

## Onrechtmatige overheidsdaad. Niet-nakomen toezegging door B&W betreffende ontwerpbestemmingsplan is onrechtmatig, want staat los van later andersluid...

HR 19-06-2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, m.nt. G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman

### Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

### Datum

19 juni 2015

### Magistraten

Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Snijders

### Zaaknummer

14/00940

### Noot

G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman

### Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

### Vakgebied(en)

Ruimtelijk bestuursrecht / Ruimtelijke ordening  
Bestuursrecht algemeen / Overheid en privaatrecht  
Bestuursprocesrecht / Algemeen  
Staatsrecht / Rechtspraak

### Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2015:1683, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 19-06-2015  
ECLI:NL:PHR:2015:946, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 27-03-2015  
Beroepschrift, Hoge Raad, 21-01-2014

### Wetingang

Art. 6:162 BW

## Essentie

**Onrechtmatige overheidsdaad. Niet-nakomen toezegging door B&W betreffende ontwerpbestemmingsplan is onrechtmatig, want staat los van later andersluidend bestemmingsplan ondanks de formele rechtskracht daarvan. Causaal verband tussen niet-nakoming en gemiste kans.**

## Samenvatting

*Eiser heeft aan zijn vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad mede ten grondslag gelegd dat het College heeft toegezegd dat het de voormalige dienstwoning met de bestemming 'woondoeleinden' zou opnemen in het ontwerp-bestemmingsplan Landelijk Gebied 1989. Vast staat dat het College deze toezegging niet is nagekomen omdat het is vergeten de woonbestemming op te nemen in het ontwerpbestemmingsplan.*

*Anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, houdt deze grondslag van de vordering niet in dat het uiteindelijk in 1992 tot stand gekomen bestemmingsplan onrechtmatig is jegens eiser. De grondslag van de vordering van eiser betreft enkel de niet-nakoming van de toezegging door het College, welke niet-nakoming tot gevolg heeft gehad dat de kans werd weggenomen of verminderd dat de woning in het vast te stellen bestemmingsplan de bestemming 'woondoeleinden' zou krijgen. De beoordeling van de vordering op deze grondslag vergt geen beslissing over de rechtmatigheid van het bestemmingsplan. De op die grondslag berustende vordering tot vergoeding van de door deze kansontneming of -vermindering geleden schade stuit dan ook niet af op de formele rechtskracht van het bestemmingsplan.*

## Partij(en)

Arrest in de zaak van:

eiser, te Frankrijk, eiser tot cassatie, adv.: mr. N.C. van Steijn,

tegen

de Gemeente Zoeterwoude, verweerster in cassatie, adv.: mr. J. van Weerden.

## Uitspraak

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 205412/HA ZA 03-2308 van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 december 2003 en 21 april 2004;
- b. het arrest in de zaak 105.002.105/02 van het gerechtshof Den Haag van 22 oktober 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft eiser beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van eiser heeft bij brief van 8 april 2015 op die conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

#### 3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Bij akte van 12 juni 1987 heeft eiser, die van beroep architect is, van het Waterschap Noordwoude (hierna: het Waterschap) een aantal percelen gekocht, plaatselijk bekend als het oude gemaal Haasbroek, voor een bedrag van f 53.000.
- (ii) Bij brief van 10 november 1987 (met als bijlage een tekening) heeft eiser aan het college van Burgemeester en Wethouders van de Gemeente (hierna: het College) onder meer het volgende geschreven:  
"Hierbij wil ik u verzoeken in principe medewerking te verlenen aan de restauratie en het hierna weer in gebruik nemen als woning van het voormalige gemaal Westbroek."
- (iii) Bij brief van 4 februari 1988 heeft het College aan eiser onder meer het volgende geschreven:  
"Naar aanleiding van uw verzoek om beginsel-medewerking inzake de restauratie van de voormalige bedrijfswoning van het inmiddels buiten gebruik zijnde poldergemaal in de Oostbroekpolder, delen wij u het volgende mede.  
Tegen het opknappen van de betrokken woning hebben wij geen principiële bezwaren. In verband met de omstandigheid, dat de restauratie gepaard zal gaan met de nodige bouwactiviteiten (aanbrengen dakkapellen) is daarvoor een bouwvergunning vereist. (...)  
Tegen de met de geldende bestemmingsplanbepalingen strijdige verbouw van het gemaal tot architectenbureau, alsmede de aanleg van de geprojecteerde ontsluitingsweg, hebben wij echter grote bedenkingen. (...)"
- (iv) Bij brief van 27 maart 1988 heeft het College onder meer het volgende aan (het architectenbureau van) eiser geschreven:  
"Naar aanleiding van uw brief van 2 maart 1988 inzake het hierbovenvermelde onderwerp berichten wij u het volgende. Ten behoeve van de bereikbaarheid van de nabij het gemaal (...) staande woning stemmen wij er in beginsel mede in, dat vanaf de openbare weg naar deze woning een eenvoudig pad wordt aangelegd.  
(...)  
Voorzoveel nodig attenderen wij u erop, dat de bij het gemaal staande woning slechts als zodanig mag worden gebruikt. (...)"
- (v) Bij brief van 28 augustus 1988 heeft het College onder meer het volgende aan (het architectenbureau van) eiser geschreven:  
"Hiermede bevestigen wij de ontvangst van uw brief van 4 mei 1988. Wij delen u mede, dat wij op dinsdag 31 mei 1988 (...) de situatie ter plaatse in ogenschouw hebben genomen.  
(...)"

