

De nederlaagsoverwinning van Vitesse c.s.

*Mr. H. J. S. M. Langbroek**

1 Inleiding

Het begrip ‘overwinningsnederlaag’ – verliezen, maar toch winnen – schijnt in Nederland in 1994 voor het eerst te zijn gebruikt ter duiding van het door de Partij van de Arbeid behaalde verkiezingsresultaat. De partij verloor twaalf Kamerzetels, maar kwam na de formatie toch in de regering en leverde zelfs de premier. De overwinningsnederlaag is daarop snel ingeburgerd geraakt in ons taalgebruik. Zelfs de Grote Van Dale wijdt er een lemma aan.¹

De nederlaagsoverwinning daarentegen – winnen, maar toch verliezen – is aanzienlijk minder populair. Bij een zoektocht op Google vond ik slechts enkele treffers. Het zal met het eindresultaat te maken hebben. De overwinningsnederlaag heeft een happy end. De nederlaagsoverwinning is een bittere pil. En bitter zal ook de pil voor Vitesse c.s. geweest zijn. In zes instanties procederen (tweemaal tot en met de Hoge Raad), in de hoofdzaak winnen en uiteindelijk in de schadestaatprocedure toch geen cent toegewezen krijgen. Hoe kan dat?

2 De achtergrond van het arrest Vitesse I

De financiële situatie van de betaaldvoetbalclub Vitesse leek in 2001 beroerd en de KNVB-licentie in gevaar. Dat was op zichzelf al betreurenswaardig. Des te meer omdat Vitesse hoofdhuurder was van de Gelredome. Aan de realisering van dat, nog maar drie jaar eerder in gebruik genomen, stadion had de provincie Gelderland financieel bijgedragen. Het ‘omvallen’ van Vitesse zou voor de provincie dus slecht nieuws zijn. De gedeputeerde van Financiën van de provincie nam het initiatief voor een bespreking tussen verschillende ‘stakeholders’ om een uitweg te vinden.² Uitkomst van de bespreking (waarbij in totaal drie gedeputeerden aanwezig waren) was onder meer dat enkele privé-investeerdere geld ter beschikking zouden stellen ter sanering van de club. Part of the deal was in hun beleving – en die van Vitesse – dat de provincie ook een steen-

tje zou bijdragen, namelijk door het Gelredome in staat te stellen de (door Vitesse te betalen) huur te verlagen. Dat gebeurde echter niet.

Vitesse c.s. meenden dat de provincie een toezegging had gedaan, dat die niet was nagekomen, en betrokken de provincie in rechte. Daarbij werd onder meer gevorderd dat voor recht zou worden verklaard dat de provincie aansprakelijk was voor de door Vitesse c.s. geleden en te lijden schade.³ De vordering was primair gebaseerd op een tekortkoming in de nakoming van de gedane toezegging en subsidiair op onrechtmatige daad. In 2008 stelde het Hof Arnhem Vitesse c.s. deels in het gelijk. De gedeputeerden hadden zonder voorbehoud een concrete toezegging gedaan dat de provincie, mogelijk via een privaatrechtelijke weg, zou zorg dragen voor een eenmalige huurverlaging voor het stadion tot f 2 miljoen voor het voetbalseizoen 2001-2002.⁴ Een voorbehoud van instemming door Provinciale Staten was door de gedeputeerden niet gemaakt.⁵ Daar bleek hem later de kneep te zitten. Provinciale Staten waren namelijk helemaal niet gechoormeerd van financiële steun aan Vitesse. Gedeputeerde Staten hebben een voorstel in die richting uiteindelijk zelfs niet eens in stemming gebracht. Het hof verwierp de primaire grondslag van de vordering, maar verklaarde wel voor recht dat de provincie uit onrecht-

