

fieke inhoudelijke betrokkenheid door een rechter kunnen laten toetsen of zich een belang uit artikel 10 van de WOB 1992 voordoet, maar dit recht aan elke indiener van een WOB-verzoek toekomt.

J. Korzelius en C.N. van der Sluis

Gst. 2017/51

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
28 december 2016, nr. 201508027/1/A2

(Mrs. C.H.M. van Altena, F.C.M.A. Michiels en G.T.J.M. Jurgens)
m.nt. R.D. Boesveld¹

(Art. 3:4 lid 2 en art. 8:73 Awb; art. 6:163 BW)

O&A 2017/6

O&A 2017/7

ABkort 2017/9

AB 2017/88

ECLI:NL:RVS:2016:3462

Onrechtmatige overheidsdaad. Besluitaansprakelijkheid. Causaal verband. Hypothetisch rechtmatig besluit. Relativiteitsvereiste. (Amsterdam)

Voor toewijzing van een verzoek om schadevergoeding met toepassing van artikel 8:73, eerste lid, van de Awb, zoals die bepaling tot 1 juli 2013 luidde, dient in ieder geval te zijn voldaan aan de cumulatieve vereisten dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade zoals *Biolicious* die stelt te hebben geleden (relativiteitsvereiste) en er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de schade en het besluit van 4 september 2012 (causaliteitsvereiste). De rechtbank heeft eerst aan het relativiteitsvereiste getoetst. De ABRvS ziet aanleiding eerst te beoordelen of aan het causaliteitsvereiste is voldaan.

In aansluiting op het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1112) overweegt de ABRvS het volgende. Omdat het besluit van 4 september 2012 (onherroepelijk) is vernietigd, kan *Biolicious* op grond van onrechtmatige daad aanspraak maken op vergoeding van de schade die zij daarvoor lijdt. Indien aannemelijk is dat het algemeen bestuur een rechtmatig besluit zou hebben genomen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, dan heeft *Biolicious* geen schade geleden door het besluit van 4 september 2012. Dat een dergelijk besluit zou zijn genomen, zal in beginsel kunnen worden aangenomen als het algemeen bestuur, na vernietiging, opnieuw beslist en een vergelijkbare markt instelt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden.

Anders dan *Biolicious* betoogt, is dus niet maatgevend of het algemeen bestuur rechtmatig een uitgezonderde markt had

kunnen instellen, maar of het algemeen bestuur een markt als bedoeld in artikel 3.1, eerste lid, van de Vos had kunnen instellen en aannemelijk is dat het dat ook zou hebben gedaan. Het algemeen bestuur heeft desgevraagd ter zitting gesteld dat het besluit van 4 september 2012 een gevolg is van een politieke beslissing tot het realiseren van een weekmarkt op het Joris Ivensplein in IJburg, dat bij die beslissing niet op voorhand een keuze is gemaakt voor een uitgezonderde markt in plaats van een reguliere markt en dat het algemeen bestuur een besluit tot het instellen van een reguliere markt zou hebben genomen, indien het vooraf had geweten dat het geen rechtmatig besluit tot het instellen van een uitgezonderde markt had kunnen nemen.

Uit de bepalingen van de hoofdstukken 2 en 3 van de Vos valt niet af te leiden dat het algemeen bestuur, ten tijde van het besluit van 4 september 2012, niet rechtmatig een reguliere markt had kunnen instellen, die voor *Biolicious* naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. De ABRvS acht, gelet op hetgeen onder 8.2 is overwogen, aannemelijk dat het algemeen bestuur dat ook zou hebben gedaan, tenzij *Biolicious*, die om schadevergoeding verzoekt, feiten en omstandigheden aanvoert die aannemelijk maken dat dit niet het geval zou zijn geweest.

Dat het algemeen bestuur, zoals *Biolicious* bij brief van 5 september 2013 heeft aangevoerd, voorafgaand aan het instellen van een reguliere markt een belangenafweging zou maken, betekent niet dat daarbij doorslaggevend gewicht zou toekomen aan het belang van winkeliers in de omgeving van de markt bij bescherming tegen concurrentie van marktcoöplieden en dat een besluit tot het instellen van een reguliere markt in strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb zou zijn. Voorts valt niet in te zien dat, zoals *Biolicious* heeft aangevoerd, na het instellen van een reguliere markt niet zou kunnen worden voldaan aan de in de Vos gestelde regels voor plaatsing op de sollicitantenlijst, toewijzing van marktplaatsen, vergunningsvereisten en bezetting van marktplaatsen. Verder had *Biolicious* na het instellen van een reguliere markt eveneens te maken kunnen krijgen met een gedeeltelijke overlapping van het waren aanbod op de markt met haar eigen waren aanbod, met het ontbreken van een eenduidig beleid voor het betalen van marktgeden, met een voor haar ongunstige plaatsing van de marktkramen met de achterzijde aan de ingang van haar winkel en met wangedrag van marktcoöplieden. De door *Biolicious* tot slot aangevoerde omstandigheid dat het algemeen bestuur tot op heden geen reguliere weekmarkt op IJburg heeft ingesteld, is weliswaar een aanwijzing dat het algemeen bestuur dat mogelijk ook niet op 4 september 2013 [lees: 2012, RDB] zou hebben gedaan, maar onvoldoende om dat ook aannemelijk te achten, gelet op de destijds genomen politieke beslissing dat er een weekmarkt op IJburg moest komen.

