

## Onrechtmatige overheidsdaad. Vernietiging besluit bestuursorgaan; csqn-verband met niet doorgaan bouwproject. Overschrijding wettelijke beslistermijn...

HR 15-03-2019, ECLI:NL:HR:2019:353, m.nt. A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen

**Instantie**

Hoge Raad (Civiele kamer)

**Datum**

15 maart 2019

**Magistraten**

Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.J. Kroeze, C.A. Sieburgh

**Zaaknummer**

18/00008

**Noot**

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

**Folio weergave**

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

**JCDI**

JCDI:ADS73220:1

**Vakgebied(en)**

Bouwrecht / Bouwen

Bestuursrecht algemeen / Overheid en privaatrecht

Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad

**Brondocumenten**

ECLI:NL:HR:2019:353, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 15-03-2019

ECLI:NL:PHR:2018:1320, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 02-11-2018

Beroepschrift, Hoge Raad, 02-01-2018

**Wetgang**

Art. 6:162 BW; art 46. Woningwet (oud)

### Essentie

**Een bestuursorgaan kan niet alleen onrechtmatig handelen door een onjuist besluit te nemen of door te laat op een aanvraag te beslissen, maar ook door de aanvrager of de in art. 58 Woningwet (oud) genoemde personen niet ervan in kennis te stellen dat de aangevraagde vergunning van rechtswege is verleend.**

### Samenvatting

*Opmerking verdient dat een bestuursorgaan in een geval als het onderhavige niet alleen onrechtmatig kan handelen door een onjuist besluit te nemen of door te laat op een aanvraag te beslissen, maar ook door de aanvrager of de in art. 58 Woningwet (oud) genoemde personen niet ervan in kennis te stellen dat de aangevraagde vergunning van rechtswege is verleend. Ook voor het antwoord op de vraag of dit niet in kennis stellen onrechtmatig is, is beslissend of het bestuursorgaan daarmee, gezien de omstandigheden van het geval, in strijd heeft gehandeld met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.*

### Partij(en)

Arrest in de zaak van:

1. Eiseres 1,
2. Eiseres 2,
3. Eiseres 3,

eiseressen tot cassatie, adv.: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. J.F. de Groot,

tegen

Gemeente Den Haag, te Den Haag, verweerster in cassatie, adv.: mr. M.W. Scheltema.

Eiseressen zullen hierna ook worden aangeduid als eiseres 1, eiseres 2, eiseres 3 en gezamenlijk als eiseressen.

Verweerster zal hierna ook worden aangeduid als de Gemeente.

## **Uitspraak**

### **1. Het geding in feitelijke instanties**

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

- a. de vonnissen in de zaak C/09/460483/HA ZA 14/246 van de rechtbank Den Haag van 23 april 2014 en 29 april 2015;
- b. de arresten in de zaak 200.179.514/01 van het gerechtshof Den Haag van 17 november 2015 en 3 oktober 2017.

Het arrest van het hof van 3 oktober 2017 is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen: *red.*).

### **2. Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof van 3 oktober 2017 hebben eiseressen beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*). en maakt daarvan deel uit.

De Gemeente heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 3 oktober 2017 en tot verwijzing. De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### **3. Beoordeling van het middel**

#### **3.1**

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Op 29 april 2008 heeft eiseres 2 bij de Gemeente een aanvraag bouwvergunning fase I ingediend voor het oprichten van een 'Bedrijfspann/Showrooms/Kantoorgebouw + parkeergarage' op het perceel a-straat 1 in Den Haag (hierna: het perceel). De aanvraag houdt onder meer in:

#### **"5. Gebruik van het bouwwerk**

- 5a. Wat is het huidige gebruik van het bouwwerk en de bijbehorende terreinen? Bouwmarkt met parkeren
- 5b. Wat is het gebruik van het bouwwerk en de bijbehorende terreinen na werkzaamheden? Showroom/Kantoor/Parkeren".
- (ii) Eiseres 1 is juridisch eigenaar van het perceel. Economisch eigenaar is A B.V. (hierna: A).
- (iii) Op het perceel was een bouwmarkt gevestigd van Karwei, een onderdeel van Bricorama B.V. Bricorama had hiertoe een huurovereenkomst gesloten met eiseres 1.
- (iv) Betrokkene 1 (hierna: betrokkene 1) is (middellijk) directeur van A, eiseres 1, eiseres 2 en eiseres 3. Hij is tevens 'ultimate beneficiary owner' van A, eiseres 2, eiseres 3 en B B.V. (hierna: B), die de beoogde huurder was van het op te richten bedrijfspann.
- (v) Op 14 oktober 2008 hebben WaardeVastgoed Holland B.V. (hierna: WVGH), vertegenwoordigd door betrokkene 2, als opdrachtgever of koper enerzijds, en eiseres 3, vertegenwoordigd door betrokkene 1, als aannemer of verkoper anderzijds, een overeenkomst van koop en aanneming gesloten (hierna: de koop-/aannemingsovereenkomst). Deze overeenkomst houdt onder meer in:

#### **" Artikel 1**

1. De opdrachtgever draagt op aan de aannemer gelijk de aannemer verklaart aan te nemen van de opdrachtgever de bouw van een kantoren complex met showrooms en parkeren aan de a-straat 1 te Den Haag onder de volgende voorwaarden en condities. (...)

#### **Artikel 9**

Deze overeenkomst wordt ontbonden indien er op 1 juni 2010 geen onherroepelijke niet voor bezwaar vatbare bouwvergunning is afgegeven voor de bouw van het hiervoor bedoeld complex zonder dat een van de partijen enig recht op schadevergoeding kan eisen. (...)”

- (vi) Eveneens op 14 oktober 2008 hebben WVGH, vertegenwoordigd door betrokkene 2, als verhuurder enerzijds, en B, vertegenwoordigd door betrokkene 1, als huurder anderzijds, een “huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte niet ex artikel 7A:1624 BW” gesloten (hierna: de huurovereenkomst). Deze overeenkomst houdt onder meer in:

“ 1. *Het gehuurde, bestemming, gebruik*

1.1 Deze huurovereenkomst heeft betrekking op:

Kantoorruimte, showrooms en parkeren staande en gelegen te Den Haag aan de a-sstraat 1 (...)

3. *Duur, verlenging en opzegging*

3.1 Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van 8 jaar, ingaande op de datum van oplevering (doch uiterlijk 1 juni 2012) en eindigende 8 jaar na de datum van oplevering. (...)

20. *Onderhuur*

Het onderhuren van de ruimte is toegestaan, zonder toestemming van verhuurder.

28. *Ontbinding*

Deze overeenkomst is ontbonden indien niet uiterlijk voor of op 1 juni 2010 een onherroepelijke niet voor bezwaar vatbare bouwvergunning is ontvangen. (...)”

- (vii) Het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente (hierna: het college) heeft bij besluit van 13 februari 2009 de verzochte reguliere bouwvergunning fase I op grond van art. 44 lid 1, aanhef en onder c, Woningwet (oud) geweigerd wegens strijd met het bestemmingsplan.
- (viii) Het college heeft het door eiseres 2 tegen de weigering gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. De rechtbank heeft het beroep tegen deze beslissing ongegrond verklaard.
- (ix) De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft bij uitspraak van 15 februari 2012 geoordeeld dat de aanvraag bouwvergunning fase I niet in strijd was met het bestemmingsplan. De Afdeling heeft geoordeeld dat, nu niet in geschil is dat het college na de in art. 46 lid 1, aanhef en onder c, Woningwet (oud) gestelde termijn heeft beslist op de aanvraag, de bouwvergunning fase I op grond van art. 46 lid 4 Woningwet (oud) van rechtswege is verleend en het college derhalve het besluit van 13 februari 2009 onbevoegd heeft genomen. De Afdeling heeft daarom het hoger beroep gegrond verklaard, de uitspraak van de rechtbank vernietigd, de beslissing op bezwaar vernietigd, het bezwaar alsnog gegrond verklaard, het besluit van het college van 13 februari 2009 herroepen en bepaald dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.
- (x) Eiseres 2 heeft bij brief van 7 maart 2012 aan het college geschreven:
- “Door de rechtbank is eiseres 2 in het gelijk gesteld en is de bouwvergunning fase 1 van rechtswege verleend. Het is logisch dat wij nu ook een aanvraag gaan doen voor de afgifte van bouwvergunning fase 2, welke afgegeven moet worden. Echter, alle partijen weten dat op deze locatie de Rotterdamse baan moet worden aangelegd. Het doen van een aanvraag fase 2 is dan ook een zinloze exercitie en zou uitsluitend dienen voor het veiligstellen van de schadeclaim.
- Anderzijds heeft de aanvrager ook de plicht om de schade zoveel mogelijk te beperken. Het is om deze reden dat ondergetekende van mening is dat fase 2 niet aangevraagd moet/mag worden. Hierdoor treedt geen verlies van rechten op. Partijen moeten verder met elkaar handelen alsof de aanvraag fase 2 is afgegeven. (...) Zonder tegenbericht (...) gaan wij ervan uit dat U het met onze zienswijze eens bent en dat er, in verband met de schadebeperking, geen aanvraag fase 2 ingediend hoeft te worden zonder dat eiseres 2 hierdoor haar rechten verliest. (...)”
- (xi) Hierop is namens het college op 15 maart 2012 als volgt gereageerd:
- “(…) Uw brief strekt tot het verkrijgen van instemming door het College van Burgemeester en Wethouders om af te zien van het indienen van een bouwaanvraag 2e fase voor het bouwplan aan de a-sstraat 1 te Den Haag als gevolg waarvan partijen verder zouden moeten handelen alsof de bouwvergunning 2e fase is afgegeven. Met dat verzoek kan het College niet instemmen. (...)”
- (xii) Op 18 april 2012 is de bouwvergunning fase I onherroepelijk geworden.
- (xiii) Eiseres 2 heeft nooit een bouwvergunning fase II aangevraagd.
- (xiv) Ten tijde van het hoger beroep in deze zaak liep een procedure tot onteigening van het perceel met het oog op de aanleg van de Rotterdamse baan.

