

University of Groningen

**Case note: ECLI:NL:HR:2022:1334**

van der Veen, G. A.

*Published in:*  
 AB Rechtspraak Bestuursrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van der Veen, G. A. (2022). Case note: ECLI:NL:HR:2022:1334. AB 2022/378. Casenote over: Hoge Raad (Civiele kamer), 30/09/2022, 21/00517, ECLI:NL:HR:2022:1334 (Onrechtmatige overheidsdaad; besluit aansprakelijkheid; causaal verband). *AB Rechtspraak Bestuursrecht*, 2022(48), 2960-2967.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

Het arrest meldt niet ook nog dat die onjuiste wetsuitleg onrechtmatig is jegens de aanvrager van die vergunning. Het incidentele cassatiemiddel stelde die relativiteitsvraag ook niet ter discussie. Dat lijkt terecht. Een besluit tot het verlenen van een bouwvergunning die wordt ingetrokken omdat het besluit in strijd is met de wet, is onrechtmatig jegens de aanvrager van dat besluit. Dat is ook zo wanneer die aanvrager tegen dat besluit geen bezwaar heeft gemaakt of beroep heeft ingesteld. Zie HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598, NJ 2009/515 m.nt. M.R. Mok, AB 2009/320 m.nt. G.A. van der Veen, instemmend besproken door J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, achtste druk, Deventer 2022, p. 220–221. G.A. van der Veen

## AB 2022/378

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

30 september 2022, nr. 21/00517

(Mrs. M.V. Polak, C.E. du Perron, S.J. Schaafsma, F.R. Salomons, K. Teuben)  
m.nt. G.A. van der Veen

Art. 6:162 BW

RvdW 2022/892

NJ 2022/315

O&A 2022/83

NJB 2022/2246

ECLI:NL:PHR:2022:49

ECLI:NL:HR:2022:1334

### Onrechtmatige overheidsdaad; besluitaansprakelijkheid; causaal verband.

*Indien, zoals in deze zaak aan de orde, het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan, dient het bestaan van dat verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het ‘condicio sine qua non’-verband) moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Bij deze beoordeling moet worden uitgegaan van het tijdstip waarop het onrechtmatige besluit is genomen.*

*Daarom heeft het hof bij de beoordeling van het bestaan van causaal verband ten onrechte beoor-*

*deeld of de Provincie, indien zij had geweten van het gebrek dat kleefde aan de onrechtmatige last onder dwangsom van 7 oktober 2010, al in de periode tussen 15 oktober 2007 en 7 oktober 2010 (afwijzend) zou hebben beslist op het verzoek van Nannoka om extra tijd voor het uitvoeren van een reductieprogramma en vervolgens uiterlijk op 7 oktober 2010 rechtmatig een last onder dwangsom zou hebben opgelegd.*

*Na verwijzing zal moeten worden onderzocht wanneer, gerekend vanaf de peildatum van 7 oktober 2010, de Provincie in het hypothetische geval op het verzoek van Nannoka om extra tijd zou hebben beslist en of en wanneer zij, indien deze beslissing afwijzend zou hebben geluid, alsnog een rechtmatige last onder dwangsom zou hebben opgelegd.*

Arrest in de zaak van:

Vincentius Franciscus Maria Jongerius, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Nannoka Vulcanus Industries B.V., kantoorhoudende te Doetinchem, eiser tot cassatie, hierna: Nannoka, advocaat: J.F. de Groot, tegen  
De Provincie Gelderland, zetelende te Arnhem, verweerster in cassatie, hierna: de Provincie, advocaten: N. van Triet, thans ook R.T. Wiegerink.

## 1 Procesverloop

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

– de vonnissen in de zaak C/05/316870 / HA ZA 17-106 van de rechtbank Gelderland van 24 mei 2017 en 25 oktober 2017;

– de arresten in de zaak 200.232.652 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 juni 2019 en 10 november 2020.

Nannoka heeft tegen het arrest van het hof van 10 november 2020 beroep in cassatie ingesteld.

De Provincie heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor de Provincie toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaat van de Provincie heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## 2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Nannoka dreef een ijzergieterij waar behuizingen voor tandwielsystemen worden gegoten. Vanwege de hoge temperaturen en agressieve oliën die zich in dergelijke behuizingen

voordoen, moeten deze worden voorzien van een coating. Daartoe beschikte Nannoka over een installatie voor lak- en coatingwerkzaamheden waar de gietstukken worden gedompeld in baden met de coating. De door Nannoka gebruikte coatings bevatten tot na 7 oktober 2010 verdunners op basis van oplosmiddelen met 'vluchtige organische stoffen' (hierna: VOS).

