

Overheidsaansprakelijkheid aansprakelijkheid voor schade toegebracht bij besluitprocedure; verhaal van kosten juridische bijstand

HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 nt. ARB
Gemeente Castricum / Fatels

[verschenen in: Aansprakelijkheid en Verzekering 2000/2, p. 48-50]

Feiten en procesverloop

Fatels verzoekt de gemeente Castricum om een zogenaamde aanlegvergunning ten behoeve van de exploitatie van een stuk grond. De gemeente neemt een besluit dat kort gezegd inhoudt dat de beslissing over de aanlegvergunning wordt aangehouden totdat de goedkeuring van het bestemmingsplan heeft plaatsgevonden. Van dit besluit verzoekt Fatels heroverweging bij de gemeenteraad. Deze komt tot de slotsom dat een beslissing op Fatels' verzoek niet aangehouden had mogen worden. Op grond van (gewijzigde) rechtspraak van de Raad van State moet in voorkomende gevallen de vergunning namelijk terstond geweigerd of verleend worden. Dat laatste geschiedt dan ook (alsnog) prompt. Inmiddels heeft Fatels naar eigen zeggen wel schade geleden: inkomstenderving door het uitblijven van een vergunnend besluit en kosten van (juridische) bijstand. In deze procedure vordert hij vergoeding van deze schadeposten op grond van onrechtmatige daad. Het hof is, net als de rechtbank, van mening dat de gemeente een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd. Het hof overweegt kort gezegd dat het een toerekenbare onrechtmatige daad is om in strijd met de wettelijke regels, zoals deze zijn uitgelegd in de rechtspraak van de Raad van State, de beslissing op de aanvraag aan te houden in plaats van af te wijzen danwel te honoreren.

In cassatie wordt dit oordeel aangevallen met de stelling dat het nemen van een primair besluit dat vervolgens in de heroverweging op bezwaar sneuvelt, niet zondermeer een onrechtmatige daad oplevert. Het hof had daarom moeten aangeven welke feiten en omstandigheden dit besluit onrechtmatig maken. Met verwijzing naar rechtspraak van de CRvB en Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (welke rechtspraak in zekere zin wordt onderschreven door de Awb-wetgever)¹ verdedigt het cassatiemiddel bovendien de opvatting dat kosten en schadeposten opgelopen tussen het primaire besluit en de heroverweging op bezwaar in beginsel voor rekening van de burger blijven, tenzij de besluitvorming *in primo* zo gebrekkig is geweest dat het bestuursorgaan "tegen beter weten in" het desbetreffende besluit heeft genomen, of indien zich een bijzonder geval voordoet.

De Hoge Raad laat echter de beslissing van het hof in stand. De Hoge Raad geeft twee beslissingen, die al uit eerdere rechtspraak bekend zijn. In de eerste plaats beslist de Hoge Raad dat, aangezien het primaire besluit (te weten: het besluit tot aanhouding van beslissing op de vergunningsaanvraag) berust op een onjuiste wetsuitleg, het besluit onrechtmatig is. Een zodanig onrechtmatig handelen moet steeds aan het betrokken overheidslichaam worden toegerekend. De onrechtmatige daad komt krachtens verkeersopvatting voor risico van het overheidslichaam, zie art. 6:162 lid 3 BW. Daarmee komt dus – zo voeg ik daar aan toe – de schade geleden in de periode tussen het primaire besluit en de beslissing op bezwaar in beginsel geheel voor vergoeding in aanmerking. Voor de kosten van rechtsbijstand in die pe-

