

Besluitenaansprakelijkheid en de relativiteit van de motiveringsplicht: continuïteit in een nieuw jasje

Bespreking van HR 28 maart 2014, *RvdW* 2014, 521 (Gemeente Amsterdam/D.)

O&A 2014/51

1. Amsterdamse zaken

Sinds de legalisering van prostitutie kan eenieder bij de gemeente behalve een vergunning voor een dakkapel ook 'gewoon' een vergunning voor de exploitatie van een prostitutiepand aanvragen. Maar een gewone branche zal de prostitutie wel nooit worden. Om te voorkomen dat mensenhandelaren, witwassers en andere duistere figuren met de zegen van het gemeentebestuur een bordeel kunnen beginnen, gaan burgemeesters niet over één nacht ijs. Zij voeren bijvoorbeeld een Bibob-onderzoek uit naar de aanvrager van de vergunning en nemen de aanvraag extra goed onder de loep. Het blijkt een impuls voor de rechtsontwikkeling op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

Een van de redenen hiervoor is dat het in de prostitutiepraktijk blijkbaar niet ongebruikelijk is de exploitatie en eigendom van prostitutiepanden te scheiden.² In een zaak die recent de Hoge Raad haalde, doet exploitant M. een aanvraag voor een exploitatievergunning voor twee prostitutiepanden aan de Oudezijds Achterburgwal en de Barndesteeg, die hij huurt van D. Deze verhuurder D., die samen met haar echtgenoot eigenaar is van de panden, is in zoverre betrokken bij de vergunningaanvraag dat zij met de exploitant overeenkomt dat de huurovereenkomst pas ingaat, zodra de door de exploitant aangevraagde vergunningen zullen zijn verleend. Zo rijst de vraag of behalve de exploitant als aanvrager van de exploitatievergunningen ook de verhuurder de gemeente kan aanspreken tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, als de burgemeester bij de besluitvorming over de aanvraag te scherp aan de wind zeilt.

Aanvankelijk weigert de burgemeester namelijk de gevraagde vergunningen te verlenen. Hij vreest dat exploitant M. in werkelijkheid als stroman zal fungeren voor verhuurder D. en de exploitatie van de prostitutiepanden zal wor-

den gebruikt voor het witwassen van crimineel geld.³ De burgemeester wordt echter teruggefloten door de bestuursrechter. Naar diens oordeel kan de burgemeester zijn vrees onvoldoende concreet maken. De bestuursrechter vernietigt daarom op het beroep van exploitant M. de beslissing op bezwaar, waarin de burgemeester in zijn weigering volhardt, op de grond dat deze niet deugdelijk is gemotiveerd. Blijkbaar ziet de burgemeester geen kans zijn vrees verder te concretiseren, want hij verleent vervolgens bij nieuw besluit de gevraagde vergunningen alsnog.

Ondertussen heeft verhuurder D. de gemeente aansprakelijk gesteld uit onrechtmatige daad, voor de schade die zij stelt te hebben geleden in de periode waarin de door exploitant M. aangevraagde exploitatievergunningen ten onrechte zijn uitgebleven. Het gaat om gedeelde huurpenningen en uit eigen zak betaald gas, water en licht.⁴ Verhuurder D. legt daaraan de vernietigde beslissing op bezwaar ten grondslag, stellend dat de gemeente daarmee toerekenbaar onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. De gemeente verweert zich met onder meer de stelling dat verhuurder D. geen belanghebbende is bij de vernietigde beslissing op bezwaar, nu niet zij maar exploitant M. de exploitatievergunningen heeft aangevraagd. Bij gebreke van voldoende betwisting ter zake door D. gaat de rechtbank hierin mee. Zij ziet er reden in de vordering van D. af te wijzen.

Het hof ziet het anders en constateert dat de gemeente met de vernietigde beslissing op bezwaar in elk geval onrechtmatig heeft gehandeld jegens de exploitant. De strekking van de 'bij het bestreden besluit' geschonden norm – de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb – is bovendien 'zodanig ruim' dat de gemeente met het vernietigde besluit in de omstandigheden van het geval ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens 'derde belanghebbenden' als verhuurder D.⁵ Het hof komt zo tot veroordeling van de gemeente tot vergoeding van de schade van verhuurder D. tot een bedrag

1 P.W. den Hollander is als promovendus verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Eerder verscheen een post over de in deze bijdrage te bespreken zaken van dezelfde auteur op het weblog Publiekrechtspolitiek.nl (10 april 2014).

2 Zie evenwel recent ook HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212; *RvdW* 2014/749; *JB* 2014/148, m.nt. S.A.L. van de Sande (X/Staat), over de vergoeding van schade als gevolg van een negatief Bibob-advies, dat achteraf onvoldoende grondslag blijkt te bieden voor de daarop gebaseerde intrekking van een prostitutievergunning. In deze Groningse zaak is de eigenaar zelf ook de exploitatievergunninghouder. Deze zaak laat ik in deze bijdrage daarom verder buiten beschouwing.

3 De burgemeester beroept zich daarbij op artikel 1.7 APV, welke bepaling een weigeringsgrond biedt in geval redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de situatie in werkelijkheid niet in overeenstemming zal zijn met de situatie zoals die in de aanvraag wordt voorgespiegeld.

4 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767; *RvdW* 2014/521; *JB* 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink (Gemeente Amsterdam/D.), r.o. 3.2 en hof r.o. 3.11.

5 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

van € 212.297,78.⁶ Een derde van de schade laat het voor eigen rekening van D., nu het hof het aannemelijk acht dat D. (delen van) de panden aan derden had kunnen verhuren om zo haar schade te beperken.

In cassatie blijft van het oordeel van het hof echter weinig over. Het had, in elk geval om appelprocesrechtelijke redenen, moeten aannemen dat verhuurder D. in het geheel geen belanghebbende is bij de vernietigde beslissing op bezwaar. Daarvan uitgaande staat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg, aldus de Hoge Raad:

“Hoewel de gehoudenheid om een besluit toereikend te motiveren mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft, strekt zij niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb.”⁷

In deze bijdrage neem ik dit relativiteitsoordeel nader onder de loep. Het gaat om een primeur. Zover ik weet althans sprak de Hoge Raad zich niet eerder uit over de relativiteit van een Awb-norm, op grond waarvan een besluit door de bestuursrechter is vernietigd. Om deze primeur te kunnen plaatsen onderscheid ik twee varianten van het relativiteitsvereiste (par. 2), aan de hand waarvan ik de rechtspraak van de Hoge Raad over besluiten aansprakelijkheid en relativiteit bespreek uit achtereenvolgens de jaren tachtig en negentig (par. 3) en recentere tijden (par. 4).

Inhoudelijk valt op dat waar het hof ruimte ziet om in de omstandigheden van het geval aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan (par. 5), de Hoge Raad zonder meer oordeelt dat dit niet het geval is, al klinkt in zijn motivering enige ambivalentie door (par. 6). De tegenstelling tussen het casuïstisch relativiteitsoordeel van het hof en het categorisch relativiteitsoordeel van de Hoge Raad is des te opvallender in het licht van een andere, eveneens Amsterdamse zaak, waarin hij zich ongeveer een jaar eerder uitsprak over overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van de wettelijke beslistermijn bij de verlening van een prostitutievergunning, die volgens vaste rechtspraak juist wel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad voegde daaraan toen bovendien toe dat het voor dergelijke overheidsaansprakelijkheid geen verschil maakt of de benadeelde al dan niet belanghebbende is (par. 7).

Deze uiteenlopende benadering en het uiteenlopende belang van het belanghebbende-begrip duid ik tegen de achtergrond van het feit dat beide Amsterdamse zaken zien op uiteenlopende typen overheidsaansprakelijkheid. Met zijn categorisch relativiteitsoordeel in de onderhavige zaak zoekt de Hoge Raad zoveel mogelijk aansluiting bij de terughoudende lijn in zijn rechtspraak over besluiten aansprakelijkheid en relativiteit uit met name de jaren tachtig en negentig, ten aanzien van de mogelijkheid voor de benadeelde niet-belanghebbende een vernietigd besluit in te roepen als toerekenbare onrechtmatige daad (par. 8). Per saldo brengt zijn relativiteitsoordeel zo continuïteit in een nieuw jasje (par. 9).