3. Vitesse (Stichting Vitesse en BV Vitesse) hadden hun schade begroot op € 5,7 miljoen, zijnde het verschil tussen de betaalde (vaste en variabele) huur inclusief service- en energiekosten en de volgens hen door de provincie toegezegde (verlaagde) huur over de seizoenen 2001-2002, 2002-2003 en het eerste kwartaal van 2003-2004. De schade na 1 oktober 2003 betrof volgens Vitesse het verschil tussen de overeengekomen huurprijs van € 1,5 miljoen en de toegezegde ‘marktconforme’ huurprijs. Die schade wilde Vitesse in een schadestaatprocedure vorderen. De investeerders stelden zich op het standpunt dat, omdat de provincie haar toezegging niet nakwam, in 2003 – Vitesse moest toen opnieuw gered worden – het Gelredome aan de gemeente Arnhem is verkocht en dat de gemeente toen heeft bedongen dat de investeerders hun bestaande (zekerheids)rechten zouden opgeven, zodat zij geen enkele zekerheid meer hadden dat zij ooit nog iets van hun achtergestelde lening van f 16 miljoen zouden terugzien. Ook die schade wilden de investeerders in de schadestaatprocedure aan de orde stellen.
4. Volgens Vitesse c.s. had de gedane toezegging dus een verstrekkender karakter en had die op meerdere seizoenen betrekking. Op dat punt oordeelde het hof evenwel dat uit de afgelegde getuigenverklaringen ‘niet afgeleid [kon] worden dat gedeputeerde(n) (...) concreet toegezegd hebben te zorgen voor een toekomstige marktconforme huur’.
5. Hof Arnhem 3 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD6676, r.o. 4.23 en 4.24. Van belang is dat de zaak zich afspeelde vóór de inwerkingtreding van de Wet dualisering provinciebestuur. Toentertijd bepaalde de Provinciewet dat Provinciale Staten het bevoegde orgaan waren om over privaatrechtelijke rechtshandelingen te beslissen.

* Mr. H.J.S.M. Langbroek is advocaat bij Pels Rijcken te Den Haag.

1. Zij het overigens dat aan het woord de betekenis wordt gegeven dat het gaat om een overwinning die als nederlaag voelt, terwijl het begrip mijns inziens juist (ook) een tegenovergestelde betekenis heeft en in die zin ook door mij wordt gebruikt.
2. Daarbij gaat het om de bespreking die op 2 juli 2001 plaatsvond. Daags voorafgaand had al een eerdere bespreking plaatsgevonden. Het hof typeerde die eerste bespreking als een ‘verkennend, wat informeel overleg’. Zie over de feitelijke achtergrond van Vitesse I ook H.J.S.M. Langbroek, De schijnbeweging die tot een penalty leidde: kanttekeningen bij het Vitesse-arrest. HR 22 juni 2010, NJ 2010, 371, LJN BL5420, MvV 2010, p. 321-326.

matige daad aansprakelijk was voor de schade van Vitesse c.s. door de toezegging van een eenmalige huurverlaging niet na te komen. De provincie werd tot schadevergoeding veroordeeld, nader op te maken bij staat. Zowel Vitesse c.s. als de provincie gingen van dit arrest in cassatie. De Hoge Raad verwierp in zijn arrest van 25 juni 2010 (Vitesse I) zowel het principaal als het incidenteel cassatieberoep.⁶

3 Hoge Raad: wat er staat, staat er niet

Voor een goed begrip van de uitkomst van de schadestaatprocedure is het noodzakelijk om te weten dat de Hoge Raad in Vitesse I een 'draai' aan het arrest van het Hof Arnhem in de hoofdzaak heeft gegeven. Het hof had dus voor recht verklaard dat de provincie aansprakelijk was 'door de toezegging van een eenmalige huurverlaging (...) niet na te komen'. Dat oordeel moest volgens de Hoge Raad echter aldus worden verstaan dat van de gedeputeerden had mogen worden verwacht dat zij tegenover Vitesse c.s. voldoende duidelijk een voorbehoud hadden gemaakt van instemming van Provinciale Staten, dan wel dat zij uitdrukkelijk Vitesse c.s. hadden gewaarschuwd dat de provincie slechts een inspanningsverplichting op zich nam, en omdat de gedeputeerden dat geen van beiden hadden gedaan,⁷ de provincie – waaraan de gedragingen van de gedeputeerden werden toegerekend – Vitesse c.s. op het verkeerde been had gezet en onrechtmatig tegenover hen had gehandeld. De onrechtmatige daad zat volgens de Hoge Raad dus *niet* in de niet-nakoming van de gedane toezegging, maar in het achterwege laten van de mededeling dat de gedeputeerden slechts een inspanningsverplichting op zich namen.⁸

4 En hoe het verder ging in Vitesse II

In de schadestaatprocedure (Vitesse II) stond derhalve ter beoordeling of, en zo ja, welke schade Vitesse c.s. als gevolg van *dat* onrechtmatig handelen van de provincie hadden geleden. Bij het vaststellen van de omvang van de te vergoeden schade staat als beginsel voorop dat de schuldeiser zo veel mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadetoebrengende normschending niet had plaatsgevonden.⁹ Er dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situ-