### 3.2.1

Eiseressen vorderen in dit geding, kort gezegd, schadevergoeding wegens de onrechtmatigheid van het hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde besluit van 13 februari 2009, waarbij de bouwvergunning fase I ten onrechte is geweigerd. Eiseressen hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd dat, indien de bouwvergunning fase I toen zou zijn verleend, de

ontbindende voorwaarde in de overeenkomsten niet zou zijn ingetreden en het door hen op het perceel geplande bouwproject zou zijn doorgegaan. In hoger beroep hebben eiseressen mede aan hun vordering ten grondslag gelegd dat het college te laat op de hiervoor in 3.1 onder (i) genoemde aanvraag hebben beslist.

### 3.2.2

De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Zij heeft geoordeeld dat eiseressen het causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de door hen gestelde schade als gevolg van het niet doorgaan van bouwproject, onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt (rov. 4.4).

### 3.2.3

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof heeft allereerst de grondslag van de vordering van eiseressen dat de Gemeente tevens onrechtmatig heeft gehandeld door niet tijdig op de aanvraag voor bouwvergunning fase I te beslissen, ongegrond geoordeeld. In dat verband heeft het hof onder meer overwogen dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn niet verplicht tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit de termijnoverschrijding en dat door eiseressen onvoldoende is aangevoerd om die verplichting wel te kunnen aannemen. (rov. 6)

Het hof heeft hiernaast het oordeel van de rechtbank onderschreven dat eiseressen het causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de door hen gestelde schade onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt (rov. 7). In dat verband heeft het hof onder meer het volgende overwogen.

Voor de aanvraag van bouwvergunning fase I in april 2008 was al duidelijk dat het perceel van eiseres 1 nodig zou zijn voor de aanleg van de Rotterdamse baan. Er was sprake van recessie en van de kredietcrisis. Op het bedrijventerrein De Binckhorst stonden veel kantoorpanden leeg. In verband hiermee bestaat twijfel aan de haalbaarheid en het realiteitsgehalte van het bouwproject. (rov. 9–11)

Uitgangspunt moet zijn dat de overeenkomsten zouden worden ontbonden wanneer op 1 juni 2010 geen bouwvergunning fase I en fase II verleend zou zijn. Het hof verwijst hiervoor onder meer naar de tekst van de ontbindende voorwaarde in de overeenkomsten en stelt in dit verband onder meer vast dat eiseressen niet aannemelijk hebben gemaakt dat eventueel uitstel zou zijn overeengekomen (rov. 13).

Onzeker is of bouwvergunning fase II wel zou zijn verleend; die verlening was geen formaliteit (rov. 12). Onder meer de in dat verband geldende parkeernormen konden een probleem vormen (rov. 14). De door eiseressen genoemde mogelijkheid van een mechanisch parkeersysteem had daarin mogelijk kunnen voorzien, maar had tot vertraging in de vergunningverlening geleid, naar de Gemeente onbetwist heeft aangevoerd (rov. 15–16).