2. Twee varianten van het relativiteitsvereiste

Zover ik weet, sprak de Hoge Raad zich niet eerder uit over de relativiteit van een Awb-norm, op grond waarvan een besluit door de bestuursrechter is vernietigd, zoals in de onderhavige zaak de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb.⁸ Hoe kan het dat deze primeur tot 2014 op zich heeft laten wachten, terwijl overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten niet van vandaag of gisteren is?

Om dit te kunnen plaatsen is het nodig het relativiteitsvereiste zelf kort nader onder de loep te nemen. Dat is nogal diffuus. In wetgeving, literatuur en rechtspraak circuleren twee varianten. De eerste variant ligt besloten in de zinsnede in artikel 6:162 lid 1 BW dat tot schadevergoeding is verplicht hij die ‘jegens een ander’ een onrechtmatige daad pleegt. De tweede variant ligt besloten in artikel 6:163 BW, volgens welke bepaling de verplichting tot schadevergoeding achterwege blijft ‘wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden’. Hoewel het hier in wezen om twee uiteenlopende relaties gaat – tussen onrechtmatigheid en benadeelde respectievelijk geschonden norm en schade – worden beide varianten doorgaans min of meer vereenzelvigd. De tweede variant wordt daarbij wel gezien als uitwerking van de eerste.⁹

Deze vereenzelving is begrijpelijk. In ‘gewone’ aansprakelijkheidszaken, waarin de benadeelde aan zijn vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad ten grondslag legt dat de aangesproken partij heeft gehandeld in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen naar ongeschreven recht in

6 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.13-3.14. Het hof leidt uit het feit dat de burgemeester de gevraagde vergunningen na de vernietiging van de beslissing op bezwaar bij nieuw besluit alsnog verleent af dat het primaire besluit, waarbij de vergunningen aanvankelijk zijn geweigerd, is herroepen, zodat ook dat besluit onrechtmatig is. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat dit primaire besluit inhoudelijk in essentie op dezelfde argumenten is gebaseerd als de vernietigde beslissing op bezwaar. Het hof ondervangt zo het causaliteitsprobleem (*condicio-sine-qua-non*) dat de vernietigde beslissing op bezwaar niet het schadeveroorzakende besluit is (hof r.o. 3.9).

7 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.

8 Overigens noemt de bestuursrechter, of althans die in hoogste instantie, deze bepaling niet met zoveel woorden. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de beslissing op bezwaar niet deugdelijk is gemotiveerd. Zie ABRvS 18 november 2009, ECLI:NL:RVS:BK3632; JB 2010/11, r.o. 2.4.2-2.4.3. Vgl. overigens de motiveringsplicht van art. 3:46 Awb, die niet zoals art. 7:12 lid 1 Awb specifiek is toegespitst op de beslissing op bezwaar.

9 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 129; Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.1 (K.J.O. Jansen); J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 60, 65 (G.E. van Maanen). De Toelichting-Meijers biedt hiervoor overigens ook een aanknopingspunt: zie Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 612 (TM). Zie ook D.G.J. Sanderink in zijn noot onder de onderhavige zaak in JB 2014/115, sub 2.

het maatschappelijk verkeer betaamt, is de onrechtmatigheid de normschending en vice versa. Artikel 6:162 lid 2 BW definieert de onrechtmatigheid immers als zodanig, in elk geval bij deze tweede en derde onrechtmatigheidsrubriek. Het maakt dan in zoverre geen verschil aan welke variant wordt getoetst, dat in beide gevallen de geschonden norm centraal komt te staan en de vraag wie zich daarop kan beroepen.

Maar in zaken van besluitenaansprakelijkheid kan dat anders zijn, als de benadeelde een beroep doet op de zogeheten leer van de omgekeerde (of: oneigenlijke¹⁰) formele rechtskracht. Deze leer houdt in dat uit het gegeven dat een bepaald besluit door de bestuursrechter is vernietigd één-op-één wordt afgeleid dat het openbaar lichaam, waartoe het bestuursorgaan behoort dat dat besluit heeft genomen, met dat besluit een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.¹¹ Zonder dat de burgerlijke rechter – of de op verzoek ook als aansprakelijkheidsrechter optredende bestuursrechter (zie art. 8:88 en 8:89 Awb) – zelf nog een inhoudelijke toets verricht aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. In zulke zaken gaat het verschil maken of de rechter toetst aan de eerste of de tweede variant van het relativiteitsvereiste. Dat blijkt uit de nu te bespreken rechtspraak over besluitenaansprakelijkheid en relativiteit uit achtereenvolgens de jaren tachtig en negentig en recentere tijden.

3. Rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig

Toetst de rechter aan de eerste variant van het relativiteitsvereiste, dan komt in zaken waarin de benadeelde zich beroept op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht met de vraag jegens wie het aangesproken openbaar lichaam onrechtmatig handelt de vernietiging van het besluit *als zodanig* centraal te staan en de vraag wie zich dáárop kan beroepen. Als de benadeelde een beroep doet op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht, wordt de onrechtmatigheid immers één-op-één uit die vernietiging afgeleid.¹²

In een serie zaken uit met name de jaren tachtig en negentig oordeelt de Hoge Raad wat dat betreft soms impliciet en soms expliciet dat een vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig is jegens de adressant van het besluit, als rechtstreeks belanghebbende bij dat besluit, op wiens beroep de bestuursrechter het besluit heeft vernietigd.¹³ Het meest expliciet doet hij dat in Velsen/De Waard:

“Voorop moet worden gesteld dat wanneer – als hier – een besluit van een overheidslichaam op verzoek van een rechtstreeks belanghebbende door de Afd. rechtspraak wordt vernietigd wegens strijd met de wet, dat overheidslichaam in beginsel jegens die belanghebbenden aansprakelijk is uit onrechtmatige daad en door de burgerlijke rechter op grond van art. 1401 BW kan worden veroordeeld tot schadevergoeding.”¹⁴

De bewoordingen die de Hoge Raad hier kiest zijn overigens wel heel royaal, omdat bedoeld zal zijn dat het openbaar lichaam met een vernietigd besluit in beginsel een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt. Voor *aansprakelijkheid* uit onrechtmatige daad moet immers ook nog aan de vereisten van schade en causaal verband tussen onrechtmatige gedraging en de schade van de benadeelde worden getoetst.¹⁵

De Hoge Raad bevestigt deze terughoudende lijn in *Rigter c.s./Laren*. De leden van een groep eigenaren van aan elkaar grenzende percelen grond te Blaricum zijn weliswaar alle als (derde)belanghebbende bij de bestuursrechter ontvankelijk en hun beroep leidt ook tot vernietiging van de beslissing op bezwaar, waarbij aan één van hen een vergunning voor de bouw van een woonhuis is geweigerd. Maar alleen deze adressant van het besluit kan ten overstaan van de burgerlijke rechter over de band van de omgekeerde formele rechtskracht de vernietiging van de beslissing op bezwaar inroepen als toerekenbare onrechtmatige daad, ook al beschouwen de overige leden van de groep de onderhavige beroepsgang als een soort gezamenlijke proefprocedure. Het ‘door de Afdeling met de wet strijdig geachte besluit tot weigering van de vergunning’ levert, aldus de Hoge Raad, ‘niet noodzakelijk’ een ‘onrechtmatige gedraging’ op ‘jegens hen allen’. In dit licht laat hij het oordeel van het hof in stand

10 Zie M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, ‘Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid’, *RMThemis* 1995-9, p. 389-390.

11 Zie bijv. HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:ZC0261; *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gog/Nederweert), r.o. 3.3. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open van een uitzondering op deze leer van de omgekeerde formele rechtskracht, maar die lijkt vooral theoretisch. Zie nader over deze leer M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 354-361.

