

Overheidsaansprakelijkheid. Schadestaatprocedure. Kunnen in hoofdprocedure gegeven oordelen alsnog of opnieuw worden bestreden in de schadestaatproce...

HR 24-06-2016, ECLI:NL:HR:2016:1309

Instantie	Hoge Raad
Datum	24 juni 2016
Magistraten	Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron
Zaaknummer	14/06313
Conclusie	A-G mr. J.B.M.M. Wuisman
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Schadevergoeding Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad Burgerlijk procesrecht / Bijzondere onderwerpen Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid Bestuursrecht algemeen / Overheid en privaatrecht
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2016:1309, Uitspraak, Hoge Raad, 24-06-2016; ECLI:NL:PHR:2016:76, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 19-02-2016; Beroepschrift, Hoge Raad, 09-12-2014;
Wetingang	Art. 6:104 BW; art. 612 Rv

Essentie

Overheidsaansprakelijkheid. Schadestaatprocedure. Causaal verband. Winstafdracht. Kunnen in hoofdprocedure gegeven oordelen alsnog of opnieuw worden bestreden in de schadestaatprocedure? Is provincie (eenvoudig) contractueel gebonden aan een toezegging die zonder instemming van het bevoegde bestuursorgaan is gedaan? Is het bestaan van causaal verband vereist voor toepassing van art. 6:104 BW?

Samenvatting

Voetbalclub Vitesse en enkele private financiers hielden de Provincie Gelderland aansprakelijk voor een financiële toezegging, die was gedaan door enkele gedeputeerden van de provincie. In de hoofdprocedure wees het hof de primaire grondslag (tekortkoming in de nakoming van de toezegging)

af, maar de subsidiaire grondslag (onrechtmatig handelen door niet duidelijk te maken dat de toezegging nog niet bindend was) toe. De afwijzing van de primaire grondslag werd tevergeefs in cassatie aangevochten. De Hoge Raad liet dit punt (inhoudelijk) onbesproken, wegens gebrek aan belang, omdat de subsidiaire grondslag immers was toegewezen. In de daarop volgende schadestaatprocedure oordeelt het hof dat het onrechtmatig handelen niet tot de gestelde schade heeft geleid. Ook de vordering tot winstafracht wordt verworpen. Het bijzondere is dat de provincie mogelijk wel schadeplichtig zou zijn geweest als de primaire grondslag was toegewezen. Reden voor Vitesse c.s. om in deze schadestaatcassatieprocedure het in de hoofdzaak gegeven – (inhoudelijk) onbesproken – oordeel te bestrijden.

HR: De Hoge Raad geeft vooreerst aan dat de 'winstafdracht' van art. 6:104 BW een vorm van schadebegroting is en voor toekenning van een vergoeding geen plaats is indien geen schade is geleden ten gevolge van het onrechtmatig handelen. Ten aanzien van de bestreden primaire grondslag geeft de Hoge Raad te kennen dat in de hoofdprocedure gegeven oordelen niet – opnieuw of alsnog – in de schadestaatprocedure kunnen worden bestreden. De Hoge Raad overweegt ten overvloede dat de primaire grondslag overigens ook inhoudelijk niet kon worden toegewezen. In het stelsel van de Provinciewet komt immers – evenals in het stelsel van de Gemeentewet – groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen gedeputeerden en (de autonome) Provinciale Staten. Daarom moet grote terughoudendheid 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. Daaraan is toegevoegd dat ook niet voorbij kon worden gegaan aan het gegeven oordeel dat van Vitesse c.s. – als professionele partijen – mocht worden verwacht dat zij op de hoogte waren van de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet en dat onder meer het financieren van betaald voetbal geen provinciale taak is.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, RAV 2015/102, RCR 2015/70, RVR 2015/94 (*Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente*);
- HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2138, RAV 2014/29, NJ 2014/128;
- HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, RAV 2010/85, NJ 2010/371 (*Provincie Gelderland/Vitesse c.s.*);
- HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33 (*Setel/AVR*);
- HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, RAV 2010/83, NJ 2015/32 (*Doerga/Ymere*);
- HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674, RAV 2008/76, NJ 2008/285.

Wenk

Na de hoofdprocedure heeft de Hoge Raad nu ook uitspraak gedaan in de schadestaatprocedure tussen Vitesse c.s. en de Provincie Gelderland. Na circa vijftien jaar procederen luidt de eindconclusie dat de Provincie Gelderland onrechtmatig jegens Vitesse c.s. heeft gehandeld, maar dat daardoor geen

schade is geleden. Een drietal overwegingen van de Hoge Raad is het bespreken waard.

Art. 6:104 BW

(i) De Hoge Raad oordeelde in de onder 'Zie ook' genoemde arresten *Doerga/Ymere* (HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893) en *Setel/AVR* (HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662) al dat art. 6:104 BW niet aan de degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld een 'vordering tot winstafdracht' geeft. Het verleent de rechter uitsluitend een (discretionaire) bevoegdheid de schade te begroten op het bedrag van de door het onrechtmatig handelen of de wanprestatie genoten winst. Voor zover daar nog onduidelijkheid over bestond, geeft de Hoge Raad in deze uitspraak aan dat voor toekenning van een vergoeding op grond van art. 6:104 BW geen plaats is indien ten gevolge van het onrechtmatig handelen of de wanprestatie geen schade is geleden.

Verhouding hoofdprocedure – schadestaatprocedure

(ii) De Hoge Raad oordeelde in 2008 (zie onder 'Zie ook' HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674) al dat in de schadestaatprocedure geen ruimte is voor een oordeel over de grondslag van aansprakelijkheid; deze dient immers 'bij uitsluiting in de hoofdprocedure te worden vastgesteld.' Eenzelfde overweging van het hoogste rechtscollege volgde in 2013 (zie onder 'Zie ook' HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2138). Met de onderhavige uitspraak wordt eens te meer duidelijk dat de grondslag voor aansprakelijkheid niet opnieuw of alsnog in de schadestaatprocedure aan de orde kan worden gesteld.

Gebondenheid provincie na handelen onbevoegd orgaan

(iii) Tot slot geeft de Hoge Raad nog een interessante overweging ten overvloede waaruit volgt dat grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een provincie zonder instemming van het ter zake volgens de wet bevoegde orgaan (in casu Provinciale Staten). Ten aanzien van de gebondenheid van een gemeente kwam de Hoge Raad al eerder met een vergelijkbare overweging in het *Hof van Twente*-arrest (zie onder 'Zie ook' HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737). Daarin werd geoordeeld dat in het stelsel van de Gemeentewet groot gewicht toekomt aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Dezelfde lijn wordt nu in dit arrest voorgezet ten aanzien van de Provincie(wet).

Partij(en)

1. Stichting Betaald Voetbal 'Vitesse-Arnhem', te Arnhem,
2. B.V. Vitesse, te Arnhem,
3. Eiser 3, te Velp,
4. Eiser 4, te Gendt,
5. Eiser 5, te Doorwerth,
6. De Hunneschans Beheer B.V., te Oosterbeek,
7. Stichting Vrienden van Vitesse, te Arnhem, eisers tot cassatie, hierna ook: onder 1 en 2: Vitesse; onder 3-6: private financiers; onder 7: Stichting Vrienden, en gezamenlijk: Vitesse c.s., adv. mr. B.T.M. van der Wiel,

tegen

Provincie Gelderland, te Arnhem, verweerster in cassatie, hierna ook: de Provincie, adv. mr. J.W.H. van

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 207327/HA ZA 10-2139 van de Rechtbank Arnhem van 24 november 2010, 19 januari 2011 en van de Rechtbank Oost-Nederland van 16 januari 2013;
- b. het arrest in de zaak 200.126.347 van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 9 september 2014.

(...)

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben Vitesse c.s. beroep in cassatie ingesteld. (...)

De Provincie heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de Provincie mede door mr. M.E.M.G. Peletier.

De conclusie van de advocaat-generaal J. Wuisman strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van beide partijen hebben ieder bij brief van 18 maart 2016 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1

De Hoge Raad verwijst voor het procesverloop tot 25 juni 2010, de tussen partijen vaststaande feiten, de grondslagen van de vordering, de daartegen aangevoerde verweren en de daarop door de rechtbank en het gerechtshof gegeven beslissingen, naar zijn arrest van die datum, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, *NJ* 2010/371.

3.2.1

In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende, sterk verkort weergegeven, vaststaande feiten. Medio 2001 verkeerde de voetbalclub Vitesse in een slechte financiële situatie. Enkele private financiers van Vitesse hebben een reddingsplan opgesteld. Dit hield in een combinatie van bezuinigingen, het verstrekken van leningen en het verlagen van de aan Gelredome N.V. verschuldigde huur voor het stadion waarin Vitesse zijn wedstrijden speelde. Vervolgens heeft op initiatief van gedeputeerde Jacobs, houdster van de portefeuille financiën binnen het College van Gedeputeerde Staten van de Provincie, op 1 juli 2001 een oriënterend overleg, en op 2 juli 2001 – in het Provinciehuis – een vervolgoverleg plaatsgevonden over de acute financiële problemen van Vitesse en de dreiging dat de licentie voor deelname aan betaald voetbal door de KNVB zou worden ingetrokken. Bij het overleg waren onder meer aanwezig bestuursleden van Stichting Betaald Voetbal Vitesse, en de private financiers.

Aansluitend op het overleg op 2 juli 2001 zijn afspraken gemaakt die inhielden dat de private financiers de schuld van Vitesse aan Nuon ten belope van ongeveer f 76.000.000 van Nuon overnamen voor een bedrag van f 5.000.000, en dat zij door tussenkomst van Stichting Vrienden van Vitesse een bedrag van f 16.000.000 aan Vitesse ter beschikking stelden. Die afspraken zijn in september 2001 in schriftelijke overeenkomsten vastgelegd.

In een brief van 18 juli 2001 heeft Gelredome N.V. aan Vitesse onder meer bericht dat het een misverstand is dat de Provincie aan haar heeft toegezegd de huurverlaging voor het lopende seizoen te compenseren. In een brief van 30 november 2001 berichtten Gedeputeerde Staten aan Stichting Vitesse onder meer dat het zoeken van de Provincie naar wegen om de exploitatie van Gelredome gezond te maken, stoelt op een inspanningsverplichting.

