

Publiekrechtelijke bevoegdheid tot verlening ontheffing van publiekrechtelijk verbod tot hebben van werken dient te worden onderscheiden van privaatr...

HR 09-11-2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, m.nt. A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen (Rijnland/Götte, Hoogheemraadschap van Rijnland)

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

9 november 2012

Magistraten

Mrs. E.J. Numann, J.C. van Oven, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.A. Loth

Zaaknummer

11/04569

Conclusie

A-G mr. J. Spier

Noot

A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen

LJN

BX0736

Roepnaam

Rijnland/Götte

Hoogheemraadschap van Rijnland

Vakgebied(en)

Goederenrecht / Algemeen

Goederenrecht / Eigendom, bezit en houderschap

Verbintenissenrecht / Algemeen

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Brondocumenten

ECLI:NL:PHR:2012:BX0736, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 09-11-2012

ECLI:NL:HR:2012:BX0736, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 09-11-2012

Beroepschrift, Hoge Raad, 10-10-2011

Wetgeving

BW art. 5:1, 20

Essentie

Publiekrechtelijke bevoegdheid tot verlening ontheffing van publiekrechtelijk verbod tot hebben van werken dient te worden onderscheiden van privaatrechtelijke bevoegdheid van eigenaar tot verlening toestemming tot gebruik van water en waterbodem. Beëindiging privaatrechtelijke toestemming rechtsgeldig?

Samenvatting

Vordering van Hoogheemraadschap tot verwijdering van steiger in openbaar water op basis van eigendomsrecht, in verhouding tot publiekrechtelijke ontheffing.

Vooropgesteld wordt dat de publiekrechtelijke bevoegdheid ontheffing te verlenen van het verbod in de Keur voor het hebben van werken zoals een steiger, moet worden onderscheiden van de privaatrechtelijke bevoegdheid toestemming te geven voor het gebruik van het water en de waterbodem waarop de steiger rust. Het verbod en de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffing daarvan zijn immers gebaseerd op de taak van het Waterschap met betrekking tot de waterstaatsbelangen van zijn gebied en zijn gereguleerd in de desbetreffende publiekrechtelijke regelgeving (de Keur). De verlening van de ontheffing geschiedt na afweging van de bij de ontheffing betrokken belangen tegen de belangen die verband houden met de bescherming van de waterstaatkundige verzorging van het beheersgebied van het Waterschap. De bevoegdheid tot het geven van privaatrechtelijke toestemming is gebaseerd op het eigendomsrecht van het Waterschap en

ziet op het bijzondere gebruik van het water en de waterbodem door derden — dat wil zeggen ander gebruik dan overeenkomstig zijn publieke bestemming — en de (eventueel) daaraan te verbinden voorwaarden zoals het betalen van een vergoeding. Het aanleggen en hebben van een steiger is een dergelijk bijzonder gebruik. Het Waterschap was niet reeds op grond van het verlenen van de ontheffing gehouden om privaatrechtelijke toestemming tot dat bijzondere gebruik te geven, nu de ontheffing slechts geweigerd kan worden in verband met de waterstaatkundige belangen die door het betrokken verbod van de Keur beschermd worden. Genoemd onderscheid brengt dan ook mee dat een verleende ontheffing niet zonder meer een privaatrechtelijke toestemming tot een bepaald bijzonder gebruik impliceert. Het feit dat vele jaren daadwerkelijk gebruik is gemaakt van de steiger, zonder dat het Hoogheemraadschap dit als een onrechtmatig gebruik heeft aangemerkt, is onvoldoende om aan te nemen dat het Hoogheemraadschap vertrouwen heeft gewekt dat geen vergoeding gebaseerd op zijn eigendomsrecht meer zou worden gevraagd, of dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het Hoogheemraadschap dat thans alsnog doet.

Partij(en)

Hoogheemraadschap van Rijnland, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. M.W. Scheltema, tegen
verweerder, verweerder in cassatie, advocaten: mr. D. Rijpma en mr. M.S. van der Keur.

Conclusie

Conclusie A-G mr. J. Spier:

1. Feiten

1.1.

In cassatie kan van de navolgende feiten, zoals vastgesteld door het Hof Amsterdam in rov. 2.2-2.13 van zijn arrest van 12 juli 2011, worden uitgegaan.

1.2.

Verweerder woont aan de a-sstraat 1 te woonplaats. Op de grens van dit perceel 'loopt' de Ringvaart. Verweerder heeft voor zijn woning een steiger in de Ringvaart in gebruik.

1.3.

De Ringvaart behoort thans in eigendom toe aan het Hoogheemraadschap.

1.4.

Op 21 januari 1999 heeft het bestuur van één van de rechtsvoorgangers van het Hoogheemraadschap, het Waterschap Groot-Haarlemmermeer, aan verweerder een ontheffing verleend voor de steiger. De ontheffing berustte op de destijds geldende 'Keur Waterschap Groot-Haarlemmermeer', alsmede op het 'Reglement Vaarwateren Noord-Holland 1990'. In de Keur is in art. 18, lid 1, aanhef en sub c, bepaald dat het verboden is om op, in, boven of onder kernzones van wateren en beschermingszones werken te maken, te hebben, te vernieuwen, te wijzigen of op te ruimen. Verweerder heeft voor de ontheffing een eenmalige retributie van f 150 betaald.

1.5.

In de ontheffing van 21 januari 1999 is het volgende vermeld:

"Gelezen het verzoek d.d. 23 november 1998 van verweerder, a-sstraat 1 te woonplaats

Overwegende dat er van waterschapszijde, gelet op de te behartigen belangen, tegen inwilliging van het verzoek geen bezwaar bestaat;

Gelet op de keur van het waterschap Groot-Haarlemmermeer en het Reglement Vaarwateren Noord-Holland;

BESLUITEN:

aan verweerder

te woonplaats

ontheffing te verlenen voor het maken en hebben van een steiger in de Ringvaart van de Haarlemmermeerpolder, voor het afmeren van een vaartuig, voor zijn/haar opstalperceel, plaatselijk gemerkt, a-sstraat 1 (...), zulks met inachtneming van de algemene voorschriften, vermeld op de aan deze beschikking gehechte bijlage A, alsmede onder de bijzondere voorschriften, vermeld op de mede aan deze beschikking gehechte bijlage B, en onder verwijzing naar het gestelde in bijgevoegd mededelingenblad."

1.6.

In de bij de vergunning behorende bijlage A is onder meer het volgende bepaald:

“Algemene voorschriften

1. (...)
2. (...)
3. Voorzover in de bijzondere voorschriften niet anders is bepaald, dienen de werken door en op kosten van de houder te worden uitgevoerd en deugdelijk te worden onderhouden, terwijl in gebreken moet worden voorzien, tot genoegen van het bestuur, op hun eerste aanschrijving en binnen de daarbij te stellen termijn; (...)

1.7.

Voorts is in Bijlage B het volgende bepaald:

“Bijzondere voorschriften

1. De steiger dient gemaakt te worden in overleg met en naar aanwijzing van de betrokken technische ambtenaar (...)
2. (...)
3. (...)
4. Door en op kosten van de houder dienen de steiger, alsmede het Ringvaartsboord en de buitenberm van de ringdijk ter plaatse van de steiger en over een afstand van 5.00 meter ter weerszijden daarvan deugdelijk te worden onderhouden tot genoegen van het bestuur in gebreken moet worden voorzien op eerste aanschrijving van het bestuur en binnen de daarbij te stellen termijn; (...)

1.8.

In de bij de vergunning gevoegde Mededelingen is onder meer vermeld:

“De houder wordt er op gewezen, dat naast deze ontheffing veelal nog de medewerking van andere overheden noodzakelijk is.

Voorts is de toestemming nodig van de eigenaar en eventuele gebruikers van de grond waar in of op werken worden uitgevoerd, voorzover die grond geen eigendom is van c.q. in gebruik is bij de houder of het waterschap. (...)

1.9.

Het Hoogheemraadschap is per 1 januari 2005 ontstaan uit een fusie van een aantal waterschappen, waaronder het Waterschap Groot-Haarlemmermeer.

1.10.

Op voorstel van het Dagelijks Bestuur heeft het Algemeen Bestuur van het Hoogheemraadschap op 12 april 2006 besloten om een uniform ‘eigendommenbeleid’ in te voeren, met marktconformiteit als uitgangspunt.

1.11.

Als uitvloeisel van het onder 1.10 genoemde beleid heeft het Hoogheemraadschap bij brief van 15 februari 2007 geschreven aan verweerder:

“Het Hoogheemraadschap van Rijnland heeft onlangs een nota handhaving voor het gebruik van haar eigendommen vastgesteld.

Er zijn bijvoorbeeld werken geplaatst door derden in/op/boven Rijnlands eigendom zonder dat dit privaatrechtelijk (schriftelijk) is geregeld. Naar aanleiding van het ingaan van bovengenoemd beleid is Rijnland begonnen met de inventarisatie van haar eigendommen. Wij hebben geconstateerd dat voor uw woning een of meerdere werken zijn geplaatst. Wij gaan er van uit dat u dit/deze werk(en) heeft geplaatst en/of gebruikt. Het betreffende gedeelte is eigendom van Rijnland. Voor het gebruik van dit eigendoms gedeelte zijn wij bereid een privaatrechtelijke gebruiksregeling aan te gaan met de gebruiker. Dit ter erkenning van ons eigendomsrecht en conform de daarvoor geldende tarieven. (...)

Deze privaatrechtelijke gebruiksregeling is in tweevoud bijgevoegd. In deze privaatrechtelijke gebruiksregeling zijn de werken reeds opgenomen die door u zijn geplaatst c.q. in gebruik zijn. Naar de inhoud daarvan mogen wij u korthedshalve verwijzen. Omdat het hier een bestaand werk betreft, is besloten hiervoor 3 overgangstermijnen in acht te nemen van 3 jaar (zie artikel 1 van het besluit). Wij gaan er van uit dat u bereid bent dit gebruik te regelen met Rijnland. Wij verzoeken u dan ook beide exemplaren van de gebruiksregeling ‘voor akkoord’ te ondertekenen en binnen één maand na datum van

verzending van deze brief beide exemplaren aan ons te retourneren in de bijgevoegde portvrije enveloppe. (...)
Mocht u niets te maken hebben met dit/deze werk(en) dan verzoeken wij u dit ook aan ons mede te delen. Tenslotte nog het volgende. Indien het/de werk(en) door u is/zijn aangebracht/wordt gebruikt bent u waarschijnlijk reeds in het bezit van een zgn. vergunning krachtens Rijnlands algemene keur of de keur van het voormalige waterschap Groot Haarlemmermeer. Deze keurvergunning (publiekrechtelijke regeling) staat los van bovengenoemde privaatrechtelijke gebruiksregeling. Mocht u niet in het bezit zijn van deze vergunning dan dient u deze alsnog aan te vragen bij Rijnland. (...)"

1.12.

In de bijgevoegde gebruiksregeling is onder meer het volgende bepaald:

"Hoogheemraadschap van Rijnland (...)

