Vitesse c.s. *zouden hebben kunnen leiden* als gevolg van het onrechtmatig handelen. Zoals de zaken uiteindelijk gelopen zijn, kan toch niet worden gezegd dat de investeringen ‘tevergeefs’ zijn gedaan? Het doel van de investeringen was het verkrijgen van een licentievoor deelname aan betaald voetbal in het seizoen 2001-2002. Dit doel is bereikt, nu de licentie op 17 juli 2001 door de KNVB is verleend. Dat de gedeputeerden op het moment dat zij de toezegging deden er niet op hadden mogen vertrouwen dat de vergunning ook daadwerkelijk verleend zou worden in het geval de toestemming van Provinciale Staten uit zou blijven, is een vraag die speelt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen, en niet een kwestie die bepalend is voor het al dan niet bestaan van schade. Wat

44 Anders: Hennekens 2010, a.u. paragraaf 2.2 e.v., 2.6 en 4.2.

45 J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2009, p. 23.

46 Voor een diepgaande beschouwing van het maken van voorbehouden verwijzen wij naar M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht, UU), Deventer: Kluwer 2009, met name hoofdstuk 6. Ruygvoorns’ categorisering volgend had een

categorie II voorbehoud gemaakt moeten worden (p. 167), bijvoorbeeld in de vorm van een opschortende voorwaarde (p. 170) of een vormvoorschrift in ruime zin (p. 182).

de schade is die het gevolg is van de onrechtmatige daad zal nog moeten worden vastgesteld in de schadestaatprocedure. Over het causale verband merken wij ten slotte nog het volgende op. De onrechtmatigheid was – als gezegd – volgens de Hoge Raad gelegen in het onbevoegd doen van de toezegging, zonder waarschuwing of voorbehoud. In de voorliggende situatie zouden twee scenario's hebben voorkomen dat de Provincie een onrechtmatige daad zou hebben begaan. In het eerste scenario hadden gedeputeerden geen toezegging gedaan, of althans een voorbehoud gemaakt of gewaarschuwd. In die situatie hadden de investeerders naar eigen zeggen de financiële lasten niet op zich genomen. In die zin is er een *conditio sine qua non*-verband tussen onrechtmatige daad en schade (zonder toezegging geen investeringen, en dus geen schade). Het tweede denkbare scenario is dat gedeputeerden intern maatregelen hadden genomen en een vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Commissaris van de Koningin hadden verkregen alvorens de toezegging te doen. In dat geval was, de redenering van de Hoge Raad volgend, geen sprake geweest van onrechtmatig handelen. Toch waren de investeerders (naar alle waarschijnlijkheid) ook dan akkoord gegaan met de financiële verplichtingen. Een bevoegd gedane toezegging had dus dezelfde consequenties gehad als de onbevoegd gedane toezegging. In die zin is er géén sprake van een *conditio sine qua non*-verband: zonder onrechtmatigheid zou de schade nog steeds geleden zijn. De Hoge Raad besteedt hier verder geen aandacht aan. Gezegd kan worden dat het causaal verband in deze zaak niet bijzonder is uitgediept.

Het Hof heeft partijen verwezen naar de schadestaatprocedure om de hoogte van de schade te bepalen. Dat neemt echter niet weg dat wel degelijk in de hoofdprocedure al aannemelijk moet zijn dat schade geleden is, nu het bestaan van schade een van de elementen is van artikel 6:162 BW. Aangezien de schade volgens de Hoge Raad bestaat uit tevergeefs gemaakte kosten, is er volgens ons nogal makkelijk heengestapt over de vraag waar de 'tevergeefsheid' van de uitgaven in gelegen was. Op het verloop en karakter van de schadestaatprocedure gaan we in paragraaf 6.6 nader in.

### 6.5 Gebondenheid aan onbevoegd gedane toezegging

In de zaak Vitesse komen – zoals gezegd – vele verbintenisrechtelijke leerstukken aan de orde. Men kan de zaak ook bekijken vanuit het perspectief van de onbevoegde vertegenwoordiging, met als bijkomende bijzonderheid dat sprake is van onbevoegde *publiekrechtelijke* vertegenwoordiging. Het Hof oordeelde op dit punt dat de Provincie niet gebonden was aan de onbevoegd gedane toezegging, omdat er geen toerekenbare schijn van volmachtverlening was. Volgens het Hof kon niet gezegd worden dat in deze zaak voldaan was aan het in artikel 3:61 BW geformuleerde toedoenbeginsel, nu geen sprake was van gedragingen of

verklaringen van het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan op grond waarvan Vitesse c.s. redelijkerwijs hadden mogen aannemen dat een toereikende volmacht verleend was, in de zin van artikel 3:61 BW. Tegen deze beslissing werd incidenteel cassatieberoep ingesteld. In het middel voerden Vitesse c.s. aan dat het Hof niet alleen de gedragingen van het bevoegde orgaan had moeten bezien, maar ook de overige omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang beschouwd. De Hoge Raad oordeelt echter dat Vitesse c.s. geen belang hebben bij beoordeling van de primaire grondslag van hun vordering, nu deze reeds is toegewezen op grond van artikel 6:162 BW.

