

AB 2015/2

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

28 maart 2014, nr. 13/00355

(Mrs. F.B. Bakels, C.E. Drion, G. de Groot, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. L.A.D. Keus) m.nt. C.N.J. Kortmann*

Art. 6:162, 6:163 BW; art. 1:2, 3:2, 3:46, 3:47, 7:12 Awb; art. 3, 7 Wet Bibob; art. 1.7 (oud, thans art. 1.5) APV Amsterdam.

NJB 2014/732

RAV 2014/62

JWB 2014/162

RvdW 2014/521

O&A 2014/36

ECLI:NL:HR:2014:767

ECLI:NL:PHR:2014:6

Schending van de motiveringsplicht van art. 7:12 lid 1 Awb is niet onrechtmatig jegens de verhuurster, nu zij geen belanghebbende is in de zin van art. 1:2 Awb bij de weigering van de door de huurder aangevraagde exploitatievergunning.

De burgemeester van Amsterdam weigert een exploitatievergunning te verlenen voor raamprostitutie wegens strijd met art. 1.7 APV (oud). De aanvrager en beoogd huurder komt bij de bestuursrechter succesvol op tegen deze weigering, waarna de burgemeester de aanvraag alsnog honoreert en de huur ingaat. Vervolgens vordert de eigenaresse/verhuurster schadevergoeding wegens gederfde huurinkomsten bij de burgerlijke rechter. Een van de subonderdelen van het cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het Hof dat de relativiteitseis niet in de weg staat aan toewijzing van de vordering. De Hoge Raad overweegt als volgt.

Indien het oordeel van het hof aldus moet worden verstaan dat de eigenaresse geen belanghebbende is bij het onderhavige besluit in de zin van de Awb, treft onderdeel 1.1 doel.

Hierbij wordt het volgende vooropgesteld. Indien de bestuursrechter een besluit heeft vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Awb, staat vast dat het besluit niet berust op een deugdelijke motivering in de zin van die bepaling. Het besluit van de burgemeester van 11 augustus 2008 is, zoals het hof terecht heeft aangenomen, vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Awb. Ingevolge deze bepaling dient een beslissing op bezwaar te berusten op een deugdelijke motivering. Deze motiveringsplicht strekt ertoe, met name ingeval de bezwaren onge-

grond worden verklaard, dat degene die tegen het besluit bezwaar heeft gemaakt en eventuele andere belanghebbenden uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet is tegemoetgekomen.

Dat is onder meer van belang voor de beantwoording van de vraag of een vervolgprocedure met kans op succes gevoerd kan worden. (vgl. Parl. Gesch. Awb I, blz. 351). Hoewel de gehoudenheid om een besluit toereikend te motiveren mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft, strekt zij niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb.

Bij het uitgangspunt dat de eigenaresse geen belanghebbende in de zin van de Awb was, is het door aanvrager bestreden besluit dat is vernietigd op de grond dat het niet overeenkomstig art. 7:12 lid 1 Awb is gemotiveerd, anders dan het hof heeft overwogen, niet onrechtmatig jegens eigenaresse, ook niet in de door het hof in r.o. 3.4-3.5 genoemde omstandigheden (zie hiervoor in 3.3.3-3.3.4). In de verhouding tot de eigenaresse is ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

Het voorgaande laat onverlet dat onder omstandigheden sprake kan zijn van schending van een andere, jegens de eigenaresse in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm. Daarentrent heeft het hof echter niets vastgesteld.

Arrest in de zaak van:

De Gemeente Amsterdam, eiseres tot cassatie, adv. mr. M.W. Scheltema, tegen D., te L., verweerster in cassatie, niet verschenen.

Conclusie A-G mr. L.A.D. Keus:

In deze zaak maakt D. aanspraak op vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de weigering van exploitatievergunningen voor een prostitutiebedrijf aan de huurder van ruimten in twee panden die D. en haar echtgenoot in eigendom hebben.

1 Feiten en procesverloop¹

1.1 D. is samen met haar echtgenoot C. eigenaar van de panden aan de Oudezijds Achterburgwal 50 en de Bardesteeg 7 te Amsterdam. Blijkens een tweetal huurovereenkomsten van 1 december 2007 heeft D. ruimten in de panden verhuurd aan M. (hierna: M.), die voornemens was de panden in gebruik te nemen ter exploitatie van een prostitutiebedrijf. In art. 3 van de

* Advocaat bij Stibbe, tevens verbonden aan de Universiteit Utrecht.

¹ Rov. 2.1-2.14 van het bestreden arrest.

huurovereenkomsten is bepaald dat die overeenkomsten pas in werking treden vanaf de dag nadat bekend is geworden dat de vereiste vergunningen voor de exploitatie van raambordelen aan M. zijn verstrekt. De huurprijs voor de ruimten in de panden bedraagt maandelijks € 9.500 voor Oudezijds Achterburgwal 50 en € 7.500 voor Barndesteeg 7.

1.2 De genoemde vergunningen voor de exploitatie van raambordelen (hierna ook: de vergunningen) zijn op 5 december 2007 door M. bij de burgemeester van Amsterdam aangevraagd.

1.3 Op 12 maart 2008 heeft M. bezwaar gemaakt tegen het niet tijdig beslissen op zijn aanvraag.

1.4 Voorts heeft M. op 13 maart 2008 aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht om een voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter heeft dit verzoek bij uitspraak van 27 maart 2008 toegewezen en bepaald dat het dagelijks bestuur van het Stadsdeel Amsterdam-Centrum binnen één week na die dag een beslissing neemt op de aanvraag van M. In de uitspraak heeft de voorzieningenrechter overwogen dat de beslissing uiterlijk op 31 januari 2008 had moeten worden genomen.

1.5 Bij brief van 17 maart 2008 heeft de burgemeester M. bericht dat hij voornemens is de aangevraagde vergunningen te weigeren. In deze brief wordt onder meer melding gemaakt van de huurovereenkomsten met D. en de huurbedragen in die overeenkomsten.

1.6 Bij besluit van 3 april 2008 heeft de burgemeester, geleid op art. 1.7 van de Algemene Plaatselijke Verordening 1994 van de gemeente Amsterdam, geweigerd de vergunningen te verlenen. Ingevolge dat artikel kan de vergunning onder meer worden geweigerd, indien redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de aanvraag is vermeld. In het besluit is onder meer het volgende overwogen:

– dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat M. de raambordelen niet zelfstandig zal exploiteren;

– dat in het door M. ingediende bedrijfsplan wordt uitgegaan van irreële omzetverwachtingen, dat hij ondanks het hoge risicoprofiel van zijn onderneming nauwelijks reserves heeft ingebouwd en dat hij zich in een afhankelijke positie ten opzichte van D. bevindt;

– dat tussen de dag waarop de laatste exploitant de exploitatie van de raambordelen heeft gestaakt en de dag waarop de aanvragen van M. zijn ingediend, achtereenvolgens drie personen, onder wie D., exploitatievergunningen voor de raambordelen hebben aangevraagd, en dat geen

van deze aanvragen heeft geresulteerd in de verlening van exploitatievergunningen;

– dat prostitutiependen in het Wallengebied blijkens adviezen van het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Bibob) stelselmatig worden gebruikt voor het witwassen van crimineel verkregen gelden en dat pandeigenaren in dat verband belang hebben bij stabiele stromannen, opdat exploitatievergunningen kunnen worden verkregen om zo zwart geld te kunnen blijven witwassen;

– dat een groep personen volgens voornoemde adviezen in het Wallengebied in wisselende functies werkzaam is voor drie pandeigenaren die met elkaar in een zakelijk samenwerkingsverband staan, dat M. heeft gewerkt voor een van deze pandeigenaren, en dat een van de andere twee pandeigenaren (C.) echtgenoot van D. en mede-eigenaar van de panden is.

1.7 Bij brief van 15 augustus 2008 heeft D. de Gemeente meegedeeld schade te lijden ten gevolge van de weigering van de vergunningen en de Gemeente hiervoor aansprakelijk gesteld.

1.8 M. heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 3 april 2008. Tevens heeft M. de voorzieningenrechter verzocht bij wijze van voorlopige voorziening de beschikking van de burgemeester te schorsen en te bepalen dat hij tot zes weken na de beslissing op bezwaar wordt behandeld alsof hem vergunningen waren verleend. Bij uitspraak van 26 mei 2008 is dit verzoek door de voorzieningenrechter op grond van een afweging van de betrokken belangen afgewezen. Hierbij heeft de voorzieningenrechter over de juistheid van de beschikking onder meer het volgende overwogen:

“De rechter merkt op dat de bibob-adviezen geen betrekking hebben op verzoeker en dat in de rapporten geen relatie tussen de pandeigenaren en verzoeker wordt gelegd.

De rechter heeft er twijfel over of verweerder de geëigende weg heeft bewandeld door de weigering te baseren op de APV. Bij de toets aan artikel 1.7, eerste lid, van de APV hoeft de vraag of verzoeker in verband kan worden gebracht met het witwassen strikt genomen niet te worden beantwoord. De rechter stelt vast dat het daar bij de onderhavige weigering wel om gaat. Bij de toets aan artikel 3, eerste lid, van de Wet bibob is wel de essentie of er een relatie bestaat tussen het witwassen en verzoeker.

De rechter is echter van oordeel dat de beantwoording van de vraag of verweerder het juiste wettelijke kader aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd, zich niet leent voor

beantwoording in deze voorlopige voorzieningen procedure.

Gelet op het vorenstaande is de conclusie dat er twijfel is of het besluit in rechte zal kunnen standhouden.

(...).

De rechter tekent daarbij aan dat verzoeker, indien het besluit onrechtmatig mocht blijken te zijn, de mogelijkheid heeft om schadevergoeding aan verweerder te vragen.”

1.9 Bij besluit van 11 augustus 2008 is het bezwaar van M. ongegrond verklaard.

1.10 M. heeft beroep ingesteld tegen het besluit van 11 augustus 2008. Bij uitspraak van 3 april 2009 heeft de rechtbank het beroep gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waarin is bepaald dat een beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering.

1.11 De burgemeester heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna ook: de Afdeling). Voorts heeft hij een voorlopige voorziening verzocht. Bij uitspraak van 10 juni 2009 is dat verzoek toegewezen, aldus dat is bepaald dat de burgemeester geen nieuw besluit op bezwaar behoeft te nemen, voordat de Afdeling op het hoger beroep heeft beslist.

1.12 Bij uitspraak van 18 november 2009 heeft de Afdeling de uitspraak van de rechtbank bevestigd. In de uitspraak is onder meer het volgende overwogen:

“2.4.2 (...)

De door de burgemeester genoemde feiten en omstandigheden betreffen inschattingen over de toekomstige omzet en bezettingsgraad. Geconcludeerd zou kunnen worden dat het door M. ingediende bedrijfsplan van te optimistische inschattingen uitgaat en dat hij in bedrijfseconomisch opzicht risico loopt, maar niet dat de raambordelen niet daadwerkelijk door hem zullen worden geëxploiteerd. Ook indien deze conclusie wordt gezien in het licht van de overige door de burgemeester geschetste omstandigheden — de gang van zaken rond eerdere aanvragen om exploitatievergunningen voor de raambordelen en de situatie in de prostitutiebranche in het Wallengebied zoals geschetst in de (...) bedoelde Bibob-adviezen, welke situatie door de burgemeester van algemene bekendheid wordt geacht — kan deze conclusie niet het oordeel dragen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de door M. ingediende vergunningaanvragen is vermeld.

2.4.3 Gezien het voorgaande, heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat het bij haar bestreden

besluit niet op een deugdelijke motivering berust. (...)”

1.13 Bij besluit van 23 november 2009 heeft de burgemeester de vergunningen alsnog verleend aan M.

1.14 Bij brief van 19 januari 2010 heeft D. de Gemeente verzocht schadevergoeding aan haar toe te kennen ten belope van € 379.809,23. De Gemeente heeft dit verzoek afgewezen.

1.15 Bij exploit van 25 mei 2010 heeft D. de Gemeente voor de rechtbank Amsterdam doen dagvaarden. D. heeft gevorderd dat de Gemeente zal worden veroordeeld haar een bedrag van € 379.809,23 te betalen, vermeerderd met rente en kosten.

1.16 Nadat bij tussenvonnis van 1 september 2010 een comparitie van partijen was gelast, welke comparitie op 16 november 2010 heeft plaatsgehad, heeft de rechtbank bij vonnis van 23 maart 2011 de vordering van D. afgewezen. Aan dat oordeel heeft de rechtbank ten grondslag gelegd dat D. geen belanghebbende (in de zin van de Awb) is (geweest) bij de besluiten van de burgemeester van 3 april en 11 augustus 2008 (rov. 4.1.3). Om die reden was de burgemeester niet gehouden de belangen van D. mee te wegen bij de besluitvorming (rov. 4.1.4) en vloeit uit de uitspraak van de Afdeling van 18 november 2009 op zichzelf niet voort dat jegens D. onrechtmatig is gehandeld (rov. 4.1.5).

1.17 Bij exploit van 6 juni 2011 heeft D. bij het hof Amsterdam hoger beroep doen instellen. De Gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en bekrachtiging van het bestreden vonnis. Partijen hebben ter zitting van 24 april 2012 hun zaak aan de hand van pleitnotities doen bepleiten.

1.18 Bij arrest van 16 oktober 2012 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de Gemeente veroordeeld tot betaling aan D. van een bedrag van € 212.297,78, vermeerderd met rente en kosten. Voorts heeft het hof de Gemeente veroordeeld tot terugbetaling aan D. van hetgeen D. uit hoofde van het vernietigde vonnis aan de Gemeente heeft voldaan, te vermeerderen met rente.

Aan zijn oordeel heeft het hof onder meer ten grondslag gelegd dat met de vernietiging door de bestuursrechter van het besluit van de burgemeester van 11 augustus 2008 vast staat dat dit besluit onrechtmatig is, in ieder geval jegens M. (rov. 3.3). Bij de beantwoording van de vraag of dit besluit ook onrechtmatig is jegens D. is volgens het hof in de eerste plaats van belang welke norm bij het bestreden besluit is geschonden. Uit de

uitspraak van de bestuursrechter te Amsterdam, die is bekrachtigd door de Afdeling, volgt dat het besluit is vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Awb. Die bepaling houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering. De strekking van die norm is volgens het hof zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derden-belanghebbenden, zoals D. Derhalve dient beoordeeld te worden of in dit geval sprake is van dergelijke omstandigheden (rov. 3.4).

Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat de omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat de burgemeester van meet af aan bekend was met de betrokkenheid en financiële belangen van D. bij het verlenen van de raamprostitutievergunningen, bezien in hun onderlinge samenhang, met zich brengen dat het besluit van 11 augustus 2008 ook onrechtmatig was jegens D. D. onderscheidt zich van de in beginsel onbeperkte groep van derden-belanghebbenden die alle als potentiële benadeelden hebben te gelden bij het onrechtmatige besluit, omdat zij één concrete derde-belanghebbende is die haar financiële belang bij een rechtmatig besluit onder de aandacht van de Gemeente heeft gebracht; daardoor was de schade van D. bekend bij en voorzienbaar voor de Gemeente (rov. 3.4 en 3.5).

