

# Driemaal is geen scheepsrecht: de causaliteitsmaatstaf in geval van onrechtmatige overheidsbesluiten (deel III)

Bb 2019/24

*In twee eerdere arresten liet de Hoge Raad zich al uit over de aan te leggen causaliteitsmaatstaf in geval van overheidsaansprakelijkheidszaken. Niet beslissend bleek welk besluit het bestuursorgaan had kunnen nemen, maar welk besluit het bestuursorgaan feitelijk had genomen wanneer zij wel volgens de wet – en dus rechtmatig – had besloten. In de onderhavige uitspraak bevestigt de Hoge Raad deze maatstaf, en verschaft bovendien meer duidelijkheid over de reikwijdte ervan. De omstandigheid dat het bestuursorgaan nadien een nieuw rechtmatig besluit had genomen dat tot hetzelfde rechtsgevolg leidde als het onrechtmatige besluit, en dat dit besluit op dat eerdere tijdstip ook rechtens mogelijk was geweest, blijkt in het bijzonder van belang voor het oordeel dat het bestuursorgaan ten tijde van het onrechtmatige besluit eenzelfde besluit zou hebben genomen. (HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354 (BKR/de Provincie)).*

## 1. Inleiding

In eerdere bijdragen besprak ik al dat voor de aansprakelijkheid van een overheidsorgaan vanwege onrechtmatige besluitvorming (art. 6:162 BW), net als voor civiele partijen, het vereiste van causaal verband tussen de onrechtmatigheid en de schade geldt. Daarbij gaat het om het bestaan van een zogenoemde *conditio sine qua non*-relatie (letterlijk: voorwaarde zonder welke niet). In rechte moet met voldoende zekerheid vast komen te staan dat de geleden schade, als de gestelde oorzaak (de onrechtmatigheid) weggedacht wordt, in die vorm en omvang zou zijn uitgebleven. In deze context besprak ik in *Bb 2016/61* al eerder het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 (*Gemeente Hengelo/Stoeterij*) en in *Bb 2017/23* het arrest van de Hoge Raad van 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (*UWV/Verweerder*). In de onderhavige bijdrage bespreek ik het in het verlengde liggende arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354 (*BKR/de Provincie*), waarin de aan te leggen causaliteitsmaatstaf in overheidsaansprakelijkheidszaken wordt bevestigd en de toepassing daarvan verder wordt uitgekristalliseerd.

In het vervolg van deze bespreking neem ik eerst kort het juridisch kader onder de loep (§ 2) en roep ik het feitenreelaas en de rechtsregel zoals verankerd in de twee voorafgaande arresten in herinnering (§ 3). Vervolgens kom ik tot een bespreking (§ 4) en analyse (§ 5) van het meest recente arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2019, mede bezien in het licht van de eerdere twee arresten. Ik eindig met een conclusie (§ 6).

<sup>1</sup> Kirsten Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

## 2. Juridisch kader: schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsbesluiten

Belanghebbenden die als gevolg van een onrechtmatig overheidsbesluit schade (zullen) lijden of schade hebben geleden, kunnen die schade proberen te verhalen bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Deze schadevergoedingsverzoeken kunnen door middel van een zelfstandige verzoekschriftprocedure (art. 8:88 e.v. Awb) aan de bestuursrechter worden voorgelegd, maar in bepaalde gevallen is de burgerlijke rechtsgang (art. 6:162 BW) de geëigende schadevergoedingsweg.

De schade komt op grond van art. 6:162 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking, mits het onrechtmatige besluit de cruciale voorwaarde vormt voor het bestaan van de schade. In de gevallen waarin een bestuursorgaan rechtmatig tot dezelfde slotsom had kunnen komen, leidt deze causaliteitseis in de praktijk geregeld tot discussies. Te denken valt aan de situatie waarin het bestuursorgaan een onrechtmatig besluit ook rechtmatig had kunnen nemen door deze zorgvuldiger te formuleren, waardoor bij rechtmatig handelen zijdens het bestuursorgaan de *facto* dezelfde uitkomst was bereikt (wel of geen vergunning). Ter discussie staat dan – zo ook in de onderhavige uitspraak – of het onrechtmatig handelen wel in *conditio sine qua non*-verband staat tot de schade.