De conclusie is dat het algemeen bestuur zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat een voor schadevergoeding vereist rechtstreeks oorzakelijk verband tussen het besluit van 4 september 2012 en de door *Biolicious* gestelde schade ontbreekt. Dat betekent dat in het midden kan blijven of, zoals *Biolicious* betoogt, de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de door haar gestelde schade. Zelfs indien aan het zogenoemde relativiteits-

¹ Robbert Boesveld is advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem.

vereiste is voldaan, laat dat immers onverlet dat de rechtbank het verzoek om schadevergoeding terecht heeft afgewezen.

Uitspraak op het hoger beroep van:
de vennootschap onder firma Biolicious IJburg, gevestigd te Amsterdam, waarvan de vennoten zijn [vennoot A] en [vennoot B], wonend te Amsterdam,
appellante,
tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 september 2015 in zaak nr. 12/5642 in het geding tussen:
Biolicious
en
het algemeen bestuur van de bestuurscommissie van stadsdeel Oost.

Procesverloop

Bij uitspraak van 15 september 2015 heeft de rechtbank een verzoek van Biolicious om schadevergoeding afgewezen. Deze uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak heeft Biolicious hoger beroep ingesteld. Het algemeen bestuur heeft een verweerschrift ingediend. Biolicious heeft een nader stuk ingediend. Het algemeen bestuur heeft eveneens een nader stuk ingediend. De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 4 oktober 2016, waar Biolicious, vertegenwoordigd door mr. W.M. van Bracht-Szabo, advocaat te Soesterberg, en door [vennoot A], en het algemeen bestuur, vertegenwoordigd door mr. ing. H. Pals, werkzaam bij de gemeente Amsterdam, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Onder het algemeen bestuur wordt tevens verstaan: diens rechtsvoorganger.

voorgeschiedenis

2. Biolicious is exploitante van een biologische winkel in een pand aan het Joris Ivensplein 56 te Amsterdam. Bij besluit van 4 september 2012 heeft het algemeen bestuur voor een proefperiode van twee jaar een zogenoemde uitgezonderde markt, te weten een bijzondere warenmarkt, ingesteld, te houden op zaterdagen op het Joris Ivensplein in IJburg, gemeente Amsterdam. Bij uitspraak van 25 juli 2013 (ECLI:NL:RBAMS:2013:4635) heeft de rechtbank het door Biolicious daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 4 september 2012 vernietigd en het onderzoek heropend ter voorbereiding van een uitspraak over het verzoek om vergoeding van de schade die Biolicious stelt te hebben geleden als gevolg van dat onrechtmatige besluit. Naar het oordeel van de rechtbank is het besluit van 4 september 2012 in strijd met artikel 3.3, tweede lid, van de Verordening op de straathandel 2008 (hierna: de Vos) genomen, omdat toepassing van die bepaling slechts voor bijzondere gevallen is bedoeld, terwijl de uitgezonderde markt op het Joris Ivensplein zich qua karakter en te verhandelen waren

niet onderscheidt van andere reguliere dag- en weekmarkten in Amsterdam.

wettelijk kader

3. Op 1 juli 2013 is de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, voor zover betrekking hebbend op schadevergoeding, in werking getreden. Uit het in artikel IV, eerste lid, van deze wet neergelegde overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold vóór inwerkingtreding van deze wet op dit geding van toepassing blijft.

Ingevolge artikel 8:73, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), zoals die bepaling tot 1 juli 2013 luidde, kan de rechtbank, indien zij het beroep gegrond verklaart en indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij het bestuursorgaan veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt.

4. Ingevolge artikel 3.1 (Instellen van markten), eerste lid, van de Vos besluit het college van burgemeester en wethouders tot het instellen, wijzigen of afschaffen van een markt.

Ingevolge het tweede lid wijst het college de grenzen van de markt, de waren die op de markt kunnen worden verhandeld en de dagen en de uren waarop de markt wordt gehouden aan.

Ingevolge het derde lid bepaalt het college het aantal plaatsen op de markt, de soorten marktplaatsen en de verdeling van de plaatsen over het marktterrein.

Ingevolge artikel 3.3 (Jaarmarkten en andere uitgezonderde markten), eerste lid, zijn op jaarmarkten de hoofdstukken 2 en 3 niet van toepassing, met uitzondering van de artikelen 3.1, 3.2, 3.19, 3.20, 3.21, 3.23, 3.24 en 3.25.