Onzeker is dus of bouwvergunning fase II (tijdig) zou zijn verleend, aannemende dat die vergunning (in 2009) überhaupt zou zijn aangevraagd, ondanks recessie, aanvraagkosten, steeds concretere plannen rond de Rotterdamse baan en (juist voor een hurende bouwmarkt) weinig ideale parkeermogelijkheden. Eiseressen hebben de twijfel die de rechtbank over dit laatste heeft uitgesproken, onvoldoende bestreden. (rov. 17)

Voorts zouden mogelijke bezwaarschriftprocedures hoe dan ook vertragend hebben gewerkt. Uit het feit dat in 2008 en 2012 geen bezwaarschriften zijn ingediend, volgt niet dat deze ook zouden zijn uitgebleven als de Gemeente de bouwvergunning fase I in februari 2009 wel had verleend. Mogelijk waren er dan wel bezwaarschriften ingediend om de door de rechtbank genoemde redenen. (rov. 18)

Ook diende er een oplossing te komen voor de bouwmarkt die in het te slopen pand zat. In ieder geval was er nog geen concreet alternatief voorhanden voor een tijdelijk verblijf van die bouwmarkt gedurende de beoogde bouw. Hierin moest wel voorzien worden, omdat anders de nieuwbouw niet mogelijk zou zijn. (rov. 19)

Gelet op een en ander bestond hoogstens een geringe — dat wil zeggen zeer kleine — kans dat, de onrechtmatige weigering weggedacht, de bouwvergunning fase II op 1 juni 2010 zou zijn verleend en de bouwplannen uiteindelijk zouden zijn gerealiseerd. Deze zeer kleine kans is te gering om — volgens de ‘leer van de kansschade’ — een schadevordering te kunnen toewijzen. (rov. 22)

### 3.3.1

Onderdelen 1.1 en 1.2 van het middel klagen, kort gezegd, dat het hof heeft miskend dat de schadevergoedingsvordering van eiseressen mede is gebaseerd op de grondslag dat eiseressen medio 2008 over een bouwvergunning fase I beschikten, hetzij (i) omdat deze (zoals is gebeurd) van rechtswege is verleend door niet tijdig te beslissen op de aanvraag van april 2008, hetzij (ii) omdat de Gemeente (zoals zij had moeten doen), gelet op de geldende termijnen, de bouwvergunning fase I op of rond 21 juli 2008 had moeten verlenen. Volgens de onderdelen zouden eiseressen de bouwvergunning fase II daarom reeds kort nadien hebben aangevraagd.

### 3.3.2

Onderdeel 1.3 voert aan dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het ervan is uitgegaan dat, in een geval waarin een te late beslissing op een bouwvergunningsaanvraag leidt tot het van rechtswege verleend zijn van de vergunning en het tardieve vergunningsweigeringbesluit derhalve onbevoegd is genomen, voor de beoordeling van

de schadevergoedingsvordering het moment van de tardieve weigering geldt als moment van onrechtmatig handelen of als relevant moment voor de beoordeling van het condicio sine qua non-verband tussen onrechtmatige daad en schade. Als moment van onrechtmatig handelen of als relevant moment voor de beoordeling van het condicio sine qua non-verband tussen onrechtmatige daad en schade heeft in dat geval te gelden het moment waarop (de Gemeente de wettelijke beslistermijn ongebruikt heeft laten verstrijken als gevolg waarvan) de bouwvergunning van rechtswege is verleend, althans het moment waarop de Gemeente met inachtneming van de wettelijke termijn het rechtmatige besluit (dat wil zeggen: de positieve beschikking op de aanvraag bouwvergunning fase I) zou hebben genomen.

### 3.3.3

Naar aanleiding van deze klachten wordt als volgt overwogen.

### 3.4.1

Eiseressen vorderen in dit geding schadevergoeding wegens de onrechtmatigheid van het besluit van 13 februari 2009. Dit besluit is vernietigd door de Afdeling en de onrechtmatigheid ervan staat daarom in dit geding bij de burgerlijke rechter vast (zie onder meer HR 24 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4771, *NJ* 1984/669 (*St. Oedenrode/Driessen*)). Inzet van deze procedure is of de door eiseressen gestelde schade als gevolg van het niet doorgaan van het bouwproject in causaal verband staat met dit onrechtmatige besluit.

### 3.4.2

De grond waarop het onderhavige besluit door de Afdeling is vernietigd, is dat, anders dan aan het besluit ten grondslag is gelegd, de aanvraag bouwvergunning fase I niet in strijd was met het bestemmingsplan, dat als gevolg hiervan op grond van art. 46 lid 4 Woningwet (oud) de vergunning van rechtswege is verleend nu vaststaat dat te laat op de aanvraag is beslist (want niet binnen de termijn van zes weken van art. 46 lid 1 Woningwet (oud)), en dat het college derhalve het besluit onbevoegd heeft genomen. Omdat de aangevraagde vergunning op genoemde grond van rechtswege is verleend, heeft de Afdeling zelf in de zaak voorzien door het besluit te herroepen. Uit de uitspraak van de Afdeling volgt dus dat het besluit onrechtmatig is omdat het college had moeten vaststellen dat de vergunning al van rechtswege was verleend. Het college had de vergunning dus niet mogen weigeren, maar had moeten mededelen dat deze al van rechtswege was verleend.