Wij hebben er bedenkingen tegen, dat in het voormalige gemaalgebouw bedrijfsmatige activiteiten worden ontplooid.

Wel kunnen wij ermede instemmen, dat het gemaal tot weekendverblijf wordt verbouwd.

Deze verbouw mag overigens geen vernieuwing van het gebouw inhouden.

(...)"

- (vi) Op 16 september 1988 zijn de percelen aan eiser geleverd.
- (vii) Bij brief van 10 mei 1989 heeft eiser aan het College verzocht om principe-medewerking "aan het restaureren van het woonhuis, en het verbouwen van het voormalige gemaal tot weekendwoning, conform reeds afgegeven tekeningen."
- (viii) Bij brief van 13 maart 1990 heeft het College in reactie op de brief van 10 mei 1989 laten weten geen medewerking te willen verlenen aan de verbouw van het gemaal en de bouw van een carport.
- (ix) Bij brief van 6 juni 1990 heeft het College het volgende geschreven:  
"(...) delen wij u mede, dat wij er in beginsel – behoudens instemming van de raad en Gedeputeerde Staten – mede instemmen, dat de voormalige en te restaureren dienstwoning tot 400 m<sup>3</sup> wordt vergroot en dat daarbij een bijgebouw van maximaal 50 m<sup>2</sup> wordt gerealiseerd. Wij gaan er daarbij vanuit, dat het voormalige gemaal wordt afgebroken. De voormalige dienstwoning zullen wij met de bestemming "woondoeleinden" opnemen in het ontwerp-bestemmingsplan Landelijk Gebied (1989)."
- (x) Het College heeft vergeten de woning met bestemming woondoeleinden op te nemen in het nieuwe bestemmingsplan, dat in 1992 is vastgesteld. Het heeft hierop toegezegd een vrijstellingsprocedure te entameren om het gebruik als woning alsnog mogelijk te maken. Bij brief van 18 juni 1997 is dit aan eiser bevestigd, waarbij de Gemeente heeft vermeld niet te garanderen dat daadwerkelijk tot uitvoering van de bouw- en aanlegplannen van eiser kan worden overgegaan, omdat de Gemeente afhankelijk is van de goedkeuring van andere overheden of rechterlijke instanties.
- (xi) De vrijstellingsprocedure heeft niet het door eiser gewenste resultaat gehad. Gedeputeerde Staten hebben geweigerd een verklaring van geen bezwaar op grond van art. 19 van de toenmalige Wet op de Ruimtelijke Ordening af te geven. Tegen deze weigering hebben eiser en het College bezwaar aangetekend. In het bezwaarschrift van het College wordt beargumenteerd dat het overgangsrecht van toepassing is, omdat ter plaatse altijd een woning heeft gestaan die altijd als woning is gebruikt. De consequentie hiervan zou zijn dat de plannen van eiser doorgang zouden mogen vinden.
- (xii) In 2000 heeft eiser enkele naast de percelen gelegen gronden aangekocht voor f 50.000, ten behoeve van het plaatsen van een brievenbus, meterkast en toegangshek.
- (xiii) De hiervoor in (xi) bedoelde bezwaren zijn door Gedeputeerde Staten in juni 1999 ongegrond verklaard. In februari 2001 heeft de bestuursrechter het daartegen ingediende beroep ongegrond verklaard. Eiser is daartegen in hoger beroep gegaan, maar de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft dit beroep in oktober 2001 ongegrond verklaard.
- (xiv) Bij brief van 11 maart 2002 heeft het College aan eiser laten weten dat een nieuwe vrijstellingsprocedure gelet op de opstelling van Gedeputeerde Staten geen reële optie zou zijn, omdat niet met 'harde bewijzen' kan worden aangetoond dat het overgangsrecht van toepassing is en dat, zelfs als dat overgangsrecht wel van toepassing zou zijn, dit geen oplossing biedt voor de situatie van eiser.