## 3. Wat aan dit arrest vooraf ging

### 3.1 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 (*Gemeente Hengelo/Stoeterij*)<sup>2</sup>

In de zomer van 2016 werd de eerste van dit drieluik aan arresten<sup>3</sup> over de aan te leggen causaliteitsmaatstaf in geval van onrechtmatige overheidsbesluiten gewezen, te weten het zogenaamde *Gemeente Hengelo/Stoeterij*-arrest.

In deze zaak was de Gemeente Hengelo (hierna: Gemeente) met een daar gevestigde stoeterij (hierna: Stoeterij) in onderhandeling getreden over de hervestiging van de Stoeterij en de verkoop van diens grond en gebouwen aan de Gemeente, nu zij zich op een plek bevond die de Gemeente wilde gaan ontwikkelen als bedrijventerrein. Voor de hervestiging van de Stoeterij op de nieuwe locatie was een milieuvergunning nodig, welke vergunning door de Gemeente was verleend, maar door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State nadien werd vernietigd. Reden voor de vernietiging was daarin gelegen dat de Gemeente had

<sup>2</sup> Zie hierover al eerder en meer uitgebreid K.L. Maes, *Schadevergoeding na vernietigde besluiten: de causaliteitsmaatstaf en de stuiting van diens verjaring*, *Bb 2016/61*.

<sup>3</sup> Ik beperk me tot deze recente uitspraken en volsta met een verwijzing naar de in dit verband ook relevante uitspraken HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2087, *NJ 2007/187 (Enschede/Gerridzen)* en HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, *NJ 2009/146*.

verzuimd een zogenaamd Ammoniakreductieplan vast te stellen, terwijl de Interimwet ammoniak en veehouderij dat wel vereiste.

De Stoeterij stelde de Gemeente vervolgens aansprakelijk voor de schade die zij ten gevolge van de vernietiging van de milieuvergunning had geleden (de schade die zij had geleden doordat zij de milieuvergunning niet had verkregen; hoofdzakelijk vertragingsschade en winstderving). De Gemeente verweerde zich met het standpunt dat er geen causaal verband bestond tussen de onrechtmatigheid en de gevorderde schade. Als het onrechtmatig handelen van de Gemeente zou zijn 'weggedacht' – en zij hadden de vergunning in eerste instantie conform de wet, vanwege het ontbreken van het ammoniakreductieplan, geweigerd – dan had de aanvrager immers precies dezelfde schade geleden als in de huidige situatie waarin het besluit door de bestuursrechter was vernietigd. Met andere woorden: er was volgens de Gemeente geen verband tussen de hier door de Stoeterij gestelde onrechtmatigheid en de schade, nu zonder het onrechtmatig handelen (het afwijzen van de vergunning (wel) conform de wet) de Stoeterij zich in precies dezelfde situatie had bevonden (te weten: het niet beschikken over een milieuvergunning).

De Hoge Raad volgde deze lijn van redeneren niet. Niet beslissend was immers of de Gemeente de vergunning rechtmatig had kunnen weigeren, maar welk besluit het *daadwerkelijk of feitelijk* zou hebben genomen indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist (r.o. 3.5.4). Bekeken moest dus worden of de Gemeente de vergunning had geweigerd indien zij destijds conform de wet had besloten. Nu alles er volgens de Hoge Raad op wees dat de Gemeente ervoor zou hebben gezorgd dat het Ammoniakreductieplan werd opgesteld – waartoe zij ook alle redenen had; zij wilde immers dat de Stoeterij zou verhuizen en verkeerde daarnaast in de veronderstelling dat het voornoemde plan ook daadwerkelijk was opgesteld – kon niet aangenomen worden dat de Gemeente de vergunning toentertijd zou hebben geweigerd. Het causaal verband werd dus aangenomen.

### 3.2 **HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (UWV/Verweerder)**<sup>4</sup>

In de daarop volgende zaak – een half jaar later – hadden partijen een langlopend geschil achter de rug over een ontslagvergunning die door het UWV was verleend en wel zonder zorgvuldig onderzoek en zonder deugdelijke motivering. In de uiteindelijke procedure bij de Nationale Ombudsman erkende het UWV dat het in de ontslagprocedure onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig jegens de verweerder in deze zaak ('Verweerder') had gehandeld.

