

AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING

Besluitsaansprakelijkheid: wanneer is de overheid civielrechtelijk aansprakelijk voor een herroepen of ingetrokken besluit?

2018-0142

Het nemen van besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') is een exclusieve taak van een (semi)overheidsinstelling. Tegen een dergelijk besluit kunnen rechtsmiddelen worden aangewend. Wanneer er rechtsmiddelen zijn aangewend, kan dit leiden tot een herroeping van het bestreden besluit. Indien bijvoorbeeld ten onrechte een vergunning is geweigerd, kan dit voor de belanghebbende verstrekking gevolgen hebben. Die belanghebbende wil zijn schade dan vergoed zien van de overheid. Daartoe kan hij een civielrechtelijke procedure starten tegen de overheid op grond van artikel 6:162 BW. Maar hoe gaat de civiele rechter om met dergelijke claims die hun oorsprong hebben in een bestuursrechtelijke aangelegenheid? Onlangs deed zich een illustratief geval voor waarover het hof 's-Hertogenbosch zich op 16 oktober 2018¹ mocht buigen.

De casus

De casus is door diverse besluiten vrij complex. Voor dit artikel baseren wij ons op de relevante hoofdlijnen. Op 8 november 2011 heeft het college van B&W van de gemeente Breda ('college') een milieuvergunning geweigerd. Dit besluit van 8 december 2011 tot sluiting van de inrichting middels bestuursdwang evenals het besluit van 29 februari 2012 tot weigering van een omgevingsvergunning-beperkte-milieutoets zijn door de bestuursrechter vernietigd of door het college herroepen. Bij besluit van 4 februari 2014 heeft het college het besluit van 8 november in het kader van een heroverweging ingetrokken en bij besluit van 27 februari 2014 het verzoek tot vergoeding van de proceskosten toegewezen. Appellant stelt dat daarmee de besluiten ook onrechtmatig zijn geweest. Als de milieuvergunning niet was geweigerd dan was de inrichting niet middels bestuursdwang gesloten en zou appellante geen schade hebben geleden.

Oordeel hof

Bij de beantwoording van de vraag of de besluiten onrechtmatig zijn en er aanleiding is om schade te vergoeden hanteert het hof de volgende door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten.² Als een bestuursorgaan een besluit intrekt of herroept onder mededeling dat dit geschiedt omdat het besluit onjuist is, of anderszins erkent dat een besluit onrechtmatig is, komt aan het ingetrokken of herroepen besluit geen formele rechtskracht toe en behoort de burgerlijke rechter de onjuistheid van het besluit tot uitgangspunt te nemen bij de beoordeling van een vordering die is gegrond op een onrechtmatige daad van het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit. Indien een zodanige mededeling of erkenning

niet is gedaan, hangt het af van de redenen voor intrekking of herroeping en de omstandigheden waaronder het primaire besluit is tot stand gekomen, of dat besluit onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW en, zo ja, of de onrechtmatige daad aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend, met dien verstande dat de onrechtmatigheid is gegeven indien het ingetrokken of herroepen besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet.

Het besluit van het college van 4 februari 2014 – wat gezien wordt als de 'nieuwe' beslissing op bezwaar naar aanleiding van de vernietiging van de besluiten door de bestuursrechter – en het besluit van het college van 27 februari 2014 in onderling verband en samenhang beziend, kan naar het oordeel van het hof de conclusie niet anders zijn dan dat het college heeft erkend dat het besluit tot toepassing van bestuursdwang van 8 december 2011 onrechtmatig is. Het college heeft een proceskostenvergoeding toegekend omdat het besluit van 8 december 2011 maar ook van 29 februari 2012 op onrechtmatige gronden tot stand zijn gekomen en niet in stand gelaten kunnen worden. Om die reden wordt er ook een proceskostenvergoeding toegekend. Aan de stelling dat de proceskostenveroordeling in de bestuursrechtelijke procedure 'per abuis' is toegekend, gaat het hof voorbij.

Het vorenstaande brengt mee dat het besluit tot toepassing van bestuursdwang van 8 december 2011 als grond kan dienen voor de vordering tot schadevergoeding van appellante.³ De conclusie moet zijn dat dit besluit onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW en dat deze onrechtmatige daad aan de gemeente kan worden toegerekend. De gemeente is dan ook aansprakelijk voor de door appellante geleden schade als gevolg van de sluiting van haar inrichting door de gemeente op 8 december tot begin maart 2014.

Commentaar

Besluitsaansprakelijkheid is altijd een vrij complex juridische vraagstuk. Met name omdat dergelijke vraagstukken zich vaak voordoen op het grensvlak van het bestuurs- en privaatecht. Dat betekent ook dat een civiele rechter zich deels – en noodgedwongen – op het domein moet begeven van de bestuursrechter.