Bij wijze van gedachtenexperiment willen wij hier onderzoeken of de Hoge Raad ook op de primaire grondslag tot toewijzing van de vordering had kunnen komen. Drie mogelijke wegen dienen zich aan:

#### 6.5.1 ING/Bera

De Hoge Raad heeft in het arrest ING/Bera – gewezen in februari 2010, dus tussen de uitspraak van het Hof en de Hoge Raad in de onderhavige zaak in – bepaald dat bij de toetsing aan artikel 3:61 BW niet per se vereist is dat voldaan is aan het toedoenbeginsel.<sup>47</sup> Volgens dat arrest kan toerekening van schijn van volmachtverlening aan de achterman ook aangenomen worden indien:

- De wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de vertegenwoordiger;
- Op grond van feiten en omstandigheden die voor rekening van de achterman komen, en;
- Waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.

Volgens verscheidene auteurs heeft de Hoge Raad hiermee definitief een langlopend debat over de invulling van de norm van schijn van volmachtverlening beslist.<sup>48</sup> In eerdere rechtspraak werd vaak al een flinterdun toedoen voldoende geacht. Volgens commentaren is de nieuwe koers minder gekunsteld<sup>49</sup> en komt het tegemoet aan de toegenomen complexiteit van het maatschappelijke (handels)verkeer.<sup>50</sup> Onzes inziens is het best denkbaar dat in de onderhavige zaak aangenomen had kunnen worden dat Vitesse c.s. gerechtvaardigd vertrouwd hadden op het feit dat gedeputeerden een volmacht verleend hadden gekregen. Zoals hierboven aangehaald overweegt ook de Hoge Raad in de Vitesse-zaak, in een andere context, dat Vitesse c.s. erop mochten vertrouwen dat gedeputeerden intern maatregelen hadden genomen om een voor de Provincie bindende toezegging te doen. Zij wijst hierbij op omstandigheden van het geval, die volgens de Hoge Raad het rechtvaardigden dat de Provincie aansprakelijk was, ondanks dat dit slechts onder bijzondere omstandigheden het geval kon zijn. Wij roepen kort in herinnering welke omstandigheden hierbij van belang werden geacht:

47 HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (ING/Bera).

48 W.L. Valk, 'Toedoen na ING/Bera', NTBR 2010, 23; H.P. Plas, 'Aanvaarding risicobeginsel bij schijn van volmachtverlening', *Bedrijfsjuridische berichten* 2010, nr. 17; 'Wenk bij HR 19 februari 2010',

RAV 2010, nr. 43; 'Wenk bij HR 19 februari 2010', RCR 2010, nr. 32; B.M.M. van der Goes, 'Het beroep van een bank op de schijn van volmachtverlening', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, nr. 4, p. 69-75; S. Parijs, 'De schijn van volmachtverle-

ning', *Juridisch up to date* 2010, nr. 7, p. 11-13.

49 Valk 2010, a.w.

50 Plas 2010, a.w.

- dat de Provincie een financieel belang had bij het voortbestaan van het GelreDome, dat wellicht failliet zou gaan als Vitesse er geen wedstrijden meer zou spelen;
- dat sprake was van een crisissituatie;
- dat het overleg plaatsvond op initiatief van gedeputeerden en, tevens op voorstel van gedeputeerden, op het Provinciehuis;
- dat het voor de Provincie ondenkbaar was dat het GelreDome in private handen zou vallen;
- dat gedeputeerden gedetailleerde instructies gaven aan de private investeerders over de sanering van Vitesse; en
- dat gedeputeerden een belangrijke positie innemen binnen de organisatie van de Provincie en het dagelijks bestuur voeren.