12 Zo bezien voegt de leer van de omgekeerde formele rechtskracht een vierde, jurisprudentiële onrechtmatigheidsrubriek toe aan art. 6:162 lid 2 BW, bovenop de rechtsinbreuk, het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of de zorgvuldigheid die naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Anders C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 35-37 en p. 111-117, die de omgekeerde formele rechtskracht via de schending van publiekrecht inpast in de tweede en derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW. Zie in dit verband ook R.J.N. Schlössels, ‘Eenheid van onrechtmatigheid?’, in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu 2007, p. 322-323 en B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb* (Mon. Awb B7), Deventer: Kluwer 2005, p. 131-134.

13 Zie behalve Van Gog/Nederweert, r.o. 3.3 bijv. HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/669, m.nt. J.A. Borman (St. Oedenrode/Driessen); HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253, m.nt. M. Scheltema (Staat/Hoffman-La Roche); HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/89, m.nt. M. Scheltema (Blaricum/Roozen), r.o. 4.2; HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/90, m.nt. M. Scheltema (Nibourg/Zuidwolde), r.o. 3.1.

14 HR 17 november 1989, *NJ* 1990/746, m.nt. J.B.M. Vranken (Velsen/De Waard), r.o. 3.4.1. Vgl. eerder HR 15 juni 1979, *NJ* 1980/261, m.nt. M. Scheltema (Grubbenvorst/Caldenbroich), waarin de Hoge Raad oordeelt dat het afgeven van een bouwvergunning die bij gebreke van gevraagde goedkeuring aan Gedeputeerde Staten ‘aan vernietiging blootstaat (...) in het algemeen ook tegenover degene aan wie de vergunning wordt verleend onrechtmatig’ is. Zie hierover L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2011, p. 146-148, volgens wie de onrechtmatigheid hier evenwel veeleer berust op schending van een zorgvuldigheidsnorm.

15 De Hoge Raad beperkt zich in het bovenstaande citaat overigens ook tot de specifieke vernietigingsgrond ‘strijd met de wet’. Inmiddels gaat deze ‘regel’ op voor alle vernietigingsgronden; zie Van Gog/Nederweert, r.o. 3.3.

dat het besluit alleen een toerekenbare onrechtmatige daad oplevert jegens degene op wiens perceel de ten onrechte geweigerde bouwvergunning ziet.¹⁶ Dit oordeel illustreert goed dat de vernietiging van het besluit als zodanig en de vraag wie zich daarop kan beroepen inzet is van het relativiteitsoordeel. Dit is een kwestie van uitleg van het besluit en meer in het bijzonder de vraag wie de adressant is.

Deze terughoudende lijn spreekt ook uit de bekende zaak waarin metaalhandel Kaveka opkomt tegen een detailhandelsverbod in het lokale bestemmingsplan. Zij procedeert echter niet door tot het hoogste niveau, omdat de zaak wordt verkocht. De nieuwe eigenaar, Welco, doet dat wel, tot aan vernietiging van het besluit van Gedeputeerde Staten, waarbij het detailhandelsverbod werd goedgekeurd, door de Kroon. Als gevolg hiervan verdwijnt het detailhandelsverbod uiteindelijk uit het bestemmingsplan. Kaveka wil hierop de beslissing op bezwaar van de gemeenteraad, waarbij de bezwaren van Kaveka tegen het detailhandelsverbod achteraf ten onrechte ongegrond zijn verklaard, inroepen als toerekenbare onrechtmatige daad van de gemeente Apeldoorn. Zonder het verbod had Kaveka, zo stelt zij, een hogere koopprijs kunnen bedingen. De Hoge Raad oordeelt echter dat de gemeente met de beslissing op bezwaar geen toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens Kaveka, nu de Kroon het besluit van Gedeputeerde Staten niet heeft vernietigd op haar beroep, maar op dat van Welco. Integendeel, op grond van de leer van de formele rechtskracht moet dit besluit en 'derhalve ook' de afwijzende beslissing op bezwaar van de gemeenteraad jegens Kaveka *rechtmatig* worden geacht, ook al is het besluit van Gedeputeerde Staten vernietigd en werkt deze vernietiging van het besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling *erga omnes*.¹⁷

Een eenentwintigste-eeuwse zaak, waarin de Hoge Raad ook toetst aan de eerste variant van het relativiteitsvereiste, doet aan deze terughoudende lijn niet af. Hij oordeelt dat een besluit tot intrekking van een subsidie wegens onregelmatigheden een toerekenbare onrechtmatige daad oplevert van de Staat jegens SFR, hoewel zij als uitvoerder van de gesubsidieerde activiteiten voor GMD geen belanghebbende is bij het subsidiebesluit. De Hoge Raad wijst erop dat SFR weliswaar formeel niet de aanvrager is van de ingetrokken subsidie – en daarmee, zo voeg ik toe, geen adressant van het besluit en dus geen rechtstreeks belanghebbende – maar dat SFR wel geldt als begunstigde, de subsidie rechtstreeks aan SFR is uitbetaald en SFR op grond van uitlatingen aan haar gericht van een bevoegde ambtenaar erop mocht vertrouwen dat het niet voldoen aan bepaalde voorwaarden voor de verlening van de subsidie geen gevolgen zou hebben. Hij vervolgt:

“Onder deze omstandigheden is het enkele feit dat de bestuursrechter, zoals blijkt uit de hiervoor in 3.1 (ix) geciteerde uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, het belang van SFR niet als een rechtstreeks belang bij het subsidiebesluit en het daarop betrekking hebbende intrekkingbesluit heeft beschouwd, omdat GMD niet, zoals de Regeling ESF 1991 mogelijk maakte, SFR als geadresseerde van de subsidie had aangemerkt, onvoldoende om aan te nemen dat het intrekkingbesluit niet onrechtmatig is jegens SFR.”¹⁸

De grondslag voor onrechtmatigheid, zo benadrukken Scheltema & Scheltema, is in deze zaak echter veeleer schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, bestaande in het schaden van bij SFR opgewekt vertrouwen.¹⁹ Dit relativiteitsoordeel kan alleen al om die reden dus niet worden beschouwd als echte uitzondering op de terughoudende lijn van de Hoge Raad.²⁰ Daar komt bij dat het gewraakte subsidiebesluit op het beroep van subsidieontvanger GMD, of althans haar rechtsopvolger Lisv, die wel belanghebbende is bij het intrekkingbesluit, door het CBB ongegrond wordt geacht, zodat in deze zaak van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor een door de bestuursrechter vernietigd besluit überhaupt geen sprake is.

De Hoge Raad trekt in deze zaken uit met name de jaren tachtig en negentig dus één, terughoudende lijn: een vernietigd besluit is alleen onrechtmatig jegens de adressant van het besluit, als rechtstreeks belanghebbende bij dat besluit, op wiens beroep het besluit door de bestuursrechter is vernietigd.²¹ Dat hij één lijn trekt, is niet zo gek, want nu de Hoge Raad telkens toetst aan de eerste variant van het relativiteitsvereiste en de benadeelde zich telkens beroept op de omgekeerde formele rechtskracht, staat steeds de (zelfde) vraag centraal of de vernietiging van het besluit onrechtmatig is jegens de benadeelde en daarmee de vernietiging als zodanig. Een specifieke geschonden norm komt bij het relativiteitsoordeel niet in beeld, laat staan dat de Hoge Raad zich uitspreekt over de relativiteit van de (Awb-)norm op grond waarvan de bestuursrechter het betreffende besluit heeft vernietigd. In twee zaken van besluitenansprakelijkheid uit recentere tijden is het anders.

16 HR 14 juni 1991, NJ 1991/693 (Rigter c.s./Laren), r.o. 3.2.

17 HR 19 juni 1998, NJ 1998/869, m.nt. M. Scheltema (Kaveka/Apeldoorn), r.o. 3.3-3.4. De Afdeling heeft zich hierbij aangesloten, zoals kan worden afgeleid uit ABRvS 24 maart 2004, AB 2004/165, m.nt. A. van Hall (grondwaterinfiltratie Zuid-Holland), r.o. 2.5.4.

18 HR 3 februari 2006, NJ 2006/325, m.nt. M.R. Mok (Staat/SFR), r.o. 3.3.4.

19 Zie Scheltema & Scheltema 2013, p. 396-397. Vgl. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2* (onderwijseditie), Deventer: Kluwer 2014, p. 428-429.