Ingevolge het tweede lid kan het college in bijzondere gevallen ook andere markten aanwijzen waarop het eerste lid van toepassing is.

verzoek om schadevergoeding

5. Bij brief van 5 september 2013 heeft Biolicious het verzoek om schadevergoeding toegelicht. In die brief heeft zij aangevoerd dat de uitgezonderde markt ruim een half jaar op het Joris Ivensplein heeft gestaan, dat dit heeft geleid tot een verstoring van de concurrentieverhoudingen tussen marktkooplieden en winkeliers in de omgeving van de markt en dat zij daardoor onder meer inkomsten heeft gederfd. Volgens Biolicious was het uitgesloten dat het algemeen bestuur, ten tijde van het onrechtmatige besluit van 4 september 2012, een rechtmatig besluit tot het instellen van een reguliere markt had kunnen nemen, mede gelet op de aan het instellen van een reguliere markt gestelde voorwaarden en de daarbij af te wegen belangen van ondernemers in de directe omgeving.

In een brief van 27 november 2014 heeft Biolicious daaraan toegevoegd dat er nauwelijks toezicht van het stadsdeel op de organisatie en inrichting van de uitgezonderde markt was en dat dit ertoe heeft geleid dat het warenaanbod op de markt voor een groot gedeelte haar eigen warenaanbod overlapte, dat er een grote kraam ten behoeve van de verkoop van groente en fruit voor dump Prijzen is geplaatst, dat

er geen eenduidig beleid voor het betalen van marktgelden was, dat de aanloop naar het winkelpand door de wijze van plaatsing van marktkramen werd afgesneden en dat verschillende marktkoopliden zich hebben misdragen.

reactie van het algemeen bestuur

6. Bij brief van 10 juni 2015 heeft het algemeen bestuur een reactie ingediend. In die brief heeft het algemeen bestuur zich op het standpunt gesteld dat de keuze voor een uitgezonderde markt in plaats van een reguliere markt een beleidsmatige en geen juridische keuze is geweest, dat het ten tijde van het onrechtmatige besluit van 4 september 2012 zonder enig beletsel een reguliere markt had kunnen instellen en dat de marktgrenzen, de te verhandelen waren, de dagen en de uren waarop de markt wordt gehouden, het aantal marktplaatsen, de soorten marktplaatsen en de verdeling van marktplaatsen over het marktterrein dan niet of nauwelijks anders zouden zijn geweest, zodat een reguliere markt voor Biolicious hetzelfde gevolg zou hebben gehad als een uitgezonderde markt. Volgens het algemeen bestuur ontbreekt het voor schadevergoeding vereiste rechtstreekse oorzakelijke verband tussen het onrechtmatige besluit van 4 september 2012 en de door Biolicious gestelde schade. Daarnaast heeft het algemeen bestuur het standpunt ingenomen dat de geschonden norm niet ertoe strekt om Biolicious tegen de door haar gestelde schade te beschermen.

aangevallen uitspraak

7. De rechtbank heeft overwogen dat de Vos louter ziet op het ordenen van de interne organisatie van de markt en dat het beschermen van concurrentieverhoudingen tussen marktkoopliden en winkeliers in de omgeving van de markt of het beschermen van de concurrentiepositie van Biolicious in het bijzonder daar niet onder valt. Volgens de rechtbank strekt de geschonden norm derhalve niet tot het beschermen tegen de door Biolicious gestelde schade, zodat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste, als bedoeld in artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek, en het verzoek om schadevergoeding reeds hierom dient te worden afgewezen.

8. Biolicious betoogt dat de rechtbank het verzoek om schadevergoeding ten onrechte heeft afgewezen. Daartoe voert zij aan dat de geschonden norm wel degelijk mede strekt tot bescherming van de concurrentiebelangen van in de buurt van de markt gevestigde ondernemers. Voorts voert zij aan dat in strijd met de bij het nemen van een besluit in acht te nemen zorgvuldigheid is gehandeld en dat het algemeen bestuur in verband met de schending van deze zorgvuldigheidsnorm aansprakelijk is voor de geleden schade.

beoordeling hogeroepingsgronden

8.1. Voor toewijzing van een verzoek om schadevergoeding met toepassing van artikel 8:73, eerste lid, van de Awb, zoals die bepaling tot 1 juli 2013 luidde, dient in ieder geval te zijn voldaan aan de cumulatieve vereisten dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade zoals Biolicious die stelt te hebben geleden (relativiteitsver-

eiste) en er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de schade en het besluit van 4 september 2012 (causaliteitsvereiste). De rechtbank heeft eerst aan het relativiteitsvereiste getoetst. De Afdeling ziet aanleiding eerst te beoordelen of aan het causaliteitsvereiste is voldaan.

In aansluiting op het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1112) overweegt de Afdeling het volgende. Omdat het besluit van 4 september 2012 (onherroepelijk) is vernietigd, kan Biolicious op grond van onrechtmatige daad aanspraak maken op vergoeding van de schade die zij daardoor lijdt. Indien aannemelijk is dat het algemeen bestuur een rechtmatig besluit zou hebben genomen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, dan heeft Biolicious geen schade geleden door het besluit van 4 september 2012. Dat een dergelijk besluit zou zijn genomen, zal in beginsel kunnen worden aangenomen als het algemeen bestuur, na vernietiging, opnieuw beslist en een vergelijkbare markt instelt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden.

