

Afdeling bestuursrechtspraak wijzigt haar causaliteitslijn. Besluitenaansprakelijkheid. Causaal verband

ABRvS 28-12-2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, m.nt. dr. L. Di Bella, mr. J.H.A. van der Grinten

Instantie	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Datum	28 december 2016
Magistraten	mrs. C.H.M. van Altena, F.C.M.A. Michiels, G.T.J.M. Jurgens
Zaaknummer	201508027/1/A2
Noot	dr. L. Di Bella, mr. J.H.A. van der Grinten
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Bestuursrecht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:RVS:2016:3462, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 28-12-2016;

Essentie

Afdeling bestuursrechtspraak wijzigt haar causaliteitslijn. Besluitenaansprakelijkheid. Causaal verband

Samenvatting

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

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

uitgezonderde markt in plaats van een reguliere markt en dat het algemeen bestuur een besluit tot het instellen van een reguliere markt zou hebben genomen, indien het vooraf had geweten dat het geen rechtmatig besluit tot het instellen van een uitgezonderde markt had kunnen nemen.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van:

de vennootschap onder firma Biolicious IJburg, gevestigd te Amsterdam, waarvan de vennoten zijn [vennoot A] en [vennoot B], wonend te Amsterdam,

appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 september 2015 in zaak nr. 12/5642 in het geding tussen:

Biolicious

en

het algemeen bestuur van de bestuurscommissie van stadsdeel Oost.

Uitspraak

Procesverloop

Bij uitspraak van 15 september 2015 heeft de rechtbank een verzoek van Biolicious om schadevergoeding afgewezen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft Biolicious hoger beroep ingesteld.

Het algemeen bestuur heeft een verweerschrift ingediend.

Biolicious heeft een nader stuk ingediend.

Het algemeen bestuur heeft eveneens een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 4 oktober 2016, waar Biolicious, vertegenwoordigd door mr. W.M. van Bracht-Szabo, advocaat te Soesterberg, en door [vennoot A], en het algemeen bestuur, vertegenwoordigd door mr. ing. H. Pals, werkzaam bij de gemeente Amsterdam, zijn verschenen.

Overwegingen

1.

Onder het algemeen bestuur wordt tevens verstaan: diens rechtsvoorganger.

voorgeschiedenis

2.

Biolicious is exploitante van een biologische winkel in een pand aan het Joris Ivensplein 56 te

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

wettelijk kader

3.

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

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

4.

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

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

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

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

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

verzoek om schadevergoeding

5.

Bij brief van 5 september 2013 heeft Biolicious het verzoek om schadevergoeding toegelicht. In die brief heeft zij aangevoerd dat de uitgezonderde markt ruim een half jaar op het Joris Ivensplein heeft gestaan, dat dit heeft geleid tot een verstoring van de concurrentieverhoudingen tussen marktkooplieden en winkeliers in de omgeving van de markt en dat zij daardoor onder meer inkomsten heeft gederfd. Volgens Biolicious was het uitgesloten dat het algemeen bestuur, ten tijde van het

onrechtmatig besluit van 4 september 2012, een rechtmatig besluit tot het instellen van een reguliere markt had kunnen nemen, mede gelet op de aan het instellen van een reguliere markt gestelde voorwaarden en de daarbij af te wegen belangen van ondernemers in de directe omgeving. In een brief van 27 november 2014 heeft Biolicious daaraan toegevoegd dat er nauwelijks toezicht van het stadsdeel op de organisatie en inrichting van de uitgezonderde markt was en dat dit ertoe heeft geleid dat het warenaanbod op de markt voor een groot gedeelte haar eigen warenaanbod overlapt, dat er een grote kraam ten behoeve van de verkoop van groente en fruit voor dumprijzen is geplaatst, dat er geen eenduidig beleid voor het betalen van marktgelden was, dat de aanloop naar het winkelpand door de wijze van plaatsing van marktkramen werd afgesneden en dat verschillende marktkoopliden zich hebben misdragen.

reactie van het algemeen bestuur

6.

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

aangevallen uitspraak

7.

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

hoger beroep

8.

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

algemeen bestuur in verband met de schending van deze zorgvuldigheidnorm aansprakelijk is voor de geleden schade.

beoordeling hogerberoepsgronden

8.1.