20 Dat geldt evenmin voor HR 1 oktober 1999, AB 2000/5, m.nt. Th.G. Drupsteen (Van Dijk c.s./Venray), r.o. 3.3, waarin de Hoge Raad ervan uit moest gaan dat een op het beroep van een belangengroep vernietigd besluit onrechtmatig was jegens Van Dijk c.s., nu de rechtbank in appel onbestreden zo had geoordeeld. Zie hierover Schueler 2005, p. 160. Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wondere wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 531-532.

21 Vgl. Schlössels & Zijlstra 2014, p. 444-445; B. Meijer & M.Y.C.L. de Wit, 'Duwbak Linda en gebrekkige besluiten', O&A 2005-6, p. 192; G.M.T. Berkel-Kikkert & E.G.J. Broekhuizen, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten; de jurisprudentie op een rij (deel 1)', *JBplus* 2009, p. 38-39.

4. Rechtspraak uit recentere tijden

Toetst de rechter niet aan de eerste, maar aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste, dan komt met de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade van de benadeelde wel degelijk een specifieke geschonden norm centraal te staan en de vraag wie zich daarop kan beroepen. In zaken van besluiten aansprakelijkheid, waarin de Hoge Raad toetst aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste, staat tot dusverre evenwel steeds de materiële norm centraal, die met het besluit wordt geconcretiseerd en niet een formele, al dan niet in de Awb gecodificeerde norm op grond waarvan de bestuursrechter het betreffende besluit heeft vernietigd.

In de bekende zaak van de Iraanse vluchteling, bijvoorbeeld, wordt een uit Iran afkomstige vrouw ten onrechte de toelating als vluchteling geweigerd. Op haar beroep wordt de beslissing op bezwaar, waarbij de staatssecretaris volhardt in de weigering haar toe te laten, door de bestuursrechter vernietigd, op de grond dat haar niet kan worden tegengeworpen dat zij zich niet direct na aankomst als asielzoeker heeft gemeld en dat de beslissing op bezwaar in strijd met artikel 3:2 Awb onzorgvuldig is voorbereid.

Ten overstaan van de burgerlijke rechter, bij wie de vrouw vergoeding vordert van gederfd inkomen en pensioen, omdat zij gedurende de tijd dat haar de toelating is geweigerd geen betaalde arbeid mocht verrichten, beroept zij zich echter niet op de omgekeerde formele rechtskracht. Zij voert niet aan dat, gegeven de vernietiging door de bestuursrechter, de Staat met de beslissing op bezwaar toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Zij steekt haar vordering 'feitelijker' in, door aan te voeren dat de Staat toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, door haar pas na vijf jaar de vluchtelingenstatus toe te kennen waarop zij 'van meet af aan aanspraak had'.²² De Awb-norm op grond waarvan de bestuursrechter het besluit heeft vernietigd blijft zo buiten beeld en de Hoge Raad spreekt zich uit over de relativiteit van de geschonden materiële norm dat – in mijn woorden – de Staat een vrouw die aan de vereisten voldoet om te worden toegelaten als vluchteling als zodanig moet toelaten.²³ Hij oordeelt althans dat de 'toelating als vluchteling' plaatsvindt om 'humanitaire redenen' en niet strekt tot bescherming van 'enig vermogensrechtelijk belang' van de

vluchteling.²⁴ Het relativiteitsvereiste staat zo aan aansprakelijkheid van de Staat in de weg.

Inzet van Gemeente Barneveld/Gasunie is de vordering van de laatste tot vergoeding van de kosten die zij heeft moeten maken voor het ijlings afsluiten en omleggen van een aardgastransportleiding, waarop een fundering is gestort, onder een door de gemeente in strijd met artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften verleende bouwvergunning. Volgens deze bepaling mag op en in de grond rondom een aardgastransportleiding niet gebouwd worden en moet, zo dat toch wordt toegestaan, advies van de leidingbeheerder worden ingewonnen.²⁵ De Hoge Raad stemt in met het oordeel van het hof dat deze norm strekt tot bescherming van omwonenden en gebruikers 'van gebouwen en terreinen rond de aardgastransportleiding'. Gasunie heeft 'een daarvan afgeleid belang (...) dat daarmee zozeer samenhangt dat het onder deze bescherming moet worden begrepen'.²⁶ Zodoende kan Gasunie met succes de gemeente aanspreken. Opnieuw staat dus, met artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften, een materiële norm centraal. Dat kan in deze zaak ook niet anders, omdat het besluit waarbij de bouwvergunning is verleend nimmer is vernietigd, zodat Gasunie zich niet op de omgekeerde formele rechtskracht kan beroepen en er überhaupt geen Awb-norm in het spel is op grond waarvan die vernietiging is uitgesproken.²⁷

In deze recentere zaken van besluiten aansprakelijkheid gaat de uitkomst van het relativiteitsoordeel variëren. Dat is niet zo gek, want nu de Hoge Raad telkens toetst aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste, staat bij het relativiteitsoordeel steeds de strekking van een specifieke, wisselende geschonden norm centraal. In de in deze paragraaf besproken zaken is dat telkens een met het besluit geconcretiseerde materiële norm, omdat de benadeelde zich om uiteenlopende redenen niet beroept of niet kan beroepen op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht.

Zo kan het dat tot op heden in zaken van besluiten aansprakelijkheid geen rechter zich heeft uitgesproken over de relativiteit van een Awb-norm, op grond waarvan een besluit door de bestuursrechter is vernietigd. De Hoge Raad toetst ofwel aan de eerste variant van het relativiteitsvereiste, zo-

22 HR 13 april 2007, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (Iraanse vluchteling), r.o. 3.2 (weergave Hoge Raad).

23 Op grond van het cassatiemiddel van de Staat zou het moeten gaan om de norm 'dat de Staat niet aanstonds juist heeft beslist op de aanvraag van verweerster in cassatie tot toelating als vluchteling tot Nederland overeenkomstig art. 15 leden 1 en 2 van de toenmalige Vreemdelingenwet'. Deze materiële norm is in wezen een combinatie van de genoemde bepaling van de Vreemdelingenwet (oud) en een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

24 Op grond van het cassatiemiddel van de Staat zou het moeten gaan om de norm 'dat de Staat niet aanstonds juist heeft beslist op de aanvraag van verweerster in cassatie tot toelating als vluchteling tot Nederland overeenkomstig art. 15 leden 1 en 2 van de toenmalige Vreemdelingenwet'. Deze materiële norm is in wezen een combinatie van de genoemde bepaling van de Vreemdelingenwet (oud) en een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

25 HR 13 juli 2007, NJ 2007/504, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Barneveld/Gasunie), r.o. 3.1 (iii).

26 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.5.1-3.5.2.

27 De onrechtmatigheid van het besluit komt niettemin vast te staan, doordat het hof met instemming van de Hoge Raad een uitzondering aanneemt op de leer van de formele rechtskracht, op grond waarvan het besluit bij gebreke van vernietiging eigenlijk rechtmatig moet worden geacht. Nu de gemeente Gasunie niet over het voornemen de bouwvergunning te verlenen heeft geïnformeerd, heeft Gasunie niet in (bezwaar en) beroep kunnen gaan. De onrechtmatigheid van het besluit komt vervolgens vast te staan door erkenning van de gemeente dat het met het bestemmingsplan in strijd was (Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.4.3 en r.o. 3.2 (c)).

dat met de vraag of de vernietiging van het besluit onrechtmatig is jegens de benadeelde de vernietiging als zodanig centraal staat en er überhaupt geen specifieke geschonden norm in beeld komt. Ofwel hij toetst aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste, zodat met de vraag naar de strekking van een geschonden norm een specifieke, wisselende norm centraal staat, waarbij het evenwel steeds gaat om een materiële norm. De primeur in de onderhavige zaak laat zich dan verklaren doordat zich daarin, zoals ik in de volgende paragraaf zal laten zien, wél de combinatie voordoet van een benadeelde die zich beroept op de omgekeerde formele rechtskracht en een rechter die toetst aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste.