Voorts heeft het hof het verweer van de Gemeente dat zij goede redenen had om op grond van de Bibob-adviezen met toepassing van art. 1.7 van de APV de vergunningen te weigeren (welk verweer de rechtbank had gehonoreerd) verworpen. Volgens het hof kan aan Bibob-adviezen geen wezenlijke betekenis worden toegekend in het kader van een toetsing aan art. 1.7 APV. Een toetsing aan dat artikel vereist dat wordt getoetst of er concrete feiten en omstandigheden zijn die erop wijzen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de toekomstige feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de aanvraag is vermeld. In het onderhavige geval betekent dit, nog steeds volgens het hof, dat ter beoordeling staat of er concrete feiten en omstandigheden zijn die met zich brengen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat M. niet daadwerkelijk de raambordelen zal exploiteren en niet de vraag of ernstig gevaar bestaat dat de gevraagde exploitatievergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen of om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (rov. 3.6 en rov. 3.7).

Het hof heeft voorts geoordeeld dat met de vernietiging van het besluit op bezwaar in beginsel ook de schuld van het bestuursorgaan is

gegeven en dat de Gemeente onvoldoende heeft gesteld waarom in het onderhavige geval van deze hoofdregel zou moeten worden afgeweken (rov. 3.8).

Volgens het hof slaagt ook de stelling van D. dat het primaire besluit van 3 april 2008 jegens haar onrechtmatig was met als gevolg dat de Gemeente voor de door D. geleden schade aansprakelijk is (rov. 3.9).

1.19 Bij exploitatie van 11 januari 2013 heeft de Gemeente (tijdig) beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof van 16 oktober 2012. D. is in cassatie niet verschenen. Aan haar is verstek verleend. De Gemeente heeft haar cassatieberoep schriftelijk toegelicht.

2 Inleiding

2.1 De onderhavige zaak stelt onder meer de vraag aan de orde of en in hoeverre uit de omstandigheid dat een besluit door de bestuursrechter is vernietigd kan worden afgeleid dat het besluit (civielrechtelijk) ook jegens een derde onrechtmatig moet worden geoordeeld.

2.2 Deze vraag dient te worden beantwoord tegen de achtergrond van de leer van de formele rechtskracht. Op grond van deze leer geldt – kort gezegd – dat wanneer tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter, zo deze beroepsgang niet (met succes) is gebruikt, in geval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan dient uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.²

2.3 Als complement van de leer van de formele rechtskracht geldt het leerstuk van de besluitaansprakelijkheid. Als een belanghebbende wél met succes is opgekomen tegen een besluit bij de bestuursrechter en de bestuursrechter het besluit heeft vernietigd, is sprake van een onrechtmatige daad en is de schuld van het betrokken overheidslichaam aan die onrechtmatige

² Vaste rechtspraak sinds HR 16 mei 1986 (*Heesch/Van de Akker*), ECLI:NL:HR:1986:AC9347, NJ 1986/723 m.nt. MS.

daad in beginsel gegeven.³ Deze situatie, die spiegelbeeldig is aan die van de formele rechtskracht, wordt in de literatuur ook wel als “oneigenlijke” formele rechtskracht aangeduid.⁴ Zoals de formele rechtskracht slechts geldt voor de partij die langs bestuursrechtelijke weg tegen het betrokken besluit is kunnen opkomen maar dat niet of niet met succes heeft gedaan, geldt de “oneigenlijke” formele rechtskracht slechts jegens de belanghebbende die de voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen daadwerkelijk en met succes heeft benut⁵:

“3.4.1. Voorop moet worden gesteld dat wanneer – als hier – een besluit van een overheidslichaam op verzoek van een rechtstreeks belanghebbende door de Afd. rechtspraak wordt vernietigd wegens strijd met de wet, dat overheidslichaam in beginsel jegens die belanghebbenden aansprakelijk is uit onrechtmatige daad en door de burgerlijke rechter op grond van art. 1401 BW kan worden veroordeeld tot schadevergoeding. (...)”

Volledigheidshalve voeg ik aan het voorgaande toe dat onrechtmatigheid van een besluit voor de burgerlijke rechter ook dan uitgangspunt is, indien een besluit niet door de bestuursrechter wordt vernietigd, maar door het betrokken overheidslichaam wordt ingetrokken of herroepen,

zulks op gronden die de onrechtmatigheid van het betrokken besluit impliceren.⁶

2.4 Overigens kan een vordering tot schadevergoeding na de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter wel afstuiten op het relativiteitsvereiste.⁷

2.5 In het onderhavige geding staat de vraag centraal of en in hoeverre uit de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter kan (of moet) worden afgeleid dat het overheidslichaam ook onrechtmatig heeft gehandeld *jegens een derde*, niet zijnde de geadresseerde van het besluit, die niet als belanghebbende langs bestuursrechtelijke weg tegen het besluit is kunnen opkomen.

2.6 Voor (rechts)personen die als belanghebbende het besluit langs bestuursrechtelijke weg hadden kunnen aanvechten, maar dat hebben nagelaten, geldt de formele rechtskracht van het besluit. Zulks ligt reeds besloten in hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in het arrest *Heesch/Van de Akker* en is ook uitdrukkelijk aanvaard in het *Budinovski*-arrest⁸:

“Onderdeel 1a van het middel strekt ten betoegte dat het hof in zijn rov. 4.2 blijkens de hiervoor in 3.2.4 geciteerde zinsnede “die niet is benut door degene, tot wie de beschikking is gericht” een onjuist, immers te eng, criterium heeft aangelegd voor de beantwoording van de vraag of de beschikking van 21 september

3 Zie onder meer HR 26 september 1986 (*Hoffmann-La Roche*), ECLI:NL:HR:1986:AC9505, NJ 1987/253 m.nt. MS, rov. 3 (“(...) In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmede de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. (...)”), alsmede HR 31 mei 1991 (*Van Gog/Nederweert*), ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, NJ 1993/112 m.nt. CJHB, rov. 3.3: “(...) Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere in art. 8 lid 1 Wet Arob vermelde grond – dan wel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet –, is daarmede de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt tref, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt. (...)”

4 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (2010), p. 1417.

5 HR 17 november 1989 (*Velsen/De Waard*), ECLI:NL:HR:1989:ZB1084, NJ 1990/746 m.nt. JBMV.

6 Zie HR 8 december 1995 (*Bedrijfsvereniging/Heijboer*), ECLI:NL:HR:1995:ZC1914, NJ 1997/163 m.nt. MS, rov. 3.3; HR 20 februari 1998 (*B/de Staat*), ECLI:NL:HR:1998:ZC2588, NJ 1998/526 m.nt. ARB, rov. 5.2; meer recent: HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1705, NJ 2013/422 m.nt. J.W. Zwemmer “3.4.3 (...) Als een bestuursorgaan een besluit intrekt of herroept onder mededeling dat dit geschiedt omdat het besluit onjuist is, of anderszins erkent dat een besluit onrechtmatig is, komt aan het ingetrokken of herroepen besluit geen formele rechtskracht toe en behoort de burgerlijke rechter de onjuistheid van het besluit tot uitgangspunt te nemen bij de beoordeling van een vordering die is gegrond op een onrechtmatige daad van het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit (HR 8 december 1995, LjN ZC1914, NJ 1997/163; HR 18 juni 1993, LjN ZC1006, NJ 1993/642). Indien een zodanige mededeling of erkenning niet is gedaan, hangt het af van de redenen voor intrekking of herroeping en de omstandigheden waaronder het primaire besluit is totstandgekomen, of dat besluit onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW en, zo ja, of de onrechtmatige daad aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend, met dien verstande dat de onrechtmatigheid is gegeven indien het ingetrokken of herroepen besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet (HR 20 februari 1998, LjN ZC2588, NJ 1998/526).”

7 HR 13 april 2007 (*Iranese vluchtelingen*), ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576 m.nt. J.B.M. Vranken. Zie voorts over het relativiteitsvereiste R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (2010), p. 1418 en p. 1422 e.v.. Vgl. inmiddels (het sedert 1 januari 2013 geldende) art. 8:69a Awb: “De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.”

8 HR 8 september 1995 (*Budinovski*), ECLI:NL:HR:1995:ZC1799, NJ 1997/159 m.nt. MS, rov. 3.3.1.

1993 in dit kort geding formele rechtskracht heeft tussen de Gemeente en Budinovski.

Dit betoog is juist. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, dient de burgerlijke rechter, “wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan (zoals die ingevolge de Wet Arob)”, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, in beginsel ervan uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Deze ook in latere uitspraken van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel berust op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter geboden is. De beperking die gelegen is in de door het Hof gehanteerde maatstaf, strookt niet met die gedachte. Wanneer anderen dan degene, tegen wie een beschikking is gericht, het rechtens vereiste belang hebben om gebruik te kunnen maken van een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang, brengt de wenselijkheid van een doelmatige taakverdeling als vorenbedoeld mee dat ook ten aanzien van hen in beginsel dient te worden uitgegaan van de formele rechtskracht van de beschikking indien zij die rechtsgang niet hebben benut.

Het onderdeel is derhalve terecht voorgesteld.”

2.7 Aan de formele rechtskracht van een besluit jegens een belanghebbende die heeft verzuimd de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen die hem ten dienste stonden aan te wenden, kan niet afdoen dat het bewuste besluit naar aanleiding van een door een ander ingesteld bezwaar en/of beroep is herroepen of vernietigd. In de zaak *Kaveka/Apeldoorn*⁹ is getracht de Hoge Raad tot een andere opvatting te bewegen met het argument dat de vernietiging van een besluit *erga omnes* werkt. Volgens de Hoge Raad brengt die omstandigheid echter niet mee dat een door de bestuursrechter vernietigd besluit jegens een ieder onrechtmatig moet worden geacht:

“3.3 (...)”

Met betrekking tot de vraag of het besluit van Gedeputeerde Staten jegens Kaveka formele rechtskracht heeft verkregen, nu zij daartegen geen beroep heeft ingesteld, moet worden vooropgesteld dat de burgerlijke rechter, wanneer tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft open-

gestaan en deze beroepsgang niet is gebruikt, in beginsel ervan dient uit te gaan dat het besluit zowel wat betreft zijn wijze van totstandkoming als wat betreft zijn inhoud in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en met algemene rechtsbeginselen. Deze in verscheidene arresten van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel berust op de gedachte van een doelmatige taakverdeling, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat ten aanzien van overheidsbesluiten de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een administratief-rechtelijke procedure wordt genomen. Hieruit vloeit voort dat degene die de administratief-rechtelijke procedure niet heeft gebruikt, zich niet op de onrechtmatigheid van het besluit kan beroepen.

Hieraan doet niet af dat het tegen het besluit van Gedeputeerde Staten openstaande beroep op de Kroon in verband met de op art. 6 EVRM berustende rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens – voorzover sprake is van vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van dat artikel – niet kan worden aangemerkt als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Het past immers in het Nederlandse stelsel van rechtspleging om in die situatie aan te nemen dat de belanghebbende, nadat hij beroep bij de Kroon heeft ingesteld, maar een voor hem ongunstige beslissing heeft verkregen, vervolgens zijn geschil aan de burgerlijke rechter kan voorleggen zonder dat de beslissing van de Kroon hem kan worden tegengeworpen. Het recht van de belanghebbende om zijn geschil te doen berechten door een rechter die aan de maatstaven van art. 6 lid 1 EVRM voldoet, noopt er in beginsel niet toe het in het onderhavige geval door de wetgever voorgeschreven beroep op de Kroon buiten toepassing te laten, nu de voormelde bevoegdheid om zich na een ongunstige beslissing van de Kroon alsnog tot de burgerlijke rechter te wenden hierin in beginsel voldoende voorziet (vgl. HR 23 januari 1998, *RvdW* 1998/27 (*NJ* 1998/525; red.), rov. 3.5). Dit resultaat is ook niet onredelijk, nu de hier toepasselijke wetgeving op het terrein van de ruimtelijke ordening voor gevallen als het onderhavige duidelijk de weg wijst naar de daar geldende, op deze materie toegesneden administratieve rechtsgang, die Kaveka dan ook begonnen is te bewandelen, zij het dat zij deze weg vervolgens voortijdig weer heeft verlaten.

Aan het voorgaande doet evenmin af dat het besluit van de Kroon van 10 december 1990

⁹ HR 19 juni 1998 (*Kaveka/Apeldoorn*), ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *NJ* 1998/869 m.nt. MS.

naar zijn aard jegens een ieder werkt. Dit heeft immers niet tot gevolg dat het besluit van de Kroon daarmee ook in het geschil tussen Kaveka en de Gemeente doet vaststaan dat de Gemeente in de aan dit besluit voorafgaande periode jegens Kaveka onrechtmatig heeft gehandeld. Een andere opvatting zou niet stroken met de rechtszekerheid die met het stelsel van de door de wetgever voorgeschreven beroepsgang op het gebied van de ruimtelijke ordening mede is beoogd.”

2.8 Uit het voorgaande volgt dat, ook indien een besluit door de bestuursrechter *erga omnes* is vernietigd, de burgerlijke rechter dat besluit jegens een partij die als belanghebbende langs bestuursrechtelijke weg tegen dat besluit had kunnen opkomen, maar zulks heeft nagelaten, voor rechtmatig heeft te houden. Als een besluit door de bestuursrechter is vernietigd, doet dat niet jegens een ieder vaststaan dat het betrokken besluit onrechtmatig is.¹⁰ De onrechtmatigheid van het betrokken besluit staat daarmee slechts vast jegens de belanghebbende die het rechtsmiddel heeft ingesteld dat tot de vernietiging heeft geleid. Dat zal eens temeer gelden onder vigeur van het op 1 januari 2013 in werking getreden art. 8:69a Awb, op grond waarvan strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel slechts tot vernietiging leidt, indien deze regel of dit beginsel strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.

De bedoelde uitkomst ligt overigens in lijn met hetgeen voortvloeit uit het beginsel van gezag van gewijsde, volgens welk beginsel aan beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis zijn vervat, slechts bindende kracht toekomt in een ander geding *tussen dezelfde partijen* (art. 236 Rv). Weliswaar is art. 236 Rv op uitspraken van de bestuursrechter niet rechtstreeks van toepassing, maar de Hoge Raad heeft meer dan eens met het gezag van gewijsde vergelijkbare noties op uitspraken van de bestuursrechter toegepast. Zo overwoog de Hoge Raad in de zaak *Van Gog/Nederweert*¹¹ dat de in die zaak aan de orde zijnde uitspraak van de Afdeling

“(…) in beginsel voor de burgerlijke rechter in een later geding tussen partijen bindende kracht heeft, niet alleen bij zijn oordeel omtrent de onrechtmatigheid, maar ook daarbuiten, zoals bij zijn oordeel omtrent de toerekening van de onrechtmatige daad. (…).”