8.2. Anders dan Biolicious betoogt, is dus niet maatgevend of het algemeen bestuur rechtmatig een uitgezonderde markt had kunnen instellen, maar of het algemeen bestuur een markt als bedoeld in artikel 3.1, eerste lid, van de Vos had kunnen instellen en aannemelijk is dat het dat ook zou hebben gedaan. Het algemeen bestuur heeft desgevraagd ter zitting gesteld dat het besluit van 4 september 2012 een gevolg is van een politieke beslissing tot het realiseren van een weekmarkt op het Joris Ivensplein in IJburg, dat bij die beslissing niet op voorhand een keuze is gemaakt voor een uitgezonderde markt in plaats van een reguliere markt en dat het algemeen bestuur een besluit tot het instellen van een reguliere markt zou hebben genomen, indien het vooraf had geweten dat het geen rechtmatig besluit tot het instellen van een uitgezonderde markt had kunnen nemen.

8.3. Uit de bepalingen van de hoofdstukken 2 en 3 van de Vos valt niet af te leiden dat het algemeen bestuur, ten tijde van het besluit van 4 september 2012, niet rechtmatig een reguliere markt had kunnen instellen, die voor Biolicious naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. De Afdeling acht, gelet op hetgeen onder 8.2 is overwogen, aannemelijk dat het algemeen bestuur dat ook zou hebben gedaan, tenzij Biolicious, die om schadevergoeding verzoekt, feiten en omstandigheden aanvoert die aannemelijk maken dat dit niet het geval zou zijn geweest.

8.4. Dat het algemeen bestuur, zoals Biolicious bij brief van 5 september 2013 heeft aangevoerd, voorafgaand aan het instellen van een reguliere markt een belangenafweging zou maken, betekent niet dat daarbij doorslaggevend gewicht zou toekomen aan het belang van winkeliers in de omgeving van de markt bij bescherming tegen concurrentie van marktkoopliden en dat een besluit tot het instellen van een reguliere markt in strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb zou zijn. Voorts valt niet in te zien dat, zoals Biolicious heeft aangevoerd, na het instellen van een reguliere markt niet zou kunnen worden voldaan aan de in de Vos gestelde regels voor plaatsing op de sollicitantenlijst, toewijzing van marktplaatsen, vergunningsvereisten en bezetting

van marktplaatsen. Verder had Biolicious na het instellen van een reguliere markt eveneens te maken kunnen krijgen met een gedeeltelijke overlapping van het warenaanbod op de markt met haar eigen warenaanbod, met het ontbreken van een eenduidig beleid voor het betalen van marktgelden, met een voor haar ongunstige plaatsing van de marktkramen met de achterzijde aan de ingang van haar winkel en met wangedrag van marktkooplieden. De door Biolicious tot slot aangevoerde omstandigheid dat het algemeen bestuur tot op heden geen reguliere weekmarkt op IJburg heeft ingesteld, is weliswaar een aanwijzing dat het algemeen bestuur dat mogelijk ook niet op 4 september 2013 [lees: 2012, RDB] zou hebben gedaan, maar onvoldoende om dat ook aannemelijk te achten, gelet op de destijds genomen politieke beslissing dat er een weekmarkt op IJburg moest komen.

8.5. De conclusie is dat het algemeen bestuur zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat een voor schadevergoeding vereist rechtstreeks oorzakelijk verband tussen het besluit van 4 september 2012 en de door Biolicious gestelde schade ontbreekt. Dat betekent dat in het midden kan blijven of, zoals Biolicious betoogt, de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de door haar gestelde schade. Zelfs indien aan het zogenoemde relativiteitsvereiste is voldaan, laat dat immers onverlet dat de rechtbank het verzoek om schadevergoeding terecht heeft afgewezen.

Het betoog faalt.

conclusie

9. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevestigt de aangevallen uitspraak.

Naschrift

1. Dit is een belangrijke uitspraak omdat de ABRvS zich hierin expliciet aansluit bij de door de Hoge Raad in het kader van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten gehanteerde causaliteitsleer – c.q. maatstaf.

2. *Casus.* Het dagelijks bestuur van stadsdeel Oost van de Gemeente Amsterdam (thans het algemeen bestuur van de bestuurscommissie van dit stadsdeel) heeft bij besluit van 4 september 2012 besloten voor een proefperiode van twee jaar een zogenaamde uitgezonderde markt in te stellen, te weten een bijzondere warenmarkt te houden op de zaterdagen op het Joris Ivensplein in IJburg. Tegen dit instellingsbesluit hebben winkeliers uit de omgeving, waaronder Biolicious, de exploitante van een biologische winkel aan het Joris Ivensplein, beroep ingesteld bij de Rechtbank Amsterdam. Bij uitspraak van 25 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4635, heeft de rechtbank onder meer

het beroep van Biolicious gegrond verklaard en het instellingsbesluit vernietigd. De rechtbank is, kort gezegd, van oordeel dat het instellingsbesluit in strijd is met artikel 3.3, lid 2, van de Verordening op de straathandel (de Vos). Artikel 3.3, lid 2, van de Vos is slechts voor bijzondere gevallen bedoeld. De markt op het Joris Ivensplein onderscheidt zich volgens de rechtbank qua karakter en te verhandelen waren echter niet van andere reguliere dag- en weekmarkten in Amsterdam. Tegen de uitspraak van de rechtbank hebben onder andere enkele marktondernemers die actief waren op de bijzondere warenmarkt op het Joris Ivensplein hoger beroep ingesteld bij de ABRvS. Dit hoger beroep is, om hier verder niet van belang zijnde redenen, ongegrond verklaard (zie ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3669, AB 2015/11, m.nt. H.D. Tolsma, JB 2014/226). Verder valt in de hier te bespreken uitspraak van de ABRvS te lezen (r.o. 8.4) dat het gemeentebestuur tot op heden geen reguliere weekmarkt op IJburg heeft ingesteld.