Ook in deze kwestie bestond dus geen discussie over de (on)rechtmatigheid van de beslissing, maar stond echter wel en wederom ter discussie of er causaal verband bestond tussen het onrechtmatig handelen van het UWV en het aan de Verweerder verleende ontslag (de schade). Het UWV stelde

zich in deze civiele procedure immers op het standpunt dat de ontslagvergunning óók zou zijn verleend indien bij de behandeling van de ontslagaanvraag wél procedureel juist was gehandeld.

In essentie stellen dus zowel de Gemeente als het UWV in beide zaken dat de benadeelden zonder het onrechtmatig handelen hunnerzijds – de bestuursorganen zouden wel conform de op hun rustende wettelijke plichten hebben gehandeld – exact dezelfde schade hadden geleden: géén milieuvergunning respectievelijk wél een ontslagvergunning. Het voor schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW vereiste *conditio sine qua non*-verband kon daarmee wat hen betreft niet worden aangenomen.

Met een verwijzing naar het *Gemeente Hengelo/Stoeterij*-arrest overwoog de Hoge Raad in deze zaak wederom dat het bij de beantwoording van de causaliteitsvraag gaat om hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. De door het UWV verdedigde opvatting dat het hierbij gaat om de vraag welk besluit het bestuursorgaan *had kunnen* nemen, is wat de Hoge Raad betreft aldus onjuist. De Hoge Raad sluit daarmee één op één aan bij de in het *Gemeente Hengelo/Stoeterij*-arrest aangelegde causaliteitsmaatstaf. Nu het UWV de ontslagvergunning gegeven de specifieke omstandigheden van het geval – en als zij wel rechtmatig had gehandeld – had moeten weigeren, was het causaal verband ook in deze zaak een gegeven.

## 4. **Deel 3: HR 15 maart 2019 (BKR/de Provincie)**

### 4.1 **De feiten**

Tot in de kern teruggebracht gaat het in deze zaak om de vraag of de eiseressen (hierna en in enkelvoud: BKR) schade hebben geleden door een onrechtmatige aanwijzing van de Provincie om het winnen van zand volgens een verleende ontgrondingsvergunning stil te leggen. De feiten in de aanloop naar dit geschil zijn als volgt.

BKR heeft op 17 februari 1999 met de gemeente Rotterdam (hierna: Gemeente) een overeenkomst gesloten met betrekking tot de uitbreiding van de Zevenhuizerplas in verband met de ontwikkeling van een VINEX-project. Daarbij heeft BKR zowel aan de Gemeente de grond verkocht die zij in het plangebied bezat, alsmede zich tegenover de Gemeente verplicht tot de realisatie van bepaalde werken. In dat laatste verband heeft de Gemeente haar onder meer het recht toegekend om zand te winnen door uitbreiding van de aangrenzende Zevenhuizerplas, dit laatste met inachtneming van een nog door de Provincie te verlenen ontgrondingsvergunning. Gedeputeerde Staten ('GS') van de Provincie hebben bij besluit van 6 juli 1999 aan BKR een ontgrondingsvergunning verleend (hierna: de Vergunning).

In de Vergunning was onder meer bepaald dat BKR de bij de aanvraag door haar overgelegde stabiliteitsanalyse in acht diende te nemen. In die analyse stond dat het aanhouden van een taludhelling van 1:4 voldoende veiligheid bood tegen het afschuiven van zand aan de oevers. Na een aantal incidenten (oevervallen), heeft BKR bij de zandwinning een taludhelling van omstreeks 1:6 aangehouden (hetgeen al-

<sup>4</sup> Zie hierover al eerder en meer uitgebreid K.L. Maes, *Rechtszekerheid troef: schadevergoeding na onrechtmatige overheidsbesluiten* (deel II), *Bb* 2017/23.

dus een minder steile helling is dan de 1:4 die haar was vergund).

In de loop van 2008 bleek dat bij zandwinning tot een taludhelling van 1:6 de hoeveelheid winbaar zand eerder was uitgeput dan verwacht, en dat hierdoor de productie voor BKR geringer en kostbaarder werd. BKR wenste aldus weer – zoals ook in de Vergunning stond – een taludhelling van 1:4 aanhouden, maar dat leidde tot protest van GS. De voornaamste reden was daarvoor dat een door GS ingeschakeld expertisebureau inmiddels had geconcludeerd dat een taludhelling van 1:4 onvoldoende veiligheid bood, en had geadviseerd een taludhelling van 1:6 te hanteren.

