

Stroomlijning van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn

*Mr. P.W. den Hollander**

1 Een exploitatievergunning voor een prostitutiepand

Op 28 november 2006 vraagt Have een vergunning aan voor de exploitatie van een prostitutiepand aan het Amsterdamse Oudekerksplein. De burgemeester schakelt het Landelijk Bureau Bibob in om zich van de integriteit van Have te vergewissen. Have wordt hiervan op de hoogte gebracht. Het blijkt een tijdrovende zaak en de wettelijke termijn waarbinnen over de vergunningaanvraag moet worden beslist, wordt overschreden. Die bedraagt in dit geval, zo stelt de voorzieningenrechter op verzoek van Have vast, zestien weken. De beslistermijn van acht weken, die art. 1.5 lid 1 van de algemene plaatselijke verordening (APV) voorschrijft, wordt in verband met het opstellen van het Bibob-advies voor de maximale duur van acht weken opgeschort.¹ De voorzieningenrechter bepaalt dat de gemeente uiterlijk op 27 juli 2007 dient te beslissen.

Uiteindelijk krijgt Have op 4 september 2007 zijn vergunning, maar slechts voor bepaalde tijd, tot 1 oktober 2008. Volgens de burgemeester kan besluitvorming niet langer uitblijven, maar moeten passages uit het inmiddels ontvangen Bibob-advies nader worden onderzocht. Have heeft inmiddels de gemeente Amsterdam aansprakelijk gesteld voor de misgelopen inkomsten als gevolg van de overschrijding van de beslistermijn. Ook Venekamp c.s. stellen de gemeente aansprakelijk. Zij zijn eigenaar van het prostitutiepand en zijn met Have een huurprijs overeengekomen van € 1.627,50 per week 'per datum verlening prostitutievergunning'.² Kunnen Have en Venekamp c.s. de gemeente met succes aanspreken?

De rechtbank wijst de vorderingen van Have en Venekamp c.s. toe en het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. De Hoge Raad bevestigt zijn maatstaf uit een eerdere, Eindhovense zaak. De wettelijke beslistermijn werkt als

publiekrechtelijke norm niet een-op-een door in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht. Het komt aan op een nadere afweging, in het licht van de omstandigheden van het geval:

'Deze maatstaf houdt in dat de enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, onvoldoende is voor het oordeel dat op grond van art. 6:162 BW aansprakelijkheid bestaat voor schade die eventueel voortvloeit uit die termijnoverschrijding en dat voor die aansprakelijkheid bijkomende omstandigheden nodig zijn die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid'.³

Het hof had deze maatstaf voldoende voor ogen gehouden, aldus de Hoge Raad, omdat het 'niet heeft miskend dat het erom gaat of de overschrijding van de beslistermijn in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid aanvaardbaar was (dat wil zeggen: niet onzorgvuldig was jegens de betrokkenen)'.⁴ Hij verwerpt ook de klacht van de gemeente dat alleen omstandigheden die aan de gemeente kunnen worden toegerekend, kwalificeren als 'bijkomende omstandigheden'.

Maar de Hoge Raad honoreert een serie andere klachten. In het arrest van het hof ligt besloten dat het voldoende 'bijkomende omstandigheden' zag om aan te nemen dat de termijnoverschrijding onrechtmatig was jegens zowel Have als Venekamp c.s. Daarbij heeft het zich evenwel onvoldoende rekenschap gegeven van een aantal omstandigheden. Het gaat

* Mr. P.W. den Hollander is als promovendus verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

1. Op grond van art. 31 jo. art. 15 lid 1 en 3 jo. art. 32 Wet BIBOB [deze wijziging graag ongedaan maken, moet zijn Wet Bibob], nu de burgemeester Have de adviesaanvraag heeft medegedeeld.
2. HR 11 januari 2013, NJ 2013, 47 (Gemeente Amsterdam/Have c.s.), r.o. 3.1 (sub iii).

3. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.3. De Hoge Raad verwijst naar HR 22 oktober 2010, NJ 2011, 6 m.nt. M.R. Mok (Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.). Dit laatste arrest is verder van een annotatie voorzien door R.J.N. Schlössels, JB 2010, 249, B.P.M. van Ravels, JOR 2010, 372, S.M. Peek, AB 2012, 382, S.M. Kingma, Gst. 2010, 124, H. Brens, JA 2011, 6, waarnaar ik hierna verkort verwijs.

4. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.3.

er daarbij onder meer om dat Have zelf te laat was met het verschaffen van bepaalde gegevens,⁵ dat de APV de burgemeester de bevoegdheid toekende de beslistermijn te verlengen, al had hij die mogelijkheid niet benut,⁶ en dat de burgemeester beleidsvrijheid heeft bij de afweging of hij al dan niet beslist zonder Bibob-advies, in welk verband ook het algemeen belang moet worden meegewogen dat met het afwachten van dat advies gemoeid kan zijn.⁷ Het is dus niet gezegd dat deze afweging na verwijzing opnieuw uitvalt in het voordeel van Have en Venekamp c.s.