3. Bij uitspraak van 15 september 2015 heeft de rechtbank – met toepassing van het op 1 juli 2013 vervallen artikel 8:73 Awb – het verzoek van Biolicious om vergoeding van schade die zij als gevolg van het vernietigde instellingsbesluit stelt te hebben geleden, afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank is niet aan het relativiteitsvereiste als bedoeld in artikel 6:163 BW voldaan. De geschonden norm (artikel 3.3, lid 2, van de Vos) beoogt volgens de rechtbank niet (mede) de concurrentiepositie van Biolicious te beschermen. Ook bij de ABRvS vangt Biolicious bot. De ABRvS laat in het midden of aan het relativiteitsvereiste is voldaan, maar oordeelt dat het vereiste causaal verband tussen het gewraakte instellingsbesluit van 4 september 2012 en de gestelde schade ontbreekt en het verzoek om schadevergoeding reeds daarom moet worden afgewezen.

4. *Onrechtmatigheid en toerekenbaarheid instellingsbesluit.* Het is sinds lange tijd rotsvaste rechtspraak dat indien de bestuursrechter een besluit van een bestuursorgaan vernietigt jegens degene die het beroep heeft ingesteld dat tot vernietiging heeft geleid, de onrechtmatigheid van het besluit en in beginsel de toerekenbaarheid ervan aan het desbetreffende overheidsorgaan zijn gegeven (zie bijvoorbeeld HR 26 september 1986, AB 1987/70 (*Staat/Hofmann-La Roche*) en HR 31 mei 1991, AB 1992/290 (*Van Gog/Nederweert*) en voor de bestuursrechter ABRvS 24 maart 2004, Gst. 2004/139, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Infiltratieschade Leiduin*). De onrechtmatigheid van het vernietigde instellingsbesluit en de toerekenbaarheid daarvan aan de gemeente staan in deze zaak – terecht – niet ter discussie.

5. Het gemeentebestuur heeft het instellingsbesluit voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb. Tegen dit besluit diende daarom direct beroep te worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het was niet nodig (en overigens ook niet mogelijk) eerst bezwaar te maken (zie artikel 7:1, lid 1, aanhef en onder d, van de Awb). In deze zaak speelde dan ook niet de vraag of de vernietiging van een beslissing op bezwaar ook de onrechtmatigheid van het daaraan voorafgaande, schadeveroorzakende, primaire besluit impliceert. In punt 7, laatste alinea, van mijn naschrift onder ABRvS 5 februari

2014, *Gst.* 2014/115 (*Wijchen*) heb ik erop gewezen dat de ABRvS hier een andere benadering kiest dan de Hoge Raad. De ABRvS is bereid de onrechtmatigheid van een primair besluit uit de vernietiging van de beslissing op bezwaar af te leiden (zie ABRvS 9 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9468, ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005/74 (*Doorsteek te Meerssen*), ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005/75 (*Amelandse benzinepomphouder*), ABRvS 26 januari 2005, *JB* 2005/81, m.nt. R.J.N. Schlössels. (*Leeuwarden*), ABRvS 24 december 2008, *Gst.* 2009/13, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *AA* 2009, m.nt. L.J.A. Damen (*Amelandse benzinepomphouder II*) en ABRvS 4 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0304 (*Someren*)). Daarentegen verlangt de Hoge Raad op grond van de leer van de formele rechtskracht dat net zo lang wordt doorgeprocedeerd totdat het primaire besluit wordt herroepen (of ingetrokken) op gronden die de onrechtmatigheid impliceren (HR 13 oktober 2006, *AB* 2007/270, m.nt. G.A. van der Veen (*Enschede/Gerridzen*) en HR 19 december 2008, *Gst.* 2014/23, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *JB* 2009/71, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Hoogland/Rotterdam*)). Op deze rechtspraak van de Hoge Raad is in de literatuur de nodige kritiek geuit: de benadering van de Hoge Raad is, zo wordt betoogd, niet burgervriendelijk en leidt tot procedeedwang (zie onder andere de noot van Schlössels onder Hoogland/Rotterdam en de noot van Damen onder Amelandse benzinepomphouder II). Uit het hierna onder *Gst.* 2017/52 opgenomen arrest van de Hoge Raad van 6 januari 2017 blijkt dat deze kritiek voor de Hoge Raad geen reden is zijn rechtspraak te wijzigen (zie rechtsoverweging 3.4.1 van het arrest). Mijn inschatting is dat ook de ABRvS aan haar eigen lijn zal vasthouden. Als ik dit goed zie, blijft de rechtspraak van beide hoogste rechters op dit punt dus uiteen lopen.