5. Het casuïstisch relativiteitsoordeel van het hof

Verhuurder D. legt aan haar vordering uitdrukkelijk ten grondslag dat de beslissing op bezwaar, waarbij de burgemeester volhardt in zijn weigering de door exploitant M. gevraagde exploitatievergunningen te verlenen, door de bestuursrechter is vernietigd, en dat de gemeente om die reden een toerekenbare onrechtmatige daad jegens haar heeft gepleegd. Zij grondt het onrechtmatig handelen van de gemeente niet, naar analogie van Iraanse vluchteling, op de schending van de materiële norm dat de gemeente de gevraagde exploitatievergunningen had moeten verlenen. Het hof op zijn beurt drukt zich in zijn relativiteitsoordeel weliswaar uit in termen van zowel de eerste als de tweede variant van het relativiteitsvereiste, maar beslissend is de tweede variant: zijn oordeel over de strekking van de geschonden norm. Tegen deze achtergrond wijst het hof als de geschonden norm de norm aan waarmee de bestuursrechter het besluit in strijd heeft geacht, op grond van welke normschending hij tot vernietiging is overgegaan:

“Bij de beantwoording van deze vraag [de vraag of het besluit ook onrechtmatig is jegens D.; PwDh] is in de eerste plaats van belang welke norm geschonden is bij het bestreden besluit. Uit de uitspraak van de bestuursrechter t[e] Amsterdam, die is bekrachtigd door de ABRs, volgt dat het besluit is vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 van de Awb. Deze bepaling houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering.”²⁸

Noodzakelijk is deze keuze van het hof overigens niet, om de motiveringsplicht aan te wijzen als geschonden norm. Het had ook een andere norm kunnen aanwijzen. Te denken valt aan de materiële norm dat de gemeente de gevraagde exploitatievergunningen dient te verlenen, als de aanvrager aan de vereisten voldoet. Ook valt te denken aan een ‘meta’-norm, van het type dat de overheid rechtmatig be-

sluiten moet nemen,²⁹ dan wel dat de burger daarop mag vertrouwen.³⁰ Het relativiteitsoordeel zou dan wellicht anders hebben geluid. De keuze van het hof ligt niettemin voor de hand, nu verhuurder D. uitdrukkelijk de vernietiging van de beslissing op bezwaar door de bestuursrechter aan haar vordering ten grondslag legt.

Hierna volgt het eigenlijke oordeel van het hof over de relativiteit van de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de rechter bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm de ruimte heeft om behalve de bedoeling van de wetgever ook eigen ‘redelijkheidsoverwegingen’ mee te wegen,³¹ alleen al omdat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis vaak geen uitsluitel geeft over de relativiteit van door hem uitgevaardigde normen.³² De rechter kan dus eigen keuzes maken. Dat blijkt ook uit het relativiteitsoordeel van het hof. Het refereert niet aan enige bedoeling van de wetgever, maar opent op eigen gezag de *mogelijkheid* dat de motiveringsplicht strekt tot bescherming van verhuurder D., die het hof daarbij aanmerkt als ‘derde belanghebbende’.³³ Het velt aldus wat ik noem een voorwaardelijk relativiteitsoordeel.³⁴ Of de motiveringsplicht inderdaad strekt tot bescherming van verhuurder D. als derde belanghebbende is, aldus het hof, afhankelijk van de omstandigheden van het geval:

“De strekking van deze norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derde belanghebbenden, zoals D. Derhalve dient beoordeeld te worden of in dit geval sprake is van dergelijke omstandigheden.”³⁵

Volgens het hof zijn de omstandigheden van het geval dusdanig dat de vernietigde beslissing op bezwaar ook onrecht-

28 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4. Art. 7:12 lid 1 Awb luidt voluit: ‘De beslissing op het bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld. Daarbij wordt, indien ingevolge artikel 7:3 van het horen is afgezien, tevens aangegeven op welke grond dat is geschied’.

29 Een dergelijke norm komt aan de orde in het cassatiemiddel van de Staat in Staat/SFR, r.o. 3.3.4. Zie ook Kortmann 2006, p. 115.

30 Zie Schueler 2005, p. 191.

31 Zie bijv. de conclusie van A-G Spier voor HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), sub 4.4.1 en diens conclusie voor HR 10 november 2006, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), sub 4.14, onder verwijzing naar HR 7 mei 2004, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), sub 4, die weer verwijst naar o.m. G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 117-132. Zie verder bijv. ook A.J.P. Schild & J.M. de Jongh, ‘Relativiteit bij overheidsaansprakelijkheid’, *O&A* 2007, 84; G.T.J.M. Jurgens, ‘De bestuursrechtelijke relativiteitseis’ (VAR-preadvies), Den Haag: Bju 2010, p. 114-115; Wiggers-Rust 2011, p. 135-136; L. van den Berge, *Recht tussen norm en belang*, Tilburg: Celsus 2012, p. 59-63. Vgl. HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), sub 10.

32 In deze zin bijv. F.J. van Ommeren, noot onder HR 7 mei 2004, AB 2005/127 (Duwbak Linda), sub 4; S.D. Lindenbergh, ‘De betrekkelijkheid van de geschonden norm’, *TPR* 2008, p. 910; ABRvS 3 december 2008, AB 2009/65, m.nt. T. Barkhuysen en L. Di Bella, sub 8. Zie ook Jurgens 2010, p. 115.

33 Zie over het belanghebbendebegrip en afgeleid- of derden belanghebbenden R.J.N. Schlössels, ‘Belanghebbende en afgeleid belang’, in: R.J.N. Schlössels, C.L.G.F.H. Albers, A.J. Bok & A.M.M.M. Bots (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu 2009, p. 16-31, mede onder verwijzing naar J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss. Tilburg), Den Haag: Bju 2003.

34 Zie hierover nader P.W. den Hollander, ‘Stroomlijning van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke besteltermijn’, *MvV* 2013-7/8, p. 202-203 en p. 205.

35 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

matig is jegens verhuurder D. Daarbij wijst het op onder meer de omstandigheden dat de burgemeester 'van meet af aan' bekend is geweest 'met de betrokkenheid van de financiële belangen van D.', omdat de huurovereenkomsten bij de vergunningaanvraag van exploitant M. waren gevoegd. Ook wijst het hof erop dat verhuurder D. de gemeente al na de afwijzende beslissing op bezwaar aansprakelijk heeft gesteld en dat de voorzieningenrechter, in een tussentijdse procedure, de burgemeester erop heeft geattendeerd dat het dubieus is of hij de weigering van de vergunningverlening op artikel 1.7 van de APV kan baseren.³⁶

Het hof breekt zo door de terughoudende lijn van de Hoge Raad in zijn hiervoor besproken rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig heen. De uitkomst die het met zijn oordeel over de strekking van de geschonden motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb bereikt, is immers dat het relativiteitsvereiste – zij het in de omstandigheden van dit geval – er niet aan in de weg staat dat verhuurder D. de vernietigde beslissing op bezwaar inroept als toerekenbare onrechtmatige daad van de gemeente. Ondanks dat D. niet de adresant is van het besluit (Rigter c.s./Laren) en – in de visie van het hof althans – 'hooguit' derde belanghebbende is en niet rechtstreeks belanghebbende (Velsen/De Waard) en, hoe dan ook, niet degene is op wiens beroep het besluit door de bestuursrechter is vernietigd (Kaveka/Apeldoorn).

Wellicht mede met het voorgaande in het achterhoofd legt het hof rekenschap af over de vraag of met zijn relativiteitsoordeel niet een te grote, potentieel onbegrensde overheidsaansprakelijkheidslast in het leven wordt geroepen. Daarbij refereert het impliciet aan het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda. In die zaak overweegt hij dat het relativiteitsvereiste aan overheidsaansprakelijkheid in de weg staat jegens een 'in beginsel onbeperkte groep van derden', ter zake van 'vermogenschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan'.³⁷ Naar het oordeel van het hof is van zo'n aansprakelijkheidslast in deze zaak geen sprake:

"Het hof] neemt hierbij mede in aanmerking dat, anders dan de gemeente stelt, zich niet voordoet het geval dat D. behoort tot een in beginsel onbegrensde groep van derden-belanghebbenden, die alle als potentiële benadeelden hebben te gelden bij het onrechtmatige besluit. Integendeel, D. is één concrete derde belanghebbende, en zij heeft haar financiële belang bij een rechtmatig besluit onder de aandacht van de gemeente gebracht. De schade van D. was daarmee bekend bij en voorzienbaar voor de gemeente.

