

Precario geen onaanvaardbare doorkruising. De regeling van precariobelasting is niet exclusief bedoeld.

Hof Den Haag 17-02-2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:280, m.nt. G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman

Instantie

Hof Den Haag

Datum

17 februari 2015

Magistraten

Mrs. J.C.N.B. Kaal, M.Y. Bonneur, J.J. van der Helm

Zaaknummer

200.140.429-01

Noot

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

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Goederenrecht / Algemeen
Belastingen van lagere overheden / Waterschapsbelastingen
Bestuursrecht algemeen / Algemeen
Staatsrecht / Decentralisatie

Brondocumenten

ECLI:NL:GHDHA:2015:280, Uitspraak, Hof Den Haag, 17-02-2015

Wetgeving

Art. 3:13 BW

Essentie

Het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding levert geen onaanvaardbare doorkruising van de regeling van precariobelasting op omdat die regeling niet exclusief bedoeld is.

Samenvatting

Kenmerk van de precariobelasting is dat de bevoegdheid tot heffing daarvan pas bestaat wanneer het desbetreffende openbare lichaam (waterschap, gemeente) bevoegd is om als eigenaar, dus in privaatrechtelijke zin, het hebben van voorwerpen onder, op of boven zijn grond te verbieden en dat dat lichaam (mitsdien) geen precariobelasting kan heffen wanneer het als eigenaar, dus in privaatrechtelijke zin, verplicht is om het hebben van voorwerpen onder, op of boven zijn grond toe te laten (...). Wanneer het lichaam bijvoorbeeld een huurovereenkomst heeft gesloten met degene die het voorwerp onder, op of boven zijn grond heeft, is dat lichaam in privaatrechtelijke zin verplicht om dat voorwerp onder, op of boven zijn grond toe te staan — er is een gedoogplicht — en kan geen precariobelasting worden geheven. Aangezien de mogelijkheid van het heffen van precariobelasting derhalve afhankelijk is van de privaatrechtelijke situatie en deze belasting een vangnetfunctie vervult, kan het toepassen of aanbieden van een privaatrechtelijke gebruiksregeling uit de aard der zaak geen onaanvaardbare doorkruising van de regeling van precariobelasting opleveren.

Partij(en)

Appellant, verweerder in het incidenteel appel, adv. mr. L.E. de Geer te Amsterdam,
tegen

Hoogheemraadschap Rijnland, te Leiden, geïntimeerde, appellant in het incidenteel appel, adv. mr. W. Lever te Leiden.

Uitspraak

Het verloop van het geding

Bij arrest van 9 november 2012 (hierna: het HR-arrest, ECLI:NL:HR:2012:BX0736) heeft de Hoge Raad (HR) het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 12 juli 2011 vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar dit hof. Bij 'aanbrengeexploit' van 6 januari 2014 (hierna: AE) heeft appellant, onder aanzegging van Rijnland om verder te procederen, zijn standpunt na verwijzing uiteengezet. Rijnland heeft hierop gereageerd bij memorie van antwoord na verwijzing (MvAnV).

Partijen hebben vervolgens hun standpunten na verwijzing door hun advocaten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 24 november 2014. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnota's (hierna: PAnV = Pleitnota in Appel na Verwijzing) die zich bij de stukken bevinden. Hierna is arrest gevraagd.

Verdere beoordeling van het hoger beroep

De feiten en het geding tot aan verwijzing

1.

Het gaat in dit geding om het volgende.

- a. Nabij het perceel in Badhoevedorp waaraan appellant woont, loopt de Ringvaart. Rijnland is in 2005 ontstaan uit een fusie van vier waterschappen (waaronder het Waterschap Groot-Haarlemmermeer, hierna GHM) en is als rechtsopvolger van GHM eigenaar van de Ringvaart. Voor zijn woning heeft appellant een steiger in de Ringvaart in gebruik. In 1999 heeft GHM aan appellant op basis van de Keur een publiekrechtelijke ontheffing verleend voor die steiger. In 2007 heeft Rijnland aan appellant kenbaar gemaakt dat hij als eigenaar van (het water/de waterbodemp) van de Ringvaart een privaatrechtelijke gebruiksregeling met appellant wenste aan te gaan, tegen een jaarlijkse vergoeding van € 50,40 per 1 maart 2016, en een overgangsregeling voor de periode tussen 1 maart 2007 en 1 maart 2016 (vergoedingen van respectievelijk € 0 voor de eerste drie jaren, € 16,80 voor de daaropvolgende drie jaren en € 33,60 voor de laatste drie jaren). Bij brief van 15 februari 2007 heeft Rijnland appellant een 'privaatrechtelijke gebruiksregeling' toegezonden met het verzoek deze ondertekend te retourneren. Dit heeft appellant niet gedaan.
- b. Op de grond dat appellant niet heeft ingestemd met voormelde gebruiksregeling heeft Rijnland veroordeling van appellant gevorderd om, op straffe van verbeurte van een dwangsom, de steiger te verwijderen en verwijderd te houden. In haar vonnis van 11 november 2009 heeft de rechtbank Haarlem deze vordering toegewezen, met ingang van 7 dagen na betekening van dat vonnis. Hiertoe heeft de rechtbank, zakelijk weergegeven, het volgende overwogen:
 - I. Hoewel Rijnland als eigenaar van deze zaak in beginsel niet hoeft te dulden dat anderen daarvan gebruik maken, moet in dit geval toestemming voor het gebruik van de Ringvaart als gegeven worden beschouwd. In zoverre is het primaire verweer van appellant, dat hem (niet alleen publiekrechtelijk maar ook) privaatrechtelijke toestemming tot het gebruik van de Ringvaart is verleend, terecht voorgesteld. Uiteindelijk treft dit verweer echter geen doel nu het privaatrechtelijk gebruiksrecht geacht moet worden te zijn verleend op grond van een duurovereenkomst die naar haar aard opzegbaar is en in 2007 een dergelijke opzegging heeft plaatsgevonden (rov. 7.2).
 - II. Appellant subsidiaire verweer, dat Rijnland met het gebruik van deze privaatrechtelijke bevoegdheid een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist aangezien Rijnland een vergoeding voor het gebruik van zijn eigendom alleen zou mogen realiseren door precariobelasting te heffen, gaat niet op (rov. 7.3). Van dit vonnis is appellant in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Amsterdam onder aanvoering van zeven grieven, die tegen beide zojuist genoemde onderdelen van dat vonnis zijn gericht.
- c. Bij brief van 25 januari 2010 heeft Rijnland onder meer het volgende aan appellant geschreven:

"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. (...)."
- d. Bij arrest van 12 juli 2011 (ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6554) heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank Haarlem vernietigd en de vordering van Rijnland alsnog afgewezen. Daartoe heeft het Amsterdamse hof, voor zover thans nog van belang en zakelijk weergegeven, het volgende overwogen:
 - (i) de rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat Rijnland in 2007 de bestaande gebruiksovereenkomst heeft opgezegd, zodat appellant's *grievens 1 en 2* slagen (rovv. 3.2-3.5);

(ii)

de publiekrechtelijke ontheffing uit 1999 impliceert tevens privaatrechtelijke toestemming tot het gebruik van het water en de waterbodem (rov. 3.8 en 3.9);

(iii)

appellant mocht bovendien op basis van de bij de ontheffing gevoegde mededeling redelijkerwijs aannemen dat hij privaatrechtelijke toestemming had verkregen (rov. 3.8.3, zie ook rov. 3.4.2 van het HR-arrest);

(iv)

de brief van Rijnland van 25 januari 2010 houdt geen intrekking van de ontheffing in, en kan haar dus niet baten; gelet op het bij (i) overwogene kon Rijnland appellant zijn privaatrechtelijke titel immers niet ontnemen zonder intrekking of wijziging van de publiekrechtelijke ontheffing (rov. 3.10, zie ook rov. 3.5.2 van het HR-arrest). Van dit arrest is Rijnland in cassatieberoep gekomen.

- e. De HR heeft Rijnlands klachten tegen de overwegingen (i) en (iii) van het Amsterdamse hof verworpen. Dit betekent dat verder tot uitgangspunt moet worden genomen dat tussen partijen een privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst is gesloten die in 2007 niet (rechtsgeldig) door Rijnland is opgezegd.
- f. De HR heeft de tegen de overwegingen (ii) en (iv) van het Amsterdamse hof gerichte klachten gegrond geacht om de volgende redenen. GHM was niet reeds op grond van het verlenen van de ontheffing gehouden om privaatrechtelijke toestemming tot bijzonder gebruik (dat wil zeggen: ander gebruik dan overeenkomstig de publieke bestemming) te geven, nu de ontheffing slechts geweigerd kon worden in verband met de waterstaatkundige belangen die door het betrokken verbod van de Keur beschermd worden. Een verleende ontheffing impliceert dus niet zonder meer een privaatrechtelijke toestemming tot een bepaald bijzonder gebruik (rov. 3.4.1) (zij het dat in dit geval appellant redelijkerwijs mocht aannemen dat hij privaatrechtelijke toestemming had verkregen). Het hof heeft het beroep van Rijnland op de opzegging in de brief van 25 januari 2010 verworpen op grond van de onjuiste rechtsopvatting dat de verleende ontheffing de privaatrechtelijke toestemming impliceert. Anders dan het hof heeft overwogen, staat de omstandigheid dat de publiekrechtelijke ontheffing niet is ingetrokken of gewijzigd, dan ook niet in de weg aan de beëindiging van de privaatrechtelijke toestemming door middel van opzegging. Alles aldus de HR.

De omvang van het geschil na verwijzing; inleidende overwegingen

2.1

Uit het onder 1.b en 1.d overwogene blijkt dat:

- het hof Amsterdam (de grieven tegen de verwerping van) het primaire verweer van appellant, dat hij een privaatrechtelijk gebruiksrecht had, heeft gehonoreerd op een grond (namelijk dat Rijnland appellant zijn privaatrechtelijke titel niet kon ontnemen zonder intrekking of wijziging van de publiekrechtelijke ontheffing) die deze niet kon dragen;
- het hof Amsterdam, omdat het appellant in zijn primaire verweer geslaagd achtte, aan (de grief tegen de verwerping van) diens subsidiaire verweer betreffende de onaanvaardbare doorkruising niet is toegekomen.

Deze beide verweren moeten dus alsnog door dit hof worden beoordeeld, waarbij, omdat blijkens rov. 1.e thans rechtens geldt dat appellant privaatrechtelijke toestemming tot gebruik had die niet in 2007 is opgezegd, het primaire verweer is toegespitst op de opzeggingsbrief van 25 januari 2010. Na verwijzing na cassatie is dus nog aan de orde, zoals ook beide partijen tot uitgangspunt nemen (zie punt 1.7 van appellant AE en punt 1 van Rijnlands PANV):

- A. of de door Rijnland aangeboden gebruiksregeling een onaanvaardbare doorkruising vormt van de regeling van artikel 114 Waterschapswet, dat een waterschap de mogelijkheid biedt om een precariobelasting te heffen voor het hebben van voorwerpen onder, op of boven grond of water van het waterschap (*grief 7*)?
- B. of Rijnland het privaatrechtelijk gebruiksrecht van appellant bij brief van 25 januari 2010 rechtsgeldig heeft opgezegd (*de grieven 3, 5 en 6*)?

Grief 4 van appellant is gericht tegen een oordeel van de rechtbank dat voortbouwt op haar in hoger beroep niet in stand gelaten oordeel dat in 2007 was opgezegd. Die grief hoeft daarom niet nader te worden behandeld. De *incidentele grief* van Rijnland, inhoudende dat tussen partijen geen duurovereenkomst tot stand is gekomen, gaat niet op gezien het onder 1.e overwogene.

2.2

Partijen verschillen van mening over de kwalificatie van de — met de publiekrechtelijke ontheffing in 1999 tot stand gekomen — privaatrechtelijke overeenkomst tussen appellant en Rijnland. Volgens Rijnland betreft het een gebruiksovereenkomst om niet. Appellant stelt na verwijzing dat sprake is van huur. Deze kwestie kan echter in het midden blijven nu het bij de gestelde huur alleen kan gaan om huur van een onbebouwde onroerende zaak (het water/de waterbodem van de Ringvaart), waardoor er, naar appellant ook onderkent in punt 7 PANV, geen relevant verschil is in de rechtsgevolgen van beide kwalificaties. Overigens is naar het oordeel van het hof niet voldaan aan de voor huur geldende eis, dat er een tegenprestatie is. De prestaties die appellant in punt 5 PANV als zodanig aanmerkt — de betaling van f 150

bij aanvang (de eenmalige retributie) en de onderhoudsplicht van artikel 4 van de bijzondere voorschriften bij de 1999-ontheffing — hangen immers samen met de publiekrechtelijke ontheffing en niet met de privaatrechtelijke overeenkomst. Rijnland althans zijn rechtsvoorganger is zich niet eens bewust geweest van het ontstaan van deze overeenkomst die tot stand is gekomen door bij appelland gewekt vertrouwen, zie het in rov. 1.d bij (iii) weergegeven oordeel van het Amsterdamse hof en rov. 1.e.