(ii) Ingevolge art. 3 lid 1 in verbinding met art. 5, aanhef en onder a, van het Oplosmiddelenbesluit omzetting EG-VOS-Richtlijn milieubeheer (hierna: het Oplosmiddelenbesluit) diende Nannoka, voor zover in cassatie van belang, ervoor zorg te dragen dat de installaties in haar inrichting uiterlijk op 31 oktober 2007 voldeden aan a) de in bijlage IIA van dat besluit bepaalde emissiegrenswaarden, of b) aan de eisen van het in bijlage IIB beschreven reductieprogramma. In bijlage IIB is onder meer vermeld:

*"1 Beginselen*

Het reductieprogramma is bedoeld om de exploitant de mogelijkheid te bieden de emissie op een andere manier in dezelfde mate te beperken als door de toepassing van emissiegrenswaarden zou gebeuren. Daartoe mag de exploitant ieder speciaal voor zijn installatie ontworpen reductieprogramma gebruiken, mits uiteindelijk dezelfde emissiebeperking wordt bereikt.

(...)

De volgende regeling geldt voor installaties waar voor het product een constant gehalte aan vaste stof kan worden aangenomen en voor de bepaling van het referentiepunt voor de emissiebeperking kan worden gebruikt.

i) De exploitant dient een reductieprogramma in waarin met name de daling van het gemiddelde gehalte aan oplosmiddelen (...) wordt vermeld die leidt tot een beperking van de totale emissie van de installatie tot een bepaald percentage van de jaarlijkse referentie-emissie, de zogenoemde beoogde emissie. Dit gebeurt volgens het volgende tijdschema:

Periode in jaren		Maximaal toegelaten totale emissie per jaar
Nieuwe installaties	Bestaande installaties	
Uiterlijk 31.10.2001	Uiterlijk 31.10.2005	Beoogde emissie x 1,5
Uiterlijk 31.10.2004	Uiterlijk 31.10.2007	Beoogde emissie

ii) De jaarlijkse referentie-emissie wordt als volgt berekend: (...)"

(iii) Bij brief van 27 oktober 2005 heeft Nannoka zich bij het College van Gedeputeerde Staten van Gelderland (hierna: het college) aangemeld om gebruik te kunnen maken van een reductieprogramma als bedoeld in bijlage IIB.

(iv) Bij brief van 15 oktober 2007 heeft Nannoka het college verzocht om extra tijd tot 31 oktober 2008 om het reductieprogramma uit te voeren.

(v) Bij besluit van 7 oktober 2010 heeft het college een last onder dwangsom aan Nannoka opgelegd. Het heeft hieraan ten grondslag gelegd dat Nannoka per 31 oktober 2005 en 31 oktober 2007 niet had voldaan aan de vereiste maximale emissies en de beoogde emissie in 2008 en 2009 evenmin heeft gehaald. Het college heeft Nannoka een termijn van vijf maanden na 7 oktober 2010 gegeven om aan het Oplosmiddelenbesluit te voldoen.

(vi) Nannoka heeft tegen het besluit van 7 oktober 2010 bezwaar gemaakt en vervolgens beroep ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard.

(vii) Nannoka heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. In dit hoger beroep heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 12 februari 2014 aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJEU) verzocht om bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op een drietal vragen. Deze vragen heeft het HvJEU bij arrest van 10 september 2015<sup>1</sup> beantwoord.

(viii) De Afdeling heeft bij uitspraak van 9 maart 2016,<sup>2</sup> voor zover in cassatie van belang, als volgt geoordeeld:

"5. Het Hof heeft in zijn arrest van 10 september 2015 geoordeeld dat, anders dan het college (en de Nederlandse regering) steeds hebben betoogd, de passage over extra tijd in bijlage IIB niet slechts ziet op extra tijd tot 31 oktober 2007. De passage betekent volgens het Hof dat een exploitant van een installatie ook na die datum extra tijd kan krijgen om zijn reductieprogramma uit te voeren. Met andere woorden: de exploitant van een installatie kan extra tijd krijgen om via uitvoering van een reductieprogramma de emissiebeperking die volgens de gestelde grenswaarden in principe per 31 oktober 2007 zou moeten zijn bereikt, pas op een later tijdstip te behalen.

Het Hof heeft in zijn arrest voorts geconcludeerd dat uit het woord "krijgen" in bijlage IIB voortvloeit dat voor deze extra tijd toestemming van de bevoegde autoriteiten is

<sup>1</sup> HvJEU 10 september 2015, zaak C-81/14, ECLI:EU:C:2015:575.

<sup>2</sup> ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:646.

vereist. Een dergelijke toestemming veronderstelt noodzakelijkerwijs ook dat de exploitant van de betrokken installatie vooraf een verzoek om extra tijd heeft ingediend. Het Hof heeft vervolgens in zijn arrest uiteengezet hoe de afweging van de autoriteiten over het al dan niet geven van die toestemming zou moeten plaatsvinden.

(...)

8. In dit geval is naar het oordeel van de Afdeling sprake van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het college had behoren af te zien van handhavend optreden. Hiertoe overweegt de Afdeling als volgt.

