

## Gemeenten en onbevoegde vertegenwoordiging

Gst. 2015/122

### 1. Inleiding

Ambtenaren verrichten vaak (rechts)handelingen ten behoeve van een gemeente ten opzichte van een derde (weder)partij. Zij fungeren als tussenpersoon voor de gemeente. Juridische geschillen omtrent tussenpersonen komen regelmatig voor. Geschillen ontstaan bijvoorbeeld indien een tussenpersoon ten opzichte van de wederpartij heeft gehandeld terwijl de tussenpersoon daartoe niet bevoegd was. De wederpartij kan de principaal dan eventueel aanspreken op grond van bijvoorbeeld schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft op 24 april 2015<sup>2</sup> een arrest gewezen over deze schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van een ambtenaar die onbevoegd als tussenpersoon voor een gemeente had opgetreden. Aan de hand van de casus van dit arrest worden hieronder genoemde mogelijkheden van de wederpartij om de gemeente aan te spreken onderzocht.

### 2. Vertegenwoordiging, schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en gemeenten

Eerst wordt hier kort ingegaan op vertegenwoordiging, schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en bevoegdheidsbepalingen van de Gemeentewet.

#### 2.1 Vertegenwoordiging

Vertegenwoordiging houdt in dat handelingen van de één (de tussenpersoon) rechtens hebben te gelden als handelingen van de ander (de principaal of achterman).<sup>3</sup> De principaal kan hiervoor een volmacht verlenen waarbij de vertegenwoordiger overeenkomsten voor de principaal kan sluiten. Of een volmacht is verleend dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van artikel 3:33 en 3:35 BW. Het komt daarbij, kort gezegd, aan op hetgeen de volmachtgever en gevolmachtigde over en weer hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben mogen begrijpen, waarbij in het bijzonder van belang is de verklaring of gedraging waarbij de volmacht is verleend.<sup>4</sup> Vertegenwoordiging door volmacht wordt geregeld in titel 3.3 van het BW (artikel 3:60 BW e.v.).

De vertegenwoordiger dient te worden onderscheiden van een bode. De bode wordt in het algemeen niet als vertegenwoordiger aangemerkt.<sup>5</sup> Aangenomen wordt dat de vertegenwoordiger zelf een wilsverklaring aflegt, terwijl de bode

slechts instrument is en de verklaring van een ander overlegt.<sup>6</sup> De bode fungeert zo meer als 'doorgeefluik'.<sup>7</sup>

Of een tussenpersoon als vertegenwoordiger of als bode met de wederpartij heeft gehandeld is niet steeds eenvoudig vast te stellen.<sup>8</sup> De artikelen 3:33 en 3:35 BW zijn hier ook van belang maar dan met name in de relatie tussen de tussenpersoon en de wederpartij waarbij in de literatuur wordt betoogd dat niet doorslaggevend is hetgeen de tussenpersoon met zijn principaal heeft afgesproken.<sup>9</sup>

#### 2.2 Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid

De principaal is in beginsel uiteraard niet gebonden aan handelingen van de tussenpersoon indien door de principaal geen volmacht of opdracht is gegeven om als tussenpersoon op te treden.<sup>10</sup> De principaal kan bij vertegenwoordiging dan (alsnog) gebonden worden indien hij de rechtshandeling alsnog bekrachtigt in het kader van artikel 3:69 BW of op grond van de zogenaamde schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid of volmacht in de zin van artikel 3:61 lid 2 BW.<sup>11</sup> Deze schijn houdt in dat, indien een tussenpersoon in naam van een principaal een rechtshandeling verricht, deze principaal niet rechtsgeldig kan aanvoeren dat geen toereikende volmacht was verleend tegen de wederpartij indien deze laatste op grond van een verklaring of gedraging van die principaal heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend. Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is, ook bij publiekrechtelijke rechtspersonen, niet alleen aan de orde indien deze schijn is opgewekt door toedoen van het orgaan, waaraan de bevoegdheid is toebedeeld om te beslissen omtrent de aangelegenheid waarop het onbevoegde optreden betrekking heeft, maar ook indien deze schijn voortvloeit uit feiten en omstandigheden die voor risico van de pseudo-vertegenwoordigde (principaal) komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.<sup>12</sup>

#### 2.3 Gemeentewet

Met betrekking tot gemeenten heeft het college van B&W op grond van artikel 160 lid 1, aanhef en sub e, Gemeentewet de bevoegdheid te besluiten tot privaatrechtelijke rechts-

1 Rens Kloppenburg is advocaat bij Groenendijk & Kloppenburg Advocaten in Leiden.

2 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, NJ 2015/221.

3 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* 2011/201.

4 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9243, r.o. 4.2.

5 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/21.

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/141.

7 D.F. Spoormans, 'De bode als blinde vlek in het contractenrecht', *Contracteren* 2013, p. 52.

8 Vgl. A-G J. Wuisman, conclusie bij HR 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH9284, randnummer 2.3.

9 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/21.

10 De gevolmachtigde dient op grond van artikel 3:70 BW voor zijn volmacht in te staan. Op de aansprakelijkheid en/of draagplicht van de gevolmachtigde wordt hier niet nader ingegaan.

11 In een geval van een bode zou artikel 37 lid 4 BW kunnen worden gehanteerd, zie nader D.F. Spoormans, 'De bode als blinde vlek in het contractenrecht', *Contracteren* 2013, nr. 2.

12 Vgl. HR 3 februari 2012, NJ 2010/390; HR 19 februari 2010, NJ 2010/115. A-G Wuisman, conclusie bij HR 25 juni 2010 (*Provincie Gelderland/Vitesse*), NJ 2010/371, randnummer 3.14.

handelingen. Dit wordt ook een voorbereidingsbeslissing wordt genoemd.<sup>13</sup> Het college kan deze bevoegdheid mandateren.<sup>14</sup>

De burgemeester kan op grond van artikel 171 lid 1 Gemeentewet de gemeente (als rechtspersoon) in en buiten rechte vertegenwoordigen. Dit is de vertegenwoordigingshandeling. De burgemeester kan deze handeling op grond van artikel 171 lid 2 Gemeentewet opdragen aan een door hem aan te wijzen persoon waarbij de bepalingen over mandaat (afdeling 10.1.1 Awb) van overeenkomstige toepassing zijn.<sup>15</sup> De regeling van privaatrechtelijke volmacht (titel 3.3 van het BW) is ook van toepassing op mandaat (artikel 10.1 e.v. Awb) voor zover er geen specifieke regels inzake mandaat gelden, zoals in het geval van handelen zonder toereikende volmacht.<sup>16</sup>

### 3. Arrest Hoge Raad 24 april 2015

#### 3.1 Feiten

Kort samengevat zijn de meest relevante feiten van de casus van het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2015 als volgt. De gemeente heeft een mandaatbesluit uitgevaardigd op grond van artikel 171 Gemeentewet en artikel 10:3 en 10:12 Awb. Het mandaatbesluit heeft onder andere tot doel gemandateerde ambtenaren op te dragen de gemeente buiten rechte te vertegenwoordigen en heeft zowel betrekking op de eventueel vereiste besluitvorming als de vereiste volmacht.<sup>17</sup> Het mandaatbesluit is onderverdeeld in gemeentelijke afdelingen. Onder het 'kopje' van de afdeling Concerndiensten staat onder andere "beoordeling en afhandeling van bij de gemeente ingediende schadeclaims". Het aangaan van een bindend adviesprocedure is in het mandaatbesluit niet vermeld bij deze afdeling.<sup>18</sup>

Een derde (de wederpartij), die werd bijgestaan door een advocaat, had de gemeente (de principaal) aansprakelijk gesteld voor schade die deze derde zou hebben geleden als gevolg van een vertraagde levering van een pand door de gemeente. Een ambtenaar (de tussenpersoon), die bij de gemeente werkzaam was bij de afdeling Ruimtelijke en Economische Ontwikkeling maar niet werkzaam was bij de afdeling Concerndiensten, heeft vervolgens over een vaststellingsovereenkomst onderhandeld<sup>19</sup> en deze ook ondertekend. In de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat partijen bindend advies overeenkomen ter zake van de omvang van de schade die de wederpartij stelt te hebben geleden door de gemeente. Vervolgens is bindend advies uitgebracht waarbij de gemeente een bedrag dient te betalen. De ge-

meente weigert echter dit bedrag te betalen en voert daarbij aan dat de tussenpersoon (desbetreffende ambtenaar) niet bevoegd was de gemeente te vertegenwoordigen.

#### 3.2 Hoge Raad

De ambtenaar heeft ondanks de benodigde voorbereidingsbeslissing en externe vertegenwoordigingsbevoegdheid in het mandaatbesluit onderhandeld over de vaststellingsovereenkomst (met de bindend adviesprocedure) en deze ook ondertekend. De ambtenaar heeft de gemeente daarom vertegenwoordigd en in deze zin gefungeerd als pseudo-vertegenwoordiger.<sup>20</sup> De wederpartij heeft zich op schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid (artikel 3:61 lid 2 BW) beroepen en daarbij onder andere aangevoerd dat de gemeente de kosten van het bindend advies heeft betaald en dat de tussenpersoon namens de gemeente is verschenen bij de behandeling van het kort geding, dat de wederpartij had geïnitieerd naar aanleiding van de niet betaling van de schade zoals vastgesteld middels het bindend advies.<sup>21</sup> De gemeente heeft gesteld dat deze feiten dateren van ná de vaststellingsovereenkomst waardoor deze voor de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid irrelevant zijn. De Hoge Raad heeft in dit arrest in lijn met eerdere rechtspraak bepaald dat dergelijke schijn ook kan berusten op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan ná de totstandkoming van de betrokken rechtshandeling en de zaak terugverwezen naar het gerechtshof.

### 4. Mogelijkheden van de wederpartij om gemeente aan te spreken

De mogelijkheden van de wederpartij om de gemeente aan te spreken worden hieronder nader onderzocht. Hierbij wordt nader ingegaan op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en op de vraag of de wederpartij de gemeente ook rechtsgeldig had kunnen aanspreken op grond van overeenkomst (contract) en/of onrechtmatige daad. Hierbij wordt opgemerkt dat bij een rechtsgeldig beroep op het bestaan van een overeenkomst en schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid het positieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking kan komen terwijl bij een beroep op grond van onrechtmatige daad vaak het negatieve belang wordt vergoed.

#### 4.1 Contractuele aansprakelijkheid

In de eerst plaats is relevant of de wederpartij ondanks de onbevoegdheid van de ambtenaar de gemeente had kunnen aanspreken op grond van overeenkomst. De Hoge Raad heeft in het arrest *Gemeente Almere Buiten Oost/Weernekers c.s.*<sup>22</sup> overwogen:

13 F.J. van Ommeren, annotatie HR 25 juni 2010 (*Provincie Gelderland/Vitesse*), AB 2010/334, randnummer 6.

14 Art. 10:3 Awb.

15 Art. 10:12 Awb.

16 Art. 3:79 BW. Zie ook A-G mr. E.B. Rank-Berenschot, conclusie bij HR 24 april 2015, NJ 2015/221, randnummer 2.5.

17 A-G mr. E.B. Rank-Berenschot, conclusie bij HR 24 april 2015, NJ 2015/221, randnummer 2.6.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7764, r.o. 3.23.

19 Uit beschikbare feiten volgt dat de ambtenaar voorafgaand aan de vaststellingsovereenkomst de correspondentie heeft gevoerd met de wederpartij over onder andere de schadeomvang.

20 Vgl. A-G mr. E.B. Rank-Berenschot, conclusie bij HR 24 april 2015, NJ 2015/221, randnummers 2.16 en 2.17.

21 A-G Rank-Berenschot merkt op dat in het onderhavige geval waarin zowel een (bestuursrechtelijke) voorbereidingsbeslissing als een volmacht ontbreekt, bedoelde feiten en omstandigheden betrekking moeten hebben op de schijnaanwezigheid van zowel een voorbereidingsbeslissing als een volmacht: E.B. Rank-Berenschot, conclusie bij HR 24 april 2015, NJ 2015/221, randnummer 2.18.

22 HR 1 juni 2012, NJ 2012/471, r.o. 3.10.2.

“De bepaling van art. 160 lid 1, aanhef en onder e, Gemeentewet kent het college van B&W de bevoegdheid toe tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Deze bevoegdheid sluit niet uit dat – gelijk in dit geval, naar het hof kennelijk en alleszins begrijpelijk tot uitgangspunt heeft genomen – met instemming van B&W onderhandelingen over een voorgenomen privaatrechtelijke rechtshandeling namens de gemeente door ambtenaren kunnen worden gevoerd en dat als resultaat van die onderhandelingen een rechtshandeling tot stand komt onder de voorwaarde van goedkeuring door het college van B&W.”

Indien de bevoegdheid ex. artikel 160 lid 1 Gemeentewet ontbreekt kan de ambtenaar dus wel een voorwaardelijke overeenkomst sluiten. De vraag of dat ook zo is bij ontbreken van de op grond van artikel 171 Gemeentewet vereiste vertegenwoordigingshandeling wordt in de literatuur bevestigend beantwoord.<sup>23</sup> In onderhavig geval ontbrak echter niet alleen de bevoegdheid op grond van artikel 160 lid 1 en 170 lid 1 Gemeentewet maar was er gezien het mandaatbesluit ook geen instemming van B&W om te onderhandelen door desbetreffende ambtenaar terwijl de Hoge Raad in dit kader expliciet heeft overwogen dat de onderhandelingen door de betrokken ambtenaren over de totstandkoming van de overeenkomst zijn gevoerd ‘met instemming van B&W’.<sup>24</sup> Bovendien blijkt nergens dat partijen de vaststellingsovereenkomst hebben gesloten onder opschortende voorwaarde. Contractuele aansprakelijkheid lijkt in dit kader daarom niet aan de orde.<sup>25</sup> Hieruit blijkt overigens het belang om in de mandaatregeling duidelijk op te nemen welke ambtenaar op welk terrein mag onderhandelen zodat duidelijk(er) is wanneer de gemeente er niet mee heeft ingestemd dat een ambtenaar over een onderwerp heeft onderhandeld.

#### 4.2 Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid

Uit artikel 3:61 lid 2 BW volgt dat voor een rechtsgeldig beroep op schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid de wederpartij niet alleen op de aanwezigheid van bevoegdheid bij de tussenpersoon heeft vertrouwd, maar ook daarop redelijkerwijs heeft mogen vertrouwen.<sup>26</sup> De gemeente heeft de ambtenaar aangesteld. De rechtbank en het gerechtshof hebben in deze zaak als uitgangspunt genomen dat het normaal is dat ambtenaren namens en in opdracht van het bevoegde orgaan van de gemeente contacten onderhouden met derden, waaronder burgers, ook wat betreft privaatrechtelijke aangelegenheden, maar dat daarin niet reeds besloten ligt dat de betrokken ambtenaren steeds bevoegd zijn namens de gemeente bindende overeenkomsten aan te gaan. Volgens rechtbank en gerechtshof is hierbij van

belang dat de bevoegdheidsverdeling binnen de gemeente duidelijk is en dat de wederpartij door raadpleging van de Gemeentewet en het mandaatbesluit eenvoudig hadden kunnen vaststellen dat de tussenpersoon (de ambtenaar) niet bevoegd was te beslissen met betrekking tot vorderingen tot schadevergoeding en in dat kader vaststellingsovereenkomsten te sluiten.<sup>27</sup> In het algemeen is het voor niet professionele partijen echter niet altijd eenvoudig de exacte bevoegdheidsverdeling in de besluiten te achterhalen.<sup>28</sup> Het is voor gemeenten in ieder geval van belang de (on)bevoegdheid van de ambtenaar zo duidelijk mogelijk kenbaar te maken in de regelgeving en mandaatbesluit. Enige onduidelijkheid in dit verband kan binnen de risicosfeer van de gemeente liggen en kan worden gezien als omstandigheid waardoor de wederpartij zich rechtsgeldig kan beroepen op deze schijn.<sup>29</sup> Het gerechtshof heeft in deze zaak ook overwogen:

“De bevoegdheidsverdeling binnen een gemeente is onmiskenbaar vastgelegd in de Gemeentewet en is in dit geval door de Gemeente nader uitgewerkt in een voor ieder te raadplegen Mandaatbesluit. In een democratische rechtsstaat komt aan een zodanige bevoegdheidsverdeling groot gewicht toe, zodat slechts in bijzondere omstandigheden plaats is voor het oordeel dat naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid voor risico van de Gemeente komt (vgl. HR 25 juni 2010, *LJN* BL5420, *AB* 2010/334).”

De Hoge Raad heeft in een arrest van 26 juni 2015 het gewicht van het stelsel van de Gemeentewet bevestigd:

“[...] in het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt.”<sup>30</sup>

Indien schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid in onderhavige zaak zou worden aangenomen dan zal de gemeente gebonden zijn aan (de gevolgen van) de vaststellingsovereenkomst zonder aanwezigheid van zowel de juiste besluitvormingshandeling als een volmacht. Terughoudendheid is hier dus op zijn plaats.

23 E.W.J. de Groot, annotatie bij HR 1 juni 2012, *Gst.* 2012/91, randnummer 7.

24 E.W.J. de Groot, annotatie bij HR 1 juni 2012, *Gst.* 2012/91, randnummer 4.

25 Zie over nader over contractuele grondslag bij onbevoegd handelen van overheidsbestuurders H.Ph. J.A.M. Hennekens, *Gst.* 2010/93, randnummer 5.3.

26 A-G Wuisman, conclusie bij HR 25 juni 2010 (*Provincie Gelderland/Vitesse*), *NJ* 2010/371, randnummer 3.14.

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:7764*, r.o. 3:28. Vgl. Hof Amsterdam 23 december 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:5791*, r.o. 3.5.

28 Vgl. J. van Ommeren, annotatie HR 25 juni 2010 (*Provincie Gelderland/Vitesse*), *AB* 2010/334, randnummer 4.

29 Vgl. HR 27 november 1992, *NJ* 1993/287, r.o. 3.3.

30 HR 26 juni 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1737*. Deze zaak ging niet over schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid maar met name over de vraag of er vertrouwen was opgewekt dat de gemeente gebonden was aan een overeenkomst. Vgl. ook Hof Amsterdam 23 december 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:5791*, r.o. 3.7.

In onderhavige zaak was de ambtenaar verder niet alleen onbevoegd de vaststellingsovereenkomst te sluiten maar ook onbevoegd om over deze overeenkomst te onderhandelen (hetgeen overigens geen rechtshandeling is). De ambtenaar was immers niet door de gemeente aangesteld voor de afdeling van welke de ambtenaren volgens het mandaatbesluit gemandateerd zijn tot het beoordelen en afhandelen van schadeclaims.<sup>31</sup> Onder dit afhandelen kan worden verstaan het onderhandelen over een vaststellingsovereenkomst inzake een schadeclaim. Het gerechtshof verwijst, zoals hierboven bleek, in onderhavige zaak naar het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2010 (*Provincie Gelderland/Vitesse*).<sup>32</sup> Het ging in die zaak niet om schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid maar om een vordering tegen de Provincie gebaseerd op onrechtmatige daad van de Provincie. De Leden van de Gedeputeerde Staten van de Provincie hadden onbevoegd een toezegging gedaan die niet werd nagekomen.<sup>33</sup> De Hoge Raad achtte het oordeel dat in dit verband sprake was van onrechtmatig handelen van de Provincie gezien alle omstandigheden van dit geval geen onjuiste rechtsopvatting en woog daarbij onder andere de bevoegdheid van de leden om te (onder)handelen mee:

“Gedeputeerden nemen binnen de bestuurlijke organisatie van de provincie een belangrijke positie in; ingevolge art. 158 lid 1, aanhef en onder a, Provinciewet zijn zij immers – behoudens een nu niet terzake dienende uitzondering – bevoegd het dagelijks bestuur van de provincie te voeren. Het lag dus bij uitstek op de weg van de gedeputeerden in deze crisissituatie handelend op te treden om het onmiddellijk dreigende risico van zeer aanzienlijke schade voor de Provincie af te wenden.”

In onderhavige casus lag het niet op de weg van de ambtenaar om te onderhandelen over de vaststellingsovereenkomst gezien de afdeling waar hij werkzaam was. De vraag is of het gerechtshof waarnaar de zaak is verwezen voldoende (bijzondere) omstandigheden – die dus kunnen dateren van ná de vaststellingsovereenkomst – aanwezig zal achten om hieraan zodanig tegengewicht te bieden dat alsnog van genoemde schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid sprake is.

### 4.3 Onrechtmatige daad

4.3.1 *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor een ambtenaar*  
De ambtenaar kan worden gezien als ondergeschikte van de gemeente.<sup>34</sup> Artikel 6:170 BW bepaalt dat degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk is voor een fout van deze ondergeschikte, indien de kans op

de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.<sup>35</sup> De aansprakelijkheid van de werkgever is zo gebaseerd op de hoedanigheid van werkgever. Dit wordt kwalitatieve aansprakelijkheid genoemd.

In de eerste plaats moet sprake zijn van een fout – toerekenbare onrechtmatige daad – van de ambtenaar, waarvoor op grond van artikel 6:170 BW de gemeente aansprakelijk kan zijn. De ambtenaar is als onbevoegd handelende tussenpersoon opgetreden hetgeen een onrechtmatige daad jegens de wederpartij kan opleveren. Artikel 6:170 BW kan ook van toepassing zijn bij onrechtmatige daad op grond van onbevoegde vertegenwoordiging.<sup>36</sup> Het enkele feit dat onbevoegd is opgetreden levert echter nog geen onrechtmatige daad op. Onbevoegd handelen in naam van een ander kan slechts als onrechtmatig worden aangemerkt indien het geschiedt op een wijze of gepaard gaat met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegd vertegenwoordiger in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.<sup>37</sup> A-G Bloembergen heeft in dit kader betoogd dat onder de omstandigheid dat de onbevoegde tussenpersoon onjuiste mededelingen heeft gedaan omtrent zijn bevoegdheid dan wel op enigerlei andere wijze ten onrechte de indruk heeft gewekt dat hij bevoegd was, er in beginsel aansprakelijkheid zal zijn, omdat het in het algemeen strijdig is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt om onjuiste mededelingen te doen of een onjuiste indruk te wekken, waardoor een ander schade ondervindt.<sup>38</sup> Een toerekenbare onrechtmatige daad (fout) zal in het algemeen niet aan de orde zijn indien de tussenpersoon niet wist en ook niet behoefde te weten dat hij onbevoegd was.<sup>39</sup> In onderhavig geval heeft de ambtenaar de vaststellingsovereenkomst ondertekend “namens het college” en daarmee zich ten onrechte voorgedaan alsof hij wel tot ondertekening bevoegd was. De ambtenaar zou gezien zijn functie hebben moeten weten dat hij deze handelingen niet mocht verrichten. Onrechtmatig handelen van de ambtenaar ligt hierdoor in de rede. Aan de andere kant was de onbevoegdheid kenbaar voor de wederpartij door de wettelijke regeling en het mandaatbesluit waaraan, zoals aangegeven, groot gewicht toekomt. Dit zou echter aan de orde kunnen komen in het kader van eigen schuld in de zin

31 A-G E.B. Rank-Berenschot, conclusie bij HR 24 april 2015, NJ 2015/221, randnummer 2.12.

32 HR 25 juni 2010, NJ 2010/371.

33 Op grond van de Provinciewet (2001) waren de Leden van de Gedeputeerde Staten zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten, niet bevoegd de Provincie door deze toezegging te binden.

34 Bijv. R.J.B. Schutgens annotatie HR 25 juni 2010 (*Provincie Gelderland/Vitesse*), JB 2010/173, randnummer 3.

35 Artikel 6:172 BW geldt volgens de Hoge Raad niet voor pseudovertegenwoordigers zoals (in onderhavig geval) de ambtenaar: HR 11 maart 2011, NJ 2012/388, r.o. 3.5. en 3.6. Artikel 6:171 BW is ook niet aan de orde omdat de ambtenaar bijvoorbeeld geen werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf heeft verricht.

36 GS Onrechtmatige daad, artikel 170 Boek 6 BW, aant. 31.

37 HR 31 januari 1997, NJ 1998/704, r.o. 3.3.

38 A-G Bloembergen, conclusie bij HR 31 januari 1997, NJ 1998/704, randnummer 2.3.

39 Vgl. A-G Bloembergen, conclusie bij HR 31 januari 1997, NJ 1998/704, randnummer 2.3, C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 31 januari 1997, NJ 1998/704, randnummer 2. A-G Wuisman stelt in de conclusie bij HR 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH9284 in randnummer 2.7: “Wel zal het weten althans het behoren te weten dat de volmacht of machtiging niet toereikend was, als regel als bijkomende omstandigheid voldoende zijn voor het aanvaarden van aansprakelijkheid.”



van artikel 6:101 BW<sup>40</sup> en niet een toerekenbare onrechtmatige daad in de weg hoeven staan.<sup>41</sup> Gezien de kenbare en gewichtige wettelijke regeling en het mandaatbesluit had de wederpartij, die werd bijgestaan door een advocaat, de (on)bevoegdheid van de ambtenaar moeten verifiëren c.q. weten. Dit is meer een omstandigheid in het kader van eigen schuld van de wederpartij. Deze omstandigheid kan door toepassing van artikel 6:101 BW dan, mede in het licht van de andere omstandigheden, worden verdisconteerd in een percentuele schadevergoeding. Indien er geen sprake zou zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad gezien de kenbare gewichtige wettelijke regeling, zou voor de aansprakelijkheid van en voor ambtenaren wegens onbevoegde vertegenwoordiging bovendien zonder wettelijke grondslag een andere maatstaf gelden dan van en voor werknemers van privaatrechtelijke rechtspersonen waarvan de bevoegdheid niet in een wet is opgenomen.<sup>42</sup>

Tussen de fout van de ondergeschikte en de taak die hem is opgedragen moet in het kader van artikel 6:170 BW verder voldoende (functioneel) verband bestaan hetgeen in dit artikel tot uitdrukking komt door de genoemde kans- en zeggenschapsvereisten.<sup>43</sup> De gemeente had de ambtenaar niet opgedragen om te onderhandelen over de vaststellings-overeenkomst en deze te sluiten. Bij de vraag of de opdracht tot het verrichten van de taak de fout heeft vergroot moet echter aan de hand van alle ter zake dienende omstandigheden worden onderzocht of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is.<sup>44</sup> In dit geval vonden de onderhandelingen en het sluiten van de overeenkomst (kenmerkend) plaats tijdens de werktijd van de ambtenaar. Er bestond (uiteeraard) ook een verband tussen deze handelingen en zijn aanstelling als ambtenaar. De ambtenaar was door zijn aanstelling ook in de gelegenheid deze handelingen te verrichten. De gemeente had juridische zeggenschap over de gedragingen waarvan de fout deel uitmaakte. Genoemd functioneel verband lijkt door deze omstandigheden aanwezig.

#### 4.3.2 Eigen onrechtmatige daad gemeente

De gemeente kan, door het handelen van de ambtenaar, ook een 'eigen' onrechtmatige daad hebben gepleegd in de zin dat geen sprake is van kwalitatieve aansprakelijkheid maar een onrechtmatige daad gepleegd door de gemeente zelf.

Dit kan het geval zijn indien de gedragingen van de ambtenaar in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente zelf hebben te gelden en deze gedragingen onrechtmatig zijn.<sup>45</sup>

Een aansprakelijkheidsstelling op grond van een 'eigen' onrechtmatige daad kan ten opzichte van 6:170 BW enige voordelen hebben. Indien de handelende persoon (in dit geval de ambtenaar) bijvoorbeeld niet aansprakelijk is jegens de wederpartij, omdat de onrechtmatige daad bijvoorbeeld niet aan hem kan worden toegerekend, kan de gemeente niet krachtens artikel 6:170 BW maar wel eventueel op grond van een 'eigen' onrechtmatige daad worden aangesproken.<sup>46</sup> Bovendien kan de gemeente ingevolge van een 'eigen' onrechtmatige daad een verbod worden opgelegd hetgeen bij aansprakelijkstelling krachtens artikel 6:170 BW niet mogelijk is.<sup>47</sup>

Of de gedragingen van de ambtenaar in het maatschappelijk verkeer kunnen gelden als gedragingen van de gemeente hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>48</sup> In de literatuur wordt in dit verband een tendens van een brede toerekening gesignaleerd.<sup>49</sup> De positie (plaats van) de ambtenaar in de gemeente, de omstandigheden waaronder zijn handelen heeft plaatsgevonden en verdere maatschappelijke opvattingen zijn daarbij van belang.<sup>50</sup> Het is daarbij niet noodzakelijk dat de ambtenaar de bevoegdheid moest hebben om de handeling(en) te verrichten maar relevant is of de ambtenaar als zodanig heeft gehandeld in de vervulling van de hem opgedragen taak<sup>51</sup> en binnen de gebruikelijk activiteiten van de gemeente.<sup>52</sup> De rechtbank en gerechtshof menen in onderhavige zaak zoals aangegeven dat het niet ongebruikelijk is dat ambtenaren namens en in opdracht van het bevoegde orgaan van de gemeente contacten onderhouden met derden over privaatrechtelijke aangelegenheden. De vraag is echter of het ondertekenen van een vaststellingsovereenkomst met een bindend adviesprocedure, dat geen gebruikelijke en alledaagse handeling lijkt van ambtenaren en waarvoor desbetreffende ambtenaar kenbaar onbevoegd was, in dit kader aan de gemeente kan worden toegerekend. Overige omstandigheden, zoals waar de onderhandelingen plaatsvonden, wie het initiatief nam voor de onderhandelingen en het belang van de gemeente bij de uitkomst kunnen daarbij – al dan niet mede – tot gevolg hebben dat deze handelingen van de ambtenaar als handelen van de gemeente kunnen worden beschouwd.<sup>53</sup>

40 Art. 6:101 BW luidt: "Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist."

41 Vgl. C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 31 januari 1997, NJ 1998/704, randnummer 3. Zo ook GS Onrechtmatige daad, artikel 170 Boek 6 BW, aant. 31.

42 Vgl. C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 31 januari 1997, NJ 1998/704, randnummer 3.

43 Bijv. T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 170 Boek.

44 HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557, r.o. 4.2.2; HR 30 oktober 2009, NJ 2010/52, r.o. 4.2.1.

45 Vgl. HR 23 december 2011, NJ 2012/34, r.o. 3.4.2.

46 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/329.

47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/154. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/147.

48 Vgl. HR 25 juni 2010, NJ 2010/371; HR 23 december 2011, NJ 2012/34.

49 J.W. Hoekzema, GS Onrechtmatige daad VIII.7.1.4.4.

50 HR 2 februari 1990, NJ 1990/384 (Garage Cordia Aruba NV/Het Land Aruba). Zie ook A-G J. Wuisman, conclusie bij HR 26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH9284, randnummer 3.3.

51 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/331.

52 Zie ook K. Meijering, *De aansprakelijkheid van de ambtenaar naar civiel- en strafrechtelijke normen: Een intern rechtsvergelijkend perspectief* (Master-scriptie Universiteit van Tilburg), 2010, p. 25 e.v.

53 Vgl. HR 25 juni 2010, NJ 2010/371, r.o. 4.2. HR 23 december 2011, NJ 2012/34, r.o. 3.4.3.

De vraag is verder of het onderhanden over en ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst (een) onrechtmatige daden of daden van de gemeente jegens de wederpartij oplevert c.q. opleveren. Onrechtmatig handelen zou kunnen worden aangenomen omdat, zoals hierboven aangegeven, de onjuiste indruk van bevoegdheid is gewekt en/of omdat zodanig concrete verwachtingen zijn gewekt dat het onrechtmatig is het daarop gebaseerde vertrouwen te beschamen.<sup>54</sup>

Echter, zowel het ontbreken van voorbereidingsbesluit als vertegenwoordigingsbevoegdheid waren zoals aangegeven kenbaar door wet en mandaatbesluit. De wederpartij, bijgestaan door een advocaat, had, met name omdat normaliter niet iedere ambtenaar bevoegd is tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met een bindend adviesprocedure, de bevoegdheid kunnen c.q. moeten verifiëren. De Hoge Raad heeft (vooralsnog) ook niet bepaald dat het wekken van een onjuiste indruk van een bevoegdheid als 'eigen' onrechtmatige daad voor risico van een pseudo-vertegenwoordigde zoals de gemeente komt.<sup>55</sup> De Hoge Raad heeft zoals aangegeven wel bij herhaling het belang van de bevoegdheidsverdeling binnen de gemeente benadrukt.<sup>56</sup> De Hoge Raad heeft in het arrest (*Provincie Gelderland/Vitesse*) in verband met de gewichtige kenbare bevoegdheidsverdeling overwogen "dat een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens vertrouwen dat is gewekt door een onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandeling, met een en ander niet gemakkelijk is te rijmen".<sup>57</sup> Slechts bijzondere omstandigheden zouden tot aansprakelijkheid wegens opgewekt vertrouwen kunnen leiden. Het lijkt bovendien tegenstrijdig indien de gemeente wegens de onbevoegdheid niet op grond van een contractuele relatie gebonden zou zijn aan de vaststellingsovereenkomst maar wel onrechtmatig handelt indien de verwachtingen in de vaststellingsovereenkomst niet worden nagekomen.<sup>58</sup> De ambtenaar heeft niet de intentie gehad de vaststellingsovereenkomst namens zichzelf aan te gaan maar namens de gemeente.<sup>59</sup>

Gezien het bovenstaande lijkt artikel 6:170 BW een meer aangewezen weg om de gemeente op grond van onrechtmatige daad aan te spreken.

## 5. Conclusie

Er komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling binnen een gemeente. Deze is kenbaar vastgelegd in de Gemeentewet en in het geval van het arrest van 24 april 2015 nader uitgewerkt in een voor eenieder te raadplegen mandaatbesluit. Er zijn daarom bijzondere feiten en omstandigheden nodig om de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van een ambtenaar van een gemeente aan te nemen. Relevant zijn in dit verband ook feiten en omstandigheden die dateren van ná de vaststellingsovereenkomst alsmede die voor risico van de gemeente komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. De kenbare onbevoegdheid lijkt verder een aanzienlijk obstakel te kunnen zijn voor het succesvol beroep op onrechtmatige daad jegens de gemeente, omdat daardoor geen onrechtmatige daad aan de orde is of omdat een beroep op eigen schuld kan worden gedaan. In dit verband is het van evident belang voor de gemeente om een duidelijke bevoegdheidsomschrijving van een ambtenaar kenbaar te maken. De wederpartij van de gemeente dient uiteraard zo veel mogelijk de bevoegdheid van een ambtenaar te verifiëren.

54 Vgl. HR 25 juni 2010, NJ 2010/371. HR 23 december 2011, NJ 2012/34. Gezien de beschikbare feiten, wettelijke regelingen en het mandaatbesluit lijkt het er overigens niet op dat de onrechtmatigheid eruit kan bestaan dat de wederpartij heeft mogen verwachten dat de ambtenaar intern maatregelen had genomen dat de vaststellingsovereenkomst door de gemeente gestand zou worden gedaan.

55 Vgl. H.Ph. J.A.M. Hennekens, *Gst.* 2010/93, randnummer 4.3.

56 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, r.o. 3.7.2. HR 25 juni 2010, NJ 2010/371, r.o. 4.5.

57 HR 25 juni 2010, NJ 2010/37, r.o. 4.5. De bestuursrechter neemt overigens in beginsel aan dat geen vertrouwen kan worden ontleend aan een door onbevoegd orgaan gedane toezegging; zie hierover bijvoorbeeld M.W. Scheltema, *NTBR* 2011/18, randnummer 3, P.C.M. Heinen, annotatie bij Hof Den Haag 25 maart 2014, *Gst.* 2014/51, randnummer 4, R.J.N. Schlössels *NTB* 2011/23, randnummer 2.5.2.

58 H.Ph. J.A.M. Hennekens, *Gst.* 2010/93, randnummer 2.6.

59 Vgl. H.Ph. J.A.M. Hennekens, *Gst.* 2010/93, randnummer 2.4.