Vraag A: onaanvaardbare doorkruising

3.1

Rijnland heeft zich in zijn 'memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het voorwaardelijk incidenteel appel' (hierna: MvA/MvG-inc) op het standpunt gesteld dat het aanbieden van een privaatrechtelijke gebruiksregeling geen onaanvaardbare doorkruising vormt van de regeling van artikel 114 Waterschapswet. Daarbij heeft hij onder meer aangevoerd dat in artikel 4 sub a van de VNG Modelverordening precariobelasting is aangegeven dat geen precariobelasting wordt geheven ter zake van voorwerpen indien daarvoor een privaatrechtelijke vergoeding is overeengekomen (punt 2.99 MvA/MvG-inc).

3.2

Kenmerk van de precariobelasting is dat de bevoegdheid tot heffing daarvan pas bestaat wanneer het desbetreffende openbare lichaam (waterschap, gemeente) bevoegd is om als eigenaar, dus in privaatrechtelijke zin, het hebben van voorwerpen onder, op of boven zijn grond te verbieden en dat dat lichaam (mitsdien) geen precariobelasting kan heffen wanneer het als eigenaar, dus in privaatrechtelijke zin, verplicht is om het hebben van voorwerpen onder, op of boven zijn grond toe te laten (zie o.m. Van Leijenhorst, Lanser, Decentrale Heffingen, 2e druk, 2013, blz. 388 en 398). Wanneer het lichaam bijvoorbeeld een huurovereenkomst heeft gesloten met degene die het voorwerp onder, op of boven zijn grond heeft, is dat lichaam in privaatrechtelijke zin verplicht om dat voorwerp onder, op of boven zijn grond toe te staan — er is een gedoogplicht — en kan geen precariobelasting worden geheven. Aangezien de mogelijkheid van het heffen van precariobelasting derhalve afhankelijk is van de privaatrechtelijke situatie en deze belasting een vangnetfunctie vervult, kan het toepassen of aanbieden van een privaatrechtelijke gebruiksregeling uit de aard der zaak geen onaanvaardbare doorkruising van de regeling van de precariobelasting opleveren. Het voormelde standpunt van Rijnland is dus juist, en zijn verwijzing naar artikel 4 sub a van de VNG Modelverordening precariobelasting doeltreffend. Het feit dat bij het vaststellen van precario een andere rechtsbescherming bestaat, heeft voor de vraag of sprake is van onaanvaardbare doorkruising in dit geval geen relevantie.

3.3

Het zojuist overwogene brengt met zich dat de in rov. 2.1 geformuleerde vraag A ontkennend moet worden beantwoord: er doet zich geen onaanvaardbare doorkruising voor. Appelland *grief 7* faalt.

Vraag B: is de opzegging van 25 januari 2010 rechtsgeldig?

4.1

De meest verstrekkende stelling van appelland in dit verband is dat de brief van 25 januari 2010 geen rechtsgeldige opzegging bevat, omdat het/de daarvoor vereiste besluit/wil van het dagelijks bestuur van het Rijnland ontbreekt (blz. 19 en punt 4.19 AE). Rijnland heeft naar aanleiding hiervan opgemerkt dat die brief afkomstig is van zijn dagelijks bestuur (DB) en dat daarmee vast staat dat een bevoegde opzegging heeft plaatsgevonden (punt 3.23 MvAnV).

4.2

Zoals Rijnland naar voren heeft gebracht onder 3.22 en 3.23 MvAnV en door appelland niet is betwist (zie punt 4.19 AE) verleende het Delegatiebesluit Rijnland 2005 het DB van Rijnland de bevoegdheid ingebruikgevingen als de onderhavige te beëindigen. De brief van 25 januari 2010 is namens de dijkgraaf en de hoogheemraden ondertekend door de dijkgraaf, die de voorzitter van het DB is. Op grond van artikel 94 lid 3 Waterschapswet ondertekent de voorzitter alle stukken die van het DB uitgaan. Appelland heeft de echtheid van de onder de brief van 25 januari 2010 bij 'Dijkgraaf' geplaatste handtekening niet betwist. Nu gelet op dit een en ander moet worden aangenomen dat de voorzitter van het DB deze brief namens het DB heeft ondertekend, had de stelling van appelland dat deze brief niet op een besluit/de wil van het DB berustte, een nadere toelichting behoeft, die evenwel ontbreekt. Die stelling wordt daarom wegens onvoldoende onderbouwing gepasseerd.

4.3

De brief van 25 januari 2010 behelst een de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is (zie o.m. HR 28-10-2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 'De Ronde Venen'). Wanneer hier sprake zou zijn van huur, zoals appelland stelt, dan is dat niet anders, zie artikel 7:228 BW, waarbij opmerking verdient dat het voorschrift van lid

2 van dit artikel, dat voor opzegging een termijn van tenminste een maand moet worden gehanteerd, in de brief van 25 januari 2010 in acht is genomen. Verder is van belang dat Rijnland privaatrechtelijke bevoegdheden als opzegging niet mag uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht (artikel 3:14 BW) en dat hij, gezien ook artikel 3.1 lid 2 Awb, daarbij dus tevens rekening dient te houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb en het motiveringsbeginsel.

4.4

In de visie van appellant is de opzegging van 25 januari 2010 (hierna ook: de 2010-Opzegging) in strijd met het 'Eigendommenbeleid' dat in het besluit van de Verenigde Vergadering van Rijnland van 12 april 2006 (hierna: het VV-besluit) is vastgesteld. Dit besluit luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

"BESLUIT

(...)

- tot vaststelling van de visie 'uit de Rijnlandse eigendommen een redelijke opbrengst te genereren' en tot hantering daarbij van overgangstermijnen van maximaal 3 x 3 jaren (...);
- de 'nieuwe' vergoedingen alleen bij nieuwe uitgiften, verlengingen en heruitgiften toe te passen;

(...)."