Nadat BKR de Provincie had medegedeeld dat zij op 12 oktober 2009 de zandwinning zou gaan voortzetten tot aan de vergunde taludhelling van 1:4 – omdat er anders geen winbaar zand meer was – volgde op 15 oktober 2009, na al eerder een aanwijzing, een tweede aanwijzing van GS. Deze tweede aanwijzing had als strekking dat zandwinning met een steilere taludhelling dan 1:6 niet was toegestaan, tenzij uit een uitgevoerde risicoanalyse en een geactualiseerd werkplan was gebleken dat – eventueel door het treffen van beheersmaatregelen – veilige en stabiele oevers zouden ontstaan. De zandwinning kwam door deze aanwijzing volledig stil te liggen. BKR heeft daarom tegen deze aanwijzing bezwaar gemaakt, en – na ongegrondverklaring daarvan – beroep ingesteld bij de Afdeling. Op 28 april 2010 heeft de Voorzitter van de Afdeling onder meer deze tweede aanwijzing geschorst op de grond dat zich na eerder gemelde calamiteiten (oevervallen) geen andere hadden voorgedaan. Bovendien reikte deze aanwijzing verder dan op grond van de voorschriften van de Vergunning toelaatbaar was, omdat BKR voor onbepaalde tijd werd beperkt in de haar vergunde rechten.

GS bedachten nadien een makkelijkere weg tot het beoogde doel en wijzigde bij besluit van 31 januari 2011 de Vergunning ('gewijzigde Vergunning'), in die voege dat de toegestane taludhelling werd aangepast van 1:4 naar 1:6. Het tegen dit besluit ingestelde beroep door BKR werd door de Afdeling op de relevante punten ongegrond verklaard. Het resultaat was dus dat volgens de gewijzigde Vergunning de taludhelling van 1:6 niet door BKR mocht worden onderschreden, en de productie voor BKR per saldo dus geringer en kostbaarder werd.

## 4.2 Vorderingen en lagere rechtspraak

### 4.2.1 Vordering BKR

BKR vordert in deze procedure schadevergoeding van de Provincie, op de grond dat de tweede aanwijzing onrechtmatig was genomen en dat zij tussen 15 oktober 2009 (de datum waarop de tweede aanwijzing werd gegeven) en 31 januari 2011 (de datum van de wijziging van de Vergunning) 'stilligschade' heeft geleden doordat zij kosten heeft gemaakt om in de Zevenhuizerplas een door BKR gehuurde zandwinninginstallatie en daarbij horende apparatuur (hierna: de winzuiger) aanwezig te houden, terwijl deze winzuiger in de genoemde periode als gevolg van de tweede aanwijzing vrijwel geheel heeft stilgelegen. De Provincie

stelt zich echter op het standpunt – vergelijk de voorgaande uitspraken – dat er geen *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de tweede aanwijzing en de gestelde schade. Niet staat in deze kwestie aldus ter discussie dat de Provincie tegenover BKR onrechtmatig heeft gehandeld gedurende de tijd dat de tweede aanwijzing van kracht is geweest.

### 4.2.2 Rechtbank en hof

De rechtbank heeft bij tussenvonnis het causaliteitsverweer van de Provincie verworpen. Zij heeft de zaak naar de rol verwezen voor nader debat over de omvang van de schade. De Provincie heeft, met verloop van de rechtbank, tegen dit tussenvonnis tussentijds appel ingesteld. Anders dan de rechtbank heeft het hof geoordeeld dat het *conditio sine qua non*-verband ontbrak.

Het hof grijpt daarvoor terug naar de maatstaf uit het besproken *UWV/Verweerder*-arrest, door – kort gezegd – een vergelijking te maken van enerzijds de situatie die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Daarbij merkt het hof op dat:

“Indien de Provincie een nieuw rechtmatig besluit neemt dat leidt tot hetzelfde rechtsgevolg als het onrechtmatige besluit, kan dit grond zijn om tot uitgangspunt te nemen dat de Provincie ten tijde van het onrechtmatige besluit eenzelfde besluit zou hebben genomen, indien dat op dat tijdstip rechtens mogelijk was” (r.o. 6).