En in de zaak *Vulhop/Amsterdam*¹² oordeelde de Hoge Raad dat de bindende kracht van de uitspraak van de belastingrechter waarbij een gemeentelijke belastingverordening onverbindend werd verklaard

“(…) naar haar aard (is) beperkt tot het in de desbetreffende belastingzaak aan de belastingrechter voorgelegde geschil. (…).”

2.9 De Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB) volgen eenzelfde koers. De Afdeling heeft overwogen¹³:

“2.5.4 (…)

Echter de omstandigheid dat die vernietiging naar haar aard jegens een ieder werkt, heeft niet tot gevolg dat de uitspraak daarmee ook in het geschil tussen appellanten en verweerder doet vaststaan dat verweerder door het nemen van desbetreffend deel van het besluit van 6 juni 1995 (ook) jegens appellanten onrechtmatig heeft gehandeld. Nu appellanten geen beroep tegen het besluit van 6 juni 1995 hebben ingesteld, moet ervan worden uitgegaan dat dit besluit jegens hen rechtmatig is. Niet is gebleken van bijzondere, zeer klemmende omstandigheden die een uitzondering op dit uitgangspunt rechtvaardigen.

(…)”

Het CbB heeft zich bij deze uitspraak aangesloten¹⁴:

“Voor zover AFM heeft betoogd dat zij desondanks belang bij een beoordeling van haar hoger beroep heeft, omdat volgens de aangevallen uitspraak de aanwijzing deels onrechtmatig is en AFM door andere personen dan Richland zou kunnen worden aangesproken op schadevergoeding, overweegt het College als volgt. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van Richland gegrond verklaard en het bestreden besluit gedeeltelijk vernietigd. De omstandigheid dat deze gedeeltelijke vernietiging jegens een ieder werkt, heeft echter niet tot gevolg dat de aangevallen uitspraak daarmee ook in eventuele geschillen tussen AFM en andere personen dan Richland doet vaststaan dat AFM jegens die andere personen onrechtmatig heeft gehandeld. Het College verwijst in dit verband ook naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 maart 2004 (*LJN AO6051*).”

¹⁰ G.M.T. Berkel-Kikkert en E.G.J. Broekhuizen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten; de jurisprudentie op een rij* (deel 1), *JBplus* 2009, p. 38.

¹¹ HR 31 mei 1991 (*Van Gog/Nederweert*), ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, NJ 1993/112 m.n.t. CJHB rov. 3.4.

¹² HR 16 oktober 1992 (*Vulhop/Amsterdam*), ECLI:NL:HR:1992:ZC0718, NJ 1993/638 m.n.t. MS, rov 3.4.

¹³ AbRvS 24 maart 2004 (*Van Berkel/GS Zuid-Holland*), ECLI:NL:RVS:2004:AO6051, AB 2004/165 m.n.t. AvH.

¹⁴ CbB 3 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0922, AB 2013/232 m.n.t. R. Ortlep.

2.10 Van de positie van de belanghebbende die tegen een besluit had kunnen opkomen, maar zulks heeft nagelaten, dient de positie van degene die niet langs bestuursrechtelijke weg tegen het besluit is kunnen opkomen, te worden onderscheiden. Aan deze laatste kan de formele rechtskracht van het besluit niet worden tegenovergesteld.¹⁵ Ingevolge de hiervóór (onder 2.7-2.9) genoemde rechtspraak geldt echter ook ten aanzien van de hier bedoelde niet-belanghebbende dat niet reeds de (door een belanghebbende uitgelokte) vernietiging de onrechtmatigheid van het besluit (ook) jegens hem doet vaststaan.

2.11 Anders dan bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een besluit (en de verwijtbaarheid daarvan) jegens degene die langs bestuursrechtelijke weg tegen het betrokken besluit is kunnen opkomen, spelen de notie van de formele rechtskracht van het niet (met succes) aangevochten besluit en het daaraan complementaire leerstuk van de in beginsel gegeven aansprakelijkheid voor het wél aangevochten en vervolgens vernietigde besluit bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een besluit (en de verwijtbaarheid daarvan) jegens een partij voor wie geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen hebben opengestaan, geen rol. Die (on)rechtmatigheid (en de verwijtbaarheid daarvan) jegens een dergelijke partij moet(en) op reguliere wijze aan de hand van art. 6:162 BW worden beoordeeld.

2.12 Bij die toetsing aan art 6:162 BW zou als leidraad kunnen dienen de wijze waarop de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de overheid wegens het niet tijdig nemen van een besluit beoordeelt. Volgens de Hoge Raad vormt de ontijdigheid van een besluit géén onderdeel van de inhoud en de wijze van totstandkoming van dat besluit die door de leer van de formele rechtskracht (en het daaraan complementaire leerstuk van de besluitaansprakelijkheid) worden bestreken. De vervolgens door de Hoge Raad gehanteerde aansprakelijkheidsmaatstaf houdt in dat de enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, onvoldoende is voor het oordeel dat op grond van art. 6:162 BW aansprakelijkheid bestaat voor schade die eventueel voortvloeit uit die termijnoverschrijding en dat voor die aansprakelijkheid bijkomende omstandigheden nodig zijn die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen,

in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.¹⁶ Later heeft de Hoge Raad daaraan toegevoegd dat een dergelijke aansprakelijkheid ook kan bestaan jegens een partij die geen belanghebbende in de zin van de Awb is¹⁷:

“3.11. Anders dan deze klachten tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid jegens een benadeelde op grond van de hiervoor in 3.3 vermelde maatstaf bij overschrijding van een (wettelijke) beslistermijn, niet vereist dat de benadeelde belanghebbende is in de zin van de Awb. Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde “derden”, kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen.

Daaraan doet niet af dat deze derden, indien zij geen belanghebbende in de zin van de Awb zijn, niet op grond van die wet kunnen opkomen tegen het niet tijdig beslissen. De onderdelen falen derhalve.”¹⁸

2.13 Het is mijns inziens in lijn met het voorgaande te aanvaarden dat, indien een bestuursorgaan ten tijde van het nemen van een besluit op de hoogte is van de (financiële) belangen van een derde (niet-belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb) bij een besluit, de enkele omstandigheid dat dit besluit is vernietigd door de bestuursrechter, niet met zich brengt dat het overheidslichaam waartoe het bestuursorgaan behoort, (ook) jegens deze derde onrechtmatig heeft gehandeld. Voor dat laatste zouden bijkomende omstandig-

16 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, NJ 2011/6 m.nt. M.R. Mok; rov. 3.4.2.

17 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, NJ 2013/47.

18 Deze uitbreiding tot derden die geen belanghebbende zijn in de zin van de Awb lag overigens niet voor de hand, nu de Hoge Raad in het arrest van 22 oktober 2010 de mogelijkheid van aansprakelijkheid jegens anderen dan de indieners van het bezwaarschrift mede hierop baseerde dat uit art. 7:10 lid 4 Awb zou blijken dat de wettelijke limitering van de termijn om op een bezwaarschrift te beslissen mede strekt tot bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan de indieners van het bezwaarschrift: “3.4.2 (...) Voorts blijkt uit art. 7:10 lid 4 Awb (zowel in de tot 1 oktober 2009 geldende tekst als in de nadien geldende tekst) dat de wettelijke limitering van de termijn om op een bezwaarschrift te beslissen mede strekt tot bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan de indieners van het bezwaarschrift. Deze bepaling staat derhalve niet in de weg aan het oordeel dat overschrijding van de beslistermijn, onder bijkomende omstandigheden als zojuist bedoeld, ook jegens zulke andere belanghebbenden onzorgvuldig (onrechtmatig) is.” Waar art. 7:10 lid 4 Awb van “belanghebbenden” spreekt, doelt het (uiteraard) op belanghebbenden in de zin van de Awb.

15 Vgl. HR 20 november 1987 (Montenegro), ECLI:NL:HR:1987:AD6026, NJ 1988/843 m.nt. MS, rov. 3.1; HR 3 februari 2006 (RBA/SFR), ECLI:NL:HR:2006:AU3253, NJ 2006/325 m.nt. MRM, rov. 3.3.2.

heden zijn vereist die met zich brengen dat het bestuursorgaan, door te besluiten zoals het heeft gedaan, heeft gehandeld in strijd met de in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokken derde in acht te nemen zorgvuldigheid. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de vernietiging van een besluit vrijwel steeds tot gevolg heeft dat in beginsel ook onrechtmatig is gehandeld jegens derden met een financieel belang (waarvan het bestuursorgaan op de hoogte was of moeten zijn). 2.14 Tegen deze achtergrond bespreek ik het cassatiemiddel.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 De Gemeente heeft één middel van casuatie voorgesteld. Dat middel omvat vijf onderdelen. Behoudens onderdeel 5 vallen die onderdelen in meer subonderdelen uiteen.

3.2 In rov. 3.3 heeft het hof overwogen dat met de vernietiging van het besluit op bezwaar door de bestuursrechter vaststaat dat het besluit onrechtmatig is, in ieder geval jegens M., en dat het vervolgens de vraag is of het besluit ook onrechtmatig is jegens D. *Onderdeel 1* keert zich tegen hetgeen het hof daarover vervolgens in rov. 3.4 heeft overwogen:

“3.4 Bij de beantwoording van deze vraag is in de eerste plaats van belang welke norm geschonden is bij het bestreden besluit. Uit de uitspraak van de bestuursrechter te Amsterdam, die is bekrachtigd door de ABRS, volgt dat het besluit is vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 van de Awb. Deze bepaling houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering. De strekking van deze norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derde belanghebbenden, zoals D. Derhalve dient beoordeeld te worden of in dit geval sprake is van dergelijke omstandigheden.

In dit verband acht het hof de volgende, door D. aangevoerde, omstandigheden van belang:

- de burgemeester was van meet af aan bekend met de betrokkenheid van de financiële belangen van D. bij het verlenen van de raamprostitutievergunningen, nu de huurovereenkomsten, zoals dat was vereist, gevoegd waren bij de vergunningaanvraag van M.;
- dat de burgemeester hiermee bekend was blijkt ook uit de onder 2.5 genoemde brief van 17 maart 2008;
- D. heeft in een vroeg stadium, namelijk bij brief van 15 augustus 2008, de gemeente aansprakelijk gesteld voor de schade die zij zou lijden wanneer de vergunningen niet zouden worden verstrekt;

– M. heeft zich in de bestuursrechtelijke procedure steeds op het standpunt gesteld dat de burgemeester in het kader van een toetsing aan de APV niet de vraag diende te beantwoorden of vergunningverlening ernstig gevaar voor witwassen in de hand zou werken en dat de burgemeester ter bestrijding van dit gevaar slechts de Wet Bibob kon inzetten;

– voorafgaand aan het besluit op bezwaar van 11 augustus 2008, namelijk in de uitspraak van 26 mei 2008, heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam bij de burgemeester onder de aandacht gebracht dat er twijfel bestaat of de burgemeester de geëigende weg bewandelt door de weigering van de vergunning te baseren op de APV;

– desalniettemin heeft de burgemeester het primaire besluit in bezwaar gehandhaafd, zonder een substantiële aanpassing van de motivering van het primaire besluit.”

3.3 *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat de Gemeente jegens D. niet onrechtmatig heeft gehandeld. De Gemeente dient in het bestuurlijke besluitvormingstraject, hetgeen de rechtbank ook heeft onderkend¹⁹, (alleen) de belangen van belanghebbenden in de zin van de Awb mee te wegen. Die belangenafweging dient de Gemeente op grond van art. 7:12 lid 1 Awb toereikend te motiveren. Er bestaat derhalve geen gehoudenheid toereikend te motiveren ten opzichte van niet belanghebbenden (in de zin van de Awb), zoals D. Het hof heeft derhalve miskend dat de norm van art. 7:12 lid 1 Awb slechts belanghebbenden in de zin van de Awb beschermt en daarmee niet afgeleid belanghebbenden, zoals D. Daarom strekt de norm van art. 7:12 lid 1 Awb niet ter bescherming van D. en beoogt art. 7:12 lid 1 Awb evenmin de (afgeleide) vermogensbelangen van D. te beschermen. Ten opzichte van D. is volgens het subonderdeel daarmee niet aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW voldaan. Het hof had derhalve ook niet behoeven te onderzoeken of sprake is van de omstandigheden zoals in rov. 3.4 bedoeld. Zelfs indien sprake zou zijn van de door het hof in rov. 3.4 genoemde omstandigheden, brengt dat niet mee dat schending van art. 7:12 lid 1 Awb onrechtmatig is jegens niet belanghebbenden (in de zin van de Awb), zoals D., aldus het subonderdeel.

3.4 Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat het hof in de bestreden rechtsoverweging als mogelijk onrechtmatige daad van de Gemeente jegens D. onmiskenbaar een schending van art. 7:12 lid 1 Awb als zodanig (en niet een schending van enige met de nakoming van die

¹⁹ Rov. 4.1.4 van het vonnis van de rechtbank van 23 maart 2011.

bepaling samenhangende zorgvuldigheidsnorm) op het oog heeft gehad:

“(…) Deze bepaling (art. 7:12 lid 1 Awb; LK) houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering. De strekking van deze norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derde belanghebbenden, zoals D. (…)”

Schending van art. 7:12 lid 1 Awb vormt niet een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad, wanneer die bepaling “niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden” (art. 6:163 BW). Uit de wetsgeschiedenis laat zich afleiden dat, gelet op doel en strekking van de bepaling²⁰, het beschermingsbereik van art. 7:12 lid 1 Awb tot belanghebbenden in de zin van de Awb (en, meer in het bijzonder, de belanghebbende op wiens bezwaar wordt beslist) is beperkt:

“Aan de motivering van een beslissing waarbij de bezwaren ongegrond worden verklaard, kunnen in het algemeen zwaardere eisen worden gesteld dan aan een motivering van een beslissing waarbij volledig aan de bezwaren wordt tegemoet gekomen. In het eerste geval moet de belanghebbende uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet tegemoet is gekomen. Dat is onder meer van belang voor de vraag of een vervolg-procedure met kans op succes gevoerd kan worden. Mede daarom zal de administratieve rechter toezicht uitoefenen op de nakoming van de motiveringsplicht, zoals in het verleden ook is gebeleden. Men zie bijvoorbeeld: Afd. rechtspraak 29 december 1978, TvO 1979, 279; CRvB 24 december 1975, RSV 1976, nr. 172 en CBB 9 februari 1966, CAR 1.1.2/4-5. In het tweede geval kan met een summier motivering worden volstaan, zeker indien er overigens geen belanghebbenden zijn. Indien het bestuursorgaan het immers eens blijkt te zijn met de argumenten die in de bezwaarschriftprocedure zijn aangevoerd, zal een verwijzing daarnaar een voldoende inzichtgevende motivering kunnen zijn.”²¹

D. is geen belanghebbende in de zin van de Awb; voor zover het hof daarover anders heeft geoordeeld, komt het hierna nog te bespreken subonderdeel 1.2 daartegen (naar mijn mening terecht) op. Voor zover het hof niet heeft miskend dat D. geen belanghebbende in de zin van de Awb is, klaagt subonderdeel 1.1 reeds op grond van het

voorgaande terecht dat het hof heeft miskend dat de norm van art. 7:12 lid 1 Awb slechts belanghebbenden in de zin van de Awb en niet afgeleide belanghebbenden beschermt.

