

VU Research Portal

De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen

Huisman, Pim

published in

JBplus
2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Huisman, P. (2020). De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven. *JBplus*, 2020(1), 21-41.
https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_SDU_JBPL012020_234097/g-SDU_JBPL012020_234097

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

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

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

JBPLUS 2020(1) De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven

23-03-2020

Auteur(s): Huisman, P.J.

De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven

Sinds het bekende Windmill-arrest, dat gaat over de doorkruisingsformule, is er veel rechtspraak bijgekomen. Deze bijdrage gaat over de toepassing van de doorkruisingsformule door de burgerlijke rechter en over enige andere maatstaven voor de beoordeling van privaatrechtelijk overheidshandelen die hij hanteert.

1. Inleiding

Voor de vervulling van de publieke taak is uiteraard het publiekrechtelijk overheidshandelen van groot belang. Dit biedt echter geen compleet beeld, aangezien ook het privaatrechtelijk overheidshandelen uitermate belangrijk is voor de vervulling van de publieke taak. Op tal van maatschappelijk relevante terreinen handelt de overheid privaatrechtelijk.

Publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen, kunnen in principe deelnemen aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer (vgl. art. 2:1 jo. 2:5 BW).¹ Dit neemt niet weg dat over de toelaatbaarheid van het privaatrechtelijk overheidshandelen wel degelijk vragen kunnen rijzen. Met name in de gevallen waarin het privaatrechtelijk overheidshandelen in aanraking dreigt te komen met het publiekrecht is dat het geval. Dan komt de tweewegen-problematiek in beeld. De tweewegen-problematiek heeft, zoals bekend, betrekking op de vraag of en in hoeverre de overheid de ruimte heeft om in plaats van of in aanvulling op het publiekrecht voor de privaatrechtelijke weg te kiezen.² Het antwoord op deze vraag wordt tegenwoordig vaak automatisch in verband gebracht met het Windmill-arrest³ en de daarin geformuleerde doorkruisingsformule. Dat is niet onjuist, maar dit is een ietwat te beperkt beoordelingskader. Naast de doorkruisingsformule zijn namelijk ook andere maatstaven relevant. Te denken valt aan het legaliteitsbeginsel, misbruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid (art. 3:13 BW) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het Windmill-arrest dateert alweer van 1990. Dat arrest is een mijlpaal, omdat het de doorkruisingsformule introduceert. Sinds dat arrest is er veel rechtspraak bijgekomen. In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe de doorkruisingsformule en haar ijkpunten door de burgerlijke rechter worden toegepast. Daarnaast komt aan bod welke andere maatstaven de burgerlijke rechter in aanvulling op de doorkruisingsformule hanteert ter beoordeling van de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen. Aan de hand van de gevonden resultaten wordt ook beoordeeld of de doorkruisingsformule nog steeds een zinvolle functie vervult.

Ter beantwoording van de centrale vraag wordt in paragraaf 2 eerst ingegaan op de doorkruisingsformule, waarbij aandacht uitgaat naar de reikwijdte van deze formule en de toepassing daarvan door de burgerlijke rechter. Vervolgens komen in paragraaf 3 de andere maatstaven aan bod die relevant zijn om te bepalen of het de overheid is toegestaan privaatrechtelijk te handelen. In paragraaf 4 wordt de kritiek op de doorkruisingsformule in de literatuur besproken. Dit artikel wordt afgesloten met een slotbeschouwing in paragraaf 5.⁴

2. Doorkruisingsformule

2.1 Reikwijdte van de doorkruisingsformule

De Hoge Raad heeft in het Windmill-arrest overwogen dat wanneer de wet – ingeval de overheid ‘bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend’ – niet voorziet in een antwoord op de vraag of de overheid gebruik mag maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomstige bevoegdheden, beoordeeld moet worden of gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheden de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.⁵ Daarbij moet onder meer worden gelet op de volgende drie ijkpunten:

- 1) de *inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling*;
- 2) de wijze waarop en de mate waarin in het kader van de publiekrechtelijke regeling de *belangen van de burgers* zijn beschermd; en
- 3) voorts is van belang of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een *vergelijkbaar resultaat* kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid.