Met de gewijzigde Vergunning heeft de Provincie een nieuw besluit genomen met hetzelfde rechtsgevolg (wijziging van de hellingshoek van het talud van 1:4 naar 1:6). Dit aspect van het besluit is niet onrechtmatig beoordeeld door de Afdeling. Het hof concludeert daarom dat de Provincie eenzelfde, maar dan rechtmatig besluit zou hebben genomen als zij zich van het aan het onrechtmatige besluit klevende gebrek bewust zou zijn geweest (r.o. 7). Met andere woorden: als het onrechtmatig handelen van de Provincie zou zijn 'weggedacht', dan had zij de vergunning in *the first place* gewijzigd en had BKR zich in precies dezelfde positie bevonden als in de huidige situatie (namelijk: een vergunning waarin de toegestane taludhelling was gewijzigd naar 1:6). Ter onderbouwing van deze conclusie wijst het hof bovendien op het verdere feitelijke handelen van de Provincie. Het hof refereert in dat verband onder meer aan het uitgebrachte rapport van geotechnisch grondonderzoek, waarbij een eindtaludhelling werd geadviseerd van 1:6, evenals het feit dat de Provincie daarna concrete stappen had ondernomen om BKR er daadwerkelijk toe te bewegen de hellingshoek van 1:6 niet te ondergraven (behoudens andere veiligheidswaarborgen). Ook betreft het hof in zijn oordeel de omstandigheid dat de Provincie bij pleidooi nog naar voren had gebracht dat zij in het hypothetische geval van de alternatieve, rechtmatige besluitvorming, hangende de procedure voor het wijzigen van de Vergunning op 15 oktober 2009 een tijdelijke aanwijzing zou hebben gegeven om een taludhelling van 1:6 aan te houden. BKR heeft hier volgens

het hof niets, althans onvoldoende, tegenover gesteld (r.o. 9).<sup>5</sup> Van causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de schade was aldus geen sprake.

#### 4.3 Hoge Raad

Het debat in cassatie heeft onder meer betrekking op de uitleg van het arrest van 6 januari 2017 (*UWV/Verweerder*). Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, in aansluiting op het voornoemde arrest, bij het beoordelen van het causaal verband tot uitgangspunt te nemen dat het erom gaat of het nieuwe besluit 'hetzelfde rechtsgevolg' heeft als het onrechtmatige besluit. Volgens het onderdeel moet beslissend zijn of het nieuwe besluit zou hebben geleid tot dezelfde schade als het onrechtmatige besluit.

Met een verwijzing naar oudere rechtspraak,<sup>6</sup> constateert de Hoge Raad dat het *conditio sine qua non*-verband in gevallen waarin schade is ontstaan door een onrechtmatig besluit, moet worden vastgesteld door de situatie zoals zij zich in werkelijkheid heeft voorgedaan te vergelijken met de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. De Hoge Raad concludeert vervolgens dat het hof, met de hiervoor weergegeven overwegingen, die causaliteitsmaatstaf niet heeft miskend. Daartoe herhaalt zij in feite de overwegingen van het hof, en concludeert dat het hof dus heeft onderkend dat volgens de stellingen van BKR haar schade niet, of in ieder geval niet geheel, afhankelijk was van het rechtsgevolg van het onrechtmatige besluit. Het hof heeft beoordeeld hoe BKR in de hypothetische situatie feitelijk zou hebben gehandeld, gegeven de wijze waarop zij zich in werkelijkheid na de tweede aanwijzing had gedragen.

Onderdeel 2 van het middel voert aan dat het hof ten onrechte in zijn beoordeling van het causaal verband heeft betrokken wat BKR volgens het hof had moeten doen naar aanleiding van de tweede aanwijzing. Het hof had in plaats daarvan moeten uitgaan van de feitelijke situatie zoals die was, te weten dat BKR de winzuiger liet liggen in afwachting van nadere besluitvorming, en had voor de hypothetische situatie dat direct een rechtmatig besluit zou zijn genomen, ervan moeten uitgaan dat BKR haar winzuiger meteen zou hebben weggehaald, en dus geen stilligschade zou hebben geleden.

Ook dit betoog wordt verworpen. Het hof heeft in aanmerking genomen dat BKR in de werkelijke situatie de winzuiger heeft laten liggen, *hoewel zij geen redelijke grond had voor de verwachting dat zij uiteindelijk een steilere taludhelling dan 1:6 zou kunnen aanhouden*. Niet valt volgens het hof in te zien wat in dat opzicht het verschil zou zijn geweest tussen de tweede aanwijzing en een wijziging van de Vergunning. Dat betekent, aldus de Hoge Raad, dat het hof niet heeft gekeken naar wat BKR volgens het hof had moeten

doen naar aanleiding van de tweede aanwijzing, maar heeft beoordeeld hoe BKR in de hypothetische situatie feitelijk zou hebben gehandeld, gegeven de wijze waarop zij zich in werkelijkheid na de tweede aanwijzing had gedragen. De Hoge Raad verwerpt dan ook het door BKR ingestelde het cassatieberoep.