3.2.2

Vitesse c.s. hebben de vorderingen ingesteld die in het arrest van 25 juni 2010 in 3.2 zijn vermeld. Primair voerden zij aan dat de Provincie is tekortgeschoten in de nakoming van de toezegging om de verlaging van de huurprijs voor het seizoen 2001-2002 mogelijk te maken. Subsidiair beriepen zij zich op onrechtmatig handelen van de Provincie, daarin bestaande dat de gedeputeerden, die bij het overleg in juli 2001 over het 'reddingsplan Vitesse' betrokken waren, hen op het verkeerde been hebben gezet door bij het doen van de toezegging niet duidelijk te maken dat deze nog niet bindend was omdat zij nog de instemming van de Provinciale Staten behoefde.

De Provincie bestreed de vorderingen en voerde daartoe, kort samengevat, aan dat de door de gedeputeerden op 2 juli 2001 gedane toezegging niet meer dan een inspanningsverplichting inhield. Bovendien beriep de Provincie zich erop dat uit de Provinciewet voortvloeit dat de gedeputeerden zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten, niet bevoegd waren de Provincie te binden.

3.2.3

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft dit vonnis vernietigd en de zaak naar de schadestaat verwezen. Zeer kort samengevat overwoog het dat de vorderingen niet toewijsbaar zijn op de primaire grondslag, maar wel op de subsidiaire grondslag aangezien de Provincie, althans de gedeputeerden, in de gegeven omstandigheden Vitesse c.s. op het verkeerde been hebben gezet door na te laten de strekking van het handelen van de gedeputeerden en hun bevoegdheid daartoe te verduidelijken toen dat mogelijk en nodig was, met als gevolg dat Vitesse c.s. financiële verplichtingen van zeer aanzienlijke omvang op zich hebben genomen, in het vertrouwen dat ook de Provincie een omvangrijke financiële inspanning zou verrichten.

3.2.4

In het tegen dit arrest gerichte (eerste) cassatieberoep heeft de Provincie in het principale beroep het oordeel van het hof bestreden dat zij, althans de gedeputeerden, in de gegeven omstandigheden Vitesse c.s. op het verkeerde been hebben gezet en aldus onrechtmatig tegenover hen hebben gehandeld. Vitesse c.s. hebben in het incidentele beroep het oordeel van het hof bestreden dat de vordering niet toewijsbaar is op de primaire grondslag.

3.2.5

In zijn arrest van 25 juni 2010 heeft de Hoge Raad het principale beroep verworpen en in het incidentele

beroep geoordeeld dat Vitesse c.s. geen belang erbij hebben dat de vordering alsnog mede zal worden beoordeeld op de primaire grondslag daarvan. Hun stellingen komen immers erop neer dat de Provincie moet 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 van de vordering. Aangezien de klachten tegen het oordeel van het hof over de subsidiaire grondslag van de vordering geen doel treffen, behoeft de primaire grondslag van de vordering geen behandeling meer, aldus de Hoge Raad in zijn voormelde arrest.

3.2.6

In de daarna gevolgde schadestaatprocedure vorderden Vitesse c.s. dat de Provincie zou worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die ieder van hen heeft geleden. De schade diende volgens hen zo nodig primair op de voet van de art. 6:97 BW te worden begroot, en subsidiair op de voet van art. 6:104 BW te worden begroot op de door de Provincie genoten winst.

3.2.7

De rechtbank heeft in de schadestaatprocedure ten aanzien van alle door Vitesse c.s. gestelde schadeposten geoordeeld dat geen causaal verband bestaat met de nalatigheid van gedeputeerden om duidelijk te maken dat de door hen gedane toezegging nog de instemming van de Provinciale Staten behoeft. Daarom heeft zij de vorderingen van Vitesse c.s. afgewezen.

3.2.8

Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Kort samengevat overwoog het als volgt.

- (a) Als uitgangspunt voor de verdere beoordeling dient dat de Provincie onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Vitesse c.s. De Hoge Raad achtte dit onrechtmatig handelen gelegen in de nalatigheid van de gedeputeerden om een voorbehoud te maken ten aanzien van hun bevoegdheid om de eenmalige huurverlaging voor het seizoen 2001-2002 toe te zeggen en om ervoor te waarschuwen dat die toezegging slechts een inspanningsverplichting inhield. Door deze nalatigheid zijn Vitesse c.s. op het verkeerde been gezet. Dat nalaten wordt mede gekleurd door de in het arrest van de Hoge Raad vermelde omstandigheden van dit bijzondere geval. Deze nalatigheid is niet ook afgezien van de omstandigheden van dit bijzondere geval onrechtmatig (rov. 4.1-4.3).
- (b) Aan het vorenstaande doet niet af dat de Hoge Raad het incidentele cassatieberoep niet heeft behandeld (rov. 4.3).
- (c) Noch in het arrest van de Hoge Raad, noch in het daaraan voorafgaande arrest van het hof, is een oordeel gegeven over het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de Provincie en de door Vitesse c.s. gevorderde schadeposten (rov. 4.3 en 4.4).
- (d) Het hof is van oordeel dat tussen geen van de gevorderde schadeposten en de vaststaande onrechtmatige handelwijze van de Provincie, causaal verband bestaat (rov. 4.6-4.29).
- (e) Er is dan ook geen aanleiding om Vitesse c.s. schadevergoeding toe te kennen op de voet van art. 6:104 BW (rov. 4.30-4.33).

3.3

De onderdelen 1.1-1.8 voeren met name de klacht aan dat het hof met zijn hiervoor in 3.2.8 onder (c) en (d) weergegeven oordelen is afgeweken van hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van

25 juni 2010. Dit stond het hof niet vrij, aldus de onderdelen, omdat de in de schadestaatprocedure oordelende rechter is gebonden aan eindbeslissingen van de rechter in de hoofdprocedure.

3.4

De door de onderdelen aangevoerde klacht dat het hof is afgeweken van hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 25 juni 2010, mist feitelijke grondslag. Mede blijkens de verdere uitwerking daarvan en de daarop gegeven toelichting, berust de klacht erop dat de Hoge Raad al bindend heeft beslist dat causaal verband bestaat tussen de gevorderde schadeposten en de vaststaande onrechtmatige handelwijze van de Provincie. Het verwijzingshof heeft echter terecht geoordeeld dat zodanige beslissing niet in het arrest van de Hoge Raad ligt besloten. De klacht kan dus niet tot cassatie leiden.

3.5

De onderdelen 2.1-2.6 zijn met voornamelijk motiveringsklachten gericht tegen het hiervoor in 3.2.8 onder (d) kort weergegeven oordeel van het hof.

3.6

Deze klachten falen. De desbetreffende oordelen van het hof kunnen, verweven als zij zijn met waarderingen van feitelijke aard, niet op juistheid worden onderzocht. Zij zijn niet onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd.

3.7

De onderdelen 3.1-3.5 klagen over het hiervoor in 3.2.8 onder (e) kort weergegeven oordeel van het hof. Volgens de onderdelen is het oordeel dat er geen aanleiding is om Vitesse c.s. schadevergoeding toe te kennen op de voet van art. 6:104 BW, onjuist of onvoldoende gemotiveerd.

3.8

Het hof heeft geoordeeld dat Vitesse c.s. onvoldoende feiten of omstandigheden hebben gesteld op grond waarvan aannemelijk is dát zij enigerlei schade hebben geleden. Daarvan uitgaande heeft het hof geoordeeld dat het niet kon toekomen aan begroting van die schade op de voet van art. 6:104 BW. Aan dit oordeel ligt de juiste rechtsopvatting ten grondslag dat de 'winstafdracht' van art. 6:104 BW een vorm van begroting van schade is (zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6*, p. 1270) en dat voor toekenning van een vergoeding op deze grondslag geen plaats is indien ten gevolge van de – in dit geval – onrechtmatige daad geen schade is geleden (HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33). Voor het overige is het oordeel van het hof feitelijk en niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De onderdelen falen.

3.9

De onderdelen 4.1-4.5 voeren met name aan dat de Hoge Raad, indien de klachten van de onderdelen 1.1-3.5 niet zouden slagen, alsnog de hiervoor in 3.2.2 vermelde primaire grondslag van de vordering dient te beoordelen.

3.10

Deze klacht faalt omdat het onderhavige cassatieberoep is gericht tegen het oordeel van het hof in de

schadestaatprocedure, terwijl de hiervoor in 3.2.2 vermelde primaire grondslag van de vordering, en het daarover door het hof gegeven oordeel, aan de orde was in het incidentele cassatieberoep in de hoofdzaak, dat heeft geleid tot het arrest van 25 juni 2010. In de schadestaatprocedure kunnen niet – opnieuw of alsnog – in de hoofdprocedure gegeven oordelen worden bestreden (zie HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2138, NJ 2014/128).

3.11.1

Ten overvloede wordt nog als volgt overwogen. Indien in de procedure in de hoofdzaak die tot het arrest van 25 juni 2010 heeft geleid, wél de klacht zou zijn behandeld die door Vitesse c.s. was gericht tegen het oordeel van het hof dat de vordering niet toewijsbaar was op de primaire grondslag, en (ook) deze klacht tot cassatie zou hebben geleid, had de verwijzingsrechter de vordering, voor zover gebaseerd op de primaire grondslag daarvan, slechts kunnen afwijzen.

3.11.2

Zoals in 4.5 van het arrest van 25 juni 2010 is overwogen, vloeit uit de Provinciewet voort dat de gedeputeerden zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten, niet bevoegd waren de Provincie door de onderhavige toezegging te binden. In HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (*Hof van Twente*) is overwogen – overigens ten aanzien van een contractueel bedongen voorwaarde van goedkeuring door de gemeenteraad – dat in het stelsel van de Gemeentewet groot gewicht toekomt aan de bevoegdheidsverdeling tussen B&W en de gemeenteraad. In het stelsel van de Provinciewet heeft hetzelfde te gelden ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling tussen gedeputeerden en Provinciale Staten. In het stelsel van de Gemeentewet heeft de Raad een autonome positie; in het stelsel van de Provinciewet geldt datzelfde voor Provinciale Staten. Daarom moet grote terughoudendheid worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van (een gemeente dan wel) een provincie zonder instemming van het terzake volgens de wet bevoegde orgaan, in dit geval Provinciale Staten.