atie waarin de normschending is weggedacht.¹⁰ Op basis van die vergelijking werd in drie instanties geoordeeld dat de schade van Vitesse c.s. nihil was. Zij hadden geen kosten gemaakt of waren geen financiële verplichtingen aangegaan als gevolg van het door de provincie op het verkeerde been gezet zijn met betrekking tot de toegezegde eenmalige huurverlaging.¹¹ Specifiek ten aanzien van de privé-investeerders werd overwogen dat er onvoldoende was gesteld om te kunnen oordelen dat wanneer de gedeputeerden wél klare wijn hadden geschonken – en hadden meegedeeld dat ze bij Provinciale Staten hooguit hun best voor Vitesse konden doen – de investeerders anders zouden hebben gehandeld dan zij uiteindelijk hebben gedaan.¹² Sterker nog: in de procedure kwam naar voren dat de financiële situatie van Vitesse in 2001 veel minder ongunstig was geweest dan die zich destijds had laten aanzien.¹³ Bij een juiste informatievoorziening zou de provincie Vitesse hoe dan ook niet te hulp zijn geschoten.¹⁴

De primaire grondslag van de vordering van Vitesse c.s. – tekortkoming in de nakoming van de gedane toezegging – was door het Hof Arnhem in de hoofdzaak afgewezen omdat niet was komen vast te staan dat Vitesse c.s. op grond van een verklaring of gedraging van het bevoegde orgaan (Provinciale Staten) redelijkerwijs hadden mogen aannemen dat zij c.q. de provincie akkoord gingen met de door de gedeputeerden gedane toezegging. Alleen een verklaring of gedraging van Provinciale Staten had volgens het hof kunnen meebrengen dat Vitesse c.s. contractueel gebonden zouden zijn geraakt aan de onbevoegd gedane toezegging. Tegen die verwerping is door Vitesse c.s. incidenteel cassatieberoep ingesteld. Dat cassatieberoep werd door de Hoge Raad in Vitesse I evenwel verwor-

6. HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, NJ 2010/371.

7. Of althans niet zodanig dat de boodschap was overgekomen, zie r.o. 4.29 van het arrest van het Hof Arnhem van 3 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD6676.

8. Aldus ook Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6886, r.o. 4.16, laatste zin.

9. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/31; S.D. Lindenberg, Schadevergoeding: algemeen. Deel 1 (Mon. BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014, nr. 4.

10. Bij niet-nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW) en ontbinding van een overeenkomst (art. 6:277 BW) kan de benadeelde aanspraak maken op vergoeding van het positief belang; hij moet in de toestand worden gebracht als ware het contract behoorlijk nagekomen (Lindenberg 2014/44; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/26). Zie ook HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, NJ 2003/389 (schadevaststelling bij tekortkoming). Bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat het juist om het negatief belang, te weten de situatie waarin de geledeerde zou hebben verkeerd wanneer de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven (zie bijv. HR 18 januari 2002, NJ 2002/168).

11. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BY8423 en Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6886.

12. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6886, r.o. 4.25.

13. In de hoofdzaak was aangenomen dat Vitesse kampte met een exploitatie-tekort ten bedrage van f 22,7 miljoen. In de schadestaatprocedure kwam echter naar voren dat in de begroting 2001/2002 een post van f 62,5 miljoen aan verwachte transferopbrengsten was opgenomen, welk bedrag na een daartoe door de KNVB gedaan verzoek voor f 40,8 miljoen aan transferopbrengsten kon worden onderbouwd met contracten en door de KNVB werd geaccepteerd, maar niet voor het restant van f 22,7 miljoen, dat volgens Vitesse c.s. dan ook een incidenteel karakter had.

14. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BY8423, r.o. 2.3.3.

pen vanwege een gebrek aan belang.¹⁵ In verband met het oordeel van rechtbank en hof in de schadestaatprocedure – kort gezegd: geen causaal verband tussen schade en het op het verkeerde been zetten – trachtten Vitesse c.s. de Hoge Raad in Vitesse II te verleiden alsnog een inhoudelijke uitspraak te doen over de primaire grondslag van de vordering in de hoofdzaak.

A-G Wuisman kon voor die poging wel sympathie opbrengen. Hij benadrukte dat naar gangbare opvatting de schadestaatprocedure geen ruimte biedt voor oordelen over de grondslag van de aansprakelijkheid¹⁶ – met andere woorden: dat een debat daarover een gepasseerd station was – maar achtte het bevredigender om naar ruimte te zoeken voor het alsnog inhoudelijk behandelen van het in Vitesse I ingestelde incidentele cassatieberoep.¹⁷ Het leek hem namelijk niet zonder meer voor de hand te liggen dat in de schadestaatprocedure ook met betrekking tot de primaire grondslag de afwezigheid van causaal verband tussen normschending en schade zou zijn aangenomen. In het licht van de uitkomst van de schadestaatprocedure vond de A-G het ‘geen belang’-oordeel van de Hoge Raad in de hoofdzaak dus eigenlijk – zo vertaal ik het maar – wel sneu.