In deze bijdrage ga ik nader in op de *inpassing* door de Hoge Raad van de afweging of de overschrijding van een wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm grondslag kan zijn voor privaatrechtelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁸ De Hoge Raad brengt deze afweging onder bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, met een maatstaf die doet denken aan de leer-Smits en niet goed past in de regeling van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) (paragraaf 2), welke hij vervolgens toelicht als kwestie van relativiteit (paragraaf 3). Daarnaast koppelt hij overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn verder los van het besluitenansprakelijkheidsrecht, ten opzichte van de Eindhovense zaak, door deze aansprakelijkheid niet te beperken tot schade van de benadeelde die tevens belanghebbende is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (paragraaf 4). Tegelijkertijd lijkt de Hoge Raad bij de toets aan het vereiste van causaliteit juist weer aansluiting te zoeken bij het besluitenansprakelijkheidsrecht met een redenering die doet denken aan de leer-Demogue-Besier (paragraaf 5). Stroomlijning is mogelijk, zo wil ik laten zien, door de afweging over de doorwerking van de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht integraal onder te brengen bij de toets aan het vereiste van relativiteit (paragraaf 6).

2 De maatstaf van de Hoge Raad en de leer-Smits

De maatstaf van de Hoge Raad springt in het oog. De enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn is ‘onvoldoende’ voor aansprakelijkheid voor daaruit voortvloeiende schade, en die aansprakelijkheid is afhankelijk van een afweging aan de hand van ‘bijkomende omstandigheden’. Daarmee maakt hij ruimte voor een afweging over de doorwerking van de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, terwijl die afweging daar eigenlijk niet past. Het gegeven dat een wettelijke beslistermijn is overschre-

den, levert als ‘een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’ immers per definitie een onrechtmatige daad op in de enge zin van art. 6:162 lid 2 BW.⁹ Voor een nadere afweging biedt deze onrechtmatigheidsrubriek geen ruimte. Daaraan doet niet af dat de derde onrechtmatigheidsrubriek van een doen of nalaten in strijd met het ongeschreven recht die ruimte wel biedt, want de onrechtmatigheidsrubrieken zijn neven-geschikt.

De maatstaf van de Hoge Raad doet wat dat betreft denken aan de leer-Smits.¹⁰ Deze leer erkent alleen de onrechtmatigheidsrubriek van het ongeschreven recht. Het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden, kan daarbij, gelet op het abstracte karakter van zulke normen, niet meer zijn dan ‘een factor (...) bij de beoordeling van het al dan niet beta-melijke der schadetoebrenging’.¹¹ De leer bleef niet zonder aanhang, maar sloeg nooit echt aan en is, afgaand op de drie neven-geschikte onrechtmatigheidsrubrieken van art. 6:162 lid 2 BW, geen geldend recht.¹²

Waarom dan toch deze maatstaf? Blijkbaar is de Hoge Raad er veel aan gelegen behoedzaam te zijn met het aannemen van overheidsaansprakelijkheid voor schade die het gevolg kan zijn van de overschrijding van een wettelijke beslistermijn.¹³ Hij stelt in zijn maatstaf nadrukkelijk voorop dat ‘de enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, onvoldoende is voor het oordeel dat op grond van art. 6:162 BW aansprakelijkheid bestaat voor schade die eventueel voortvloeit uit die termijnoverschrijding’. Maar dat spreekt eigenlijk vanzelf, want voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad moet, behalve aan de vereisten van onrechtmatigheid en causaal verband in de zin van *condicio sine qua non*, steeds ook worden getoetst aan de vereisten van toerekenbaarheid en relativiteit.

Ruimte voor een afweging kan dus ook worden gevonden buiten de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Toegegeven, het vereiste van toerekenbaarheid heeft in zaken van

5. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.4.

6. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.6.

7. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.9.

8. Dit type overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van een wettelijke beslistermijn is te onderscheiden van overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn in gerechtelijke procedures, voortvloeiend uit art. 6 EVRM. Zie bijv. in de context van het vreemdelingenrecht HR 11 januari 2013, AB 2013, 149 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (X/Staat) en voor een overzicht B.J. van Ettehoven e.a., Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling, O&A 2013-2, p. 61-72.

9. In deze zin ook Kingma, Gst.-noot onder Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., sub 7.

10. Ook Schlössels noemt de leer-Smits, maar brengt deze maatstaf in zijn JB-noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s. in de eerste plaats in verband met het onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen (JB 2013, 43, sub 2), waarover E.M. Meijers, De onrechtmatige overheidsdaad, WPNR (1925) 2884, p. 243-244 en, meer recent, G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 94 en M. Scheltema & M.W. Scheltema, Gemeenschap-pelijk recht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 307.