In het Windmill-arrest kent de Hoge Raad een ruime reikwijdte aan de doorkruisingsformule toe. Voor de toepasselijkheid van de doorkruisingsformule komt het mede aan op de omvang van de privaatrechtelijke bevoegdheden die de overheid heeft. Restricties naar het soort of het type privaatrechtelijk overheidshandelen brengt de Hoge Raad niet aan. Bij aan de overheid krachtens het privaatrecht toekomstige bevoegdheden gaat het volgens de Hoge Raad om bevoegdheden:

‘zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen.’⁶

Deze omschrijving van de Hoge Raad is, zo blijkt uit het woord ‘zoals’, niet-limitatief bedoeld. Dat betekent dat in beginsel al het privaatrechtelijk overheidshandelen onder het bereik van de doorkruisingsformule valt. In dit verband is het relevant om te signaleren dat de burgerlijke rechter overheidsovereenkomsten als privaatrechtelijk beschouwt, hetgeen ook geldt voor overheidsovereenkomsten die in de (bestuursrechtelijke) literatuur door een aantal auteurs als publiekrechtelijk worden aangemerkt.⁷ Met name bij overeenkomsten waarin de overheid afsprekt hoe een publiekrechtelijke bevoegdheid in de toekomst zal worden uitgeoefend, de zogenoemde bevoegdhedenovereenkomsten, rijst de vraag of de doorkruisingsformule van toepassing is.⁸ Dat de overheid inhoudelijk afspraken maakt over een publiekrechtelijke bevoegdheid, neemt niet weg dat deze overeenkomsten naar geldend recht worden aangemerkt als privaatrechtelijk van aard.⁹ Daardoor vallen deze overeenkomsten strikt genomen onder de ruime reikwijdte van de doorkruisingsformule. De vraag rijst vervolgens of dit betekent dat deze formule daadwerkelijk wordt toegepast op (bedingen uit) deze overeenkomsten. In dit kader zijn het arrest Nunspeet/Mulder en het arrest ‘Ruimte voor Ruimte’-overeenkomst van belang.¹⁰ In deze zaken stellen de lagere rechters uitdrukkelijk de vraag aan de orde in hoeverre een financiële verplichting voor de burger opgenomen in een bevoegdhedenovereenkomst een onaanvaardbare doorkruising oplevert van het wettelijke stelsel. De Hoge Raad daarentegen past in beide zaken de doorkruisingsformule niet expliciet toe, maar wel kunnen in zijn overwegingen – met name in het arrest Nunspeet/Mulder – de eerste twee ijkpunten van de doorkruisingsformule worden ingelezen; de Hoge Raad slaat acht op de inhoud en strekking van de wet en de daarmee verband houdende belangen van de burger. Noodzakelijk is dat ‘inlezen’ echter niet, hetgeen voedsel aan de gedachte geeft dat volgens de Hoge Raad de doorkruisingsformule bij bevoegdhedenovereenkomsten niet aan de orde is.

De Hoge Raad brengt evenmin beperkingen in de reikwijdte van de doorkruisingsformule aan voor wat de hoedanigheid van de wederpartij van de privaatrechtelijk handelende overheid betreft. Deze formule is ook van toepassing in relaties tussen overheden onderling, hetgeen duidelijk blijkt uit het betrekkelijk recente arrest Apache gevechtshelikopter.¹¹ De hoedanigheid van de wederpartij van de privaatrechtelijk handelende overheid – een particulier of een andere overheid – hoeft niet uit te maken wanneer de doorkruisingsformule wordt toegepast. Blijkt bijvoorbeeld uit de inhoud en strekking van de (mogelijk) te doorkruisen publiekrechtelijke regeling dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid is toegestaan, dan geldt dit in beginsel jegens eenieder. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat het toch mogelijk is dat er gevallen kunnen zijn waarbij op grond van de inhoud en strekking van de

regeling wel een onderscheid zou moeten worden gemaakt, al naar gelang de partij tegen wie de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid zich richt. In de praktijk heeft dit zich naar mijn weten (nog) niet voorgedaan, maar het is niet uitgesloten dat dit zich zou kunnen voordoen. Aldus, is in theorie in ieder geval, het concept van de 'relatieve doorkruising van een publiekrechtelijke regeling' niet ondenkbaar.¹²

2.2 Voorvraag

Alleen wanneer de wettekst niet voorziet in een expliciet antwoord op de vraag of de overheid gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden, komt de rechter toe aan de doorkruisingsformule. De rechter dient dus eerst in te gaan op de vraag of de wet zich expliciet uitlaat over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen. Dit wordt aangeduid als de 'voorvraag'. De rechter komt niet meer aan de doorkruisingsformule toe – en dat is ook niet meer nodig – als de wettekst uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of gebruik van het privaatrecht door de overheid is toegestaan.