### 3.4.3

Wordt een besluit door de bestuursrechter vernietigd, dan is dat besluit onrechtmatig vanaf het tijdstip dat het is genomen (vgl. HR 28 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1506 (*Talma/Friesland*), *NJ* 1995/139, rov. 3.3 tweede alinea). In dit geval is dat dus vanaf 13 februari 2009, de datum van het onderhavige besluit, zoals het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen.

### 3.5.1

Aansprakelijkheid in verband met een besluit kan ook bestaan op de grond dat het bestuursorgaan te laat op een aanvraag heeft beslist. Die aansprakelijkheid bestaat niet reeds op de enkele grond dat de wettelijke beslistermijn voor het besluit door het bestuursorgaan is overschreden. Daarvoor zijn, kort gezegd, bijkomende omstandigheden vereist. Zie onder meer HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040 (*Eindhoven/curatoren*), rov. 3.4.2, en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579 (*Amsterdam/Have*), rov. 3.3. De in deze rechtspraak genoemde maatstaf geldt ook in het zich hier voordoende geval dat de overschrijding van de beslistermijn op grond van de toepasselijke bepalingen ertoe leidt dat van rechtswege een voor de belanghebbende begunstigend besluit is genomen (HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5980 (*Tara Beach Resort/Aruba*), rov. 3.6.2).

### 3.5.2

Het hof heeft de stelling van eiseressen dat de Gemeente aansprakelijk is jegens hen mede omdat het college niet tijdig op de aanvraag voor de bouwvergunning heeft beslist, in rov. 6 beoordeeld aan de hand van de hiervoor in 3.5.1 vermelde maatstaf. Het heeft geoordeeld dat de Gemeente niet schadeplichtig is op deze grond, omdat eiseressen geen bijkomende omstandigheden als hiervoor bedoeld hebben aangevoerd. Dit oordeel is in cassatie niet bestreden. Uitgangspunt moet derhalve zijn dat de Gemeente niet schadeplichtig is jegens eiseressen wegens overschrijding van de termijn van art. 46 lid 1 Woningwet (oud).

### 3.5.3

Opmerking verdient dat een bestuursorgaan in een geval als het onderhavige niet alleen onrechtmatig kan handelen door een onjuist besluit te nemen of door te laat op een aanvraag te beslissen, maar ook door de aanvrager of de in art. 58 Woningwet (oud) genoemde personen niet ervan in kennis te stellen dat de aangevraagde vergunning van rechtswege is verleend. Ook voor het antwoord op de vraag of dit niet in kennis stellen onrechtmatig is, is beslissend of het bestuursorgaan daarmee, gezien de omstandigheden van het geval, in strijd heeft gehandeld met de in het maatschappelijk

verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid (vgl. de hiervoor in 3.5.1 genoemde rechtspraak). Blijkens de in cassatie niet bestreden vaststellingen van het hof hebben eiseressen echter niet aan hun vordering ten grondslag gelegd dat het college, los van de beslissing op hun aanvraag, al voor 13 februari 2009 onzorgvuldig heeft gehandeld door hen niet ervan in kennis te stellen dat de vergunning van rechtswege was verleend. Deze mogelijke grondslag voor de aansprakelijkheid van het college is in deze zaak dus niet aan de orde.

### 3.6

Uit het voorgaande volgt dat de klachten van de onderdelen 1.1–1.3 falen. Dat de bouwvergunning fase I reeds medio 2008 van rechtswege is verleend (stelling (i) van onderdelen 1.1 en 1.2; zie hiervoor in 3.3.1) of dat het college uiterlijk medio 2008 op de aanvraag had moeten beslissen (stelling (ii) van die onderdelen), vestigt niet zonder meer aansprakelijkheid van de Gemeente jegens eiseressen. Aansprakelijkheid vanaf een vóór 13 februari 2009 gelegen tijdstip kan bestaan op de hiervoor in 3.5.1 en 3.5.3 kort genoemde gronden, maar die zijn in deze zaak niet (zie hiervoor in 3.5.3), dan wel niet meer (zie hiervoor in 3.5.2), aan de orde.