3.11.3

Opmerking verdient in dit verband dat in het incidentele middel in het cassatieberoep dat heeft geleid tot arrest van 25 juni 2010, geen beroep is gedaan op zodanige instemming of op enige andere gedraging of uitlating van Provinciale Staten.

3.11.4

De verwijzingsrechter zou bovendien gebonden zijn aan hetgeen de Hoge Raad in 4.5 van zijn zojuist aangehaalde arrest mede heeft overwogen, te weten – dat Vitesse c.s., althans hun vertegenwoordigers, hooggekwalificeerde professionals zijn, zodat van hen mocht worden verwacht dat zij op de hoogte waren van de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet tussen gedeputeerden en Provinciale Staten, 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.

3.11.5

In dit licht had de verwijzingsrechter slechts kunnen oordelen dat de door gedeputeerden gewekte schijn dat zij zelfstandig bevoegd waren om de Provincie te binden, niet in die zin voor risico van de Provincie komt dat de Provincie aan de door gedeputeerden gedane toezeggingen, in weerwil van hun

onbevoegdheid daartoe, zou zijn gebonden.

3.11.6

Opmerking verdient dat het oordeel waartoe de Hoge Raad in zijn arrest van 25 juni 2010 kwam ten aanzien van de subsidiaire grondslag van de vordering, niet is gebaseerd op een door de gedeputeerden tot stand gebrachte contractuele binding van de Provincie tegenover Vitesse c.s. Het is, zoals het hof terecht heeft overwogen (zie hiervoor in 3.2.8 onder (a)), gebaseerd op de (onrechtmatige) nalatigheid van de gedeputeerden om een voorbehoud te maken ten aanzien van hun bevoegdheid om de eenmalige huurverlaging voor het seizoen 2001-2002 toe te zeggen en om ervoor te waarschuwen dat die toezegging slechts een inspanningsverplichting inhield. Door deze nalatigheid zijn Vitesse c.s. op het verkeerde been gezet. Deze gronden waarop de nalatigheid van de gedeputeerden onrechtmatig was tegenover Vitesse c.s., brengen om de hiervoor in 3.11.2-3.11.4 genoemde redenen niet mee dat de Provincie ook contractueel aan de door de gedeputeerden gedane toezegging was gebonden.

3.12

De tot dusver niet behandelde klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Vitesse c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Provincie begroot op € 6.467,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Conclusie

Conclusie A-G mr. J.B.M.M. Wuisman:

1. Ter inleiding

1.1

Partijen in cassatie zullen hierna als volgt worden aangeduid:

- alle eisers tot cassatie te samen: Vitesse c.s.;
- eiseressen 1 en 2: Vitesse;
- eisers 3, 4, 5 en 6: private financiers;
- eiseres 7: Stichting Vrienden.
- verweerster in cassatie: de Provincie.

1.2

In 2001 zijn er door partijen – aansluitend op met elkaar gevoerd overleg – stappen gezet om de financiële crisis, waarin Vitesse toen verkeerde, tot oplossing te brengen. Vitesse c.s. stellen zich op het

standpunt dat zij in verband met die stappen door toedoen van de Provincie schade hebben geleden en dat de Provincie daarvoor rechtens aansprakelijk is te houden. Deze laatste bestrijdt dat. Dit geschil heeft geleid tot een gerechtelijke procedure (hierna: de hoofdprocedure), waarin de Hoge Raad bij arrest van 25 juni 2010 heeft beslist dat het Hof Arnhem terecht heeft geoordeeld dat er sprake is geweest van een onrechtmatig handelen van de Provincie jegens Vitesse c.s. Het Hof Arnhem dat aannemelijk achtte dat Vitesse c.s. als gevolg van dat onrechtmatige handelen schade hebben geleden, had de zaak al teruggewezen naar de Rechtbank Arnhem voor vaststelling in het kader van een schadestaatprocedure van de door de Provincie aan Vitesse c.s. te vergoeden schade. In deze procedure zijn zowel de Rechtbank Arnhem als het Hof Arnhem tot de slotsom gekomen dat er voor wat betreft de gestelde schadeposten geen causaal verband bestaat met het in de hoofdprocedure vastgestelde onrechtmatig handelen van de Provincie en de door Vitesse c.s. gestelde schade. De rechtbank heeft de schadevorderingen van Vitesse c.s. afgewezen en het hof heeft deze beslissing bij arrest van 9 september 2014 bekrachtigd. Tegen dit arrest hebben Vitesse c.s. op hun beurt cassatieberoep ingesteld.

2. Nadere uitwerking van feiten en procesverloop

De hoofdprocedure

2.1

Voor de feiten die in de hoofdprocedure zijn aangehouden, zij verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2010, sub 3. Mede daaraan is het navolgende ontleend:

- (i) Medio 2001 verkeerde de voetbalclub Vitesse in een financieel slechte situatie. Voor het boekjaar 2001-2002 werd een exploitatietekort voorzien van f 22.700.000 en was er een schuld aan de hoofdsponsor Nuon van ongeveer f 76.000.000. De KNVB wilde de licentie voor deelname aan betaald voetbal niet verlenen dan nadat onder meer dekking voor het begrotings-/exploitatietekort zou zijn aangetoond. Daarvoor werd bij brief van 22 juni 2001 een termijn van 1 juli 2001 gesteld, welke termijn daarna verlegd werd tot 17 juli 2001.
- (ii) Enkele private financiers van Vitesse hebben een reddingsplan opgesteld. Het hield in het doorvoeren van bezuinigingen tot een bedrag van f 1.000.000, het verstrekken van leningen ter grootte van f 16.000.000 aan Vitesse en het verlagen van de aan Gelredome verschuldigde huur voor het stadion van f 8.000.000 naar f 2.000.000.

Op initiatief van gedeputeerde Jacobs, houdster van de portefeuille financiën binnen het College van Gedeputeerde Staten, hebben op 1 juli 2001 een oriënterend overleg en op 2 juli 2001 op het Provinciehuis een vervolgoverleg plaats gevonden over de acute financiële problemen van Vitesse en de dreiging van het niet verleend worden van de licentie voor deelname aan betaald voetbal. Zou de licentie niet worden verleend dan zouden de financiële problemen in aanmerkelijke mate toenemen, ook op ruimere schaal. De voor het gebruik van het voetbalstadion aan Gelredome NV verschuldigde huur zou niet meer betaald kunnen worden, Gelredome NV zou daardoor ook zelf in financiële problemen kunnen geraken, wat weer problemen voor de Provincie zou kunnen opleveren in de vorm van het niet afbetaald krijgen van een aan Gelredome NV verstrekte lening en het moeten terugbetalen van Europese subsidiegelden. Bij het overleg waren onder meer aanwezig bestuursleden van Stichting Betaald voetbal Vitesse en de private financiers, die deels als bestuurders bij Vitesse waren betrokken. Het overleg is, opnieuw op initiatief van de gedeputeerde Jacobs, de volgende dag

vanaf 18.00 uur op het Provinciehuis voortgezet.

- (iv) Tijdens het overleg is ter sprake gekomen het mogelijk maken door de Provincie van het verlagen door Gelredome NV van de prijs voor het huren van het voetbalstadion van f 8.000.000 naar f 2.000.000 voor het seizoen 2001-2002, kwijtschelding van een aanzienlijk deel van de schuld van Vitesse aan Nuon en het – mede – via de Stichting Vrienden verschaffen van financiële middelen aan Vitesse voor het saneren van de financiële situatie van Vitesse.
- (v) Aansluitend op het overleg op 2 juli 2001 zijn in het kader van het 'Reddingsplan Vitesse' afspraken gemaakt die inhouden dat de private financiers de schuld van Vitesse aan Nuon voor f 5.000.000 overnemen en dat zij een bedrag van f 16.000.000 mede via Stichting Vrienden aan Vitesse ter beschikking stellen. Die afspraken zijn in september 2001 in schriftelijke overeenkomsten vastgelegd.
- (vi) Op 3 juli 2001 is Gelredome NV op de hoogte gesteld van het op die dag genomen besluit van het College van Gedeputeerden dat van provinciewege steun zal worden verleend aan de verlaging van de huurprijs. Bij brief van 5 juli 2001 heeft Gelredome NV onder verwijzing naar overleg met vertegenwoordigers van de Provincie aan Vitesse laten weten dat voor het seizoen 2001-2002 een huur van niet meer dan f 2.000.000 hoefde te worden betaald.
- (vii) In een brief van 5 juli 2001 schrijft Gelredome NV evenwel aan Vitesse onder meer dat het een misverstand is dat de Provincie aan haar heeft toegezegd de huurverlaging voor het lopende seizoen te compenseren. In een brief van 30 november 2001 berichten Gedeputeerde Staten aan Stichting Vitesse onder meer dat het zoeken van de Provincie naar wegen tot het gezond maken van de exploitatie van Gelredome stoelt op een inspanningsverplichting.
- (viii) In verband met de opnieuw toegenomen financiële problemen bij Vitesse is er in september 2002 een reddingsplan tussen Vitesse en de gemeente Arnhem overeengekomen, wat mede inhield de verstrekking van een lening door de gemeente aan Vitesse. In oktober 2002 volgde een overeenkomst met de gemeente Arnhem, waarin de private financiers afstand deden van hun vorderingsrechten op Vitesse.
- (ix) Op 3 maart 2008 heeft de Rechtbank Arnhem aan Vitesse surseance van betaling verleend. In dat kader heeft een sanering van de schulden van Vitesse plaatsgevonden.