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

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

8.2.

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

8.3.

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

8.4.

Dat het algemeen bestuur, zoals Biolicious bij brief van 5 september 2013 heeft aangevoerd,

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

8.5.

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

Het betoog faalt.

conclusie

9.

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

10.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

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

Noot

Auteur: dr. L. Di Bella, mr. J.H.A. van der Grinten^[1]

Noot

1.

Inleiding. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) is om. Hoewel zij dat niet met zoveel woorden zegt, verlaat zij in de uitspraak van 28 december 2016 haar tot dan toe gehanteerde causaliteitscriterium bij besluitenaansprakelijkheid en past in plaats daarvan een zuiver *condicio sine qua non* criterium toe (ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462 (*Biolicious*), inmiddels herhaald in ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:162). De Afdeling verwijst daarbij naar de rechtspraak van de Hoge Raad over dit onderwerp (HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *Stoeterij Hengelo*)

2.

De zaak Biolicious. In de zaak *Biolicious* had het algemeen bestuur van de bestuurscommissie Oost van de gemeente Amsterdam (het algemeen bestuur) besloten tot het instellen van een zogenoemde 'uitgezonderde markt', in dit geval een bijzondere warenmarkt, voor een proefperiode van twee jaar op het Joris Ivensplein in Amsterdam IJburg. Op dit plein is ook de biologische winkel *Biolicious* gevestigd. *Biolicious* komt op tegen het besluit van het algemeen bestuur om de uitgezonderde markt in te stellen. Zij vreest namelijk inkomsten te derven door de komst van de markt. De rechtbank verklaart het beroep van *Biolicious* gegrond en vernietigt het besluit. *Biolicious* verzoekt ook om schadevergoeding. Zij stelt dat de uitgezonderde markt ruim een half jaar op het plein heeft gestaan en dat zij daardoor inkomsten is misgelopen. De rechtbank wijst het verzoek af vanwege het ontbreken van relativiteit. In het hoger beroep spitst de juridische discussie zich toe op het causaal verband. *Biolicious* heeft aangevoerd dat causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en haar schade bestaat, omdat het algemeen bestuur ten tijde van dit besluit geen rechtmatig besluit *had kunnen nemen* dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt. Dit is ook het criterium dat de Afdeling hanteert in eerdere rechtspraak (zie o.a. ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58, m.nt. R.J.N. Schlössels (Meerssen) en ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005/75 m.nt. Red. (Ameland). Recenter: ABRvS 3 februari 2016, *JB* 2016/64 m.nt. C.N.J. Kortmann (Hilvarenbeek) en ABRvS 20 april 2016, *JB* 2016/116, m.nt. C.N.J. Kortmann (Amstelveen)). In *Biolicious* overweegt de Afdeling echter dat niet bepalend is of het algemeen bestuur rechtmatig een uitgezonderde markt *had kunnen instellen*, maar of het algemeen bestuur dit *had kunnen doen* en aannemelijk is dat het dat ook *zou hebben gedaan*. Indien aannemelijk is dat het algemeen bestuur een rechtmatig besluit *zou hebben genomen* dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg *zou hebben gehad* dan ontbreekt het causaal verband. Hiermee sluit de Afdeling zoals gezegd aan bij het *condicio sine qua non* criterium dat in het burgerlijk recht wordt toegepast. Dit criterium houdt in dat geen causaal verband bestaat als, de onrechtmatige daad weggedacht, dezelfde schade zou zijn ontstaan. Het *condicio sine qua non* verband moet worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven (zie recent HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (*UWV*)). Toegepast op besluitenaansprakelijkheid betekent dit dat geen sprake is van een *condicio sine qua non* verband als in plaats van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit zou zijn genomen dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt. Wij gaan ervan uit dat de door de Afdeling vermelde vraag naar wat het bestuursorgaan *zou hebben gedaan* moet worden geïnterpreteerd als de vraag naar hetgeen hij *zou hebben gedaan als hij wel overeenkomstig het op dat moment toepasselijke recht zou*

hebben beslist. Zie in dit verband ook ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:162, waarin de ABRvS het causaliteitscriterium als volgt formuleert:

“Indien aannemelijk is dat het college ten tijde van het nemen van die besluiten overeenkomstig het recht zou hebben beslist [...]”