Herroepen versus intrekken

Niet ieder besluit in de zin van de Awb dat wordt herroepen is ook onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW. In artikel 7:11 Awb is bepaald dat er in bezwaar een heroverweging van het

bestreden besluit plaatsvindt. In het tweede lid van dat artikel staat vermeld dat voor zover de heroverweging daartoe aanleiding geeft, het bestuursorgaan het bestreden besluit herroept en het voor zover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit neemt. In casu doet zich de situatie voor dat het besluit niet is *herroepen* maar is *ingetrokken*. Intrekking van een besluit is in de Awb niet geregeld. Er geldt echter de ongeschreven rechtsregel dat de bevoegdheid om een besluit te nemen, de impliciete discretionaire bevoegdheid schept om het besluit in te trekken of te wijzigen. Dit voor zover enige wettelijke bepaling niet expliciet in deze bevoegdheid voorziet. In de procedure bij het hof wordt er gediscussieerd over de vraag of de gevolgen van een herroeping en intrekking hetzelfde zijn. Mede gelet op de *ex-tunc* of *ex-nunc* werking van de intrekking. Bij de bestuursrechter is immers het uitgangspunt, hoewel daarop uitzonderingen worden gemaakt, dat de onrechtmatigheid van het primaire besluit *ex tunc* dient te worden beoordeeld. Het hof concludeert terecht dat ook een intrekking een *ex-tunc* werking kan hebben. Naar bestuursrechtelijke maatstaven heeft een intrekking van een begunstigend besluit als gezegd zeker niet altijd terugwerkende kracht. In voorkomende gevallen kan terugwerkende kracht in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Voor wat betreft het aspect van de schade en de omvang van de schade, is het al dan niet hebben van terugwerkende kracht een relevante vraag. Waar het echter in het kader van de onrechtmatigheid om gaat, is de vraag of het besluit is ingetrokken op gronden die de onrechtmatigheid van dat besluit impliceren.

Wanneer is een besluit onrechtmatig

Niet ieder besluit dat herroepen wordt is onrechtmatig. Een besluit kan ook om beleidsmatige redenen worden herroepen. Ook kan het besluit worden herroepen omdat zich nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan. Uit de jurisprudentie blijkt dat het herroepen van een besluit overigens iets anders is dan het *vernietigen* ervan. Ook de bestuursrechter zit op deze lijn.⁴ Bij een vernietiging is de onrechtmatigheid immers in beginsel gegeven.⁵ Bij een herroeping niet. Het is dan ook begrijpelijk dat in de literatuur een onderscheid wordt gemaakt tussen een herroeping op beleidsgronden en rechtmatigheidsgronden. Indien herroeping is gestoeld op rechtmatigheidsgronden zal er veel eerder sprake zijn van een onrechtmatig besluit dan in het geval van beleidsgronden. Wanneer het bestuursorgaan zelf echter aangeeft dat het herroepen besluit onrechtmatig is, zal de civiele rechter in beginsel uitgaan van de onrechtmatigheid van het herroepen besluit. In die zin zal een bestuursorgaan met enige terughoudend een herroepen besluit kwalificeren als onrechtmatig.

Wanneer er door het bestuursorgaan geen uitspraken zijn gedaan over de onrechtmatigheid van het herroepen of ingetrokken besluit, zal de

civiele rechter dus moeten toetsen of het besluit onrechtmatig is. Dat voelt wellicht wat ongemakkelijk. Een belangrijk uitgangspunt in de jurisprudentie van de Hoge Raad is immers dat voorkomen moet worden 'dat de burgerlijke rechter zich moet begeven in vragen die typisch tot het werkterrein van de administratieve rechter behoren'. Toch is het onvermijdelijk dat de civiele rechter zich op het domein begeeft van de bestuursrechter. Een illustratief voorbeeld is het vonnis van de rechtbank Overijssel van 3 augustus 2016⁶ waarin de civiele rechter een inhoudelijk oordeel moest geven over de onrechtmatigheid van het besluit. De rechtbank neemt in de beoordeling uiteraard het oordeel van de hoogste bestuursrechter mee. Maar moet dat oordeel nog wel kwalificeren als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW. Doordat het besluit van de gemeente Wierden was gebaseerd op een onjuiste uitleg van het bestemmingsplan en ten onrechte een vergunning was verleend, is er sprake van een onrechtmatige gedraging. De gemeente heeft een verkeerd criterium aangehouden, aldus de civiele rechter. De civiele rechter toets in dit geval dus inhoudelijk de vraag of het besluit onrechtmatig is.

Wanneer moet de erkenning van onrechtmatigheid zijn gedaan?