6. *Causaal verband. Hypothetisch rechtmatig besluit.* De gemeente is alleen aansprakelijk voor schade die Biolicious als *gevolg* van het onrechtmatige instellingsbesluit heeft geleden. Of sprake is van een causaal verband wordt doorgaans in twee stappen vastgesteld (zie bijvoorbeeld *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/50 en B.P.M. van Ravels, 'Causaliteit: afstemming van causaliteitsleren in het besluitaansprakelijkheidsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 671 e.v.). De eerste stap is de *condicio sine qua non*-toets. Aan deze toets is niet voldaan als de schade ook (en in dezelfde omvang) zou zijn ontstaan als de onrechtmatige daad wordt weggedacht. Als bij het wegdenken van de onrechtmatige daad ook de schade (gedeeltelijk) wegvalt, dan is wèl sprake van een csqn-verband tussen deze daad en de schade. Van belang is om in het oog te houden dat het bij de vaststelling van het csqn-verband gaat om een vraag naar het *feitelijke* verband tussen een gedraging en schade. Verder geldt het csqn-verband als een minimumvereiste. De schade moet ook – dit is de tweede stap – aan de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW (i.e. de leer van de toerekening naar redelijkheid). Bij deze twee stap gaat het om een *normatief* verband tussen de onrechtmatige daad (de fout) en de schade.

7. Bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige c.q. onrechtmatige besluiten krijgt de causaliteitstoetsing een specifieke invulling. In het algemeen wordt aangenomen dat het voor het vereiste causaal verband niet voldoende is dat de schade niet zou zijn ontstaan als het gebrekkige besluit/de fout wordt "weggedacht". Een dergelijke benadering zou tot een (veel) te ruime aansprakelijkheid van de overheid voor gebrekkige besluiten leiden. Onderzocht wordt daarom of de schade ook (en in dezelfde omvang) zou zijn ontstaan als het (reële) onrechtmatige besluit wordt vervangen door een (hypothetisch) rechtmatig besluit. In het arrest Hengelo/Wevers (HR 3 juni 2016, *Gst.* 2016/112, m.nt. R.D. Boesveld en D.J. de Jongh, *JB* 2016/129, m.nt. L.J.M. Timmermans) heeft de Hoge Raad daarvoor de volgende maatstaf geformuleerd:

"3.5.4 (...) Niet beslissend is immers of het College de vergunning rechtmatig had kunnen weigeren, maar – zoals het hof tot maatstaf heeft genomen – welk besluit het zou hebben genomen indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist."

Het gaat hier om een feitelijke beoordeling van welk besluit *zou zijn genomen*, in plaats van een juridische beoordeling of er een besluit *had kunnen worden* genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. De Hoge Raad leek hiermee een andere maatstaf te hanteren dan de ABRvS. In de hiervoor al vermelde uitspraken inzake de Amelandse benzinepomphouder en de Doorsteek te Meerssen overwoog de ABRvS immers dat causaal verband ontbreekt:

"indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad." (zie voor latere uitspraken waarin deze overweging is herhaald de noot in de Gemeentestem onder het arrest Hengelo/Wevers, punt 4).

In de zaak van de Gemeente Amsterdam tegen Biolicious zoekt de ABRvS nu expliciet aansluiting bij de door de Hoge Raad in het arrest Hengelo/Wevers gehanteerde causaliteitsmaatstaf (zie r.o. 8.1 en 8.2 van de uitspraak). De ABRvS laat hierbij overigens in het midden of zij voorheen – zoals in de literatuur veelal wordt verondersteld – daadwerkelijk een van de Hoge Raad afwijkende maatstaf toepaste.

8. In zijn arrest van 6 januari 2017 verwijst ook de Hoge Raad zelf naar het arrest Hengelo/Wevers:

"3.4.4 In de gevallen waarin het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet overeenkomstig het hiervoor in 3.4.2 overwogene afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan, dient het bestaan van dat verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het

condicio sine qua non-verband), waar het hier om gaat, moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Er is geen grond om hierover anders te oordelen indien het gaat om een onrechtmatig besluit van een bestuursorgaan (HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (Hengelo/Wevers), rov. 3.5.2)."

Ik meen dat dan ook (voorzichtig) kan worden geconcludeerd dat het hier voor zowel de Hoge Raad als de ABRvS om een vaste (nieuwe) maatstaf voor het causaal verband bij besluitaansprakelijkheid gaat. Voor de Afdeling lijkt dit te worden bevestigd in een uitspraak van 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:162 (*MCR/Culemborg*), waarin expliciet naar de uitspraak in de zaak *Biolicious/Amsterdam* wordt verwezen (zie rechtsoverweging 19).