8.1 Nannoka heeft het college – dat naar het oordeel van de Afdeling in deze zaak de bevoegde autoriteit is als bedoeld door het Hof – verzocht om extra tijd, in de eerste plaats bij brief van 15 oktober 2007, welk verzoek zij later bij brief van 29 januari 2008 heeft herhaald en verder onderbouwd.

Het college heeft vervolgens op 7 oktober 2010, zonder reactie op dit verzoek, de last onder dwangsom opgelegd. Dit besluit is bij zijn besluit op bezwaar van 13 juli 2011 gehandhaafd.

(...)

8.2 Het Hof heeft in zijn arrest bepaald dat bij de bepaling of de exploitant extra tijd moet krijgen en bij de vaststelling van de lengte van die extra tijd, met name moet worden nagegaan:

- of de vervangingsproducten die geschikt zijn om in de betrokken installaties te worden gebruikt en om de emissie van vluchtige organische stoffen te verminderen, daadwerkelijk in ontwikkeling zijn,
- of de lopende werkzaamheden, gelet op de verstrekte gegevens, in de totstandkoming van dergelijke producten kunnen uitmonden,
- of er geen alternatieve maatregel is waarmee met minder kosten tot een vergelijkbare of zelfs grotere emissiebeperking kan worden gekomen,
- of er niet reeds andere vervangingsproducten beschikbaar zijn.

Voorts moet volgens het Hof rekening worden gehouden met de verhouding tussen enerzijds de emissiebeperkingen die mogelijk worden gemaakt door de vervangingsproducten en de kosten van die producten, en anderzijds de door de extra tijd teweeggebrachte extra emissie en de kosten van eventuele alternatieve maatregelen. De lengte van de extra tijd mag volgens het Hof niet uitgaan boven hetgeen noodzakelijk is voor de ontwikkeling van de vervangingsproducten.

(...)

8.6. De Afdeling concludeert uit het voorgaande dat het college, uitgaande van een onjuiste uitleg van het Oplosmiddelenbesluit, ten onrechte heeft nagelaten om op basis van het verzoek van Nannoka te beoordelen of aanleiding bestond om haar extra tijd te gunnen voor het ontwikkelen van vervangingsproducten met weinig of geen oplosmiddelen. Inwilligen van dit verzoek zou hebben betekend dat Nannoka haar installatie voor lak- en coatingsprocessen had kunnen blijven gebruiken zonder het Oplosmiddelenbesluit te overtreden.

Onder deze omstandigheden had het college behoren af te zien van handhavend optreden zo lang nog geen deugdelijke beslissing over het verzoek om extra tijd was genomen. Zijn opgelegde last is gelet hierop bij het besluit op bezwaar van 13 juli 2011 ten onrechte gehandhaafd. De rechtbank heeft gelet hierop ten onrechte het beroep van Nannoka tegen dit besluit ongegrond verklaard.

9. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit op bezwaar van 13 juli 2011 alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt voor vernietiging in aanmerking. De last, voor zover deze nog in stand is gebleven na de gedeeltelijke intrekking ervan, heeft betrekking op de periode tot 1 januari 2013. Nu het geconstateerde gebrek – het opleggen van een last zonder eerst een deugdelijke afweging over extra tijd te maken – voor deze gehele periode geldt en ook niet meer kan worden hersteld, zal de Afdeling zelf in de zaak voorzien door de last voor zover nog in stand gebleven te herroepen.”

(ix) Nannoka is op 19 februari 2019 in staat van faillissement verklaard.

2.2 Nannoka vordert in dit geding, na wijziging van eis en voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de Provincie onrechtmatig heeft gehandeld jegens Nannoka door het dwangsombesluit van 7 oktober 2010 jegens haar uit te vaardigen en dit te handhaven tot de uitspraak van de Afdeling van 9 maart 2016, met veroordeling van de Provincie tot betaling van de schade die Nannoka ten gevolge daarvan heeft geleden, ten bedrage van € 1.017.926, althans een in goede justitie te bepalen bedrag.

2.3 De rechtbank heeft de vorderingen van Nannoka afgewezen. In hoger beroep heeft het

hof<sup>3</sup> het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, samengevat, het volgende overwogen.

Uitgangspunt vormt dat met de vernietiging door de bestuursrechter van een overheidsbesluit de onrechtmatigheid van dit besluit is gegeven. De uitspraak van de Afdeling van 9 maart 2016 brengt mee dat de burgerlijke rechter in deze procedure dient uit te gaan van de onrechtmatigheid van het desbetreffende besluit. De burgerlijke rechter is bij de beoordeling van een kwestie die niet de geldigheid van het besluit betreft, evenwel niet gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan het oordeel van de bestuursrechter over dat besluit. (rov. 5.5)