De Hoge Raad is zo sportief geweest om de handschoen op te pakken. Hij overwoog weliswaar dat in de schadestaatprocedure niet opnieuw of alsnog in de hoofdprocedure gegeven oordelen kunnen worden bestreden¹⁸ – en daarmee was het lot van de poging de Hoge Raad te doen terugkomen van het ‘geen belang’-oordeel in Vitesse I bezegeld –, maar heeft er wel enkele overwegingen ten overvloede aan gewijd. In het hypothetische geval dat het incidenteel cassatieberoep tot cassatie zou hebben geleid, zou de verwijzingsrechter de vordering, voor zover gebaseerd op de primaire grondslag, slechts hebben kunnen afwijzen. Redengevend daarvoor was:

- dat in het stelsel van de Gemeentewet groot gewicht toekomt aan de bevoegdheidsverdeling tussen B&W en de

gemeenteraad¹⁹ en dat in het kader van de Provinciewet hetzelfde te gelden heeft ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling tussen Gedeputeerden Staten en Provinciale Staten;

- dat daarom grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente dan wel een provincie zonder instemming van het ter zake volgens de wet bevoegde orgaan;
- dat in het destijds incidentele cassatieberoep geen beroep is gedaan op zodanige instemming of enige andere gedraging of uitlating van Provinciale Staten;
- dat de verwijzingsrechter gebonden zou zijn geweest aan de in Vitesse I door de Hoge Raad gegeven overweging dat van Vitesse c.s., althans hun vertegenwoordigers, mocht worden verwacht dat zij op de hoogte waren van vorennoemde bevoegdheidsverdeling, dat de gehouden bespreking eerst daags tevoren was afgesproken en dat het geen provinciale taak is betaald voetbal te financieren.

Kortom: volgens de Hoge Raad zou de primaire grondslag van de vordering van Vitesse c.s. het sowieso nooit hebben ‘gered’.²⁰

5 Op de hoogte én op het verkeerde been

Het blijft echter moeilijk te begrijpen waarom in Vitesse I desalniettemin wel is geoordeeld dat Vitesse c.s. door de gedeputeerden op het verkeerde been zijn gezet doordat zij hadden nagelaten een voorbehoud te maken ten aanzien van hun bevoegdheid. Van Vitesse c.s. mocht immers worden verwacht dat zij van de bevoegdheidsverdeling binnen de provincie op de hoogte waren. Hoe kun je op het verkeerde been zijn gezet als je geacht wordt op de hoogte te zijn? De Hoge Raad heeft in Vitesse I getracht die contradictie weg te nemen met de overweging dat het hof had geoordeeld dat Vitesse c.s. erop mochten vertrouwen dat de gedeputeerden intern maatregelen hadden genomen om een voor de provincie bindende regeling te kunnen treffen.²¹ Met andere woorden: dat de gedeputeerden zich ten aanzien van hun bevoegdheid tevoren in de rug hadden gedekt. Erg overtuigend vind ik die redenering niet.²² Het is natuurlijk achteraf een koe in de kont kijken, maar Vitesse c.s. waren beter af geweest wanneer zij ook op dit punt het onderspit hadden gedolven. Dat zou in drie instanties procederen hebben gescheeld.

15. Dat belang zou hebben ontbroken omdat volgens de Hoge Raad op grond van de eigen stellingen van Vitesse c.s. de provincie moest worden veroordeeld ‘de in dit geding bedoelde eenmalige huurverlaging van het stadion Gelredome financieel mogelijk te maken, hetzij op de primaire grondslag, hetzij op de subsidiaire grondslag’. En omdat de klachten van de provincie tegen het oordeel van het hof over de subsidiaire grondslag geen doel troffen, behoefde de primaire grondslag van de vordering volgens de Hoge Raad geen behandeling meer.

16. Zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674, NJ 2008/285, r.o. 3.5.3: ‘(...) De schadestaat-procedure van art. 612-615b Rv. sluit aan bij afdeling 6.1.10 BW betreffende de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en is dan ook een procedure waarin de vaststelling van de inhoud en de omvang van de in de hoofdprocedure vastgestelde verplichting tot schadevergoeding, aan de orde is. De grondslag van die verplichting, zoals in dit geval de wanprestatie, dient bij uitsluiting in de hoofdprocedure te worden vastgesteld.’ Zie ook HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2138, NJ 2014/128.

17. Desalniettemin concludeerde hij overigens tot verwerping van het cassatieberoep.

18. R.o. 3.10, onder verwijzing naar HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2138, NJ 2014/128.

19. In welk verband de Hoge Raad verwees naar HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:137 (Hof van Twente).