9. De in het vorige punt geciteerde rechtsoverweging 3.4.4 van het arrest van 6 januari 2017 maakt ook duidelijk waar, althans volgens de Hoge Raad, de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit binnen het kader van de onrechtmatige overheidsdaad moet worden gepositioneerd. Het gaat om een invulling van het csqn-verband in de zin van artikel 6:162 BW (".. schade die de ander dientengevolge lijdt ..."). Een *feitelijke* toets derhalve (zie hiervoor punt 6). Of de ABRvS dit ook zo ziet, is niet helemaal zeker. Met name de tot de uitspraak van 28 december 2016 door de ABRvS gehanteerde standaardoverweging heeft op dit punt voor de nodige verwarring gezorgd (zie voor literatuurverwijzingen punt 5 van mijn naschrift bij ABRvS 5 februari 2014, *Gst.* 2014/115 (*Wijchen*)). Deze overweging leek immers niet van een feitelijke, maar van een – niet bij de csqn-toets passende – normatieve benadering uit te gaan ("... zou hebben kunnen worden genomen..."). Bovendien parafraseerde de ABRvS in deze overweging artikel 6:98 BW, dat – zoals hiervoor is toegelicht – betrekking heeft op de tweede stap in de causaliteitstoetsing en niet op de feitelijke csqn-toets. In de uitspraak van 28 december 2016 is van een parafrasering van artikel 6:98 BW geen sprake meer. Ik ga er dan ook vanuit dat (thans) ook de ABRvS van oordeel is dat het bij de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit om een toepassing van de csqn-toets gaat.

10. *Bewijslastverdeling*. Het onderscheid tussen enerzijds het csqn-verband en anderzijds het in artikel 6:98 bedoelde causaal verband is met name van belang in het kader van de bewijslast(verdeling). Volgens het "gewone" civiele schadevergoedingsrecht rusten de stelplicht en bewijslast met betrekking tot het feitelijke csqn-verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade in beginsel op de eisende partij (zie bijvoorbeeld C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2, Mon. BW B35, Deventer: Kluwer 2007, nr. 47 e.v. en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/76). Een mogelijke uitzondering op deze hoofdregel is de zogenaamde "omkeringsregel". Bij de omkeringsregel gaat het om gevallen waarin de rechter de stellingen van de eisende partij over het csqn-verband voorshands bewezen acht, be-

houdens door de gedaagde te leveren tegenbewijs. De Hoge Raad heeft de omkeringsregel voor het besluitaansprakelijkheidsrecht evenwel niet aanvaard (zie HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspel*) over een ten onrechte geweigerde hinderwetvergunning).

11. Bij de toerekening naar redelijkheid in de zin van artikel 6:98 BW gaat het in beginsel om een rechtsvraag. Dit impliceert dat bewijslevering als zodanig niet aan de orde is, althans niet van de kant van de eisende partij. Als het csqn-verband vaststaat is in beginsel de aansprakelijkheid gegeven. De rechter kan evenwel oordelen dat de schade in redelijkheid niet of niet geheel aan de aansprakelijk gestelde partij kan worden toegerekend. Het is dan wel aan de aansprakelijk gestelde partij ter zake relevante feiten te stellen en – bij gemotiveerde betwisting door de eisende partij – te bewijzen (zie onder meer Klaassen, a.w., nr. 45 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/76).

12. Ook in de rechtspraak van de ABRvS geldt dat het in de regel op de weg van de eisende partij ligt om het csqn-verband tussen een onrechtmatig besluit en de gestelde schade te bewijzen. Zo zal de houder van een bouwvergunning die stelt dat hij als gevolg van de aanvankelijke onrechtmatige weigering van de vergunning een mogelijkheid tot financiering van de bouw in de vorm van een bouwdepot is misgelopen en de vestiging van een nieuw bouwdepot extra kosten met zich brengt het csqn-verband tussen de bewuste schade en het weigeringsbesluit aannemelijk moeten maken (zie ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:957 (*Veerre*); zie voor een ander illustratief voorbeeld ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1131 (*Appingedam*)).

13. Bij de specifieke categorie van gevallen waarin een bestuursorgaan het verweer voert dat het in plaats van het vernietigde (of herroepen) reële besluit een rechtmatig besluit zou hebben genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad als het zich van het aan het reële besluit klevende gebrek bewust zou zijn geweest, was het lange tijd vaste rechtspraak van de ABRvS dat het aan het bewuste bestuursorgaan is om aannemelijk te maken dat het een rechtmatig besluit zoals hier bedoeld had kunnen nemen (en ook zou hebben genomen). Zie naast de uitspraken Doorsteek te Meerssen en Amelandse benzinepomphouder onder andere ABRvS 10 augustus 2000, *JB* 2000/71, ABRvS 23 maart 2011, *JB* 2011/120, ABRvS 11 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4068, ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2510 (*Bloemendaal*), ABRvS 3 september 2014, *AB* 2015/293, m.nt. J. Wolswinkel ('s-Hertogenbosch), ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4316 (*Amsterdam*), ABRvS 3 februari 2016, *JB* 2016/64, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Hilvarenbeek*) en ABRvS 20 april 2016, *JB* 2016/116, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Amstelveen*)). In het oog springt dat de ABRvS in de zaak *Biolicious/Amsterdam* voor een andere benadering van de bewijslastverdeling lijkt te kiezen, waarbij – conform de hoofdregel – de bewijslast op de eisende partij rust en niet op het bestuursorgaan dat een beroep doet op een hypothetisch rechtmatig besluit (zie r.o. 8.2 e.v.). De uitspraak kan echter ook zo worden gelezen dat het volgens de ABRvS wel degelijk aan het algemeen bestuur van de bestuurscommissie was om te bewijzen (aan-

nemelijk te maken) dat het een rechtmatig besluit had kunnen nemen (en zou hebben genomen) dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad als het onrechtmatige besluit en dat het algemeen bestuur erin is geslaagd dit bewijs te leveren. Het wachten is op uitspraken van de ABRvS waarin voor wat betreft de bewijslastverdeling bij hypothetisch rechtmatige besluiten meer duidelijkheid wordt gegeven.