### 3.7

De overige klachten van het middel — die zich keren tegen het oordeel van het hof dat indien het college op 13 februari 2009 een rechtmatig besluit had genomen, het bouwproject evenmin gerealiseerd zou zijn — kunnen evenmin 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.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt eiseressen in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente begroot op € 6.662,34 aan verschotten en € 2.200, voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien eiseressen deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

## Noot

**Auteur:** A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Met dit arrest voegt de Hoge Raad een nieuwe loot toe aan de stam van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Een gemeente — of in de woorden van de Hoge Raad: een bestuursorgaan — kan bij een van rechtswege verleende vergunning niet alleen onrechtmatig handelen door a) een onjuist besluit te nemen, of b) te laat op een aanvraag te beslissen, maar ook door c) niet (tijdig) van een van rechtswege verleende vergunning kennis te geven. Daarmee sluit de Hoge Raad aan bij oordelen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) en pleidooien in de literatuur.

Ook volgens de Afdeling vormt het uitblijven van een kennisgeving dat een vergunning van rechtswege is verleend, een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid (zie ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9918, *BR* 2013/64, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker, ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:507; zie ook Rb. Overijssel 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2014:507). Zie voorts de annotatie van C.N.J. Kortmann bij HR 8 juli 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1454, *AB* 2017/4), S.A.L. van de Sande en E.C.J. Wouters, 'De vergunning van rechtswege en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *NTB* 2016/34 en C.N.J. Kortmann, 'De relativiteitseis bij gebrekkige vergunningverlening', *NTBR* 2015/21. In deze annotatie diepen wij deze thans ook door de Hoge Raad onderkende schadeoorzaak nader uit.

### 2. Drie regimes voor de vergunning van rechtswege

Het object in deze zaak is de vergunning van rechtswege, ofwel de *lex silencio positivo*. Er zijn in ieder geval drie regimes voor de vergunning van rechtswege te onderscheiden, met oplopende relevantie van papierwerk van het bestuur. Het arrest is gewezen onder de vigeur van het toenmalige artikel 46 lid 4 en 5 Woningwet. Indien burgemeester en wethouders niet voldoen aan het eerste lid (waarin de beslistermijn is opgenomen), is volgens lid 4 de bouwvergunning van rechtswege verleend. Deze verlening van de bouwvergunning wordt blijkens het vijfde lid aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht. In dit systeem was enig bestuurlijk papierwerk ter openstelling van rechtsbescherming na afloop van de beslistermijn niet nodig. Louter tijdsverloop creëerde de ingang voor bezwaar. Artikel 46 Woningwet derogeerde in zoverre aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 1:3 lid 1 Awb. In dit thans niet meer geldende systeem was niet voorzien in een mogelijkheid van kennisgeving of een ander schriftelijk stuk van het bestuur. In het huidige recht ligt dat iets anders. Er gelden thans twee regimes naast elkaar. Beide gaan uit van de op 28 december



2009 in werking getreden paragraaf 4.1.3.3 Awb. Artikel 4:20b bepaalt dat indien niet tijdig op een aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven. De van rechtswege verleende vergunning geldt ook hier als een beschikking. Ook hier wordt dus het schriftelijkheidsvereiste terzijde geschoven. Anders is echter, dat het bestuursorgaan deze beschikking nog wel binnen twee weken bekend dient te maken (zie artikel 4:20c Awb). Zonder deze bekendmaking vangt de bezwaar- of beroepstermijn niet aan (artikel 6:8 Awb). Anders dan onder de regeling van de oude Woningwet, is voor de rechtsbescherming van derden dus een concrete handeling van het bestuursorgaan vereist. Belanghebbenden kunnen via een beroep op artikel 4:20d Awb die bekendmaking afdwingen, om zich op die manier (uiteindelijk) rechtsbescherming te verschaffen. Dat is voor hen ook raadzaam, want voor de aanvrager van de vergunning zijn deze stappen niet nodig. De vergunning treedt blijkens artikel 4:20c lid 3 Awb in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn. Dat kan dus zijn op een moment waarop de derden nog vrij machteloos zijn.