20. Wel kan worden afgevraagd op grond waarvan de Hoge Raad, in het hypothetische scenario dat hij het incidentele cassatieberoep wel zou hebben behandeld, dan zou hebben gecasseerd wanneer de verwijzingsrechter de vordering slechts had kunnen afwijzen.

21. Die aan het hof toegeschreven overweging heeft de Hoge Raad overigens wel nadrukkelijk erin gelezen, want als zodanig is die niet in het arrest terug te vinden.

22. De Hoge Raad heeft immers ook nadrukkelijk belang gehecht aan de omstandigheid dat de litigieuze bespreking eerst daags tevoren was afgesproken. Hoe en wanneer hadden de gedeputeerden die ‘interne maatregelen’ dan moeten nemen?

6 De toezegging

De onrechtmatige daad was dus niet het beschamen van gewekte verwachtingen (het niet nakomen van een toezegging), maar enkel het wekken van de verwachtingen zelf. De toezegging heeft een eenzijdig en individueel (persoonsgebonden) karakter, ziet op een specifieke situatie, geeft een standpunt weer – het is derhalve geen (algemene) inlichting – is in concrete bewoordingen gevat en houdt een positief oordeel in voor de belanghebbende.²³ De binding van een door de overheid gedane toezegging hangt af van de bevoegdheid waarop deze betrekking heeft. Is de (niet-)uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid toegezegd, dan wordt de binding gebaseerd op het vertrouwensbeginsel.²⁴ Voor het afdwingen van nakoming van een dergelijke toezegging zal de geadresseerde ervan zich zo nodig tot de bestuursrechter moeten wenden.²⁵ Heeft de toezegging betrekking op de (niet-)uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid, dan zou deze kunnen worden beschouwd als een zelfstandige bron van verbintenissen.²⁶ Ook kan worden betoogd dat na stilzwijgende aanvaarding van de toezegging een overeenkomst is ontstaan.²⁷ Nakoming van een zodanige toezegging kan bij de burgerlijke rechter worden gevorderd.

Vaste bestuursrechtjurisprudentie is dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel in verband met een gedane toezegging onder meer noodzakelijk is dat het vertrouwen is gewekt door of toe te rekenen is aan het bevoegde bestuursorgaan.²⁸ Het arrest *Vitesse II* wijst, in navolging van het arrest *Hof van Twente*²⁹ en *Vitesse I*, voor het civiele recht in diezelfde richting. De Hoge Raad heeft in *Vitesse I* tot uitdrukking gebracht dat de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet onmiskenbaar is en dat in een democratische rechtsstaat groot gewicht toekomt aan een zodanige bevoegdheidsverdeling. Aan die bevoegdheidsverdeling zou uiteraard afbreuk worden gedaan wanneer een openbaar lichaam als een provincie of een gemeente gebonden zou raken aan door onbevoegden gedane uitlatingen. De lagere rechtspraak is desalniettemin verdeeld. Die rechtspraak heeft met name³⁰ betrekking op gedragingen of uitlatingen van individuele wethouders, die

soms wel en soms niet tot binding van de gemeente leiden.³¹ Al moet worden gezegd dat in de rechtspraak overigens ook veelal wordt geoordeeld dat een gedane uitlating überhaupt niet als een toezegging kan worden beschouwd.³²

7 Niet nakomen toezegging: positief of negatief belang?

Ongeacht of de toezegging betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of niet, schadevergoeding wegens niet-nakoming ervan kan in beginsel worden gevorderd bij de burgerlijke rechter. De vordering tot schadevergoeding stuit niet af op de eventuele formele rechtskracht van een besluit, zo de toezegging daarop betrekking had.³³ In

23. J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994, p. 10-19 en 100-115. Zie voorts bijv. Rb. Zwolle-Lelystad 26 januari 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AS3863.

24. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 225. G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 16.

25. HR 26 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057 (*Miss Etam/Zoetermeer*).

26. Scheltema & Scheltema 2013, p. 225.

27. Menu 1994, p. 266. Menu is zelf overigens kritisch over het via (impliciete) aanvaarding van een toezegging construeren van het bestaan van een overeenkomst. Zie p. 268.

28. ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:8, AB 2016/410 m.nt. L.J.A. Damen. Zie voorts de annotatie van L.J.A. Damen onder HR 27 november 1992, AB 1993/338 (*Felix/Aruba*), in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek: standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 245-267.

29. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737.