Van groot belang is volgens ons ook dat de gedeputeerden geen enkel voorbehoud hebben gemaakt ten aanzien van hun vertegenwoordigingsbevoegdheid, wat wel op hun weg had gelegen. Deze omstandigheden, die in de risicosfeer van de Provincie vallen, brengen mede dat naar verkeersopvattingen een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. De Hoge Raad had onzes inziens de Provincie op deze grond gebonden kunnen achten aan de toezegging. Deze gebondenheid had een contractuele grondslag kunnen hebben, als de toezegging (stilzwijgend) aanvaard was geacht. Als de Hoge Raad de toezegging als eenzijdige rechtshandeling had willen erkennen als een zelfstandige bron van verbintenissen, had ook dat via deze weg gekund. Zoals hierboven al vermeld geldt artikel 3:61 BW namelijk ook voor eenzijdige rechtshandelingen.

#### 6.5.2 Toedoenbeginsel

Zelfs als de Hoge Raad, ondanks het arrest ING/Bera, de klassieke invulling van artikel 3:61 BW had gehanteerd, had op grond van het toedoenbeginsel wellicht geoordeeld kunnen worden dat de Provincie gebonden was aan de onbevoegde vertegenwoordiging. Het Hof verwierp deze grondslag, omdat Vitesse c.s. niet op grond van een verklaring of gedraging van Provinciale Staten redelijkerwijs hadden mogen aannemen dat Provinciale Staten c.q. de Provincie akkoord ging met de uitlatingen van gedeputeerden. Zoals ook Hennekens constateert gaat dit oordeel echter uit van een verkeerd begrip van de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet.<sup>51</sup> Het Hof overweegt in rechtsoverweging 4.5 dat Provinciale Staten het vertegenwoordigend college van de Provincie is, en baseert dat op artikel 7 van de Provinciewet (PW). Dit artikel luidt als volgt:

‘Provinciale Staten vertegenwoordigen de gehele bevolking van de Provincie.’

Dit artikel is te beschouwen als een algemene, inleidende bepaling die aangeeft wier belangen Provinciale Staten moeten behartigen en aan wie zij politieke en democratische verantwoording schuldig zijn. De bepaling regelt echter niet de privaatrechtelijke vertegenwoordigings-

bevoegdheid van het orgaan. Deze bevoegdheid wordt in artikel 176 lid 1 PW aan de Commissaris van de Koning toegekend:

‘De Commissaris van de Koning vertegenwoordigt de Provincie in en buiten rechte.’

Bij de beoordeling van de vraag of voldaan is aan het toedoenbeginsel moet dus gekeken worden naar de gedragingen en verklaringen van de Commissaris van de Koningin en niet naar de gedragingen en verklaringen van Provinciale Staten. Provinciale Staten waren weliswaar bevoegd tot het nemen van het besluit inzake de huurverlaging, maar voor toepassing van artikel 3:61 BW moet gekeken worden naar de gedragingen en verklaringen van de vertegenwoordigingsbevoegde. Nu wordt het feit relevant, dat de Commissaris van de Koningin enkele dagen nadat de toezegging gedaan werd, zich tegenover de directeur Betaald Voetbal van de KNVB geruststellend heeft uitgelaten over het uitvoeren van de toezegging. Hierover zegt de functionaris van de KNVB in een getuigenverklaring:

4.19 (...) ‘De KNVB diende uiteraard te verifiëren of er sprake was van een harde, definitieve toezegging van de provincie Gelderland. Er heeft tussen mij en de Commissaris der Koningin, de heer Kamminga, telefonisch contact plaatsgevonden, waarbij deze mij heeft bevestigd dat de provincie Gelderland er zorg voor zou dragen dat Vitesse niet meer dan fl. 2 mio aan huur zou behoeven te betalen voor het seizoen 2001-2002. (...) De heer Kamminga deelde daarop mee ‘maak je daar maar geen zorgen over, want het komt voor elkaar’.’

Deze uitlatingen werden door het Hof niet doorslaggevend geacht, met de volgende motivering:

4.25 (...) In dit verband is van belang dat de Commissaris van de Koningin geen lid is van PS en (dus) ook niet aan haar besluitvorming deelneemt.

Nu vaststaat dat de Commissaris van de Koningin het orgaan is wat de Provincie rechtsgeldig kan vertegenwoordigen, kan ’s Hof’s oordeel dus anders uitvallen. Volgens ons had een rechter tot de conclusie kunnen komen dat Vitesse c.s. op grond van bovenstaande uitlatingen redelijkerwijs mocht aannemen dat de Commissaris van de Koningin akkoord ging met de toezegging. Hiervoor vereist artikel 3:61 BW overigens niet dat de uitlatingen gericht zijn tot degene die zich beroept op de schijn van volmachtverlening. Ook hiervoor geldt, dat het geen verschil maakt of de Hoge Raad contractuele gebondenheid had willen aannemen of gebondenheid op grond van de toezegging zelf.