Voor vergunningen die van rechtswege onder de Wabo ontstaan, bestaat deze discrepantie niet. Daar is zowel voor de aanvrager als voor andere belanghebbenden een handeling van het bestuursorgaan nodig, en wel bekendmaking. Voor vergunningen van rechtswege die onder de Wabo zijn ontstaan, vereist artikel 3.9 lid 4 Wabo zo spoedig mogelijke bekendmaking. Volgens artikel 6.1 Wabo treedt een vergunning pas in werking na bekendmaking. Lid 4 leert dat de 'werking' van een van rechtswege verleende vergunning wordt opgeschort totdat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is verstreken. Die termijn vangt (ook hier) aan na de bekendmaking die vereist is op grond van artikel 4:20 Awb. Zo is hier dus 'werking' van de van rechtswege verleende vergunning min of meer gelijkgesteld aan een normale inwerkingtreding door bekendmaking. Hier is dus zowel voor de aanvrager als voor de rechtsbescherming zoekende belanghebbenden de bekendmaking relevant. Wel kan de aanvrager de Voorzieningenrechter verzoeken de opschorting op te heffen (artikel 6.1 lid 4 Wabo). Het relevante verschil met het oude regime en het thans geldende 'gewone' regime van paragraaf 4.1.3.3 Awb is dus, dat hier een handeling van het bestuur vereist is om een ontstane vergunning van rechtswege relevantie voor de aanvrager te geven, en dat die relevantie bij de andere twee van rechtswege ontstaat.

### *3. Uitblijven van een tijdige kennisgeving kan leiden tot schade*

Een tijdige kennisgeving van de verlening van de vergunning van rechtswege is in de praktijk niet altijd een gegeven (zie o.a. ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:812, ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2147, ABRvS 29 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR8349, AB 2005/1999, m.nt. A.G.A. Nijmeijer), terwijl een tijdige kennisgeving van groot belang is voor de rechtszekerheid van zowel de aanvrager als derde-belanghebbenden ([Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3](#), p. 34). Blijft een tijdige kennisgeving uit, dan kan dat — zoals in dit arrest — dus zomaar tot de situatie leiden dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of er nu wel of niet van rechtswege een vergunning is verleend. In een geval als het onderhavige kan daardoor vertraging ontstaan bij de start van de bouwwerkzaamheden. Stelt het bevoegde bestuursorgaan zich na een daartoe strekkend verzoek op het standpunt dat er geen vergunning van rechtswege is verleend, dan duurt de onzekerheid een nóg langere tijd voort, met mogelijke extra (vertragings)schade tot gevolg: er zal dan namelijk geprocedeerd moeten worden over de vraag of er daadwerkelijk een vergunning van rechtswege is verleend. De (gestelde) vergunninghouder zal het bestuursorgaan in gebreke moeten stellen, waarna de mogelijkheid openstaat tot het instellen van beroep tegen het niet tijdig bekendmaken van de van rechtswege verleende vergunning (zie ook de artikelen 6:12 en 8:55f Awb). Neemt het bestuursorgaan ná het verstrijken van de beslistermijn bovendien alsnog een besluit, dan zal de (gestelde) vergunninghouder ook daartegen rechtsmiddelen moeten aanwenden. Het te laat — en daardoor onbevoegd — genomen besluit is namelijk vernietigbaar (zie ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3623, AB 2014/404, m.nt. R. Ortlep), waardoor het formele rechtskracht verkrijgt als daartegen niet wordt opgekomen. In een eventuele procedure die strekt tot het verkrijgen van schadevergoeding wegens het uitblijven van een kennisgeving dat een vergunning van rechtswege is verleend, zal de rechter dan moeten uitgaan van de rechtmatigheid van het te laat genomen besluit, in die zin dat het zowel wat zijn wijze van totstandkoming als wat zijn inhoud betreft, wordt geacht in overeenstemming te zijn met de relevante wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen (HR 9 september 2005, AB 2006/286, m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2006, 93, m.nt. M.R. Mok (Kuijpers/Valkenswaard) en HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5980, NJ 2011/527, m.nt. M.R. Mok). Het gevolg is dan, dat er geen plaats meer is voor een vergunning van rechtswege, omdat het te laat genomen besluit daarvoor in de plaats treedt (ABRvS 18 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK3630, AB 2010/51, m.nt. T.E.P.A. Lam, en S.A.L. van de Sande & E.C.J. Wouters, 'De vergunning van rechtswege en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', NTB 2016/34). De schadevordering zal dan worden afgewezen.