30. Daarnaast is er ook rechtspraak in verband met door ambtenaren gedane toezeggingen. Bijv. Rb. Almelo 29 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP9912 (gemeente gebonden aan door 'accountmanager' gedane toezegging dat grondprijzen niet zullen worden verlaagd), Rb. Zeeland-West-Brabant 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7030 (niet gemotiveerd op welke grond de gemeente gehouden is een toezegging van [projectleider] na te komen) en Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5117 (ging enkel om de verwachting van een ambtenaar en niet om een toezegging namens het bevoegde orgaan, de gemeenteraad).

31. Wel: Rb. Almelo 15 februari 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BC8034 (door wethouder gedane toezegging om als eerste met Grolsch in overleg te treden), Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM9555 (in gesprek met portefeuillehoudende wethouder en twee ambtenaren, appellant en zijn advocaat niet opmerkzaam gemaakt op de onbevoegdheid), Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:3989 (toezegging verantwoordelijke wethouders met betrekking tot verplaatsing van winkels naar een nieuw winkelcentrum), Rb. Oost-Brabant 18 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:867 (toezegging dat weg doodlopend zou blijven, zij het dat de rechtbank ook belang toekent aan de omstandigheid dat B&W in hun brieven geen enkele afstand van de toezegging hebben genomen) en Hof Arnhem-Leeuwarden (belastingkamer) 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2736 (redelijkerwijs mag worden aangenomen dat door wethouder gedane toezegging dat geen leges verschuldigd zouden zijn namens het college is gedaan). Niet: Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BE0032 (de indruk die de wethouder met zijn opmerkingen en toezeggingen mogelijk heeft gewekt, kan niet aan B&W worden toegerekend), Rb. Den Haag 23 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8330 (een gemeente wordt niet gebonden enkel door uitspraken van een wethouder zonder een daaraan ten grondslag liggend besluit), Rb. Arnhem 27 januari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4441 (een wethouder is evenmin bevoegd een dergelijke toezegging te doen en [naam club] behoort dat evenzeer te weten) en Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0778 (gesteld noch gebleken dat van een formele bevoegdheidsgrondslag sprake was, zodat niet kan worden geoordeeld dat enige uitlating van de wethouder tot een de gemeente bindende overeenkomst heeft geleid).

32. Bijv. Rb. Dordrecht 24 november 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU6847, Hof Den Haag 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF9981, Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV9300, Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0336, Hof Arnhem 14 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4144, Rb. Noord-Holland 13 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12971 en Rb. Zeeland-West-Brabant 24 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8638. Interessant in deze categorie zijn de arresten van het Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2011:BV9300) en het Hof Arnhem (ECLI:NL:GHARN:2012:BX4144) o.a. omdat daarin werd geoordeeld dat door een wethouder in de gemeenteraad gedane uitlatingen reeds niet als toezegging konden worden beschouwd, omdat ze gericht waren tot de raadsleden.

33. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (*Overzee/Gemeente Zoeterwoude*).

de literatuur is veel discussie geweest over de vraag of die niet-nakoming als onrechtmatige daad dan wel als wanprestatie kan worden aangemerkt.³⁴ Volgens Tjong Tjin Tai heeft de Hoge Raad die vraag in het arrest *Overzee/Zoeterwoude* in het 'oordeel' van de onrechtmatige daad beslecht.³⁵ Volgens Menu³⁶ en Ackermans-Wijn³⁷ was die grondslagdiscussie voor de omvang van de schadevergoedingsverbintenis overigens lood om oud ijzer.³⁸

Lood om oud ijzer of niet, daarmee staat nog niet vast wat bij de bepaling van de omvang van de verbintenis het uitgangspunt moet zijn: vergoeding van negatief belang of van positief belang. Duidelijkheid bestaat daarover niet. Volgens Scheltema ligt het in de rede om, wanneer wordt aangenomen dat sprake is geweest van schending van een zorgvuldigheidsplicht, uit te gaan van vergoeding van het negatief belang.³⁹ In gelijke zin Ackermans-Wijn, zij het dat volgens haar 'onder omstandigheden' bij het niet gestand doen van toezeggingen de schadelijktigheid niet beperkt blijft tot een vergoeding van het negatief belang, maar daarboven uitstijgt.⁴⁰ Welke omstandigheden zij voor ogen heeft, wordt (mij) uit haar dissertatie helaas niet duidelijk. Bartels en Spierings gaan ook uit van het negatief belang.⁴¹ Daarbij is het uitgangspunt dat de *toezegging* zelf de onrechtmatige daad vormt (en dat de geadresseerde in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de toezegging nooit was gedaan). Scheltema en Ackermans-Wijn zullen zich op hetzelfde uitgangspunt hebben gebaseerd.