¹ Zie CRvB 24 januari 1995, AB 1995, 233 nt. PvB en RH, CRvB 18 juni 1996, AB 1997, 97 nt. HB, CRvB 27 mei 1997, AB 1997, 327 nt. HBr, CRvB 17 juni 1999, AB 1999, 348 nt. HH resp. Afdeling bestuursrechtspraak RvS 12 december 1996, JB 1997, 83, Rawb 1997, 101, Afdeling bestuursrechtspraak RvS 19 februari 1998, AB 1998, 202 nt. PvB en Parl. Gesch. Awb II, p. 487 e.v. Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 11e druk Den Haag: Elsevier 1999, nr. 13-79, p. 691-692 en losbl. Onrechtmatige daad, V.B (Scheltema), aant. 204. Zie ook B.J. van Ettekoven, A.R.E. Schram, Jurisprudentie schadevergoeding in het bestuursrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 53-57.

riode is dat niet anders, aldus de Hoge Raad. In de tweede plaats beslist de Hoge Raad namelijk dat ook kosten van juridische bijstand in een geval als het onderhavige, ook voorzover die kosten gemaakt zijn in de bezwaarfase, op grond van art. 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen indien zowel het inroepen van die bijstand als de kosten daarvan redelijk zijn. Dat in dit verband ook een zogenaamd zuiver schadebesluit zou kunnen worden uitgelokt, staat niet aan het bewandelen van de civielrechterlijke route in de weg. Wat dit betreft komt de beslissing in deze zaak overeen met de beslissing in de zaak *Gemeente Groningen / Raatgever* (arrest op dezelfde dag geweest, gepubliceerd onder RvdW 2000, 5).

Commentaar

Daar waar verschillende bestuursrechters en de Awb-wetgever van mening zijn dat de kosten van rechtsbijstand in de bezwaarfase in beginsel voor rekening van de burger behoren te blijven (waarschijnlijk met als achterliggende gedachte dat het kosten betreft waar elke burger bij wijze van “normaal risico” tegenover de besluitende en heroverwegende overheid tegenaan kan lopen), blijft de Hoge Raad in een andere richting denken. Die denkrichting sluit aan bij de vaste lijn in de rechtspraak op grond waarvan een overheidslichaam ex art. 6:162 BW aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door het nemen van onrechtmatige besluiten. Tot de [49] schadeposten die volgens het civiele schadevergoedingsrecht voor vergoeding in aanmerking komen, behoren redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 sub b BW).² En dus ook de kosten van rechtsbijstand in de bezwaarfase.

Wel erkent ook de Hoge Raad – gelijk de bestuursrechterlijke invalshoek – dat de bezwaarfase er juist toe dient bestuurlijke heroverweging mogelijk te maken. In het arrest *B / Staat* werd daarom beslist dat wanneer heroverweging plaatsvindt in de bezwaarfase, het afhangt van de gronden voor heroverweging en de omstandigheden waaronder het primaire besluit werd genomen, of gesproken kan worden van een toerekenbaar onrechtmatig primair besluit.³ Het enkele feit dat het primaire besluit op bezwaar sneuvelt, brengt dus geen toerekenbare onrechtmatige daad met zich. Maar dat is anders wanneer het primaire besluit is gebaseerd op een onjuiste wetsuitleg. Die komt in de opvatting van de Hoge Raad per definitie voor risico van het overheidslichaam.⁴ Daarvan was sprake in het onderhavige geval, zo moest de gemeente in de bezwaarfase erkennen. Gegeven dan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, kunnen de redelijke kosten van rechtsbijstand in de bezwaarfase in rekening worden gebracht. De Hoge Raad hanteert voor de kosten van rechtsbijstand dus geen extra (hoge) drempel naast de onrechtmatigheidsdrempel.

Of men het nu eens is met de lijn van de Hoge Raad, of juist meer voelt voor de bestuursrechterlijke aanpak,⁵ het is wat mij betreft duidelijk dat de ontstane discrepantie met een wettelijke regeling weggenomen zou moeten worden. Een wettelijke regeling van deze materie is reeds aangekondigd; in 1998 verscheen een voorontwerp proceskosten voorprocedures dat voor de bestuursrechterlijke aanpak lijkt te kiezen.⁶ De Hoge Raad stoort zich niet aan

² Zie reeds in algemene zin (en dus niet specifiek met betrekking tot gevallen waarin het primaire besluit in de bezwaarfase sneuvelt) HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 nt. JMBV (*Gemeente Velsen / De Waard BV*), bevestigd in HR 20 februari 1998, NJ 1998, 475, A&V 1998/3, p. 73 nt. TH (*Pink Art / Staat*).

³ HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 nt. ARB, AB 1998, 247 nt. ThGD, A&V 1998/3, p. 71 nt. TH, NTBR 1998/7, p. 250 nt. A.A. van Rossum.

⁴ Vgl. reeds HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 nt. MS, AB 1986, 429 nt. FHvdb (*Staat / Van Gelder*), HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 nt. MS, AB 1987, 70 nt. FHvdb (*Staat / Hoffmann La Roche*), HR 30 april 1987, NJ 1988, 89 nt. MS, AB 1988, 42 (*Blaricum / Roozen*), en HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 nt. CJHB, AB 1992, 290 FHvdb (*Van Gog / Nederweert*). Zie nader Mon. Awb B-7 (*Schueler*), nr. 31.

⁵ Zie voor literatuur pro en contra het overzicht bij losbl. *Onrechtmatige daad V.B* (Scheltema), aant. 204.

⁶ Daarover N.S.J. Koeman, NTB 1998, p. 290, J.E.M. Polak, NJB 1999, p. 440 en Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, nr. 13-79, p. 691. Het is overigens niet gezegd dat (als er een wetsvoor-

deze ontwikkelingen en laat zich evenmin (daarvan getuigt reeds het arrest *B / Staat*) iets gelegen liggen aan de terughoudende rechtspraak van de bestuursrechters.⁷ Ik meen dat de Hoge Raad materieelrechtelijk het gelijk aan zijn zijde heeft.⁸ De administratieve rechtspraak en de Awb-wetgever vertrouwen te zeer op het argument dat de bezwaarprocedure juist de bestuurlijke heroverweging moet faciliteren en dat *daarom* heroverweging in de bezwaarfase het primaire besluit niet onrechtmatig doet zijn, althans dat daarom bij heroverweging geen plaats is voor vergoeding van kosten van (rechts)bijstand. Het resultaat van deze redenering is een hoge mate van overheidsimmunititeit voor onrechtmatig toegebrachte schade. Genuanceerder is de opvatting van de Hoge Raad dat de aansprakelijkheidsvraag geheel afhangt van de concrete gebreken van het primaire besluit en de gronden voor heroverweging. Heroverweging op grond van gewijzigde beleidsinzichten mag niet op één lijn worden gesteld met het geval waarin heroverweging plaatsvindt omdat door een administratieve misslag het dossier in eerste instantie onvolledig was gebleven, of omdat een cruciale administratiefrechtelijke uitspraak over het hoofd was gezien.⁹

De Hoge Raad kiest er duidelijk voor om onjuiste wetsuitleg in elk opzicht voor rekening van het overheidslichaam te laten komen, ook wanneer deze verschoonbaar is; bestuursrechters lijken minder streng voor de overheid. Het eerder genoemde voorontwerp sluit op dit punt aan bij de administratiefrechtelijke invalshoek: alleen “ernstige onzorgvuldigheiden” bij de totstandkoming en dus – zo lijkt mij – alleen *onverschoonbare* onjuiste wetsuitleg geven recht op vergoeding van proceskosten in de bezwaarfase.¹⁰ Hoewel nog geen wetsvoorstel is ingediend, moet er toch rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het arrest *Gemeente Castricum / Fatels* in de nabije toekomst (in zoverre) oud recht zal zijn. Qua uitkomst in dit concrete geval hoeft er niet per se verschil te zijn: in casu had de gemeente in het primaire besluit ten onrechte niet de nieuwe rechtspraak van de Raad van State toegepast, hoewel deze wel al enige maanden voordien gepubliceerd was.¹¹ Dat is geen verschoonbare onjuiste wetsuitleg, tenzij men zou willen aannemen dat van kleinere gemeenten (zoals Castricum) minder actuele wetskennis mag worden verwacht dan van bijvoorbeeld grote gemeenten. Uit deze laatste toevoeging blijkt reeds dat een verschoonbaarheids criterium tot onzalige discussies aanleiding kan geven. Het kan toch niet zo zijn dat een burger op eigen kosten een advocaat in de arm moet nemen om de betreffende (kleine) gemeente in recente rechtspraak bij te spijkeren? Wat dat betreft is de benadering die de Hoge Raad kiest – te weten: onjuiste wetsuitleg komt per definitie voor rekening van het overheidslichaam – verkieslijker. Deze benadering zou m.i. dus in een eventuele wettelijke regeling moeten terugkeren.