Het komt niet vaak voor dat in de tekst van een publiekrechtelijke regeling een expliciet antwoord is te vinden op de vraag of privaatrechtelijk overheidshandelen al dan niet is toegelaten. Soms staat de wet het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden uitdrukkelijk toe. Te wijzen valt bijvoorbeeld op art. 4:124 Awb. Dit artikel bepaalt dat het bestuursorgaan ten aanzien van de invordering van bestuurlijke geldschulden ook beschikt over de bevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft. Uit art. 10 Wrakkenwet volgt – kort gezegd – dat de overheid als beheerder van openbare wateren de kosten voor opruiming van wrakken via de civielrechtelijke aansprakelijkheid kan verhalen.¹³ Het komt ook, zij het sporadisch, voor dat de wet privaatrechtelijk overheidsoptreden uitdrukkelijk verbiedt. Een voorbeeld biedt art. 122 Woningwet.¹⁴ Op basis van dit artikel is het niet toegestaan te contracteren over de omgevingsvergunning voor het bouwen noch over de bouwtechnische eisen.

In gevallen waarin de wettekst een uitdrukkelijk antwoord bevat op de vraag of privaatrechtelijk overheidshandelen is toegelaten, kunnen toch geschillen ontstaan, namelijk over de reikwijdte van hetgeen wettelijk is toegestaan of verboden. Het gaat dan om geschillen over de interpretatie van de reikwijdte van het wettelijk toegestane gebruik van het privaatrecht door de overheid. Een vraag die bijvoorbeeld herhaaldelijk terugkomt is welke bevoegdheden de overheid als schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft en of en in hoeverre die bevoegdheden onder de reikwijdte van art. 4:124 Awb vallen.¹⁵ Hetzelfde geldt bij art. 10 Wrakkenwet: daarbij is het de vraag geweest welke privaatrechtelijke bevoegdheden de overheid mag aanwenden (alleen een actie uit onrechtmatige daad instellen of ook het sluiten van overeenkomsten over kostenverhaal?) en welke kosten de overheid precies mag verhalen (alleen sec de kosten voor de berging van een wrak of ook kosten voor het plaatsen van cardinale boeien?).¹⁶ Ook als de wet het gebruik van het privaatrecht door de overheid uitdrukkelijk verbiedt, kan dit aanleiding geven tot interpretatiegeschillen. De reikwijdte van het verbod van art. 122 Woningwet is bijvoorbeeld meerdere malen onderwerp van geschil geweest.¹⁷ Bij de beantwoording van de 'voorvraag' volstaat de rechter niet met het alleen bekijken van de wettekst. De rechter betreft daarbij ook, indien nodig voor de interpretatie daarvan, de inhoud en strekking van de regeling.¹⁸

Een belangrijk punt van aandacht is dat als in de wet uitdrukkelijk is aangegeven dat de privaatrechtelijke weg is toegestaan, dit niet automatisch betekent dat de wetgever daarmee een voorkeur aangeeft voor het gebruik van deze weg wanneer het gebruik van de publiekrechtelijke weg eveneens mogelijk is. In de literatuur wordt dit niet altijd onderkend, hetgeen geïllustreerd kan worden aan de hand van art. 4:124 Awb. Door sommigen wordt de opvatting gehuldigd dat als door een bestuursorgaan een invorderingsbeschikking kan worden genomen, het bestuursorgaan in beginsel gebruik zou moeten maken van de bestuursrechtelijke invorderingsprocedure; de overheid zou slechts gemotiveerd kunnen kiezen voor de invordering langs privaatrechtelijke weg.¹⁹ Het tegengestelde standpunt komt overigens ook voor, te weten dat volgens de tekst van het artikel als uitgangspunt geldt dat voor de invordering de privaatrechtelijke weg dient te worden gevolgd.²⁰ Het bewuste artikel brengt echter slechts tot uitdrukking dat het bestuursorgaan 'ook' over privaatrechtelijke bevoegdheden beschikt; daarmee staat de wetgever neutraal tegenover de keuze voor de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg.²¹ Het is natuurlijk niet uitgesloten dat de wetgever in specifieke gevallen juist wel een positieve voorkeur heeft voor het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Te denken valt aan het gebruik van de anterieure grondexploitatie-overeenkomst van art. 6.24 Wet ruimtelijke ordening.²²