3.

Verskil oude en nieuwe lijn. Wat is nu precies het verschil tussen het ‘oude’ en het ‘nieuwe’ criterium? Het verschil, met andere woorden, tussen *had kunnen nemen* en *zou zijn genomen*? In het eerste geval gaat het om een zuiver hypothetische situatie waarbij slechts het destijds geldende rechtsregime ter zake doet maar de meest waarschijnlijke feitelijke gang van zaken geheel buiten beschouwing wordt gelaten. In sommige gevallen heeft het bestuursorgaan meerdere rechtmatige opties. Het is op basis van de oude causaliteitsmaatstaf dus niet van belang voor welke van die opties het bestuursorgaan daadwerkelijk zou hebben gekozen. Het verschil tussen beide criteria materialiseert zich in de gevallen waarin het bestuursorgaan weliswaar een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt, maar hij dit niet gedaan zou hebben, omdat hij in werkelijkheid voor een andere, ook rechtmatige, optie zou hebben gekozen.

In de literatuur over de ‘oude’ lijn van de Afdeling is erop gewezen dat het ‘civiele’ *condicio sine qua non* criterium de voorkeur heeft, omdat dit rechtvaardiger is en meer recht doet aan het beginsel dat de benadeelde zoveel mogelijk in de positie gebracht moet worden alsof de onrechtmatige daad niet is gepleegd (C.N.J. Kortmann, ‘Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten’, *Gst.* 7229 (2005), p. 257-267). Hier is wat voor te zeggen, vooral als het gaat om situaties waarin vaststaat dat het bestuursorgaan een besluit met een andere inhoud *had genomen* als hij niet onrechtmatig had gehandeld. Het is dan wat *cru* om de benadeelde schadevergoeding te onthouden alleen omdat het bestuursorgaan ook een rechtmatig besluit met dezelfde inhoud als het onrechtmatige besluit *had kunnen nemen*, terwijl hij dat in werkelijkheid nooit gedaan zou hebben.

Bij besluiten aansprakelijkheid is echter vaak niet zo zeker welk besluit er zou zijn genomen als sprake was van beoordelings- en/of beleidsvrijheid en meerdere rechtmatige opties bestaan. In dat geval is het lastig om te achterhalen welk besluit het bestuursorgaan *zou hebben genomen* als direct rechtmatig was gehandeld. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat tien partijen zich hebben ingeschreven voor één beschikbare kunstsubsidie. Om deze subsidie te krijgen moet aan acht voorwaarden worden voldaan. De voorwaarden één tot en met drie zijn ‘harde’ vereisten, zoals een financieel plan en een inschrijving bij de Kamer van Koophandel. De voorwaarden vier tot en met acht laten meer ruimte voor interpretatie en waardering door het bestuursorgaan. Het project dient bijvoorbeeld maatschappelijk relevant te zijn en moet een bijdrage leveren aan de beleving van kunst in de buitenlucht. Ook wordt vereist dat het project innovatief is en een bijdrage levert aan de sociale cohesie. De subsidie wordt toegekend aan partij A. Partijen B tot en met H kunnen zich hiermee niet verenigen en komen op tegen het subsidiebesluit. Het besluit wordt vernietigd wegens een zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek. Het betreffende bestuursorgaan heeft volgens de bestuursrechter ten onrechte bepaalde rapporten van partij B en partij C die de maatschappelijke relevantie en buitenluchtkunstbeleving van hun projecten aantonen buiten beschouwing gelaten.

4.