11. P.H. Smits, Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen, WPNR (1938) 3591, p. 491-492.

12. Al worden bepaalde uitspraken er wel mee in verband gebracht. Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur op dit punt Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 83 en tevens J.H. Nieuwenhuis, Onrechtmatige daden, Deventer: Kluwer 2008, p. 17-18.

13. De behoedzaamheid op zich wordt wel gedeeld. Zie de conclusie van A-G Keus voor Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 2.6, waarin hij verwijst naar zijn onderzoek van wetgeving en rechtspraak in de conclusie voor Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., sub 2.23-2.25, die overigens draaide om de wettelijke beslistermijn van art. 7:10 Awb. Zie bijv. ook Schlössels, JB-noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 4.

overheidsaansprakelijkheid weinig profiel.¹⁴ Het vereiste van relativiteit daarentegen heeft dat juist wel en biedt ook ruimte voor het maken van een afweging over de doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht¹⁵ en, in dat verband, het betrachten van behoedzaamheid bij het aannemen van overheidsaansprakelijkheid, zoals in de afgelopen jaren alom is benadrukt.¹⁶ Het zou dan ook voor de hand liggen deze afweging onder te brengen bij de toets aan het vereiste van relativiteit, en de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid te reserveren voor de enkele vaststelling of de wettelijke beslistermijn al dan niet is overschreden.¹⁷

3 Toelichting als kwestie van relativiteit

Blijkbaar realiseert de Hoge Raad zich dat ook.¹⁸ In de onderhavige zaak licht hij zijn maatstaf namelijk nader toe, als kwestie van relativiteit ('strekt', 'beoogt (...) te beschermen'):

'Opmerking verdient nog dat de in genoemd arrest aanvaarde regel dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn onvoldoende is voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, daarop berust dat die termijn in de eerste plaats ertoe strekt het bestuursorgaan met voortvarendheid te laten beslissen, en voor betrokkenen duidelijkheid te scheppen op welke termijn de beslissing is te verwachten.

De wettelijke beslistermijn beoogt niet zonder meer om ook te beschermen tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan bij uitblijven van de beslissing binnen die termijn.'¹⁹

Hij werkt deze toelichting echter niet consequent uit. Met het toelichtende relativiteitsoordeel is alleen nog de eerste stap van de maatstaf – de 'regel' dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn onvoldoende is voor aansprakelijkheid – toegelicht in termen van relativiteit. De tweede stap van de maatstaf – op basis van bijkomende omstandigheden

kan dit anders zijn – licht de Hoge Raad niet uitdrukkelijk toe in termen van relativiteit.

Deze tweede stap zou, in termen van relativiteit, kunnen worden gezien als toepassing van de correctie-Langemeijer. Als geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen in het kader van de tweede onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 BW, op de enkele grond dat een wettelijke norm is geschonden omdat die norm niet strekt tot bescherming tegen de schade van de benadeelde – hetgeen op basis van de maatstaf van de Hoge Raad bij overschrijding van de beslistermijn steeds het geval is –, moet worden nagegaan of, in het licht van alle omstandigheden van het geval, sprake is van schending van het ongeschreven recht, in het kader van de derde onrechtmatigheidsrubriek. Het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden weegt dan mee als een van die omstandigheden.²⁰

De bewoordingen van het toelichtende relativiteitsoordeel laten echter ook nog een andere lezing toe. De Hoge Raad overweegt dat de wettelijke beslistermijn 'in de eerste plaats' strekt tot bescherming van het belang van voortvarende en duidelijkheid verschaffende besluitvorming – en 'niet zonder meer' tegen schade die kan ontstaan bij het niet tijdig beslissen. Deze voorbehouden suggereren dat het relativiteitsvereiste er in voorkomende gevallen toch niet aan in de weg zou hoeven te staan dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het leven roept, in het kader van de tweede onrechtmatigheidsrubriek.

Maar dat zou weer niet stroken met de in maatstaf vervatte regel zonder voorbehoud 'dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn onvoldoende is voor aansprakelijkheid'. Ofwel er bestaat dus een discrepantie tussen maatstaf en toelichtend relativiteitsoordeel, ofwel heeft de Hoge Raad met vorenstaand relativiteitsoordeel toch de hele maatstaf willen toelichten: niet alleen de eerste stap dat de enkele termijnoverschrijding geen aansprakelijkheid oplevert, maar ook de tweede stap dat dit onder bijkomende omstandigheden anders kan zijn.²¹