2.2

Stellende dat zij in verband met het in juli 2001 te samen met gedeputeerden van de Provincie opgezette 'reddingsplan Vitesse' schade hebben geleden, hebben Vitesse c.s. de Provincie in een tegen haar bij de Rechtbank Arnhem aangespannen procedure aangesproken tot vergoeding van die schade. Als gronden voor de aanspraak op schadevergoeding voeren zij – voor zover nu nog van belang – aan primair dat de Provincie is tekortgeschoten in de nakoming van de toezegging om de verlaging van de huurprijs voor het seizoen 2001-2002 mogelijk te maken, subsidiair dat de gedeputeerden, die bij het overleg in juli 2001 over het 'reddingsplan Vitesse' betrokken waren, hen op het verkeerde been hebben gezet door bij het doen van de toezegging niet duidelijk te maken dat de toezegging nog niet bindend was omdat zij nog de instemming van de Provinciale Staten behoefde, en dat de toezegging niet meer dan een inspanningsverplichting voor de Provincie inhield, welke nalatigheid een aan de Provincie toe te rekenen onrechtmatig handelen vormt. In haar vonnis van 7 juni 2006 verwerpt de rechtbank de beide genoemde aansprakelijkheidsgronden en wijst zij de schadevordering af. Vitesse gaat van deze afwijzing in hoger beroep bij het Hof Arnhem. In zijn arrest van 3 juni 2008 oordeelt het hof dat de schadevordering niet toewijsbaar is op de grond van het

tekortschieten in de nakoming van een toezegging. Gedeputeerden waren niet bevoegd om die toezegging namens de Provincie te doen, zodat er niet een de Provincie bindende toezegging is tot stand gekomen. Maar er is wel sprake geweest van een onrechtmatig handelen van de gedeputeerden met het doen van de toezegging. Er is bij de toezegging geen voorbehoud omtrent de bevoegdheid tot het doen van de toezegging gedaan, te weten dat instemming van de Provinciale Staten vereist is, en ook is niet aangegeven dat met de toezegging niet meer dan een inspanningsverplichting van de Provincie werd beoogd. Verder is de toezegging onder zodanige omstandigheden gedaan dat Vitesse c.s. hebben mogen aannemen dat de betrokken gedeputeerden intern maatregelen hadden getroffen dat zij een de Provincie bindende toezegging konden doen. Het onrechtmatig handelen – dat ook kort wordt omschreven als ‘het op het verkeerde been zetten’ van Vitesse c.s. – is naar de opvattingen in het maatschappelijke verkeer aan de Provincie toe te rekenen, zodat deze op grond van een eigen onrechtmatig handelen jegens Vitesse aansprakelijk is te houden voor schade uit dat onrechtmatig handelen. In cassatie wordt door Vitesse c.s. in het kader van een incidenteel cassatieberoep het eerstgenoemde oordeel van het hof bestreden en door de Provincie in het kader van een principaal beroep het tweede oordeel. Bij arrest van 25 juni 2010 verwerpt de Hoge Raad het principaal beroep en oordeelt hij omtrent het incidenteel beroep dat Vitesse c.s., gelet op het niet slagen van de klachten in het principaal beroep, geen belang hebben bij een behandeling van de primaire grondslag voor de schadevordering.^[1]

De schadestaatprocedure

2.3

In de bij exploit van 27 augustus 2010 bij de rechtbank aanhangig gemaakte schadestaatprocedure vorderen Vitesse c.s. de Provincie te veroordelen tot de schade die ieder heeft geleden en in de in het exploit opgenomen schadestaat nader is gespecificeerd. In de conclusie van repliek wordt sub 13 (p. 51) de schadevordering nog in die zin uitgebreid dat het aan de rechtbank is om krachtens de art. 6:97 en 6:104 BW de schade te begroten op de voet van door de Provincie genoten winst, nu de Provincie als gevolg van haar onrechtmatig handelen in tweeërlei zin winst heeft geboekt, te weten geen verlaging van de huurprijs met € 2.620.851 voor het seizoen 2001-2002 en veiligstelling van haar investeringen in Gelredome NV ad € 22.700.000 door anderen zoals de private financiers en de Stichting Vrienden leningen aan Vitesse te laten verstrekken.

2.4

In rov. 4.1 van haar vonnis d.d. 16 januari 2013 formuleert de rechtbank de door haar te beantwoorden vraag als volgt: ‘of eisers kosten hebben gemaakt en financiële verplichtingen zijn aangegaan – en zo ja, welke kosten en financiële verplichtingen – die zij niet zouden hebben gemaakt of zouden zijn aangegaan indien hun wél uitdrukkelijk duidelijk was gemaakt dat voor dit handelen van de gedeputeerden – (de gedane toezegging) – nog toestemming van Provinciale Staten was vereist.’ Na voor alle gestelde schadeposten te hebben vastgesteld dat er geen causaal verband bestaat tussen die schadeposten en het nalaten door gedeputeerden om duidelijk te maken dat voor de door hen gedane toezegging nog de instemming van de Provinciale Staten vereist was – de kosten en financiële verplichtingen zouden immers ook zijn gemaakt respectievelijk aangegaan bij wetenschap dat voor de toezegging nog de instemming van de Provinciale Staten vereist was –, wijst de rechtbank de schadevorderingen van Vitesse c.s. af.

Deze beslissing van de rechtbank bekrachtigt het Hof Arnhem in zijn arrest van 9 september 2014. De belangrijkste stappen die het hof tot die beslissing voeren, zijn – kort weergegeven – de volgende:

stap a. (rov. 4.1 t/m 4.3): Er is uit te gaan van een onrechtmatig handelen als door de Hoge Raad weergegeven in zijn in het hoofdgeding gewezen arrest. Het onrechtmatig handelen acht de Hoge Raad, aldus het hof, gelegen in het nalaten door de gedeputeerden om een voorbehoud te maken ten aanzien hun bevoegdheid om de eenmalige huurverlaging voor het seizoen 2001-2002 toe te zeggen en om ervoor te waarschuwen dat die toezegging slechts een inspanningsverplichting inhield, welk nalaten neerkomt op 'het op het verkeerde been zetten' van Vitesse c.s. Dat nalaten is te beschouwen tegen de achtergrond van de omstandigheden die de Hoge Raad in rov. 4.6.1 (lees: 4.6.2) van zijn arrest vermeld. Die omstandigheden leveren los van het nalaten geen onrechtmatige daad op. Het niet nakomen van de toegezegde eenmalige huurverlaging is ook niet als zodanig onrechtmatig geacht.

stap b. (rov. 4.3): Dat als grond voor de aansprakelijkheid van de Provincie dient te worden aangehouden het onrechtmatig handelen als door de Hoge Raad weergegeven, doet niet af het feit dat de Hoge Raad het incidenteel cassatieberoep (inhoudelijk) onbesproken heeft gelaten.

stap c. (rov. 4.3 en 4.4): Hoewel het arrest van de Hoge Raad op enkele plaatsen spreekt van als gevolg van de onrechtmatige daad geleden schade in de vorm van 'tevergeefs gemaakte kosten en aangegane verplichtingen', is er noch in het arrest van de Hoge Raad noch in het daaraan voorafgaande arrest van het hof een oordeel gegeven over de aanwezigheid van een causaal verband tussen de verschillende door Vitesse c.s. onder die noemer gebrachte concrete schadeposten. Het hof heeft ook op dat punt de zaak naar de schadestaatprocedure verwezen. De vraag van het causaal verband ligt dus nog open en voor het antwoord op die vraag is bepalend of de gestelde schadeposten al dan niet zouden zijn geleden, indien de gedeputeerden bij de bespreking op 1 en 2 juli 2001 genoemd voorbehoud wel zouden hebben gemaakt en/of de waarschuwing omtrent de aard van de verplichting zouden hebben gegeven.

stap d. (rov. 4.6 t/m 12): Het nog open liggen van de vraag van het causaal verband brengt mee dat acht kan worden geslagen op de conclusies, die in een notitie van Accuracy²¹ worden vermeld met betrekking tot de aard van het tekort van f 22.700.000 dat bij het overleg op 2 en 3 juli 2001 in aanmerking werd genomen. Het debat over die aard van het tekort heeft zich in de schadestaatprocedure verdiept en, voor zover daarover in de hoofdprocedure al eindbeslissingen zijn genomen, is het hof aan die beslissingen niet gebonden, opdat vermeden wordt dat op een onjuiste feitelijke grondslag wordt beslist. Omtrent het bedrag van f 22.700.000 hebben Vitesse c.s. in de schadestaatprocedure in aansluiting op het rapport van Accuracy zelf aangevoerd dat het niet op te vatten is als een begrotings-/exploitatietekort, maar als dat gedeelte van de post van f 63.500.000 aan verwachte transferopbrengsten dat nog niet met contracten kon worden onderbouwd, en dat dit tekort een incidenteel karakter had. Het hof gaat ervan uit dat het reddingsplan bedoeld was om de acute situatie op te lossen, die was ontstaan doordat de KNVB voor de verlening van de licentie betaald voetbal op zeer korte termijn dekking eist van het incidentele tekort van f 22.700.000 alsmede dat het bij dit bedrag ging om nog niet gerealiseerde transferkosten. Door Vitesse c.s. is niet gesteld dat het bedrag van f 22.700.000 aan verwachte transferkosten, tot afdekking waarvan het reddingsplan strekte, niet realistisch was en niet nadien op enig moment had kunnen worden gerealiseerd.

stap e. (rov. 4.13 t/m 29): Tegen de achtergrond van het bovenstaande beoordeelt het hof vervolgens van ieder van de door Vitesse c.s. gestelde schadeposten of zij voor toewijzing in aanmerking komt. Die beoordeling resulteert hierin dat voor geen van die schadeposten een causaal verband bestaat met het

onrechtmatige handelen van de Provincie.

stap d. (rov. 4.30 t/m 4.32): Het hof ziet ook geen aanleiding om een schadevergoeding op de voet van art. 6:104 BW toe te kennen.

2.6

Vitesse c.s. hebben tegen het arrest van het hof bij exploit van 9 december 2014 tijdig cassatieberoep ingesteld. De Provincie heeft voor antwoord tot verwerping van dat beroep geconcludeerd. Na de schriftelijke toelichting van weerszijden zijn nog een repliek van Vitesse c.s. en een dupliek van de Provincie gevolgd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1

Het voorgedragen cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen, die ieder enige subonderdelen bevatten.

Onderdeel 1

3.2

Onderdeel 1 bevat een reeks van over acht subonderdelen verdeelde klachten. Die klachten, in onderling verband beschouwd, komen hierop neer dat het hof met hetgeen het over het onrechtmatig handelen van de Provincie en over het causale verband tussen dat onrechtmatige handelen en de door Vitesse c.s. geleden schade overweegt, is afgeweken van hetgeen de Hoge Raad dienaangaande in zijn arrest d.d. 25 juni 2010 heeft overwogen, ofschoon het hof daartoe niet de vrijheid had, althans het hof daartoe pas had mogen overgaan, nadat zou zijn gebleken dat de eerder genomen beslissingen omtrent deze vraagpunten op een juridisch of feitelijk onjuiste grondslag rusten en partijen in de gelegenheid zouden zijn gesteld zich daarover uit te laten. Hierna zal deze klacht worden aangeduid met de 'kernklacht'.