Voor wat betreft de erkenning van aansprakelijk, zal de benadeelde moeten aantonen dat hij uit verklaringen en gedragingen van het overheidslichaam begrijpt en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht begrijpen dat het overheidslichaam die onrechtmatigheid erkent.⁷ Daarmee is dus niet gelijk te stellen de situatie waarin een bestuursorgaan behoort toe te geven dat er sprake is van onrechtmatigheid.⁸ Wat ook nog een relevante vraag is, is de vraag wanneer die erkenning gedaan is. Kan de onrechtmatigheid van het besluit ook zijn gegeven op het moment dat het besluit al onherroepelijk is? Immers, in dat geval geldt in beginsel de leer van de formele rechtskracht. Die leer houdt in dat het besluit – kort gezegd – voor juist moet worden gehouden, ook indien later blijkt dat dit niet het geval is. De Hoge Raad overwoog in 2003 dat erkenning van de onrechtmatigheid moet hebben plaatsgevonden voor het verstrijken van de termijn voor het aanwenden van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen.⁹ Hierover is in de literatuur veel discussie ontstaan. De Hoge Raad overwoog in latere arresten dat in het geval een bestuursorgaan het schadeveroorzakende besluit '*intrekt onder mededeling dat dit geschiedt omdat het onjuist is, of anderszins erkent dat een besluit onrechtmatig is*', aan het schadeveroorzakende besluit geen formele rechtskracht toekomt, ongeacht of die intrekking en erkenning heeft plaatsgevonden nadat dat besluit in rechte onantastbaar is geworden.¹⁰ Erkenning van onrechtmatigheid kan dus ook plaatsvinden nadat een besluit onherroepelijk is geworden. Er is dan namelijk geen sprake van een geschil dat voor beslissing door de bestuursrechter in aanmerking

komt. Toch ligt ook die conclusie genuanceerd. Wij verwijzen naar een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden uit 2014¹¹. In dat geval had het college wel de onrechtmatigheid van de vergunningverlening erkend in een door omwonenden aangespannen procedure, maar daarbij ging het niet om een beroep tegen de bouwvergunning (maar om beroep tegen de weigering om bestuursdwang toe te passen tegen het illegale bouwwerk). Het vereiste oorzakelijk verband tussen het intrekken van het beroep en de erkenning van de onrechtmatigheid van het besluit door het bestuursorgaan ontbrak dus in dit geval. Met andere woorden: een latere erkenning van onrechtmatigheid van een besluit kan relevant zijn met het oog op een schadevergoedingsprocedure bij de civiele rechter, maar er zal wel een causaal verband moeten zijn tussen de erkenning van de onrechtmatigheid en het betreffende besluit. In de literatuur is dit arrest overigens wel bekritiseerd. In de annotatie van Ortlep bij voornoemd arrest, wijst Ortlep bijvoorbeeld op het feit dat de overweging van het hof niet in overeenstemming lijkt te zijn met de arresten van de Hoge Raad van 21 juni 2013 en 8 december 1995.

Conclusie

In het arrest van het hof 's-Hertogenbosch speelde voorgaande vragen niet. Het bestuursorgaan had binnen de termijn waarbinnen rechtsmiddelen aangewend hadden kunnen worden, al laten blijken dat het besluit onrechtmatig is. Een nadere inhoudelijke toets hoeft dan niet plaats te vinden. Wanneer de onrechtmatigheid van het

besluit vast komt te staan, zijn er overigens nog wel enkel juridische hobbels te nemen voordat ook werkelijk een schadevergoeding wordt toegekend. In de regel is een schadevergoeding de inzet van dergelijke civiele procedures. De causaliteit tussen de schade en het onrechtmatige besluit is vaak nog een flinke hobbel alsook de omvang van de schadevergoeding. Al met al zijn dit soort procedures vaak complex. Het is ook de vraag of dat een benadeelde er niet beter aan doet om de schade zoveel als mogelijk binnen het bestuursrechtelijke circuit vergoed te krijgen. De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten biedt enkele handvatten om schade binnen het bestuursrechtelijke traject vergoed te krijgen.

Auteurs: mw. mr. E.J. de Koning-Witte en mr. R.J. Boogers, Bogaerts & Groenen advocaten, Boxtel

Noten

1. Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4267.
2. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1705.
3. Zie o.a. ECLI:NL:HR:2006:AW2087 en ECLI:NL:HR:2008:BF3257.
4. ABRvS 9 april 2003, BR 2003/162, p. 702.
5. Zie o.a. HR 31 mei 1991, NJ 1992, 290. Met de vernietiging van een beslissing op bezwaar staat overigens nog niet vast dat het primaire besluit ook onrechtmatig is. Het antwoord op de vraag of het primaire besluit rechtmatig of onrechtmatig is, hangt in het algemeen af van de besluitvorming die na de vernietiging van de beslissing op bezwaar plaatsvindt.
6. Rb. Overijssel 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3107.
7. HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642.
8. Cbb 8 februari 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AD9438.
9. HR 24 januari 2003, AB 2003, 120.
10. HR 21 juni 2013, NJ 2013/422; HR 8 december 1995, NJ 1997/163.
11. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9438.