Zou dat zo zijn, dan zou de Hoge Raad zijn maatstaf in wezen toelichten als *voorwaardelijk* relativiteitsoordeel, dat van geval tot geval moet worden geconcretiseerd: alleen onder bijkomende omstandigheden strekt de termijnoverschrijding behalve tot bescherming van het algemeen belang van voortvarende en duidelijkheid verschaffende besluitvorming ook tot bescherming van het individuele, vermogensrechtelijke belang van een belanghebbende om gevrijwaard te blijven van schade die kan ontstaan door het niet tijdig beslissen. Zoals ook het oordeel van de Hoge Raad in het bekende Taxibus-arrest als voorwaardelijk relativiteitsoordeel zou kunnen worden gezien: verkeers- en veiligheidsnormen strekken tot bescherming tegen immateriële schade op de voet van

14. Zie evenwel L. Di Bella, Toerekening naar verkeersopvattingen bij vernietigde besluiten: tijd voor een 'update?', O&A 2013-3 (nr. 34), die meer profiel bepleit, juist ook vanwege de in haar ogen 'strengere' toetsing door de burgerlijke rechter aan het relativiteitsvereiste in zaken van overheidsaansprakelijkheid.

15. Zie bijv. Lankhorst 1992, p. 21, onder verwijzing naar J.H. Nieuwenhuis, Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW?, WPNR (1987) 5821, p. 147; A.J. Verheij, Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2005, p. 26; O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht, NTBR 2010-3, p. 72.

16. De Hoge Raad zou in bijvoorbeeld HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda) en HR 13 april 2007, NJ 2008, 576 m.nt. J.B.M. Vranken (Iraanse vluchteling) volgens velen té behoedzaam zijn door aan te nemen dat het relativiteitsvereiste aan overheidsaansprakelijkheid in de weg stond voor schade als gevolg van een ondeugdelijke scheepskeuring respectievelijk de onterechte weigering van toelating als vluchteling. Zie, met verwijzingen, L. Di Bella, De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad, AV&S 2013-1, p. 17-19.

17. Evenzo op het tweede punt Schlössels, JB-noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 2 en 3.

18. Vgl. B.P.M. van Ravels, Schadevergoeding, NTB 2013-4, p. 97-98.

19. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.3.

20. Zie HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (Tandartsen), waarover nader Lankhorst 1992, p. 25-30. Zie, recenter, HR 10 november 2006, NJ 2008, 491 m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.5 en L.F. Wiggers-Rust, Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 138-142.

21. Vgl. Schlössels, JB-noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 8.

art. 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW van ‘degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond’.²² Het verschil is dat het in het Taxibus-arrest zou gaan om met zoveel woorden omschreven voorwaarden in plaats van om de opener geformuleerde voorwaarde dat sprake is van ‘bijkomende omstandigheden’ in de onderhavige zaak.

Of de Hoge Raad zijn maatstaf nu toe wil lichten als relativiteitsoordeel inclusief correctie-Langemeijer of als voorwaardelijk relativiteitsoordeel, het blijft bij een toelichting. Hij houdt vast aan zijn leer-Smits-achtige maatstaf uit de Eindhovense zaak, in het kader van de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, en brengt de afweging of de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm doorwerkt in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht niet daadwerkelijk onder bij de toets aan het vereiste van relativiteit.

4 Nog een kwestie van relativiteit: de benadeelde niet-belanghebbende

De inpassing van deze afweging wordt verder gecompliceerd door de verhouding van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van de wettelijke beslistermijn, zoals die inzet is van de onderhavige zaak, tot het besluitenansprakelijkheidsrecht. Het laatste kenmerkt zich door de koppeling van het oordeel van de bestuursrechter over de geldigheid van een besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling aan de aansprakelijkheidsrechtelijke toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. In de Eindhovense zaak legde de Hoge Raad deze leer van de (omgekeerde) formele rechtskracht zo uit dat het niet nodig is eerst de bestuursrechter een te laat genomen (fictief) besluit te laten vernietigen, op de grond dat het tot stand is gekomen met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, maar dat deze overschrijding rechtstreeks kan worden ingeroepen als grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter.²³

In de onderhavige zaak gaat de Hoge Raad een stap verder en koppelt hij overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn ook los van het belanghebbendebegrip en de toegang tot de vernietigingsprocedure

bij de bestuursrechter. Hij doet dat met – opnieuw – een (voorwaardelijk) relativiteitsoordeel, in het spoor van de klacht van de gemeente. Het hof nam aansprakelijkheid aan van de gemeente voor zowel de schade van Have, de aanvrager van de exploitatievergunning, als die van Venekamp c.s., de eigenaren van het prostitutiepand die dit aan Have verhuuren. Volgens de gemeente miskende het hof hiermee dat Venekamp c.s. als eigenaren van het prostitutiepand geen belanghebbenden zijn bij de vergunningaanvraag, maar slechts een afgeleid belang hebben ‘zodat het niet tijdig beslissen niet onrechtmatig is jegens Venekamp c.s. en er in zoverre niet aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW is voldaan’.²⁴ De Hoge Raad verwerpt de klacht:

‘Anders dan deze klachten tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid jegens een benadeelde op grond van de hiervoor in 3.3 vermelde maatstaf bij overschrijding van een (wettelijke) beslistermijn, niet vereist dat de benadeelde belanghebbende is in de zin van de Awb. Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde “derden”, kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen.