#### 5. Analyse

Het *conditio sine qua non*-verband moet, óók in gevallen waarin schade is ontstaan door een onrechtmatig besluit, worden vastgesteld door de situatie zoals zij zich in werkelijkheid heeft voorgedaan te vergelijken met de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. In deze zaak – anders dan de twee hieraan voorafgaande en in § 3 besproken arresten – noopt dat tot de conclusie dat er geen causaal verband en dus geen aansprakelijkheid van het bestuursorgaan aangenomen kon worden.

Alhoewel BKR in cassatie meende dat de causaliteitsmaatstaf bij dergelijke overheidsaansprakelijkheidszaken niet moest zijn of het nieuwe besluit 'hetzelfde rechtsgevolg' heeft als het onrechtmatige besluit, maar beslissend moet zijn of het nieuwe besluit zou hebben geleid tot dezelfde schade als het onrechtmatige besluit, stelt de Hoge Raad deze toetsingsnormen in feite op een lijn. Ook de A-G kwam tot die conclusie, door in overweging 4.6 van zijn conclusie op te merken:

“M.i. volgt uit rov. 3.4.4 daarom precies hetgeen het subonderdeel voor ogen staat, namelijk dat bij de te maken beoordeling moet worden gezien of het hypothetisch rechtmatige besluit tot naar aard en omvang dezelfde schade zou hebben geleid.”

Door te beoordelen of het rechtsgevolg al dan niet dezelfde is, wordt in feite de situatie zoals zij zich in werkelijkheid heeft voorgedaan vergeleken met de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. De Hoge Raad deed het eerste onderdeel van het cassatieberoep daarmee dus af als een vrij semantische discussie.

Voor wat betreft de aangelegde causaliteitsmaatstaf concludeerde ik al eerder dat de Hoge Raad met deze maatstaf wel lijkt af te wijken van de eerdere rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, kort gezegd daarop neerkomende dat er geen sprake is van causaal verband indien het bestuursorgaan een rechtmatig besluit *had kunnen nemen* dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.<sup>7</sup> De nu gehanteerde causaliteitsmaatstaf sluit wel goed aan bij de civiele toepassing van het *conditio sine qua non*-leerstuk. Bij de civiele causaliteitsmaatstaf gaat het immers om eenzelfde vergelijking van twee (vermogens)situaties: wat is de situatie van de *Stoeterij/Verweerder/BKR*

<sup>5</sup> Omwille van de omvang van deze bespreking, volsta ik te verwijzen naar r.o. 10, waarin het hof nog ingaat op de door BKR gevorderde stilligschade. Deze overweging komt bij de bespreking van het arrest van de Hoge Raad in § 4.3 tevens aan bod.

<sup>6</sup> HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (*UWV/Verweerder*) is in aansluiting op HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 (*Gemeente Hengelo/Stoeterij*).

<sup>7</sup> Zie hierover uitgebreid de annotatie van F.A. Mulder en F.A. Linssen, *TBR* 2016/124, p. 3-4, met een verwijzing naar ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:HR:2005:AR6659, r.o. 2.8. Zie hierover ook de conclusie van de A-G in randnummer 3.17.

nu, gegeven de onrechtmatigheid (situatie 1), en wat was de situatie van de *Stoeterij/Verweerder/BKR* geweest indien de *Gemeente/UWV/Provincie* toentertijd conform de wet (en dus niet onrechtmatig) had gehandeld (situatie 2)? Teneinde deze vergelijking zo zuiver mogelijk te maken, is – zo oordeelt de Hoge Raad wat mij betreft nu voor de derde keer terecht – beslissend wat de *Gemeente/UWV/Provincie daadwerkelijk* in situatie 2 hadden besloten. De voornoemde vergelijking wordt immers troebel en behoorlijk willekeurig als de Hoge Raad daarbij acht zou slaan op wat het bestuursorgaan allemaal rechtmatig *had kunnen* beslissen.