Bewijslastverdeling. Hoe kan nu gereconstrueerd worden aan wie de subsidie *zou zijn* verleend als het

bestuursorgaan direct een rechtmatig besluit had genomen en op welke partij rust daarvan de bewijslast? Uiteindelijk bestaat in dergelijke situaties een behoorlijke vrijheid voor het bestuursorgaan. Het kan dat de subsidie rechtmatig *had kunnen worden* verleend, maar ook geweigerd, aan zowel A, B of C of aan andere partijen die de subsidieaanvraag hebben gedaan. Hierna gaan we ervan uit dat de subsidie zowel rechtmatig verleend als geweigerd had kunnen worden aan A, B en C. In het civiele aansprakelijkheidsrecht ligt de bewijslast op de eiser. Het zal voor B echter niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat hij de subsidie wel had gekregen als het bestuursorgaan zijn rapport bij de besluitvorming had betrokken. Het verweer van het bestuursorgaan ligt dan voor de hand: ook als ik dat rapport bij mijn afweging had betrokken en het besluit voldoende had gemotiveerd, had ik de subsidie aan A. verleend. Daarom ontbreekt causaal verband tussen uw schade en het onrechtmatige besluit. Het nieuwe criterium is dus weliswaar burgervriendelijker, maar als de bewijslast op de benadeelde rust, dan zal hij bij de toepassing daarvan niet zelden tegen een moeilijk te nemen bewijsdrempel aanlopen.

5.

Onder de 'oude' rechtspraak kwam de Afdeling de benadeelde tegemoet door de bewijslast voor wat betreft de mogelijkheid van het bestuursorgaan rechtmatig te beslissen op het bestuursorgaan te leggen:

"Indien een verzoek om vergoeding van schade als gevolg van een rechtens onjuist bevonden besluit wordt gedaan, is het aan het bestuursorgaan, dat dat besluit heeft genomen, om, als daartoe aanleiding bestaat, aannemelijk te maken dat ten tijde van het nemen van dat besluit ook een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen in evenbedoelde zin. Dat later, zonder dat de daarvoor in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, een besluit is genomen dat niet is vernietigd, maakt in beginsel aannemelijk dat zo'n besluit zou hebben kunnen worden genomen."

Hoe zit het met de bewijslast bij het nieuwe causaliteitscriterium van *Biolicious*? Dat in deze zaak een rechtmatig besluit zou zijn genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad zal volgens de Afdeling:

"in beginsel kunnen worden aangenomen als het algemeen bestuur, na vernietiging, opnieuw beslist en een vergelijkbare markt instelt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden."

De Afdeling overweegt in *Biolicious* niet dat de bewijslast op het bestuursorgaan ligt, maar dit zegt niet alles. Er is naar onze mening geen reden om te veronderstellen dat op het bestuursorgaan niet langer de bewijslast rust aannemelijk te maken dat het rechtmatig een ander besluit had kunnen nemen met dezelfde schade tot gevolg. Daar komt nu echter bij dat aannemelijk moet zijn dat het dat besluit ook daadwerkelijk zou hebben genomen. Gegeven de bewijslast die de Afdeling eerder op het bestuursorgaan heeft gelegd met betrekking tot het "kunnen nemen" van een rechtmatig besluit met dezelfde schade tot gevolg, ligt het volgens ons voor de hand dat het sluitstuk van dit verweer, dat wil zeggen de bewijslast ten aanzien van het feit (de aannemelijkheid) dat het bestuursorgaan dat rechtmatige besluit ook daadwerkelijk zou hebben genomen, eveneens op het bestuursorgaan rust. De Afdeling overweegt daarover in rechtsoverweging 8.2.:

"Het algemeen bestuur heeft desgevraagd ter zitting gesteld dat het besluit van 4 september 2012 een gevolg is van een politieke beslissing tot het realiseren van een weekmarkt op het Joris Ivensplein in IJburg, dat bij die beslissing niet op voorhand een keuze is gemaakt voor een uitgezonderde markt in plaats van een reguliere markt en dat het algemeen bestuur een besluit tot het instellen van een

reguliere markt zou hebben genomen, indien het vooraf had geweten dat het geen rechtmatig besluit tot het instellen van een uitgezonderde markt had kunnen nemen.”

Uit deze stellingen van het bestuursorgaan ter zitting leidt de Afdeling af dat het aannemelijk is dat het algemeen bestuur in plaats van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit had genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, namelijk het instellen van een reguliere markt. Zij overweegt vervolgens:

“De Afdeling acht, gelet op hetgeen onder 8.2 is overwogen, aannemelijk dat het algemeen bestuur dat ook zou hebben gedaan, tenzij Biolicious, die om schadevergoeding verzoekt, feiten en omstandigheden aanvoert die aannemelijk maken dat dit niet het geval zou zijn geweest.”