### 3.2

In het onderhavige geding heeft eiser een verklaring voor recht gevorderd dat de Gemeente jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en heeft hij gevorderd dat de Gemeente wordt veroordeeld tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat. Eiser heeft daartoe gesteld dat de Gemeente hem onjuiste inlichtingen heeft verschaft en dat (het college van B&W van) de Gemeente de bij brief van 6 juni 1990 gedane toezegging de woning met bestemming woondoeleinden op te nemen in het nieuwe bestemmingsplan, niet is nagekomen. Volgens eiser zou hij de woning niet hebben gekocht als de Gemeente hem juiste inlichtingen zou hebben verschaft.

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

### 3.3

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het onder meer als volgt overwogen:

#### "4.1.

Uit de brief van 4 februari 1988 (...) van B&W in samenhang met de brief van eiser van 10 november 1987 (...), waar de brief van 4 februari 1988 een reactie op is, blijkt dat de Gemeente 'geen principiële bezwaren' had tegen het restaureren van de betrokken woning en het daarna weer in gebruik nemen ervan als woning. De Gemeente heeft aldus kenbaar gemaakt in te stemmen met het verzoek van eiser om principe-medewerking. Dit is geen onjuiste mededeling: de Gemeente heeft metterdaad medewerking verleend en heeft de plannen van eiser tot aan de ARRvS verdedigd. Anders dan eiser

kennelijk meent kon aan de mededeling van de Gemeente bij voormelde brief echter niet het gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend dat de plannen ook zonder meer doorgang zouden kunnen vinden. Algemeen bekend mag worden verondersteld dat B&W niet steeds het laatste woord heeft waar het bouwplannen van burgers betreft en dit mag in elk geval bekend worden verondersteld bij eiser, gelet op zijn beroep als architect. Zoals de Gemeente bovendien terecht aanvoert, wist de gewone burger al dat het een bijzonder gebied betrof. Voor zover eiser bedoelt te stellen dat de aansprakelijkheid van de Gemeente voortvloeit uit het feit dat aan haar welwillende houding de onjuiste aanname ten grondslag lag dat het overgangsrecht van toepassing was, geldt dat eiser er niet zonder meer in redelijkheid op kon vertrouwen dat dit standpunt stand zou houden.

#### 4.2.

De brieven van 27 maart 1988 en 28 augustus 1988 (...) bouwen in feite op de brief van 4 februari 1988 voort, zodat voor die brieven hetzelfde geldt als hiervoor overwogen. Daarbij komt dat uit de brieven van 27 maart 1988 en 28 augustus 1988 blijkt dat deze een reactie zijn op brieven van eiser die zich niet in het dossier bevinden. Dit brengt mee dat een zekere terughoudendheid op zijn plaats is bij de uitleg van de inhoud van de reacties van B&W. In elk geval leest het hof ook in deze brieven geen onjuiste inlichtingen, dan wel toezeggingen of mededelingen waaraan eiser een gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontleen zoals door hem gesteld.

#### 4.3.

Uit het enkele feit dat B&W bij brief van 13 maart 1990 (...) geen voorbehoud hebben gemaakt ten aanzien van het gebruik van de woning, kan, anders dan eiser kennelijk meent, evenmin worden afgeleid dat eiser in redelijkheid mocht denken dat hij zijn plannen ten aanzien van de woning zonder meer zou kunnen uitvoeren.

#### 4.4.

Ook de brief van 6 juni 1990 (...) bevat geen onjuiste inlichting (er was immers daadwerkelijk sprake van instemming van B&W) en gelet op het duidelijke voorbehoud ('behoudens instemming van de raad en Gedeputeerde Staten') evenmin een concrete toezegging. Zelfs als juist is dat B&W tijdens een gesprek in een eerder gesprek in maart 1990 de indruk hadden gewekt dat instemming van GS slechts een formaliteit was (hetgeen de Gemeente betwist), laat dit onverlet dat eiser (zeker gelet op zijn beroep) moest begrijpen dat de mogelijkheid bestond dat de gemeenteraad en/of GS nog anders zou(den) beslissen.

#### 4.5.

De conclusie luidt dat de grieven 1 tot en met 4 falen.