Dit betoog van appellant is gebaseerd op de stelling dat het in het VV-besluit vastgestelde beleid (hierna: het 2006-Beleid) er niet op is gericht de nieuwe vergoedingen toe te passen op bestaande overeenkomsten zoals de tussen hem en Rijnland reeds in 1999 tot stand gekomen privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst. Hierbij wijst hij er op dat in de toelichting op het VV-besluit is vermeld:

'Bovendien zullen de 'nieuwe' vergoedingen alleen bij nieuwe uitgiften, verlengingen en heruitgiften worden toegepast. Bestaande contracten blijven dus ongemoeid" (dit is de in rov. 4.6 hierna met C) aan te duiden passage, hof).

Omdat de 2010-Opzegging ook geen steun vindt in nadien zorgvuldig tot stand gekomen beleid, mist die opzegging rechtskracht, aldus appellant (zie zijn *grief* 5, punt 4.18 AE en de punten 44 en 45 PAnV). Het hof begrijpt dat appellant zich hierbij beroept op artikel 4:84 Awb, waarin is bepaald dat het bestuursorgaan in beginsel overeenkomstig de beleidsregel handelt, in samenhang gezien met het zo-even genoemde artikel 3:14 BW.

4.5

Rijnland heeft hier het volgende tegenover gesteld (zie o.m. MvAnV onder 3.7-3.10 en 3.25; MvA/MvG-inc onder 2.75 en 2.76). De 2010-Opzegging vloeit voort uit het VV-besluit tot vaststelling van het 2006-Beleid. Dit beleid berust op de gedachte om een uniform eigendomsbeleid in te voeren met marktconformiteit als uitgangspunt waarbij een vergoeding wordt gevraagd voor het hebben van werken in eigendommen van Rijnland. Er is sprake van een 'nieuwe' vergoeding bij (opstal)rechten waarvoor reeds een vergoeding werd betaald. Appellant had evenwel een gebruiksrecht om niet.

4.6

Uit de toelichting op het VV-besluit/het 2006-Beleid, die is neergelegd in het 7 pagina's tellende 'VV-voorstel', blijkt dat de aanleiding voor dat beleid werd gevormd door het feit dat de vier, op 1 januari 2005 tot Rijnland gefuseerde waterschappen, ieder een eigen beleid hanteerden met betrekking tot hun privaatrechtelijke eigendommen. Zo gedoogde het ene waterschap (GHM) nagenoeg alle ligplaatsen ten behoeve van recreatievaartuigen, terwijl daar bij een ander waterschap (Rijnland) een vergoeding voor werd verlangd en troffen twee waterschappen diverse mondelinge regelingen al dan niet tegen vergoeding. Bij 'Ad II' op blz. 4 van de toelichting staat vermeld (de hoofdletters voor de hierna volgende citaten zijn aangebracht door het hof):

A) "Wij zijn er voorstander van (...) behoudens bijzondere omstandigheden hier voor een vergoeding te verlangen".

Bij 'Ad III' op blz. 5 is het volgende te lezen:

B) "Nu bedraagt een opstalcanon € 0.90/m²/jaar voor een woonperceel op de Ringvaartdijk van de Haarlemmermeerpolder, terwijl Rijnland een tarief hanteert van € 2,44/m²/jaar voor een woonperceel op de Spaardammerdijk. Hiernaast vroeg GHM geen vergoeding voor een ligplaats met een pleziervaartuig in de naastgelegen Ringvaart en Rijnland deed dat wel.

Wij zijn er voorstander (van) te komen tot uniformering van deze vergoedingen door vaststelling van een Vergoedingentabel van Rijnlands eigendom. D.w.z. een 'markt-conforme' prijsstelling. Dit vanuit de visie 'uit Rijnlandse eigendommen een redelijke opbrengst te genereren'".

(...)

C) "Bovendien zullen de 'nieuwe' vergoedingen alleen bij nieuwe uitgiften, verlengingen en heruitgiften worden toegepast.
Bestaande contracten blijven dus ongemoeid.

(...)"

'Ad IV' op blz. 5 heeft betrekking op 'gedoogsituaties, of situaties waarin afspraken slechts mondeling zijn geregeld alsmede op illegale situaties m.b.t. het gebruik van Rijnlandse eigendommen'. Hierover is het volgende vermeld.

D) "Mede in verband hiermede is vaststelling en uitvoering van een handhavingsbeleid noodzakelijk. Dit beleid zal naar verwachting in eerste instantie zeer veel (extra) werk genereren. Dit omdat burgers/gebruikers van Rijnlands vastgoed zich waarschijnlijk zullen verzetten tegen het alsnog moeten gaan betalen voor gebruik van Rijnlands eigendom op basis van een te treffen schriftelijke gebruiksregeling. Hier tegen over staat hogere opbrengsten voor Rijnland omdat derden voor gebruik van dat eigendom in het vervolg de standaard vergoeding zullen moeten gaan betalen".

Passage D) is uitgewerkt in de 'Handhavingsnota Eigendommenbeheer Rijnland' van 18 april 2006 (hierna: de Handhavingsnota). Op blz. 3 onderaan daarvan staat vermeld:

E) "Bovendien dienen alle mondelinge regelingen 'om niet' te worden omgezet in schriftelijke regelingen met een bepaalde tegenprestatie".

Naar aanleiding van het door appelland onder 7 PANv gestelde wordt nog opgemerkt dat met 'om niet' in de zin van de het 2006-beleid/de Handhavingsnota onmiskenbaar is bedoeld: zonder geldelijke vergoeding, en niet: zonder enige tegenprestatie van welke aard dan ook.