Het staat de burgerlijke rechter in dit geval – uitgaande van het door de Afdeling vernietigde besluit – vrij zelfstandig een oordeel te vellen over de handelingen die niet de geldigheid van het besluit betreffen. Dat de Afdeling in haar uitspraak heeft overwogen dat achteraf niet kan worden beoordeeld wat het college zou hebben besloten, staat er naar het oordeel van het hof niet aan in de weg dat de burgerlijke rechter alsnog de vraag naar het causaal verband binnen het kader van besluiten aansprakelijkheid moet beoordelen aan de hand van de daarvoor geldende maatstaf. Deze maatstaf betreft volgens vaste rechtspraak de leer van het hypothetisch rechtmatige besluit. Dit houdt in dat het *condicio sine qua non*-verband vereist dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie van het onrechtmatige besluit en de situatie van het besluit dat het bestuursorgaan zou hebben genomen indien het wist van de onrechtmatigheid van het besluit. (rov. 5.6)

Het hof is met de Provincie van oordeel dat het oordeel van de Afdeling dat de Provincie had moeten afzien van handhavend optreden ‘zo lang nog geen deugdelijke beslissing over het verzoek om extra tijd was genomen’, niet betekent dat de Provincie onder alle omstandigheden van handhavend optreden had moeten afzien. Dit oordeel betekent slechts dat de last onder dwangsom, achteraf gezien, op 7 oktober 2010 nog niet had kunnen worden opgelegd zonder eerst te beslissen op het verzoek van Nannoka om extra tijd. In dit geval betekent dit dat de burgerlijke rechter moet bezien welk (rechtmatig) besluit het college zou hebben genomen indien het wist welk toetsingskader het moest hanteren bij het opleggen van de last onder dwangsom en het (daaraan voorafgaande) beoordelen van het verzoek om extra tijd/uitstel. (rov. 5.7)

Het hof is met Nannoka van oordeel dat de Provincie geen last onder dwangsom had mogen opleggen zolang zij geen deugdelijke beslissing op het verzoek om extra tijd had genomen. Met haar stelling dat het uitblijven van een deugdelijk besluit géén last onder dwangsom tot gevolg heeft, miskent Nannoka evenwel dat de Provincie nu juist gehouden was zo’n beslissing te nemen en dat zij dat – zoals de Afdeling eveneens van oordeel was – ten onrechte, immers in de onjuiste veronderstelling dat de regeling helemaal geen ruimte bood voor (een besluit tot) uitstel, achterwege heeft gelaten. (rov. 5.16)

Dit brengt het hof op de kwestie van de hypothetische causaliteit. (rov. 5.17)

Beoordeeld moet worden (i) welk (rechtmatig) besluit het college zou hebben genomen, en (ii) of Nannoka de gestelde schade in dat geval ook zou hebben geleden. Een rechtmatig besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom houdt tevens in dat daaraan voorafgaand zou zijn beslist op het verzoek om extra tijd en dit verzoek rechtmatig zou zijn afgewezen. Daarmee ligt de nadruk op het antwoord op de vraag of op het verzoek om deze extra tijd positief zou zijn beslist of niet. In het eerste geval zou geen dwangsom zijn opgelegd en in het tweede geval mag worden aangenomen dat een dwangsom en handhaving evengoed zouden zijn gevolgd. (rov. 5.19)

Uitgangspunt bij de beoordeling of en tot wanneer uitstel zou zijn verleend, is de omstandigheid dat Nannoka bij brief van 15 oktober 2007 heeft verzocht om uitstel tot 31 oktober 2008 en bij brief van 29 januari 2008 tot uiterlijk 31 december 2008. Uitgaande van deze verzoeken zou tot maximaal eind december 2008 uitstel zijn verleend. (rov. 5.26)

Als evenwel met Nannoka ervan uitgegaan moet worden dat nog nader uitstel had kunnen worden gevraagd, is de vraag of dit uitstel verder zou zijn toegestaan dan 7 oktober 2010. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat Nannoka zelf het een juist hypothetisch uitgangspunt noemt dat de Provincie in 2007 in ieder geval 2 tot 3 jaar extra tijd zou hebben verleend om haar reductieprogramma te realiseren. Dat betekent dus niet later dan (omstreeks) oktober 2010. (rov. 5.28)

Het hof gaat ervan uit dat het peilmoment voor het *condicio sine qua non*-verband de datum van de vernietigde beslissing is, zoals volgt uit HR 25 september 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1510). Het betoog van Nannoka dat het niet mogelijk was om nog tijdig een besluit (op het verzoek om uitstel en daarna een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom) te nemen, gaat echter niet op. Anders dan Nannoka heeft betoogd, kan het hof bij de

3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9269.

toets van het hypothetisch rechtmatig besluit ook de periode voorafgaand aan het bestreden besluit in zijn beoordeling betrekken. In dit geval is evident dat geen besluit op het verzoek om uitstel is genomen omdat het college meende daartoe niet bevoegd te zijn. Nu vaststaat dat deze aanname onjuist was, dient te worden beoordeeld wat het college met de kennis van 'nu', zou hebben gedaan en beslist, zowel op het verzoek om uitstel als inzake het opleggen van een last onder dwangsom. Tegen de achtergrond dat het eerste verzoek om uitstel dateert van 2007 en eerst in 2010 een last onder dwangsom is opgelegd, moet worden aangenomen dat daartoe voor de Provincie voldoende tijd beschikbaar was. Dit brengt mee dat in die situatie en ook ten tijde van het vernietigde besluit een wel rechtmatig besluit had kunnen worden genomen. (rov. 5.29)

Niet aannemelijk is geworden dat de Provincie, wanneer zij van een rechtens juiste benadering zou zijn uitgegaan, in 2007/2008 en in 2010 extra tijd had verleend aan Nannoka om te voldoen aan het reductieprogramma. In het hypothetische scenario zou Nannoka geen extra tijd zijn verleend en daarop volgend zou de last onder dwangsom uiterlijk op 7 oktober 2010 rechtmatig zijn opgelegd. De gestelde schade van Nannoka zou zich ook in de aldus vastgestelde hypothetische situatie (in dezelfde mate) hebben voorgedaan. (rov. 5.41)

### 3 Beoordeling van het middel

3.1 Onderdeel 2 van het middel klaagt dat het hof het toetsingskader voor de beoordeling van het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging van de Provincie en de door Nannoka gestelde schade heeft miskend, althans zijn oordeel dat het causaal verband ontbreekt onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd. Het onderdeel voert in dat verband onder meer aan dat uit HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (UWV/X) en HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510 (X/Gemeente Sluis) volgt dat beoordeeld moet worden hoe het bevoegd gezag zou hebben gehandeld of besloten op de peildatum van het onrechtmatige besluit, veronderstellende dat het op dat moment wist van het gebrek dat aan het besluit kleefde. Uit deze rechtspraak volgt volgens het onderdeel dat het niet is toegestaan om te abstraheren van de juridische onmogelijkheid om op de peildatum het uiteindelijke rechtmatige besluit te nemen. In dit geval was het voor de Provincie juridisch onmogelijk om op de peildatum van 7 oktober 2010 rechtmatig de last onder dwangsom op te leggen: uit de uitspraak van de Afdeling volgt dat daartoe eerst een besluit had moeten worden genomen op het verzoek van Nannoka om extra

tijd. Het hof is hieraan ten onrechte voorbijgegaan door te veronderstellen dat de Provincie al vóór de peildatum (tussen 2007 en 2010) een besluit op het verzoek om extra tijd zou hebben genomen, aldus het onderdeel.

3.2 Indien, zoals in deze zaak aan de orde, het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan, dient het bestaan van dat verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het *condicio sine qua non*-verband) moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.<sup>4</sup> Bij deze beoordeling moet worden uitgegaan van het tijdstip waarop het onrechtmatige besluit is genomen.<sup>5</sup>

3.3 Gelet op hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen klaagt onderdeel 2 terecht dat het hof bij de beoordeling van het bestaan van causaal verband ten onrechte heeft beoordeeld of de Provincie, indien zij had geweten van het gebrek dat aan het onrechtmatige besluit (de last onder dwangsom van 7 oktober 2010) kleefde, al in de periode tussen 15 oktober 2007 en 7 oktober 2010 (afwijzend) zou hebben beslist op het verzoek van Nannoka om extra tijd voor het uitvoeren van een reductieprogramma en vervolgens uiterlijk op 7 oktober 2010 rechtmatig een last onder dwangsom zou hebben opgelegd.

3.4 Het bestreden arrest kan niet in stand blijven en de overige klachten van het middel behoeven geen behandeling. Na verwijzing zal moeten worden onderzocht wanneer, gerekend vanaf de peildatum van 7 oktober 2010, de Provincie in het hypothetische geval op het verzoek van Nannoka om extra tijd zou hebben beslist en of en wanneer zij, indien deze beslissing afwijzend zou hebben geluid, alsnog een rechtmatige last onder dwangsom zou hebben opgelegd.

Bij deze beoordeling zullen mede betrokken kunnen worden de periode die op de peildatum reeds was verstreken na het moment waarop Nannoka in beginsel uiterlijk aan de beoogde emissiewaarden conform het Oplosmiddelenbesluit diende te voldoen (31 oktober 2007), en de

<sup>4</sup> HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (UWV/X), rov. 3.4.4; HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510 (X/Gemeente Sluis), rov. 3.2.

<sup>5</sup> HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510 (X/Gemeente Sluis), rov. 3.2; HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:115, rov. 3.2.1.

omstandigheid dat de Provincie het verzoek van Nannoka om extra tijd diende te toetsen aan de door het HvJEU in zijn uitspraak van 10 september 2015 geformuleerde criteria, die meebrengen dat voortzetting van de VOS-emissies na 31 oktober 2007 zo beperkt mogelijk moest zijn, zowel in hoeveelheid als in tijd.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 november 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt de Provincie in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Nannoka begroot op € 2.291,01 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Provincie deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

#### Noot

1. *Plaats van dit arrest.* Het bovenstaande arrest en het hiervoor opgenomen arrest van 4 februari 2022, AB 2022/377, voegen verdere jurisprudentie toe aan de moeizame bepaling van causaal verband bij vernietigde besluiten. Zoals ook in de korte noot bij het hiervoor opgenomen arrest is opgemerkt, is het uitgangspunt het volgende. Indien het bestuursorgaan onrechtmatig jegens een belanghebbende heeft gehandeld door het primaire besluit te nemen en die onrechtmatige daad aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend, moet het causaal verband worden vastgesteld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist of gehandeld indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het gaat dus om een hypothetische benadering. Bij deze hypothetische benadering dient te worden uitgegaan van het tijdstip waarop het onrechtmatige besluit is genomen. Die hypothetische benadering geldt zowel voor de situatie waarin naderhand alsnog een besluit is genomen, als voor de situatie waarin geen nieuw besluit is genomen. De eerste situatie deed zich voor in het arrest van 4 februari 2022. Daar volgde alsnog de aangevraagde bouwvergunning, nadat een provinciale belemmering in de zogeheten GHS was opgeheven. De tweede situatie deed zich voor in het bovenstaande arrest: er kon geen nieuw handhavingsbesluit worden genomen omdat de Afdeling bestuursrecht-spraak in haar uitspraak niet alleen een beslissing op bezwaar had vernietigd, maar ook de beslis-

sing in primo had herroepen. Beide arresten passen wel in de lijn die de Hoge Raad heeft ingezet met HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291, AB 2017/232 m.nt. L. Di Bella (*Hengelo/Wevers*) en voor beide situaties nader heeft uitgewerkt in HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, NJ 2017/62, AB 2017/407 m.nt. C.N.J. Kortmann (*X/UWV*). Ze bevorderen allebei meervoudige speculatie. Zij lijken ook niet niet helemaal met elkaar te verenigen en leiden daarom tot een vraag aan het slot van deze noot.

2. *Eerste variant: nieuw besluit.* Bij de variant waarin het bestuursorgaan een nieuw besluit neemt, kan het afhangen van de inhoud van het nieuwe besluit of het eerdere, onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. Als het nieuwe besluit rechtmatig is en een beslissing bevat die tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het eerdere besluit, dan is dat, voor zover het gaat om schade die veroorzaakt wordt door dat rechtsgevolg, niet het geval. Er is een eenvoudige en een minder eenvoudige versie van deze eerste variant, die ervan afhangt of er voor zo'n alternatief besluit niet ook nog, of juist wel nog, een besluit van een ander bestuursorgaan nodig was.

De eenvoudige versie is te zien in de Afdelingsuitspraak inzake *Biolicious* (ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, AB 2017/88 m.nt. C.N.J. Kortmann, *Gst.* 2017/51 m.nt. R.D. Boesveld (*Biolicious*)), inzake een beslissing op een aanvraag voor een zuiver schadebesluit vóór de inwerkingtreding van afdeling 8.4 Awb. De Rechtbank had eerder het gemeentelijke besluit tot instelling van een uitgezonderde markt vernietigd. Voor de Afdeling was in de schadezaak niet bepalend of er alsnog een uitgezonderde markt had kunnen komen, maar dat het gemeentebestuur van begin af aan een besluit tot het instellen van een reguliere markt zou hebben genomen, indien het vooraf had geweten dat het geen rechtmatig besluit tot het instellen van een uitgezonderde markt had kunnen nemen. Dat had in dit geval gekund, want de relevante gemeentelijke verordening kende daarvoor geen belemmering. Dan zou *Biolicious* dus naar aard en omvang eenzelfde schade hebben geleden. Vergelijkbaar is HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, NJ 2019/409 m.nt. L.A.D. Keus, AB 2019/493 m.nt. L. Di Bella (*Boskalis/Zuid-Holland*), waar evenmin nog een ander besluit van een ander bestuursorgaan als belemmering kon fungeren.

Het woord "belemmering" biedt de aanloop naar de minder eenvoudige tweede versie van de eerste variant. Het komt voor dat een ander bestuursorgaan van hetzelfde of een ander openbaar lichaam een besluit had moeten nemen om een belemmering weg te nemen. Er wordt met gevarieerde zwaarte getild aan die belemmering.

Weinig zwaarte toont HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291, AB 2017/232 m.nt. L. Di Bella (*Hengelo/Weyers*). De Hoge Raad leek het relatief vlot aannemelijk te achten dat het college van burgemeester en wethouders er wel voor zou hebben zorggedragen dat er een ammoniakreductieplan van de gemeenteraad ten behoeve van vergunningverlening in de zin van de Interimwet ammoniak en veehouderij zou zijn geweest. Zonder dat plan was vergunningverlening niet mogelijk. Veel strenger was het latere HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510, NJ 2020/359, JB 2020/183 m.nt. L.J.M. Timmermans. De omstandigheid dat eerst een gemeentelijke verordening moest worden aangepast voordat een rechtmatige vergunning kon worden verleend, brengt mee dat de gemeente op het moment van de ten onrechte verleende exploitatievergunning niet rechtmatig zo'n vergunning had kunnen verlenen. Met dat laatste arrest leek de conclusie eenvoudig: voor de beoordeling van het causaal verband langs de lijn van een alternatief besluit dat ook genomen had kunnen worden, moet bezien worden of er al dan niet een belemmering van een ander besluit was. Het peilmoment voor die oefening is het tijdstip waarop het onrechtmatige besluit is genomen. Was er een belemmering door een ander besluit van een ander bestuursorgaan, dan wordt er niet (ook nog) gespeculeerd over mogelijkheden die er zouden zijn geweest dat het andere bestuursorgaan dat besluit zou hebben gewijzigd. De speculatie is dan dus enkelvoudig: er wordt alleen gespeculeerd of het schadeveroorzakende bestuursorgaan op het peilmoment van het onjuiste besluit hetzelfde had kunnen beslissen, maar dan op rechtmatige wijze. Zie *Biolicious* en *Boskalis/Zuid-Holland*. Er wordt niet ook nog gespeculeerd dat dat schadeveroorzakende bestuursorgaan wel tijdig een ander bestuursorgaan ertoe had kunnen bewegen om een belemmering door diens besluit weg te nemen, waarmee dan het schadeveroorzakende bestuursorgaan alsnog rechtmatig had kunnen beslissen.

Die duidelijkheid van zo'n peilmoment aan de hand van één besluit, zijn we kwijt in het arrest van 4 februari 2022. De Hoge Raad verwijt het hof dat het ongemotiveerd is voorbijgegaan aan het betoog dat de gemeente ten tijde van het onjuiste besluit al aan de provincie zou hebben verzocht de begrenzing van de GHS te wijzigen ten behoeve van het bouwplan waarvoor vergunning was gevraagd, als de gemeente had geweten dat de begrenzing van die GHS een belemmering was. De Hoge Raad acht de stelling dat de gemeente met succes aan de provincie zou hebben verzocht de grens van de GHS aan te passen, relevant. Het hof waarnaar wordt verwezen, kan er

een toer aan krijgen om deze tweede speculatie tot een goed einde te brengen. Het is immers niet gezegd dat provinciale bestuursorganen steeds hetzelfde denken over afwijkingen van provinciale regels ten behoeve van een (bouw)plan. Zie HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, AB 2016/58 m.nt. G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman (*Zoeterwoude*). Daar was de veronderstelling van het gemeentebestuur aanvankelijk dat Gedeputeerde Staten wel zouden instemmen met een bouwplan. Dat bleek na een poging tot reparatie van het bestemmingsplan voor dit bouwplan jaren later niet meer zo te zijn.

3. *Tweede variant: geen nieuw besluit.* De tweede variant is de variant waarin geen nieuw besluit volgt. Net als bij de variant met een nieuw besluit, lijken ook hier twee versies denkbaar. De eerste versie is de versie waarin de discussie beperkt blijft tot de vraag of er één ander besluit met dezelfde inhoud genomen had kunnen worden. De tweede versie kan uit het bovenstaande arrest van 30 september 2022 worden afgeleid, omdat daarin een (ook al) theoretisch tweede besluit figureert, zij het van hetzelfde bestuursorgaan.

Een voorbeeld van de eerste versie biedt het onder punt 1 genoemde arrest X/UWV. Het UWV had na een door het UWV zelf gegrond verklaarde klacht over een verleende ontslagvergunning en een eveneens gegronde klacht bij de Nationale Ombudsman erkend dat het met die vergunningverlening onzorgvuldig en daarom onrechtmatig jegens de ontslagene had gehandeld. De Hoge Raad boog zich over de stelling van het UWV dat het ten tijde van het onrechtmatige besluit ook een rechtmatig besluit over dat ontslag had kunnen nemen. Het hof had die argumentatie geanalyseerd en onjuist bevonden. De Hoge Raad volgde die conclusie. Er was hier geen nieuw besluit dat als richtsnoer voor de beoordeling door de burgerlijke rechter kon worden benut. In de omstandigheden van het geval vond het hof echter genoeg aanknopingspunten om de stelling van het UWV af te serveren, dat het de ontslagvergunning ook op rechtmatige wijze had kunnen verlenen.

In het bovenstaande arrest komt een versie met twee niet genomen nieuwe besluiten aan de orde. Een korte weergave van de casus kan helpen voor het begrip van de zaak. Nannoka en GS van Gelderland vonden beide dat Nannoka via het volgen van een reductieprogramma aan de eisen uit het Oplosmiddelenbesluit moest gaan voldoen. De vraag was vanaf welk moment Nannoka aan de eisen moest voldoen. Nannoka had GS verzocht om een termijn te krijgen om een reductieprogramma te gaan uitvoeren. GS beslisten



daar niet op, maar legden op 7 oktober 2010 wel een last onder dwangsom aan Nannoka op. Volgens GS had Nannoka tot 31 oktober 2007 de tijd gehad om aan de eisen te gaan voldoen en voldeed Nannoka nog steeds niet. Nannoka stelde dat zij op het door haar gedane verzoek een mogelijkheid had moeten krijgen om op enig moment na 31 oktober 2007 nog te gaan voldoen. Anders dan GS dachten, bleek de regelgeving die mogelijkheid te bieden. Dat bleek uit de beantwoording van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie van de EU en de daaropvolgende Afdelingsuitspraak. De Afdeling herriep de last tot oplegging van een dwangsom. Omdat de regelgeving een langere termijn voor implementatie van een reductieprogramma mogelijk maakte, hadden GS vóór hun handhavingsbesluit een deugdelijke beslissing moeten nemen op het verzoek om uitstel voor de implementatie van het reductieprogramma. Beide beslissingen konden door tijdsverloop niet meer worden genomen, zodat er geen reden voor enig nieuw besluit meer was.

De provincie verdedigde zich tegen de schadevergoedingsvordering vanwege de geheel herroepen last onder dwangsom onder meer met de stelling dat GS in de periode tussen 15 oktober 2007 en 7 oktober 2010 (afwijzend) zouden hebben beslist op het verzoek van Nannoka om extra tijd voor het uitvoeren van een reductieprogramma en vervolgens uiterlijk op 7 oktober 2010 rechtmatig een last onder dwangsom zouden hebben opgelegd. Dat aanvaardde de Hoge Raad niet. Het causale verband moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Bij deze beoordeling moet worden uitgegaan van het tijdstip waarop het onrechtmatige besluit is genomen. Dat is 7 oktober 2010. Daarom zal het hof waarnaar wordt verwezen, alsnog moeten onderzoeken wanneer, gerekend vanaf de peildatum van 7 oktober 2010, de provincie op het verzoek van Nannoka om extra tijd zou hebben beslist en of en wanneer zij, indien deze beslissing afwijzend zou hebben geluid, alsnog een rechtmatige last onder dwangsom zou hebben opgelegd.

4. *Stuivertje wisselen en openstaande vraag.* De zaak uit het arrest van 4 februari 2022 gaat van het hof 's-Hertogenbosch naar het hof Arnhem-Leeuwarden. De tweede zaak volgt de omgekeerde route. In beide zaken staan de hoven voor de lastige taak om verder hypothetisch aan de gang te gaan.

De zaak van 4 februari 2022 lijkt de wat makkelijker. Daar hebben Provinciale Staten uitein-

delijk later alsnog de verordening gewijzigd, waardoor het bouwplan buiten de GHS kwam te vallen. Dat kan een indicatie zijn dat PS die wijziging desgevraagd wellicht ook eerder al wel hadden kunnen en willen doorvoeren. Er bleek in ieder geval niet dat er op enig moment een wettelijke belemmering tot wijziging van die GHS is geweest; het lijkt veeleer een vrije beleidskwestie voor GS te zijn geweest. Het oordeel zou dus kunnen luiden dat het latere besluit (van GS) een indicatie vormde dat GS ook eerder wel hetzelfde besluit hadden willen nemen. Dan zou de uitkomst in de lijn van enkelvoudige zaken als *Biolicious* en *Boskalis/Zuid-Holland* komen: er zijn uiteindelijk rechtmatige besluiten genomen met dezelfde inhoud als de onjuiste en dat had ook ten tijde van het onjuiste besluit al gekund.

De zaak van 30 september 2022 lijkt lastiger voor de provincie. Daar lijkt een geval van harde rechtsdwaling aan de orde. Het is de vraag of daarvan realiter wel geabstraheerd kan worden door alsnog te gaan beoordelen welke extra termijn Nannoka dan had moeten krijgen, maar dat moet het hof toch doen.

Welke vraag staat dan nog open? Blijkens het arrest van 30 september 2022 mag geen besluit voorafgaand aan de peildatum van het daadwerkelijk genomen onrechtmatige besluit worden geconstrueerd. De Hoge Raad rekent immers vanaf de datum van het herroepen besluit tot oplegging van een last onder dwangsom welke tijd de Provincie zou hebben genomen om (alsnog) op het verzoek om uitstel van Nannoka te beslissen. Dat is dus hoe dan ook een moment dat later ligt dan de datum van dat besluit zelf. In de zaak van 4 februari 2022 aanvaardt de Hoge Raad echter het gemeentelijke betoog, dat de gemeente de provincie in een vroeg stadium al zou hebben gevraagd om de GHS aan te passen. Het arrest sluit aldus de invoeging van zo'n besluit op een eerder tijdstip dan het schadeveroorzakende besluit niet uit, terwijl dat in de zaak van 30 september 2022 nu juist wel wordt uitgesloten. Ik vraag me af, wat de reden is voor dat verschil.

G.A. van der Veen