#### 6.5.3 Kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW

In rechtsoverweging 4.1.1 overweegt de Hoge Raad dat de Provincie niet kwalitatief aansprakelijk wordt gesteld,

<sup>51</sup> Hennekens 2010, *a.w.*, paragraaf 1.1.

maar op grond van een eigen onrechtmatige daad. Was het echter mogelijk geweest om de Provincie krachtens artikel 6:170 BW kwalitatief aansprakelijk te stellen? Werkgevers zijn volgens dit artikel in hun hoedanigheid aansprakelijk voor fouten van hun ondergeschikten, indien de kans op het begaan van de fout vergroot is door het verrichten van de taak van de werknemer en de werkgever zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout gelegen was. Dit artikel kan ook gehanteerd worden om overheidslichamen aansprakelijk te stellen voor handelen van hun functionarissen.<sup>52</sup> Voor toepassing van dit artikel is vereist dat vaststaat dat de ondergeschikte een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd. Dit is vervat in het woord 'fout' uit artikel 6:170 BW. In het geval aangenomen was dat de onrechtmatige daad bestond uit het niet-nakomen van de toezegging, kan niet gezegd worden dat de gedeputeerden zelf een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Dan was aansprakelijkstelling van de Provincie op grond van artikel 6:170 BW niet mogelijk geweest. Nu in de visie van de Hoge Raad de onrechtmatige daad is gelegen in het onbevoegd doen van de toezegging, kan de gedraging onder omstandigheden wel beschouwd worden als een fout van de gedeputeerden. Kwalitatieve aansprakelijkheid van de Provincie had dan aangenomen kunnen worden.

Voor de volledigheid vermelden wij dat op grond van artikel 3:70 BW de personen die als gevolmachtigde handelen instaan voor het bestaan en de omvang van de volmacht. Als de Provincie dus niet aansprakelijk kon worden gehouden voor schijn van volmachtverlening, was ook mogelijk geweest de gedeputeerden zelf aan te spreken. De gedeputeerden waren echter in dit geding geen partij.

#### 6.5.4 Gevolgen van alternatieve oplossingen: positief of negatief belang

Het kan verschil maken welke weg de rechter kiest. Als aansprakelijkheid o.g.v. de primaire grondslag van de vordering zou zijn aangenomen, was de Provincie (contractueel of op grond van de eenzijdige rechtshandeling) gebonden geweest aan de toezegging. De Provincie had dan ofwel moeten nakomen, ofwel, nu dat in dit geval niet meer mogelijk was, Vitesse c.s. in de positie moeten brengen waarin zij geweest zouden zijn als de toezegging was nagekomen. Dit wordt aangeduid met het vergoeden van het positief contractsbelang. Nu gekozen is voor de onrechtmatige daad als grondslag voor aansprakelijkheid, moet de Provincie het zogenaamde negatieve belang vergoeden. Dit houdt in dat de schade vergoed moet worden die zonder de toezegging niet geleden zou zijn.<sup>53</sup> Nu doet zich iets merkwaardigs voor. In de meeste gevallen is een partij beter af als hij zijn positieve belang vergoed krijgt. Dit betekent vaak dat hij niet alleen zijn gemaakte kosten

en verliezen vergoed krijgt, maar ook de gederfde winst. Het negatieve contractsbelang ziet alleen op geleden verliezen. In deze casus echter, is het voor Vitesse c.s. echter gunstiger dat de grondslag voor aansprakelijkheid onrechtmatige daad is. Dat zit zo: als de Hoge Raad had aangenomen dat de Provincie op grond van artikel 3:61 BW aan de toezegging gebonden was, dan hadden Vitesse c.s. geen vergoeding gekregen, nu de schade van het niet-nakomen ten laste kwam van het GelreDome, dat immers de toegezegde herfinanciering aan zijn neus voorbij zag gaan. Voor de lasten van Vitesse c.s. maakte, zoals hierboven al uiteengezet, het al dan niet nakomen van de toezegging geen verschil. De Provincie was er dan genadig vanaf gekomen, nu de herfinanciering van het GelreDome op andere wijze plaatsgevonden had en ook daar de schade dus beperkt was. Hoogstens hadden de kosten vergoed moeten worden die waren gemaakt voor het anderszins realiseren van de huurverlaging. Nu de Hoge Raad echter geoordeeld heeft dat het onbevoegd doen van de toezegging onrechtmatig was en is meegegaan in het standpunt van Vitesse c.s. dat zij zonder de toezegging nooit hadden geïnvesteerd, kan Vitesse c.s. als schade opvoeren de volledige investeringen die zij hebben gedaan ten behoeve van de redding van de voetbalclub. Voor Vitesse c.s. komt de door de Hoge Raad gekozen uitkomst dus beter uit dan de alternatieve oplossing.