4.7

Uit de passages A) en B) blijkt dat het de bedoeling van de beleidsmakers was om voor het gebruik van Rijnlandse eigendommen waarvoor tot dan toe geen vergoeding werd gevraagd, alsnog een marktconforme en meer uniforme vergoeding te gaan verlangen. In de passages D) en E) wordt geëxpliciteerd dat dit ook geldt voor de (met de situatie van appelland vergelijkbare) situatie waarin afspraken slechts mondeling zijn geregeld en waarbij de gebruiker niets hoefde te betalen. In dit licht kan — zoals in de in rov. 4.5 weergegeven stellingname van Rijnland ligt besloten — passage C) niet anders worden verstaan dan inhoudend dat alleen bestaande gebruikscontracten waarbij al enige vergoeding werd gevraagd, ongemoeid worden gelaten. Dat blijkt overigens ook uit het gebruik van de aanduiding "nieuwe' vergoedingen", waarmee immers een tegenstelling met 'oude vergoedingen', en niet met een ontbrekende vergoeding wordt gecreëerd. De tussen appelland en Rijnland tot stand gekomen gebruiksovereenkomst bevatte geen verplichting voor appelland om een vergoeding te betalen (zie de rovv. 2.2 en 4.6 *in fine*), zodat het beroep van appelland op passage C) faalt, evenals zijn *grief* 5. Anders dan appelland betoogt, is het opzeggen van deze overeenkomst om alsnog een gebruiksvergoeding te kunnen gaan vragen dus niet in strijd met het 2006-Beleid/de Handhavingsnota, maar, gezien de passages D) en E), daarmee juist in overeenstemming. De hoofdregel van artikel 4:84 Awb kan dus niet met succes worden ingeroepen.

4.8

In de brief houdende de 2010-Opzegging wordt verwezen naar de aan appelland eerder toegezonden privaatrechtelijke gebruiksregeling en de begeleidende brief daarbij, waarmee klaarblijkelijk is bedoeld de in rov. 1.a genoemde brief van 15 februari 2007. In laatstgenoemde brief wordt verwezen naar de Handhavingsnota, onder vermelding van de website waarop deze was te vinden (zie ook punt 2.67 *in fine* MvA/MvG-inc). Aldus is — gezien (met name) de in rov. 4.6 weergegeven, en daar met E) aangeduide, passage uit deze nota — de 2010-Opzegging van een toereikende motivering voorzien. Reeds hierop strandt appelland *grief* 3 voor zover deze klaagt over schending van het motiveringsbeginsel. Afgezien hiervan is niet naleving van de motiveringsplicht van onvoldoende betekenis om daaraan de consequentie te kunnen verbinden dat de 2010-Opzegging op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing blijft.

4.9

Appelland had de door hem gestelde nadelige gevolgen van de 2010-Opzegging (het moeten verwijderen van de steiger en het beëindigen van het gebruik daarvan) kunnen voorkomen door in te stemmen met de hem aangeboden nieuwe gebruiksovereenkomst, waarbij van hem slechts een tamelijk geringe vergoeding werd gevraagd, met een alleszins redelijke overgangsregeling (zie rov. 1.a *in fine*), en die geen onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling vormde (rov. 3.3). Aan die nadelige gevolgen kan bovendien geen groot gewicht worden gehecht, in aanmerking nemend dat appelland sedert 1998 de steiger zonder geldelijke tegenprestatie heeft kunnen gebruiken en hij dus langdurig profijt heeft gehad van de door hem daarin gedane investering. Bij deze stand van zaken kan niet worden gezegd dat — zoals appelland in dit verband voorts heeft aangevoerd (o.m. *grief* 3 en blz. 21 AE) — de 2010-Opzegging (en/of het 2006-Beleid waarop deze was gebaseerd) niet voldeed aan de evenredigheidseis van artikel 3:4 lid 2 Awb of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.10

Grief 6 van appelland houdt in dat de 2010-Opzegging misbruik van bevoegdheid oplevert. Voor zover deze *grief* berust op

de stelling dat opzegging van de privaatrechtelijke gebruiksregeling slechts gelijktijdig kan geschieden met intrekking van de publiekrechtelijke vergunning (punten 64 en 65 van de memorie van grieven, hierna kortweg: MvG) faalt zij gezien het in rov. 1.f *in fine* vermelde andersluidende oordeel van de HR. Hetzelfde lot treft de in de punten 4.4-4.6 AE door appellant in het verlengde hiervan ontwikkelde argumentatie, dat van de 'algemene voorwaarden' die bij de publiekrechtelijke ontheffing van 1999 van toepassing zijn verklaard, bepalingen deel uitmaken die geen grondslag vinden in het publiekrecht, maar uitsluitend privaatrechtelijk van aard zijn, en dat bij de 2010-Opzegging specifiek had moeten zijn aangegeven welke privaatrechtelijke verplichtingen waren beëindigd. Naar Rijnland heeft uiteengezet onder 3.18 MvAnV konden op basis van artikel 22 van de Keur aan de aan appellant verleende ontheffing beperkingen worden opgelegd of voorschriften worden verbonden ter bescherming van de waterstaatkundige verzorging van het (beheers)gebied. In de bij de ontheffing behorende algemene en bijzondere voorschriften kan het hof geen bepalingen ontwaren die deze doelomschrijving te buiten gaan, ook al zouden enkele daarvan tevens een duidelijk privaatrechtelijk karakter (kunnen) hebben zoals het Amsterdamse hof in punt 3.8.2 van zijn arrest heeft overwogen. Dit betekent dat alle bepalingen van de door appellant bedoelde 'algemene voorwaarden' bij de publiekrechtelijke ontheffing behoren (zie ook rov. 2.2 *in fine*) waarmee de grond is ontvallen aan zijn zojuist genoemde argumentatie en de daaraan verwante betogen die in de punten 17 en 34 van appellant's PAnV zijn neergelegd. Voor zover grief 6 berust op de stelling dat de redengeving van de opzegging, namelijk dat betaling wordt verlangd, deze niet kan dragen (punt 65 MvG), kan zij evenmin slagen. De eigenaar heeft, anders dan appellant stelt in punt 4.8 AE, een voldoende zwaarwegend belang bij verkrijging van enigerlei vergoeding voor het gebruik van zijn grond of water. De in dit verband door appellant nog betrokken stelling, dat Rijnland wanneer hij nu zijn opzeggingsbevoegdheid kan inzetten om een vergoeding te krijgen, hij dat over een paar jaar weer kan doen ter verkrijging van een hogere vergoeding, is te speculatief om steekhoudend te kunnen zijn.

4.11

De in rov. 2.1 geformuleerde vraag B moet — zo volgt uit het onder 2.2 t/m 4.10 overwogene — bevestigend worden beantwoord: de 2010-Opzegging was rechtsgeldig. Appellant *griev*en 3, 5 en 6 gaan niet op.

Slotsom en proceskosten

5.1

De slotsom luidt dat appellant grieven 1 en 2 slagen (zie rov. 1.d bij (i) en rov. 1.e) en dat zijn overige grieven falen (zie rov. 2.1 *in fine*, 3.3 en 4.11).