3.2.1

In rov. 4.3 van zijn arrest van 9 september 2014 overweegt het hof dat het gebonden is aan de uitleg die de Hoge Raad in zijn arrest d.d. 25 juni 2010 geeft aan het arrest d.d. 3 juni 2008 van het hof. Zo overweegt het hof: 'het staat het hof in deze schadestaatprocedure niet vrij te treden buiten deze door de Hoge Raad geschapen kaders'. De hiervoor vermelde kernklacht komt bijgevolg hierop neer of het hof een begrijpelijke uitleg van het arrest van de Hoge Raad heeft gegeven, voor zover de Hoge Raad zich daarin uitlaat over het onrechtmatig handelen van de Provincie en over het causale verband tussen dat onrechtmatige handelen en de door Vitesse c.s. geleden schade.

3.3

In het arrest van 25 juni 2010 van de Hoge Raad treft men onder meer de volgende overwegingen aan omtrent hetgeen volgens de Hoge Raad het hof omtrent de door Vitesse c.s. tegen de Provincie ingestelde schadevordering heeft overwogen:

— rov. 3.3 (b):

“De vordering is niet toewijsbaar op de primaire grondslag. De Provincie is namelijk aan de (...) onbevoegd gedane toezegging niet contractueel gebonden omdat die toezegging niet aan haar kan worden toegerekend. (...)”

— rov. 3.3 (c):

“De vordering is daarentegen wél toewijsbaar op de subsidiaire grondslag die erop neerkomt dat de Provincie (althans de gedeputeerden) Vitesse c.s. op het verkeerde been heeft gezet en heeft nagelaten de strekking van het handelen van de gedeputeerden en hun bevoegdheid daartoe te verduidelijken toen dat mogelijk en nodig was, met als gevolg dat Vitesse c.s. in het vertrouwen dat ook de Provincie een omvangrijke financiële inspanning zou verrichten, financiële verplichtingen van zeer aanzienlijke omvang op zich hebben genomen (rov. 4.26-4.29 in verbinding met rov. 4.11).”

— rov. 4.3:

“De Provincie heeft door de gedragingen van de gedeputeerden, (...), Vitesse c.s. ertoe bewogen financiële verplichtingen van zeer aanzienlijke omvang op zich te nemen. (...) De gedeputeerden hadden behoren te begrijpen dat Vitesse c.s. zeer aanzienlijke schade zouden 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. 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 – hierna in 4.6.2 vermelde – omstandigheden mocht van de gedeputeerden, en in het bijzonder van Jacobs, worden verwacht dat zij tegenover Vitesse c.s. voldoende duidelijk een voorbehoud hadden gemaakt van toestemming van de Provinciale Staten, dan wel dat zij uitdrukkelijk Vitesse c.s. hadden gewaarschuwd dat de Provincie slechts een inspanningsverplichting op zich nam. Nu gedeputeerden niets van dat alles hebben gedaan, heeft de Provincie Vitesse c.s. op het verkeerde been gezet en onrechtmatig tegenover hen gehandeld.”

— rov. 4.6.1:

“(...) Het (hof) heeft geoordeeld dat sprake is van bijzondere omstandigheden als vorenbedoeld, die meebrachten dat Vitesse c.s. erop mochten vertrouwen dat de gedeputeerden – (...) – intern maatregelen hadden genomen om een voor de Provincie bindende regeling te kunnen treffen teneinde te voorkomen dat Vitesse c.s. bij het opvolgen van hun instructies aanzienlijke schade zouden lijden, bestaande uit – in dit geval: tevergeefs – gemaakte kosten en aangegane verplichtingen.”

— rov. 4.6.2:

“(...) (v) De gedeputeerde Jacobs gaf gedetailleerde instructies aan de andere aanwezige partijen inzake de door hen te leveren bijdragen aan de financiële sanering van Vitesse. Dit kon de indruk wekken – die ook inderdaad is ontstaan, blijkens het feit dat deze instructies nog diezelfde avond zijn opgevolgd – dat tegenover de grote financiële inspanningen die Vitesse c.s. op basis van deze instructies verrichtten, de Provincie van haar kant de toegezegde financiële steun zou verlenen.”

3.4.1

Zoals hierboven in 2.5 bij stap a. uiteengezet, heeft het hof het arrest van de Hoge Raad aldus verstaan

dat de Hoge Raad het onrechtmatig handelen van de Provincie gelegen acht in het nalaten door de gedeputeerden om een voorbehoud te maken ter zake hun bevoegdheid om de eenmalige huurverlaging voor het seizoen 2001-2002 toe te zeggen en om ervoor te waarschuwen dat die toezegging slechts een inspanningsverplichting inhield, waarbij dit nalaten is te beschouwen tegen de achtergrond van de omstandigheden die de Hoge Raad in rov. 4.6.2 van zijn arrest vermeld, zonder dat die omstandigheden overigens als zodanig kwalificeren als een onrechtmatig handelen.

3.4.2

Beschouwt men de hiervoor geciteerde overwegingen van de Hoge Raad in onderling verband dan voert dat tot de slotsom dat de Hoge Raad als het werkelijke onrechtmatig handelen van de gedeputeerden en daarmee van de Provincie aanmerkt het 'op het verkeerde been zetten van Vitesse c.s.' door hen niet met betrekking tot de toezegging inzake de verlaging van de huur van het stadion Gelredome voor het seizoen 2001-2002 mee te delen dat daarvoor nog de toestemming van de Provinciale Staten vereist was en/of dat die toezegging niet meer inhield dan een inspanningsverplichting, waardoor bij Vitesse c.s. het vertrouwen is gewekt dat ook de Provincie een omvangrijke financiële inspanning zal verrichten.

3.4.3

Het onder 3.4.1 en 3.4.2 gestelde brengt mee dat de oordelen van de Hoge Raad in het arrest d.d. 25 juni 2010 en van het hof in zijn arrest d.d. 9 september 2014 omtrent de onrechtmatigheid van het handelen van (de gedeputeerden van) de Provincie in essentie niet uiteen lopen. Die essentie bestaat, kort gezegd, hieruit dat gedeputeerden door niet de vereiste duidelijkheid omtrent de toezegging aangaande de huurverlaging voor het seizoen 2001-2002 te betrachten Vitesse c.s. 'op het op het verkeerde been hebben gezet'. Dit betekent dat de hiervoor in 3.2 genoemde kernklacht, voor zover zij betrekking heeft op het onrechtmatigheidsoordeel van het hof, geen doel treft.

3.5

Wat betreft het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de Provincie en de schade die Vitesse c.s. stellen te hebben geleden, gaat het hof, zoals hierboven in 2.5 bij stap c vermeld, ervan uit dat noch in het arrest van de Hoge Raad noch in het daaraan voorafgaande arrest van het hof een oordeel is gegeven over de aanwezigheid van een causaal verband tussen de verschillende door Vitesse c.s. onder die noemer gebrachte concrete schadeposten en dat dit meebrengt dat genoemd causaal verband nog voor beoordeling openligt. In het kader van hoe het arrest d.d. 3 juni 2008 van het hof is te verstaan overweegt de Hoge Raad in de hierboven in 3.3 geciteerde rov. 4.3: 'De Provincie heeft door de gedragingen van de gedeputeerden, (...), Vitesse c.s. ertoe bewogen financiële verplichtingen van zeer aanzienlijke omvang op zich te nemen.' Deze overweging is te verstaan als dat daarin wordt uitgegaan van een causaal verband tussen het 'op het verkeerde been zetten' van Vitesse c.s. door de gedeputeerden en het aangaan door Vitesse c.s. van financiële verplichtingen van aanzienlijke omvang. Heeft, gelet hierop, het hof dan wel over het causaal verband kunnen oordelen als zojuist vermeld? Die vraag is, naar het voorkomt, bevestigend te beantwoorden. Uit het arrest d.d. 3 juni 2008 van het hof valt af te leiden dat in de hoofdprocedure door Vitesse c.s. nog geen concrete schadeposten zijn gesteld^[3] en ook dat er tussen partijen ook nog niet gedetailleerd over het causaal verband is gedebatteerd. Het debat spitste zich toe op de grondslag van de

schadevordering. In rov. 4.34 van zijn arrest d.d. 3 juni 2008 volstaat het hof met omtrent de schade en het causaal verband te overwegen, dat aannemelijk is dat Vitesse c.s. schade hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de Provincie, maar dat de schade in de hoofdprocedure nog niet kan worden begroot. Het hof besluit de zaak naar de schadestaatprocedure te verwijzen. In het tegen het arrest d.d. 3 juni 2008 gerichte cassatieberoep wordt het thema schade en causaal verband als zodanig niet aan de orde gesteld. Er bestaat dan ook geen aanleiding om aan te nemen dat de Hoge Raad aan het hiervoor vermelde oordeel van het hof over de schade en het causaal verband een verdergaande betekenis heeft toegekend dan zojuist aangegeven. Er kan derhalve van worden uitgegaan dat bij het starten van de schadestaatprocedure omtrent de – nog niet gespecificeerde – schade en het causaal verband niet meer was beslist dan dat aannemelijk is dat het onrechtmatige handelen van de Provincie tot schade heeft geleid. Bij die stand van zaken was er nog alle ruimte om over het thema schade en causaal verband in volle omvang te debatteren en te oordelen. Dat is ook gebeurd.

3.6

Het voorgaande voert tot de slotsom dat de kernklacht van onderdeel 1 ook voor wat betreft het vraagstuk van het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de Provincie en de schade daaruit geen doel treft. Het hof heeft kunnen oordelen dat er in de schadestaatprocedure de ruimte was om dat vraagstuk ten volle te beoordelen. Bij die stand van zaken kan er ook niet worden gesproken van een afwijken door het hof van een bindende einduitspraak.

Onderdeel 2

3.7

In onderdeel 2 wordt met over zes subonderdelen verdeelde klachten bestreden de beoordeling van het hof van de vraag of, met name vanuit het oogpunt van het causaal verband, de door Vitesse c.s. gestelde schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen.