Overigens releveert het subonderdeel terecht dat de burgemeester niet was gehouden de door het hof bedoelde financiële belangen van D. bij de beslissing op bezwaar in de door hem te verrichten belangenafweging te betrekken, laat staan zulks in de motivering van die beslissing te verantwoorden. Art. 3:4 Awb (dat ook op besluiten op bezwaar van toepassing is; zie art. 7:14 Awb) schrijft immers voor dat het bestuursorgaan (slechts) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.

3.5 *Subonderdeel 1.2* klaagt dat, indien het hof heeft aangenomen dat D. belanghebbende is in de zin van de Awb, het buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Het subonderdeel memoreert dat de rechtbank in (rov. 4.1.3 van) haar vonnis van 23 maart 2011 heeft vastgesteld dat D. geen belanghebbende is in de zin van de Awb. Volgens het subonderdeel heeft D. tegen dat oordeel geen grieven gericht en had het hof dat oordeel derhalve tot uitgangspunt moeten nemen.

Het subonderdeel betoogt voorts dat het hof in het geval dat D. als belanghebbende in de zin van de Awb zou gelden, heeft miskend dat het besluit van 11 augustus 2008 jegens D. formele rechtskracht heeft, omdat zij niet tegen dat besluit is opgekomen. Als het hof D. als belanghebbende in de zin van de Awb heeft beschouwd, had het volgens het subonderdeel van de rechtmatigheid van de beslissing op bezwaar jegens D. moeten uitgaan.

3.6 Weliswaar heeft D. met haar eerste grief “in het bijzonder de rechtsoverwegingen 4.1.2 t/m 4.1.4” bestreden, maar slechts “voor zover de rechtbank daarin heeft overwogen dat de burgemeester bij zijn besluitvorming over de door M. aangevraagde vergunning op grond van artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht (Awb) slechts gehouden was om rekening te houden met belangen van personen die als belanghebbende als bedoeld in de Awb bij die besluitvorming moesten worden aangemerkt” (memorie van grieven onder 6). Ook het vervolg van de memorie van grieven bevat geen aanwijzingen dat D. ter discussie heeft willen stellen dat zij geen belanghebbende is in de zin van de Awb; zo betoogt zij in de memorie van grieven dat het maatschappelijk ongewenst is dat de overheid over een vrijbrief zou beschikken “om besluiten te nemen die schade veroorzaken bij personen die niet onder de definitie van belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb vallen” (memorie van grieven onder 7).

20 Vgl. HR 7 mei 2004 (*Duwbak Linda*), ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281 m.nt. J. Hijma, rov. 3.4.1.

21 E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, PG Awb I, p. 351.

3.7 Hoe het hof de eerste grief heeft opgevat, is intussen niet geheel duidelijk. De weergave van die grief in rov. 3.2 van het bestreden arrest laat, minst genomen, de mogelijkheid open dat het hof die grief heeft beschouwd als mede te zijn gericht tegen het oordeel dat D. bij de besluiten van de burgemeester niet een belanghebbende (in de zin van de Awb) was. Opmerkelijk is voorts dat het hof in het vervolg, bij de behandeling van de grief, D. zonder enig voorbehoud heeft aange-merkt als “(derde) belanghebbende” (rov. 3.4: “(...) derde belanghebbenden, zoals D. (...)”; rov. 3.5: “D. is één concrete derde belanghebbende”), zulks terwijl (zeker in een mede door het bestuursrecht beheerst geschil als het onderhavige) alleszins voor de hand ligt dat de rechter, als hij zonder nadere toelichting of verduidelijking spreekt van een (derde-)belanghebbende, met dat begrip doelt op een belanghebbende in de zin van de Awb.

3.8 Het subonderdeel klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, als het heeft aangenomen dat D. belanghebbende in de zin van de Awb is. Ik acht die klacht gegrond, met dien verstande dat zij, strikt genomen, niet het geval dekt dat het bestreden oordeel berust op een ruime (maar onbegrijpelijke) uitleg van de eerste grief van D.

Belangrijker dan de klacht over een miskenning van de grenzen van de rechtsstrijd acht ik echter de klacht, dat het hof, als het D. inderdaad als belanghebbende in de zin van de Awb heeft beschouwd, heeft miskend dat de burgerlijke rechter de besluiten van de burgemeester voor rechtmatig moet houden jegens belanghebbenden die daartegen niet langs bestuursrechtelijke weg zijn opgekomen. Ook die klacht acht ik gegrond, als het hof, zoals het subonderdeel veronderstelt, D. daadwerkelijk voor belanghebbende in de zin van de Awb heeft gehouden.

3.9 *Subonderdeel 1.3* klaagt dat, indien in cassatie al tot uitgangspunt zou moeten worden genomen dat schending van art. 7:12 lid 1 Awb onder omstandigheden ook onrechtmatig kan zijn jegens niet-belanghebbenden (in de zin van de Awb), het hof heeft miskend dat de door hem in rov. 3.4 genoemde omstandigheden ontoereikend zijn om te kunnen aannemen dat de Gemeente ook jegens D. onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof heeft in rov. 3.4, kort gezegd, van belang geacht dat (i) de burgemeester op de hoogte was van de financiële belangen van D., (ii) de Gemeente in een vroeg stadium aansprakelijk is gesteld door D., (iii) M. zich in de bestuursrechtelijke procedure steeds op het standpunt heeft gesteld dat de door de burgemeester gehanteerde weigeringsgrond geen stand zou houden en (iv) in die bestuursrechtelijke procedure door de voor-

zienenrechter ook is betwijfeld of de juiste weg werd bewandeld, terwijl (v) de burgemeester desalniettemin het primaire besluit heeft gehandhaafd. Deze omstandigheden, die deels zien op slechts door M. in de bestuursrechtelijke procedure (waarin D. niet was betrokken) naar voren gebrachte argumenten, zijn volgens het subonderdeel ontoereikend om te kunnen aannemen dat de Gemeente jegens D. onrechtmatig heeft gehandeld door art. 7:12 lid 1 Awb te schenden. Het subonderdeel betoogt dat, mede geleet op de beschermingsomvang van art. 7:12 lid 1 Awb, zoals die in subonderdeel 1.1 aan de orde is gesteld, als uitgangspunt heeft te gelden dat van onrechtmatigheid jegens niet-belanghebbenden slechts sprake kan zijn als specifiek ten opzichte van die niet-belanghebbenden een handelen of nalaten van de Gemeente heeft plaatsgevonden (bijvoorbeeld het jegens deze niet-belanghebbenden wekken van vertrouwen dat een vergunning zal worden verleend) dat de schending van art. 7:12 lid 1 Awb ook jegens deze niet-belanghebbenden onrechtmatig maakt. Van een dergelijk handelen of nalaten is volgens het subonderdeel geen sprake indien de Gemeente door de niet-belanghebbende slechts op de hoogte is gesteld van de omstandigheid dat schade wordt geleden en de Gemeente door deze niet-belanghebbende ook aansprakelijk is gesteld. Ook de omstandigheid dat in de door een belanghebbende (M.) gevoerde bestuursrechtelijke procedure op twijfels omtrent de houdbaarheid van de weigering van de vergunning is gewezen, maakt dit een en ander, nog steeds volgens het subonderdeel, niet anders. Daaruit volgt immers niet dat van een handelen of nalaten ten opzichte de niet-belanghebbende (D.) sprake is. Het subonderdeel betoogt ten slotte dat, indien het hof heeft aangenomen dat van een dergelijk handelen of nalaten jegens D. sprake is, het onvoldoende inzicht heeft geboden in zijn gedachtegang waarom dat het geval is, nu zulks niet zonder meer uit de in rov. 3.4 genoemde omstandigheden volgt.

Subonderdeel 1.4 voegt aan het voorgaande toe dat, indien het hof heeft aangenomen dat de Gemeente jegens D. een (zorgvuldigheids)norm heeft geschonden die losstaat van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dan wel heeft aangenomen dat, hoewel in beginsel niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan omdat de schending van art. 7:12 lid 1 Awb niet onrechtmatig is jegens D., in het onderhavige geval een zorgvuldigheidsnorm bestaat die de Gemeente heeft geschonden en die omstandigheid meeweegt bij de beoordeling van de vraag of jegens D. onrechtmatig is gehandeld, het hof onvoldoende inzicht heeft geboden in zijn gedachtegang welke (zorgvuldigheids)norm is geschonden en waarom de schending

van die norm jegens D. onrechtmatig is. Het vorrenstaande geldt volgens het subonderdeel te meer nu het hof niet meer is toegekomen aan de behandeling van grieven 2 en 5, waarin D. heeft geklaagd over de verwerping door de rechtbank van haar betoog dat de Gemeente haar bewust en opzettelijk heeft willen benadelen, respectievelijk dat de Gemeente haar financiële belangen in de bestuursrechtelijke procedure ten onrechte niet heeft ontzien, nu alleen daarin een beroep op een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm zou kunnen worden gelezen. Het subonderdeel beoogt ten slotte dat het bestreden oordeel althans rechtens onjuist is als het hof heeft bedoeld dat een algemene zorgvuldigheidsnorm bestaat die meebrengt dat de schending van art. 7:12 lid 1 Awb jegens niet-belanghebbenden zoals D. onrechtmatig kan zijn.

De beide subonderdelen lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

3.10 Subonderdeel 1.3 is voorgesteld voor het geval dat, anders dan subonderdeel 1.1 verdedigt, in cassatie zou moeten worden aangenomen dat een schending van art. 7:12 lid 1 Awb onder omstandigheden ook jegens niet-belanghebbenden in de zin van de Awb onrechtmatig kan zijn. Dat laatste kan, gelet op het beperkte (en als zodanig niet van de omstandigheden van het geval afhankelijke) beschermingsbereik van art. 7:12 lid 1 Awb, echter niet worden aangenomen. Wel is denkbaar dat schending van art. 7:12 lid 1 Awb onder omstandigheden een schending van een *andere*, door de Gemeente jegens een niet-belanghebbende als D. in acht te nemen (zorgvuldigheids)norm impliceert, het geval waarop subonderdeel 1.4 ziet. Uit het bestreden arrest blijkt echter allerminst dat het hof schending van een andere norm dan die van art. 7:12 lid 1 Awb op het oog heeft gehad (zie hiervóór onder 3.4). In dit verband wijs ik nog erop dat het hof in rov. 3.4 de mogelijkheid van een onder omstandigheden ook jegens D. onrechtmatig te achten schending van art. 7:12 lid 1 Awb (niet uit een andere norm, maar) uit de (volgens het hof ruime) strekking van art. 7:12 lid 1 Awb zelf heeft afgeleid (“*De strekking van deze norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derde belanghebbenden, zoals D.*”).

Zou (hetgeen ik niet aanneem) zich daadwerkelijk het geval voordoen dat het hof de schending van een andere norm dan die van art. 7:12 lid 1 Awb aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, dan meen ik dat de daartegen gerichte motiveringsklacht van subonderdeel 1.4 slaagt. In dat geval had het minst genomen op de weg van het hof gelegen tot uitdrukking te brengen

welke door de Gemeente jegens D. in acht te nemen norm de Gemeente zou hebben geschonden en waaruit die schending precies zou hebben bestaan. Daartoe volstaat (en in zoverre acht ik ook subonderdeel 1.3 gegrond) *niet* de opsomming van de door het hof relevant geachte omstandigheden die naar het oordeel van het hof, “*bezien in hun onderlinge samenhang, mee(brengen) dat in het onderhavige geval het besluit van 11 augustus 2008 ook onrechtmatig is jegens D.*” (rov. 3.5, eerste volzin).

De door het hof opgesomde omstandigheden impliceren geenszins dat de beslissing op het bezwaar van M., doordat de burgemeester die beslissing niet overeenkomstig art. 7:12 lid 1 Awb heeft gemotiveerd, ook jegens D. onrechtmatig zou zijn. Dat ook D. in verband met (de modaliteiten van) de door haar en M. gesloten huurovereenkomsten bepaalde financiële belangen had bij de verlening van de door M. gevraagde raamprostitutievergunningen, dat de Gemeente daarmee bekend was en dat D. de Gemeente aansprakelijk had gesteld voor de schade die zij zou lijden als de gevraagde vergunningen niet zouden worden verleend, scheidt op zichzelf niet een op straffe van aansprakelijkheid door de Gemeente *jegens D.* in acht te nemen verplichting (en zeker niet een verplichting die specifiek op de motivering van de door de burgemeester op het bezwaar van M. te nemen beslissing betrekking had). Zodanige verplichting vloeit evenmin voort uit de omstandigheid dat (niet D., maar) M. zich in de bestuursrechtelijke procedure steeds op het standpunt heeft gesteld dat de burgemeester niet een aan de vergunningverlening verbonden ernstig gevaar voor witwassen aan zijn op grond van de APV te nemen besluit ten grondslag kon leggen en dat in die bestuursrechtelijke procedure de voorzieningenrechter (wiens oordeel niet op de hoofdzaak prejudicieert) twijfel heeft uitgesproken of de burgemeester de juiste weg bewandelde door de weigering van de vergunning op de APV te baseren.

3.11 *Onderdeel 2* keert zich tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.5:

“3.5 Naar het oordeel van het hof brengen deze omstandigheden, bezien in hun onderlinge samenhang, mee dat in het onderhavige geval het besluit van 11 augustus 2008 ook onrechtmatig is jegens D. Het hof neemt hierbij mede in aanmerking dat, anders dan de gemeente stelt, zich niet voordoet het geval dat D. behoort tot een in beginsel onbegrensde groep van derden-belanghebbenden, die alle als potentiële benadeelden hebben te gelden bij het onrechtmatige besluit.

Integendeel, D. is één concrete derde belanghebbende, en zij heeft haar financiële belang

bij een rechtmatig besluit onder de aandacht van de gemeente gebracht. De schade van D. was daarmee bekend bij en voorzienbaar voor de gemeente.

