

Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid?

Een systematische benadering van de verhouding tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheids-handelen

G. T. J. M. Jurgens¹

38

In het arrest Amsterdam/Geschiere (HR 5 juni 2009, AB 2009/327) beoordeelt de Hoge Raad de vraag of een gemeente een privaatrechtelijke toestemming voor een standplaats nog kan weigeren als zij voor het gebruik van standplaats op de locatie al een publiekrechtelijke toestemming heeft verleend niet via het Windmillcriterium van de onaanvaardbare doorkruising, maar via het leerstuk van misbruik van bevoegdheid. In dit artikel wordt ingegaan op de verschillende redeneerwijzen die een rol spelen bij het bepalen van de verhouding tussen een privaatrechtelijke toestemming en een publiekrechtelijke vergunning om, mede naar aanleiding van het arrest, enige systematisering in de aanpak van dit vraagstuk aan te brengen.

1 Inleiding

Wanneer de overheid gebruikmaakt van privaatrechtelijke instrumenten wordt de vraag naar de geoorlooftheid daarvan al snel in de sleutel van de leer van de onaanvaardbare doorkruising geplaatst. De Hoge Raad heeft voor de beoordeling van het gebruik van het privaatrecht door de overheid een standaardformule ontvouwen in het arrest *Staat/Windmill*.² Sindsdien is er een keur aan jurisprudentie verschenen waarin antwoord wordt gegeven op de vraag of de overheid met het gebruik van het privaatrecht het publiekrecht op onaanvaardbare wijze doorkruist.³

Zo is in het *Windmill*-arrest zelf beslist dat de Staat niet haar eigendomsrecht mocht inzetten ter verkrijging van een vergoeding voor een lozing in rijkswateren wanneer een publiekrechtelijke regeling daarvoor de mogelijkheid van een heffing kent. Ook blijkt uit de jurisprudentie dat het gebruik maken van de actie uit onrechtmatige daad om de naleving van wettelijke voorschriften af te dwingen in een situatie waarin de overheid ter verzekering van die naleving beschikt over de publiekrechtelijke mogelijkheid van een last onder dwangsom als een onaanvaardbare doorkruising van de regeling inzake de dwangsom wordt gekwalificeerd.⁴ Indien de onrecht-

matige daadsactie op het eigendomsrecht van de overheid is gebaseerd, hoeft er echter geen sprake te zijn van onaanvaardbare doorkruising van publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden waarmee per saldo een vergelijkbaar resultaat kan worden bewerkstelligd.⁵ Sterker nog: het is de vraag of dan het doorkruisingscriterium wel van belang is. Wellicht het meest verrassend was het oordeel dat het in een privaatrechtelijke overeenkomst opnemen van voorwaarden omtrent het gebruik van grond geen onaanvaardbare doorkruising oplevert van de publiekrechtelijke mogelijkheden tot regulering van dit gebruik in het kader van de ruimtelijke ordening.⁶

Dat de doorkruisingsformule een voor de praktijk goed te hanteren maatstaf is, kan op grond van de jurisprudentie allerminst worden gezegd. De uitkomsten van haar toepassing laten zich vaak moeilijk voorspellen. Ook is niet zonder meer duidelijk in welke gevallen de doorkruisingsformule zou moeten worden gehanteerd of dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid langs andere maatstaven zou moeten worden beoordeeld. Zo moet niet uit het oog worden verloren dat art. 3:13 BW, over misbruik van bevoegdheid, en art. 3:14 BW, waarin de inachtneming van geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden wordt voorgeschreven, belangrijke aanknopingspunten voor de beoordeling van privaatrechtelijk overheidsoptreden bevatten. Hoewel de Hoge Raad zich niet in die zin heeft uitgelaten, zou het doorkruisingsleerstuk zeer wel als een uitwer-

¹ Prof. mr. G.T.J.M. (Gerdy) Jurgens is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht.

king van art. 3:14 BW kunnen worden gezien.⁷ Wat daar ook van zij, het is in ieder geval belangrijk om onder ogen te zien voor welk soort van gevallen de Hoge Raad de doorkruisingsformule heeft bedoeld. Een interessant arrest dat meer zicht biedt op de reikwijdte van de doorkruisingsformule is het arrest *Amsterdam/Geschiere*⁸ waarin de Hoge Raad zich heeft uitgesproken over de verhouding tussen een privaatrechtelijk toestemmingvereiste en een publiekrechtelijke vergunning. In dit arrest geeft de Hoge Raad aan dat niet het criterium van onaanvaardbare doorkruising moet worden gehanteerd, maar dat de maatstaf van *misbruik van bevoegdheid* er aan in de weg staat dat de gemeente Amsterdam via het privaatrecht een blokkade opwerpt voor een activiteit die door een van haar eigen bestuursorganen publiekrechtelijk was vergund. Deze benadering is nieuw. De Hoge Raad geeft aan deze maatstaf een invulling die per saldo er op neerkomt dat aan het publiekrecht het primaat toekomt in een casus als deze. In het arrest *Amsterdam/Geschiere* zijn bovendien aanknopingspunten te vinden voor de visie van de Hoge Raad op een ander leerstuk dat van belang is voor de vraag of de overheid gerechtigd is om van privaatrechtelijke instrumenten gebruik te maken: het leerstuk van de ‘zaken met een openbare bestemming’ of kortweg ‘openbare zaken’. In dit artikel zal ik ingaan op de verschillende redeneringen die een rol spelen bij het bepalen van de verhouding tussen een privaatrechtelijke toestemming en een publiekrechtelijke vergunning om, mede naar aanleiding van het arrest *Amsterdam/Geschiere*,

te pogen tot enige systematisering in de aanpak van dit vraagstuk te komen. Juist omdat bij het denken over de verhouding tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening snel wordt gedacht aan de leer van de onaanvaardbare doorkruising, neemt een verkenning van de reikwijdte van de doorkruisingsformule in mijn beschouwingen een centrale plaats in.

In par. 2 zullen eerst de belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Amsterdam/Geschiere* worden besproken. Zoals aangegeven, toetst de Hoge Raad het privaatrechtelijk optreden van de gemeente Amsterdam aan de maatstaf ‘misbruik van bevoegdheid’. In par. 3 wordt ingegaan op de redenering die het hof in deze zaak gaf om tot een vergelijkbare conclusie te komen; een redenering die aanknoopt bij het leerstuk van ‘zaken met een openbare bestemming’. Deze redenering wordt door de Hoge Raad in deze zaak niet gevolgd. Vervolgens wordt in par. 4 de reikwijdte van de doorkruisingsformule volgens het arrest *Amsterdam/Geschiere* besproken en wordt in par. 5 ingegaan op de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot de eerdere jurisprudentie over doorkruising. In par. 6 wordt, via een uitstapje naar wat oudere jurisprudentie van de bestuursrechter, gekeken naar de doorkruisingsformule in het kader van het vraagstuk van privaatrechtelijke overheidsop treden moet worden gepositioneerd. In par. 7 volgt tenslotte een korte epiloog.

2 Het arrest Amsterdam/Geschiere

Na daartoe jarenlang⁹ in procedures met het gemeentebestuur – preciezer: het Stadsdeel Zuidoost van de gemeente Amsterdam – verwickeld te zijn geweest, heeft Geschiere (die in bestuursrechtelijke kring bekend is van eerdere procedures over het innemen van een standplaats bij Pinkpop¹⁰) uiteindelijk in februari 2000 op grond van de Verordening op de Straathandel een standplaatsvergunning gekregen voor het innemen van een standplaats met een mobiele snackbar op een locatie nabij de Amsterdam Arena. De desbetreffende locatie was in eigendom van de gemeente Amsterdam. Toen Geschiere vervolgens in 2000 aan de directeur van het Gemeentelijk Grondbedrijf Amsterdam een privaatrechtelijke toestemming vroeg om zijn standplaats in te nemen, werd deze echter geweigerd. In de procedure die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest vorderde Geschiere schadevergoeding, in de eerste plaats omdat hem aanvankelijk ten onrechte een vergunning was geweigerd en in de tweede plaats omdat hem vervolgens ten onrechte toestemming was geweigerd om de vergunde standplaats in te nemen. Op de grondslag voor deze laatste schadevergoeding spitst dit arrest zich toe; de rechtsvraag die daartoe moest worden beantwoord is of de gemeente in casu gerechtigd was deze privaatrechtelijke toestemming te weigeren.

- 2 HR 26 januari 1990, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema.
- 3 Een voor de praktijk handzaam overzicht van de doorkruisingsjurisprudentie is te vinden bij F.J. van Ommeren, *Module Algemeen Bestuursrecht* (voorheen: *Praktijkboek Bestuursrecht* (losbl.)), Overheid en burgerlijk recht, Den Haag: Reed Elsevier (losbl.), § 3.3.
- 4 HR 21 oktober 1993, AB 1994/1, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 1995/717, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Magnus*); HR 7 oktober 1994, AB 1995/47, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 1995/719, m.nt. M. Scheltema (*Zomerhuisje*).
- 5 HR 7 mei 2004, AB 2004/247, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 2005/23, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Heerde/Goudsmit*). Eerder had de Hoge Raad, wegens de bijzondere waarborgen in het kader van de destijds geldende publiekrechtelijke regeling, daarover anders geoordeeld, zie HR 9 juli 1990, AB 1990/547, m.nt. G.P. Kleijn; NJ 1991/394, m.nt. M. Scheltema (*De Pina/Helmond*).
- 6 HR 8 juni 1991, AB 1991/569, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- & Antiekstudio/Lelystad*). Zie ook het *Chidda*-arrest: HR 24 december 2004, AB 2005/58 m.nt. G.A. van der Veen.
- 7 Zie expliciet in deze zin G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 361-362 alsook H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Windmill’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 221 en p. 239.
- 8 HR 5 juni 2009, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen; JB 2009, m.nt. Hans Peters, *Gst.* 2009, 7324, 98, m.nt. J.A.E. van der Does en P.J. Huisman.
- 9 Zijn aanvraag dateerde van juni 1996.
- 10 Zie ARRVs (vrz.) 18 mei 1993, AB 1994/333, m.nt. S.E. Zijlstra.

Ter motivering van die weigering beriep de gemeente zich op haar financieel-economische belang bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht in de nabije toekomst. Daarbij wees de gemeente op de mogelijkheid dat iemand die ter plaatse een standplaats inneemt zich ten tijde van de erfpachtuitgifte tegen de ontruiming zou kunnen verzetten. In dit verband voerde de gemeente meer in het algemeen het beleid om voor bouwlocaties en gronden, bestemd voor uitgifte in erfpacht, geen privaatrechtelijke toestemming voor het innemen van een standplaats te verlenen. Daarnaast wees de gemeente nog op het feit dat ingevolge de Hinderwetvergunning – althans dat overweegt het hof, maar dat zal een Wet milieubeheer-vergunning moeten zijn – minimaal 11.250 parkeerplaatsen beschikbaar moeten zijn in het betreffende gebied; daarom zouden geen parkeerplaatsen kunnen worden opgeofferd voor een standplaats met de bijbehorende toeloop van klanten en de aan- en afvoer van goederen.

Zowel de rechtbank als het hof oordeelden dat de gemeente in casu de privaatrechtelijke toestemming niet had mogen weigeren. De Hoge Raad is hetzelfde standpunt toegedaan, maar neemt in zijn overwegingen de gelegenheid te baat om de overwegingen van het hof nog enigszins te verduidelijken. Daarbij is van belang dat de gemeente in haar cassatiemiddel had aangevoerd dat het hof in deze casus ten onrechte niet aan de doorkruisingsformule had getoetst. De Hoge Raad legt in reactie daarop uit waarom die doorkruisingsformule hier niet behoort te worden gehanteerd. Dat heeft te maken met het feit dat in het kader van de publiekrechtelijke vergunning geen betekenis kon toekomen aan de argumenten die de gemeente juist aan het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming ten grondslag had gelegd.

‘Hetgeen het hof (...) overweegt moet als volgt worden begrepen. Nu de Gemeente (...) een publiekrechtelijke vergunning heeft verleend tot het innemen van een staanplaats op de locatie waarvan de Gemeente eigenaar is, heeft zij bij de uitoefening van haar bevoegdheid als eigenaar van de desbetreffende grond tot het al of niet verlenen van privaatrechtelijke toestemming, tot uitgangspunt te nemen dat [verweerder] door de verlening van de vergunning is gerechtigd tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Daarom levert een weigering door de Gemeente van die toestemming aan [verweerder] voor het door hem beoogde gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning, misbruik van bevoegdheid op, tenzij sprake is van zo zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen dat gebruik, dat niet gezegd kan worden dat de Gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang bij weigering en het belang van [verweerder], niet tot die weigering heeft kunnen komen. (...) Het hof (heeft) geoordeeld dat van een zodanig zwaarwegend belang geen sprake was, en

dus wel van misbruik van bevoegdheid. Daarbij heeft het hof het door de Gemeente gestelde belang bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht in de toekomst, kennelijk en terecht als een belang van de Gemeente als eigenaar van de grond beschouwd ten aanzien waarvan de Verordening op de Straathandel geen regeling bevat en dus de Gemeente vrijlaat in de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Van een – laat staan onaanvaardbare – doorkruising van die regeling door het uitoefenen van die bevoegdheden kan dus geen sprake zijn, zodat het hof die uitoefening ook niet aan dat criterium had te toetsen.

Ten aanzien van het door de Gemeente gestelde belang bij de beschikbaarheid van minimaal 11.250 parkeerplaatsen in het desbetreffende gebied, komt het oordeel van het hof (...) erop neer dat dit belang niet zwaarwegend genoeg was om de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te kunnen dragen omdat de factoren die op de beschikbare parkeerruimte zouden kunnen drukken al op de voet van art. 7.1 lid 3 van de Verordening op de Straathandel zijn meegewogen in de beslissing tot het verlenen van de publiekrechtelijke vergunning, en kennelijk niet aan het verlenen van de vergunning in de weg hebben gestaan.’

Uit het arrest blijkt dat de Hoge Raad ruimte ziet voor een privaatrechtelijke toestemming naast een publiekrechtelijk vergunningvereiste

Uit het arrest blijkt in de eerste plaats dat de Hoge Raad wel ruimte ziet voor een privaatrechtelijke toestemming naast een publiekrechtelijk vergunningvereiste. Om tot een afstemming te komen tussen deze privaatrechtelijke toestemming en de publiekrechtelijke vergunning hanteert de Hoge Raad evenwel als uitgangspunt

voor de beslissing omtrent de privaatrechtelijke toestemming dat de vergunninghouder gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Een weigering van de privaatrechtelijke toestemming kan alleen worden gebaseerd op zodanig zwaarwegende belangen aan de kant van de overheid dat die weigering, ondanks de belangen van de vergunninghouder, niet als onevenredig kan worden beschouwd. Bij het ontbreken van dergelijke zwaarwegende belangen is de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te kwalificeren als misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Deze ‘afstemmingstechniek’ tussen publiekrecht en privaatrecht is nieuw. Zij vestigt in ieder geval voor een casus als deze overduidelijk het primaat van het publiekrecht boven het privaatrecht.

3 Het onderscheid tussen ‘gewoon’ en ‘bijzonder’ gebruik van overheidseigendom in het licht van een publiekrechtelijke vergunning

Wanneer een antwoord wordt gezocht op de vraag of de overheid naast een publiekrechtelijk vergunningvereiste nog ruimte heeft om op grond van haar eigendomsrecht beperkingen te stellen, dan is het belangrijk om onder ogen te zien dat daarvoor, naast de vraag van misbruik van bevoegdheid of de mogelijk onaanvaardbare doorkruising, nog een ander leerstuk relevant is: het leerstuk van de ‘zaken met een openbare bestemming’ of kortweg ‘openbare zaken’ (ook wordt wel gesproken van ‘publiek domein’).¹¹

Voor zaken met een openbare bestemming – dat kunnen wegen zijn, maar ook (vaar)wateren, stranden, havens – geldt dat die bestemming beperkingen stelt aan de bevoegdheden die de eigenaar op die zaak kan uitoefenen. Veelal zijn zaken met een openbare bestemming in handen van de overheid, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. De beperkingen die uit het leerstuk van de openbaarheid voortvloeien, gelden zowel voor particuliere eigenaren als voor overheden. De eigenaar van een openbare zaak moet het gebruik van die zaak overeenkomstig de openbare bestemming dulden; voor het stellen van privaatrechtelijke beperkingen aan dat gebruik is geen ruimte. In dit verband wordt wel onderscheid gemaakt tussen ‘gewoon’ of ‘normaal’ gebruik, dat aldus niet mag worden beperkt, en ‘bijzonder’ gebruik. Het bijzondere gebruik van een openbare zaak mag door de eigenaar wel worden beperkt.¹²

Goed beschouwd, zijn de vraag naar de openbare bestemming en de vraag welk gebruik als gewoon gebruik dan wel juist als bijzonder gebruik moet worden beschouwd, vragen die voorafgaan aan de vraag of de overheid door het stellen van privaatrechtelijke beperkingen op grond van haar eigendomsrecht een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist c.q. misbruik van haar bevoegdheid maakt. Het ligt in de rede om eerst te onderzoeken of überhaupt de bevoegdheid bestaat om privaatrechtelijke beperkingen aan een bepaalde vorm van gebruik van de grond te stellen en, bij bevestigende beantwoording, vervolgens na te gaan of het stellen van die privaatrechtelijke beperkingen een publiekrechtelijke regeling niet op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist dan wel misbruik van bevoegdheid oplevert.

Als ‘techniek’ om tegenstrijdigheden tussen het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke optreden van

de overheid te voorkomen, zou ook kunnen worden aangenomen dat het publiekrechtelijke optreden van de overheid in de vorm van bijvoorbeeld een vergunningbeslissing beslissend is voor de bestemming van grond in eigendom van de overheid, waardoor de mogelijkheid om op grond van het privaatrecht beperkingen te stellen aan dat gebruik worden beperkt. De vraag is daarmee: wordt het antwoord op de vraag of sprake is van gewoon dan wel bijzonder gebruik beïnvloed door het gegeven dat voor dat gebruik een publiekrechtelijke toestemming is gegeven? Uit het arrest *Amsterdam/Geschiere* lijkt te mogen afgeleid dat de Hoge Raad geen verband legt tussen de publiekrechtelijke vergunningverlening en de vraag welk gebruik als gewoon gebruik moet worden gezien. Deze conclusie kan worden getrokken door de overwegingen van de Hoge Raad in deze zaak te vergelijken met het eerdere oordeel van het hof. Het hof had namelijk wél de redenering gebezigd dat verlening van de publiekrechtelijke standplaatsvergunning de bestemming van de desbetreffende grond wijzigde. De relevante passage uit het arrest van het Hof luidt:

‘Door het afgeven van de publiekrechtelijke vergunning heeft de grond een publieke bestemming gekregen die zij voordien niet had, namelijk die van – kort gezegd – snackbarstaanplaats. Hierdoor is, om zo te zeggen, de werkelijkheid veranderd. Die gewijzigde werkelijkheid kan de Gemeente niet buiten beschouwing laten bij haar beslissing om wel of niet privaatrechtelijke toestemming te geven. Met andere woorden, de Gemeente moet, anders dan in het geval [dat] bedoelde publieke bestemming zou ontbreken en met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die (nieuwe) bestemming in haar belangenafweging betrekken. Het voorgaande brengt mee dat de Gemeente alleen privaatrechtelijke toestemming mag weigeren, en daarmee de publieke bestemming mag beperken, indien zij zich kan beroepen op zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen het plaatsen en exploiteren van een mobiel verkooppunt.’

Dit onderdeel van de redenering komt niet terug in de overwegingen van de Hoge Raad in de zaak *Amsterdam/Geschiere*. De overwegingen van het hof op dit punt doen denken aan en zijn wellicht ook geïnspireerd op de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest inzake *gemeente Den Haag/Staat* (ook wel bekend als het *Haagse Bagger*-arrest).¹³ In deze zaak stond ter discussie of de Staat als eigenaar van de bodem van de territoriale Noordzee een vergoeding mocht vorderen van de gemeente Den Haag voor het storten van baggerspecie. Daarbij was van belang dat de gemeente Den Haag reeds beschikte over de op grond van de Wet verontreiniging zeewater vereiste ontheffing voor het storten van die baggerspecie. De Hoge Raad overwoog:

¹¹ Zie daarover Van der Veen 1997.

¹² Zie daarover nader Van der Veen 1997, hfdst. 5.

¹³ HR 19 mei 2000, AB 2000/428, m.nt. P.J.J. van Buuren, NJ 2000/639, m.nt. A.R. Bloembergen (*Den Haag/Staat*, ook wel: *Haagse Bagger*).

‘Het hof heeft (...) vooropgesteld dat de Noordzee thans en ook in 1986 niet de publieke bestemming heeft respectievelijk had van stortplaats van afvalstoffen, waaronder baggerspecie, in die zin dat een ieder het recht zou hebben daar vrijelijk baggerspecie te deponeren. Het gebruik als stortplaats, aldus het hof, geldt daarom als een bijzonder gebruik waarvoor de Staat als eigenaar in beginsel een financiële tegemoetkoming kan bedingen.

Aldus overwegende heeft het hof miskend dat, ook al heeft de Noordzee niet de publieke bestemming van stortplaats van afvalstoffen in vorenbedoelde zin, het na afweging van de betrokken belangen verlenen van een publiekrechtelijke ontheffing ingevolge de WVZ meebrengt dat het storten van baggerspecie overeenkomstig de ontheffing en de daaraan verbonden voorschriften in zoverre niet, in ieder geval niet zonder meer, in strijd is met de publieke bestemming. Hieruit vloeit voort dat aan het oordeel van het hof dat het gebruik als stortplaats voor baggerspecie daarom geldt als een bijzonder gebruik – waarmee het hof kennelijk doelt op een gebruik dat niet overeenkomstig de publiekrechtelijke bestemming is – de grondslag ontvalt.’

Naar aanleiding van het *Haagse Bagger*-arrest is wel betoogd dat een publiekrechtelijke vergunning voor het gebruik van een openbare zaak maakt dat het gebruik overeenkomstig die vergunning als gewoon gebruik zou moeten worden gekwalificeerd. Met andere woorden: de publiekrechtelijke vergunning zou bepalend zijn voor hetgeen moet worden bestempeld als gebruik overeenkomstig de bestemming van een openbare zaak.¹⁴ De juistheid van deze opvatting is echter in de literatuur zeer omstreven.¹⁵ In de redenering van het hof in de zaak *Amsterdam/Geschiere* had de locatie waarvoor de standplaatsvergunning was verleend door de vergunningverlening een wijziging van bestemming ondergaan; die publieke bestemming zou alleen mogen worden beperkt met een beroep op zwaarwegende belangen. Deze redenering heeft twee zwakke plekken.¹⁶ In de eerste plaats zou voor het weigeren van een privaatrechtelijke toestemming voor het innemen van een standplaats helemaal geen plaats zijn, als dat innemen van die standplaats als gebruik overeenkomstig de bestemming zou moeten worden gekwalificeerd: dat gebruik zou dan immers gewoon moeten worden geduld. Bovendien kan het verlenen van een vergunning ingevolge een gemeentelijke verordening volgens het systeem van de Wegenwet niet de bestemming van de openbare weg wijzigen.

Nu de Hoge Raad in het arrest *Amsterdam/Geschiere* juist niet de redenering van het hof overneemt dat de locatie bij de Arena door de verlening van een standplaatsvergunning de publieke bestemming van snackbarplaats heeft gekregen, moet het er mijns inziens voor worden gehouden dat het antwoord op de vraag welk gebruik van een openbare zaak als

gewoon gebruik moet worden bestempeld *niet* wordt bepaald door de publiekrechtelijke vergunning.

4 De reikwijdte van de doorkruisingsformule blijkens *Amsterdam/Geschiere*

Expliciet dan over het in de vorige paragraaf behandelde leerstuk van zaken met een openbare bestemming is de Hoge Raad in het arrest *Amsterdam/Geschiere* over de doorkruisingsformule. Tussen de regels door lijkt de Hoge Raad het, hoewel hij het in reactie op het cassatiemiddel ook nog uitlegt, zelfs evident te vinden dat de doorkruisingsformule hier niet aan de orde is. Van doorkruising – laat staan onaanvaardbare doorkruising – kan volgens de Hoge Raad geen sprake zijn, omdat het door de gemeente ter onderbouwing van de privaatrechtelijke weigering aangevoerde belang bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht, niet is verdisconteerd in de Verordening op de Straathandel. De publiekrechtelijke regeling laat op dit punt de gemeente vrij in de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheid. Opmerking verdient dat dit echter niet kan worden gezegd van het door de gemeente gebezigde argument inzake de beschikbare parkeerruimte. De Hoge Raad stelt in navolging van het hof vast dat dit aspect bij het verlenen van de publiekrechtelijke vergunning is (althans wordt geacht te zijn) meegewogen. Anders dan men gelet op de daaraan voorafgaande overwegingen zou verwachten, wordt echter ook ten aanzien van dit argument de doorkruisingsformule niet toegepast, maar volgt – evenals ten aanzien van het niet in de verordening verdisconteerde argument omtrent de onbelemmerde uitgifte in erfpacht – het oordeel dat er geen voldoende zwaarwegende argumenten waren om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren.

Hiervoor is aangegeven dat de Hoge Raad in zijn redenering omtrent de toepasselijkheid van de doorkruisingformule in dit arrest niet consequent is waar het de parkeerplaatsenproblematiek betreft; in lijn met zijn eigen redenering zou toepassing van de doorkruisingsformule hier wel in de rede hebben gelegen. Het is de vraag of het ook voor het erfpachtargument, gelet op de eerdere jurisprudentie waarin de doorkruisingsformule aan de orde kwam, wel zo evident is als de Hoge Raad doet voorkomen dat de doorkruisingsformule hier niet aan de orde zou zijn. Van der Does en Huisman suggereren dat een verklaring voor het achterwege laten van de doorkruisingsformule in dit geval wellicht gelegen zou kunnen zijn in het feit dat hier niet wordt gekozen voor de privaatrechtelijke weg *in plaats van* de publiekrechtelijke weg, maar dat zowel een privaatrechtelijke als een publiekrechtelijke toestemming nodig is.¹⁷ Mijns inziens kan dit niet als een verklaring dienen. Een belangrijke toepassing van de doorkruisingsformule is bijvoorbeeld te vinden in het arrest

Kunst- en Antiekstudio/Lelystad. Daarin overweegt de Hoge Raad dat de mogelijkheid om het gebruik van grond in het kader van een bestemmingsplan te regelen, niet in de weg staat aan het opnemen van grondgebruikvoorwaarden in privaatrechtelijke overeenkomsten 'ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van grond wordt beperkt of verboden, respectievelijk kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is'. In een dergelijke situatie, die vervolgens ook daadwerkelijk aan de orde was in het *Chidda*-arrest,¹⁸ moet de burger zich dus zowel aan het publiekrechtelijke regime – dat in het *Chidda*-arrest evenals in de casus van *Amsterdam/Geschiere* het gewenste gebruik toestond – als aan het privaatrechtelijke regime conformeren. Juist omdat de Hoge Raad in het *Chidda*-arrest expliciet refereert aan zijn door kruisingsoordeel in het arrest *Kunst- en Antiekstudio/Lelystad* maakt dit mijns inziens niet aannemelijk dat het feit dat het privaatrechtelijke regime naast het publiekrechtelijke regime staat het niet hanteren van de door kruisingsformule zou verklaren, tenzij men zou aannemen dat de Hoge Raad met het arrest *Amsterdam/Geschiere* afstand neemt van zijn benadering in deze arresten.

Het antwoord op de vraag waarom de Hoge Raad in *Amsterdam/Geschiere* de door kruisingsformule niet toepast, kan op zichzelf goed gevonden worden in het *Windmill*-arrest zelf. Wanneer men nog eens scherp kijkt naar het *Windmill*-arrest, dan heeft de Hoge Raad daarin een maatstaf geformuleerd voor het antwoord op de vraag of 'de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling *ter behartiging van zekere belangen* (curs. dzz.) bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, *die belangen* (curs. dzz.) ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals ... (etc.)'. De Hoge Raad stelt in het arrest *Amsterdam/Geschiere* vast dat de Verordening op de Straathandel geen regeling bevat waarin het belang van de gemeente bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht een plaats heeft gekregen. Daarom is de door kruisingsformule hier niet aan de orde. Dit is, gelet op de manier waarop de betekenis van de door kruisingsformule in het *Windmill*-arrest is geformuleerd, logisch. Dat betekent nog niet dat het gebruik van het privaatrecht sowieso is toegestaan; art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) en art. 3:14 BW (geen strijd met publiekrecht) zijn

14 Zie aldus bijvoorbeeld de noot van Van Buuren onder *AB 2000/428*; hij lijkt overigens deze redenering niet van harte te onderschrijven.

15 Zie bijv. de noot van Hennekens onder het *Haagse Bagger*-arrest, *Gst.* 2000, 7125, 3 en Van der Veen in zijn annotatie onder HR 23 juni 2006 in *AB 2007/99*.

16 Zie aldus ook A-G Keus in zijn conclusie bij het arrest (onder 2.7).

17 Zie hun naschrift onder dit arrest in *Gst.* 7324, p. 467.

18 HR 24 december 2004, *AB 2005/58*, m.nt. G.A. van der Veen.

immers zelfstandige maatstaven voor het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden, waaraan in casu ook wordt getoetst (daarop zal hierna nog nader worden ingegaan).

Hiervoor is besproken dat het argument van de gemeente dat zij de privaatrechtelijke toestemming weigerde wegens haar belang bij de onbelemmerde uitgifte in erfpacht van de desbetreffende grond, niet via de door kruisingsformule wordt beoordeeld. Op dit punt is het arrest *Amsterdam/Geschiere* in lijn met het *Windmill*-arrest. Moeilijker te plaatsen – althans zeker op het eerste gezicht – is echter het oordeel over het tweede argument van de gemeente: het belang van de aanwezigheid van voldoende parkeerplaatsen. Dit belang heeft blijkens expliciete overweging van het hof en van de Hoge Raad wél een plaats in de Verordening op de Straathandel: een standplaatsvergunning kan worden geweigerd in verband met het belang van de openbare orde en verkeersveiligheid (en daaronder valt de problematiek van de parkeerplaatsen). Opmerkelijk is dan vervolgens dat ten aanzien van dit argument de door kruisingsformule ook niet wordt toegepast: blijkens het *Windmill*-arrest is die formule juist voor deze situatie bedoeld! Het hof en de Hoge Raad behandelen het parkeerplaatsen-argument echter op dezelfde wijze als het erfpacht-argument: het argument wordt niet zwaarwegend genoeg geacht, hetgeen volgens hof en Hoge Raad meebrengt dat de weigering van de privaatrechtelijke toestemming misbruik van bevoegdheid oplevert. Bij de misbruik-redenering speelt overigens wel weer een rol dat het parkeerargument bij de vergunningverlening op grond van de Verordening op de Straathandel een rol heeft kunnen spelen en kennelijk niet aan het verlenen van die vergunning in de weg heeft gestaan. Daarmee komt de gedachte achter de door kruisingsformule via het leerstuk van misbruik van bevoegdheid toch weer terug.

Toepassing van de *Windmill*-formule op het parkeerplaatsen-argument zou mijns inziens overigens ertoe moeten leiden dat de gemeente met een weigering van de privaatrechtelijke toestemming de Verordening op de Straathandel op onaanvaardbare wijze doorkruist. In dit verband komt dan met name betekenis toe aan het feit dat door toepassing van de publiekrechtelijke regeling – hetgeen zou neerkomen op weigering van de standplaatsvergunning – de belangen van burgers beter zijn beschermd en daarmee een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als door het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Per saldo zou het hanteren van de *Windmill*-formule bij dit argument dus tot dezelfde uitkomst leiden als de benadering van de Hoge Raad.

Het feit dat de Hoge Raad het parkeerplaatsen-argument niet te lijf gaat met de door kruisingsformule, maar met de overweging inzake misbruik van bevoegdheid, lijkt iets te zeggen over het geringe gewicht dat de Hoge Raad voor een casus als deze

aan de doorkruisingsformule toekent. De doorkruisingsformule uit het *Windmill*-arrest zou volgens de *Windmill*-doctrine wèl van toepassing moeten zijn wanneer de privaatrechtelijke toestemming wordt geweigerd vanwege de parkeerplaatsen-problematiek (omdat die problematiek een rol heeft kunnen spelen bij de verlening van de standplaatsvergunning). Maar de Hoge Raad laat een beoordeling of aldus sprake is van onaanvaardbare doorkruising terzijde. In plaats daarvan hanteert hij ook voor dit punt het oordeel dat sprake is van misbruik van bevoegdheid, hetgeen hij bovendien inkleurt door het feit dat het parkeerplaatsenargument kennelijk niet aan de publiekrechtelijke vergunningverlening in de weg heeft gestaan.

De vraag is waarom de Hoge Raad niet volgens de door hem uitgezette lijn verder redeneert. Een gedachte zou kunnen zijn dat van belang is dat de privaatrechtelijke toestemming wordt geweigerd, terwijl er al een publiekrechtelijke vergunning is. De Hoge Raad formuleert immers het uitgangspunt dat *Geschiere* door de verlening van de vergunning gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Denkbaar is dat een situatie waarin de weigering van een privaatrechtelijke toestemming in het geding is, terwijl de benodigde publiekrechtelijke vergunning *nog niet* is verleend, wèl aan de hand van de doorkruisingsformule zou worden beoordeeld. Dan kan immers niet worden geredeneerd vanuit het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt dat de betrokkene door de verlening van de vergunning gerechtigd is tot het gebruik van de desbetreffende locatie overeenkomstig de vergunning. Maar ook dan zou nog kunnen worden gezegd dat het in het kader van een privaatrechtelijke toestemming bezigen van een argument dat bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid een plaats dient te krijgen, misbruik van bevoegdheid oplevert. Dat aldus een bepaalde – naar het mij voorkomt betrekkelijk arbitraire – volgorde waarin de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke toestemming aan de orde zijn, bepalend zou zijn voor de principiële vraag volgens welke maatstaven het optreden moet worden beoordeeld, lijkt me niet

Zou het doorzetten van de misbruik-redenering een ‘slip of the pen’ zijn?

plausibel. Omdat het arrest daarover verder geen uitsluitsel geeft, blijft het hier gissen. Of zou het doorzetten van de misbruik-redenering een ‘slip of the pen’ zijn? Hoe dan ook is het beroep dat de gemeente Amsterdam

op het argument inzake de parkeerplaatsen doet niet het sterkste onderdeel van haar betoog. De standplaats zou immers toch maar een beperkt beslag leggen op de beschikbare parkeerruimte die 11 250 parkeerplaatsen zou moeten omvatten en dit punt was eerder bij het verlenen van de standplaatsvergunning kennelijk niet problematisch geacht.

5 Verwarrende jurisprudentie over de doorkruisingsformule

Zoals in de vorige paragraaf is gebleken, geeft het *Windmill*-arrest zelf al een duidelijke indicatie over de reikwijdte van de doorkruisingsformule: deze is bedoeld voor situaties waarin de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden wil inzetten ten behoeve van belangen die een plaats hebben gekregen in een publiekrechtelijke regeling die daartoe het bestuur ook publiekrechtelijke bevoegdheden verschaft. Onduidelijkheid over de vraag wanneer de doorkruisingsformule al dan niet moet worden toegepast, wordt vooral veroorzaakt door de op het *Windmill*-arrest volgende jurisprudentie. Bestudering van die jurisprudentie laat zien dat de Hoge Raad zichzelf niet altijd aan dit uitgangspunt houdt. In het *Brandweerkosten*-arrest¹⁹ was er juist geen publiekrechtelijke regeling die de overheid een bevoegdheid tot kostenverhaal bood; toch paste de Hoge Raad de doorkruisingsformule toe. Dat de formule dus beperkt zou zijn tot situaties waarin de overheid ter behartiging van belangen waarvoor zij privaatrechtelijke bevoegdheden wil gebruiken, ook over publiekrechtelijke bevoegdheden zou beschikken, kan onder verwijzing naar dat arrest toch ook weer niet helemaal worden volgehouden. Wellicht kan een verklaring voor het niet volgen van de *Brandweerkosten*-lijn gevonden worden in het feit dat het kennelijk voor de Hoge Raad evident is dat gemeentelijke verordeningen zoals aan de orde in het arrest *Amsterdam/Geschiere* niet beogen de economische eigenaarsbelangen van de gemeente te omvatten. In de situatie waarop het *Brandweerkosten*-arrest betrekking had, lag aan de publiekrechtelijke regeling de bedoeling ten grondslag om kostenverhaal uit te sluiten. In de situatie van het arrest *Amsterdam/Geschiere* daarentegen lag aan de publiekrechtelijke regeling niet de bedoeling ten grondslag om de economische belangen van de gemeente te beperken; daarom lag het stellen van de doorkruisingsvraag dus niet in de rede.

Een ander arrest waarop gelet op de door de Hoge Raad in het *Windmill*-arrest geformuleerde reikwijdte van de doorkruisingsformule en na kennisname van het arrest *Amsterdam/Geschiere* met enige verwarring kan worden teruggekeken, is bijvoorbeeld ook het arrest inzake het Doetinchemse Anti-speculatie-beding.²⁰ In deze zaak was aan de orde of de gemeente Doetinchem bij de uitgifte van bouwgrond een anti-speculatiebeding mocht opleggen (inhoudende een verplichting tot zelfbewoning door de kopers en een verbod tot doorverkoop gedurende de eerste vijf jaren). De rechtbank had in deze zaak geoordeeld dat het beding de Huisvestingswet op onaanvaardbare wijze doorkruiste. Ook de Hoge Raad stelt voorop (r.o. 3.5) dat de vraag of het anti-speculatiebeding toelaatbaar is, moet worden beantwoord aan de hand van de doorkruisingsformule om vervolgens te oordelen dat de

rechtbank ten onrechte had geoordeeld dat sprake is van onaanvaardbare doorkruising omdat het anti-speculatiebeding niet de verdeling van woonruimte als bedoeld in de Huisvestingswet reguleert. Leest men de overwegingen in dit arrest in het licht van het arrest *Amsterdam/Geschiere*, dan had het in de rede gelegen dat was geoordeeld dat het doorkruisingscriterium niet van toepassing is, omdat de privaatrechtelijke clausule niet was opgenomen ter bescherming van belangen die in een publiekrechtelijke regeling waren verdisconteerd. Omgekeerd zou het hanteren van de redenering uit het arrest over het Doetinchemse anti-speculatiebeding in de casus van het arrest *Amsterdam/Geschiere* hebben geleid tot de conclusie dat de weigering van de privaatrechtelijke toestemming in verband met het belang van de onbelemmerde uitgifte in erfpacht de Verordening op de Straathandel niet doorkruist omdat deze geen betrekking heeft op dat vermogensrechtelijke belang. Het is duidelijk dat de Hoge Raad deze lijn in dit arrest niet heeft gevolgd. Zou het komen doordat de Hoge Raad deze uitkomst onwenselijk achtte dat men zich nog eens wat preciezer heeft bezonnen op de reikwijdte van de doorkruisingsformule? Al met al is de conclusie dat – terugkijkend – de Hoge Raad niet steeds consistent is omgegaan met de doorkruisingsformule op het punt dat deze slechts zou zijn bedoeld voor situaties waarin bepaalde belangen een plaats hebben gekregen in het kader van een publiekrechtelijke regeling.

6 Samenloop van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden: parallelie en concurrentie

Hoewel het oordeel van de Hoge Raad dat het weigeren van een privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van een locatie waarvoor een publiekrechtelijke standplaatsvergunning is afgegeven tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden, moet worden gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid nieuw is, is het interessant om te signaleren dat een benadering die per saldo op hetzelfde neerkwam met name in de jaren tachtig is gehanteerd door de Arob-rechter.²¹ In die wat oudere jurisprudentie

19 HR 11 december 1992, AB 1993/301, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 1994/639, m.nt. M. Scheltema. Zie voor een vergelijkbare redenering HR 21 maart 2003, AB 2005/59, m.nt. G.A. van der Veen (*Premiefraudeur*).

20 HR 14 april 2006, AB 2006/198, m.nt. G.A. van der Veen.

21 Zie daarover F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: Vuga 1987, p. 186 e.v.

22 Zie voor deze benadering ARRvS (vrz.) 3 november 1983, AB 1985/65 (Emmen) en ARRvS (vrz.) 29 mei 1984, AB 1985/66 (Boter, kaas en eieren te Mijdrecht). Ook in ARRvS (vrz.) 12 april 1989, AB 1990/45 (Boter, kaas, eieren etc. te Abcoude) werd geoordeeld dat bij de besluitvorming omtrent een standplaatsvergunning geen betekenis mocht toekomen aan de vraag of betrokkene wel bereid is ter zake van het gebruik van gemeentegronden een huurovereenkomst aan te gaan.

23 ARRvS (vrz.) 2 juli 1990, AB 1991/278, m.nt. H.J. Simon en H. Gieske.

probeerde de Arob-rechter te voorkomen dat een privaatrechtelijke weigering om een standplaats in te nemen de publiekrechtelijke vergunning daartoe kon frustreren. In verschillende uitspraken werd geoordeeld dat een weigering tot het in gebruik geven van een locatie waarvoor door diezelfde overheid een standplaatsvergunning was verleend, welke weigering op het eerste gezicht zou moeten worden gekwalificeerd als een niet Arobabele rechtshandeling naar burgerlijk recht, per saldo moest worden gekwalificeerd als een weigering van de desbetreffende standplaatsvergunning. In deze gevallen werd dan vervolgens geconstateerd dat het aan de privaatrechtelijke weigering ten grondslag liggende argument – branchebescherming – geen rol mocht spelen bij de publiekrechtelijke beslissing. De van privaatrecht naar publiekrecht geconverteerde weigering werd alsdan onrechtmatig bevonden.²²

Ook bij bewandelen van de omgekeerde volgorde, waarbij eerst een privaatrechtelijke toestemming moest worden verkregen alvorens het publiekrechtelijke vergunning-traject kon worden bewandeld, greep de Arob-rechter in. Zo had de gemeente in de casus die leidde tot een procedure van een aantal gegadigden voor standplaatsvergunningen in de gemeente Tilburg eerst een inschrijving met een bod voor het gebruik van gemeentegrond georganiseerd.²³ Degenen die niet uit deze procedure rolden als gegadigden voor een pachtcontract met de gemeente konden vervolgens niet meer voor een standplaatsvergunning in aanmerking komen (hun verzoeken werden buiten behandeling gelaten). De toewijzing van de te verpachten plaatsen werd daarmee door de rechter mede gezien als afwijzing van het verzoek van de ‘niet in de prijzen vallende’ gegadigden om een standplaatsvergunning. Omdat de hoogte van de pachtsom of het feit dat eerst een privaatrechtelijke overeenkomst moest worden gesloten volgens de verordening geen maatstaf voor vergunningverlening vormden, werd de handelwijze van het gemeentebestuur onrechtmatig geacht. Na dit oordeel te hebben gegeven merkte de rechter overigens nog wel op dat dit oordeel niet meebracht dat de gemeente ook gedwongen was om degenen die voor een publiekrechtelijke standplaatsvergunning in aanmerking kwamen ook een privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van die locatie te geven. Het al dan niet verlenen van die toestemming stond namelijk niet ter beoordeling van de Arob-rechter. Wanneer de privaatrechtelijke toestemming niet om enige inhoudelijke reden werd geweigerd, maar voor het verlenen daarvan slechts onenigheid bestond over de aan de overheid verschuldigde vergoeding, oordeelde de Arob-rechter dat hij daarover niet bevoegd was te oordelen omdat dit geschil over een rechtshandeling naar burgerlijk recht ging.²⁴ In die gevallen werd in het achterwege blijven van toestemming geen beschikking besloten geacht. Of het nu toeval is of niet, met de ontwikkeling van de doorkruisingsleer in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is de hier besproken stroom in

de jurisprudentie van de bestuursrechter inmiddels opgedroogd; de Afdeling Bestuursrechtspraak stelt zich nu op het standpunt dat de privaatrechtelijke toestemming zich aan haar rechtsmacht onttrekt.²⁵

Mede naar aanleiding van de hier besproken bestuursrechtelijke jurisprudentie maakten Simon en Gieske²⁶ een analyse van de samenloop-problematiek van publiekrecht en privaatrecht die ook behulpzaam kan zijn bij de analyse van de benadering in het arrest *Amsterdam/Geschiere*. Geïnspireerd door deze analyse acht ik de begrippen ‘parallelliteit’ en ‘concurrentie’²⁷ zeer behulpzaam bij het nader doorgronden van de problematiek. Voor een goed begrip is het van belang erop te wijzen dat de aanduidingen ‘parallelliteit’ en ‘concurrentie’ niet als een dichotomie, als twee elkaar uitsluitende categorieën, moeten worden opgevat. De begrippen zijn erop gericht de aard van de samenloop van de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke bevoegdheid te beschrijven. Bij parallelliteit bestaat de samenloop uit het feit dat de bevoegdheden samenkomen op *hetzelfde object*. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien voor het innemen van een standplaats een publiekrechtelijke vergunning nodig is maar ook een privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar. Bij concurrentie gaat het om een situatie waarin meerdere bevoegdheden in een concreet geval – samenkomend in een concreet object – kunnen worden gehanteerd die *dezelfde belangen* op het oog hebben. De blik is hier dus gericht op de belangen die bij het gebruik van de in het concrete geval samenkomende bevoegdheden een rol spelen. Goed beschouwd zijn de gevallen waarin van concurrerende bevoegdheden wordt gesproken een deelverzameling van de gevallen die als parallelle bevoegdheidsuitoefening worden aangeduid. Wanneer bij het verlenen van een privaatrechtelijke toestemming voor het innemen van een standplaats andere argumenten worden gehanteerd dan de argumenten die te maken hebben met belangen die een plaats hebben gekregen in het toepasselijke publiekrechtelijke standplaatsvergunningstelsel, is er enkel sprake van parallelliteit. Worden bij de privaatrechtelijke toestemming echter dezelfde argumenten gehanteerd als een rol kunnen spelen bij de publiekrechtelijke vergunning, dan is tevens sprake van concurrentie. Enkel parallellie hoeft niet voor samenloopproblemen te zorgen omdat het motief dat aan de uitoefening van de onderscheiden bevoegdheden ten grondslag ligt, verschilt. In de woorden van Simon: ‘Is er geen sprake van concurrentie dan kunnen beide bevoegdheden toepassing vinden. Wel zal de privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening niet de facto de parallel lopende publiekrechtelijke bevoegdheid mogen frustreren.’ Dat is precies wat de Arob-rechter in de hiervoor besproken jurisprudentie heeft willen bewerkstelligen en wat ook de Hoge Raad met zijn misbruik-redenering in het arrest *Amsterdam/Geschiere* heeft neergezet. Het *Windmill*-arrest heeft betrekking op concurrerende publiekrechtelijke en privaatrechtelijke

bevoegdheden. De Hoge Raad heeft voor de situatie waarin de overheid over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt om bepaalde belangen te behartigen, maar zij diezelfde belangen wil behartigen via de inzet van het privaatrecht, de doorkruisingsformule ontwikkeld. Deze formule werpt in een aantal gevallen – maar zeker niet altijd – een dam op tegen privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening. Voor situaties van enkel parallelle bevoegdheidsuitoefening zou niet de doorkruisingsformule, maar de in het arrest

De doorkruisingsformule werpt in een aantal gevallen – maar zeker niet altijd – een dam op tegen privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening

Amsterdam/Geschiere gearticuleerde maatstaf van het verbod op misbruik van bevoegdheid gelden.

Ziet men deze lijnen nu ook terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad?

Een voorbeeld van parallelliteit was aan de orde in de arresten *Heerde/Goudsmit*²⁸ en *Heerde/Hup*.²⁹ Aan de orde was de vraag of de gemeente Heerde gebruik mocht maken van haar bevoegdheid om op grond van het eigendomsrecht verwijdering van een woonwagen te vorderen. Deze kwestie was door het hof, mede onder verwijzing naar het arrest *De Pina/Helmond*³⁰ in de sleutel gezet van de doorkruisingsformule. De Hoge Raad toetst echter niet aan het doorkruisingscriterium, maar redeneert vanuit het uitgangspunt dat de verkrijging van een huisvestingsvergunning niet jegens de eigenaar een recht geeft om de woonruimte in gebruik te nemen. Met een beroep op de wetsgeschiedenis stelt de Hoge Raad in wezen vast dat hier sprake is van het parallel lopen van het publiekrechtelijke regime – de noodzaak tot het beschikken over een huisvestingsvergunning en de bij gebreke daaraan bestaande mogelijkheid om via bestuursdwang handhavend op te treden – en het privaatrechtelijke regime – de noodzaak tot het beschikken over een toestemming van de eigenaar tot ingebruikname van de woonruimte en de bij gebreke daaraan bestaande mogelijkheid om op grond van het eigendomsrecht de ontruiming te gelasten. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat er geen belemmering aanwezig is om van de privaatrechtelijke mogelijkheid gebruik te maken.

Goed beschouwd, is ook het al eerder, in par. 5, besproken geval inzake het Doetinchemse anti-speculatiebeding een voorbeeld van parallelliteit. Zoals we hebben gezien, heeft de Hoge Raad hier echter aan de hand van de doorkruisingsformule beredeneerd dat de regeling omtrent verdeling van woonruimte in de Huisvestingswet niet aan het hanteren van het privaatrechtelijke anti-speculatiebeding in de

weg stond. De reden daarvoor vond de Hoge Raad in de vaststelling dat dat beding was opgenomen ter verzekering van andere belangen – het tegengaan van speculatie – dan die waarop de regeling in de Huisvestingswet zag. Bij hantering van de hiervoor geadstrueerde begrippen paralleliteit en concurrentie, zou het geval Doetinchem als een voorbeeld van paralleliteit moeten worden gezien en zou de redenering van de Hoge Raad eigenlijk beter langs de lijnen uit het arrest *Heerde/Goudsmit* hebben kunnen lopen.

Opmerking verdient overigens dat de Hoge Raad in beide gevallen concludeert dat er geen belemmeringen bestaan voor het hanteren van privaatrechtelijke bevoegdheden. Het arrest *Amsterdam/Geschiere* leert ons nu dat er wel degelijk juridische gronden kunnen zijn die aan de parallelle bevoegdheidsuitoefening in de weg kunnen staan. Dat de Hoge Raad aan een nadere inkadering van de privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening niet toekwam in de arresten betreffende de gemeente Heerde, komt doordat in die casus, anders dan in de Amsterdamse casus, het publiekrechtelijke en het privaatrechtelijke spoor beide uitmondde in het niet gerechtigd zijn tot het innemen van de desbetreffende standplaats. Zoals gezegd is een nieuw aspect van het arrest *Amsterdam/Geschiere* dat de Hoge Raad nu aangeeft dat de gemeente als eigenaar bij het hanteren van zijn bevoegdheid om al dan niet een privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van de grond te verlenen tot uitgangspunt moet nemen dat *Geschiere* door de verlening van de vergunning gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Dat laatste is en blijft een gerechtigdheid naar publiekrecht, maar deze legt als het ware een 'hypotheek' op de in het privaatrechtelijke spoor te verrichten afweging. In par. 2 heb ik

24 Zie bijv. ARRvS (vrz.) 7 november 1998, AB 1990/47 (*Boter, kaas en eieren etc. te Abcoude*).

25 Zie bijv. ABRvS 14 juli 1997, AB 1997/369, m.nt. F.C.M.A. Michiels (uitwegvergunning Rosmalen). In deze zaak ging het niet 'slechts' om de financiële vergoeding voor het gebruik van de grond, maar werd de privaatrechtelijke toestemming voor de aanleg van de publiekrechtelijk vergunde uitweg geweigerd omdat men de desbetreffende grond wilde behouden als speelgelegenheid en openbaar groen.

26 Zie hun annotatie onder ARRvS (vrz.) 2 juli 1990, AB 1991/278.

27 Zie ook Henk Simon, *Publiekrecht of privaatrecht* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 393 e.v.

28 HR 7 mei 2004, AB 2004/247, m.nt. G.A. van der Veen.

29 HR 7 mei 2004, AB 2004/203, m.nt. L.J.M. Timmermans.

30 HR 9 juli 1990, AB 1990/547, m.nt. G.P. Kleijn.

31 Wellicht dat gemeenten ook in de Windmill-jurisprudentie al aanleiding zouden kunnen zien om een vergunningenstelsel af te schaffen. Maar in situaties waarin de doorkruisingsformule uit het *Windmill*-arrest tot de conclusie zou leiden dat de gemeente een privaatrechtelijke toestemming niet mag weigeren, betekent dat niet dat aan de aan de privaatrechtelijke weigering ten grondslag liggende belangen geen betekenis zou kunnen toekomen; het doorkruisingsoordeel is immers ingegeven doordat die belangen in de publiekrechtelijke context juist een plaats hebben gekregen.

in dit verband gesproken over het 'primaat van het publiekrecht'. Waarom aan het publiekrecht deze positie toekomt, is in de overwegingen van de Hoge Raad verder niet te lezen. Als publiekrechtjurist bestaat wellicht de neiging om bij deze uitkomst te juichen, maar hierna zal ik aangeven dat aan dit uitgangspunt ook een keerzijde zit....

7 Epiloog

In het voorgaande is naar aanleiding van het arrest *Amsterdam/Geschiere* gepoogd om enige systematisering aan te brengen in de wijze waarop de vraag naar de toelaatbaarheid van het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid moet worden aangepakt. Betoogd is dat voor de situatie waarin de privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening ziet op belangen die ook in het kader van een publiekrechtelijke regeling een plaats hebben gekregen – deze situatie is gekarakteriseerd als 'concurrentie' – de doorkruisingsformule moet worden gehanteerd. Voor situaties waarin de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening zien op verschillende belangen – een situatie waarin enkel sprake is van het samenkomen van bevoegdheden op hetzelfde object, welke hiervoor is aangeduid als 'enkel parallelie' – is niet de doorkruisingsformule van belang, maar is de vraag of de overheid met het gebruik van het privaatrecht mogelijk misbruik van haar bevoegdheid maakt. Deze systematisering is uiteraard van belang voor de verdere ontwikkeling van de dogmatiek alsook voor de praktijk die zich naar de juiste maatstaven moet weten te richten. Ondertussen roept het arrest *Amsterdam/Geschiere* voor met name gemeenten ook nog een andere belangrijke vraag op: in hoeverre is het wenselijk dat de gemeente een standplaatsvergunningenstelsel of een daarmee vergelijkbaar vergunningenstelsel (denk aan een marktplaatsvergunning, een terrasvergunning, een ligplaatsvergunning, een uitstalvergunning) heeft? Consequentie van het arrest *Amsterdam/Geschiere* is immers dat, hoewel de gemeente haar economische belangen niet mag laten meewegen bij het verlenen van een standplaatsvergunning, de zonder meeweging van deze belangen verleende publiekrechtelijke vergunning wel een zware 'hypotheek' legt op de door haar nog te verrichten afweging in het privaatrechtelijke spoor. Misschien is dit wel de ultieme prikkel voor gemeenten om dergelijke vergunningenstelsels af te schaffen.³¹ Wanneer een publiekrechtelijk vergunningenstelsel ontbreekt, zou de gemeente immers meer ruimte hebben voor het hanteren van economische overwegingen bij het al dan niet verlenen van een privaatrechtelijke toestemming tot het innemen van een standplaats op gemeentegrond. Voor fervente dereguleerders zou dat wellicht goed nieuws zijn, maar betwijfeld kan worden of een puur privaatrechtelijke regulering van deze problematiek uiteindelijk voor de burger wel een aantrekkelijke uitkomst is.