5.2

Nu, naar uit het voorgaande volgt, de privaatrechtelijke gebruiksovereenkomst tussen Rijnland en appellant per 1 maart 2010 rechtsgeldig is opgezegd, is Rijnlands verwijderingsvordering toewijsbaar, zij het pas na 1 maart 2010, en niet al met ingang van 7 dagen na betekening van het vonnis van de rechtbank Haarlem van 11 november 2009, zoals deze rechtbank heeft beslist op grond van de, gezien het slagen van appellant grieven 1 en 2, onjuiste overweging dat in 2007 een rechtsgeldige opzegging had plaatsgevonden.

5.3

De door de rechtbank op 11 november 2009 uitgesproken veroordeling berust op opzegging van de gebruiksovereenkomst in 2007, terwijl in hoger beroep is geoordeeld dat deze overeenkomst pas in 2010, na het vonnis van de rechtbank, is opgezegd, zodat in hoger beroep de veroordeling tot verwijdering hierop is gebaseerd. Dit is een andere veroordeling dan de door de rechtbank uitgesproken veroordeling. Derhalve moet, zoals appellant tot uitdrukking heeft gebracht in punt 52 PAnV, het vonnis van de rechtbank worden vernietigd, vgl. rov. 3.5 van het arrest van de HR van 31 mei 2002 inzake '*Telfort/Scaramea*', NJ 2003/343. De verwijderingsvordering zal alsnog worden toegewezen, maar dan met ingang van 7 dagen na betekening van dit arrest.

5.4

Dit betekent dat, naar door appellant is bepleit in punt 53 PAnV, Rijnland in de kosten van de procedure in de eerste aanleg moet worden veroordeeld (vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996/163).

5.5

De door Rijnland bij de inleidende dagvaarding van 10 april 2008 ingestelde verwijderingsvordering was bedoeld om effect te hebben vanaf de datum van het vonnis van de rechtbank, dat op 11 november 2009 is gewezen. In hoger beroep is deze vordering pas toewijsbaar geoordeeld vanaf heden (17 februari 2015). Aangezien derhalve deze *ex nunc* te beoordelen vordering van Rijnland temporeel gezien deels wel en deels niet is toegewezen, zijn partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk gesteld, ook wanneer in aanmerking wordt genomen dat appellant gelijk had met zijn in rov. 5.3 besproken en *ex tunc* te beoordelen klacht tegen het rechtbank-vonnis. Daarom zullen voor de procedure in hoger beroep de proceskosten worden gecompenseerd in voege als in het dictum te vermelden. Het betoog van appellant onder 53 PAnV treft in zoverre

doel dat hij niet in de kosten van deze procedure wordt veroordeeld. Voor zover het de verdere strekking heeft dat Rijnland in de kosten van het hoger beroep moet worden geoordeeld, gaat het echter niet op. Weliswaar moest appelland, zoals hij ter onderbouwing hiervan heeft aangevoerd, in hoger beroep komen van het vonnis van de rechtbank om de daarin neergelegde onjuiste beslissing ongedaan te maken, doch dit neemt niet weg dat hij gezien de in hoger beroep tevens aan te leggen *ex nunc*-toets, in die instantie alles bijeen genomen gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld.

5.6

Het voorgaande leidt tot de volgende beslissingen.

Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Haarlem van 11 november 2009;
- veroordeelt appelland om de steiger met een oppervlakte van circa 8,40 m² in/op/boven het perceel water gelegen vóór de woning aan de adres 1 (gemeente Haarlemmermeer), kadastraal bekend gemeente Haarlemmermeer (03) sectie H nummer (...), zoals aangegeven op de kadastrale tekening en de foto die als productie 6 respectievelijk productie 7 aan de inleidende dagvaarding zijn gehecht, binnen zeven dagen na betekening van dit arrest te verwijderen en vervolgens verwijderd te houden;
- veroordeelt appelland om aan Rijnland een dwangsom te betalen van € 1.000 per dag of gedeelte van een dag dat appelland niet aan voormelde veroordeling voldoet, en bepaalt dat boven het bedrag van € 30.000 geen dwangsommen meer worden verbeurd;
- wijst af het meer of anders gevorderde;
- veroordeelt Rijnland in de kosten van de procedure in de eerste aanleg, tot op heden aan de zijde van appelland begroot op € 254 aan verschotten en € 904 voor salaris;
- compenseert de proceskosten in hoger beroep, aldus dat ieder de eigen kosten draagt;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin uitgesproken veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Auteur: G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman¹

1.

Het bovenstaande arrest is het eindarrest in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad inzake *Hoogheemraadschap/Götte* (HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, *NJ* 2012/639. Dat arrest voorzagen wij van een annotatie in *AB* 2013/1. Ook dit eindarrest is in het licht van de rechtsontwikkeling het annoteren waard, met name omdat het hof nog moest oordelen over de vraag of het verlangen van een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding een onaanvaardbare doorkruising van de regeling van precariobelasting oplevert.

2.

Wat was er ook alweer aan de hand? Kort samengevat ging het in deze zaak 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 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, 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 met daaraan gekoppeld een geleidelijk oplopende betaling. Het Hoogheemraadschap zegde daarop — voor zover nodig — de eerder verleende privaatrechtelijke toestemming op en stelde Götte in staat om een nieuwe toestemming te verkrijgen. Aan die toestemming was de geleidelijk oplopende betaling gekoppeld. Een dergelijke constructie was naar het oordeel van de Hoge Raad toegestaan, omdat, zo redeneerde de Hoge Raad, met de (publiekrechtelijke) ontheffing nog geen toestemming was gegeven voor het (privaatrechtelijke) gebruik van het water en de waterbodem die zich onder de steiger bevinden. De vragen die na het wijzen van het arrest van de Hoge Raad nog voorlagen, waren a) of de verlangde privaatrechtelijke gebruiksvergoeding een onaanvaardbare doorkruising opleverde van de regeling omtrent precariobelasting en b) of het privaatrechtelijk gebruiksrecht door het Hoogheemraadschap rechtsgeldig

was opgezegd.

3.