Daaraan doet niet af dat deze derden, indien zij geen belanghebbende in de zin van de Awb zijn, niet op grond van die wet kunnen opkomen tegen het niet tijdig beslissen.’²⁵

Voor overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van de wettelijke beslistermijn is dus niet vereist dat de benadeelde kwalificeert als belanghebbende in de zin van de Awb. De wettelijke beslistermijn kan ook strekken ter bescherming van voor het bestuursorgaan kenbare belangen van ‘derden’: de benadeelde niet-belanghebbende.²⁶ Dat past in de lijn dit type overheidsaansprakelijkheid los te koppelen van het besluitenansprakelijkheidsrecht. Tegelijkertijd lijkt de Hoge Raad voor zijn oordeel op het punt van de causaliteit juist weer aansluiting te zoeken bij het besluitenansprakelijkheidsrecht.

5 Causaliteit en de leer-Demogue-Besier

Het hof oordeelde, impliciet, dat de schade van Have en Venekamp c.s. met de overschrijding van de wettelijke beslistermijn in causaal verband stond.²⁷ Ook over dit oordeel klaagt de gemeente, en met succes. De omstandigheid dat de APV de burgemeester de bevoegdheid toekende de beslistermijn met

22. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 4.3. Vgl. P.B. Emaus, De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken, AV&S 2011-2, p. 65-66, die het oordeel van de Hoge Raad in Taxibus in enigszins andere zin kwalificeert als oordeel van ‘semi-gefixeerde relativiteit’, en Wiggers-Rust 2011, p. 130-131.

23. Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., r.o. 3.3.3, overigens onder verwijzing naar ABRvS 21 juli 2010, AB 2010, 329 m.nt. B.P.M. van Ravels. Over de leer van de formele rechtskracht en de bevoegdheidsverdeling van burgerlijke rechter en bestuursrechter in dit verband is veel geschreven. Zie de conclusies van A-G Keus voor Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., sub 2.28 en Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 2.6 en de JB-noten van Schlössels onder beide zaken, sub 7 resp. sub 4. Zie verder de NJ-noot van Mok, sub 3, de JOR-noot van Van Ravels, sub 4-7, de AB-noot van Peek, sub 3-5 en de Gst.-noot van Kingma, sub 1-6, alle onder Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.

24. Zoals ook in de literatuur wel wordt bepleit: zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 331-332.

25. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.10-3.11.

26. Hetgeen overigens nog een argument oplevert voor het loslaten van de maatstaf van de Hoge Raad uit de Eindhovense zaak, want die spreekt van de ‘jegens een *belanghebbende* in acht te nemen zorgvuldigheid’ (cursering toegevoegd).

27. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.7-3.9.

maximaal acht weken te verlengen, al had hij deze mogelijkheid niet benut, moet, zo oordeelt de Hoge Raad, ook worden betrokken bij de toets aan het vereiste van causaal verband tussen het optreden van de gemeente en de schade:

‘Als die niet benutte mogelijkheid al niet in de weg staat aan het aannemen van onrechtmatigheid van de termijnoverschrijding (zie hiervoor in 3.6), kan in ieder geval niet zonder meer worden uitgegaan van causaal verband als door het hof is aangenomen, aangezien de schade van Have c.s. ook zou zijn ontstaan indien (en voor zover) de Gemeente die mogelijkheid wel zou hebben benut.’²⁸

De gemeente had, met andere woorden, de schade – deels – ook op *rechtmatige* wijze kunnen veroorzaken als de burgemeester de beslistermijn had verlengd. Dat klinkt als de leer-Demogue-Besier. Deze leer gaat terug op de zaak van de graaf De Marchant et d’Ansembourg van 1928, die de Staat aansprak tot vergoeding van schade die hij stelde te hebben geleden als gevolg van een onrechtmatige aanwijzing ter ont-eigening van zijn landerijen. Het hof hield, bijgevalen door advocaat-generaal Besier, aansprakelijkheid van de Staat af met een aangescherpte toets aan het vereiste van causaliteit. Het ging niet na of *condicio sine qua non*-verband bestond tussen de daad en de schade, maar tussen de *onrechtmatigheid* en de schade. De Hoge Raad wees deze exercitie uitdrukkelijk van de hand. In plaats daarvan aanvaardde hij het relativiteitsvereiste en oordeelde hij dat dat aan aansprakelijkheid in de weg stond.²⁹ Zo bezien ligt het dus niet voor de hand naast de toets aan het vereiste van relativiteit ook de leer-Demogue-Besier toe te passen, nog afgezien van het feit dat zij geldt als onpraktisch en omstreden.³⁰