BESLUITEN:

Aan verweerder, a-straat 1 (...), hierna te noemen adressant en zijn/haar rechtsverkrijgend(n) toestemming te verlenen voor het plaatsen en hebben van een steiger (...) ter hoogte van bovenstaand adres, in de Ringvaart van de Haarlemmermeer (...), e.e.a. onder de hierna volgende voorwaarden:

1. Per kalenderjaar of gedeelte daarvan is door adressant of zijn rechtsverkrijgende(n) als vergoeding voor het hebben van onderhavig(e) werk(en) in Rijnlands eigendom een bedrag verschuldigd van € 50,40 per 1 maart 2016. De volgende overgangstermijnen c.q. toegroeiregeling is/zijn hierbij van toepassing:
Vanaf 1 maart 2007 tot en met 28 februari 2010 is een bedrag verschuldigd van € 0 per jaar.
Vanaf 1 maart 2010 tot en met 28 februari 2013 is een bedrag verschuldigd van € 16,80 per jaar.
Vanaf 1 maart 2013 tot en met 28 februari 2016 is een bedrag verschuldigd van € 33,60 per jaar.
(...)
Het Hoogheemraadschap behoudt zich het recht voor deze vergoeding éénmaal in de drie jaar te herzien, voor het eerst m.i.v. 1 maart 2019.
2. Het klein (dagelijks) en groot onderhoud alsmede enige belasting m.b.t. het (de) werk(en) zijn voor rekening van adressant.
3. (...)
4. Alle door of vanwege het college van dijkgraaf en hoogheemraden met betrekking tot het (de) onder dit besluit vallende werk(en) te geven nadere aanwijzingen en voorschriften dienen stipt en onverwijld te worden opgevolgd. (...)
5. (...)
6. (...)
7. (...)
8. Bij het vervallen, intrekken of opzeggen van deze toestemming dient (dienen) het (de) werk(en) op eerste aanschrijving van het college van dijkgraaf en hoogheemraden en binnen de daarbij te stellen termijn door en op kosten van adressant of zijn rechtsverkrijgenden volledig te worden opgeruimd en dient alles weer in de oorspronkelijke toestand te worden teruggebracht; (...)"

1.13.

Verweerder (evenals een aantal andere eigenaren van steigers) heeft geweigerd de gebruiksregeling te ondertekenen.

1.14.

Bij brief van 25 januari 2010 — na het in deze procedure door de Rechtbank op 11 november 2009 gewezen vonnis — heeft het Hoogheemraadschap geschreven aan verweerder:

"Wij hebben u enige tijd geleden een privaatrechtelijke overeenkomst (gebruiksregeling) toegezonden. In de begeleidende brief werd aangegeven dat u géén privaatrechtelijke toestemming heeft gekregen voor een gebouwde steiger en/of het innemen van een ligplaats met een vaartuig in de Ringvaart van de Haarlemmermeerpolder. U heeft de privaatrechtelijke gebruiksregeling niet ondertekend.

Zoals u weet heeft de Rechtbank te Haarlem op 11/18 november 2009 uitspraak gedaan c.q. vonnis gewezen inzake een door ons aangespannen procedure, onder andere tegen u. De rechtbank heeft u veroordeeld tot verwijdering van de steiger en het betalen van ruim € 2000 aan proceskosten.

(...)

Voor zover in rechte komt vast te staan dat u reeds een privaatrechtelijke overeenkomst met ons bent aangegaan maar dat deze nog niet door ons is opgezegd, zeggen wij de overeenkomst hierbij alsnog op tegen 1 maart 2010, althans tegen de rechtens vroegst mogelijke datum. (...)"

2. Procesverloop

2.1.

Op 10 april 2008 heeft het Hoogheemraadschap verweerder gedagvaard voor de Rechtbank Haarlem en gevorderd — kort gezegd — verweerder te veroordelen tot het verwijderen van de steiger op straffe van een dwangsom, zulks met nevenvorderingen. Het Hoogheemraadschap heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd dat verweerder zonder recht of titel gebruik maakt van de eigendommen van het Hoogheemraadschap.

2.2.

Verweerder heeft in conventie verweer gevoerd en in reconventie gevorderd bij toewijzing van de conventionele vordering het Hoogheemraadschap te veroordelen de schade die hij lijdt als gevolg van toewijzing van de vordering (bestaande uit de prijs die hij heeft moeten betalen voor het bouwen van de steiger en de kosten die hij moet maken voor het afbreken ervan) te vergoeden.

2.3.

In haar vonnis van 11 november 2009 heeft de Rechtbank verweerder in conventie veroordeeld de steiger te verwijderen en verwijderd te houden op straffe van een dwangsom; de vordering in reconventie werd afgewezen.

2.4.

Verweerder heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis. Het Hoogheemraadschap heeft het appel bestreden; het heeft tevens voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld.

2.5.

In zijn arrest van 12 juli 2011 heeft het Hof Amsterdam, voor zover thans nog van belang, het bestreden vonnis vernietigd en de vordering van het Hoogheemraadschap alsnog afgewezen. Het Hof heeft aan zijn oordeel het volgende ten grondslag gelegd:

“3.8.

(...) Een van de rechtsvoorgangers van het Hoogheemraadschap, het waterschap Groot-Haarlemmermeer, heeft verweerder op 21 januari 1999 een ontheffing verleend voor de steiger. Naar 's hofs oordeel kan deze ontheffing redelijkerwijs niet anders worden begrepen, dan dat verweerder daarmee tevens toestemming heeft verkregen voor het gebruik van het water of de waterbodem waarboven de steiger zich bevindt, kort gezegd: voor het privaatrechtelijk gebruik.

3.8.1.

Zulks volgt in de eerste plaats uit de ontheffing zelf, die ziet op het maken en hebben van een steiger. Niet is in te zien hoe ondanks toestemming voor het hebben van een steiger, de houder geen toestemming zou zijn verleend voor het gebruik van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem.

3.8.2.

Dat de ontheffing uit 1999 tevens omvat het privaatrechtelijke gebruik van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem, blijkt bovendien uit de algemene voorwaarden die aan de ontheffing zijn verbonden, waarvan enkele een duidelijk privaatrechtelijk karakter hebben.

3.8.3.

Voorts is van belang dat in de 'Mededelingen' bij de ontheffing (...) is vermeld dat toestemming van de eigenaar nodig is, waar werken worden uitgevoerd, voor zover die grond geen eigendom is van c.q. in gebruik is bij de houder of het waterschap. Vast staat echter dat in het onderhavige geval de grond (c.q. het water en de waterbodem) wel eigendom is van het waterschap. Uit de betreffende tekst mocht verweerder redelijkerwijs afleiden dat in dat geval géén toestemming nodig is van de eigenaar, en dat deze kennelijk is vervat in de vergunning.

3.8.4.

Verder acht het hof van belang dat de ontheffing is verleend tegen een éénmalige retributie van f 150. De enkele omstandigheid dat de vergoeding 'retributie' wordt genoemd, hetgeen duidt op een publiekrechtelijke vergoeding, is onvoldoende voor het oordeel dat verweerder moest begrijpen dat het Waterschap zich het recht voorbehield om voor het gebruik van het water en de ondergrond later een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding te verlangen. Het bewijsaanbod van het Hoogheemraadschap (...) dat het bedrag van f 150 slechts vergoeding inhield voor het verlenen van de ontheffing, zal worden gepasseerd, nu het Hoogheemraadschap niet nader heeft aangegeven welke feiten en omstandigheden het in dit verband precies wil bewijzen.

3.8.5.

Ten slotte acht het hof nog relevant dat verweerder — en vele andere vergunninghouders met hem — ook vele jaren daadwerkelijk gebruik hebben gemaakt van de steiger, zonder dat er enige aanwijzing is dat het Hoogheemraadschap dit

als een onrechtmatig gebruik — al dan niet gedoogd — van zijn eigendommen aanmerkte.

3.8.6.

Het Hoogheemraadschap heeft hier tegenover geen overtuigende argumenten aangevoerd, waaruit zou volgen dat de vergunning niet tevens inhield dat verweerder de steiger mocht plaatsen en gebruiken, en aldus gebruik mocht maken van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem. Het hof is dan ook van oordeel dat de vergunning die in 1999 aan verweerder is verleend, niet alleen ziet op de (publiekrechtelijke) ontheffing van het verbod uit de Keur, maar tevens op het (privaatrechtelijke) gebruik van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem.

(...)

Dit betekent dat de ontheffing aldus is ingericht, dat de publiekrechtelijke ontheffing en de privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van het water en de ondergrond, onlosmakelijk verweven zijn geraakt. (...)

3.9.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit voort dat niet gevolgd kan worden de stelling van het Hoogheemraadschap, dat verweerder met de aanwezigheid van zijn steiger in de Ringvaart zonder recht of titel gebruik maakt van eigendommen van het schap. De ontheffing uit 1999 geeft hem immers dat recht en die titel. Deze ontheffing geldt tot op heden, zoals tussen partijen niet in discussie is. Hierop strandt de vordering van het Hoogheemraadschap.”

2.6.

Het Hoogheemraadschap heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen 's Hofs arrest. Verweerder heeft het beroep bestreden, waarna partijen hun stellingen schriftelijk hebben toegelicht; het Hoogheemraadschap heeft gere- en verweerder gedupliceerd.

3. De kern van 's Hofs arrest

3.1.

De kern van het bestreden arrest is neergeslagen in rov. 3.8.3:

“Uit de betreffende tekst [de onder 1.10 geciteerde mededelingen, A-G] mocht verweerder redelijkerwijs afleiden dat in dat geval [te weten: het Waterschap is eigenaar van de grond, A-G] géén toestemming nodig is van de eigenaar, en dat deze kennelijk vervat is in de vergunning.”

3.2.

's Hofs oordeel berust op een alleszins begrijpelijke uitleg van de 'Mededelingen' die dan ook niet wordt bestreden. De daaruit getrokken conclusie is evenzeer volkomen begrijpelijk; deze wordt wel bestreden, maar zoals hierna zal blijken tevergeefs. Het onder 3.1 geciteerde oordeel kan de door het Hof bereikte uitkomst zelfstandig dragen.

3.3.

Bij deze stand van zaken zijn 's Hofs overige oordelen even zovele obiter dicta. De al dan niet juistheid daarvan doet daarom niet ter zake. Hierna zal ik de klachten tegen de andere — niet dragende — rechtsoverwegingen nochtans kort bespreken.

4. Bespreking van het middel

4.1.

Onderdeel 1.1 klaagt dat het Hof het onderscheid tussen de publiekrechtelijke bevoegdheid (van het Hoogheemraadschap) tot het verlenen van een ontheffing op de Keur en de privaatrechtelijke bevoegdheid (van het Hoogheemraadschap) om toestemming te geven voor het gebruik van het water en de waterbodem heeft miskend. Beide bevoegdheden streven immers andere doelen na en het gebruik van de bevoegdheden berust op andere motieven. Zo houdt de ontheffing van de Keur verband met de bescherming van de waterstaatkundige verzorging van het beheersgebied en de (privaatrechtelijke) toestemming met het gebruik van de grond en de daarvoor verlangde vergoeding. Het feit dat er een ontheffing is verleend, brengt dus niet (zonder meer) met zich mee dat ook privaatrechtelijke toestemming is gegeven.

4.2.