36 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

37 Vgl. HR 7 mei 2004, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.3. Hieruit wordt wel afgeleid dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in die zaak zou zijn ingegeven uit beduchtheid een te grote overheidsaansprakelijkheidslast in het leven te roepen. Zie voor nuancering 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. 299-302.

Voor wat betreft de door D. [g]evorderde schade is nog van belang dat deze schade rechtstreeks verband houdt met het niet verlenen van de vergunningen en dat de aard van de schade (verlies van huurinkomsten) niet wezenlijk afwijkt van overeenkomstige schade die door de aanvrager geleden had kunnen worden (huurkosten gedurende de periode dat de vergunning ten onrechte uitbleef) en dan vergoedbaar zou zijn geweest. De aard van de schade lag derhalve in de normale lijn der verwachtingen.

Voorts was de gemeente uit artikel 3 van de bij haar bekende huurovereenkomsten ermee bekend dat het ontbreken van vergunningen tot opschorting van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst zou leiden, derhalve tot schade bij D."³⁸

Het hof maakt (ook) wat dat betreft werk van zijn relativiteitsoordeel, maar de Hoge Raad lijkt er niet erg van onder de indruk.

6. Het categorisch relativiteitsoordeel van de Hoge Raad

In cassatie honoreert de Hoge Raad eerst de klacht van de gemeente dat het hof er om appelprocesrechtelijke redenen van uit had moeten gaan dat verhuurder D. geen belanghebbende is in de zin van de Awb bij de vernietigde beslissing op bezwaar, als het hof althans met het aanmerken van D. als 'derde belanghebbende' bedoelde dat zij zelf beroep had kunnen instellen tegen de vernietigde beslissing op bezwaar. Nu de gemeente heeft gesteld dat de verhuurder geen belanghebbende is, zij dit naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende heeft weersproken en daarover in appel niet is gegriefd, moest ook het hof daarvan uitgaan.³⁹

Dat is in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Keus. Hij geeft bovendien aan, onder verwijzing naar onder meer Kaveka/Apeldoorn, dat in het geval de benadeelde geen belanghebbende is, de leer van de omgekeerde formele rechtskracht 'geen rol' speelt.⁴⁰ In dat geval heeft de benadeelde immers geen toegang tot de bestuursrechter om die het besluit te laten vernietigen, zodat op grond van de omgekeerde formele rechtskracht kan komen vast te staan dat het besluit onrechtmatig is. De burgerlijke rechter moet dan zelf 'op reguliere wijze', zoals Keus het stelt, inhoudelijk toetsen of het gewraakte besluit onrechtmatig is.⁴¹ De Hoge Raad laat zich hierover niet met zoveel woorden uit, maar zijn relativiteitsoordeel kan, zoals hierna zal blijken, inderdaad zo worden gelezen dat dit ook een zelfstandig inhoudelijk oor-

38 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.5.

39 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.4-3.5. In het geval het hof ervan uit is gegaan dat verhuurder D. wel belanghebbende is, heeft het bovendien moeten oordelen dat in de verhouding van D. tot de gemeente de formele rechtskracht van de beslissing op bezwaar aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg staat, omdat verhuurder D. zelf niet tegen dit besluit in beroep is gegaan bij de bestuursrechter (dat deed alleen exploitant M.).

40 Conclusie A-G Keus voor Gemeente Amsterdam/D., sub 2.10-2.11, onder verwijzing naar sub 2.7-2.9. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2014, p. 428-429.

41 Conclusie A-G Keus voor Gemeente Amsterdam/D., sub 2.11.

deel behelst over de onrechtmatigheid van het besluit. Voor zijn relativiteitsoordeel maakt dit evenwel geen verschil, nu hij toetst aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste en dus hoe dan ook de relativiteit van de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb centraal staat.

Bij haar klacht dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat zij met de vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens 'een derde als D.' beroept de gemeente zich op het zogeheten specialiteitsbeginsel van artikel 3:4 Awb:

"Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit."⁴²

Volgens de gemeente dient zij dus alleen de belangen van belanghebbenden in de zin van de Awb mee te wegen en, op grond van artikel 7:12 lid 1 Awb, die afweging deugdelijk te motiveren. De gemeente is daarom, zo stelt zij, opnieuw bijgevallen door advocaat-generaal Keus,⁴³ niet gehouden deugdelijk te motiveren ten opzichte van niet-belanghebbenden. De Hoge Raad houdt zich ook over het specialiteitsbeginsel op de vlakte. Hij reconstrueert eerst de bedoeling van de wetgever met de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb:

"Deze motiveringsplicht strekt ertoe, met name ingeval de bezwaren ongegrond worden verklaard, dat degene die tegen het besluit bezwaar heeft gemaakt en eventuele andere belanghebbenden uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet is tegemoetgekomen. Dat is onder meer van belang voor de beantwoording van de vraag of een vervolprocedure met kans op succes gevoerd kan worden. (vgl. Parl. Gesch. Awb I, blz. 351)."⁴⁴

Uiteindelijk berust het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad evenwel op een eigen afweging, evenals dat van het hof, want hij vervolgt:

"Hoewel de gehoudenheid om een besluit toereikend te motiveren mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft, strekt zij niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb."⁴⁵

De Hoge Raad komt zo tot de conclusie dat het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW aan aansprakelijkheid van de

gemeente in de weg staat, aangenomen dat verhuurder D. geen belanghebbende is. Nu de Hoge Raad zich vervolgens weer uitdrukt in termen van de eerste variant van het relativiteitsvereiste kan in de onderstaande concluderende rechtsoverweging behalve het oordeel dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan ook een inhoudelijk eigen oordeel over de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid worden gelezen:

"Bij het uitgangspunt dat D. geen belanghebbende in de zin van de Awb was, is het door M. bestreden besluit dat is vernietigd op de grond dat het niet overeenkomstig art. 7:12 lid 1 Awb is gemotiveerd, anders dan het hof heeft overwogen, niet onrechtmatig jegens D., ook niet in de door het hof in rov. 3.4-3.5 genoemde omstandigheden (zie hiervoor in 3.3.3-3.3.4). In de verhouding tot D. is ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW."⁴⁶

Waar het hof dus ruimte ziet om in de omstandigheden van het geval aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, oordeelt de Hoge Raad zonder meer dat dit niet het geval is. De motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb strekt niet tot bescherming van (de vermogensbelangen van) de benadeelde niet-belanghebbende, 'ook niet', zoals hij in het laatste citaat nog eens benadrukt, in de door het hof genoemde omstandigheden.

In de motivering van dit categorisch relativiteitsoordeel klinkt wel enige ambivalentie door. De 'Hoewel...'-zin aan het einde van het eerste citaat uit zijn relativiteitsoordeel suggereert min of meer dat hij het liefst zou aannemen dat de motiveringsplicht wel strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van de benadeelde niet-belanghebbende, omdat dat, zoals de Hoge Raad het in een soort managementjargon stelt, zou leiden tot optimale 'kwaliteitsbevordering en -bewaking'. Deze doelstelling van de motiveringsplicht leidt hij vermoedelijk weer af uit de daarvoor aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis van de Awb. Wellicht is de gedachte van de Hoge Raad dat het mogelijk maken van de (dreiging van de) privaatrechtelijke 'sanctie' van aansprakelijkheid op een slecht gemotiveerd besluit ook voor benadeelden, die geen belanghebbenden zijn, bijdraagt aan meer goed gemotiveerde besluiten. Blijkbaar wil hij echter in elk geval om die reden niet zo ver gaan aan te nemen dat de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van de benadeelde niet-belanghebbende.⁴⁷ Ook overigens ziet hij blijkbaar geen reden om met zijn relativiteitsoordeel aansprakelijkheid van de gemeente mogelijk te maken, zoals het hof doet.