In de afgelopen jaren echter heeft de leer-Demogue-Besier, meestal aangeduid als de leer van het ‘rechtmatig hypothetisch alternatief’, daadwerkelijk voet aan de grond gekregen in het besluitenansprakelijkheidsrecht.³¹ Althans, bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS; hierna ook: de Afdeling), die als bestuursrechter – parallel aan de burgerlijke rechter – ook oordeelt over verzoeken tot schadevergoeding wegens een onrechtmatig besluit, en met dien verstande dat zij de leer-Demogue-Besier verweeft in de toepassing van de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW. Schade kan, aldus de Afdeling in Meerssen, niet als gevolg van een onrechtmatig besluit worden toegerekend aan het

bestuursorgaan dat dit besluit heeft genomen ‘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’.³²

De Hoge Raad daarentegen wees de leer-Demogue-Besier in de jaren tachtig nadrukkelijk van de hand:

‘Het enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden, die niet onrechtmatig geweest zou zijn, brengt nog niet mee dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.’³³

Hij hield daaraan vast toen recent de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een beroep deed op deze leer ter afwending van aansprakelijkheid voor de schade als gevolg van een aanwijzing die leidde tot het ontslag van bestuurders van een bank, maar nadien werd herroepen door de bestuursrechter wegens een motiveringsgebrek. Volgens de AFM zou de aanwijzing ook rechtmatig gegeven kunnen zijn, zodat *condicio sine qua non*-verband ontbrak tussen de onrechtmatigheid en de schade, temeer daar de bestuurders achteraf tot in hoogste instantie onherroepelijk strafrechtelijk werden veroordeeld wegens handel met voorwetenschap, reden waarom de aanwijzing was gegeven.³⁴

Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat de Hoge Raad nu wel een opening naar de leer-Demogue-Besier lijkt te maken. Hij licht dat niet toe, maar het zou kunnen dat hij aansluiting zoekt bij het besluitenansprakelijkheidsrecht van de Afdeling, via de conclusie van advocaat-generaal Keus. De laatste stelt, bij zijn bespreking van de klachten van de gemeente over het causaliteitsoordeel van het hof, onder verwijzing naar het hiervoor weergegeven causaliteitsoordeel van de Afdeling in Meerssen:

‘Men kan hier bij wijze van parallel denken aan het geval dat voor vergoeding in aanmerking komende schade als gevolg van een onrechtmatig besluit niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat het bestuursorgaan, in plaats van het onrechtmatige besluit, een wel rechtmatig besluit met voor de gelaedeerde gelijke gevolgen had kunnen nemen.’³⁵

28. Gemeente Amsterdam/Have c.s., r.o. 3.12.

29. HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688-1694 m.nt. E.M. Meijers (De Marchant et d’Ansembourg/Staat).

30. Zie bijv. Lankhorst 1992, p. 56-64 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 143 en A-G Spier in zijn conclusie voor HR 23 december 2011, NJ 2012, 377 m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontslagen bankbestuurders), sub 8.1.1-8.28, hierna te bespreken in de hoofdtekst. Anders: H.O. Kerkmeester & L.T. Visscher, Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier, WPNR (1999) 6378, p. 835-840 en R.J.B. Schutgens, Onrechtmatige wetgeving (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 60-73.

31. Zie bijv. L. Di Bella, Besluitenansprakelijkheid en causaal verband, NALL 2012, april-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000002 (open access-publicatie), p. 7-12.

32. ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. A.A.J. de Gier (Meerssen), r.o. 2.3.

33. HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 m.nt. M. Scheltema (Claas/Van Tongeren), r.o. 3.4.

34. Evenmin als A-G Spier ging de Hoge Raad hierin mee. Hij nam wel aansprakelijkheid van de AFM aan, maar reduceerde deze direct weer tot een omvang van nul wegens ‘eigen schuld’ van de bankbestuurders, op grond van art. 6:101 BW (Ontslagen bankbestuurders, m.n. r.o. 4.1.3 en 5.2).

35. Conclusie A-G Keus voor Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 2.41 en noot 15. Zie ook Van Ravels 2013, p. 99 met nadere verwijzingen in noot 20.

Het is de vraag of het winst is als de Hoge Raad zich inderdaad van de leer-Demogue-Besier zou gaan bedienen, gezien de alom gehekelde complexiteit van de leer, maar ook gezien de principiële vraag of het wenselijk is de overheid (deels) te laten ontkomen aan aansprakelijkheid, vanwege de niet benutte bevoegdheid de wettelijke beslistermijn te verlengen.