Subonderdeel 2.1

3.8

Het hof ziet, zoals het in rov. 4.6 aangeeft, aanleiding om voorafgaande aan de beoordeling in de rov. 4.13 e.v. van de afzonderlijke door Vitesse c.s. opgevoerde schadeposten eerst nader stil te staan bij het tekort van f 27.000.000 waarop de verlening door de KNVB van de licentie voor deelname aan het betaald voetballen dreigde stuk te lopen. De aanleiding om bij dat financiële knelpunt stil te staan was voor het hof het debat dat naar aanleiding van grief IV tussen partijen in de schadestaatprocedure over de aard van het tekort is gevoerd. In de hoofdprocedure wordt dit tekort opgevat als een 'begrotings-/exploitatietekort over het boekjaar 2001/2002'; zie rov. 3.4 van het arrest d.d. 3 juni 2008 van het hof en rov. 3.1 sub (i) van het arrest d.d. 25 juni 2010 van de Hoge Raad. Het hof komt in rov. 4.8 van zijn arrest d.d. 9 september 2014 met een beroep op de notitie van Accuracy tot een andere kwalificatie van het tekort: het bedrag van f 22.700.000 ziet op dat gedeelte van de post van f 63.500.000 aan verwachte transferopbrengsten dat nog niet met transfercontracten kon worden onderbouwd, en betreft een tekort met een incidenteel karakter.

3.9

In de rov. 4.8 en 4.9 zet het hof uiteen dat en waarom het in de schadestaatprocedure van deze nieuwe kwalificatie van het tekort kan uitgaan. Hiertegen wordt onder a. van subonderdeel 2.1 aangevoerd dat het hof hiermee miskent dat het in de schadeprocedure was gebonden aan een in de hoofdprocedure gegeven bindende eindbeslissing. Die klacht slaagt niet. Van een onjuiste rechtsopvatting geeft geen blijk het oordeel van het hof in rov. 4.8 dat, zo er hier al sprake is van een eindbeslissing in de hoofdprocedure, het zich aan die eindbeslissing niet gebonden hoefde te achten in de schadestaatprocedure ten einde te vermijden dat op een onjuiste feitelijke grondslag zou worden beslist.^[4] Het hof oordeelt de andere kwalificatie deugdelijk met een beroep op de – door Vitesse c.s. zelf in het geding gebrachte – notitie van Accuracy en merkt verder terecht op, dat beide partijen in de schadeprocedure ruimschoots de gelegenheid hebben gehad om zich over deze notitie uit te laten.

3.10

Onder b., c. en d. komen klachten voor die in de kern genomen op het volgende neerkomen. Het hof heeft miskend dat in de hoofdprocedure is komen vast te staan dat de KNVB meer voorwaarden aan de verlening van de licentie stelde, waaronder de voorwaarde dat er voorzien diende te worden in een onderbouwing voor het niet opnemen van de aflossingsverplichtingen jegens Nuon, en dat Vitesse c.s. door het onrechtmatige handelen van de Provincie mede tot het overnemen van de vordering van Nuon zijn bewogen.

Van de beweerde miskenning is geen sprake. Uit rov. 4.10 blijkt dat het hof heeft onderkend dat er door de KNVB meer voorwaarden zijn gesteld. Maar het hof is voor wat die andere voorwaarden betreft van oordeel dat zij 'onvoldoende in het causaliteitsdebat zijn betrokken'. Hiermee beoogt het hof niet te zeggen dat deze voorwaarden verder bij de beoordeling van het causaliteitsvraagstuk buiten beschouwing kunnen blijven. Dat blijkt hieruit dat het hof in rov. 4.23 als te beoordelen schadepost mede in aanmerking neemt de gestelde schade in verband met de in het kader van het reddingsplan overgenomen positie van Nuon en mede ten aanzien van die schade in de rov. 4.24. t/m 4.26 tot de conclusie komt dat het causaal verband met het onrechtmatig handelen van de Provincie ontbreekt. In dit licht bezien valt aan de vaststelling dat de andere voorwaarden 'onvoldoende in het causaliteitsdebat zijn betrokken' geen verdere betekenis toe te kennen dan dat het hof, anders dan voor wat betreft het tekort van f 27.000.000, geen aanleiding ziet om aan hen nog prealabele beschouwingen te wijden.

Subonderdeel 2.2

3.11

In subonderdeel 2.2 wordt bestreden hetgeen het hof in rov. 4.14 overweegt en oordeelt omtrent de schade die Vitesse stelt ter zake van te veel betaalde huur te hebben geleden.

3.11.1

Voor zover in het subonderdeel wordt teruggegrepen op onderdeel 1, kan dat niet baten, nu dat onderdeel, zoals hierboven uiteengezet, geen doel treft.

3.11.2

Er wordt verder nog aangevoerd dat de beoordeling van de uit te veel betaalde huur bestaande schade onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. Bij deze klachten is in aanmerking te nemen, dat ervan is uit te gaan dat noch het doen van de toezegging zelf noch het niet-nakomen van de toezegging als grond voor schadevergoeding zijn aanvaard, ook niet in de zin van een onrechtmatige handelen van de Provincie jegens Vitesse. In dat licht bezien wordt met de klachten onvoldoende duidelijk gemaakt waarin de onjuistheid en/of onbegrijpelijkheid van de beoordeling van het hof van de uit te veel betaalde huur bestaande schade is gelegen. Een verwijzing naar vindplaatsen in de stukken volstaat daarvoor niet.

Subonderdelen 2.3 t/m 2.5

3.12

De subonderdelen 2.3 t/m 2.5 hebben betrekking op de beoordeling van het hof in de rov. 4.24 t/m 4.26 van de door de private financiers gestelde, in rov. 4.23, sub a, b en d kort aangeduide schade. Het hof laat de schadevordering reeds afstuiten op het ontbreken van het vereiste causale verband dat volgens de private financiers hieruit bestaat dat zij, indien gedeputeerden wel een voorbehoud hadden gemaakt omtrent de voor een eenmalige huurverlaging vereiste toestemming van Provinciale Staten dan wel hen hadden gewaarschuwd voor het inspanningskarakter van de verplichting deze eenmalige huurverlaging te realiseren, de desbetreffende verplichtingen van het reddingsplan niet op zich zouden hebben genomen. Naar het oordeel van het hof hebben Vitesse c.s. in het licht van het door de Provincie gevoerde verweer onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat de private financiers anders zouden hebben gehandeld, indien begin juli 2001 door de gedeputeerden wel het genoemde voorbehoud was gemaakt of de waarschuwing was gegeven. Voor dit oordeel geeft het hof een onderbouwing met een reeks van feiten en omstandigheden.

3.13

In subonderdeel 2.3 worden sub a. en b. klachten opgevoerd die erop neerkomen dat het hof heeft miskend:

- dat aan dat wat een benadeelde in het kader van een conditio-sine-qua-non-verband ten aanzien van het hypothetische scenario heeft te stellen geen hoge eisen mogen worden gesteld;
- dat in een geval als het onderhavige het causaal verband tussen de onjuiste voorstelling en de investeringen had moeten worden aangenomen behoudens tegenbewijs, althans dat aan de betwisting van het causaal verband hoge eisen moeten worden gesteld.

3.13.1

Deze – zeer algemeen geformuleerde – klachten falen reeds, nu de beweerde miskening op generlei wijze nader wordt onderbouwd of toegelicht. Overigens verdient in dit verband nog het volgende opmerking. De Provincie heeft haar verweer van het ontbreken van causaal verband reeds in eerste aanleg uitvoerig uit de doeken gedaan; zie in dit verband de conclusie van antwoord § 6.4 t/m 6.4.3, conclusie van dupliek § 46 t/m 46.3 en de Pleitnota van mr. Klostermann, § 3 t/m 5. Het verweer is in appel onverkort gehandhaafd; zie de beschouwingen in de memorie van antwoord naar aanleiding van grief V, meer in het bijzonder de § 9.5 en 9.6. Deze opstelling van de Provincie ten aanzien van het causaliteitsvereiste bracht voor de private financiers mee dat zij op dat punt met duidelijke en concrete

stellingen dienden te komen. Verder is geen sprake van een schending door de Provincie van een zodanige zorgvuldigheidnorm, dat aan de schending van die norm het vermoeden van causaal verband tussen schending van de norm en de gestelde schade is te verbinden.

3.14

In subonderdeel 2.3 sub c. wordt het oordeel van het hof inzake het ontbreken van het vereiste causale verband omdat de private financiers in het licht van de betwisting door de Provincie van het causaal verband te weinig hebben gesteld, meer concreet als onjuist of onbegrijpelijk op die voet bestreden dat de Provincie niet (voldoende) concreet heeft gesteld of en hoe de dekking van het tekort van f 22.700.000 ter hand zou zijn genomen bij gebreke van de toezegging van de Provincie van een bijdrage van f 6.000.000 in de vorm van het bewerkstelligen van een incidentele huurverlaging van het Gelredome. Hier wordt uit het oog verloren dat de Provincie bij pleidooi in eerste aanleg erop heeft gewezen dat genoemd tekort bij uitblijven van de eenmalige huurverlaging, na een overbruggingskrediet, had kunnen worden afgedekt uit de met de verkoop van spelers te verkrijgen gelden; zie de Pleitnota van mr. Klostermann, p. 5, voorlaatste alinea. Dit is als een voldoende concrete stelling van de Provincie te beschouwen. De klacht mist derhalve feitelijke grondslag. Bovendien gaat het om een stelling die de Provincie al in eerste aanleg heeft betrokken. Daarop stuit ook het verdere betoog in subonderdeel 2.3 sub c. af dat het hof zou zijn afgestaan op een stelling van de Provincie omtrent het lenen van een aanvullend bedrag van f 6.000.000 die de Provincie pas bij pleidooi in appel zou hebben ingenomen en die het hof derhalve niet als vaststaand zou hebben mogen aannemen.

3.15

Bij de klacht in subonderdeel 2.3 sub d. wordt uit het oog verloren dat de mate waarin de private financiers zich – bij betwisting daarvan door de Provincie – over het causale verband zouden dienen uit te laten, mede door de door de Provincie aangevoerde stellingen werd bepaald. Zoals hiervoor vermeld, heeft de Provincie aangevoerd dat met een overbruggingskrediet en vervolgens verkoop van spelers het financiële gat had kunnen worden gedicht dat bij het achterwege blijven van de eenmalige huurverlaging ontstond.