Opzegging van duurovereenkomst is in beginsel mogelijk. Wij starten met de beantwoording van de tweede vraag. Daarover kunnen wij vrij kort zijn. In het arrest *De Ronde Venen/Stedin* oordeelde de Hoge Raad namelijk dat duurovereenkomsten, die zijn aangegaan voor onbepaalde tijd en niet voorzien in een wijze van de opzegging, in beginsel opzegbaar zijn (zie HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *AB* 2012/85, m.nt. F.J. van Ommeren). Die lijn wordt in de lagere rechtspraak consistent toegepast op de opzegging van duurovereenkomsten van allerlei pluimage, zij het dat voor al deze overeenkomsten geldt dat die zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Zie voor enkele voorbeelden Rechtbank Gelderland 30 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6155, Rechtbank Noord-Nederland 31 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:478, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:728 en Rechtbank Oost-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3763. Gezien deze consistente lijn in de jurisprudentie verbaast het dan ook niet dat ook het verwijzingshof in dit arrest oordeelde dat opzegging van het privaatrechtelijk gebruiksrecht mogelijk was. Daaraan voegde het Hof nog toe dat de nieuwe aan de heer Götte voorgelegde gebruiksovereenkomst, waarbij een tamelijk geringe vergoeding werd gevraagd met een alleszins redelijke overgangsregeling, die bovendien geen onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling opleverde (zie hierna), alleszins redelijk was (r.o. 4.9).

4.

Opzegging en beleidsregel. Het Hof besteedt veel aandacht aan het 'Eigendommenbeleid' van het hoogheemraadschap om te bezien of de opzegging spoort met dat beleid. Dat is het geval en daarmee is de kous voor het Hof op dit punt af. Aldus bevestigt het Hof dat publiekrechtelijke rechtspersonen zich in principe aan hun beleid dienen te houden, ook bij de hantering van privaatrechtelijke bevoegdheden. In het bekende arrest HR 18 maart 2005, *NJ* 2005/163, *AB* 2005/408, m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen (*Lichtenvoorde/Dusseldorp*) was de gedachte nog dat de overheid zich bij de uitgifte van gronden met het oog op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in beginsel diende te houden aan een grondprijs die in het beleid was opgenomen, tenzij een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond voor een afwijking van dat beleid. De toetsing op overeenstemming met beleid liep daar derhalve via het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Sinds de gelding van de beleidsregeltitel in de Awb ligt het voor de hand om aan artikel 4:84 Awb te toetsen, zoals het Hof in r.o. 4.7 ook doet. Veel verschil zouden de beide benaderingen niet moeten maken; ook bij toepassing van artikel 4:84 Awb kunnen het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel een rol spelen bij de vraag, wanneer afwijking geoorloofd is.

5.

Mogelijkheden tot het verkrijgen van een publiekrechtelijke vergoeding. Dan de beantwoording van de eerste vraag. Daarvoor is het van belang om terug te grijpen naar de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht bij het verlangen van een financiële vergoeding. Het publiekrecht kent verschillende instrumenten ter verkrijging van een financiële vergoeding. Zo is het mogelijk om financiële voorschriften te verbinden (voorafgaand) aan een vergunning of ontheffing (HR 13 april 1962, *ARB* 1962, blz. 487 (*Kruseman*)). Daarnaast kent het publiekrecht verschillende vormen van belastingheffing, zoals de precariobelasting, reclamebelasting, parkeerbelasting en gemakbelasting. Voor wat de hoogte van die belastingen betreft, is van belang dat geen direct verband hoeft te bestaan met de kosten die worden gemaakt ten aanzien van het gebruik van de openbare ruimte; het maken van winst is met andere woorden dus toegestaan (*Kamerstukken II 1989/90, 21 591, nr. 3*, p. 60). De precariobelasting kent als belastbaar feit "het hebben van voorwerpen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond" (artikel 228 Gemeentewet, zie ook artikel 222c Provinciewet en artikel 114 Waterschapswet). De bevoegdheid tot het heffen van precariobelasting bestaat alleen wanneer de betreffende overheid eigenaar is van de gronden en de gronden zijn gelegen binnen zijn grondgebied. Daarnaast geldt dat de overheid alleen bevoegd is tot het heffen van precariobelasting als hij als eigenaar het hebben van voorwerpen onder, op of boven zijn grond mag toelaten (zie o.m. G.J. van Leijenhorst, J.K. Lanser en E.G. Borghols, *Decentrale Heffingen* (2^e druk), Deventer: Kluwer 2012, p. 388 en 398). Is de overheid bijvoorbeeld contractueel overeengekomen dat geen precariobelasting wordt geheven of dat het hebben van voorwerpen om niet wordt geduld, dan is het heffen van precario niet toegestaan (zie HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3437, *BNB* 2007/290, HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849, *JB* 2013/236 en Rb. Gelderland 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6889). De mogelijkheid tot het heffen van precario is daarmee afhankelijk van de privaatrechtelijke situatie en kan daar niet los van worden gezien.

6.

Rangorde binnen het publiekrecht. Binnen het publiekrecht wordt de overheid overigens niet de vrije hand gelaten in de keuze tussen de verschillende publiekrechtelijke financiële vergoedingen. Uit de uitspraak *Rabobank Stompwijk Zoeterwoude* (ABRVs 30 augustus 1985, ECLI:NL:RVS:1985:AM8791, *AB* 1986/243, m.nt. D.A. Lubach) volgt namelijk dat het heffen van belastingen (of een minder bezwarend alternatief) voorrang heeft boven het verbinden van financiële

voorschriften (voorafgaand) aan een vergunning of ontheffing. Dat geldt ook indien daarmee maar een deel van de kosten kan worden verhaald.

7.

Mogelijkheden tot het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding. Voor de vraag of het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding is toegestaan, zijn de leerstukken van de onaanvaardbare doorkruising en misbruik van bevoegdheid van belang.

Uit de doorkruisingsleer van het arrest *Windmill* (HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393, m.nt. MS, *AB* 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn) volgt dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid is toegestaan, tenzij de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. In het hierboven afgedrukte arrest oordeelde het verwijzingshof dat van een onaanvaardbare doorkruising geen sprake is als ook de mogelijkheid van het heffen van (gemeentelijke) belasting openstaat. De weg van de (gemeentelijke) belastingen is namelijk niet exclusief bedoeld omdat de regeling van precario een zogenaamde vangnetfunctie vervult: zoals wij zojuist al zagen, is het heffen van precario alleen toegestaan als privaatrechtelijke afspraken niet aan het verlangen van precario in de weg staan:

“Aangezien de mogelijkheid van het heffen van precariobelasting (...) afhankelijk is van de privaatrechtelijke situatie en deze belasting een vangnetfunctie vervult, kan het toepassen of aanbieden van een privaatrechtelijke gebruiksregeling uit de aard der zaak geen onaanvaardbare doorkruising van de regeling van de precariobelasting opleveren.”