Voor wat betreft de door D. gevorderde schade is nog van belang dat deze schade rechtstreeks verband houdt met het niet verlenen van de vergunningen en dat de aard van de schade (verlies van huurinkomsten) niet wezenlijk afwijkt van overeenkomstige schade die door de aanvrager geleden had kunnen worden (huurkosten gedurende de periode dat de vergunning ten onrechte uitbleef) en dan vergoedbaar zou zijn geweest. De aard van de schade lag derhalve in de normale lijn der verwachtingen.

Voorts was de gemeente uit artikel 3 van de bij haar bekende huurovereenkomsten ermee bekend dat het ontbreken van vergunningen tot opschorting van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst zou leiden, derhalve tot schade bij D.”

3.12 *Subonderdeel 2.1* betoogt dat de klachten van de subonderdelen 1.1-1.4 ook 's hofs beslissing in rov. 3.5 vitiëren. Volgens het subonderdeel brengt noch de omstandigheid dat de Gemeente bekend was dat D. door het ontbreken van een vergunning voor M. schade zou lijden, noch de omstandigheid dat die schade voor de Gemeente voorzienbaar was, noch de omstandigheid dat die schade niet wezenlijk afwijkt van de schade die de aanvrager had kunnen lijden en die dan vergoedbaar zou zijn geweest, met zich dat jegens D. onrechtmatig is gehandeld dan wel aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW is voldaan.

3.13 Bij gegrondbevinding van (een of meer van) de klachten van onderdeel 1 kan inderdaad ook het oordeel in rov. 3.5, eerste volzin, niet in stand blijven.

3.14 *Subonderdeel 2.2* betoogt dat het hof althans heeft miskend dat D. als gevolg van de besluiten van 3 april 2008 en 11 augustus 2008 slechts afgeleide schade heeft geleden en dat die schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Volgens het subonderdeel regardeert de wijze waarop M. en D. hun contractuele verhouding hebben ingevuld, de Gemeente niet. De omstandigheid dat M. mogelijk een hogere schadevergoeding had kunnen vorderen indien M. en D. hun contractuele verhouding anders hadden vormgegeven, biedt, nog steeds volgens het subonderdeel en anders dan het hof heeft aangenomen, geen grond voor het toekennen van schadevergoeding aan D.

3.15 In de omstandigheid dat M. en D. het risico voor bepaalde schade die, indien M. haar zou lijden, in het geval van (besluit)aansprakelijkheid jegens M. voor vergoeding in aanmerking zou

komen, contractueel bij D. hebben gelegd, heeft het hof kennelijk een argument gezien waarom de Gemeente (ook) jegens D. uit hoofde van onrechtmatige daad voor die schade aansprakelijk zou moeten zijn, als die schade bij D. zou opkomen. Alhoewel die situatie niet kan worden vereenzelvigd met “afgeleide schade” (waarvan in het bijzonder sprake is als de schade van een aandeelhouder met die van de betrokken vennootschap samenvalt), onderschrijf ik de omvatting van het subonderdeel dat het enkele contractuele verleggen van het risico van een bepaalde schade de laedens niet zonder meer (ook) aansprakelijk maakt jegens de partij die het bedoelde risico op zich heeft genomen, als dat risico zich vervolgens verwerkelijk. In die zin acht ik ook de klacht van subonderdeel 2.2 gegrond.

Terzijde teken ik nog aan dat de schade waarover in rov. 3.5 wordt gesproken, onmiskenbaar de schade in de vorm van gemiste huuropbrengsten is die D. door het uitblijven van de raamprostitutievergunningen voor M. heeft geleden, zulks terwijl rov. 3.5 (evenals de rov. 3.3-3.4 en 3.6-3.8) betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de Gemeente voor het besluit van 11 augustus 2008, dat slechts vanwege een motiveringsgebrek is vernietigd. Voor zover al die vernietiging (ook) jegens D. als onrechtmatige daad heeft te gelden, valt niet zonder meer in te zien hoe de schade in de vorm van gemiste huurinkomsten met het aan het besluit van 11 augustus 2008 klevende motiveringsgebrek in verband kan worden gebracht en hoe die schade voor de mogelijke aansprakelijkheid van de Gemeente voor dat besluit jegens D. überhaupt van belang zou kunnen zijn.

3.16 *Onderdeel 3* keert zich tegen hetgeen het hof in de rov. 3.7 en 3.8 heeft overwogen naar aanleiding van het standpunt van de Gemeente dat zij op grond van de Bibob-adviezen goede redenen had om de vergunningen met toepassing van art. 1.7 van de APV te weigeren:

“3.7 Het hof acht het standpunt van de gemeente niet juist. Uit de verschillende rechterlijke uitspraken is af te leiden dat aan de Bibob-adviezen geen, althans geen wezenlijke, betekenis kan toekomen in het kader van een toetsing aan art. 1.7 van de APV. Een toetsing aan genoemd artikel vereist dat wordt getoetst of er concrete feiten en omstandigheden zijn die erop wijzen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de toekomstige feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de aanvraag is vermeld. In het onderhavige geval betekent dit dat ter beoordeling staat of er concrete feiten en omstandigheden zijn die met zich brengen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat M. niet daadwerkelijk de raambordelen

zal exploiteren. Anders dan bij toepassing van de Wet Bibob staat niet ter beoordeling of ernstig gevaar bestaat dat de gevraagde exploitatievergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, of om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (uitspraak ABRS, r.o. 2.4.1). Dit betekent dat niet kan worden volgehouden dat de inhoud van de Bibob-adviezen voor de gemeente een goede reden was om op grond van art. 1.7 APV de vergunningen te weigeren.

Grief 3 slaagt derhalve.

3.8 Een en ander leidt het hof tot de conclusie dat het besluit op bezwaar van 11 augustus 2008 onrechtmatig was jegens D. Met de vernietiging van dit besluit is in beginsel ook de schuld van het bestuursorgaan gegeven. De gemeente heeft in onvoldoende mate gesteld waarom in het onderhavige geval van deze hoofdregel zou moeten worden afgeweken (anders dan het hiervoor reeds besproken argument dat zij op de Bibob-adviezen mocht afgaan), zodat het hof ervan uitgaat dat sprake is van schuld aan de zijde van de gemeente. De gemeente is derhalve aansprakelijk voor de door D. ten gevolge van dit besluit geleden schade.”

3.17 Met de geciteerde overwegingen respondeerde het hof op de derde grief van D. Die grief was gericht tegen het oordeel van de rechtbank over de stelling van D. dat de Gemeente geen geldige redenen had voor haar handelwijze bij het nemen van de beslissing op bezwaar (en over de daaraan volgens de rechtbank door D. verbonden conclusie dat de Gemeente haar bewust heeft willen benadelen). Alvorens de relevante passages van het vonnis van de rechtbank weer te geven, citeer ik uit het verweer van de Gemeente tegen de stelling van D. dat de Gemeente haar bewust heeft willen benadelen, onder meer door stelselmatig een exploitatievergunning te weigeren:

“9. De kamerverhuurbedrijven waar het hier om gaat werden aanvankelijk geëxploiteerd door de heer Kools. Na de aankondiging dat er inzake deze bedrijven een Bibobadvies zou worden gevraagd, heeft C. de huurovereenkomst met de heer Kools beëindigd. Vervolgens is een aanvraag ingediend door een nieuwe exploitant. Deze aanvraag is onder andere geweigerd op grond van schijnbeheer, aangezien er geen sprake was van een zelfstandige exploitatie. Dit besluit is door de voorzieningenrechter getoetst in het kader van een voorlopige voorziening inhoudende schorsing van het besluit. Het verzoek is afge-

wezen. Het bezwaar is ongegrond verklaard en er is geen beroep ingesteld.

10. Vervolgens is er een aanvraag ingediend door mevrouw D. zelf. Zij heeft haar aanvraag, nog voordat er kon worden beslist op de aanvraag, ingetrokken.

11. Hierna volgde een aanvraag door de heer Geraerds. Hij heeft zijn aanvraag op aandringen van M. ingetrokken (...). Kortom: er is voor de aanvraag van M. slechts één aanvraag geweigerd, en deze weigering is in stand gebleven.

12. Kennelijk bestond er om andere redenen noch bij D., noch bij M. zekerheid dat M. op korte termijn over de vereiste exploitatievergunningen zou beschikken. D. had er ook voor kunnen kiezen om huurovereenkomsten aan te gaan met iemand die reeds beschikte over een exploitatievergunning, of met iemand die volledig buiten het bekende wereldje stond. Het is de gemeente niet te doen geweest om D. financieel te treffen. De gemeente is er uiteindelijk ook zelf bij gebaat dat de panden geëxploiteerd worden en niet leeg staan. De gemeente heeft gehandeld vanuit een zwaarwegend algemeen belang. Zij behoeft zich bij het uitoefenen van haar publieke taak geen rekenschap te geven van achterliggende privaatrechtelijke, (pre)contractuele verhoudingen.”²²

3.18 De rechtbank heeft over het beweerdelijk opzettelijk benadelen van D. door de Gemeente overwogen:

“4.2 De tweede grond die D. voor aansprakelijkheid van de gemeente stelt, is dat de burgemeester haar met zijn hiervoor onder 2.2 en 2.5 beschreven besluiten bewust heeft willen benadelen.

D. stelt ter toelichting dat de burgemeester haar belang bij ontvangst van huurinkomsten kende en ook wist dat haar schade zeer hoog kon oplopen, zodat hij gehouden was om haar belang te ontzien, bijvoorbeeld door de exploitatie van een prostitutiebedrijf in afwachting van de beslissing van de rechter in het hoger beroep te gedogen. Verder stelt zij dat haar positie (dan wel de positie van haar echtgenoot C.) redengevend is geweest voor de besluiten van de burgemeester, die zijn weigering (om de vergunningen te verlenen) baseerde op de overweging dat sprake was van een risico dat D. (met C.) door middel van de panden gelden zou witwassen. D. betoogt dat aanwijzingen voor een dergelijk risico ontbreken. Hieruit volgt volgens haar dat de burgemeester geen

²² Aantekeningen in verband met comparitie van partijen van 16 november 2010.

geldige redenen had voor zijn handelwijze. Zij wijst er in dit verband op dat de gemeente haar een vergunning heeft verleend voor een prostitutiebedrijf aan de Overtoom. Tot slot moest de burgemeester, gelet op de rechterlijke uitspraken (zoals de uitspraak van 3 april 2009), erop bedacht zijn dat zijn besluiten geen stand zouden houden, aldus D.

4.2.1. Anders dan D. stelt, was de burgemeester – om redenen die hiervoor onder 4.1 zijn uiteengezet – niet gehouden om haar belangen (bij de hiervoor onder 2.2 en 2.5 beschreven besluiten) te ontzien.

4.2.2. Met betrekking tot de stelling dat de burgemeester geen geldige redenen had voor zijn handelwijze (waaraan D. de conclusie verbindt dat de burgemeester haar bewust heeft willen benadelen), geldt het volgende.

De gemeente voert tot haar verweer aan dat de kern van de argumentatie van de burgemeester in de beroepsprocedure te maken had met de Bibob-screening van C., dat deze screening gegronde bezwaren tegen C. heeft opgeleverd (i.o. 2.2 hiervoor) en dat de burgemeester bij zijn besluitvorming de hiervoor onder 2.2. beschreven goede redenen had om artikel 1.7 van de algemene plaatselijke verordening toe te passen.

Tegenover dit verweer lag het op de weg van D. om nadere gegevens over de positie van C. aan te reiken en om aldus nader toe te lichten dat en waarom aan de Bibob-screening ten aanzien van hem zo weinig betekenis toekomt dat de handelwijze van de burgemeester in redelijkheid niet anders kan worden opgevat dan dat hij D. door middel van zijn besluiten bewust heeft willen benadelen. D. is niet ingegaan op de stellingen van de burgemeester over de Bibob-screening van C.. Zij heeft de vereiste toelichting dan ook niet gegeven.”

3.19 Tegen deze overwegingen, die betrekking hadden op het door de rechtbank veronderstelde standpunt van D. dat de Gemeente haar bewust heeft willen benadelen en aldus – feitelijk handelend – onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, richtte zich onder meer de derde grief van D.:

“De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat D. de stelling van de gemeente dat de burgemeester, onder andere gelet op de Bibob-screening ten aanzien van C., goede redenen had om artikel 1.7 van de algemene plaatselijke verordening toe te passen, onvoldoende heeft weersproken.”

Het hof heeft die grief in rov. 3.7 gegrond geacht, omdat “(u)it de verschillende rechterlijke uitspraken is af te leiden dat aan de Bibob-adviezen geen,

althans geen wezenlijke, betekenis kan toekomen in het kader van een toetsing aan art. 1.7 van de APV.”

3.20 *Subonderdeel 3.1* klaagt dat het hof in de rov. 3.7 en 3.8 heeft miskend dat de beschermingsomvang van de door het hof tot uitgangspunt genomen norm die meebrengt dat schending van art. 1.7 (oud) APV (thans art. 1.5 APV) onrechtmatig is, zich niet uitstrekt tot de door D. geleden schade en dat zelfs indien in cassatie zou moeten worden aangenomen dat sprake is van schending van dat artikel, ten opzichte van de door D. geleden schade niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het hof heeft derhalve op rechtens onjuiste gronden aangenomen dat de gemeente aansprakelijk is voor de door D. ten gevolge van het besluit op bezwaar van 11 augustus 2008 geleden schade.

3.21 Bij de beoordeling van het subonderdeel (en van de subonderdelen 3.2 en 3.3) stel ik voorop dat, mede tegen de achtergrond van het hiervoor (onder 3.17-3.19) geschetste partijdebat (dat geheel los stond van het debat over de uit de vernietiging van de beslissing op bezwaar al dan niet af te leiden onrechtmatigheid van die beslissing jegens D.), niet geheel duidelijk is welke betekenis het hof heeft toegekend aan de vraag of de burgemeester wel of niet goede redenen had om op grond van de Bibob-adviezen de gevraagde vergunningen met toepassing van art. 1.7 van de APV te weigeren. Reeds in rov. 3.5 lijkt het hof immers de conclusie te hebben getrokken dat het besluit van 11 augustus 2008 ook jegens D. onrechtmatig was. Daarbij heeft het hof blijkens rov. 3.4 mede in aanmerking genomen dat de burgemeester het primaire besluit in bezwaar heeft gehandhaafd, ondanks de in de bestuursrechtelijke procedure door M. betwiste (en door de voorzieningenrechter betwijfelde) toepasbaarheid van art. 1.7 APV. Niettemin heeft het hof het nodig geoordeeld het desbetreffende standpunt van de Gemeente te bespreken, vooreer in rov. 3.8 (opnieuw) te concluderen dat het besluit op bezwaar van 11 augustus 2008 ook jegens D. onrechtmatig was. Daarom begrijp ik het bestreden arrest aldus, dat het hof, indien het de Gemeente in het betrokken standpunt had moeten volgen, onder de dán gegeven omstandigheden van het geval het besluit van 11 augustus 2008 niet ook jegens D. onrechtmatig zou hebben geacht. Dat zou overigens in overeenstemming zijn met rov. 3.4, waaruit blijkt dat in de gedachtegang van het hof met het oog op de (on)rechtmatigheid van de beslissing op bezwaar jegens D. betekenis toekomt aan de bij M. en de voorzieningenrechter levende en aan de Gemeente bekende bedenkingen over de toepasbaarheid van art. 1.7 APV; in de kennelijk door het hof gevolgde gedachtegang ligt het niet voor de hand dat aan die bedenkingen ook dan betekenis

zou toekomen, als zou moeten worden aangenomen dat M. en de voorzieningenrechter, wat de toepasbaarheid van art. 1.7 APV betreft, het bij het verkeerde eind zouden hebben gehad.