2.3 Eerste ijkpunt: inhoud en strekking van de regeling

De precieze grens tussen de voorvraag en het ijkpunt 'inhoud en strekking van de regeling' is soms in concrete gevallen moeilijk aan te geven omdat de twee dicht tegen elkaar aan liggen. Het onderscheidende criterium is of de *wettekst* expliciet het antwoord op de vraag bevat of het door de overheid hanteren van privaatrechtelijke bevoegdheden is toegestaan. Wanneer het antwoord niet expliciet in de wettekst staat, komt de rechter toe aan toepassing van de doorkruisingsformule en haar ijkpunten. Gaat de rechter over tot toepassing van deze formule, dan wil dat niet per se zeggen dat hij alle ijkpunten (uitdrukkelijk) langsgaat in zijn overwegingen. Het doet zich voor dat de rechter reeds bij het eerste ijkpunt concludeert dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert. In dat soort gevallen hoeft de rechter niet meer toe te komen aan de andere ijkpunten.

Het eerste ijkpunt, waarbij een analyse van de 'inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling' centraal staat, biedt een instrument om te kunnen beoordelen of een publiekrechtelijke regeling in de weg staat aan het hanteren van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid. De inhoud en strekking van een publiekrechtelijke regeling kunnen onder andere uit de parlementaire geschiedenis van die regeling blijken. Hoe het ijkpunt 'inhoud en strekking van de regeling' wordt toegepast, is goed te illustreren aan de hand van de mogelijkheid om kosten voor de inzet van de brandweer te verhalen.²³ Het komt er daarbij in de jurisprudentie mede op aan hoe ver de taken van de brandweer in art. 1 Brandweerwet 1985 reiken. Inmiddels is de Brandweerwet 1985 en daarmee dit artikel vervallen. In de Wet veiligheidsregio's is de inhoud van dit artikel overgenomen. Er is geen inhoudelijke wijziging van het geldende rechtsregime beoogd,²⁴ waardoor de 'brandweerkosten'-jurisprudentie ook onder deze wet zijn relevantie blijft behouden.

In het klassieke Brandweerkosten-arrest (ook wel: *Bluskosten Vlissingen*) gaat het om de vraag of de overheid de kosten voor het (na)blussen van een schip mag verhalen op de eigenaar.²⁵ Het blussen is een taak op grond van art. 1 lid 4, aanhef en onder a, Brandweerwet 1985. Deze wet bevat noch de mogelijkheid om via het publiekrecht kosten te verhalen, noch een expliciet antwoord op de vraag of het gebruik van het privaatrecht hiervoor is toegestaan.²⁶ Aan de hand van de inhoud en strekking van de Brandweerwet 1985 komt de Hoge Raad tot het oordeel dat privaatrechtelijk verhaal van de bluskosten niet is toegestaan. Daarbij komt groot gewicht toe aan de parlementaire geschiedenis van deze wet. Daaruit blijkt dat de wetgever bewust geen voorziening voor kostenverhaal in het leven had geroepen; hij vreesde onder meer dat daardoor een drempel voor de burger zou worden opgeworpen om tot alarmering over te gaan. Voorts speelt een rol dat het een kerntaak van de overheid betreft die van oudsher is uitgeoefend zonder dat daarvoor kosten in rekening worden gebracht.