#### 5.

Grief 5 richt zich tegen de verwerping door de rechtbank van de stelling van eiser dat de Gemeente aansprakelijk is wegens het niet nakomen van de toezegging om de betrokken woning met woonbestemming in 1992 in het nieuwe bestemmingsplan op te nemen. Mocht eiser met deze grief willen betogen dat het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan jegens hem onrechtmatig is omdat de Gemeente heeft nagelaten aan de betrokken woning een woonbestemming te geven, dan overweegt het hof als volgt. Eiser heeft tegen het (ontwerp)bestemmingsplan geen bezwaren aangevoerd of beroep ingesteld. Dat brengt met zich dat het besluit tot vaststelling daarvan geacht moet worden naar zijn inhoud en wijze van totstandkoming jegens hem rechtmatig te zijn. Het hof overweegt daarbij dat het voor risico van eiser komt dat hij door verblijf in het buitenland geen zienswijze kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van het in zijn ogen gebrekkige ontwerpbestemmingsplan. Ook afgezien van het voorgaande leidt bedoelde nalatigheid van de Gemeente echter niet tot schadelijkheid van de Gemeente, dit wegens het ontbreken van het daartoe vereiste causale verband. Als B&W de woonbestemming in het ontwerpbestemmingsplan had opgenomen, was dat immers nog geen garantie voor de doorgang van de plannen van eiser. Dit is uiteindelijk in 2010 ook gebleken toen de gemeenteraad de alsnog opgenomen woonbestemming bij amendement weer heeft geschrapt (...). Zelfs al zou de stelling van eiser juist zijn dat de gemeenteraad en GS in 1992 minder redenen zouden hebben gehad om medewerking op dit punt te weigeren, laat dit onverlet dat de raad en GS ook toen de mogelijkheid hadden om anders te beslissen en dat niet met voldoende mate van zekerheid valt vast te stellen dat zij dit toen niet zouden hebben gedaan. Ook grief 5 heeft dus geen succes."

#### 3.4

Onderdeel 1 van het middel klaagt vanuit verschillende invalshoeken over het oordeel van het hof dat geen sprake is van onjuiste inlichtingen van de zijde van de Gemeente of van door de Gemeente opgewekt vertrouwen. De klachten van het onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 3.5.1

Onderdeel 2a is gericht tegen rov. 5 van het hof. Het onderdeel betoogt dat de leer van de formele rechtskracht toepassing mist in een geval als het onderhavige, waar (het college van B&W van) de Gemeente heeft nagelaten een met eiser gemaakte afspraak, althans de jegens hem gedane toezegging, na te komen om de betrokken woning een woonbestemming te geven en vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade wordt gevorderd.

### 3.5.2

Eiser heeft aan zijn vordering tot schade-vergoeding op grond van onrechtmatige daad mede ten grondslag gelegd dat het College in de hiervoor in 3.1 onder (ix) vermelde brief aan eiser heeft toegezegd dat het de voormalige dienstwoning met de bestemming 'woondoeleinden' zou opnemen in het ontwerp-bestemmingsplan Landelijk Gebied 1989. Vast staat dat het College deze toezegging niet is nagekomen omdat het is vergeten de woonbestemming op te nemen in het ontwerpbestemmingsplan.

### 3.5.3

Anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, houdt deze grondslag van de vordering niet in dat het uiteindelijk in 1992 tot stand gekomen bestemmingsplan onrechtmatig is jegens eiser. De grondslag van de vordering van eiser betreft enkel de niet-nakoming van de hiervoor in 3.5.2 genoemde toezegging door het College, welke niet-nakoming tot gevolg heeft gehad dat de kans werd weggenomen of verminderd dat de woning in het vast te stellen bestemmingsplan de bestemming 'woondoeleinden' zou krijgen (vgl. HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456 (*Heesch/Reijs*)). De beoordeling van de vordering op deze grondslag vergt geen beslissing over de rechtmatigheid van het bestemmingsplan. De op die grondslag berustende vordering tot vergoeding van de door deze kansontneming of -vermindering geleden schade stuit dan ook niet af op de formele rechtskracht van het bestemmingsplan.

### 3.5.4

Onderdeel 2a slaagt derhalve.

## 3.6

Onderdeel 2b behoeft geen behandeling, nu de door het onderdeel bestreden overweging samenhangt met het hiervoor in 3.5.3 onjuist bevonden oordeel van het hof over de grondslag van de vordering.

### 3.7.1

Onderdeel 2c komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 5 dat het vereiste causaal verband ontbreekt tussen het niet-nakomen van de toezegging door het College en het ontbreken van de woonbestemming voor de woning van eiser. Dit oordeel, dat de beslissing van het hof zelfstandig draagt, berust op de overweging dat de gemeenteraad en Gedeputeerde Staten ook in geval van nakoming van de toezegging door het College de mogelijkheid hadden om anders te beslissen en dat niet met voldoende mate van zekerheid valt vast te stellen dat zij dit niet zouden hebben gedaan.