#### 6.6 Vervolg: schadestaatprocedure

Het Hof heeft partijen verwezen naar de schadestaatprocedure om de omvang van de schade vast te stellen. Het begrip schadestaatprocedure wordt in het juridische onderwijs vrij zelden ter sprake gebracht. Het is daarom dat wij hier kort de hoofdlijnen van deze vereffenings- of liquidatieprocedure bespreken. De strekking van de schadestaat is om het debat in de hoofdprocedure te beperken tot de aansprakelijkheidsvragen.<sup>54</sup> Met andere woorden: men kan zich in de hoofdzaak beperken tot de vraag of sprake is van aansprakelijkheid (op grond van bijvoorbeeld wanprestatie of onrechtmatige daad), zonder dat meteen heel precies hoeft te worden uitgezocht wat de omvang van de vermeende schade is.

Een rechter mag niet zonder meer verwijzen naar de schadestaatprocedure. Verwijzing is alleen toegestaan voor wettelijke schadevergoedingsverplichtingen, zoals die op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Er is bijvoorbeeld geen sprake van een wettelijke schadevergoedingsplicht als uit een overeenkomst een schadevergoedingsplicht voortvloeit, en deze schadevergoedingsplicht wordt niet nagekomen. De rechter in de hoofdprocedure mag ten tweede pas verwijzen naar de liquidatieprocedure als het voor hemzelf onmogelijk is de schade begroten. Ten derde moeten de aansprakelijkheid en de grondslag daar-

52 Groene Serie Onrechtmatige Daad, Beschouwing bij art. 6:170. Zie ook Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, Memorie van Antwoord, p. 726; Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 113 e.v.; Asser/Hartkamp 4-III 2006, nr. 139 en C.J.M.

Klaassen, *Risicoaansprakelijkheid* (diss. RU), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 52.

53 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid voor anderen, deel 2', *Bedrijfsjuridische berichten* 2010, nr. 32; Cauffman 2005 *a.w.*, p. 723. Zie anders:

Ackermans-Wijn 1989, *a.w.*, p. 106.

54 HR 21 december 1984, *NJ* 1985, 904 (m.nt. M. Scheltema); Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, Beschouwing bij artikel 97, aantekening 39, bewerkt door S.D. Lindenbergh.

van vaststaan.<sup>55</sup> Ook moet, voordat verwezen mag worden, reeds de mogelijkheid van schade aannemelijk zijn gemaakt.<sup>56</sup> In de onderhavige zaak kan men zich afvragen of aan dit vereist is voldaan, gelet op de hiervoor geschetste vragen.

In de schadestaatprocedure gaat het dus slechts om de omvang van de schade. Die kan overigens ook vastgesteld worden op 0, indien de rechter de aanwezigheid van schade in het concrete geval niet bewezen acht. In het geval de omvang van de schade niet bewezen kan worden, maar volgens de rechter wel vaststaat dat er schade is geleden, zal hij de eiser niet met lege handen naar huis mogen sturen. De vraag naar de omvang van de schade moet op een of andere manier opgelost worden, desnoods met een

schatting *ex aequo et bono*.<sup>57</sup> In de schadestaatprocedure is de rechter gebonden aan de uitspraak in de hoofdzaak.<sup>58</sup> De rechter in de schadestaatprocedure is echter wel zelfstandig ten opzichte van de rechter in de hoofdzaak. Hij is bovendien niet gebonden aan de wettelijke regels omtrent bewijsvoering en zal de schade zo nodig naar eigen inzicht bepalen, zo lang het geëiste bedrag niet overstegen wordt.

### 7 Ten slotte

De voorlopige stand in de strijd tussen Vitesse en de Provincie Gelderland is 1-0 voor Vitesse. Maar we zijn benieuwd, mede gelet op hetgeen wij hebben opgemerkt ten aanzien van causaliteit en schade, wat na de schadestaatprocedure de eindstand zal zijn. ■

55 Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 97, aantekening 39, bewerkt door S.D. Lindenberg.

56 Zie bijvoorbeeld HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 426 (m.nt. C.J.H. Brunner) en HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 371.

57 J. Spoelder, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Kluwer 1966, p. 101.  
58 Spoelder 1966, *a.w.*, p. 120.