42 Zie over de verhouding van het specialiteitsbeginsel tot het relativiteitsvereiste Wiggers-Rust 2011, p. 149-150.

43 Conclusie A-G Keus voor Gemeente Amsterdam/D., sub 3.4. Hij acht de klacht van de gemeente overigens ook – en vooral – gegrond in het licht van de parlementaire geschiedenis van art. 7:12 lid 1 Awb.

44 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.

45 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.

46 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.7.

47 Zie in deze zin reeds Meijer & De Wit 2007, p. 190, die in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda vermoeden dat formele vernietigingsgronden als de motiveringsplicht niet strekken tot bescherming tegen vermogensschade, noch van de vergunningaanvrager, noch van derden. Schlössels 2003, p. 531 daarentegen acht de schending van 'motiveringseisen' onrechtmatig 'jegens eenieder'.

De Hoge Raad laat wel in algemene zin de mogelijkheid open dat aansprakelijkheid wordt aangenomen wegens de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidnorm.⁴⁸ Maar bij deze correctie-Langemeijerachtige exercitie gaat het om schending van een andere norm dan de motiveringsplicht.⁴⁹ Aan het categorisch karakter van zijn relativiteitsoordeel ter zake van die norm doet deze mogelijkheid dus niet af.

7. Overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn

De tegenstelling tussen het casuïstisch relativiteitsoordeel van het hof en het categorisch relativiteitsoordeel van de Hoge Raad is des te opvallender in het licht van een andere, eveneens Amsterdamse zaak van overheidsaansprakelijkheid rondom de besluitvorming op een aanvraag voor een exploitatievergunning voor een prostitutieplein, ditmaal gevestigd aan het Oudekerksplein. Ook in die zaak, die de Hoge Raad ruim een jaar eerder bereikte, wordt de door exploitant H. gevraagde vergunning uiteindelijk verleend, maar gaat dat evenmin van harte. De burgemeester wil op grond van een Bibob-onderzoek, om zich van de integriteit van de persoon van de aanvrager te vergewissen, eigenlijk nader onderzoek afwachten. Onder druk van onder meer de voorzieningenrechter verleent hij toch de vergunning. De wettelijke beslistermijn uit de APV is dan inmiddels overschreden.

Exploitant H. en verhuurders V. c.s. – die ook weer zijn overeengekomen dat de huur ingaat zodra de exploitatievergunning is verleend – spreken hierop gezamenlijk de gemeente aan tot schadevergoeding. Zodoende ligt ook in deze zaak de vraag voor of behalve de exploitant als aanvrager van de exploitatievergunning ook de verhuurder de overheid kan aanspreken tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad. De rechtbank en het hof wijzen de vorderingen toe, maar de Hoge Raad casseert. Hij bevestigt zijn vaste rechtspraak dat de enkele overschrijding van een wettelijke beslistermijn alleen onrechtmatig is onder ‘bijkomende omstandigheden’.⁵⁰ Dat van zulke omstandigheden sprake is, heeft het hof onvoldoende gemotiveerd. Onder meer heeft het zich onvoldoende rekenschap gegeven van de omstandigheden dat exploitant H. zelf te laat is geweest met het aanleveren van bepaalde gegevens, dat de burgemeester de beslistermijn (nog verder) had kunnen verlengen maar die mogelijkheid niet heeft benut en dat de burgemeester beleidsvrijheid heeft al dan niet te beslissen zonder (afgerond) Bibob-advies, waarbij ook het algemeen belang moet

worden meegewogen dat met het afwachten van zo'n advies kan zijn gemoeid.⁵¹

Overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn is dus juist wel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarmee zit de Hoge Raad in de termijnoverschrijdingszaak dus meer op de lijn van het hof in de onderhavige zaak van verhuurder D., met dien verstande dat de Hoge Raad de te maken afweging in de termijnoverschrijdingszaak inpast bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid – al licht hij in die zaak zijn leer-Smits-achtige maatstaf voor de toets aan dit vereiste toe als kwestie van relativiteit – en het hof in de onderhavige zaak bij dat van relativiteit.⁵²

De Hoge Raad voegt daaraan bovendien toe dat het voor overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van een wettelijke beslistermijn geen verschil maakt of de benadeelde al dan niet belanghebbende is. Op de klacht van de gemeente in deze zaak, dat de verhuurders geen belanghebbenden zijn bij de vergunningaanvraag, maar slechts een afgeleid belang hebben ‘zodat het niet tijdig beslissen niet onrechtmatig is jegens [V.] c.s. en er in zoverre niet aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW is voldaan’ oordeelt hij:

“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.”⁵³

Voor de vestiging van eventuele overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn maakt het dus geen verschil of de benadeelde al dan niet belanghebbende is bij het te laat genomen besluit, maar voor eventuele overheidsaansprakelijkheid voor een onvoldoende gemotiveerd afwijzend besluit wél.

48 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.7.

49 De correctie-Langemeijer behelst ‘meer’: nagaan of er, gelet op alle omstandigheden van het geval, wellicht een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, waarbij het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden meeweegt als een van die omstandigheden. 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. Franken (As-trazeneca/Menzis), r.o. 3.3.5 en Wiggers-Rust 2011, p. 138-142.

50 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579; NJ 2013/47; AB 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/H. c.s.), r.o. 3.3.

51 Gemeente Amsterdam/H. c.s., r.o. 3.4, 3.6, 3.9.

52 Zie hierover Den Hollander 2013, p. 200-206, met verwijzingen, waarin ik voorstel de te maken afweging integraal over te hevelen naar de toets aan het vereiste van relativiteit en de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid te beperken tot de vaststelling of al dan niet een wettelijke beslistermijn is geschonden. Vgl. C.N.J. Kortmann in zijn noot onder deze zaak in AB 2014/15, sub 10, die inpassing als correctie-Langemeijer bepleit.

53 Gemeente Amsterdam/H. c.s., r.o. 3.10-3.11.

Toegegeven, dit uiteenlopende belang van het belanghebbendebegrip laat zich relativeren doordat de Hoge Raad als gezegd (ook) in de zaak van verhuurder D. de mogelijkheid openlaat dat de gemeente, gezien de omstandigheden van het geval, aansprakelijk is op de grond dat zij een ongeschreven zorgvuldigheidnorm heeft geschonden, ook jegens de benadeelde niet-belanghebbende.⁵⁴ Maar snel zal zo'n schending niet worden aangenomen, gezien zijn categorisch relativiteitsoordeel, waarmee de Hoge Raad nu juist afstand neemt van het casuïstisch relativiteitsoordeel van het hof, dat in wezen neerkomt op een toets aan een ongeschreven zorgvuldigheidnorm. Er is dus reden te zoeken naar een nadere verklaring.

8. Het belang van het belanghebbendebegrip

Het uiteenlopend belang van het belanghebbendebegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor een wegens een ondeugdelijke motivering vernietigd besluit en de overschrijding van een wettelijke beslistermijn bij het nemen van een besluit laat zich verklaren doordat het gaat om uiteenlopende wettelijke normen – motiveringsplicht en beslistermijn – met elk hun eigen relativiteit. Nu het in beide gevallen gaat om 'formele' normen, lijkt dit mij evenwel minder overtuigend.