3.22 Waar aan de door het hof aangenomen onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar jegens D. kennelijk heeft bijgedragen dat volgens het hof de burgemeester geen goede reden had de gevraagde vergunningen op grond van art. 1.7 APV te weigeren, strekt het subonderdeel ten betooge dat (ook) een mogelijke schending van art. 1.7 APV niet (mede) aan de onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar jegens D. ten grondslag kan worden gelegd, omdat (ook) die bepaling niet strekt tot bescherming van het belang waarin D. stelt te zijn getroffen. In die zin is het subonderdeel terecht voorgesteld. De financiële belangen van D. zijn niet rechtstreeks bij de op art. 1.7 APV gegronde weigering van de door M. gevraagde vergunningen betrokken en behoeften met het oog op de toepassing van die bepaling niet op de voet van art. 3:4 lid 1 Awb door de burgemeester in de belangenafweging te worden betrokken en te worden ontzien.

3.23 *Subonderdeel 3.2* klaagt dat de bestreden overwegingen ook om andere redenen rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk zijn. Het subonderdeel betoogt dat de Gemeente heeft aangevoerd dat zij de weigering van de vergunningen aan M. nu juist *niet* op een Bibob-grondslag heeft doen steunen. De Gemeente heeft volgens het subonderdeel (dat onder meer verwijst naar de memorie van antwoord onder 52) aangevoerd dat zij acht heeft geslagen op vier concrete omstandigheden, te weten (i) het door M. ingediende onrealistische bedrijfsplan, (ii) irreële omzetverwachtingen, (iii) nauwelijks aanwezige reserves en (iv) de opmerkelijke en vreemde gang van zaken met betrekking tot de eerdere vergunningaanvragen. De Gemeente heeft voorts aangevoerd dat de kennis die uit de Bibob-adviezen volgde, is gebruikt om de achtergrond van de zaak te schetsen en aan te geven wat voor M. een reden had kunnen zijn de situatie anders voor te spiegelen dan deze werkelijk is.

3.24 In de memorie van antwoord onder 52-53 heeft de Gemeente gesteld:

“52. De gemeente heeft tot slot, anders dan D. stelt, geen Bibob-grondslag gehanteerd voor de weigering van de vergunningen aan M.. De grondslag voor de weigering betrof artikel 1.7 APV waarbij acht is geslagen op vier concrete omstandigheden: (i) het door M. ingediende bedrijfsplan waarin werd uitgegaan van een irreële bezettingsgraad (namelijk 100%), (ii) van irreële omzetverwachtingen, (iii) van nauwelijks aanwezige reserves en tot

slot (iv) de opmerkelijke en vreemde gang van zaken met betrekking tot eerdere vergunningaanvragen.

53. De weigering op grond van voornoemde vier omstandigheden is bezien in het licht van het feit dat prostitutiepanden op de Wallen ook worden gebruikt voor het witwassen van crimineel verkregen gelden en pandeigenaren belang hebben bij stabiele stromannen, waarbij de gemeente in deze zaak in de betrokkenheid van C. een mogelijk aanknopingspunt zag voor de wijze waarop M. zijn aanvragen had ingediend. De kennis die uit Bibob-adviezen volgde, is gebruikt om de achtergrond van de zaak te schetsen en aan te geven wat een reden voor (...) M. zou kunnen zijn om de situatie anders voor te spiegelen dan deze werkelijk is.”

Uit de uitspraak van de rechtbank Amsterdam op het beroep tegen de beslissing op bezwaar en uit de uitspraak in hoger beroep van de Afdeling bestuursrechtspraak valt niet af te leiden dat naar het oordeel van de betrokken bestuursrechters de Gemeente (zoals M. in de bestuursrechtelijke procedure wel had verdedigd²³) een verkeerd toetsingskader had gehanteerd en de afwijzing op art. 3 Wet bibob had moeten baseren. Daarop wijst ook dat de beide bestuursrechters het bestreden besluit op grond van een motiveringsgebrek en niet op grond van strijd met de wet vernietigbaar hebben geacht. De rechtbank heeft haar onderzoek toegespitst op de vier, door het subonderdeel bedoelde omstandigheden (zie p. 3 van de uitspraak, onder “*De standpunten van partijen nader toegespitst op de vier omstandigheden*”), maar heeft geconcludeerd dat “*de vier door verweerder aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde omstandigheden (...) onvoldoende (zijn) om tot de conclusie te komen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de aanvraag is vermeld*”, zulks “*(o)ok bezien tegen de achtergrond van de in het bestreden besluit geschetste situatie in de prostitutiebranche in het wallengebied, die uit de vier adviezen van het LBB naar voren zou zijn gekomen (...)*”; overigens heeft de rechtbank niet uitgesloten dat uit de door de burgemeester genoemde omstandigheden wel een *vermoeden* kan worden ontleend dat M. niet de werkelijke exploitant van de desbetreffende raambordelen zal zijn (zie voor dit een en ander p. 5 van de uitspraak van de rechtbank). Ook de Afdeling heeft in haar uitspraak niet miskend dat de burgemeester zijn weigering niet (rechtstreeks) op de

²³ Zie voor het standpunt van M. de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 3 april 2009, p. 3, tweede alinea.

Bibob-adviezen, maar op de door hem genoemde omstandigheden heeft gebaseerd:

“2.4.2. (...)”

Geconcludeerd zou kunnen worden dat het door M. ingediende bedrijfsplan van te optimistische inschattingen uitgaat en dat hij in bedrijfseconomisch opzicht risico loopt, maar niet dat de raambordelen niet daadwerkelijk door hem zullen worden geëxploiteerd. Ook indien deze conclusie wordt gezien in het licht van de overige door de burgemeester geschetste omstandigheden – de gang van zaken rond eerdere aanvragen om exploitatievergunningen voor de raambordelen en de situatie in de prostitutiebranche in het Wallengebied zoals geschetst in de onder 2.2 bedoelde Bibob-adviezen, welke situatie door de burgemeester van algemene bekendheid wordt geacht – kan deze conclusie niet het oordeel dragen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de door M. ingediende vergunningaanvragen is vermeld.

2.4.3. Gezien het voorgaande, heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat het bij haar bestreden besluit niet op een deugdelijke motivering berust. (...)”

3.25 Ik meen dat de klacht van het subonderdeel slaagt. Noch uit de door het subonderdeel bedoelde stellingen, noch uit de uitspraken in de bestuursrechtelijke procedure laat zich afleiden dat de burgemeester zijn weigering (rechtstreeks) op de bedoelde Bibob-adviezen heeft doen steunen. Evenmin is begrijpelijk hoe het hof heeft kunnen oordelen dat uit de uitspraken van de betrokken bestuursrechters *“is af te leiden dat aan de Bibob-adviezen geen, althans geen wezenlijke betekenis kan toekomen in het kader van een toetsing aan art. 1.7 van de APV”*. Uit de bedoelde uitspraken is niet meer af te leiden dan dat (in het onderhavige geval) de door de burgemeester aangevoerde omstandigheden (ofschoon zij wel een zeker vermoeden konden rechtvaardigen) onvoldoende waren om redelijkerwijs te kunnen aannemen dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de door M. ingediende vergunningaanvragen is vermeld, en dat zulks niet anders is indien die omstandigheden worden gezien in het licht van de situatie in het Wallengebied zoals die in de bedoelde Bibob-adviezen wordt geschetst. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de in Bibob-adviezen vervatte informatie meer in het algemeen niet zou kunnen bijdragen aan het oordeel dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de feitelijke situatie anders zal zijn dan in een vergunningaanvraag wordt geschetst en dat, meer in het bij-

zonder, van schijnbeheer door de betrokken aanvrager sprake zal zijn. Dat Bibob-adviezen, zoals het hof in rov. 4.7 kennelijk heeft geoordeeld, zijn gericht op een andere toetsing dan die aan art. 1.7 APV, impliceert allerminst dat de in die adviezen vervatte informatie met het oog op toepassing van art. 1.7 APV bij voorbaat iedere betekenis zou missen.

3.26 *Subonderdeel 3.3* betoogt dat subonderdeel 2 ook rov. 2.6 vitiëert, voor zover het hof daarin tot uitgangspunt heeft genomen dat de Gemeente de Bibob-adviezen (mede) ten grondslag heeft gelegd aan haar weigering de vergunningen aan M. te verlenen.

3.27 In rov. 2.6 lees ik niet meer dan een feitelijke weergave van de inhoud van het besluit van 3 april 2008. Met die enkele weergave is niet gegeven dat naar het oordeel van het hof de bedoelde adviezen als zodanig de weigering van de gevraagde vergunningen (mede) dragen. Het subonderdeel mist daarom feitelijke grondslag.

3.28 *Onderdeel 4* keert zich tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.9:

“3.9 D. heeft aan haar vordering voorts ten grondslag gelegd dat ook het primaire besluit van 3 april 2008 onrechtmatig was jegens haar.

Ook deze stelling slaagt. Uit het besluit van 23 november 2009, waarin alsnog de vergunningen zijn verleend aan D., volgt dat het primaire besluit herroepen is en vervangen is door een nieuw besluit. Gelet op de in het primaire besluit gebezigde argumenten om tot weigering van de vergunning over te gaan – die in essentie dezelfde waren als de argumenten in het besluit op bezwaar – moet worden aangenomen dat ook dat primaire besluit onrechtmatig was jegens D. Het besluit berustte immers op een ondeugdelijke motivering, zo is door de bestuursrechter geoordeeld, die kennelijk niet reparabel was, althans feitelijk niet is gerepareerd door de gemeente.

De gemeente heeft ook niet toereikend gemotiveerd aangevoerd dat en waarom het primaire besluit wél rechtmatig zou zijn geweest. Ook de onrechtmatigheid van het primaire besluit is aan de gemeente toe te rekenen, zodat de gemeente ook voor de door dit besluit bij D. veroorzaakte schade aansprakelijk is.”

3.29 *Onderdeel 4.1* betoogt dat de in de onderdelen 1-3 ontvouwde klachten ook 's hofs beslissing in rov. 3.9 vitiëren, indien het hof heeft aangenomen dat ook het primaire besluit van 3 april 2008 in strijd was met artikel 7:12 lid 1 Awb dan wel dat de Gemeente door of in verband met het nemen daarvan jegens D. een (ongeschreven) zorgvuldigheidnorm heeft geschonden.

3.30 In rov. 3.9 is het hof kennelijk ervan uitgegaan dat wat heeft te gelden voor de (on)rechtmatigheid van de beslissing op bezwaar jegens D., ook geldt voor de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit jegens D., nu dat primaire besluit in essentie hetzelfde motiveringsgebrek aankleefde als de beslissing op bezwaar en dat motiveringsgebrek bovendien niet reparabel was, althans feitelijk niet door de Gemeente is gerepareerd.

De klacht is in zoverre terecht voorgesteld dat op grond van hetgeen bij de behandeling van de onderdelen 1-3 reeds is besproken, niet zonder meer van onrechtmatigheid van (het motiveringsgebrek in de) beslissing op bezwaar jegens D. kan worden uitgegaan en dat reeds daarom niet uit een zodanige onrechtmatigheid ook onrechtmatigheid van het primaire besluit jegens D. kan worden afgeleid.

Overigens valt de kennelijke vooronderstelling van het hof dat voor de onrechtmatigheid van het primaire besluit hetzelfde zou gelden als voor de onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar, onmogelijk te rijmen met hetgeen het hof zelf aan de onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar ten grondslag heeft gelegd. Het hof heeft de onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar (in rov. 3.4) immers gegrond op de omstandigheden van het geval en in dat verband onder meer in aanmerking genomen (i) dat D. de Gemeente op 15 augustus 2008 aansprakelijk heeft gesteld, (ii) het door M. in de bestuursrechtelijke procedure ingenomen standpunt, (iii) de uitspraak van de voorzieningenrechter van 26 mei 2008 en (iv) het desondanks persisteren door de burgemeester bij het primaire besluit, welke omstandigheden zich niet reeds ten tijde van het primaire besluit van 3 april 2008 hadden voorgedaan en de onrechtmatigheid van dat besluit jegens D. in de benadering van het hof zelf dan ook onmogelijk (mede) kunnen dragen.

Bovendien kan zelfs jegens een belanghebbende in de zin van de Awb (die zich – anders dan een niet-belanghebbende als D. – op besluit-aansprakelijkheid kan beroepen) de onrechtmatigheid van een primair besluit *niet* uit de enkele vernietiging van de beslissing op bezwaar worden afgeleid. De Hoge Raad acht in dat verband het uiteindelijke lot van het primaire besluit beslissend²⁴, waarbij bovendien geldt dat een intrekking of herroeping van het primaire besluit slechts dan (volgens de leer van de besluit-aansprakelijkheid) onrechtmatigheid van het primaire besluit jegens de betrokken belanghebbende

impliceert, als die intrekking of herroeping berust op gronden die de onrechtmatigheid van het primaire besluit impliceren²⁵. Omtrent dit laatste heeft het hof niets vastgesteld; weliswaar heeft het hof aangenomen dat het motiveringsgebrek “*kennelijk niet reparabel was, althans feitelijk niet is gerepareerd*”, maar uit die omstandigheid, wat daarvan overigens zij, vloeit niet voort dat zich een herroeping of een intrekking zoals hiervoor bedoeld heeft voorgedaan.

Aan het voorgaande doet overigens niet af dat, zoals het hof heeft geoordeeld, de Gemeente niet toereikend gemotiveerd zou hebben aangevoerd waarom het primaire besluit wél rechtmatig zou zijn geweest. Ter zake van de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit rustten stelplicht en bewijslast immers niet op de Gemeente, maar op D., die zich op onrechtmatigheid van het primaire besluit heeft beroepen en aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.

3.31 *Subonderdeel 4.2* betoogt dat het hof heeft miskend dat aan D. geen vergunningen zijn verleend en dat uit het besluit van 23 november 2009 dan ook niet volgt dat jegens D. onrechtmatig is gehandeld; volgens het subonderdeel zou hooguit uit de herroeping van het primaire besluit kunnen worden afgeleid dat onrechtmatig is gehandeld jegens M., die bezwaar heeft gemaakt en beroep tegen de beslissing op bezwaar heeft ingesteld.