Daartegenover staat de redenering dat de zorgvuldigheidsplicht niet zozeer geschonden wordt door het doen van de toezegging, maar door het *niet nakomen* ervan.⁴² Alsdan dient bij de vaststelling van de schade te worden uitgegaan van de situ-

atie dat de toezegging wel gestand zou zijn gedaan.⁴³ Voor die redenering pleit het arrest *Overzee/Zoeterwoude*.⁴⁴ Aanleiding tot dat arrest was de door B&W van Zoeterwoude aan Overzee gedane toezegging om een voormalige dienstwoning met de bestemming 'woondoeleinden' in het ontwerpbestemmingsplan op te nemen. B&W vergaten dat echter te doen. Het bestemmingsplan werd vervolgens zonder deze bestemming door de gemeenteraad vastgesteld. Latere pogingen om de woonbestemming alsnog toe te kennen leden schipbreuk. Overzee vorderde in verband met deze gang van zaken schadevergoeding. De Hoge Raad overwoog:

'Het onderdeel slaagt. Het betoogt terecht dat de schade waarvan [eiser] vergoeding vordert, bestaat in een gemiste kans op verwezenlijking van zijn plannen, en dat het onzekere antwoord op de vraag of het bestemmingsplan destijds met inbegrip van de woonbestemming voor de dienstwoning van [eiser] tot stand zou zijn gekomen tot uitdrukking dient te komen in de bepaling van de grootte van die kans, derhalve in de schadeberekening. In het onderhavige geval is onmiskenbaar sprake van *condicio sine qua non* verband tussen de niet-nakoming en de gemiste kans.'

Deze kansschade is een vorm van positief belang. Zouden B&W de toezegging zijn nagekomen, dan had de kans bestaan dat de gemeenteraad had ingestemd met de woonbestemming. Overzee had recht op vergoeding van de financiële tegenwaarde van die gemiste kans.

De vraag naar positief of negatief belang komt dus uiteindelijk neer op de vraag wat de normschending is geweest. Waar ligt het omslagpunt? Wanneer is het doen van de toezegging de onrechtmatige daad (negatief belang) en wanneer het niet nakomen ervan (positief belang)?

Dat omslagpunt lijkt mij daar te liggen, waar de afwijking van hetgeen werd toegezegd haar rechtvaardiging vindt in wettelijke voorschriften, belangen van derden of het algemeen belang.⁴⁵ De overheid kan niet worden verweten verwachtingen niet te hebben gehonoreerd die zij, vanwege zwaarwegender belangen, niet kon of behoefde te honoreren. Behoudens situaties van overmacht, schuilt de normschending in die gevallen niet in het niet nakomen van de toezegging, maar in het achteraf bezien te lichtvaardig doen ervan. In feite is dat dus ook een manifestatie van een partij op het verkeerde been zetten. Stel dat B&W van enige gemeente een burger onvoorwaardelijk toezeggen dat hij een bepaalde prestatie zal krijgen, maar vervolgens die toezegging niet kunnen nakomen vanwege belangen van omwonenden. Niet valt in te zien dat in die situatie de burger gecompenseerd moet worden voor het voor-

34. Zie Menu 1994, p. 287. J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid: een onderzoek naar de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en het toepasselijke materiële recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 106. Zie recenter bijv. S.E. Bartels & C. Spierings, *Vitesse-Provincie Gelderland: 1-0*, *Ars Aequi* 2010, p. 878-889.

35. Voor zijn conclusie valt veel te zeggen (zie bijv. de jurisprudentie genoemd in J.W. Hoekzema, in: *GS Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (online), VIII.7.1.4.3, alsmede Snijders 2016/16, Scheltema & Scheltema 2013, p. 224 en de noot van P.A. Stein onder HR 25 januari 1985, NJ 1985/559 (Patelski/Sittard)), maar zijn argument daarvoor (de verwijzing naar r.o. 3.5.2 en 3.5.3 van het arrest) overtuigt mij niet. Uit r.o. 3.5.2 blijkt dat Overzee zich op het standpunt stelde dat de gemeente onrechtmatig had gehandeld. Vervolgens heeft de Hoge Raad in r.o. 3.5.2 op dat door Overzee ingenomen standpunt voortgeborduurd. Ik leid uit die overwegingen niet af dat een andere grondslag van de vordering (wanprestatie) niet mogelijk zou zijn geweest.

36. Menu 1994, p. 287. Ackermans-Wijn 1989, p. 106.

37. Ackermans-Wijn 1989, p. 106.

38. In gelijke zin: *MvA I Inv.*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1435.

39. Noot M. Scheltema onder HR 1 mei 1987, NJ 1988/949.

40. Ackermans-Wijn 1989, p. 106.

41. Bartels & Spierings 2010, p. 888.

42. Aangenomen dat die niet-nakoming een normschending oplevert, wat in de eerste plaats van de inhoud van de toezegging afhangt, zie HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3370, NJ 2004/148 m.nt. E.A. Alkema.