Overtuigender is de verklaring dat het hier niet alleen gaat om uiteenlopende normen, maar ook om uiteenlopende typen overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de wettelijke beslistermijn, in een eerdere Eindhovense termijnoverschrijdingszaak, welbewust losgekoppeld van het besluitenaansprakelijkheidsrecht.⁵⁵ Hij doet dat door de leer van de (omgekeerde) formele rechtskracht zo uit te leggen 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 onder overschrijding van de wettelijke beslistermijn. Zo'n overschrijding kan rechtstreeks worden ingeroepen als grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht – bij de burgerlijke rechter. In het verlengde daarvan koppelt de Hoge Raad in de Amsterdamse termijnoverschrijdingszaak dit type overheidsaansprakelijkheid ook los van het belanghebbendebegrip.⁵⁶

Overheidsaansprakelijkheid voor een wegens een ondeugdelijke motivering vernietigd besluit veronderstelt daarentegen per definitie voorafgaande vernietiging van dat besluit door de bestuursrechter. Het ligt dus niet voor de hand dit type overheidsaansprakelijkheid los te koppelen van het belanghebbendebegrip. Met zijn categorisch relativiteitsoordeel dat de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb onder geen enkele omstandigheid strekt tot bescherming van de benadeelde niet-belanghebbende zoekt de

Hoge Raad zoveel mogelijk aansluiting bij de terughoudende lijn in zijn rechtspraak uit met name de jaren tachtig en negentig. De uitkomst die de Hoge Raad bereikt, is immers dat verhuurder D. de vernietiging van de beslissing op bezwaar, waarbij de burgemeester volhardt in zijn weigering de door exploitant M. gevraagde exploitatievergunningen te verlenen, niet kan invoeren als toerekenbare onrechtmatige daad. Dat sluit aan bij de lijn dat alleen de benadeelde, die zelf adressant van en dus rechtstreeks belanghebbende bij het besluit is en op wiens beroep het besluit door de bestuursrechter is vernietigd, dat besluit als toerekenbare onrechtmatige daad kan invoeren.

Anno 2014 is er voor deze terughoudende lijn wellicht zelfs meer reden dan voorheen, gezien het inmiddels ingevoerde bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, op grond waarvan de vernietiging van een besluit op de belangen van de appellant afgestemd 'maatwerk' is geworden.⁵⁷ Vernietiging van een besluit blijft achterwege indien de 'geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel' waarmee het besluit in strijd is 'kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept' (artikel 8:69a Awb). Al is de toets aan het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste door de bestuursrechter en die aan het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste door de burgerlijke rechter niet per se inhoudelijk gelijk.⁵⁸ Sanderink wijst er bovendien op dat de bestuursrechter bij de toets aan het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste geen onderscheid maakt tussen een geschonden formele norm als de motiveringsplicht en een met het besluit gemoeide materiële norm, maar deze over een kam scheert, waarbij de relativiteit in de zin van artikel 8:69a Awb van de materiële norm leidend is.⁵⁹

9. Continuïteit in een nieuw jasje

Uiteindelijk is de uitkomst die de Hoge Raad met zijn relativiteitsoordeel bereikt dus niet zo opvallend. Verhuurder D. kan de vernietiging van de beslissing op bezwaar, waarbij de burgemeester volhardt in zijn weigering de door exploitant M. gevraagde prostitutievergunningen te verlenen, niet invoeren als toerekenbare onrechtmatige daad van de

54 Vgl. D.G.J. Sanderink in zijn noot onder Gemeente Amsterdam/D., sub 6.
55 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040; NJ 2011/6, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.), r.o. 3.3.3.
56 Zie Den Hollander 2013, p. 203.

57 In deze zin ook A-G Keus in zijn conclusie voor Gemeente Amsterdam/D., sub 2.8. Anders D.G.J. Sanderink in zijn noot onder Gemeente Amsterdam/D., sub 4. Het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste trad in werking op 1 januari 2013, nadat sinds 31 maart 2010 was geëxperimenteerd met het inhoudelijk gelijke bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 1.9 Crisis- en herstelwet ten aanzien van onder die wet vallende besluiten.
58 Zie hierover P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling', AA 2012/6, p. 443-545; J.C.A. de Poorter & B.J. van Ettehoven, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet', NTB 2013/6, p. 109-120; Scheltema & Scheltema 2013, p. 391-395.
59 D.G.J. Sanderink, noot onder Gemeente Amsterdam/D., sub 5, onder verwijzing naar ABRvS 18 juli 2012, AB 2012/343, m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard. De bestuursrechter, of althans de Afdeling, doet dat overigens ook in zaken waarin zij als aansprakelijkheidsrechter toetst aan het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW, bij haar oordeel over verzoeken tot schadevergoeding wegens een vernietigd besluit. Zie ABRvS 28 juli 2010, AB 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels (Nuthse geluidshinder), r.o. 2.6.6, waarover Den Hollander 2012a, p. 323-325.

gemeente, omdat de met het besluit geschonden norm, op grond van welke normschending de bestuursrechter het heeft vernietigd, niet strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van de benadeelde niet-belanghebbende. Dit sluit aan bij zijn terughoudende lijn dat alleen de benadeelde, die zelf adressant van en dus rechtstreeks belanghebbende bij het besluit is en op wiens beroep het besluit door de bestuursrechter is vernietigd, dat besluit als toerekenbare onrechtmatige daad kan invoeren.

Per saldo brengt zijn relativiteitsoordeel zo continuïteit, maar die is wel in een nieuw jasje gestoken. Beslissend is niet, zoals in de besproken rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig, het oordeel van de rechter, in het kader van de toets aan de eerste variant van het relativiteitsvereiste, over de vraag of de vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig is jegens de benadeelde. Beslissend is het oordeel van de rechter, in het kader van de toets aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste, over de vraag of de motiveringsplicht als specifieke, met het vernietigde besluit geschonden norm, strekt tot bescherming van de benadeelde. Deze verschuiving van de eerste naar de tweede variant van het relativiteitsvereiste levert, in combinatie met het beroep van verhuurder D. op de omgekeerde formele rechtskracht, de primeur op dat in de onderhavige zaak van besluitenaansprakelijkheid de Hoge Raad zich uitspreekt over de relativiteit van een Awb-norm op grond waarvan de bestuursrechter het gewraakte besluit heeft vernietigd.

Dit nieuwe jasje is echter niet alleen maar vorm, maar gaat ook gepaard met een inhoudelijk verschil. De Hoge Raad toetst aan de tweede variant van het relativiteitsvereiste en spreekt zich dus uit over de relativiteit van de specifieke geschonden norm. Zijn relativiteitsoordeel over de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb sluit dus in elk geval in theorie niet uit dat een andere norm, op grond waarvan een besluit vernietigd wordt, wel strekt tot bescherming van de benadeelde niet-belanghebbende. Dit zou 'strategisch' gedrag in de hand kunnen werken, waarbij de benadeelde belanghebbende probeert de bestuursrechter te verleiden een besluit te vernietigen op grond van een vanuit het perspectief van de benadeelde niet-belanghebbende 'gunstige' norm.⁶⁰ De bestuursrechter zou daar bovendien ook zelf rekening mee kunnen gaan houden als hij een besluit kan vernietigen op verschillende gronden. Maar het lijkt me, gezien de terughoudende lijn van de Hoge Raad en zijn categorisch oordeel in de onderhavige zaak, niet voor de hand te liggen dat hij snel zal oordelen dat een norm, op grond waarvan de bestuursrechter een besluit heeft vernietigd, wel strekt tot bescherming van (de vermogensbelangen van) de benadeelde niet-belanghebbende.

De ietwat merkwaardige consequentie van beide Amsterdamse zaken is, ten slotte, dat in prostitutievergunningszaken de verhuurder, die de exploitatie inclusief de aanvraag

van de benodigde vergunning aan zijn huurder overlaat, dus eventueel wel zou kunnen 'profiteren' van overheidsaansprakelijkheid bij een te laat beslissende burgemeester en niet bij een onvoldoende motiverende weigerende burgemeester. Dit terwijl de belangen van verhuurder D. en verhuurders V. c.s. in beide zaken in gelijke mate bij de vergunningverlening zijn betrokken, via de afspraak dat de huurovereenkomst pas ingaat zodra de vergunningen zijn verleend en dit in beide zaken kenbaar is voor de burgemeester. Of het in de praktijk echt veel verschil maakt, valt evenwel te bezien, want uit de termijnoverschrijdingszaak blijkt dat van zodanige bijkomende omstandigheden dat de overschrijding van een wettelijke beslistermijn onrechtmatig moet worden geacht niet snel sprake is. De benadeelde niet-belanghebbende zou bovendien nog de rechter ervan moeten overtuigen dat diens belangen dusdanig betrokken zijn bij een tijdig besluit dat eventuele overheidsaansprakelijkheid ter zake geïndiceerd is.

⁶⁰ In deze zin ook D.G.J. Sanderink, noot onder Gemeente Amsterdam/D., sub 6.