Het onderdeel betoogt onder meer dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de tekortkoming van de Gemeente en de schade — in dit geval een ontneming of vermindering van een kans op succes — gegeven is.

### 3.7.2

Het onderdeel slaagt. Het betoogt terecht dat de schade waarvan eiser vergoeding vordert, bestaat in een gemiste kans op verwezenlijking van zijn plannen, en dat het onzekere antwoord op de vraag of het bestemmingsplan destijds met inbegrip van de woonbestemming voor de dienstwoning van eiser tot stand zou zijn gekomen tot uitdrukking dient te komen in de bepaling van de grootte van die kans, derhalve in de schadeberekening. In het onderhavige geval is onmiskenbaar sprake van *condicio sine qua non*-verband tussen de niet-nakoming en de gemiste kans. Indien geen grond bestaat om op voorhand ervan uit te gaan dat die kans nihil of zeer klein is, dient de schade zo nodig bij wijze van schatting te worden bepaald. De omstandigheid dat, zoals het hof heeft overwogen, 'niet met voldoende mate van zekerheid valt vast te stellen' dat de Raad en Gedeputeerde Staten in 1992 wel hun medewerking zouden hebben verleend aan de bestemming 'woondoeleinden', is een onzekerheid die aan een kans eigen is. Dit argument kan derhalve voor de rechter geen grond opleveren om zich te onttrekken aan een vaststelling van de grootte van die kans, zo nodig bij wijze van schatting.

### 3.7.3

Onderdeel 3 mist zelfstandige betekenis en behoeft geen behandeling.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 22 oktober 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van eiser begroot op € 493,98 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

## Noot

**Auteur:** G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman

### 1.

Ja zeggen, ja vergeten en dus een tijd nee doen, levert blijkens dit arrest gemeentelijke aansprakelijkheid op. Daaraan doet niet af dat het uiteindelijk om andere redenen “nee” bleef toen de gemeente haar geheugen terugkreeg en alsnog in actie kwam, maar daaruit een “nee” resulteerde die rechtens juist bleek. De formele rechtskracht van die latere nee strekt namelijk niet zover, dat zij het eerdere vergeten legitimeert. Als wel tijdig opvolging aan “ja” was gegeven, zou het resultaat ook “nee” kunnen zijn geworden. Dat staat echter niet vast omdat er dan in ieder geval een kans op “ja” zou zijn gecreëerd. Die kans heeft de gemeente eiser onthouden. Voor het onthouden van die kans acht de Hoge Raad de gemeente aansprakelijk, en wel uit onrechtmatige daad: het is onzorgvuldig om een toezegging niet na te komen, ook wanneer die toezegging niet meer is dan het creëren van een kans en achteraf betwijfeld kan worden of die kans tot succes zou hebben geleid.

De regel uit het bovenstaande arrest is dus simpel: wie toezegt om iets te doen, dient daaraan adequaat opvolging te geven en kan zich niet ten principale aan aansprakelijkheid onttrekken met het verweer dat achteraf is gebleken dat nakoming toch weinig zou hebben gebracht.

Dat geldt ook voor overheden, waar onzekerheid bijna inherent is en toezegging en kans hand in hand kunnen gaan: de kans dat een besluit in rechte standhoudt, de kans dat een ander bestuursorgaan het beoogde besluit neemt en/of de kans dat een hoger bestuursorgaan het genomen besluit ongemoeid laat. Hier ging het om de laatste twee. Het college had toegezegd om een woonbestemming in een bestemmingsplan op te nemen en daarover zouden vervolgens de raad en GS als toentertijd beslissingsbevoegde bestuursorganen hebben te oordelen. De bestuurlijke toezegging betrof dus niet meer dan een tussenstap: het creëren van de kans op een positief besluit van de beslissingsbevoegde(n).