Advocaat-generaal Keus betoogt wat dat betreft – zij het in het kader van de toets aan de maatstaf dat onrechtmatigheid afhankelijk is van bijkomende omstandigheden – dat de ‘ernst’ van de overschrijding van de wettelijke beslistermijn ‘in een ander licht’ komt te staan ‘voor zover de gemaakte fout slechts hieruit bestaat dat het bestuursorgaan heeft nagelaten een op zichzelf openstaande mogelijkheid van verdaging of opschorting te benutten’.³⁶ Daar is wat voor te zeggen, maar het blijft de schending van een norm.

Schutgens ziet in meer algemene zin ruimte voor toepassing van een variant van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit bij de toets aan het vereiste van causaliteit in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving, nu – kort gezegd – schending van een ‘procedurele’ norm niet automatisch ‘materieel’ onrecht met zich brengt, dat het aannemen van overheidsaansprakelijkheid rechtvaardigt.³⁷ Wellicht valt de toepassing van de leer in de specifieke context van de besluitenaansprakelijkheid, zoals de Afdeling doet, of van wetgevingsaansprakelijkheid, zoals Schutgens voorstaat, inderdaad nog wel te billijken. Daar doet zich de typische situatie voor dat de aangesproken overheid – of althans het daartoe behorende desbetreffende bestuursorgaan – in de positie is tot op zekere hoogte zelf te bepalen of haar optreden een normschending oplevert door bijvoorbeeld in de onderhavige zaak de beslistermijn te verlengen.³⁸

Maar van die context is de onderhavige overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van de wettelijke beslistermijn nu juist losgekoppeld.³⁹ Heel enthousiast lijkt de Hoge Raad overigens zelf ook niet, nu hij benadrukt dat de niet benutte mogelijkheid de beslistermijn te verlengen eerst en vooral moet worden betrokken bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid.

6 Stroomlijning

Schlössels bespeurt in de ‘antiek’ aandoende maatstaf van de Hoge Raad ‘de nestgeur van oude (vooroorlogse) discussies’.⁴⁰ Deze discussies zijn blijkbaar actueler dan gedacht, want in zijn oordeel in de zaak van Have en Venekamp c.s. laten zich in elk geval drie leerstukken herkennen die in het interbellum op tafel lagen om de reikwijdte van (overheids)aansprakelijk-

heid uit onrechtmatige daad voor de schending van een publiekrechtelijke, wettelijke norm behapbaar te houden: de leer-Smits, de relativiteit en de leer-Demogue-Besier. Dat is te veel van het goede.

Stroomlijning is mogelijk door de afweging over de doorwerking van de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht daadwerkelijk integraal onder te brengen bij de toets aan het vereiste van relativiteit, zoals de Hoge Raad met zijn toelichting ook zelf al suggereert. Inspiratie voor het te vellen relativiteitsoordeel kan, behalve de al genoemde Taxibus-zaak, de zaak van Nabbe bieden. Deze belegger sprak zijn bank aan tot vergoeding van verliezen die hij op bepaalde transacties had geleden, hoewel hij per saldo winst had behaald op de transacties die Staalbankiers, in strijd met de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR), voor hem had uitgevoerd. De Hoge Raad velde hierop het relativiteitsoordeel dat ‘de in art. 28 leden 2-4 NR besloten normen wel strekken tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico’s, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt als door Nabbe bepleit’.⁴¹

In de zaak van Nabbe strekte de geschonden norm dus weliswaar in algemene zin tot bescherming tegen schade van beleggers, maar niet tegen de schade waarvan Nabbe in het concrete geval vergoeding vorderde. Spiegelbeeldig zou de Hoge Raad in zaken als die van Have en Venekamp c.s. kunnen oordelen dat de wettelijke beslistermijn (strekt tot bescherming van het algemeen belang van voortvarende en duidelijkheid verschaffende besluitvorming en) in beginsel *niet* strekt tot bescherming van individuele, vermogensrechtelijke belangen, maar dat dit onder bijkomende omstandigheden anders kan zijn. Om vervolgens, op basis van te concretiseren omstandigheden, te oordelen dat zulke omstandigheden zich in het onderhavige geval wel (zoals het hof meende) of niet (zoals in het oordeel van de Hoge Raad doorschemert, maar na verwijzing zal moeten worden vastgesteld) voordoen.⁴²

De op de leer-Smits geënte maatstaf kan dan worden losgelaten, en de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid kan worden gereserveerd voor de enkele vaststelling of de wettelijke beslistermijn al dan niet is overschreden. Ook de leer-Demogue-Besier zou kunnen worden losgelaten, bij de toets aan het vereiste van causaal verband, omdat het niet voor de hand ligt deze in te zetten naast de relativiteit, los van haar praktische en principiële bezwaren. Zeker niet als bij de toets aan het vereiste van relativiteit al een nadere afweging wordt gemaakt over de doorwerking van de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm in het privaatrechtelijk aansprake-

36. Conclusie A-G Keus voor Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 2.10.

37. Zie Schutgens 2009, p. 67.

38. Dat kan waarschijnlijk ook verklaren waarom de leer-Demogue-Besier in de ‘reguliere’ aansprakelijkheidsrechtelijke context nooit op veel enthousiasme heeft kunnen rekenen. In het klassieke voorbeeld van rijden zonder rijbewijs valt de onrechtmatigheid veel minder eenvoudig ‘weg te denken’. Zie Lankhorst 1992, p. 61-64.