Daarmee sluit het Hof aan bij de arresten *Kunstzinnige vorming Lelystad* (HR 15 juli 1987, *BNB* 1988/548) en *Eindhoven/Staals* (HR 19 januari 1968, *NJ* 1968/166, m.nt. GJS). In het laatstgenoemde arrest oordeelde de Hoge Raad dat de gemeente langs privaatrechtelijke weg, te weten via een huurovereenkomst, een vergoeding mocht bedingen voor het gebruik van gemeentegrond voor de exploitatie van een benzinepomp. Daaraan deed volgens de Hoge Raad niet af dat voor dat gebruik een vergunning op grond van de Algemene politie verordening was verleend. Evenmin deed daaraan af dat de gemeente ook publiekrechtelijk een vergoeding had kunnen verlangen door het heffen van precario. Aan deze lijn heeft de wetgever, ook na het wijzen van het *Windmill*-arrest geen einde gemaakt, zo betoogden wij al eerder (‘Vergoedingen voor het gebruik van overheidseigendommen: een uitweg door het doorkruisingslabrynt?’, *TBR* 2014/92) en dat volgt nu ook uit r.o. 3.2 van het hier afgedrukte arrest. Bij het verlangen van vergoedingen voor het gebruik van haar gronden heeft de overheid als (grond)eigenaar dus de vrije keuze tussen het publiek- en privaatrecht.

8.

Misbruik van bevoegdheid is aan de orde bij eenzelfde motief. Met het doorlopen van het leerstuk van de onaanvaardbare doorkruising alléén, is het antwoord op de vraag of het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding is toegestaan echter nog niet gegeven. Ook als de doorkruisingsleer niet in de weg staat aan het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding, kan het namelijk alsnog zo zijn dat het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding in het concrete geval niet geoorloofd is omdat sprake is van misbruik van bevoegdheid. Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid lijkt in zoverre een nader leerstuk ter beoordeling van privaatrechtelijk overheidshandelen te zijn, dat in ieder geval aan de orde komt wanneer de overheid daadwerkelijk twee wegen ten dienste staan om bepaalde materie te reguleren: een vergunningstelsel en een privaatrechtelijk stelsel dat op overheidseigendom is gebaseerd. Zie bijvoorbeeld F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, *De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht*, Preadvis voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag 2015, p. 100.

Misbruik van bevoegdheid werd aangenomen in het arrest *Amsterdam/Geschiere* (HR 5 juni 2009, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen). Daar weigerde de gemeente Amsterdam op grond van haar eigendomsrecht privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van haar gronden, terwijl aan Geschiere een vergunning was verleend voor het innemen van een standplaats gedurende evenementen bij de Amsterdam Arena. De Hoge Raad oordeelde (r.o. 3.4.1) dat de gemeente als eigenaar van de desbetreffende gronden bij het al dan niet verlenen van privaatrechtelijke toestemming als uitgangspunt had te nemen dat Geschiere door verlening van de vergunning gerechtigd was tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Weigering van de privaatrechtelijke toestemming leverde misbruik van bevoegdheid op, tenzij sprake was van zwaarwegende belangen die maakten dat de gemeente Amsterdam als eigenaar in redelijkheid toestemming had kunnen weigeren. In het hierboven afgedrukte arrest deed de verlangde privaatrechtelijke toestemming met daaraan gekoppeld een geleidelijk oplopende betaling naar het oordeel van het verwijzingshof geen afbreuk aan de in *Amsterdam/Geschiere* geformuleerde beginselgerechtigdheid tot gebruik (r.o. 4.10). Zoals wij in randnummer 5 en 7 van onze annotatie bij het arrest van de Hoge Raad inzake *Hoogheemraadschap/Götte* (*AB* 2013/1) al opmerkten, is het verlangen van een privaatrechtelijke toestemming namelijk toelaatbaar als daarmee aan het vergunde gebruik als zodanig geen afbreuk wordt gedaan en met het toestemmingsvereiste andere belangen worden behartigd dan de belangen die een plek hebben gekregen in de publiekrechtelijke regeling. Misbruik van bevoegdheid is, met andere woorden, alleen aanwezig als de redenen die ten grondslag liggen aan het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming in wezen leiden tot een herhaling van de publiekrechtelijke belangenafweging. Deze opvatting lijkt het verwijzingshof in r.o. 4.10 met zoveel woorden te volgen. Overigens wijst de rechtspraak uit dat misbruik van bevoegdheid hoe dan ook niet

snel wordt aangenomen. Zo oordeelde de Rechtbank Noord-Holland op 21 mei 2014 (ECLI:NL:RBNHO:2014:4751, *BB* 2014/503) nog dat misbruik van bevoegdheid niet aanwezig is zolang de verlangde vergoeding niet zodanig hoog of bezwaarlijk is dat de publiekrechtelijke toestemming in feite geen betekenis meer heeft. Daarvan is volgens de rechtbank in ieder geval geen sprake zolang de tegenprestatie een marktconform niveau niet overstijgt.

9.

Precario, het blijft een vreemd eend... In dit arrest heeft het hof bevestigd dat de regeling van precariobelasting niet exclusief bedoeld is, waardoor de overheid de keuze heeft tussen het heffen van precario en het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding. Dat oordeel kunnen wij goed volgen. Niettemin kan deze problematiek ook op een andere manier worden belicht. Wij zagen namelijk dat de keuze van belastingheffing (zoals precario) binnen het publiekrecht voorrang heeft boven de mogelijkheid tot het verbinden van publiekrechtelijke voorschriften (voorafgaand) aan de vergunning of ontheffing. Deze redenering volgend, was het daarom niet ondenkbaar geweest dat het hof zou oordelen dat de regeling van precario wel onaanvaardbaar werd doorkruist, zeker nu met het heffen van precario een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt (vgl. ook de annotatie van D.G.J. Sanderink en L.J.M. Timmermans bij het arrest *Hoogheemraadschap/Götte*, *JB* 2013/3). In het bovenstaande arrest heeft het hof echter (opnieuw) bevestigd dat de rangorde die geldt binnen het publiekrecht niet kan worden doorgetrokken naar het privaatrecht. De publiek- en privaatrechtelijke kaders zijn met andere woorden vrij scherp van elkaar gescheiden.

Voetnoten



Advocate bij AKD te Rotterdam.