3.16

De klachten in de subonderdelen 2.4 en 2.5 komen hierop neer dat vanuit diverse invalshoeken als onvoldoende gemotiveerd wordt bestreden het oordeel van het hof dat de private financiers in het licht van het door de Provincie gevoerde verweer onvoldoende hebben gesteld om te kunnen oordelen, dat zij anders zouden hebben gehandeld indien begin juli 2001 door de gedeputeerden wel het meergenoemde voorbehoud zou zijn gemaakt of de waarschuwing was gegeven.

3.17

Zijn bestreden oordeel baseert het hof met name op de volgende feiten en omstandigheden:

- in juli 2001 was er bij Vitesse een acute situatie: bij het niet op korte termijn voldoen aan de door de KNVB gestelde voorwaarden, zou de licentie voor deelname aan betaald voetbal niet worden verkregen wat vrijwel zeker tot het faillissement van Vitesse zou hebben geleid;
- de private financiers, voor zover natuurlijke personen zijnde, waren bestuurlijk nauw bij Vitesse

betrokken en bij hen bestond een grote bereidheid om Vitesse financieel bij te staan; dat zij het op een faillissement van Vitesse zouden hebben laten aankomen, is niet voldoende gesteld of gebleken;

- de private financiers waren ervan op de hoogte dat het tekort van f 22.700.000 betrekking had op begrote transferinkomsten, die weliswaar niet op korte termijn waren te realiseren maar waarvan niet is gesteld of gebleken dat zij niet reëel waren;
- de concreet toegezegde eenmalige huurverlaging was in financieel opzicht in vergelijking met de structurele huurverlaging gering van omvang; niet voldoende onderbouwd is gesteld dat er geen aanvullende financiering zou kunnen zijn verkregen voor het met de eenmalige huurverlaging gemoeide bedrag; in dat verband is van belang dat dekking voor handen was in de vorm van spelersareaal.
- de private financiers namen voor wat betreft de structurele huurverlaging, waarmee een veel groter belang betrokken was, genoegen met een inspanningsverplichting.

De juistheid van deze feiten en omstandigheden wordt in de subonderdelen 2.3, sub c. en d., 2.4 en 2.5 als zodanig niet bestreden.

3.18

Het is niet onbegrijpelijk dat deze feiten en omstandigheden, indien men hen – zoals hoort te gebeuren – in onderlinge samenhang beschouwt, het hof tot het bestreden oordeel hebben gebracht. Dat geldt onverminderd, indien men de diverse stellingen van de private financiers in aanmerking neemt waarnaar in subonderdeel 2.4 en subonderdeel 2.5, sub d. en e., wordt verwezen. Voor wat die stellingen betreft, ligt in het aannemen van de feiten en omstandigheden, waarop het hof zijn oordeel inzake het ontbreken van het causaal verband baseert, besloten dat het hof hen voor niet juist heeft gehouden, althans hen ongenoegzaam heeft geacht om dat wat de Provincie ter betwisting van het causaal verband heeft aangevoerd te ontzenuwen. De beweringen in subonderdeel 2.5, sub a., b. en c., betreffen niet meer dan eigen meningen en waarderingen van de private financiers en zijn als zodanig niet voldoende om de onbegrijpelijkheid van 's hofs causaliteitsoordeel aan te tonen.

Subonderdeel 2.6

3.19

Subonderdeel 2.6 heeft betrekking op rov. 4.29 waarin het hof uiteenzet dat en waarom de schadevordering van de Stichting Vrienden geen doel treft. Daarbij verwijst het hof mede naar het overwogene in de rov. 4.25 en 4.26 en de daarin getrokken conclusie.

3.19.1

Voor zover in dat onderdeel wordt uitgegaan van een slagen van een of meer klachten in de voorafgaande onderdelen, kan dat de Stichting Vrienden niet baten aangezien geen van de klachten uit de eerdere onderdelen doel treft.

3.19.2

Voor zover in het onderdeel erover wordt geklaagd dat het hof geen kenbare aandacht heeft geschonken aan de stelling dat een groot deel van de achterban van de Stichting geen binding had met

Vitesse, kan dat de Stichting Vrienden evenmin baten. Het gaat te dezen om een aansprakelijkheid van de Provincie jegens de Stichting Vrienden zelf. Het hof stelt vast dat de relatie van Stichting Vrienden met Vitesse op te dezen wezenlijke punten gelijk was aan die van de private financiers met Vitesse en dat ten processe ten aanzien van beide dezelfde stellingen zijn betrokken. In cassatie wordt dit verder niet bestreden. Die gelijkheid in feitelijk en processueel opzicht rechtvaardigt om over de schadevordering van de Stichting Vrienden in dezelfde zin te oordelen als gebeurt met betrekking tot de schadevordering van de private financiers.

Onderdeel 3

In onderdeel 3 wordt bestreden de afwijzing door het hof in de rov. 4.31 t/m 4.33 van de schadevorderingen, voor zover deze inhielden een winstafracht op de voet van art. 6:104 BW.

3.21

In rov. 4.31 stelt het hof voorop dat art. 6:104 BW niet een vordering tot winstopdracht geeft, maar voorziet in een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de schade te begroten op het bedrag van de door het onrechtmatige handelen genoten winst in gevallen waarin de omvang van de daadwerkelijk geleden schade niet kan worden vastgesteld. Het hof verwijst in verband hiermee onder meer naar HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief. In rov. 3.3.2 van dit arrest overweegt de Hoge Raad het volgende:

“Art. 6:104 BWNA – dat gelijkloidend is aan art. 6:104 BW – geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een ‘vordering tot winstafracht’, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. Art. 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97 BW. De bepaling brengt mee dat niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. In een en ander ligt besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan. (Vgl. HR 24 december 1993, 15188, *LJNZC*1202, *NJ* 1995/421 en HR 16 juni 2006, C04/327, *LJN* AU8940, *NJ* 2006/585.) Aangezien de wijze van schadebegroting waarin art. 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel – zoals blijkens het arrest van het BenGH van 24 oktober 2005, A2004/5, *LJN* AW2551, *NJ* 2006/442 (rov. 11) wel het geval is met de vordering tot winstafracht van (thans:) art. 2.21 lid 4 BVIE – behoort de rechter bij de toepassing van dit voorschrift in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafracht op de voet van art. 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 6:162 of 6:74 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen (vgl. HR 16 juni 2006, hiervoor aangehaald). Dat brengt onder meer mee dat het schade toebrengende handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van art. 6:162 lid 3 onderscheidenlijk art. 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast *condicio sine qua non*-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor

toepassing van art. 6:104 niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schade toebrengende handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 6:104, en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toekennen.”

Subonderdeel 3.2

3.22

In rov. 4.32 overweegt het hof dat in de schadestaatprocedure niet is komen vast te staan dat de gestelde schade het gevolg is van de onrechtmatige daad van de Provincie. Zoals uiteengezet hierboven in 3.5 bij de bespreking van onderdeel 1, staat de hoofdprocedure niet aan dat oordeel in de weg. Hierop strandt de klacht in subonderdeel 3.2 dat het hof heeft miskend dat het gebonden was aan de vaststelling van het hof in de hoofdprocedure dat aannemelijk is dat Vitesse c.s. ten gevolge van het onrechtmatig handelen van de Provincie schade hebben geleden.

Subonderdelen 3.1, 3.3 en 3.4

3.23

Het hof vervolgt in rov. 4.32 hiermee dat er bij die stand van zaken, te weten het ontbreken van causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade, geen aanleiding bestaat om met toepassing van art. 6:104 BW de schade te begroten op genoten voordeel, voor zover daarvan sprake is. Zoals uit bovenstaand citaat uit het arrest van 18 juni 2010 van de Hoge Raad volgt, geeft het hof hiermee geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hierop stuiten de klachten in de subonderdelen 3.1, 3.3. en 3.4 af.

Subonderdeel 3.5

3.24

Nu de vooronderstelling in subonderdeel 3.5, te weten dat één van de overige klachten van het cassatiemiddel slaagt, niet opgaat, treft ook dit subonderdeel geen doel.

Onderdeel 4

3.25

In onderdeel 4 wordt in de eerste plaats aan de Hoge Raad het verzoek gedaan om bij het ongegrond bevinden van de klachten in de onderdelen 1 t/m 3 het incidentele cassatieberoep in de hoofdprocedure – indien de Hoge Raad over dat beroep slechts een voorlopig oordeel heeft gegeven – alsnog dan wel – indien de Hoge Raad over dat beroep een eindbeslissing heeft gegeven – opnieuw inhoudelijk te beoordelen. Met dat incidentele cassatieberoep werd opgekomen tegen de beslissing van het hof in diens arrest d.d. 3 juni 2008 tot verwerping van de primaire grondslag van de schadevordering tegen de Provincie. Die beslissing hield in, kort gezegd, dat de Provincie, bij gebreke van gebondenheid daaraan, niet tekort geschoten is in de nakoming van de toezegging om ervoor te zorgen dat de huurschuld van Vitesse voor het seizoen 2001-2002 wordt teruggebracht van f 8.000.000 naar f 2.000.000, en dat derhalve de Provincie niet uit dien hoofde voor schade aan de zijde van Vitesse c.s. aansprakelijk kan worden gehouden.

Voor het geval dat de Hoge Raad aan een beoordeling van het incidentele cassatieberoep toekomt en beslist dat het doel treft, wordt daaraan in subonderdeel 4.5 de conclusie verbonden dat het arrest d.d. 9 september 2014 van het hof niet in stand kan blijven, voor zover het hof schadeposten heeft afgewezen die bij gegrondbevinding van de primaire grondslag van Vitesse c.s. op die grondslag voor vergoeding in aanmerking komen.

3.26

In rov. 5 van zijn arrest d.d. 25 juni 2010 overweegt de Hoge Raad omtrent het incidentele beroep onder meer het volgende:

“Vitesse c.s. hebben hierbij echter geen belang. Hun eigen stellingen komen immers erop neer dat de Provincie moet 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 van de vordering. Aangezien de klachten tegen het oordeel van het hof over de subsidiaire grondslag van de vordering geen doel treffen, behoeft de primaire grondslag van de vordering geen behandeling meer.”