### 2.

Dat het onrechtmatig kan zijn om een toezegging niet na te komen, ook als die slechts een bestuurlijke tussenstap betreft, stond al in het door de Hoge Raad genoemde arrest *Heesch/Rijs* (HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner). Daarin had het college van burgemeester en wethouders van de toenmalige gemeente Heesch een toezegging gedaan om een ruilvereenkomst aan de gemeenteraad ter behandeling voor te leggen, omdat daar de bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten lag (hetgeen volgens artikel 160 Gemeentewet thans de bevoegdheid van het college is). Voorafgaand aan de raadsvergadering bespeurde het college echter weerstand, waarop het college zonder tijdig bericht aan Rijs besloot om het voorstel toch maar niet aan de raad voor te leggen. De Hoge Raad achtte dat dubbele nalaten onzorgvuldig, omdat het college op die manier voorkwam dat het voorstel überhaupt behandeld werd. Was Rijs tijdig ingelicht, dan had hij zelf stappen kunnen nemen om het voorstel in die raadsvergadering ter sprake te doen brengen, aldus de Hoge Raad. De gemeente Heesch werd dan ook aansprakelijk gehouden uit onrechtmatige daad. Het zogenaamde nalaten van informeren vormde ook in HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2008/155, m.nt. F.J. van Ommeren (*Barneveld/Gasunie*) de grondslag voor aansprakelijkheid. Daar leidde de verzaking van het bestemmingsplanvoorschrift tot tijdige kennisgeving aan de Gasunie tot een uitzondering op de formele rechtskracht van een bouwvergunning.

Anders dan in de arresten *Heesch/Rijs* en *Barneveld/Gasunie* vormde het nalaten van informeren in het hier afgedrukte arrest geen afzonderlijk punt. Doorslaggevend lijkt te zijn dat het informeren van nalaten de betrokkene in deze zaak niet zo'n heel reële mogelijkheid gaf om dan maar zelf vlot een uitgewerkt plan aan de raad voor te leggen; het zou tot niet meer hebben kunnen leiden dan een kans om aanhouding van het plan bij de raad te bereiken, of een mogelijkheid om zienswijzen ter beïnvloeding van de besluitvorming in te dienen.

### 3.

De Hoge Raad volgt het arrest *Heesch/Rijs* echter wel door het schadeveroorzakend nalaten (chrono)logisch tot uitgangspunt te nemen en vandaar een tijdslijn te trekken. Rechtbank, hof en A-G zagen de zaak echter anders. Zij startten achteraan bij het uiteindelijk tot stand gekomen bestemmingsplan en de mislukte pogingen tot herstel van de omissie. Zij namen de formele rechtskracht van het bestemmingsplan zonder woonbestemming als uitgangspunt en redeneerden vervolgens terug tot de toezegging, die zij een onzelfstandige voorbereidingshandeling voor dat plan achtten. Aldus sloten zij aan bij arresten als HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, *NJ* 2006/93, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2006/286, m.nt.

F.J. van Ommeren (*Kuijpers/Valkenswaard*) en HR 23 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4526, *RvdW* 2006/26 (*Daandels/Lith*). Volgens die jurisprudentie kan een overheidsorgaan slechts aansprakelijk zijn op grond van onjuiste of onvolledige inlichtingen die aan een burger zijn gegeven, vooruitlopend op een beschikking die inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen, indien het geven van die inlichtingen onafhankelijk van de inhoud van de desbetreffende beschikking onrechtmatig is. Inlichtingen die zozeer samenhangen met het beoogde besluit, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen, hoezeer ook onjuist, worden in beginsel echter “gedekt” door de formele rechtskracht van dat besluit. Die uitbreiding van de formele rechtskracht, die bij tijd en wijle kritisch wordt bejegend (zie bijvoorbeeld S.A.L. van de Sande, *De onafhankelijke onrechtmatigheid van inlichtingen zonder onzelfstandig karakter*, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer 2015, p. 251), maar die uitdrukkelijk ook is verwerkt in de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure van art. 8:88 Awb (zie voor enige lastige punten in dat verband onder meer B.J. Schueler, *Welke rechter oordeelt over schade ten gevolge van onrechtmatige voorbereidingshandelingen?*, in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak*, Den Haag 2014, p. 211), gaat uit van inhoudelijk overeenstemmende, althans niet uitdrukkelijk tegenstrijdige, bestuurshandelingen van — waarschijnlijk — hetzelfde bestuursorgaan of dan in ieder geval bestuursorganen binnen hetzelfde openbaar lichaam.

In omgekeerde volgorde komen de bestuurshandelingen en de bestuursorganen aan bod. Vervolgens rijst nog de vraag naar de verhouding met een leer van de “geschilpunten over de geldigheid van een besluit”.