43. Aldus letterlijk Rb. Zwolle-Lelystad 26 januari 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AS3863, r.o. 3.3.

44. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (*Overzee/Gemeente Zoeterwoude*).

45. R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. II.b.13.3.

deel dat hij is misgelopen. De prestatie is hem immers terecht onthouden. De burger heeft in beginsel wel recht op vergoeding van de schade die hij heeft geleden in de periode dat hij op het verkrijgen van de prestatie vertrouwde (negatief belang).

Maar anders ligt het mijns inziens wanneer de overheid de toezegging niet nakomt omdat zij die bijvoorbeeld, zoals in *Overzee/Zoeterwoude*, simpelweg vergeten is, of daar anderszins geen valide reden voor heeft.⁴⁶ Een goed voorbeeld daarvan is de casus die geleid heeft tot een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.⁴⁷ De gemeente Valkenswaard had aan eiser de toezegging gedaan dat de straat waarin hij woonachtig was doodlopend zou blijven voor auto's, fietsers en voetgangers. De gemeente kwam deze toezegging niet na en beriep zich ter rechtvaardiging onder meer op een onder de bewoners van de straat gehouden peiling. Volgens de rechtbank was die peiling niet deugdelijk geweest en had de gemeente miskend dat de meerderheid vóór handhaving van het doodlopende karakter was. De rechtbank overwoog:

‘Het verweer van Gemeente Valkenswaard dat [eiser] als gevolg van de aanleg van het verbindingspad geen schade lijdt, wordt verworpen. Gemeente Valkenswaard gaat er in haar verweer (naar de rechtbank begrijpt) van uit dat [eiser] moet aantonen dat hij als gevolg van de aanleg van het verbindingspad onrechtmatige hinder ondervindt. Dat standpunt is naar het oordeel van de rechtbank onjuist, omdat het er aan voorbij gaat dat de toezegging inhield dat er geen verbindingspad zou komen. Die toezegging is tot stand gekomen na een weging van belangen waaronder de privacybelangen van [eiser] en houdt in zoverre een erkenning van die belangen in. Voor de schending van de belangen van [eiser] moet de verwijdering van het verbindingspad als een passende wijze van schadevergoeding worden gezien. De vordering tot verwijdering zal dan ook worden toegewezen.’

De gemeente diende de eiser dus in de positie te brengen waarin hij bij nakoming van de toezegging zou hebben verkeerd (woonachtig zijn in een doodlopende straat).

8 Conclusie

Het niet nakomen van een gedane toezegging, ook wanneer deze van een bevoegd orgaan afkomstig is, zal veelal een manifestatie zijn van het achteraf bezien op het verkeerde been zetten van een partij. Namelijk in al die gevallen waarin die niet-nakoming door zwaarwegender omstandigheden gerechtvaardigd wordt. Niet de niet-nakoming, maar de toezegging zelf zal in die situatie een onrechtmatige daad kunnen zijn. Dat zou kunnen leiden tot een verplichting tot het vergoeden van

schade, bestaande uit het negatief belang. Datzelfde negatief belang stond ook centraal in *Vitesse II*. Daar ging het echter om een toezegging die *niet* bevoegd gedaan was en waaromtrent de provincie ‘slechts’ het verwijt kon worden gemaakt dat de gedeputeerden geen voorbehoud ten aanzien van hun bevoegdheid hadden gemaakt. Ondanks die verschillen zijn de uitgangspunten met betrekking tot de vordering tot schadevergoeding vergelijkbaar. Dat wringt. Echt schuren zal het wel niet gaan doen. De Hoge Raad heeft in *Vitesse I* immers benadrukt dat de onmiskenbare bevoegdheidsverdeling binnen een provincie moeilijk te rijmen valt met een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vanwege het op het verkeerde been zetten van een partij over die bevoegdheid. *Vitesse I* zal in die zin een tamelijk unieke zaak blij(v)(k)en.⁴⁸ *Vitesse II* daarmee ook. Voor *Vitesse c.s.* wellicht een schrale troost.

46. Hetgeen weer uitzondering zou kunnen lijden wanneer de toezegging onverwijld wordt herroepen. Zie HR 17 november 1995, NJ 1997/185 en G.A. van der Veen, in: *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online), Boek 6 BW, aant. II.27.

47. Rb. Oost-Brabant 18 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:867.

48. Al moet worden gezegd dat in HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7487, zich enigszins vergelijkbare omstandigheden voordeden.