Dat gezegd hebbende, schuilt een mogelijk ‘gevaar’ in het oordeel van de Hoge Raad – na daartoe al een voorzet te hebben gegeven in het *UWV/Verweerder*-arrest – dat de omstandigheid dat het bestuursorgaan een nieuw rechtmatig besluit neemt dat tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het onrechtmatige besluit, grond kan zijn om tot uitgangspunt te nemen dat het bestuursorgaan ten tijde van het onrechtmatige besluit eenzelfde besluit zou hebben genomen, indien dat op dat tijdstip ook rechtens mogelijk was. In die zin is de hypothetische situatie van het verleden (situatie 2) met handelen in de toekomst immers nog enigszins door het bestuursorgaan te sturen (en zou betoogd kunnen worden dat het in de praktijk toch weer op een *kunnen* neerkomt). Wat mij betreft dient deze omstandigheid daarom steeds en ten behoeve van de rechtszekerheid – zoals ook in de onderhavige uitspraak het geval is – bezien te worden in het licht van de andere (minder stuurbare) omstandigheden, zoals het feitelijk handelen van de Provincie in het verleden.

Tot slot: de Hoge Raad had aan de beantwoording van het tweede onderdeel wat mij betreft wel meer woorden mogen besteden. Is het namelijk wel zo aannemelijk dat BKR in de hypothetische situatie dat wel rechtmatig was gehandeld – de vergunning direct zou zijn gewijzigd – die windzuiger ook zou hebben laten liggen? De A-G gebruikt die extra woorden in overweging 4.14 van zijn conclusie wel, door de voornoemde vraag (m.i. meer bevredigend) te beantwoorden als volgt:

“Het is m.i. echter niet zonder meer aannemelijk dat BKR in de hypothetische situatie, waarbij de Provincie al op 15 oktober 2009 de gewijzigde Vergunning zou hebben verleend, zij ook dan de winningsinstallatie direct zou hebben weggehaald. Het is namelijk geenszins ondenkbaar dat BKR in dat geval, hangende bezwaar en beroep, de winzuiger voorlopig zou hebben laten liggen. Ook dan zou de winzuiger werkloos in de plas hebben gelegen en hadden de kosten wekelijks doorgetikt. De daaruit voortvloeiende schade had dan dezelfde oorzaak gehad als in de feitelijke situatie: het zand dat wél mocht worden gewonnen (tot aan taludhelling 1:6) was op, terwijl het zand dat nog aanwezig was (tot aan taludhelling 1:4) niet mocht worden gewonnen. Ook zo beschouwd bestond er op 15 oktober 2009 geen verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie.”

## 6. Conclusie

Driemaal is voor BKR in deze procedure geen scheepsrecht gebleken: in lijn met de eerdere discussies in de arresten *Gemeente Hengelo/Stoeterij* en *UWV/Verweerder*, beslecht de Hoge Raad de vrij semantische discussie in cassatie en bevestigt daarmee de heersende interpretatie van de causaliteitsmaatstaf in overheidsaansprakelijkheidszaken. Een uitkomst die BKR in zekere zin dus al aan had kunnen zien komen.

Alhoewel daar in abstracto in het *UWV/Verweerder*-arrest al een voorschot op was genomen, komt in de onderhavige uitspraak goed naar voren dat de omstandigheid dat het bestuursorgaan een nieuw rechtmatig besluit heeft genomen dat tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het onrechtmatige besluit, grond kan zijn om tot uitgangspunt te nemen dat het bestuursorgaan ten tijde van het onrechtmatige besluit eenzelfde besluit zou hebben genomen, indien dat op dat tijdstip ook rechtens mogelijk was. Het antwoord op de vraag wat de Provincie daadwerkelijk in de hypothetische situatie van wel rechtmatig handelen had besloten, is dus achteraf in zekere zin nog door haar toekomstige (rechtmatige) handelen te beïnvloeden. Betoogd zou kunnen worden dat daarmee enigszins afbreuk wordt gedaan aan de eerdere ‘harde’ conclusie dat het bij de beoordeling van deze causaliteitsmaatstaf niet gaat om wat de Provincie had *kunnen* beslissen, maar (veel objectiever) welk besluit zij *daadwerkelijk of feitelijk* zou hebben genomen indien zij wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist. Aanknoping bij meer objectieve factoren bij de beoordeling van de tweede (hypothetische) situatie – zoals het feitelijk handelen van het bestuursorgaan destijds – verdient wat mij betreft daarom de voorkeur.