Het juridische vertrekpunt van de klacht is juist. Naar gangbare inzichten brengt de enkele omstandigheid dat een publiekrechtelijke vergunning, ontheffing o.i.d. is verleend in beginsel niet mee dat de overheid niet langer langs privaatrechtelijke weg vergoeding mag vragen voor het 'bijzondere' gebruik^[1] van haar eigendommen.^[2] Ik heb 'vergoeding' bewust gecursiveerd omdat verlening van een publiekrechtelijke vergunning etq wél de vrijheid van de overheid kan beperken om een privaatrechtelijke toestemming te weigeren.^[3] In casu ging het evenwel niet om een weigering; zie hierboven onder 1.11 en 1.12.

4.3.

Hoewel het juridieke uitgangspunt van het Hoogheemraadschap dus juist is, kan het hem dat niet baten omdat het Hof, zoals we onder 3.1 reeds zagen, heeft aangenomen dat verweerder redelijkerwijs mocht menen dat geen (privaatrechtelijke) toestemming nodig was. Het Hof heeft het onderscheid waarop het onderdeel op zich terecht wijst dus niet miskend.

4.4.

Onderdeel 1.2 betoogt dat indien het verlenen van een ontheffing op de Keur ten behoeve van het hebben van een steiger eveneens betekent dat het Hoogheemraadschap (privaatrechtelijke) toestemming voor het gebruik van het water en de waterbodem die bij hem in eigendom zijn niet (ongeclausuleerd) kan weigeren, dit niet betekent dat het Hoogheemraadschap geen vergoeding voor dit gebruik kan bedingen.

4.5.

Deze klacht faalt om twee zelfstandige redenen:

- a. het Hof heeft niet geoordeeld dat met het verlenen van de ontheffing geen mogelijkheid (meer) bestaat tot het weigeren van de toestemming. Het heeft wél geoordeeld dat met het verlenen van de ontheffing toentertijd kennelijk tevens een toestemming is gegeven;
- b. in rov. 3.7 geeft het Hof het geschil weer dat na gegrond bevinding van enkele eerder besproken grieven resteerde. Die weergave wordt niet bestreden. In 's Hofs — m.i. trouwens juiste — weergave wenste het Hoogheemraadschap immers verwijdering van de steiger, niet vaststelling van een (redelijke) vergoeding voor het (voortgezet) privaatrechtelijk gebruik; zie hiervoor onder 2.1. De vraag of zulk een vergoeding had kunnen worden bedongen, dan wel of de — in 's Hofs visie — aanvankelijk kennelijk op nihil bepaalde vergoeding kon worden verhoogd, was geen voorwerp van de rechtsstrijd. Voor zover de laatste alinea van onderdeel 1.6 daarover moppert en voor zover daarin al een voldoende duidelijke klacht zou kunnen worden gelezen, kan ik daaraan voorbijgaan omdat het niet aankomt op de (mogelijk destijds aanwezige) diepere bedoelingen van het Hoogheemraadschap maar om de objectief kenbare strekking van zijn vordering.^[4]

4.6.

Onderdeel 1.3 leest 's Hofs oordeel aldus dat het vragen van een vergoeding, gebaseerd op het eigendomsrecht van het Hoogheemraadschap, de Keur of art. 114 Waterschapswet onaanvaardbaar doorkruist. Indien het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat het Hoogheemraadschap door het vragen van een vergoeding, gebaseerd op het eigendomsrecht, misbruik maakt van recht betoogt onderdeel 1.4 dat dit oordeel rechtens onjuist, dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

4.7.

Beide onder 4.6 genoemde lezingen ontberen feitelijke grondslag; zie onder 3.1.

4.8.

Onderdeel 1.6 (onderdeel 1.5 bevat geen zelfstandige klacht) betoogt dat het Hof een onbegrijpelijk oordeel heeft geveld voor zover erin ligt besloten dat het Hoogheemraadschap zijn toestemming ongeclausuleerd heeft geweigerd.

4.9.

Ook dit onderdeel gaat uit van een onjuiste lezing van 's Hofs oordeel. De toestemming is volgens het Hof immers niet geweigerd, maar lag kennelijk besloten in de ontheffing van 1999.

4.10.

Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 3.8.2. Het kant zich tegen de wijze waarop het Hof uitleg heeft gegeven aan de algemene voorwaarden die aan de ontheffing waren verbonden.

4.11.

Ik stel voorop dat in cassatie de uitleg van de gedingstukken niet op juistheid, maar slechts op voldoende begrijpelijkheid kan worden getoetst.

4.12.

Onderdeel 2.1 klaagt dat het Hof de algemene voorschriften in de ontheffing ten onrechte als algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 sub a BW heeft aangemerkt.

4.13.

Vooropgesteld: de klacht mist ieder belang, zoals uiteengezet onder 3. Ook overigens mist zij betekenis. Het Hof heeft

immers aan de aanduiding 'algemene voorwaarden' geen (juridische) gevolgen verbonden vermits in het midden kan blijven wat het nauwkeurig op het oog had met deze formulering.

4.14.

Onderdeel 2.2 voert aan dat 'de bedoelde voorschriften bij de ontheffing' geen duidelijk privaatrechtelijk karakter hebben. Dergelijke voorschriften zouden ook niet kunnen worden opgenomen in de ontheffing bij de Keur. Het onderdeel is nadrukkelijk toegespitst op de — wat wordt aangeduid als — 'algemene voorschriften' genoemd in rov. 2.6.

4.15.

De klacht miskent 's Hofs oordeel. Dit is niet gebaseerd op de in rov. 2.6 geciteerde passages, maar op de in rov. 2.7 geciteerde 'Mededelingen'. De klacht mist daarom belang, wat er verder ook van 's Hofs oordeel en de klacht zij.

4.16.

Onderdeel 2.3 vertolkt, als ik het goed zie, geen zelfstandige klacht. Het sneuvelt op de hiervoor genoemde gronden.

4.17.

Onderdeel 3 richt zich tegen rov. 3.8.3. Het klaagt goeddeels over de aan de feitenrechter voorbehouden uitleg van de onder 1.5 geciteerde ontheffing en de daarbij behorende Mededelingen. In zoverre staan de sterren voor het Hoogheemraadschap al aanstonds niet gunstig.

4.18.1.

Onderdeel 3.1 verwijt het Hof te hebben miskend dat in de ontheffing geen toestemming voor het gebruik van het eigendomsrecht kan zijn gelegen, nu de ontheffing niet kan zien op het reguleren van privaatrechtelijke eigendomsbevoegdheden. Dat is volgens het onderdeel de reden dat de Mededelingen bij de ontheffing zijn opgenomen.

4.18.2.

Omdat op grond van de Keur het 'vragen van een vergoeding' niet mogelijk was, kon niet gerechtvaardigd worden vertrouwd dat 'ook uit hoofde van het eigendomsrecht geen vergoeding zal worden gevraagd', aldus nog steeds de klacht.

4.19.1.

De onder 4.18.1 weergegeven klacht ziet er m.i. in de eerste plaats aan voorbij dat 's Hofs oordeel niet uitsluitend is gebaseerd op de ontheffing. Het Hof grondt zijn oordeel mede op de Mededelingen én op de algemene voorwaarden. Uit de bewoordingen van de 'Mededelingen' kon het Hof geredelijk de conclusie trekken dat tot uitdrukking werd gebracht dat geen (privaatrechtelijke) toestemming (meer) nodig was; zie het citaat onder 3.1.

4.19.2.

Het heeft zich niet begeven — en in zijn gedachtegang ook niet behoeven te begeven — in beantwoording van de vraag of 'in de publiekrechtelijke ontheffing' toestemming besloten lag. Het in rov. 3.8 gebruikte woordje 'tevens' doet m.i. uitkomen dat in 's Hofs visie niet in de publiekrechtelijke ontheffing toestemming werd gegeven, maar dat daarnaast (kennelijk via de in rov. 2.7 geciteerde Mededelingen; zie de eerste volzin van rov. 3.8.3 waar dat expliciet is te lezen) privaatrechtelijke toestemming is verleend (of dat deze niet meer nodig was). Op dit door het Hof kennelijk gemaakte subtiele onderscheid valt mogelijk iets af te dingen, maar dat doet het middel niet. Zou het dat wel hebben gedaan, dan zou dat het Hoogheemraadschap m.i. niet hebben kunnen baten om de onder 4.20.2 genoemde reden.

4.19.3.

Waar het Hof aan het slot van rov. 3.8.3 oordeelt dat 'deze kennelijk is vervat in de vergunning' brengt het kennelijk tot uitdrukking de geadresseerde van de ontheffing redelijkerwijs mocht menen dat geen (privaatrechtelijke) toestemming (meer) nodig was.^[5]

4.20.1.

De onder 4.18.2 vermelde klachten is, met alle respect, niet goed begrijpelijk. Reeds omdat op grond van de Keur wél een vergoeding is gevraagd.

4.20.2.

Belangrijker is dat het Hoogheemraadschap er kennelijk vanuit gaat dat justitiabelen (zoals verweerder te woonplaats) een beter inzicht in de vigerende regelgeving en de daarop gebaseerde sophisticated juridische inzichten (moeten) hebben dan het zelf kennelijk had. Het gaat hier om een opmerkelijke opvatting die we wel vaker zien bij repeat-players die niet (goed) in staat zijn hun eigen gedachten helder en juist aan het papier toe te vertrouwen. De gedachte is dan (kennelijk) dat justitiabelen onjuist of ongelukkig geformuleerde teksten zo moeten (kunnen) begrijpen als de opsteller deze ex post facto

zegt te hebben bedoeld. Het behoeft, naar ik vertrouw, geen verdere toelichting dat deze opvatting niet juist is.

4.21.

In 's Hofs gedachtegang, zoals geciteerd onder 3.8.1, komt verweerder ten deze bescherming toe van zijn door (de rechtsvoorganger van) het Hoogheemraadschap gewekte vertrouwen. Dat oordeel lijkt mij in zijn algemeenheid ook niet onjuist, te minder nu het Hoogheemraadschap niet onbepaald gebonden behoeft te zijn aan de gegeven toestemming (of de kennisgeving dat zij niet meer nodig was); zie nader onder 4.24.2. Het ligt, als gezegd, niet op mijn weg om aan te geven wat het Hoogheemraadschap (mogelijk/vermoedelijk) zou kunnen doen om de bestaande situatie te veranderen.

4.22.1.

Onderdeel 3.2 borduurt in veel woorden voort de onder 4.18 samengevatte klacht. Het loopt stuk op het voorafgaande stuk.

4.22.2.

Ik laat dan nog maar rusten dat de klacht feitelijke grondslag mist nu het Hof niet heeft geoordeeld dat de enkele verlening van de ontheffing meebrengt dat civielrechtelijke toestemming is verleend. Het Hof heeft dat oordeel immers nadrukkelijk (mede) gebaseerd op de bij de ontheffing gevoegde tekst van de Mededelingen.

4.22.3.

Voor zover de klacht andermaal aan de orde stelt dat alsnog vergoeding kon worden verlangd, wordt voorbijgezien aan de vordering zoals deze door het Hof moest worden beoordeeld en zoals die in cassatie daarom uitgangspunt moet zijn; zie hiervoor onder 4.5 sub b.

4.22.4.

Voor zover het slot van het onderdeel erover bedoelt te klagen dat het Hof zou hebben geoordeeld dat een '(ongeclausuleerde) toestemming' is verleend (waarmee mogelijk is bedoeld: een permanente privaatrechtelijke toestemming om niet) mist het eveneens feitelijke grondslag. Het Hof heeft dat niet geoordeeld. Die vraag was trouwens niet aan de orde; zie onder 4.22.3.

4.23.

Onderdeel 3.3 voert aan dat het Hof heeft miskend dat niet van belang is wat verweerder redelijkerwijs uit de ontheffing mocht afleiden, maar of het vragen van een vergoeding, gebaseerd op het eigendomsrecht van het Hoogheemraadschap, art. 114 Waterschapswet, de Keur of de daarop gebaseerde ontheffing onaanvaardbaar doorkruist dan wel als misbruik van recht moet worden aangemerkt.

4.24.1.

Het is aan gereede twijfel onderhevig of deze rechtsklacht aan de daaraan te stellen eisen voldoet nu zij blijft steken in een niet nader uitgewerkte blote stelling. Ik opper dit met veel slagen om de arm omdat ik, in eerlijkheid gezegd, zelf ook niet heel veel verder kom dat het poneren van de stelling dat de door het onderdeel gepropageerde opvatting in haar algemeenheid niet juist is. Iets meer valt er intussen wel over te zeggen.

4.24.2.

Zonder nadere toelichting valt niet goed in te zien waarom een vertrouwen als door het Hof aangenomen niet zou mogen worden beschermd. Daarbij valt het volgende te bedenken. Wanneer in een concreet geval een publiekrechtelijke vergunning of iets dergelijks is verleend, dan moeten er goede redenen zijn om het gebruik daarvan te verhinderen door het onthouden van privaatrechtelijke toestemming door — kort gezegd — dezelfde overheid.^[6] Dat zodanige privaatrechtelijke toestemming doorgaans niet kan worden geweigerd, betekent niet dat de burger er recht op heeft dat zij (blijvend) om niet wordt verstrekt. Met name deze laatste omstandigheid^[7] is in het algemeen voldoende bescherming voor de overheid zodat er geen klemmende reden is om bescherming van vertrouwen (zonder meer) de pas af te snijden. Daar komt nog bij dat 's Hofs aanpak zeker niet in strijd is met de benadering van de schakelbepaling van art. 3:59 BW.

4.25.

De 'Nota van repliek' besteedt nog enige aandacht aan de hier besproken kwestie. Ik loop de argumenten, die in het middel niet zijn te vinden, kort langs:

- a. niet blijkt dat verweerder heeft ingestemd met de voor hem nadelige voorwaarden (sub 1.2). Dat is juist, maar m.i. niet relevant. Nu het daarom niet ging, behoefde het Hof er geen aandacht aan te besteden. Er is geen goede grond aan te nemen dat verweerder zich niet kon vinden in de passage geciteerd in rov. 2.7, waarop 's Hofs oordeel mede is gebaseerd;
- b. de opgenomen 'Rechtsmittelbelehrung' verdraagt zich niet met een privaatrechtelijke clausule (sub 1.3). Dat moge zo zijn, maar dat gaat voorbij aan 's Hofs op gerechtvaardigd vertrouwen gebaseerde oordeel. Zonder

nadere toelichting, die ontbreekt en die bovendien tardief zou zijn geweest gezien het feitelijke karakter van de stelling, is niet in te zien waarom verweerder uit deze 'Belehrung' had moeten afleiden dat het Hoogheemraadschap niet kon hebben bedoeld wat het, naar valt aan te nemen na rijp beraad,^[8.] aan het papier heeft toevertrouwd.

4.26.

In het voorafgaande loopt ook de voortbouwende klacht van onderdeel 3.4 spaak.

4.27.

Onderdeel 3.5 richt zich tegen rov. 3.8.4 en verwijt het Hof te miskennen dat de omstandigheid dat voor de verlening van de ontheffing een eenmalige retributie is geheven, niet betekent dat het Hoogheemraadschap geen vergoeding meer zou kunnen vragen voor het gebruik van het water en de waterbodem.

4.28.

Uit het voorafgaande moge volgen dat ik met het Hoogheemraadschap meen dat rov. 3.8.4 niet bestand is tegen de toets der kritiek. Het heeft mogelijk enig belang bij beoordeling van de klacht om te voorkomen dat eventuele toekomstige pogingen om langs privaatrechtelijke weg vergoeding te krijgen voor het gebruik van de grond stranden. Ik spreek over mogelijk enig belang omdat het in rov. 3.8.4 gaat om een obiter dictum dat geen neerslag heeft gevonden in het dictum van 's Hofs arrest.

4.29.1.

Het heeft er inderdaad de schijn van dat het Hof heeft geoordeeld dat het Hoogheemraadschap nimmer een (aanvullende) privaatrechtelijke vergoeding mag bedingen nu verweerder al f 150 'eenmalige retributie' heeft betaald. Dat oordeel is m.i. onjuist dan wel onvoldoende onderbouwd. Het is onjuist als het Hof uit deze eenmalige betaling zonder meer deze conclusie trekt.^[9.] Het is onvoldoende gemotiveerd als het Hof deze conclusie trekt op basis van de in rov. 2.7 geciteerde Mededelingen.

4.29.2.

Ik voel mij, als gezegd, niet geroepen om het Hoogheemraadschap de facto te adviseren wat het al dan niet zou kunnen doen. Ik volsta met de opmerking dat 's Hofs kennelijke 'eens en voor altijd-oordeel' ten minste zéér gedegen toelichting behoeft.

4.30.

Alleen al om de onder 3 vermelde redenen is de vraag of de onjuistheid van rov. 3.8.4 tot cassatie kan leiden. Belangrijker nog is het volgende. In beginsel had het Hoogheemraadschap de vrijheid om (alsnog) een vergoeding te vragen voor het voortgezet gebruik van de steiger, waarbij het gaat om een vergoeding voor het gebruik van zijn eigendom. Het Hoogheemraadschap had evenwel niet de vrijheid om zo'n privaatrechtelijke vergoeding eenzijdig op te leggen,^[10.] wat het in casu wél heeft gedaan; zie onder 1.12. Dat laat onverlet dat in het geval dat verweerder niet zou willen instemmen met een redelijke vergoeding voor het — kort gezegd — privaatrechtelijk gebruik van de steiger in beginsel beëindiging van de privaatrechtelijke toestemming mogelijk zou zijn geweest. In deze procedure heeft het Hoogheemraadschap geen verklaring voor recht gevorderd dat zijn 'aanbod' aan verweerder redelijk was, terwijl verweerder dat aanbod niet had mogen weigeren, zodat het daarom mogelijk was om het privaatrechtelijk gebruik te beëindigen. Bij die stand van zaken kan het cassatieberoep niet slagen omdat het in feite in te laat stadium vragen aan de orde stelt die zich, gezien de verwevenheid met de feiten en de waardering daarvan, niet lenen voor beoordeling in cassatie.

4.31.

Onderdeel 3.6 behelst geen zelfstandige klacht.

4.32.

Onderdeel 4 is gericht tegen rov. 3.8.5, waarin het Hof relevant heeft geacht dat verweerder daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van de steiger zonder dat er enige aanwijzing is dat het Hoogheemraadschap dit als onrechtmatig gebruik van zijn eigendommen aanmerkte.

4.33.

Onderdeel 4.1 veronderstelt dat het Hof heeft bedoeld dat het Hoogheemraadschap op deze grond gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat geen vergoeding, gebaseerd op zijn eigendomsrecht, meer zou worden gevraagd. Hetgeen volgt stoelt op deze veronderstelling.

4.34.

De klacht mist feitelijke grondslag. 's Hofs oordeel is slechts een onderbouwing van het onder 3.1 geciteerde oordeel. Er kan niet uit worden afgeleid dat nimmer meer een vergoeding voor het privaatrechtelijk gebruik kan worden bedongen. Voor het geval Uw Raad rov. 3.8.5 anders mocht lezen, is de klacht gegrond. Tot cassatie kan dat evenwel om de onder 4.30 genoemde redenen niet leiden.

4.35.

Mocht het Hof hebben geoordeeld dat de vordering van het Hoogheemraadschap is verjaard, dan heeft het Hof miskend dat dit door verweerder niet is aangevoerd, aldus onderdeel 4.2.

4.36.

Enige basis voor een verjaringsoordeel kan ik in 's Hofs arrest niet ontwaren. Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

4.37.

Onderdeel 5 kant zich tegen rov. 3.10 luidend:

“Het hof overweegt hierbij nog dat de brief van het Hoogheemraadschap van 25 januari 2010 geen intrekking van de ontheffing uit 1999 inhoudt. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen kan het Hoogheemraadschap verweerder zijn privaatrechtelijke recht of titel niet ontnemen, zonder intrekking of wijziging van de publiekrechtelijke ontheffing.”

4.38.

Het onderdeel betoogt dat de hiervoor geformuleerde klachten onder 1-4 meebrengen dat ook dit oordeel niet in stand kan blijven nu het Hof in rov. 3.10 heeft miskend dat het Hoogheemraadschap voor het gebruik van het aan hem toebehorende water en de waterbodem op grond van zijn eigendomsrecht een vergoeding mag verlangen. Indien verweerder weigert die vergoeding te voldoen, kan het Hoogheemraadschap in beginsel het verdere gebruik beëindigen en zo nodig een bestaande gebruiksovereenkomst opzeggen.

4.39.

Nu de eerdere klachten niet tot cassatie kunnen leiden, is ook deze klacht tot mislukking gedoemd. Zou Uw Raad evenwel op basis van één of meer van de hiervoor op zich gegrond bevonden klachten tot vernietiging overgaan, dan slaagt ook deze klacht.

4.40.

Onderdeel 6 behelst geen zelfstandige klacht en is daarmee gedoemd het lot van zijn voorgangers te delen.

4.41.1.

Onderdeel 7 komt op tegen rov. 3.3 waarin het Hof heeft overwogen:

“Naar het oordeel van het Hof stelt verweerder terecht dat het Hoogheemraadschap in eerste aanleg in het geheel niet heeft aangevoerd dat sprake was van een bestaande (privaatrechtelijke) gebruiksovereenkomst met verweerder, die bij brief van 15 februari 2007 door het Hoogheemraadschap zou zijn opgezegd. Het Hoogheemraadschap heeft zich in de procedure in eerste aanleg steeds op het standpunt gesteld dat slechts sprake was van een publiekrechtelijke vergunning van verweerder voor het maken en hebben van de steiger, en dat het voormalige waterschap Groot-Haarlemmermeer stilzwijgend heeft gedoogd dat van zijn eigendom (de Ringvaart) gebruik werd gemaakt. Van een opzegging van een privaatrechtelijke duurovereenkomst is in het geheel niet gerept door het Hoogheemraadschap. Dit betekent dat de rechtbank met de hier aan de orde zijnde overweging een feitelijke grondslag aan de vordering heeft toegevoegd, waarmee zij buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Het hof merkt hierbij nog op dat de rechtbank haar visie op dit punt kennelijk ook niet eerst aan partijen heeft voorgelegd, zodat partijen hierover niet hun standpunt kenbaar hebben kunnen maken. Daarmee is tevens sprake van schending van het beginsel van hoor en wederhoor.”

4.41.2.

Betoogd wordt dat het Hof met dit oordeel heeft miskend dat het Hoogheemraadschap in hoger beroep heeft aangevoerd dat een eventuele gebruiksovereenkomst met verweerder bij brief van 15 februari 2007 is opgezegd^[11] en verweerder derhalve geen belang meer heeft bij de bespreking van de eerste grief. Deze grief kon dan ook niet tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank leiden, aldus dit onderdeel.

4.42.1.

Bij de bespreking van grief 2 (rov. 3.4 en 3.5) wordt de — alsnog in hoger beroep aangevoerde — stelling nopens de opzegging besproken. Het Hof oordeelt dat de betreffende brief niet kan worden aangemerkt als een opzegging van de gebruiksovereenkomst. Het Hof vervolgt dan in rov. 3.6:

“Het slagen van de grieven 1 en 2 brengt mee dat er niet van uit kan worden gegaan dat het Hoogheemraadschap op 15

februari 2007 een privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst met verweerder heeft opgezegd. Hiermee ligt het geschil tussen partijen weer in volle omgang voor aan het hof.” [cursivering A-G]

4.42.2.

De grieven 1 en 2 tezamen brengen derhalve mee dat het Hof het geschil in volle omvang heeft behandeld. Anders dan het onderdeel lijkt te menen, heeft het Hof de stelling dat de overeenkomst was opgezegd beoordeeld. Dat oordeel viel evenwel nadelig voor het Hoogheemraadschap uit. Bij die stand van zaken diende het Hof inderdaad de rest van het geschil te beoordelen, zoals het ook heeft gedaan.

4.43.

Middel 8 bevat geen zelfstandige klacht zodat het evenmin tot cassatie kan leiden.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

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

- a. het vonnis in de zaak 145537/HA ZA 08-576 van de Rechtbank Haarlem van 11 november 2009;
- b. het arrest in de zaak 200.056.865/01 van het gerechtshof te Amsterdam van 12 juli 2011.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft het Hoogheemraadschap beroep in cassatie ingesteld.

De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Verweerder heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor het Hoogheemraadschap mede door mr. I.C. Blomsma, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van het Hoogheemraadschap heeft bij brief van 11 juli 2012 op die conclusie gereageerd; de advocaten van verweerder hebben dat bij brief van 19 juli 2012 gedaan.

3. Beoordeling van het middel

3.1.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Verweerder woont aan de a-straat 1 te woonplaats. Op de grens van dit perceel loopt de Ringvaart, die thans in eigendom toebehoort aan het Hoogheemraadschap. Verweerder heeft voor zijn woning een steiger in de Ringvaart in gebruik.
- (ii) Op 21 januari 1999 heeft het bestuur van een rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap, het Waterschap Groot-Haarlemmermeer, aan verweerder een ontheffing verleend voor het maken en hebben van de steiger. De ontheffing berustte op de destijds geldende 'Keur Waterschap Groot-Haarlemmermeer' (hierna: de Keur), alsmede op het 'Reglement Vaarwateren Noord-Holland 1990'. In art. 18 lid 1, aanhef en onder c, van de Keur is bepaald dat het verboden is om op, in, boven of onder kernzones van wateren en beschermingszones werken te maken, te hebben, te vernieuwen, te wijzigen of op te ruimen, terwijl in art. 22 lid 1 is bepaald dat van de in de Keur gestelde gebods- en verbodsbepalingen ontheffing kan worden verleend en dat aan de ontheffing beperkingen kunnen worden opgelegd of voorwaarden kunnen worden verbonden ter bescherming van de waterstaatkundige verzorging van het (beheers)gebied. Verweerder heeft voor de hem verleende ontheffing een eenmalige retributie van f 150 betaald.
- (iii) Bij de ontheffing waren gevoegd een bijlage A (met algemene voorschriften), een bijlage B (met bijzondere voorschriften) en een mededelingenblad. In deze mededelingen is onder meer vermeld:

“De houder wordt er op gewezen, dat naast deze ontheffing veelal nog de medewerking van andere overheden noodzakelijk is.

Voorts is de toestemming nodig van de eigenaar en eventuele gebruikers van de grond waar in of op werken

worden uitgevoerd, voorzover die grond geen eigendom is van c.q. in gebruik is bij de houder of het waterschap. (...)"

- (iv) Het Hoogheemraadschap is per 1 januari 2005 ontstaan uit een fusie van een aantal waterschappen, waaronder het Waterschap Groot-Haarlemmermeer (hierna: het Waterschap). Het Algemeen Bestuur van het Hoogheemraadschap heeft op 12 april 2006 besloten om een uniform 'eigendommenbeleid' in te voeren, met marktconformiteit als uitgangspunt. Als uitvloeisel van dit nieuwe beleid heeft het Hoogheemraadschap bij brief van 15 februari 2007 geschreven aan verweerder:

"Het Hoogheemraadschap van Rijnland heeft onlangs een nota handhaving voor het gebruik van haar eigendommen vastgesteld.

Er zijn bijvoorbeeld werken geplaatst door derden in/op/boven Rijnlands eigendom zonder dat dit privaatrechtelijk (schriftelijk) is geregeld. Naar aanleiding van het ingaan van bovengenoemd beleid is Rijnland begonnen met de inventarisatie van haar eigendommen. Wij hebben geconstateerd dat voor uw woning een of meerdere werken zijn geplaatst. Wij gaan er van uit dat u dit/deze werk(en) heeft geplaatst en/of gebruikt. Het betreffende gedeelte is eigendom van Rijnland. Voor het gebruik van dit eigendoms gedeelte zijn wij bereid een privaatrechtelijke gebruiksregeling aan te gaan met de gebruiker. Dit ter erkenning van ons eigendomsrecht en conform de daarvoor geldende tarieven. (...)

Deze privaatrechtelijke gebruiksregeling is in tweevoud bijgevoegd. In deze privaatrechtelijke gebruiksregeling zijn de werken reeds opgenomen die door u zijn geplaatst c.q. in gebruik zijn. Naar de inhoud daarvan mogen wij u korthedshalve verwijzen. Omdat het hier een bestaand werk betreft, is besloten hiervoor 3 overgangstermijnen in acht te nemen van 3 jaar (zie artikel 1 van het besluit). Wij gaan er van uit dat u bereid bent dit gebruik te regelen met Rijnland. Wij verzoeken u dan ook beide exemplaren van de gebruiksregeling 'voor akkoord' te ondertekenen en binnen één maand na datum van verzending van deze brief beide exemplaren aan ons te retourneren in de bijgevoegde portvrije enveloppe. (...)

Tenslotte nog het volgende. Indien het/de werk(en) door u is/zijn aangebracht/wordt gebruikt bent u waarschijnlijk reeds in het bezit van een zgn. vergunning krachtens Rijnlands algemene keur of de keur van het voormalige waterschap Groot Haarlemmermeer. Deze keurvergunning (publiekrechtelijke regeling) staat los van bovengenoemde privaatrechtelijke gebruiksregeling. Mocht u niet in het bezit zijn van deze vergunning dan dient u deze alsnog aan te vragen bij Rijnland. (...)"

- (v) In de bij de brief van 15 februari 2007 gevoegde gebruiksregeling is onder meer bepaald dat het Hoogheemraadschap toestemming aan verweerder verleent voor het plaatsen en hebben van een steiger in de Ringvaart, onder de voorwaarde dat vanaf 1 maart 2016 een bedrag van € 50,40 per jaar verschuldigd is voor het hebben van dat werk in Rijnlands eigendom, waarbij als 'toegroeiregeling' geldt dat tot 1 maart 2010 niets verschuldigd is, van 1 maart 2010 tot 1 maart 2013 een bedrag van € 16,80 per jaar, en van 1 maart 2013 tot 1 maart 2016 een bedrag van € 33,60 per jaar. Voorts is in de gebruiksregeling bepaald dat het klein (dagelijks) en groot onderhoud alsmede enige belasting met betrekking tot het werk voor rekening van verweerder zijn.

- (vi) Verweerder heeft geweigerd de gebruiksregeling te ondertekenen.

- (vii) Bij brief van 25 januari 2010 — na het in deze procedure door de rechtbank op 11 november 2009 gewezen vonnis — heeft het Hoogheemraadschap geschreven aan verweerder:

"Wij hebben u enige tijd geleden een privaatrechtelijke overeenkomst (gebruiksregeling) toegezonden. In de begeleidende brief werd aangegeven dat u géén privaatrechtelijke toestemming heeft gekregen voor een gebouwde steiger en/of het innemen van een ligplaats met een vaartuig in de Ringvaart van de Haarlemmermeerpolder. U heeft de privaatrechtelijke gebruiksregeling niet ondertekend.

Zoals u weet heeft de Rechtbank te Haarlem op 11/18 november 2009 uitspraak gedaan c.q. vonnis gewezen inzake een door ons aangespannen procedure, onder andere tegen u. De rechtbank heeft u veroordeeld tot verwijdering van de steiger en het betalen van ruim € 2000 aan proceskosten.

(...)

Voor zover in rechte komt vast te staan dat u reeds een privaatrechtelijke overeenkomst met ons bent aangegaan maar dat deze nog niet door ons is opgezegd, zeggen wij de overeenkomst hierbij alsnog op tegen 1 maart 2010, althans tegen de rechtens vroegst mogelijke datum. (...)"

3.2.

Het Hoogheemraadschap vordert in dit geding veroordeling van verweerder tot het verwijderen van de steiger op straffe van een dwangsom. Het legt daaraan ten grondslag dat verweerder, nu hij niet een privaatrechtelijke gebruiksregeling met het Hoogheemraadschap wenst aan te gaan omdat hij geen gebruiksvergoeding wil betalen, zonder recht of titel gebruik maakt van de eigendommen van het Hoogheemraadschap. De vordering is door de rechtbank toegewezen.

Verweerder heeft een vordering in reconventie ingesteld die door de rechtbank is afgewezen en in hoger beroep en cassatie geen rol meer speelt.

3.3.

Het hof heeft de vordering van het Hoogheemraadschap alsnog afgewezen. Het oordeelde, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt.

Allereerst heeft het hof de stelling van het Hoogheemraadschap verworpen dat een eventueel bestaande privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst met verweerder zou zijn opgezegd bij zijn hiervoor in 3.1 onder (v) vermelde brief van 15 februari 2007 (rov. 3.2 - 3.6). De op 21 januari 1999 aan verweerder verleende ontheffing kan redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan dat hij daarmee tevens toestemming heeft verkregen voor het privaatrechtelijk gebruik van het water of de waterbodem waarboven de steiger zich bevindt (rov. 3.8). Dat volgt in de eerste plaats uit de ontheffing zelf, die ziet op het maken en hebben van een steiger, terwijl niet is in te zien hoe ondanks toestemming voor het hebben van een steiger, de houder geen toestemming zou zijn verleend voor het gebruik van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem (rov. 3.8.1). Het blijkt bovendien uit de algemene voorwaarden die aan de ontheffing zijn verbonden, waarvan enkele een duidelijk privaatrechtelijk karakter hebben (rov. 3.8.2). Voorts is van belang dat verweerder uit de (hiervoor in 3.1 onder (iii) geciteerde) tekst van de bij de ontheffing gevoegde mededelingen redelijkerwijs mocht afleiden dat, nu in het onderhavige geval de grond eigendom was van het Waterschap, geen toestemming nodig was van de eigenaar en dat deze toestemming kennelijk was vervat in de vergunning (rov. 3.8.3). De enkele omstandigheid dat de door verweerder voor de ontheffing betaalde eenmalige vergoeding van f 150 'retributie' wordt genoemd, hetgeen duidt op een publiekrechtelijke vergoeding, is onvoldoende voor het oordeel dat hij moest begrijpen dat het Waterschap zich het recht voorbehield om later een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding te verlangen; het bewijsaanbod van het Hoogheemraadschap dat het bedrag van f 150 slechts een vergoeding inhield voor het verlenen van de ontheffing, wordt gepasseerd nu niet is aangegeven welke feiten en omstandigheden het betreft (rov. 3.8.4).

Ten slotte is nog relevant dat verweerder vele jaren daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van de steiger, zonder dat er enige aanwijzing is dat het Hoogheemraadschap dit als een onrechtmatig gebruik — al dan niet gedoogd — van zijn eigendommen aanmerkte (rov. 3.8.5). De aan verweerder verleende vergunning ziet dan ook niet alleen op de (publiekrechtelijke) ontheffing van het verbod uit de Keur, maar tevens op het (privaatrechtelijke) gebruik van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem; dit betekent dat de ontheffing aldus is ingericht, dat de publiekrechtelijke ontheffing en de privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van het water en de ondergrond, onlosmakelijk verweven zijn geraakt (rov. 3.8.6). Uit het voorgaande volgt dat verweerder met de aanwezigheid van zijn steiger in de Ringvaart niet zonder recht of titel gebruik maakt van eigendommen van het Hoogheemraadschap, maar dat de ontheffing uit 1999 hem dat recht en die titel geeft, waarbij deze ontheffing tot op heden geldt, zoals tussen partijen niet in discussie is (rov. 3.9). De brief van het Hoogheemraadschap van 25 januari 2010 houdt geen intrekking van de ontheffing uit 1999 in, en gelet op hetgeen hiervoor is overwogen kan het Hoogheemraadschap verweerder zijn privaatrechtelijke recht of titel niet ontnemen zonder intrekking of wijziging van de publiekrechtelijke ontheffing (rov. 3.10).

3.4.1.

Vooropgesteld wordt dat onderdeel 1.1 van het middel terecht tot uitgangspunt neemt dat de publiekrechtelijke bevoegdheid ontheffing te verlenen van het verbod in de Keur voor het hebben van werken zoals een steiger, moet worden onderscheiden van de privaatrechtelijke bevoegdheid toestemming te geven voor het gebruik van het water en de waterbodem waarop de steiger rust. Het verbod en de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffing daarvan zijn immers gebaseerd op de taak van het Waterschap met betrekking tot de waterstaatsbelangen van zijn gebied en zijn gereguleerd in de desbetreffende publiekrechtelijke regelgeving (de Keur). De verlening van de ontheffing geschiedt na afweging van de bij de ontheffing betrokken belangen tegen de belangen die verband houden met de bescherming van de waterstaatkundige verzorging van het beheersgebied van het Waterschap. De bevoegdheid tot het geven van privaatrechtelijke toestemming is gebaseerd op het eigendomsrecht van het Waterschap en ziet op het bijzondere gebruik van het water en de waterbodem door derden — dat wil zeggen ander gebruik dan overeenkomstig zijn publieke bestemming — en de (eventueel) daaraan te verbinden voorwaarden zoals het betalen van een vergoeding. Het aanleggen en hebben van een steiger is een dergelijk bijzonder gebruik. Het Waterschap was niet reeds op grond van het verlenen van de ontheffing gehouden om privaatrechtelijke toestemming tot dat bijzondere gebruik te geven, nu de ontheffing slechts geweigerd kan worden in verband met de waterstaatkundige belangen die door het betrokken verbod van de Keur beschermd worden. Genoemd onderscheid brengt dan ook mee dat een verleende ontheffing niet zonder meer een privaatrechtelijke toestemming tot een bepaald bijzonder gebruik impliceert.

3.4.2.

Voor zover de onderdelen 1 - 4 opkomen tegen het oordeel van het hof dat verweerder in januari 1999 privaatrechtelijke toestemming heeft gekregen voor het gebruik van het water en de waterbodem waarboven de steiger zich thans bevindt, kunnen zij evenwel niet tot cassatie leiden nu dat oordeel zelfstandig gedragen kan worden door hetgeen het hof in rov. 3.8.3 heeft overwogen. Daarin heeft het hof immers geoordeeld dat verweerder uit de hiervoor in 3.1 onder (iii) geciteerde mededeling die bij de ontheffing was gevoegd, redelijkerwijs mocht afleiden dat in dit geval, waarin de grond (het water en de waterbodem) eigendom was van het Waterschap, 'geen toestemming nodig is van de eigenaar, en dat deze kennelijk is

vervat in de vergunning'. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat verweerder op grond van de bij de ontheffing gevoegde mededeling redelijkerwijs mocht aannemen dat hij, naast de ontheffing, tevens de vereiste privaatrechtelijke toestemming van het Waterschap als eigenaar van de ondergrond had verkregen voor het hebben van een steiger op/boven het water en de waterbodem. Anders dan de onderdelen 3 - 3.2 in verbinding met onderdeel 1.1 daartegen aanvoeren, geeft dat oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, nu het niet is gebaseerd op de publiekrechtelijke ontheffing maar op de bij de ontheffing gevoegde mededeling van het Waterschap. Gelet op de tekst van die mededeling is dat oordeel ook niet onbegrijpelijk.

3.4.3.

Het Hoogheemraadschap heeft derhalve voor het overige geen belang bij behandeling van de onderdelen 1 - 4, voor zover daarmee geklaagd wordt over het oordeel dat aan verweerder gelijktijdig met het verlenen van de ontheffing tevens privaatrechtelijke toestemming is gegeven voor het hebben van een steiger op en boven de grond van het Hoogheemraadschap.

Ook de klacht van onderdeel 7, die betrekking heeft op de beweerde opzegging van de privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst bij brief van 15 februari 2007, kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klacht niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.5.1.

Onderdeel 5 is gericht tegen rov. 3.10, waarin het hof het (in hoger beroep gedane) beroep van het Hoogheemraadschap op opzegging van de privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst door middel van de brief van 25 januari 2010 heeft verworpen. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat het Hoogheemraadschap voor het gebruik van het aan hem toebehorende water en de waterbodem op grond van zijn eigendomsrecht een vergoeding mag verlangen en dat, indien verweerder weigert die vergoeding te voldoen, het Hoogheemraadschap in beginsel het verdere gebruik kan beëindigen en zo nodig een bestaande gebruiksovereenkomst kan opzeggen. Het onderdeel beroept zich daartoe tevens op de in de onderdelen 1 - 4 geformuleerde klachten.

3.5.2.

Het onderdeel treft doel. Het Hoogheemraadschap heeft in hoger beroep gesteld dat, voor zover sprake zou zijn van een gebruiksrecht van verweerder op grond van een duurovereenkomst die niet rechtsgeldig bij brief van 15 februari 2007 is opgezegd (hetgeen blijktens het hiervoor in 3.4 overwogene inderdaad tot uitgangspunt genomen moet worden), het die overeenkomst en het gebruiksrecht van verweerder alsnog rechtsgeldig bij brief van 25 januari 2010 heeft opgezegd (MvA onder 1.5, 2.57, 2.69 en 2.81). Het hof heeft het beroep op deze opzegging verworpen op grond van zijn met elkaar samenhangende oordelen 'dat de publiekrechtelijke ontheffing en de privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van het water en de ondergrond onlosmakelijk verweven zijn geraakt' (rov. 3.8.6), dat 'de ontheffing geldt tot op heden, zoals tussen partijen niet in discussie is' (rov. 3.9), en dat 'het Hoogheemraadschap verweerder zijn privaatrechtelijke recht of titel niet [kan] ontnemen, zonder intrekking of wijziging van de publiekrechtelijke ontheffing' (rov. 3.10). Zoals onderdeel 1.1 terecht heeft aangevoerd (zie hiervoor in 3.4.1), berusten deze oordelen op de onjuiste rechtsopvatting dat de verleende ontheffing de privaatrechtelijke toestemming impliceert. In zoverre treft ook het tegen rov. 3.8.1 gerichte onderdeel 1.5 in verbinding met onderdeel 1.1 doel, aangezien het hof in die overweging ten onrechte uit de omstandigheid dat de verleende ontheffing 'ziet op het maken en hebben van een steiger', afleidt dat verweerder daarmee tevens toestemming moet hebben verkregen voor het (privaatrechtelijk) gebruik van het onder de steiger gelegen water en de waterbodem. Anders dan het hof in rov. 3.10 overweegt, staat de omstandigheid dat de publiekrechtelijke ontheffing niet is ingetrokken of gewijzigd, dan ook niet in de weg aan beëindiging van de privaatrechtelijke toestemming door middel van opzegging.

3.5.3.

Ook hetgeen het hof in rov. 3.8.4 en 3.8.5 heeft overwogen, kan zijn oordeel in rov. 3.10 niet dragen.

Onderdeel 3.5 klaagt terecht, dat (het hof in rov. 3.8.4 heeft miskend dat) verweerder aan het heffen van een eenmalige retributie bij de verlening van de ontheffing niet het gerechtvaardigde vertrouwen kon ontlenen dat het Hoogheemraadschap later geen privaatrechtelijke gebruiksvergoeding meer zou verlangen voor het gebruik van het water en de waterbodem.

Ook het tegen rov. 3.8.5 gerichte onderdeel 4.1 treft doel. Het onderdeel voert terecht aan dat de overweging van het hof dat verweerder vele jaren daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van de steiger, zonder dat het Hoogheemraadschap dit als een onrechtmatig gebruik heeft aangemerkt, onvoldoende is om aan te nemen dat het Hoogheemraadschap vertrouwen heeft gewekt dat geen vergoeding gebaseerd op zijn eigendomsrecht meer zou worden gevraagd, of dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het Hoogheemraadschap dat thans alsnog doet. Het onderdeel verwijst naar diverse door het Hoogheemraadschap in de feitelijke instanties gestelde omstandigheden ter rechtvaardiging van het alsnog vragen van een vergoeding en — toen verweerder weigerde die te betalen — ter rechtvaardiging van de opzegging van het gebruiksrecht door middel van de brief van 25 januari 2010, op welke opzegging

de vordering tot verwijdering van de steiger mede is gebaseerd. Die omstandigheden houden onder meer in dat het Hoogheemraadschap na de fusie van vier waterschappen een uniform eigendommenbeleid heeft vastgesteld, gebaseerd op marktconformiteit, en dat de positie van verweerder door het aangaan van de privaatrechtelijke gebruiksregeling niet onredelijk wordt verzaamd, waarbij mede wordt gewezen op het feit dat deze regeling drie overgangstermijnen van elk drie jaar kent. Het hof heeft een en ander ten onrechte niet in zijn beoordeling betrokken.

3.6.

Nu onderdeel 5, in verbinding met de hiervoor besproken klachten van de onderdelen 1 - 4, doel treft, is ook het daarop voortbouwende onderdeel 6 gegrond.

De niet besproken klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 12 juli 2011;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt verweerder in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van het Hoogheemraadschap begroot op € 881,99 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Noot

Auteur: A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen¹

1.

Het bovenstaande arrest kan de boeken in als zeer verhelderende combinatie van twee leerstukken: de tweewegenleer en het bijzondere gebruik van openbare zaken. Het arrest beweegt zich zodoende op het grensgebied van het publiek- en privaatrecht en zet de kaders neer voor gevallen van samenloop van een publiekrechtelijke vergunning of ontheffing en een privaatrechtelijke eigenaarstoestemming voor het bijzondere gebruik van openbare zaken. Uit arresten als HR 19 mei 2000, *NJ* 2000/639, m.nt. ARBAB 2000/428, m.nt. PvB (*Noordzee*) en HR 5 juni 2009, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*) en in wezen ook uit het nog bekendere HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393, m.nt. MS, *AB* 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn (*Windmill*) leek afgeleid te kunnen worden dat het publiekrechtelijke wettelijke kader in doorslaggevende mate bepaalde, wat nog de ruimte was voor de overheid als eigenaar van zo'n zaak, om een privaatrechtelijke toestemming te weigeren of aan voorwaarden te verbinden. De ruimte voor een privaatrechtelijke toestemming verschrompelde daardoor ogenschijnlijk verregaand. De vergunning kon min of meer de omvang van de publieke bestemming van de openbare zaak bepalen en aldus de reikwijdte van het niet onder een eigenaarstoestemming vallende gewone gebruik oprekken (*Noordzee*). Een privaatrechtelijke weigering leverde al vlot misbruik van bevoegdheid op omdat de eigenaar daarmee een aan de vergunning ontleend beginselrecht op gebruik afnam (*Amsterdam/Geschiere*). Een privaatrechtelijke weigering kon een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleveren, omdat de door de overheid als eigenaar gevraagde vervuilingvergoeding via een specifieke belastingrechtelijke weg gevraagd had moeten worden (*Windmill*). Zonder expliciet afbreuk te doen aan de bovenstaande arresten, en dus ook zonder de redeneringen van die arresten terzijde te schuiven, stelt dit arrest orde op zaken met een uitkomst die in wezen een herhaling betekent van HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, p. 644 m.nt. PS (*Parlevinker*): voor bijzonder gebruik van een openbare zaak is naast een eventuele uit het publiekrecht voortvloeiende vergunning in de regel nog een toestemming van de eigenaar nodig, ook wanneer die eigenaar een overheid is. Het publiek- en privaatrecht staan dus naast elkaar. Wel blijft van belang welke bedoeling de opsteller van de publiekrechtelijke regeling heeft gehad en wat aldus de reikwijdte van de publiekrechtelijke regeling is. In dit arrest formuleert de Hoge Raad het aldus, dat de betrokken publiekrechtelijke regeling slechts ziet op de waterstaatkundige belangen en dus geen gehoudenheid van de eigenaar met zich brengt, om zijn toestemming voor gebruik te verlenen (r.o. 3.4.1). Dat was in wezen niet anders dan in het *Parlevinker*-arrest, omdat "die vergunningen ten aanzien van Verschoor slechts ophieven het publiekrechtelijk verbod van genoemd artikel om zich met een vaartuig tot het drijven van handel te vestigen in het kanaal en dat daaraan dus elke bedoeling van den Staat vreemd was om aan Verschoor ten aanzien van dit vermogensobject van den Staat iets anders of meer te doen, dan wat aan een ieder vrijstond, omdat dit object een openbare vaarweg is." De geschiedenis herhaalt zich dus. Zowel in 1941 als in 2012, 71 jaar later, mocht via het privaatrecht geld worden gevraagd voor bijzonder gebruik van een openbare zaak.

2.

Kort samengevat, ging het om het volgende. Het Waterschap Groot-Haarlemmermeer had in 1999 aan de heer Götte een ontheffing verleend voor het maken en hebben van een steiger. Voor deze ontheffing had Götte een eenmalige retributie van f 150 betaald. Bij de ontheffing was de volgende mededeling gevoegd: "De houder wordt er op gewezen, dat naast deze

onthefing veelal nog de medewerking van andere overheden noodzakelijk is. Voorts is de toestemming nodig van de eigenaar en eventuele gebruikers van de grond waar in of op werken worden uitgevoerd, voor zover die grond geen eigendom is van c.q. in gebruik is bij de houder of het waterschap (...). In 2006 had de rechtsopvolger van het Waterschap — het Hoogheemraadschap — besloten om een uniform 'eigendommenbeleid' te gaan voeren met marktconformiteit als uitgangspunt. Het uitvloeisel van het eigendommenbeleid was, dat het gebruik van het water en de waterbodem die zich onder de steiger bevinden afhankelijk werd gemaakt van een privaatrechtelijke toestemming. Immers, zo redeneerde het Hoogheemraadschap, met de (publiekrechtelijke) ontheffing was nog geen toestemming gegeven voor het (privaatrechtelijke) gebruik van het water en de waterbodem die zich onder de steiger bevinden. Het Hoogheemraadschap zegde daarop — voor zover nodig — de eerder verleende privaatrechtelijke toestemming op en stelde Götte in staat om een nieuwe toestemming te verkrijgen, tegen een geleidelijk oplopende betaling.

3.

Het vragen van een aparte privaatrechtelijke toestemming ligt in de lijn van het leerstuk van de openbare zaken. Als hoofdregel werd al aangenomen dat voor het gebruik van onroerende zaken in eigendom van overheden naast een eventueel noodzakelijke publiekrechtelijke vergunning ook een privaatrechtelijke toestemming van de betrokken overheid als eigenaar is vereist, tenzij het 'gewoon gebruik' van een openbare zaak betreft. Zie naast het reeds genoemde *Parlevinker*-arrest bijvoorbeeld HR 19 januari 1968, *NJ* 1968/166, m.nt. GJS, *ARB* 1968, p. 585, m.nt. S (*Eindhoven/Staals*). Een openbare zaak, zoals hier het betrokken water en de daaronder gelegen waterbodem, is bestemd voor direct gebruik door het publiek. Het gebruik ervan staat voor een ieder open voor zover dat gebruik in overeenstemming is met de bestemming daarvan ('gewoon gebruik'). Een dergelijk gebruik dient door de eigenaar te worden geduld en kan niet aan privaatrechtelijke beperkingen worden onderworpen. Zie bijvoorbeeld HR 5 juni 1992, *NJ* 1992/539, *Gst.* 1992/5, afl. 6952 m.nt. HH (*Spaanse water*). Daarin overwoog de Hoge Raad dat het Hof klaarblijkelijk als een feit van algemene bekendheid heeft aangemerkt dat het Spaanse water een openbaar vaarwater is, zodat de eigenaar het gewone (water)verkeer van dat vaarwater heeft te dulden. Gaat het gebruik verder dan het 'gewone gebruik', dan kunnen daaraan (privaatrechtelijke) beperkingen worden verbonden. Dergelijke, voor beperkingen van de eigendom vatbare vormen van gebruik, wordt doorgaans als bijzonder gebruik aangemerkt. Dat kan gebruik zijn dat een bijzonder beslag legt op de zaak, zoals het innemen van een standplaats (*Amsterdam/Geschiere*) of het plaatsen van een steiger (dit arrest). Het verontreinigen van een zaak kan ook als bijzonder gebruik worden aangemerkt (althans volgens HR 19 januari 1962, *NJ* 1962/151, m.nt. J.H. Beekhuis, *ARB* 1962, p. 540; (*Huizen/De Staat*)). Zie verder R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zesde druk, Deventer 2010, p. 920 e.v. en G.A. van der Veen, *Openbare zaken*, Zwolle 1997, p. 161 e.v. Het is mogelijk dat het bijzondere gebruik onder een publiekrechtelijke vergunning- of ontheffingsplicht valt. Dan is het bijzondere gebruik mede afhankelijk van die vergunning of ontheffing. Dat feit hoeft niet te betekenen dat de duldplicht van de eigenaar wordt opgerekend tot het vergunde gebruik. Het vergunde gebruik bepaalt, met andere woorden, niet de omvang van de openbare bestemming van een onroerende zaak. Dit laatste werd wel zo gezien in het al genoemde *Noordzee*-arrest. Daarin overwoog de Hoge Raad dat een publiekrechtelijke ontheffing op grond van de Wet verontreiniging zeewater meebracht dat het storten van baggerspecie overeenkomstig de ontheffing in zoverre niet, in ieder geval niet zonder meer, in strijd was met de publieke bestemming. Het onderhavige arrest toont expliciet dat die lijn niet algemeen toepasbaar is. Het publiekrechtelijk kader is niet van invloed op de grens tussen het gewone en bijzondere gebruik. R.o. 3.4.1 stelt vast dat het aanleggen en hebben van een steiger valt onder het bijzondere gebruik van het water en de waterbodem. Dit bijzondere gebruik is publiekrechtelijk toegestaan door de verleende ontheffing. Anders dan in het *Noordzee*-arrest voor de daar aan de orde zijnde verontreiniging met baggerspecie, vormt het aanleggen en hebben van een steiger ook na het verlenen van de ontheffing bijzonder gebruik van het water en de waterbodem.

4.

Het bovenstaande arrest grijpt in wezen terug op de tweewegenleer, maar bespreekt niet de beperkingen daarop van de leer van de onaanvaardbare doorkruising. In het genoemde arrest *Windmill* aanvaardde de Hoge Raad ten principale dat de overheid bij de behartiging van publieke belangen keuzevrijheid heeft tussen de publiek- en privaatrechtelijke weg en dat deze twee wegen in beginsel ook cumulatief kunnen worden ingezet. Gebruik van het privaatrecht kan echter een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleveren. Van een onaanvaardbare doorkruising was in het onderhavige arrest kennelijk geen sprake. Volgens r.o. 3.4.1 dient immers de publiekrechtelijke bevoegdheid om ontheffing te verlenen van het verbod in de Keur, scherp te worden onderscheiden van de privaatrechtelijke bevoegdheid toestemming te geven voor het gebruik van het water en de waterbodem waarop de steiger rust. Immers, de publiekrechtelijke ontheffing is gebaseerd op de taak van het Waterschap met betrekking tot de waterstaatsbelangen van zijn gebied, terwijl de privaatrechtelijke bevoegdheid toestemming te geven ziet op het eigendomsrecht van het Waterschap. Nu de eigendomsbelangen geen rol kunnen spelen bij het verlenen van de ontheffing, kan er blijkbaar geen sprake zijn van een onaanvaardbare doorkruising. Dat lijkt op zich niet onjuist. De strekking van de betrokken publiekrechtelijke regeling is niet zo, dat zij een eigenaarstoestemming uitsluit (eerste doorkruisingscriterium). Dat brengt dan ook met zich, dat in het publiek- en het privaatrecht geen vergelijkbaar resultaat behaald kan worden (derde doorkruisingscriterium). Aan het eerste en derde

criterium is derhalve niet voldaan. Nu de criteria voor een onaanvaardbare doorkruising in *Windmill* alternatief zijn geformuleerd, zou ook nagegaan moeten worden of voldaan is aan het tweede criterium: de bescherming van de belangen van de burgers. De Hoge Raad acht die belangen wel relevant, door te wijzen op de omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat de private betalingsverplichting een soort gewinningstermijn kent. Een daadwerkelijke doorkruisingstoets is echter niet verricht. Het arrest roept daarom de vraag op, waarom de doorkruisingsformule hier niet aan de orde is gekomen.

5.

Ook het al genoemde arrest *Amsterdam/Geschiere* ontbeerde een toetsing aan de doorkruisingsformule. Zie nader G.T.J.M. Jurgens, *Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid?*, O&A 2011/38, p. 84 e.v., die dat juist acht. Er zijn meer parallellen. Ook in dat arrest was de vraag in hoeverre het privaatrecht kon worden ingezet ter behartiging van (al dan niet) andere belangen dan die bij het verlenen van de ontheffing konden worden meegewogen. In *Amsterdam/Geschiere* achtte de Hoge Raad een relatie tussen publiek- en privaatrechtelijke kaders echter wel aanwezig. De verleende vergunning gaf *Geschiere* blijkbaar een soort beginsel-gerechtigdheid tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Een weigering van de benodigde privaatrechtelijke toestemming leverde daar in beginsel misbruik van bevoegdheid op. Die redenering kan overigens ook andersom gelden. De Afdeling oordeelde eens dat publiekrechtelijke beperkingen er nooit toe mogen leiden dat de uitoefening van een krachtens het burgerlijk recht toegekend recht, volledig onmogelijk wordt gemaakt (ABRvS 7 juli 2010, BR 2010/156, m.nt. E.W.J. de Groot (*Gemeentelijk monument De Muzenhof*)).

Wat van dat laatste ook zij, een relatie tussen het publiek- en privaatrecht, zoals werd aangenomen in *Amsterdam/Geschiere*, achtte de Hoge Raad in het onderhavige arrest niet aanwezig. Wat maakt het verschil? Wellicht is relevant dat het instrument van 'de toestemming' hier slechts werd ingezet omdat het Hoogheemraadschap een privaatrechtelijke vergoeding verlangde. Een verbod op het gebruik van het water en de waterbodem werd dus uitdrukkelijk niet beoogd. Wellicht gaat het er dus niet zozeer om, of een private toestemming ten principale al dan niet mag worden geweigerd, maar meer om de vraag in concreto, welk motief aan een dergelijke toestemming of weigering ten grondslag ligt. Het motief van verkrijgen van een vergoeding is toelaatbaar, omdat het aan het gebruik als zodanig geen afbreuk doet. Motieven die in de buurt komen van een herhaling van de publiekrechtelijke belangenafweging, en wel kunnen leiden tot een beperking van dat gebruik, zijn dat niet. Met andere woorden: de beginsel-gerechtigdheid tot gebruik uit *Amsterdam/Geschiere* levert geen gerechtigdheid tot gratis gebruik op, maar wel een verregaande vrijwaring van een privaatrechtelijke hertoetsing aan publiek(rechtelijk)e belangen, zeker wanneer een verbod op het gebruik van de vergunning wordt beoogd.

6.

Het arrest spoort met de regel dat de overheid als eigenaar van openbare zaken langs privaatrechtelijke weg een gebruiksvergoeding kan vragen. Inherent daaraan is dat een toestemming tot gebruik wordt verleend tegen betaling. In HR 23 juni 2006, NJ 2006/353, AB 2007/99, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Diepemaat*) was dat evenwel enigszins onduidelijk. Het Hof had geoordeeld dat de Staat door het verlenen van een vergunning op grond van het Rijkswegenreglement al toestemming had verleend voor de exploitatie van het tankstation. Hoewel het Hof van oordeel was dat er naast de reeds verleende vergunning geen plek meer was voor het verlangen van een toestemming voor het gebruik van de aan de Staat toebehorende grond, achtte het Hof de Staat bevoegd om langs privaatrechtelijke weg aanspraak te maken op een vergoeding voor het bijzondere gebruik van de grond. De Hoge Raad liet de juistheid in het midden. In het onderhavige arrest vormt de privaatrechtelijke toestemming — ook al was deze aanvankelijk verleend door de mededeling bij de ontheffing (zie r.o. 3.4.2) — in ieder geval wél de grondslag voor het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding. Wij hopen daarom dat dit arrest gezien kan worden als verduidelijking ten opzichte van *Staat/Diepemaat*. Wij zien overigens ook niet goed, hoe een privaatrechtelijke betalingsverplichting anders kan worden gemodelleerd, dan als voorwaarde aan een privaatrechtelijke toestemming voor gebruik. Een privaatrechtelijke voorwaarde aan een vergunning is immers niet mogelijk, gezien de werking van het specialiteitsbeginsel.

7.

Aanleiding voor het arrest was de beslissing van het Hoogheemraadschap om een uniform 'eigendommenbeleid' te gaan voeren, met marktconformiteit als uitgangspunt. Het Hoogheemraadschap was aldus afgestapt van haar eerder nogal genereuze beleid van vrijwel gratis gebruik en had de niet met het nieuwe beleid overeenstemmende oude overeenkomsten opgezegd. De Hoge Raad aanvaardt die beleidswijziging en de daaruit resulterende opzegging, doch niet onbeperkt. Indien het oude beleid heeft geleid tot gerechtvaardigd gewekte verwachtingen dient zorgvuldig omgegaan te worden met de belangen van degenen die aan het eerdere beleid verwachtingen hebben ontleend. In dat geval kan het nodig zijn om een passende compensatie aan te bieden (vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, LJV BM7445) of een bepaalde overgangs- of opzegtermijn in acht te nemen (vgl. HR 28 oktober 2011, AB 2012/85, m.nt. F.J. van Ommeren, Gst. 2012/49, m.nt. A.J. van Poortvliet en meer in het algemeen eerder al HR 27 juni 1986, NJ 1987/726, m.nt. MS, Gst. 6840, 4 m.nt. red.

(*Tolkentarieven*)). Strikte eisen van compensatie en termijnen waren hier niet aan de orde, maar de Hoge Raad achtte wel van belang dat de positie van Götte door de beleidswijziging niet onredelijk werd verzwaard, omdat de te betalen gebruiksvergoeding maximaal € 50 per jaar bedroeg en drie overgangstermijnen van elk drie jaar kende (r.o. 3.5.3). Los van de nogal feitelijke vraag, of dat nu leidt tot echte marktconformiteit, is de meer principiële vraag, waar de grens ligt. De verlangde privaatrechtelijke vergoeding zou op enig moment een aanzienlijk forser bedrag kunnen gaan bedragen, waardoor zij het (vergunde) gebruik zo kostbaar zou maken, dat het de facto onmogelijk wordt. Dat raakt dan de beginselgerechtigdheid op gebruik uit *Amsterdam/Geschiere*. Wellicht moet een dergelijke verhoging worden gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid, omdat een verabsolutering van het geldelijk belang niet past bij een juiste belangenafweging ten vervolge op de beginselgerechtigdheid. Het staat dus te bezien waar de grens precies ligt tussen *Amsterdam/Geschiere* en dit arrest en dus welke regels bij welke samenloop gelden.

8.

Het arrest gaat ten slotte uit van gewone privaatrechtelijke eigendom van openbare zaken. Dat is naar Nederlands recht gangbaar. Zie onder meer G.A. van der Veen, *Openbare zaken en de Awb*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 833 en verder. Bij tijd en wijle worden echter wel pleidooien voor een publiekrechtelijke inkadering gehouden, zoals in de fraaie scriptie van C.P. Hageman, *Overheidseigendom van onroerende openbare zaken, privaot of publiek recht*, Groningen 2012. Hageman pleit voor opname in de Awb van een regeling voor de uitoefening van eigendomsbevoegdheden door bestuursorganen ten aanzien van openbare zaken. In theorie kan zo'n conversie wellicht, zoals dat ook bij de bestuurlijke geldschulden in de Awb is geschied. Ook bij een eventuele conversie blijft uiteraard de vraag, hoe omgegaan zou moeten worden met de samenloop van publiekrechtelijke vergunningen en ontheffingen conform specifieke wettelijke kaders, en het algemene eigendomsrecht zonder dergelijke begrenzingen.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Dat ligt anders wanneer het gaat om het 'gewoon gebruik' van openbare zaken, zoals het gebruik van openbare wegen en zo meer.

[2.]

Zie uitvoeriger onder meer HR 18 januari 1968, *LJN AC9812*; *NJ* 1968/166, m.nt. GJS; HR 26 januari 1990, *LJN AC0965*; *NJ* 1991/393, m.nt. M.S. en HR 5 juni 2009, *LJN BH7845*; *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen.

[3.]

Zie uitvoeriger HR 5 juni 2009, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen r.o. 3.4.

[4.]

Ik haast mij hieraan toe te voegen dat uit de door het Hof genoemde voorgeschiedenis blijkt dat het het Hoogheemraadschap (aanvankelijk) wel degelijk ging om het binnenslepen van een (hogere) gebruiksvergoeding. Op zich is zeer wel te begrijpen en veelal ook alleszins te billijken dat overheden in voorkomende gevallen proberen zodanige vergoedingen te incasseren. Het recht biedt daartoe doorgaans ook mogelijkheden, zelfs wanneer aanvankelijk geen (relevante) vergoeding was overeengekomen. Maar vereist is dan wel dat de juiste weg wordt gevolgd (in en voorafgaand aan een eventuele procedure). Ik voel mij niet geroepen dit verder uit te werken, wat in abstracto trouwens niet goed mogelijk zou zijn.

[5.]

Het middel klaagt er niet over dat de laatste volzin van r.o. 3.8.3, bij letterlijke lezing, mogelijk op twee gedachten hinkt. Immers oordeelt het Hof eerst dat 'geen toestemming nodig is' en vervolgens dat 'deze' (klaarblijkelijk de niet noodzakelijke toestemming) kennelijk in de vergunning is vervat. Ik lees 's Hof's oordeel zoals onder 4.19.2 vermeld.

[6.]

HR 5 juni 2009, *LJN BH7845*; *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen.

[7.]

En de mogelijkheid om de toestemming in voorkomende gevallen in te trekken. Ik behoef daar thans niet nader op in te gaan.

[8.]

Het gaat immers om een standaardtekst die, zo veronderstel ik, niet tussen de bedrijven door op papier wordt gezet. Zelfs als ik me daarin vergis, behoefde verweerder dat niet te bevroeden.

[9.]

Mede afhankelijk van de door de overheid gekozen invalshoek kan zij niet (volledig) eenzijdig de prijs bepalen (HR 23 juni 2006, *LJN AW6161*; *AB* 2007/99, m.nt. G.A. van der Veen). Dit laatste laat onverlet dat de overheid een bestaande overeenkomst kan opzeggen, (zeker) als de wederpartij niet met een onredelijk voorstel instemt; zie *Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III** (2010) nr. 408 en 603 en *Verbintenissenrecht II* (Van der Veen) aant. 306; vergelijk ook het aan het begin van deze noot genoemde arrest. Zie nader HR 28 oktober 2011, *LJN BQ9854*; *AB* 2012/85 en over de bestuursrechtelijke benadering ook de noot van F.J. van Ommeren onder 5.

[10.]

[11.]

In citaten in de s.t. van mr. Scheltema en Blomsma onder 9.2 is ook nog sprake van een andere brief waarop het Hoogheemraadschap zich in dit verband heeft beroepen. Het Hof gaat daarop niet in en het middel behelst op dat punt geen klacht. Daarom gaat het thans alleen om de brief van 15 februari 2007.

Voetnoten "Noot"

[*]

A.H.J. Hofman is stagiaire bij AKD te Rotterdam en G.A. van der Veen is advocaat bij AKD te Rotterdam.