R.D. Boesveld

Gst. 2017/52

Hoge Raad (Civiele kamer) 6 januari 2017, nr. 15/02804
(Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.V. Polak en C.E. du Perron)
m.nt. R.D. Boesveld¹

(Art. 3:4 lid 2 en art. 8:73 Awb; art. 6:163 BW)

O&A 2017/19
NJ 2017/62
NJB 2017/163
JWB 2017/17
RvdW 2017/163
ECLI:NL:PHR:2016:1310
ECLI:NL:HR:2017:18

Onrechtmatige overheidsdaad. Maatstaf causaal verband bij besluitaansprakelijkheid. Hypothetisch rechtmatig besluit. Verlengde besluitvorming.

Het gaat in deze zaak om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor een besluit van een bestuursorgaan dat ongunstig is voor degene die ter zake schadevergoeding verlangt. In de regel staat van een dergelijk besluit bezwaar en beroep open op grond van de Awb. Is dat het geval, dan zal aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in beginsel slechts kunnen worden aangenomen na vernietiging, intrekking of herroeping van het besluit. Die vernietiging, intrekking of herroeping is dan immers in verband met de formele rechtskracht van het besluit in beginsel noodzakelijk voor de vaststelling van de onrechtmatigheid daarvan.

Moet het bestuursorgaan na een vernietiging, intrekking of herroeping van het besluit opnieuw in de zaak voorzien door het nemen van een nieuw besluit – wat bij een besluit op aanvraag doorgaans het geval is – dan hangt het veelal van de inhoud van het nieuwe besluit af of het eerdere, onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. Als het nieuwe besluit rechtmatig is en een beslissing bevat die (voor de belanghebbende) tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het eerdere besluit, dan is dat, voor zover het gaat om schade die veroorzaakt wordt door dat rechtsgevolg, niet het geval. In het feit dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, kan daarom voor de rechter een grond zijn gelegen voor afwijzing van een op de onrecht-

matigheid van het eerdere besluit gebaseerde schadevergoedingsvordering. (Vgl. in dit verband HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2087, NJ 2007/187 (Enschede/Gerridzen), r.o. 4.2.3, en HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, NJ 2009/146).

Voor zover het gaat om andere schade dan schade die veroorzaakt wordt door het rechtsgevolg van het besluit, en waarvan de vergoedbaarheid daarom niet afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan, geldt met betrekking tot het causaal verband hetgeen hierna in 3.4.4 en 3.4.6 wordt overwogen.

Op het besluit op de aanvraag van een ontslagvergunning als bedoeld in art. 6 BBA (oud) (thans art. 7:671a BW), om welk besluit het in deze zaak gaat, is de Awb van toepassing. Tegen dat besluit staat echter geen bezwaar of beroep open op grond van die wet (art. 8:5 lid 1 Awb in verbinding met de ten tijde van het onderhavige besluit geldende bijlage bij de Awb, onderdeel F, onder 1). In verband hiermee dient de rechtmatigheid van dit besluit door de burgerlijke rechter te worden beoordeeld. Ook doet zich bij dit besluit niet het hiervoor in 3.4.2 genoemde geval voor dat het bestuursorgaan opnieuw in de zaak moet voorzien door het nemen van een nieuw besluit. In de gevallen waarin het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet overeenkomstig het hiervoor in 3.4.2 overwogene afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan, dient het bestaan van dat verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het *condicio sine qua non*-verband), waar het hier om gaat, moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Er is geen grond om hierover anders te oordelen indien het gaat om een onrechtmatig besluit van een bestuursorgaan (HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291 (Hengelo/Wevers), r.o. 3.5.2).

Niet juist is dus de door het middel verdedigde opvatting dat indien het bestuursorgaan ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben, causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de schade (reeds vanwege deze omstandigheid) ontbreekt. Het betoog van het middel is dus ongegrond.

Opmerking verdient dat indien het bestuursorgaan een nieuw besluit neemt dat tot hetzelfde rechtsgevolg als het onrechtmatige besluit leidt, en dat wel rechtmatig is, dit grond kan zijn om tot uitgangspunt te nemen dat het bestuursorgaan ten tijde van het onrechtmatige besluit eenzelfde besluit zou hebben genomen, indien dat op dat tijdstip ook rechtens mogelijk was (Hengelo/Wevers t.a.p.).

Arrest in de zaak van:

De publiekrechtelijke rechtspersoon UITVOERINGSINSTITUUT WERKNEMERSVERZEKERINGEN (UWV), gevestigd te Amsterdam,

¹ Robbert Boesveld is advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem.