

Beste Bernard,

Alvorens mijn gedachten over de uitspraak van het gerechtshof 's Hertogenbosch van 3 maart 2020 weer te geven, vooreerst een enkele opmerking van formele aard. Ik doe dit niet in de hoedanigheid van advocaat (dat ben ik ook niet meer) noch als juridisch adviseur. Het betreft dus ook geen juridisch advies omtrent de mogelijkheden in een eventuele tweede cassatie-procedure. Hooguit zijn het mijn gedachten die je zou kunnen gebruiken indien je met jouw huidige advocaat wilt bekijken of je nog een cassatie-advies zou willen inwinnen, en afhankelijk daarvan de zaak weer aan de Hoge Raad wilt voorleggen. En omdat ik geen beroepsaansprakelijkheidsverzekering meer heb, geldt uiteraard dat iedere mogelijke aansprakelijkheid mijnerzijds uitgesloten is. Zoals gezegd: een formeel punt, maar ik wil het wel even tussen ons vastleggen.

Wat betreft de uitspraak (verder: het arrest), beperk ik mij tot een drietal hoofd punten. Er is daarnaast sprake van een aantal aannames in het arrest, maar die zijn met name van feitelijke aard, en laat ik nu buiten beschouwing. Mocht je te samen met jouw nieuw in te schakelen advocaat, dan wel een cassatie advocaat hier over nog met mij willen praten, dan kan dat uiteraard. Voor de rest volsta ik vooreerst met de opmerking dat de mogelijkheden in cassatie beperkt zijn, zoals de cassatie advocaat in de eerste cassatie zaak ook heeft aangegeven.

De drie hoofdpunten betreffen:

- (i): de uitleg van art. 3 van de Nadere overeenkomst, met name of sprake is van een stuitende werking,
- (i): de vraag of sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid,
- (i): De inhoudelijke beoordeling of de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld.

Ad (i),

Wat betreft de uitleg is van belang of het opnemen van art. 3, stuitende werking heeft wat betreft de verjaringstermijn. Daarvoor is nodig dat sprake is van een mededeling die de strekking moet hebben van eenvoldoende duidelijke en ondubbelzinnige waarschuwing van jou aan de gemeente dat jij jouw recht op nakoming voorbehoudt, zodat de gemeente er rekening mee kan houden dat zij de beschikking houdt over gegevens en bewijsmateriaal om zich tegen een vordering voor jou te kunnen verweren. Terzijde: ik spreek hier over jou, maar uiteraard wordt daarmee bedoeld op de vordering van Simmeren. De Hoge Raad neemt daarbij tot uitgangspunt dat niet alleen gelet worden op de formulering zelf, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval. Dit staat ook als zodanig in het arrest van de Hoge Raad. En ik voeg daaraan toe: ook kan van belang zijn verdere correspondentie tussen partijen, niet alleen voorafgaande aan de schriftelijke mededeling, maar ook correspondentie die daarop volgt. Een ander is in een andere zaak recent nog weergegeven door de procureur-generaal (Ecli:nl:phr:2020:284, met name onder nummer 3.34, met verwijzing naar relevante arresten van de Hoge Raad).

Vraag is dus of het Hof in het arrest conform dit uitgangspunt heeft geoordeeld. Het Hof is hier op ingegaan in de r.ov's 3.3.1 t/m 3.3.5.

Het Hof is eerst ingegaan op een aantal stellingen onzerzijds die niet zozeer te maken hebben met de uitleg-vraag. Dit betreft onder meer de vraag van de schade. In een brief van mij van 3 juli 2008 zou ik ten onrechte hebben aangegeven dat voordien nog niet duidelijk was of daadwerkelijk sprake was van schade. Wat ik volgens mij met name heb bedoeld -maar dit is voor de uitleg waar het nu om gaat absoluut niet relevant- is dat professor Bouma een onderzoek heeft gedaan om de schade vast te stellen. Ofwel: al hetgeen het Hof heeft overwogen in r.ov 3.3.2 is voor de uitleg-vraag niet van belang. En dat geldt ook wat betreft hetgeen is overwogen in r.ov. 3.3.3. Overigens heeft het Hof mijns inziens daar ten onrechte overwogen dat van onrechtmatig handelen door de gemeente geen

sprake (meer) zou zijn vanaf 24 oktober 1997, dan wel vanaf de overeenkomst van juni 2002. Ik kom daar zo nodig bij het derde punt nog op terug.

Het gaat wat betreft de uitleg met name om hetgeen is overwogen in r.ov. 3.3.4. Het Hof overweegt dat art. 3 van de Nadere overeenkomst niet voldoet aan de vereiste duidelijkheid etc. omdat uit het opnemen van dit artikel niet de intentie van jou blijkt dat je de vordering had weer een stuiten, dat je dit beoogde, laat staan dat dit (ik begrijp: de intentie) duidelijke ondubbelzinnig is op te maken uit het opnemen van dit artikel.

Vooropgesteld: het gaat volgens mij niet om de vraag wat jouw intentie was, wat jij beoogde, doch primair om de vraag of voor de gemeente voldoende duidelijk was dat de vordering werd gestuit (met in acht neming van het criterium zoals ik dat hiervoor al heb genoemd, dus ook de context, en hetgeen uit correspondentie kan blijken). Vervolgens gaat het Hof in op de Nadere overeenkomst, bedoeld om enkele nadere afspraken op onderdelen te maken in verband met Arbitrage 1. Art. 3 zou slechts in algemene bewoordingen zijn geformuleerd als sluitstuk op de gewijzigde details. Voorts wordt overwogen dat indien dit artikel al is opgenomen om duidelijk te maken dat de afspraak ter zake van Arbitrage 2 gehandhaafd blijft, daaruit nog niet blijkt dat daarmee de verjaringstermijn wordt gestuit.

Voor mij is dit onbegrijpelijk. Het Hof Leeuwarden heeft in het eerste arrest al overwogen dat art. 3 ertoe strekt om te bevestigen dat de overige gemaakte afspraken blijven gelden, aldus ook al het in de oorspronkelijke overeenkomst opgenomene met betrekking tot jouw vordering op de Gemeente in verband met onrechtmatig handelen, kortom: Arbitrage 2. En daaraan doet het niet af dat het Hof Leeuwarden vervolgens heeft overwogen dat dit niet zag op de tweede arbitrage, omdat de daarvoor in de overeenkomst opgenomen termijn al zou zijn verstreken. Dit is nu juist door de Hoge Raad rechtgezet.

Mijns inziens is voorts uitgangspunt dat met het opnemen van Arbitrage 2 in de eerste overeenkomst de verjaringstermijn voor jou vordering was gestuit. In zowel het arrest van het Hof Leeuwarden als van de Hoge Raad, wordt dit tot uitgangspunt genomen. Als in de nadere overeenkomst wordt opgenomen dat de bepalingen wat betreft Arbitrage 2 blijven gelden, moet dit voor de gemeente toch duidelijk zijn geweest dat jij aanspraak bleef maken op betaling daarvan. Ofwel: dat jij jouw recht op nakoming voorbehoud etc. Daarvoor is niet nodig dat expliciet wordt aangegeven dat de vordering wordt gestuit. Het gaat er om dat jij je recht op nakoming voorbehield, en dat het voor de gemeente een voldoende duidelijke waarschuwing was dat zij daar rekening mee moest houden. Waarom anders expliciet art. 3 opnemen met een ruime strekking dan het hof nu heeft aangenomen!?

Bovendien is aangevoerd dat dit niet alleen in de correspondentie aan de orde is gekomen, maar ook in de arbitrageprocedure zelf, ik heb met name in de procedure na cassatie erop gewezen dat tijdens een aantal behandelingen, ook nadat de Nadere overeenkomst gesloten was, door Johan is aangegeven dat doorgedaan zal worden met deze vordering, en zij de arbiters ook gevraagd om dat al (deels) te behandelen. Dit lijkt mij nu juist een omstandigheid die meegewogen had moeten worden. Het Hof heeft dit niet gedaan. Het mag dan zo zijn dat de gemeente een en ander heeft betwist, maar het Hof heeft dit punt in het geheel niet meegewogen, en ook niet overwogen dat hetgeen wij hebben gesteld niet voldoende zou zijn gebleken. In ieder geval had het Hof jou dan moeten toelaten tot het leveren van bewijs, dan wel moeten overwegen dat daarvoor geen plaats zou zijn. En dit ontbreekt. Zoals ook in dit kader -aldus de uitleg van art. 3- ontbreekt dat jij met de gemeente later nog hebt gesproken over het vaststellen van jouw schade (dit komt wel aan de orde bij de redelijkheid en billijkheid). Ook al heeft dit laatste op zich geen stuitende werking: het is wel een omstandigheid die van belang kan zijn voor de uitleg van het onderhavige artikel. En dat geldt bijvoorbeeld ook voor het inschakelen van ProFacto, om de feitelijke gang van zaken te onderzoeken.

Waarom een dergelijk (duur?) onderzoek indien de gemeente niet anders heeft begrepen dan dat jij eerder de vordering niet hebt gestuit, en dat jij jouw recht op nakoming niet meer voorbehield, en de zaak al verjaard zou zijn?!

Naar mijn mening -voor wat deze waard is- heeft het Hof op basis van de uitleg van art. 3 ten onrechte aangenomen dat geen sprake is geweest van een stuiting van de verjaring. Wordt dit wel aangenomen, dan behoeft de vraag van redelijkheid en billijkheid niet meer beantwoord te worden.

Ad (ii):

Wat betreft het feit dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn: de Hoge Raad heeft in het arrest (r.ov 3.5.1), de omstandigheden a tot en met I genoemd. Het Hof noemt een tiental omstandigheden.

Het hof neemt tot uitgangspunt dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat een schuldenaar zich op verjaring beroept, in de situatie dat de schuldenaar met de schuldeiser in onderhandeling is getreden voordat de vijf-jaarstermijn is verstreken, en dat tijdens deze onderhandelingen deze termijn verloopt.

Het hof overweegt eerst (r.ov. 3.4.2.) dat geen sprake zou zijn geweest van onderhandelingen die door de gemeente (als schuldenaar) zouden zijn gestart. Dit is op zich juist, maar de vraag is hoe relevant dit is. In het arrest uit 2002 waarnaar de Hoge Raad heeft verwezen, was mijns inziens sprake van een situatie dat de onderhandelingen in eerste instantie zijn begonnen door de schuld eiser. Vervolgens gaat het Hof in op het gesprek dat met wethouder Dijkstra heeft plaats gevonden. Wat opvalt is dat het Hof dit contact beperkt tot alleen het gesprek tijdens de opening. Dit komt later ook weer terug. Feitelijk is dit niet juist. Zoals blijkt uit het proces verbaal van de zitting bij het Hof Leeuwarden (pag. 5), heb jij uitdrukkelijk gezegd dat jullie enkele dagen na de opening op het kantoor van de wethouder hebben gesproken, nota bene op uitnodiging van hem, en dat hij het probleem voor jou wilde oplossen. Het hof stelt in dat kader dat door mij in de procedure bij de rechtbank tijdens het pleidooi een "kortere versie" zou zijn gegeven: dit proces verbaal heb ik niet in mijn bezit. Maar hoe dan ook: dit is dan in ieder geval gecorrigeerd tijdens de zitting bij het Hof. En dat is nu juist iets dat in hoger beroep kan.

Vervolgens borduurt het Hof verder op haar samenvatting, stellende dat de gemeente volgens jou altijd tegen gewerkt heeft. Dit klopt, maar door het inschakelen van prof. Bouma, op voorstel van de wethouder, was nu juist sprake van een kentering. Waar het met name om gaat is dat na inschakeling van prof. Bouma jij geen signalen hebt gehad van de gemeente dat zij bleef tegen werken. Die tegenwerking ontstond pas nadat prof. Bouma zijn rapport had ingeleverd (zomer 2008). Uit het door ons ingenomen standpunt blijkt mij niet dat wij hebben aangegeven dat de gemeente voordien (tijdens het onderzoek door prof. Bouma) ook nog lastig bleef doen. Wij hebben in dat kader (zie onder meer de pleitaantekeningen in de procedure bij het Hof nr. 20.3), gesteld dat de gemeente tijdens het onderzoek van prof. Bouma wel mee werkte, in welk kader wij hebben verwezen naar zijn verklaring, prod. dd. Wel is in de dagvaarding nr. 22 aangegeven dat prof. Bouma geprobeerd heeft in overleg te treden met de gemeente, maar dat was nu juist de situatie na het indienen van zijn rapport. Uit ons standpunt blijft ook niet dat dit eerder ook al de situatie was. Ook door de gemeente is dit in de procedure niet expliciet gesteld. En dat is van belang voor de vraag of jij tijdens het onderzoek van prof. Bouma nog actie had moeten nemen. Het hof neemt dit wel tot uitgangspunt, maar doet dit op basis van een eigen redenering, en niet zozeer stellingen van de gemeente. Het hof overweegt onder meer dat het voor de hand zou hebben gelegen dat jij een en ander schriftelijk zou hebben bevestigd. Waarom?! De gemeente gaf toen immers geen signaal af dat wees op onwil. Vervolgens overweegt het Hof (r.ov. 3.4.5.) dat door jou onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld waarom jij er niet op bedacht hoefde te zijn dat de gemeente zich zou beroepen op verjaring. Ook hiervoor geldt: dit is door de gemeente zelf niet gesteld.

Het Hof koppelt dit overigens aan de overweging dat jij (alleen) tijdens de feestelijke opening van de nieuwe vestiging hierover met de wethouder hebt gesproken. Zoals aangegeven: een onjuist uitgangspunt. Bovendien gaat het hof voorbij aan het feit dat het ging om een afspraak met de wethouder, een vertegenwoordiger van de gemeente, en dat door de gemeente niet is gesteld dat de wethouder niet bevoegd was. De gemeente heeft alleen geprobeerd dat genen wat jij met de wethouder heeft besproken, te bagatelliseren, als zijnde iets dat tijdens een borrel aan de orde is gekomen. Een daadwerkelijke betwisting lees ik niet in het standpunt van de gemeente.

Wat betreft de door het Hof genoemde schriftelijke vastlegging verder: zij koppelt dit voorts aan het feit dat prof. Bouma tijdens het onderzoek tegenwerking constateerde. Zoals aangegeven: dit is niet juist, althans niet door ons en ook niet de gemeente, die nota bene stelt van niets te weten, terwijl uit de verklaring van prof. Bouma blijkt dat de gemeente medewerking verleende, gesteld.

Door de wijze waar op het Hof jouw gesprek met de wethouder en het vervolg weergeeft, wordt voorbijgegaan aan het feit dat wel degelijk sprake was van een aanzet tot het vinden van een oplossing in der minne, ook al blijkt uit het rapport van prof. Bouma zelf niet dat dit de bedoeling was van zijn onderzoek. Wij hebben in ieder geval bij herhaling aangegeven dat de wethouder prof. Bouma heeft voorgesteld gezien het in hem bestaande vertrouwen, om op basis daarvan verder te kunnen gaan wat betreft een mogelijke oplossing. Daarvoor was immers nodig dat eerst meer inzage kwam wat betreft de hoogte van de schade. En daarop zag het onderzoek.

Vervolgens wordt overwogen (r.ov. 3.4.8) dat de door het Hof genoemde omstandigheden V t/mX niet van belang zijn, omdat het feiten en omstandigheden betreft van na de verjaring (medio 2007). Ten onrechte lijkt mij, omdat deze feiten nu juist bevestigen dat (ook) de gemeente er van uitging dat de vordering nog steeds boven haar hoofd ingang. Ofwel: deze feiten bevestigen dat voor de gemeente duidelijk was dat jij je recht op nakoming/betaling handhaafde. Dat latere omstandigheden van belang kunnen zijn, met name wat betreft de vraag of het voor de gemeente duidelijk was dat jij de vordering handhaafde, verwijs ik naar de eerder genoemde conclusie van de procureur generaal. Dit speelt speelt in het kader van de redelijkheid en billijkheid, In combinatie met de uitleg-vraag zoals onder ad(i) genoemd.

Ook voor deze omstandigheden geldt dat het Hof een aantal overwegingen opsomt die met name gebaseerd zijn op een eigen interpretatie, en niet zozeer hetgeen partijen hebben gesteld. Dit betreft onder meer de opdracht van de gemeente aan ProFacto om een onderzoek te doen. Dat in het rapport niets staat vermeld over verjaring, kan even goed ten gunste van jou worden uitgelegd. In die zin dat dit voor de gemeente toen helemaal geen item was.

Rest dan de vraag of de gemeente desondanks zich in een veel later stadium op verjaring mocht beroepen. Het Hof overweegt dat dit mocht, maar de vraag is dus of het Hof dit wel heeft aangenomen op basis van de juiste feiten en omstandigheden. En daar twijfel ik aan, nu het Hof zich met name baseert op een aantal eigen redeneringen.

Ieder geval zou gesteld kunnen worden dat het hof de onderhavige omstandigheden niet heeft getoetst in het kader van de uitlegvraag

Ad (iii):

Wat betreft de inhoudelijke beoordeling, heeft de gemeente onrechtmatig gehandeld, valt mij op dat het hof een aantal uitgangspunten hanteert die niet blijken uit de gestelde feiten, althans door ons voldoende zijn betwist. Het hof overweegt ondermeer (r.ov. 3.6.1.) dat het voor jou aantrekkelijk zou zijn om te worden verplaatst naar één locatie, en dat bij voorkeur op kosten van de gemeente.

De gemeente had zelf ook wel een belang, maar dat speelde toen nog niet. De suggestie is tenminste dat jij wilde profiteren van een mogelijk bij de gemeente bestaande wens. En dat beeld klopt niet, en blijkt onder meer niet uit de overgelegde verklaringen. Het Hof gaat daaraan geheel voorbij. Ook al zou uitgangspunt zijn dat de gemeente de stellingen met betrekking tot de verplaatsing jouwerzijds voldoende zou hebben betwist, dan had het Hof jou in ieder geval toe moeten laten tot bewijs, gezien de voorliggende verklaringen, waaruit blijkt dat de gemeente in de jaren 80 al het initiatief heeft genomen, en vanaf dat moment ook aan derden steeds heeft aangegeven dat jouw bedrijf verplaatst zou gaan worden. Nu dit uitgangspunt niet juist is, is voorts niet juist de overweging dat er geen concrete grond was voor jouw beslissing om terughoudend te zijn bij de ontwikkeling van de bedrijfsvoering.

Ook lijkt mij niet juist de overweging van het Hof dat na de brief van 24 oktober 1997, er voor jou geen enkele belemmering zou zijn voor het doen van investeringen, omdat de gemeente zou hebben aangegeven dat deze verdisconteerd zouden worden in de schadeloosstelling. Feitelijk zegt het Hof daarmee dat, voorzover al sprake zou zijn van onrechtmatig handelen, daaraan een einde is gekomen op het moment van voornoemde brief. Dit is volgens mij niet juist.

Verder is het Hof niet op stellingen onzerzijds ingegaan, en ook niet op datgene wat in de grieven in de procedure bij het Hof Leeuwarden is aangevoerd.

Samenvattend: het Hof heeft zich volgens mij van de zaak afgemaakt, door als uitgangspunt te nemen dat het primair jouw eigen belang was om het bedrijf te verplaatsen, en dat het enkele feit dat jij de hoop had dat dit zou kunnen op kosten van de gemeente, niet betekent dat sprake is van een concrete grond om niet verder te investeren. Het uitgangspunt van het Hof is volgens mij niet juist. En daarmee vervalt ook de basis voor de beoordeling door het Hof. Daarnaast heeft het Hof de periode ten onrechte beperkt tot het moment van de brief van 24 oktober 1997. Ook op grond van deze brief bestond er voor jou geen enkele zekerheid dat de omvangrijke investeringen die moesten plaatsvinden, door de gemeente vergoed zouden worden. Dit hebben wij ook wel gesteld in de processtukken. Het had dan op de weg van de gemeente gelegen om aan te geven of zij daadwerkelijk akkoord zou gaan met investeringen, en jou moeten vragen wat de plannen waren. Dit is volgens mij niet gebeurd. Anders is immers ook niet verklaarbaar dat in de correspondentie toen al werd gesproken over doorlopende schade. En -wederom volgens mij- heeft de gemeente een dergelijk standpunt in de procedure ook niet zo expliciet in genomen. Voorzover dat wel uit stellingen van de gemeente afgeleid zou kunnen worden, is dit in ieder geval gemotiveerd betwist.

Tot zo ver in hoofdlijnen mijn gedachten.

Ik neem aan dat jij een en ander ook bespreekt met Jan Bos, Stefan en (mogelijk) Rens. Mocht je een en ander gezamenlijk willen bespreken, dan hoor ik dat graag. Uiteraard ben ik daartoe bereid.

Met vriendelijke groet,

Martin

--

Met vriendelijke groet,

Martin Gans