39. Schlössels spreekt in zijn JB-noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 9, ook van ‘een variant van de niet-onproblematische (bestuursrechtelijke) leer van het hypothetisch rechtmatig besluit’.

40. Schlössels, JB-noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., sub 2.

41. HR 4 december 2009, NJ 2010, 67 m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), r.o. 3.7.

42. In Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q. gaf de Hoge Raad in dat verband overigens een aantal gezichtspunten die hierbij van belang kunnen zijn – ‘de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden’ (r.o. 3.4.3). In de onderhavige zaak noemt hij deze niet.

lijkheidsrecht, waarin desgewenst de geringe ‘ernst’ van de overschrijding van een dergelijke ‘procedurele’ norm kan worden verdisconteerd.

Het onderbrengen van deze afweging bij de toets aan het vereiste van relativiteit zou in de onderhavige zaak nog een verdere stroomlijning kunnen betekenen. De afweging zou dan ineen kunnen worden geschoven met het oordeel dat niet is vereist dat de benadeelde kwalificeert als belanghebbende in de zin van de Awb, omdat de wettelijke beslistermijn ook kan strekken ter bescherming van voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de benadeelde niet-belanghebbende. Dit oordeel stond in het spoor van de klacht van de gemeente ter zake al in het teken van de relativiteit van de wettelijke beslistermijn.

De voorgestelde stroomlijning is meer dan een kwestie van dogmatiek. Toegegeven, voor de uitkomst van de afweging hoeft het niet uit te maken. Maar het integraal onderbrengen van de afweging over de doorwerking van de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht bij de toets aan het vereiste van relativiteit heeft in zoverre ook materieel belang dat zij deze afweging inzichtelijker maakt en versnippering ervan over twee of zelfs drie vereisten voorkomt.

Ook zou zo, ten slotte, de rechtspraak van de burgerlijke rechter op één lijn komen te staan met die van de bestuursrechter, waar de benadeelde die tevens belanghebbende is ook nog steeds terecht kan voor schadevergoeding wegens de overschrijding van een wettelijke beslistermijn.⁴³ Op één lijn, in zoverre dat beide rechters de enkele vaststelling van die overschrijding voldoende achten voor de kwalificatie ‘onrechtmatig’: de burgerlijke rechter bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, en de bestuursrechter blijkens zijn vernietiging van het (fictief) te laat genomen besluit, al dan niet onder instandhouding van de rechtsgevolgen,⁴⁴ waarmee via de leer van de omgekeerde formele rechtskracht de onrechtmatigheid van het besluit in beginsel komt vast te staan. Aan de afweging over de doorwerking van de wettelijke beslistermijn als publiekrechtelijke norm in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht komen beide rechters dan toe bij de toets aan het vereiste van relativiteit.⁴⁵ Divergentie van de rechtspraak van de beide rechters op het punt van de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, of zelfs een confrontatie, als anders dan in de onderhavige zaak de benadeelde belanghebbende en de

benadeelde niet-belanghebbende in dezelfde zaak elk hun eigen weg zouden kiezen, wordt daarmee voorkomen.⁴⁶ De voorgestelde stroomlijning van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn dient zo ook een institutioneel belang.

43. Zij het bij inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (Stb. 2013, 50) nog maar tot een belang van € 25.000. In zaken waarin de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt over de geldigheid van het besluit is daarentegen alleen de bestuursrechter bevoegd te oordelen over schadevergoeding (art. 8:89 lid 1 en 2 Awb). Zie hierover Van Ertekoven e.a. 2013, p. 52-53.

44. Het begin dit jaar over de volle breedte van het bestuursrecht ingevoerde bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb, dat ziet op de vernietiging van een besluit, laat ik hier buiten beschouwing, maar zou eventueel een extra complicatie kunnen vormen.

45. Zie ABRvS 28 juli 2010, AB 2011, 240 m.nt. B.P.M. van Ravens (Nuthse geluidshinder), r.o. 2.6.6, waarover P.W. den Hollander, Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 323-325.

46. Het voorgaande is mogelijk anders onder de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. De bestuursrechter kan dan – voor zover bevoegd (art. 8:89 Awb) – op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan veroordelen tot vergoeding van schade als gevolg van (enkel) ‘het niet tijdig nemen van een besluit’ (art. 8:88 lid 1 sub c Awb). Zie Van Ertekoven e.a. 2013, p. 52-53.