3.32 Het hof heeft in rov. 3.9 overwogen dat de vergunningen bij besluit van 23 november 2009 alsnog aan D. zijn verleend. Dat laatste vindt geen steun in de stukken. Ook volgens D. zijn de vergunningen op 23 november 2009 alsnog aan M. verleend (zie in die zin reeds de inleidende dagvaarding onder 11). Kennelijk berust rov. 3.9 in zoverre op een verschrijving; in dit verband wijs ik ook op rov. 2.13, waarin het hof – correct – van de bij besluit van 23 november 2009 aan M. verleende vergunningen heeft gesproken. Bij die stand van zaken moet worden aangenomen dat het hof zijn oordeel dat het primaire besluit ook jegens D. onrechtmatig is, niet mede heeft gebaseerd op de omstandigheid dat de Gemeente het primaire besluit jegens D. zou hebben herroepen door de (door M.) gevraagde vergunningen alsnog aan haar te verlenen. Het subonderdeel mist daarom in zoverre feitelijke grondslag. Zoals hiervóór (onder 3.30) reeds aan de orde kwam, meen ik overigens dat intrekking of herroeping van een besluit de onrechtmatigheid daarvan niet zonder meer doet vaststaan jegens de belanghebbende die zodanige intrekking of herroeping heeft uitgelokt, laat staan jegens een derde

²⁴ Zie onder meer HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, NJ 2009/146 m.nt. M.R. Mok, rov. 3.5.2.

²⁵ Zie hiervóór onder 2.3.

die niet belanghebbende is. In zoverre is de klacht van het subonderdeel gegrond.

3.33 Naar aanleiding van het oordeel in rov. 4.9 dat de Gemeente ook niet toereikend gemotiveerd heeft aangevoerd dat en waarom het primaire besluit wel rechtmatig zou zijn geweest, klaagt *subonderdeel 4.3* dat, als het hof de onrechtmatigheid van het primaire besluit nog op andere gronden dan het schenden van art. 7:12 lid 1 Awb heeft gebaseerd, zijn oordeel rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Het subonderdeel wijst erop dat zich uit de uitspraak van de Afdeling geen andere aan het primaire besluit kleven- de rechtmatigheidsgebreken dan schending van art. 7:12 lid 1 Awb laten afleiden.

3.34 Waar het subonderdeel spreekt van art. 7:12 lid 1 Awb, neem ik aan dat het mede doelt op het motiveringsvoorschrift van art. 3:46 Awb, nu art. 7:12 lid 1 Awb slechts op de motivering van de beslissing op bezwaar en niet ook op die van het primaire besluit van toepassing is. Overigens meen ik dat het hof geen andere onrechtmatigheidsgrond op het oog heeft gehad dan de ondeugdelijke (en volgens het hof kennelijk niet reparable, althans feitelijk niet gerepareerde) motivering van het primaire besluit. Het subonderdeel mist daarom feitelijke grondslag.

3.35 *Onderdeel 5* betoogt dat de onderdelen 1-4 ook 's hofs beslissingen in de rov. 3.8, 3.11, 3.12, 3.14, 3.17 en 3.18 vitiëren.

3.36 Bij welslagen van een of meer van de klachten van de onderdelen 1-4 kunnen ook de in onderdeel 5 opgesomde beslissingen niet zonder meer in stand blijven.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

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 460689/HA ZA 10-1785 van de rechtbank Amsterdam van 1 september 2010 en 23 maart 2011;

b. het arrest in de zaak 200.088.712/01 van het gerechtshof te Amsterdam van 16 oktober 2012. 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 de Gemeente beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. (niet opgenomen; *red.*)

Tegen D. is verstek verleend.

De zaak is voor de Gemeente toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging en verwijzing.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) D. is samen met haar echtgenoot eigenaar van de panden aan de Oudezijds Achterburgwal 50 en de Barndesteeg 7 te Amsterdam. Zij heeft blijkens twee huurovereenkomsten van 1 december 2007 (hierna: de huurovereenkomsten) ruimtes in die panden verhuurd aan M. (hierna: M.) tegen betaling van € 9.500 respectievelijk € 7.500 per maand met het oog op de exploitatie van een prostitutiebedrijf door M.. Art. 3 van de huurovereenkomsten bepaalt dat de overeenkomsten pas in werking treden vanaf de dag nadat bekend is geworden dat de vereiste vergunningen voor het prostitutiebedrijf zijn verstrekt.

(ii) Op 5 december 2007 heeft M. bij de burgemeester van Amsterdam vergunningen aangevraagd voor de exploitatie van raambordelen (hierna: de vergunningen).

(iii) De burgemeester heeft bij besluit van 3 april 2008, gelet op art. 1.7 APV, geweigerd de vergunningen te verlenen. Ingevolge art. 1.7 APV kan een vergunning worden geweigerd in het geval dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de aanvraag is vermeld. De afwijzing was blijkens het voormelde besluit gebaseerd op, kort samengevat, (a) de verwachting dat M. de raambordelen niet zelfstandig zou exploiteren, (b) de (financiële) afhankelijkheid van M. ten opzichte van D., (c) de vergunningaanvragen die, sinds de laatste exploitant de exploitatie van raambordelen had gestaakt, door drie personen, onder wie D., voor de exploitatie van de raambordelen zonder succes waren gedaan, (d) dat uit adviezen van het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Bibob) blijkt dat prostitutiepanden met behulp van stabiele stromannen stelselmatig worden gebruikt voor het witwassen van crimineel verkregen gelden en (e) dat blijkens die Bibob-adviezen een groep in het Wallengebied in wisselende functies werkzame personen voor drie pandeigenaren werkt die met elkaar in een zakelijk samenwerkingsverband staan, dat M. voor een van deze pandeigenaren heeft gewerkt en dat een van de andere twee pandeigenaren de echtgenoot van D. is, de mede-eigenaar van de panden.

(iv) Bij brief van 15 augustus 2008 heeft D. de Gemeente aansprakelijk gesteld voor de schade die zij ten gevolge van de weigering van de vergunningen leed en zou lijden.

(v) M. heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 3 april 2008 en tevens de voorzieningenrechter verzocht bij wijze van voorlopige voorziening de beschikking van de burgemeester te schorsen en te bepalen dat hij tot zes weken na de beslissing op bezwaar wordt behandeld alsof hem vergunningen waren verleend. Bij uitspraak van 26 mei 2008 is dit verzoek op grond van een belangenafweging afgewezen. Daarbij heeft de voorzieningenrechter in twijfel getrokken of de weigering gebaseerd had kunnen worden op de APV, maar geoordeeld dat die vraag zich niet leent voor beantwoording in kort geding en dat indien het besluit onrechtmatig mocht blijken te zijn, M. van de Gemeente schadevergoeding kan vorderen.

(vi) Het bezwaar van M. tegen het besluit van 3 april 2008 is bij besluit van 11 augustus 2008 ongegrond verklaard.

(vii) Bij uitspraak van 3 april 2009 heeft de rechtbank het beroep van M. tegen het besluit van 11 augustus 2008 gegrond verklaard en dit besluit vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Awb.

(viii) Tegen deze uitspraak heeft de burgemeester hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling). Bij uitspraak van 18 november 2009 heeft de Afdeling de uitspraak van de rechtbank bevestigd. De Afdeling heeft overwogen dat de rechtbank met juistheid had geoordeeld dat het bestreden besluit niet op een deugdelijke motivering berustte, met name omdat uit de door de burgemeester aangevoerde feiten en omstandigheden niet volgde dat de raambordelen niet daadwerkelijk door M. zouden worden geëxploiteerd en evenmin dat de feitelijke toestand niet in overeenstemming zou zijn met hetgeen in de vergunningaanvragen was vermeld.

(ix) Bij besluit van 23 november 2009 heeft de burgemeester alsnog vergunningen aan M. verleend.

(x) Bij brief van 19 januari 2010 heeft D. aanspraak gemaakt op schadevergoeding. De Gemeente heeft dit verzoek afgewezen.

3.2 In de onderhavige procedure vordert D. dat de Gemeente zal worden veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 373.809,23, vermeerderd met rente en kosten. Aan haar vordering heeft D. ten grondslag gelegd (1) dat uit de hiervoor in 3.1 onder (viii) bedoelde uitspraak van de Afdeling volgt dat de Gemeente jegens haar toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, (2) dat de burgemeester met de onder (iii) en (vi) bedoel-

de besluiten D. bewust heeft willen benadelen en (3) dat de Gemeente door het weigeren van de vergunningen inbreuk heeft gemaakt op het door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM beschermde recht van D. op ongestoord genot van de panden. In eerste aanleg is de vordering afgewezen. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat de Gemeente (onvoldoende weersproken) heeft gesteld dat D. geen belanghebbende is (geweest) bij de hiervoor in 3.1 onder (iii) en (vi) genoemde besluiten van de burgemeester (rov. 4.1.3).

3.3.1 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de Gemeente veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Hieraan heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, het volgende ten grondslag gelegd.

3.3.2 Met de vernietiging door de bestuursrechter van het besluit van de burgemeester van 11 augustus 2008 staat vast dat dit besluit onrechtmatig is, in ieder geval jegens M. (rov. 3.3). Bij de beantwoording van de vraag of dit besluit ook jegens D. onrechtmatig is, is in de eerste plaats de strekking van de volgens de bestuursrechter bij het bestreden besluit geschonden norm van belang, te weten art. 7:12 lid 1 Awb. Die bepaling houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering. De strekking van die norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derden-belanghebbenden, zoals D. Derhalve dient beoordeeld te worden of in dit geval sprake is van dergelijke omstandigheden. (rov. 3.4)

3.3.3 In rov. 3.4 heeft het hof weergegeven welke omstandigheden naar zijn oordeel relevant zijn, namelijk (i) de burgemeester was bekend met de financiële belangen van D. bij het verlenen van de raamprostitutievergunningen, (ii) D. heeft de Gemeente in een vroeg stadium aansprakelijk gesteld voor haar schade, (iii) M. heeft zich in de bestuursrechtelijke procedure steeds op het standpunt gesteld dat de weigeringsgrond van de burgemeester geen stand kon houden, (iv) de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam heeft bij uitspraak van 26 mei 2008 onder de aandacht gebracht dat er twijfel bestaat of de burgemeester de geëigende weg bewandelt door de weigering van de vergunning te baseren op de APV, en (v) desalniettemin heeft de burgemeester het primaire besluit gehandhaafd.

3.3.4 Deze omstandigheden, bezien in hun onderlinge samenhang, brengen naar het oordeel van het hof met zich dat het besluit van 11 augustus 2008 ook onrechtmatig is jegens D. D. onderscheidt zich van de in beginsel onbepaalde groep van derden-belanghebbenden, omdat zij één concrete derde-belanghebbende is die

haar financiële belang bij een rechtmatig besluit onder de aandacht van de Gemeente heeft gebracht. Daardoor was de schade van D. bekend bij en voorzienbaar voor de Gemeente. Bovendien houdt de schade rechtstreeks verband met het niet verlenen van de vergunningen en wijkt de aard van de schade (verlies van huurinkomsten) niet wezenlijk af van overeenkomstige schade die door de aanvrager geleden had kunnen worden (huurkosten gedurende de periode dat de vergunning ten onrechte uitbleef) en dan vergoedbaar zou zijn geweest. De aard van de schade lag derhalve in de normale lijn van verwachtingen. Voorts was de Gemeente ermee bekend dat het ontbreken der vergunningen tot opschorting van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst zou leiden, derhalve tot schade bij D. (rov. 3.5)

3.3.5 Het verweer van de Gemeente dat zij goede redenen had om op grond van de Bibob-adviezen met toepassing van art. 1.7 van de APV de vergunningen te weigeren, wordt verworpen. Uit verschillende rechterlijke uitspraken is af te leiden dat aan Bibob-adviezen geen, althans geen wezenlijke betekenis kan toekomen in het kader van een toetsing aan art. 1.7 van de APV. Bij toetsing aan genoemd artikel staat niet ter beoordeling of ernstig gevaar bestaat dat de gevraagde exploitatievergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, maar moet worden nagegaan of er concrete feiten en omstandigheden zijn die erop wijzen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de toekomstige feitelijke toestand niet in overeenstemming zal zijn met hetgeen in de aanvraag is vermeld, in dit geval of redelijkerwijs moet worden aangenomen dat M. niet daadwerkelijk de raambordelen zal exploiteren. Dit betekent dat de inhoud van de Bibob-adviezen geen goede reden vormde om op grond van art. 1.7 APV de vergunningen te weigeren. (rov. 3.7)

3.3.6 Een en ander leidt tot de conclusie dat het besluit op bezwaar van 11 augustus 2008 onrechtmatig was jegens D. De Gemeente heeft in onvoldoende mate gesteld waarom in het onderhavige geval zou moeten worden afgeweken van de hoofdregel dat met de vernietiging van dit besluit in beginsel ook de schuld van het bestuursorgaan is gegeven, zodat van schuld aan de zijde van de Gemeente moet worden uitgegaan. De Gemeente is derhalve aansprakelijk voor de door D. ten gevolge van dit besluit geleden schade. (rov. 3.8)

3.3.7 Ook de stelling van D. dat het primaire besluit van 3 april 2008 jegens haar onrechtmatig was, slaagt. Uit het besluit van 23 november 2009, waarin alsnog de vergunningen zijn verleend aan D., volgt dat het primaire besluit herroepen is en vervangen is door een nieuw besluit.

Aangezien de in het primaire besluit gebezigde argumenten om tot weigering van de vergunningen over te gaan, in essentie dezelfde waren als de argumenten in het besluit op bezwaar, moet worden aangenomen dat ook dat primaire besluit onrechtmatig was jegens D. De Gemeente heeft ook niet toereikend gemotiveerd dat en waarom het primaire besluit rechtmatig zou zijn geweest. De Gemeente is ook voor de door dit besluit door D. geleden schade aansprakelijk. (rov. 3.9)

3.4 Onderdeel 1.1 is gericht tegen rov. 3.4, waarin het hof heeft geoordeeld dat de strekking van de door de Gemeente geschonden norm (art. 7:12 lid 1 Awb) zodanig ruim is dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derden-belanghebbenden, zoals D. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de Gemeente niet op de door het hof vermelde gronden onrechtmatig heeft gehandeld tegenover een derde als D. Onderdeel 1.2 voegt hieraan toe dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden indien het heeft aangenomen dat D. wél belanghebbende bij het onderhavige besluit is in de zin van de Awb. De rechtbank heeft immers in tegengestelde zin geoordeeld en hier tegen heeft D. in hoger beroep geen grieven gericht. Het onderdeel betoogt voorts dat het hof in deze uitleg van zijn arrest tevens heeft miskend dat het besluit van 11 augustus 2008 formele rechtskracht heeft jegens D., die daartegen niet is opgekomen.