Deze overweging is, naar het voorkomt, zo te verstaan dat een inhoudelijke beoordeling van het incidentele beroep achterwege blijft, omdat Vitesse c.s. daarbij geen belang hebben. Daarmee vormt de vraag of de schadevorderingen van Vitesse c.s. geheel dan wel gedeeltelijk toewijsbaar zijn op grond van de primair door Vitesse aangevoerde aansprakelijkheidsgrond een nog niet beantwoorde vraag.

3.27

De vraag die in verband met onderdeel 4 in de eerste plaats rijst, is of in de onderhavige procedure wel ruimte is voor een herbeoordeling van het incidentele cassatieberoep in de hoofdprocedure. De onderhavige procedure betreft de schadestaatprocedure. In die procedure is er, naar gangbare opvatting, geen ruimte voor oordelen over de grondslag van de aansprakelijkheid. Die grondslag dient *uitsluitend* in de hoofdprocedure te worden vastgesteld, aldus de Hoge Raad.^[5] Het incidentele beroep heeft betrekking op de door Vitesse c.s. primair aangevoerde grondslag voor de aansprakelijkheid van de Provincie jegens Vitesse c.s. Uitgaande van de zojuist vermelde, strikt luidende regel over de verhouding tussen de hoofdprocedure en de schadestaatprocedure, komt het verzoek om in de onderhavige schadestaatprocedure de primaire grondslag inhoudelijk te beoordelen niet voor honorering in aanmerking. In de hoofdprocedure is door de Hoge Raad niet beslist dat de in die procedure gevoerde cassatieprocedure nog niet wordt afgesloten en partijen om voortzetting daarvan kunnen verzoeken, indien het verloop van de schadestaatprocedure beoordeling van het incidentele cassatieberoep alsnog wenselijk doet zijn. Het zojuist gestelde impliceert dat om processuele redenen het incidentele cassatieberoep niet meer voor beoordeling in aanmerking komt.

3.28

Vernietiging van het arrest van het hof als in onderdeel 4 verzocht, ligt om de volgende reden evenmin voor de hand. Na het arrest d.d. 25 juni 2010 van de Hoge Raad lag in de schadestaatprocedure ter beoordeling voor de vraag of en welke schade de Provincie aan Vitesse c.s. had te vergoeden uit het vastgestelde onrechtmatig handelen van de Provincie. Die vraag heeft het hof beantwoord. Slagen de klachten in de onderdelen 1 t/m 3 niet dan kan niet gezegd worden dat het hof, gelet op de voor het hof geldende grenzen van het geschil, een onjuist en daarmee voor vernietiging in aanmerking komend

arrest heeft gewezen.

3.29

Hetgeen hiervoor in 3.27 en 3.28 is opgemerkt, voert tot de conclusie dat ook onderdeel 4 geen doel treft.

3.30

Ondanks de hiervoor in 3.29 vermelde conclusie, wordt in verband met onderdeel 4 toch nog het volgende opgemerkt.

3.31

Indien zonder meer zou zijn aan te nemen dat geen van de schadevorderingen van Vitesse c.s. voor toewijzing in aanmerking komt op grond van de primair aangevoerde aansprakelijkheidsgrond, dan ontbreekt ook nog het vereiste belang bij het alsnog bespreken van het incidentele beroep. Maar is daarvan sprake?

3.31.1

Bij de primaire grondslag komt het er in de eerste plaats op aan of de Provincie contractueel gebonden is te achten aan de toezegging dat zij zal bewerkstelligen dat Gelredome N.V. de huurprijs voor het stadion voor het seizoen 2001-2002 met f 6.000.000 zal verlagen. Om tot die gebondenheid te kunnen concluderen zal – binnen het verband van de behandeling van het incidenteel cassatieberoep – moeten worden beslist dat, anders dan het hof in zijn arrest d.d. 3 juni 2008 heeft gedaan, ondanks de onbevoegdheid van gedeputeerden om namens de Provincie op te treden uit de toezegging toch voor de Provincie een contractuele verbintenis is ontstaan. Daarvoor is nodig dat degenen tot wie de toezegging was gericht te goeder trouw het ervoor hebben mogen houden dat de gedeputeerden uit naam van de Provincie de toezegging deden. In de conclusie voorafgaande aan het arrest d.d. 25 juni 2010 wordt het standpunt ingenomen dat dit laatste het geval is. Heroverweging van het aldaar gestelde geeft geen aanleiding dat standpunt bij te stellen. Daarbij speelt mede een rol dat niet goed valt in te zien dat over de hier aan de orde zijnde goede trouw in het onderhavige geval verschillend valt te oordelen in een delictueel dan wel contractueel verband.

3.31.2

De volgende vraag is of bij de primaire grondslag ook van het ontbreken van een causaal verband op de voet als door het hof in zijn arrest van 9 september 2014 beslist dient te worden uitgegaan en of er in ieder geval om die reden geen ruimte voor toewijzing van een schadevordering is. Hier past terughoudendheid. Er is geen debat gevoerd tussen partijen over het causaal verband met schade uitgaande van een gebondenheid van de Provincie aan de toezegging jegens degenen tot wie de toezegging was gericht. Hier wordt dan ook volstaan met de voorlopige opmerking dat het aannemen van afwezigheid van causaal verband niet zonder meer voor de hand ligt. Zou de toezegging zijn nagekomen dan was het niet nodig geweest om met eigen financiële middelen zorg te dragen voor het dichten van het financiële gat van f 6.000.000 dat door het mislopen van de huurprijsverlaging – (het positieve belang bij de toezegging) – ontstond. Het door degenen, aan wie de toezegging is

gedaan, alsnog moeten dichten van dat gat met eigen financiële middelen vormt, anders gezegd, een gevolg van het niet-nakomen van de toezegging en staat reeds uit dien hoofde in causaal verband met het niet-nakomen van de toezegging.^[6.]

3.31.3

Het voorgaande betekent dat niet zonder meer ervan kan worden uitgegaan dat het belang bij een inhoudelijke beoordeling van het incidentele middel ontbreekt. Bij de uitkomst van de schadeprocedure zoals die nu luidt, komt de door Vitesse c.s. aangevoerde primaire grondslag voor de schadevorderingen, naar het vooralsnog toeschijnt, toch zelfstandige betekenis toe. Bij die stand van zaken zou het bevredigender zijn om naar ruimte te zoeken voor het alsnog inhoudelijk behandelen van het incidentele cassatieberoep in plaats van het niet aanwezig achten van ruimte daarvoor vanwege de hiervoor in 3.27 en 3.28 vermelde procesregels. Onder het motto van 'nood breekt wet' en indachtig de voor het hoger beroep geldende en hier desnoods maar naar analogie toe te passen devolutieve werking van een beroep zou kunnen worden overwogen om, indien de onderdelen 1 t/m 3 van het cassatiemiddel geen doel treffen, naar aanleiding van onderdeel 4 in de onderhavige cassatieprocedure over te gaan tot het alsnog inhoudelijk beoordelen van het incidentele cassatieberoep uit de hoofdprocedure en om, indien dat beroep gegrond wordt bevonden, de zaak opnieuw naar het hof te verwijzen opdat partijen aldaar kunnen doorprocederen over de op de primaire grondslag toe te wijzen schade. Daarover is in de schadestaatprocedure immers nog geen debat gevoerd. Indien tot het volgen van de zojuist gesuggereerde weg zou worden besloten, zou het wel wenselijk zijn dat beide partijen in de gelegenheid worden gesteld om eerst de in de hoofdprocedure overgelegde cassatiedossiers alsnog over te leggen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Voetnoten

[1.]

HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, *NJ* 2010/371; *AA* 2010, p. 878 e.v., m.nt. S.E. Bartels en C. Spierings; *AB* 2010/334, m.nt. F.J. Ommeren; *GST* 2010/95, m.nt. H.Ph.J.A. Hennekens. Bij het arrest zijn verder kanttekeningen geplaatst door H.J.S.M. Langbroek, 'De schijnbeweging die tot een penalty leidde: kanttekeningen bij het *Vitesse*-arrest', *MvV* 2010, nr. 12, p. 321 e.v. Zie ook de beschouwingen over het arrest van A.G. Castermans, 'Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad', *AA* november 2012, m.n. p. 865, lk e.v.

[2.]

Het gaat om de notitie 'Ontstaan en samenstelling bedrag van 22,7 miljoen' van Accuracy Corporate Financial Advisory die in eerste aanleg als productie 25 bij de conclusie van repliek in het geding is gebracht. Accuracy verleent diensten van financiële aard zoals het onderbouwen van schadeclaims.

[3.]

Blijkens rov. 2.2, sub 2 jo. rov. 4.2 heeft Vitesse in de hoofdprocedure wel al gevorderd een veroordeling van de Provincie tot betaling van een bedrag van € 5.700.000. Dat bedrag betreft echter een vergoeding voor het niet nakomen door de Provincie van de toezegging om de huur te verlagen voor de seizoenen 2001-2002, 2002-2003 en het eerste kwartaal van het seizoen 2003-2004. In de schadestaatprocedure is schadevergoeding wegens het niet nakomen door de Provincie van de toezegging niet aan de orde.

[4.]

Zie voor de mogelijkheid om in een einduitspraak teug te komen op een eindbeslissing in een tussenuitspraak HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, *NJ* 2010/634, rov. 3.5 en 3.9. Ook wordt het terugkomen in een schadestaatprocedure op een

eindbeslissing in de hoofdprocedure voor mogelijk gehouden, althans zolang het niet gaat om een beslissing omtrent de grondslag van de aansprakelijkheid. Een beoordeling van dat vraagpunt is voorbehouden aan de hoofdprocedure. Zie hierover meer bij T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure (BPP nr. 14) 2012*, nr. 537 en 538; J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'De verhouding tussen de hoofdprocedure en de schadestaatprocedure', *MvV 2010*, nr. 5, p. 121 e.v.

[\[5.\]](#)

Zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674, *NJ 2008/ 285*, rov. 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 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure (BPP nr. 14) 2012*, nr. 542.

[\[6.\]](#)

Zie in dit verband ook: S.E. Bartels & C. Spierings, 'Vitesse-Provincie Gelderland: 1-0', *AA 2010*, p. 888, sub 6.5.4; A.G. Catermans, 'Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad', *AA november 2012*, m.n. p. 867, rk.