Het was voor het bestuursorgaan dus voldoende om te stellen en omstandigheden aan te voeren waaruit aannemelijk wordt dat hij een rechtmatig besluit met dezelfde schade voor Biolicious zou hebben genomen. Hard bewijs zal dat in de regel niet opleveren, maar het is voor de Afdeling voldoende dat het “aannemelijk” is, en het lijkt er inderdaad op dat de bewijslast in zoverre bij het bestuursorgaan ligt. Vervolgens is het aan Biolicious, als eiser tot schadevergoeding, om het tegendeel aannemelijk te maken. Geen gemakkelijke opgave, vooral niet als er meerdere rechtmatige opties zijn.

Laten we de stelplicht- en bewijslastverdeling uit Biolicious toepassen op ons voorbeeld over subsidieverlening. Het bestuursorgaan zal dan stellen dat het causaal verband ontbreekt, omdat hij de subsidie ook aan A zou hebben verleend als hij de rapporten wel in ogenschouw zou hebben genomen en zijn beslissing voldoende had onderbouwd. Het bestuursorgaan voert daartoe aan dat uit de rapporten weliswaar blijkt dat de projecten van B en C ook maatschappelijk relevant zijn, maar dat de buitenluchtkunstbeleving van het project van A groter is. Bovendien vindt het bestuursorgaan het project van A innovatiever. Volgens het bestuursorgaan zou ook een rechtmatig besluit geleid hebben tot subsidieverlening aan A. Het lastige aan het bestuursrecht is echter dat zulk soort beslissingen achteraf vaak erg lastig te reconstrueren zijn. Het zou kunnen dat het bestuursorgaan de subsidie toch aan A verleend zou hebben, maar het hoeft niet. Het zou net zo goed kunnen dat de afweging en de waardering anders waren uitgevallen als het bestuursorgaan de rapporten in eerste instantie wel had meegewogen en daarom de subsidie aan B of C zou hebben verleend. Van het bestuursorgaan valt niet te verwachten dat hij in de schadeprocedure achteraf een objectieve heroverweging maakt. Het is voor B en C vervolgens niet gemakkelijk om het tegendeel aan te tonen (Om deze reden heeft één van ons het oude criterium van de ABRvS verdedigd, dat dit probleem ondervangt: L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2014).

6.

Invloed van een later genomen besluit op het bewijs inzake de causaliteit. Dit geldt te meer door de invloed die in de uitspraak wordt toegekend aan de uitkomst van de verlengde besluitvorming: als het bestuursorgaan later een besluit heeft genomen dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt, is het volgens de Afdeling in beginsel aannemelijk dat hij dat besluit ook destijds zou hebben genomen. Het gevolg hiervan is dat de overheid achteraf haar bewijspositie in de schadeprocedure positief kan beïnvloeden door alsnog een besluit te nemen dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt, terwijl dit niet betekent dat dit besluit destijds ook daadwerkelijk zou zijn genomen als er meerdere rechtmatige opties waren. In het voorbeeld over de subsidieverlening brengt de aanneme dat het vervolgbesluit leidend is voor het al dan niet bestaan van causaal verband mee dat als uiteindelijk de subsidie wordt toegekend aan A, het aannemelijk is dat dit ook ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit

zou zijn gebeurd. Hiervoor hebben wij al aangegeven waarom dit niet het geval hoeft te zijn. De prikkel om de subsidie uiteindelijk toch aan A te verlenen, zal sterker zijn als het bestuursorgaan weet dat het daarmee de dans ontspringt in de aansprakelijkheidsprocedure. Wij gaan er vanwege de woorden “*in beginsel*” vanuit dat tegenbewijs van de benadeelde ook na verlengde besluitvorming mogelijk blijft. In de laatste zin van r.o. 8.1 stelt de Afdeling immers

“dat een dergelijk besluit zou zijn genomen, zal *in beginsel* kunnen worden aangenomen als het algemeen bestuur, na vernietiging, opnieuw beslist en een vergelijkbare markt instelt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden.”

Dit tegenbewijs zal in de praktijk echter vaak lastig te leveren zijn.