3.5 Indien het oordeel van het hof aldus moet worden verstaan dat D. belanghebbende is bij het onderhavige besluit in de zin van de Awb, is onderdeel 1.2 gegronnd. Het hof heeft dan immers miskend dat het slechts anders kon oordelen over een door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing ten aanzien van enig geschilpunt, naar aanleiding van een behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grief. Het onderdeel klaagt bovendien terecht dat het hof dan mede de formele rechtskracht heeft miskend die het desbetreffende besluit van de burgemeester jegens D. had, aangezien zij in dat geval als belanghebbende een rechtsmiddel tegen dat besluit had kunnen aanwenden, maar dit heeft nagelaten.

3.6 Indien het oordeel van het hof aldus moet worden verstaan dat D. geen belanghebbende is bij het onderhavige besluit in de zin van de Awb, treft onderdeel 1.1 doel.

Hierbij wordt het volgende vooropgesteld. Indien de bestuursrechter een besluit heeft vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Awb, staat vast dat het besluit niet berust op een deugdelijke motivering in de zin van die bepaling. Het besluit van de burgemeester van 11 augustus

2008 is, zoals het hof terecht heeft aangenomen, vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 Awb. Ingevolge deze bepaling dient een beslissing op bezwaar te berusten op een deugdelijke motivering. Deze motiveringsplicht strekt ertoe, met name in geval de bezwaren ongegrond worden verklaard, dat degene die tegen het besluit bezwaar heeft gemaakt en eventuele andere belanghebbenden uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet is tegemoetgekomen. Dat is onder meer van belang voor de beantwoording van de vraag of een vervolgproucedure met kans op succes gevoerd kan worden. (vgl. Parl. Gesch. Awb I, blz. 351) Hoewel de gehoudeheid om een besluit toereikend te motiveren mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft, strekt zij niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb.

3.7 Bij het uitgangspunt dat D. geen belanghebbende in de zin van de Awb was, is het door M. bestreden besluit dat is vernietigd op de grond dat het niet overeenkomstig art. 7:12 lid 1 Awb is gemotiveerd, anders dan het hof heeft overwogen, niet onrechtmatig jegens D., ook niet in de door het hof in rov. 3.4-3.5 genoemde omstandigheden (zie hiervoor in 3.3.3-3.3.4). In de verhouding tot D. is ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

Het voorgaande laat onverlet dat onder omstandigheden sprake kan zijn van schending van een andere, jegens D. in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm. Daaromtrent heeft het hof echter niets vastgesteld.

3.8 De overige klachten behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 16 oktober 2012;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt D. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente begroot op € 6.377,89 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Noot

1. Art. 7:12 lid 1 Awb (de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering) heeft niet de strekking de vermogensrechtelijke belangen van niet-belanghebbenden te beschermen, aldus de Hoge Raad in dit arrest.

De zaak is hiermee nog lang niet beslist. Het Hof Den Haag, waarnaar het geding is verwezen, zal nog vele (rechts)vragen moeten beantwoorden alvorens duidelijk zal zijn of de gemeente Amsterdam aansprakelijk is. De conclusie van A-G Keus, die maar weinig heel liet van het arrest van het Amsterdamse Hof, laat dat duidelijk zien.

2. Uit het arrest volgt niet dat art. 7:12 lid 1 Awb wél de strekking heeft om de vermogensrechtelijke belangen van belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb te beschermen. Ik vermoed dat de Hoge Raad, net als bij de schending van een wettelijke beslistermijn, bijkomende omstandigheden verlangt om aansprakelijkheid van de gemeente jegens een belanghebbende aan te nemen en dus dezelfde maatstaf zal aanleggen als in zijn arresten van 22 oktober 2010 inzake *Eindhoven* (AB 2012/382, m.nt. S.M. Peek, JB 2010/249, m.nt. R.J.N. Schlössels) en 11 januari 2013 inzake *Have c.s.* (JB 2013/43, m.nt. R.J.N. Schlössels, AB 2014/15, m.nt. dzz.).

3. Niet alleen de rechtsvraag, ook de feiten vertonen gelijkenis met die van de zaak van *Have c.s.* tegen de gemeente Amsterdam. In hoofdzaak gaat het om het volgende. Derksen, de eigenaresse, verhuurt ruimtes in haar panden aan M. met het oog op exploitatie als bordeel. M. vraagt daarvoor een vergunning aan, maar de burgemeester weigert die. Na een succesvolle beroepsprocedure van M. verleent de burgemeester uiteindelijk toch de vergunning. Omdat het huurcontract bepaalt dat de huur pas ingaat als de vereiste vergunningen zijn verleend, lijdt Derksen schade in de vorm van gederfde huurinkomsten. Haar vordering tot vergoeding van deze schade heeft geleid tot het hier besproken arrest.

4. In de zaak van *Have c.s.* waren het ook de eigenaren die schadevergoeding vorderden, in dat geval niet op de grond dat de vergunning ten onrechte was geweigerd, maar omdat bij de verlening ervan de wettelijke beslistermijn fors was overschreden.

5. Tegen het arrest van het Hof Amsterdam, dat de gemeente veroordeelde tot vergoeding van de schade van Derksen tot een bedrag van ruim € 212.000, heeft de gemeente één cassatiemiddel gericht dat bestaat uit 5 onderdelen, die behoudens onderdeel 5 in meerdere onderdelen uiteenvallen. De Hoge Raad beperkt zich tot de behandeling van één subonderdeel (1.1). Dat leidt tot het in het kopje bij deze uitspraak weergegeven oordeel.

6. Het Hof velde, in de woorden van Den Hollander, een 'voorwaardelijk relativiteitsoordeel' (zie P.W. den Hollander, 'Besluitenaansprakelijkheid en de relativiteit van de motiveringsplicht: continuïteit in een nieuw jasje', *O&A* 2014/51 en zijn eerdere, naar aanleiding van het

arrest *Have c.s.* geschreven, 'Stroomlijning van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn', *MvV* 2013, afl. 7/8, p. 200-206). Volgens het Hof is het beschermingsbereik van art. 7:12 Awb dermate ruim dat niet uitgesloten is dat schending ervan onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens Derksen. Het Hof is daarbij wat mistig over de vraag of Derksen een belanghebbende is in de zin van art. 1:2 Awb, maar de overweging van de Hoge Raad over de relativiteit is gebaseerd op de veronderstelling dat Derksen geen belanghebbende is.

7. Het oordeel van het Hof kenmerkt zich door de gedachte dat het beschermingsbereik van art. 7:12 Awb afhangt van de omstandigheden van het geval. De benadering van de Hoge Raad verschilt op dit punt principieel van die van het Hof: de schending van art. 7:12 Awb is niet onrechtmatig jegens Derksen, ook niet in de door het hof genoemde omstandigheden, omdat de motiveringsplicht van art. 7:12 Awb niet strekt tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende. Het door de Hoge Raad gegeven relativiteitsoordeel zou in de woorden van Den Hollander als onvoorwaardelijk kunnen worden aangemerkt.

8. Terzijde merk ik op dat de argumentatie van de Hoge Raad is gezet in de sleutel van art. 6:163 BW, terwijl de conclusie dat niet onrechtmatig is gehandeld *jegens* Derksen betrekking heeft op het vereiste van lid 1 van art. 6:162 BW. Dit is minder vreemd dan de wettekst doet vermoeden. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:163 BW en het standaardarrest inzake *duwbak Linda* (HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. JH, *AB* 2005/127, m.nt. FvO) blijkt namelijk dat de vraag of *jegens* de benadeelde onrechtmatig is gehandeld ook beantwoord moet worden aan de hand van het doel en de strekking van de geschonden norm. Voor het resultaat, namelijk dat Derksen geen recht op schadevergoeding kan ontlenen aan de schending van art. 7:12 Awb, maakt het overigens niet uit.

9. Hoe is dit arrest nu te rijmen met het arrest inzake *Have c.s.*, waar de Hoge Raad tot een tegengesteld oordeel lijkt te komen? Daar overwoog hij immers:

"3.10 De onderdelen 4.1-4.3 strekken ten betoge dat het hof door in rov. 3.6 te overwegen dat het niet tijdig beslissen ook onrechtmatig kan zijn jegens andere belanghebbenden dan de indieners van het bezwaarschrift, zoals in dit geval verweerders 2 t/m 4, heeft miskend dat zij geen belanghebbenden zijn bij de aanvraag van *Have* en slechts een afgeleid belang hebben, zodat het niet tijdig beslissen

niet onrechtmatig is jegens verweerders 2 t/m 4 en er in zoverre niet aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW is voldaan.

3.11 Anders dan deze klachten tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid jegens een benadeelde op grond van de hiervoor in 3.3 vermelde maatstaf bij overschrijding van een (wettelijke) beslistermijn, niet vereist dat de benadeelde belanghebbende is in de zin van de Awb. Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde 'derden', kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen. Daaraan doet niet af dat deze derden, indien zij geen belanghebbende in de zin van de Awb zijn, niet op grond van die wet kunnen opkomen tegen het niet tijdig beslissen. De onderdelen falen derhalve."

10. Mijns inziens is de tegenstelling schijnbaar. De Hoge Raad baseert de aansprakelijkheid van de burgemeester niet louter op de schending van de wettelijke beslistermijn maar op de schending van een zorgvuldigheidsnorm, welke ook jegens niet-belanghebbenden geschonden kan zijn. De omstandigheden van het geval speelden in die zaak dan ook geen rol bij de vraag of de wet was geschonden (dat stond wel vast) maar of de burgemeester bovendien onzorgvuldig jegens de eigenaren van de panden had gehandeld. Met deze interpretatie is in lijn dat de Hoge Raad ook het hier besproken arrest besluit met de mededeling dat zijn oordeel omtrent art. 7:12 Awb onverlet laat dat onder omstandigheden sprake kan zijn van schending van een andere, jegens Derksen in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm. Het Hof Amsterdam had daaromtrent echter niets vastgesteld.

11. Kortom, interessant is nog de vraag hoe het Hof Den Haag de door het Hof Amsterdam vastgestelde omstandigheden gaat wegen bij de vraag of de burgemeester jegens Derksen een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, althans, voor zover de regels van het burgerlijke procesrecht het Hof die ruimte nog laten. Een tweede arrest van de Hoge Raad in deze zaak is niet ondenkbaar.

12. Voor partijen moet het hier besproken arrest per saldo onbevredigend zijn, nu er nog vele jaren procederen in het verschiet liggen. De beslissing van de Hoge Raad dat de overige klachten geen behandeling behoeven (r.o. 3.8) staat in schril contrast met het finaliteitsdenken dat het

bestuursrecht sinds enige tijd beheerst. Wel is het de vraag of de Hoge Raad een alternatief had, nu het erop lijkt (voor zover ik uit de conclusie van de A-G kan afleiden) dat de – doorslaggevende – vraag of de gemeente jegens Derksen een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden in feitelijke instanties onvoldoende uit de verf is gekomen.

13. Zowel in de zaak van *Have c.s.* als die van Derksen heeft de Hoge Raad het geding verwezen naar het gerechtshof ter verdere behandeling. Op het eerste gezicht zou het vreemd zijn als de uitkomst in beide zaken uiteindelijk verschilt. Immers, in beide zaken is de gestelde schadeoorzaak in feite gelijk: de vergunning is later verleend dan rechtens had moeten. Mijns inziens is dat dan ook de vraag die in beide verwijzingsprocedures centraal zou moeten staan: was de burgemeester rechtens gehouden de vergunning eerder te verlenen dan hij uiteindelijk heeft gedaan? Dat verplaatst ook het debat omtrent de relativiteit van wettelijke procedurebepalingen (beslistermijn, motivering) naar de materiële normen (geschreven en ongeschreven) die bepalen of de burgemeester al dan niet gehouden is de vergunning te verlenen.

C.N.J. Kortmann

AB 2015/3

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

24 september 2014, nr. 201407378/1/A2
(Mrs. A.W.M. Bijloos, B.P. Vermeulen, D.J.C. van den Broek)
m.nt. P.J. Stolk

Art. G1 lid 1, G3 lid 1, G3 lid 4 aanhef en onder b, G3 lid 4 aanhef en onder c Kieswet

Gst. 2014/122
ECLI:NL:RVS:2014:3535

Kiesrecht; registratie aanduiding politieke partij.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen moet bij de beantwoording van de vraag of een aanduiding van een te registreren politieke partij in hoofdzaak met een reeds geregistreerde aanduiding overeenstemt, de gehele aanduiding waarvan om registratie is verzocht in aanmerking worden genomen. Derhalve moet worden gezien of de aanduiding 'Onafhankelijke Partij Alkmaar (OPA)' in hoofdzaak overeenstemt met de in het register als bedoeld in artikel G1, eerste lid, opgenomen aanduiding 'OPA'. Dat is niet het geval.

Uitspraak in het geding tussen:
de vereniging Ouderen Politiek Actief, gevestigd te 's-Hertogenbosch, appellante,
en
het centraal stembureau voor de verkiezing van de leden van de raad van de gemeente Alkmaar, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 29 augustus 2014 heeft het centraal stembureau op verzoek van de vereniging Onafhankelijke Partij Alkmaar de aanduiding 'Onafhankelijke Partij Alkmaar (OPA)' in het register, bedoeld in artikel G 3, eerste lid, van de Kieswet, ingeschreven.

Tegen dit besluit heeft Ouderen Politiek Actief beroep ingesteld.

Het centraal stembureau heeft een verweerschrift ingediend.

Onafhankelijke Partij Alkmaar heeft een zienswijze naar voren gebracht en een nader stuk ingediend.

De Kiesraad heeft desgevraagd schriftelijke inlichtingen verschaft.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 15 september 2014, waar Ouderen Politiek Actief, vertegenwoordigd door haar voorzitter H.J.C. Schouw, en het centraal stembureau, vertegenwoordigd door mr. W.J.E. van der Werf, advocaat te Den Haag, en M.B. Dekker, lid van het centraal stembureau, zijn verschenen. Voorts zijn ter zitting Onafhankelijke Partij Alkmaar, vertegenwoordigd door V.H. Kloos, wethouder voor deze partij, en de Kiesraad, vertegenwoordigd door zijn secretaris-directeur mr. M. Bakker, verschenen.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel G 3, eerste lid, van de Kieswet kan een politieke groepering die een vereniging is met volledige rechtsbevoegdheid en waarvan de aanduiding niet reeds bij het centraal stembureau voor de verkiezing van de leden van de Tweede Kamer, onderscheidenlijk provinciale staten, is geregistreerd, aan het centraal stembureau voor de verkiezing van de leden van de gemeenteraad schriftelijk verzoeken de aanduiding waarmee zij voor die verkiezing op de kandidatenlijst wenst te worden vermeld, in te schrijven in een register dat door het centraal stembureau wordt bijgehouden.

Ingevolge het vierde lid beschikt het centraal stembureau slechts afwijzend op het verzoek, indien:

(...)