### *4. Behoeft aan aanvullende schadeoorzaak*

Uit het voorgaande volgt al, dat het uitblijven van een tijdige kennisgeving daadwerkelijk kan leiden tot (vertragings)schade. De mogelijkheid van het verkrijgen van een vergoeding voor die schade, was tot op heden echter niet evident. Uit de al genoemde uitspraken van de Afdeling van 30 januari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BY9918, BR 2013/64, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker) en ABRvS 19 februari 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:507) volgde in dat kader dat als schadeoorzaak in ieder geval niet het latere — onbevoegd genomen — besluit kan worden aangewezen: de vertragingsschade was volgens de Afdeling namelijk het gevolg van het uitblijven van een kennisgeving van de verlening van de vergunning van rechtswege en van het feit dat appellanten niet op de hoogte waren van de verlening van rechtswege. Ook het niet tijdig nemen van een besluit kan niet als schadeoorzaak worden aangewezen, zo volgt uit het hierboven opgenomen arrest: de gestelde schade

wordt namelijk niet veroorzaakt door het niet tijdig beslissen, maar door de onbekendheid met de vergunning van rechtswege. Nu de Hoge Raad met dit arrest laat zien dat hij de visie van de Afdeling onderschrijft dat (juist) ook bij vergunningen van rechtswege voor het causaal verband daadwerkelijk op zoek moet worden gegaan naar de schending van de achterliggende norm, is het toe te juichen dat het uitblijven van een kennisgeving dat een vergunning van rechtswege is verleend, daadwerkelijk als een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid wordt aangewezen.

##### 5. Concreet aan te leggen toets

Voor wat betreft de toets die moet worden aangelegd bij deze nieuwe schadeoorzaak, is de Hoge Raad in dit arrest niet vernieuwend. Door te verwijzen naar de arresten *Eindhoven/Curatoren* (HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, AB 2012,382, m.nt. S.M. Peek, JB 2012/249, m.nt. R.J.N. Schlössels), *Amsterdam/Have* (HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, AB 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann, JB 2013/42, m.nt. R.J.N. Schlössels) en *Tara Beach Resort/Aruba* (HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5980, NJ 2011/527, m.nt. M.R. Mok) sluit de Hoge Raad voor wat betreft de aan te leggen toets aan bij de toets die geldt voor aansprakelijkheid voor het overschrijden van de beslistermijn. Het enkel uitblijven van een kennisgeving is daarmee dus onvoldoende voor het oordeel dat onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig: “Ook voor het antwoord op de vraag of dit niet in kennis stellen onrechtmatig is, is beslissend of het bestuursorgaan daarmee, gezien de omstandigheden van het geval, in strijd heeft gehandeld met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid”.

De toekomst zal moeten uitwijzen hoe de civiele rechter dit criterium zal toepassen.

In zijn heldere bespreking van dit arrest in het tijdschrift *Vastgoedrecht* 2019, aflevering 3, gaat ook R. Boesveld ervan uit dat aansprakelijkheid van de gemeente voor het niet-tijdig bekendmaken van een omgevingsvergunning van rechtswege op eenzelfde wijze moet worden benaderd als de aansprakelijkheid voor het niet in kennis stellen van de aanvrager van een bouwvergunning van rechtswege. Of sprake is van aansprakelijkheid hangt ook volgens Boesveld af van de omstandigheden van het geval. Naar ons idee, zal tot die omstandigheden van het geval ook wel behoren de vraag, welke van de drie eerder genoemde regimes aan de orde is. Het huidige recht schrijft niet meer alleen beslistermijnen voor, maar ook publicatievereisten. Bij toepasselijkheid van de Wabo (regime drie) zijn die vereisten ook relevant voor de vergunninghouder. Wellicht is de civiele rechter wat strenger bij het missen van twee opvolgende verplichtingen. J.E. van der Werff wijst er in zijn annotatie in *TBR* 2019/103 dan nog — eveneens terecht — op dat de grondslag voor aansprakelijkheid onder het huidige recht niet meer de maatschappelijke zorgvuldigheid is tot het in kennisstellen van de aanvrager, dat een vergunning van rechtswege is ontstaan. Thans is sprake van een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, namelijk de schending van artikel 4:20c Awb. Wellicht zou dat nog een reden kunnen zijn voor de civiele rechter om onder het huidige recht strenger te zijn.

Enigszins terzijde merken wij op dat wij voor de bestuursrechter hier geen rol zien. Het uitblijven van een kennisgeving valt niet onder de schadeoorzaken van artikel 8:88 Awb.

##### 6. Toekomst

Dit arrest is gewezen onder de Woningwet (oud). Het arrest heeft nog waarde voor het huidige recht. Voor het omgevingsrecht van de toekomst zal het arrest zijn relevantie verliezen. Zoals het er nu naar uitziet, komt de vergunning van rechtswege niet terug in de Omgevingswet (artikel 16.64).

##### Voetnoten

[\*]

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