De Hoge Raad is op dit punt evenwel nog strikter. Hij gaat er met betrekking tot de verlengde besluitvorming vanuit dat causaal verband ontbreekt als uiteindelijk een rechtmatig besluit is genomen met hetzelfde rechtsgevolg als het vernietigde besluit, aldus zijn eerder genoemde uitspraak van 6 januari 2017:

“3.4.2

Moet het bestuursorgaan na een vernietiging, intrekking of herroeping van het besluit opnieuw in de zaak voorzien door het nemen van een nieuw besluit – wat bij een besluit op aanvraag doorgaans het geval is –, dan hangt het veelal van de inhoud van het nieuwe besluit af of het eerdere, onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. Als het nieuwe besluit rechtmatig is en een beslissing bevat die (voor de belanghebbende) tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het eerdere besluit, dan is dat, voor zover het gaat om schade die veroorzaakt wordt door dat rechtsgevolg, niet het geval. In het feit dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, kan daarom voor de rechter een grond zijn gelegen voor afwijzing van een op de onrechtmatigheid van het eerdere besluit gebaseerde schadevergoedingsvordering. (Vgl. in dit verband HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2087, *NJ* 2007/187 (Enschede/Gerridzen), rov. 4.2.3, en HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, *NJ* 2009/146).”

Deze formulering lijkt voor de benadeelde geen ruimte te bieden om aan te tonen dat, ondanks de uitkomst van de verlengde besluitvorming, destijds een dergelijk besluit niet zou zijn genomen. Ten slotte is het de vraag hoe het oordeel over het causaal verband zal luiden in situaties waarin uiteindelijk wel een besluit met hetzelfde rechtsgevolg is genomen, maar voordat dat mogelijk was eerst juridische stappen moesten worden (en dus ook zijn) gezet. In de bedoelde situaties zou op het moment dat het onrechtmatige besluit werd genomen geen rechtmatig besluit met hetzelfde rechtsgevolg zijn genomen, omdat dit juridisch (nog) niet mogelijk was. De verwijzing van de Hoge Raad naar zijn arresten Enschede/Gerridzen en Hoogland/Rotterdam in voorgaand citaat doet vermoeden dat volgens hem ook in dergelijke gevallen geen aanspraak op schadevergoeding bestaat. In eerdere jurisprudentie van de Afdeling kwam (vertragings)schade die werd geleden in de tijd die nodig was om rechtmatig een besluit met hetzelfde rechtsgevolg te kunnen nemen wel als gevolg van het onrechtmatig geoordeelde besluit voor vergoeding in aanmerking. Wij gaan ervan uit dat deze lijn bij de Afdeling ook na *Biolicious* nog geldt. Dat zij deze overweging in *Biolicious* niet herhaalt, doet daar volgens ons niet aan af. De vraag of het rechtmatige vervolgbesluit direct al had kunnen worden (en zou zijn) genomen, speelde in deze zaak immers niet.

7.

Tot slot. Samenvattend zijn wij van mening dat de nieuwe causaliteitslijn van de Afdeling op punten een

verbetering is ten opzichte van haar oude jurisprudentie. De nieuwe lijn is een zuiverder toepassing van het condicio sine qua non vereiste en sluit aan bij de jurisprudentie van de civiele rechter. De causaliteitsvraag zoals die thans luidt, is rechtvaardiger jegens de burger die aannemelijk kan maken dat een door het bestuursorgaan beredeneerd rechtmatig alternatief besluit in werkelijkheid niet zou zijn genomen. Dat zal echter geen gemakkelijke opgave zijn, vooral niet als sprake was van beoordelings- en/of beleidsvrijheid en meerdere rechtmatige opties bestonden. Bovendien kan de overheid na het nemen van een onrechtmatig besluit de facto aan aansprakelijkheid ontkomen door een besluit te nemen dat hetzelfde nadelige rechtsgevolg heeft voor de benadeelde partij. Op die manier kan zij haar eigen aansprakelijkheid beïnvloeden.

Voetnoten

[1]

Jan van der Grinten is advocaat bij Kennedy Van der Laan. Laura Di Bella is werkzaam als professional support lawyer bij de Brauw Blackstone Westbroek. Beide auteurs zijn tevens als gastdocent verbonden aan de Universiteit Leiden.