Voor de vraag naar de bestuursorganen is HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9920, *NJ* 2012/688, m.nt. M.R. Mok (*Chipshol*) relevant. Daar lag de vraag voor of de formele rechtskracht van de besluiten van andere bestuursorganen (in dit geval van de gemeente en de Staat) zich ook uitstrekte tot de ten behoeve van deze besluiten afgegeven adviezen van het zelfstandig bestuursorgaan LVNL. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend. Relevant achtte de Hoge Raad onder meer dat LVNL geen deel uitmaakte van de organisatie van de desbetreffende bestuursorganen maar een eigen, zelfstandige en onafhankelijke positie innam en ook als zodanig zelf direct overleg met Chipshol voerde bij de voorbereiding en toetsing van planvoornemens. LVNL was kortom een duidelijk ander bestuursorgaan, van een ander openbaar lichaam dat zich bovendien bepaald niet alleen op besluiten richtte; de formele rechtskracht van de besluiten van andere bestuursorganen strekte zich dan ook niet uit tot de adviezen van LVNL.

Het staat nog te bezien of de formele rechtskracht van besluiten van het ene bestuursorgaan zich ook kan uitstrekken tot handelingen van andere bestuursorganen binnen eenzelfde openbaar lichaam. Hoge Raad en Afdeling lijken in ieder geval verschillend tegen de scheiding van organen aan te kijken. Dat kan afgeleid worden uit enige jurisprudentie over bevoegdhedenovereenkomsten op gemeentelijk niveau. Enerzijds benadrukt de Hoge Raad dat in het stelsel van de Gemeentewet groot gewicht toekomt aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college en de raad, waarbij de raad een autonome positie heeft, zodat grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt (HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, *AB* 2015/448, m.nt. F.J. van Ommeren (*Hof van Twente*)). Anderzijds dient volgens de Afdeling ongeveer tegelijkertijd de raad wel duidelijk te maken welk gewicht de raad bij het maken van zijn afweging heeft toegekend aan een tussen appellante en de gemeente (lees: in ieder geval het college) gesloten exploitatieovereenkomst die de bevoegdheid en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de raad als zodanig onverlet liet (ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, *AB* 2015/384, m.nt. P.J. Huisman). De Hoge Raad pleit dus minder voor een “openbaarlichaambrede” formele rechtskracht; de Afdeling daarentegen wat meer.

Voor de vraag naar overeenstemmende of tegenstrijdige bestuurshandelingen is van belang dat de formele rechtskracht zich niet uitstrekt tot uitdrukkelijk andersluidende bestuurshandelingen die aan een besluit zijn voorafgegaan. De voorbeelden zijn bekend: HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7898, *NJ* 1993/635, m.nt. MS, *AB* 1990/223, m.nt. Kleijn (*Staat/Bolsius*) en HR 7 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1474, *NJ* 1997/174, m.nt. MS, *AB* 1996/125, m.nt. B.J.P.G. Roozendaal (*Staat/Van Benten*). In die arresten ging het om inlichtingen die afweken van een later besluit. De betreffende inlichtingen werden onrechtmatig geacht, om de enkele reden dat zij onjuist bleken te zijn in het licht van het latere besluit. Uit die arresten blijkt in essentie dat de burgerlijke rechter gevraagd mag worden om zelfstandig een (rechtmatigheids)oordeel uit te spreken over feitelijk handelen in het kader van (de voorbereiding van) een besluit, indien dat feitelijk handelen niet spoort met dat latere besluit. Bij dergelijke discrepanties tussen besluit en voortraject kan dat feitelijk handelen zelfstandige betekenis hebben en kan het vanuit rechtsbeschermingsoogpunt gewenst zijn als daaromtrent een zelfstandig rechtmatigheidsoordeel gegeven kan worden (zie over dit punt en de verhouding met een aantal andere arresten de *AB*-annotatie onder HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1649, *NJ* 2008/519, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2008/170, m.nt. G.A. van der Veen, waar het overigens ging om een nogal problematische formele rechtskracht van een handeling ná een bepaald besluit).

Ook in het hier afgedrukte arrest wijzen de feiten in de richting van tegenstrijdigheid: het al gememoreerde ja zeggen en nee doen. Het oordeel van de Hoge Raad, dat de toezeggingen van het college niet vallen onder de formele rechtskracht van het door de gemeenteraad vastgestelde bestemmingsplan, past dan ook bij eerdere jurisprudentie.

Dan rijst nog de vraag naar de verhouding tussen zelfstandige of onzelfstandige handelingen enerzijds en de “geschilpuntenleer” anderzijds. In Hoge Raad 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgarde (*SNS Bank*) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266, m.nt. J.W. Zwemmer (*KB-Lux*)

was ook de verhouding tussen besluit en andere handelingen aan de orde. Volgens de Hoge Raad brengt het beginsel van de formele rechtskracht niet mee dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een kwestie die niet de geldigheid van het besluit betreft, is gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan het oordeel van de bestuursrechter over dat besluit. Ook de “geschilpuntenleer” leidt er in ieder geval toe dat bestuurshandelingen die buiten het besluit zijn gelegen en niet de geldigheid van het besluit raken, inhoudelijk door de burgerlijke rechter beoordeeld kunnen worden. Ook die leer maakt duidelijk dat het brengen van handelingen onder de formele rechtskracht van een besluit uitzondering is en zelfstandige beoordeling hoofdregel.