Ook om andere redenen kunnen vraagtekens worden gesteld bij de gedachte dat bij gebleken onrechtmatigheid van het primaire besluit de dientengevolge gemaakte kosten van (rechts)bijstand niettemin niet voor vergoeding in aanmerking komen (behoudens “tegen beter weten in” besluiten). Er ontstaat namelijk een niet te rechtvaardigen onderscheid tussen kosten van (rechts)bijstand in de bezwaarfase en andere vermogensschade, zoals vertragschade, geleden in de bezwaarfase. Want die komen wél – volgens de “gewone” regels – voor vergoeding in aanmerking. Daarover zijn bestuursrechter en civiele rechter het eens. Zo is het bijvoorbeeld vaste rechtspraak dat wettelijke rente over een (verschuldigde maar ten onrechte

stel komt), daarmee ook de civiele rechter wordt gedwongen het daarin vervatte vergoedingsstelsel te volgen. Dat hangt uiteraard af van de formulering van het wetsvoorstel en de toelichtende stukken.

⁷ A-G Mok, concl. ad 3.2.3.5, stipt de materie weliswaar aan, maar meent dat het voor het onderhavige geding zonder belang is: “Op een voorontwerp en zelfs op een wetsvoorstel pleegt niet te worden geanticipeerd, zeker niet als het materiële wijziging in het geldende recht wil brengen.”

⁸ Aldus reeds R.P.J.L. Tjittes, RM Themis 1998/1, p. 1-2, dezelfde, NTBR 1998/4, p. 104-105, T. Hartlief, A&V 1998/3, p. 73 en A.R. Bloembergen, noot onder het onderhavige arrest (NJ 2000, 88). Vgl. A.A. van Rossum, NTBR 1998/7, p. 255.

⁹ Vgl. T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, A&V 1994/1, p. 4 en Bloembergen in zijn noot onder HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526.

¹⁰ Let wel: een *forfaitaire* vergoeding.

¹¹ Het primaire besluit dateert van 11 september 1992, terwijl de betreffende uitspraak van de Afdeling rechtspraak RvS d.d. 5 maart 1991, werd gepubliceerd in BR 1992, nr. 3 (Maart 1992), p. 195 e.v. nt. N.S.J. Koeman.

niet verleende) uitkering “loopt” vanaf kort gezegd het moment waarop die uitkering had moeten worden verstrekt.¹² Die rente is dus ook verschuldigd over de periode van de bezwaarfase. Zou de burger, wanneer men de “tegen beter weten in”-lijn consequent doortrekt, niet ook het recht op wettelijke rente (en andere schadeposten) [50] over die periode moeten worden ontzegd, met als argument dat de bezwaarfase er juist toe dient om bestuurlijke hero-verweging mogelijk te maken?¹³

W.H. van Boom

¹² Zie losbl. Bestuursrechtelijke schadevergoeding, H-15, par. 15.4.

¹³ Vgl. in dit verband vooral ook CRvB 24 februari 1998, AB 1998, 177 nt. HBr.