#### 4.

Het bovenstaande arrest bevestigt voor schadevergoedingsvorderingen uit onrechtmatige daad, wat voor schadevergoedingsvorderingen uit overeenkomst al volgde uit HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, *NJ* 2011/463, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen (*Etam/Zoetermeer*). Daar benadrukte de Hoge Raad dat bestuursrechtelijke rechtsgangen openstaan tegen een besluit, zowel wanneer het toegezegde besluit niet genomen wordt, als wanneer het besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst. Ter zake van de vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming is de burgerlijke rechter evenwel de bevoegde rechter. De formele rechtskracht van een besluit dat in strijd met een overeenkomst is genomen, staat niet in de weg aan de mogelijkheid dat de burgerlijke rechter oordeelt dat het bestuur schadeplichtig is omdat dat besluit, hoezeer ook rechtmatig, niet beantwoordt aan de overeenkomst. Onderwerp van toetsing is dan immers niet dat besluit, maar het feit dat de afspraak niet is nagekomen. Zie nader P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst: hoe het niet nakomen van een inspanningsverplichting tot een schadevergoeding kan leiden*, *JBplus* 2013, p. 3 e.v.

Ook in het hier afgedrukte arrest gaat het om een eigen toetsing door de burgerlijke rechter van een niet aan de bestuursrechter opgedragen bestuurshandeling en de verhouding tussen die handeling en een later besluit. Of die handeling nu een toezegging of een overeenkomst is, lijkt voor die verhouding weinig uit te maken. In zoverre is het eigenaardig dat de Hoge Raad niet op enigerlei wijze verwijst naar het arrest *Etam/Zoetermeer*, doch daarover valt verschillend te denken.

Zo acht D. van Tilborg het in zijn annotatie in *JOR* 2015/320 begrijpelijk dat het arrest niet is genoemd. Hij verklaart dat door het Januskop-karakter van een toezegging. Onder omstandigheden kan een toezegging worden gekwalificeerd als een rechtshandeling die tot het ontstaan van een op de overheid rustende verbintenis leidt. Dit is echter niet steeds het geval. Indien er van een verbintenis geen sprake is, wordt het niet nakomen van de toezegging geplaatst in de sleutel dat het onder omstandigheden onrechtmatig is om gewekte verwachtingen te beschamen, aldus Van Tilborg. Dat moge zo zijn. Het overkoepelende concept lijkt echter dat de formele rechtskracht van het latere besluit niet in de weg staat aan de zelfstandige beoordeling door de civiele rechter van handelingen die nu juist een ander besluit in het vooruitzicht stelden, ongeacht of die handelingen een contractuele of een buitencontractuele verbintenis opleveren.

#### 5.

Aan de gemeentelijke aansprakelijkheid doet niet af, dat het nog maar de vraag zou zijn geweest of de toegezegde woonbestemming uiteindelijk door de raad zou zijn aanvaard en ongeschonden langs GS zou zijn gekomen. Van belang is namelijk dat de gemeente eiser een kans op succes heeft onthouden. Het gevolg daarvan is dat bezien dient te worden tot welke schade het missen van die kans heeft geleid.

Het ging derhalve om kansschade. Daarvoor moet een schatting worden gemaakt van de goede en kwade kansen die de benadeelde op succes had, tenzij de kans op succes zeer klein was (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.7.2 van dit arrest en uitgebreid S.A.L. van de Sande in zijn annotatie daaronder in *JB* 2015/140).

Het lijkt erop dat de Hoge Raad uit de stellingen van partijen afleidt dat die kans in dit geval niet zeer klein was en dat in de procedure na verwijzing ervan uitgegaan moet worden dat er dus enige schadevergoeding uitrolt, ook al wenste de raad in 2010 geen woonbestemming toe te kennen en strandde het beroep tegen dit besluit bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Of die lezing de juiste is, staat niet vast. H.J.S.M. Langbroek schrijft in zijn annotatie in *de Gemeentestem* 2016/5 dat de vraag of de kans niet heel klein was, na verwijzing nog moet worden beslist en ziet daarvoor ruimte in het licht van de later mislukte herstelpogingen.

Voetnoten



A.H.J. Hofman is advocaat bij AKD te Rotterdam.