Uit de recentere arresten *Achmea/Staat* en *Apache* gevechtshelikopter, die hierna nader aan de orde komen, blijkt dat de inhoud en strekking van de Brandweerwet 1985 niet in de weg staan aan het verhalen van kosten die buiten de wettelijke taak van de brandweer vallen. In het arrest *Achmea/Staat* gaat het over de vraag of de Staat via het privaatrecht de kosten mag verhalen voor het verwijderen van olie op een rijksweg na een ongeval. In cassatie draait het onder meer om de vraag of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985, en meer in het bijzonder of het oordeel van het hof juist is dat het verwijderen van olie op de weg niet onder de in art. 1 lid 4, aanhef en onder b, van deze wet omschreven taak valt. Op grond van deze bepaling heeft de brandweer mede als taak het beperken en bestrijden van gevaar voor mensen en dieren bij ongevallen anders dan bij brand. De Hoge Raad overweegt dat het hof met het oog op de parlementaire geschiedenis van de Brandweerwet 1985 terecht heeft geoordeeld dat 'deze bepaling uitsluitend ziet op acute gevaarsituaties die veelal de snelle inschakeling van technische hulpmiddelen door de brandweer vereisen. Blijkens die parlementaire geschiedenis is bij deze bepaling immers uitsluitend gedacht aan deze gevallen, waarin de onmiddellijke inzet(baarheid) van de brandweer is geboden (...).'²⁷ De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het oordeel van het hof dat het verwijderen van olie na een ongeval niet onder deze inzet valt geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting; reeds met het afzetten van de weg is het acute gevaar van de olie verdwenen en daarvoor zijn geen speciale technische hulpmiddelen nodig.²⁸ Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

'In het midden kan dus blijven of in het geval dat het verwijderen van olie op de weg na een ongeval wel is aan te merken als een werkzaamheid als bedoeld in art. 1 lid 4, aanhef en onder b, Brandweerwet, dat zonder meer ertoe zou leiden dat de Staat de door hem gemaakte kosten niet kan verhalen, zoals aan het onderdeel ten grondslag ligt. In dit verband verdient opmerking dat het hier niet gaat om kosten die door de brandweer zijn gemaakt uit hoofde van de uitoefening van haar in art. 1 lid 4 Brandweerwet 1985 omschreven taak, maar om kosten die de Staat heeft

gemaakt uit hoofde van zijn taak als beheerder van de rijksweg. Het (...) arrest Bluskosten Vlissingen heeft slechts betrekking op eerstgenoemde kosten.²⁹

Dit leidt tot het oordeel dat het privaatrechtelijk kostenverhaal geen onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985 oplevert. Ook is volgens de Hoge Raad geen sprake van een onaanvaardbare doorkruising van de Wegenwet. Uit een analyse van de parlementaire geschiedenis van de Wegenverkeerswet volgt zelfs dat de wetgever van de wenselijkheid van het onderhavige privaatrechtelijke verhaal is uitgegaan.³⁰ De Staat mag daarom de kosten van het verwijderen van de olie via het privaatrecht verhalen.

Het arrest Apache gevechtshelikopter borduurt voor wat betreft het privaatrechtelijk verhalen door de overheid van brandweerkosten voort op het arrest Achmea/Staat. Een gevechtshelikopter van het Ministerie van Defensie was tijdens een vlucht tegen hoogspanningsleidingen aangevlogen. Als gevolg daarvan ontstond in een aantal gemeenten een stroomstoring. Deze gemeenten hebben kosten moeten maken ter bestrijding van de gevolgen van deze stroomstoring en willen deze kosten via het privaatrecht op de Staat verhalen, omdat de rijksbijdrage waarin het publiekrecht voorziet op grond van de Wet rampen en zware ongevallen en het Besluit rijksbijdragen bijstands- en bestrijdingskosten niet dekkend is voor de gemaakte kosten. Van een onaanvaardbare doorkruising van deze publiekrechtelijke regelingen is, kort gezegd, geen sprake.³¹ In het arrest komt vervolgens de vraag aan de orde of het via het privaatrecht verhalen van de gemaakte brandweerkosten door de gemeenten een onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985 oplevert, waarbij het aankomt op de reikwijdte van de brandweertaak in art. 1 lid 4, aanhef en onder b, Brandweerwet 1985. De Hoge Raad overweegt daarover het volgende:

'Het oordeel van het hof berust onder meer op de grond dat de brandweerkosten waarvan de Gemeenten in deze zaak vergoeding vorderen, zien op het verrichten van "meer hulpverlenende taken, zoals assistentie bij het plaatsen van aggregaten, controleren van woningen en bedrijfspanden op problemen als gevolg van de stroomstoring, afvoer van bedorven materialen en dergelijke" en (derhalve) niet op de uitvoering van de in art. 1 lid 4, aanhef en onder b, Brandweerwet 1985 omschreven brandweertaak. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (...).'³²

Van een onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985 is in dit geval ook geen sprake, waardoor het privaatrechtelijk kostenverhaal van de gemeenten mogelijk is.

Het arrest Brandweerkosten enerzijds en de arresten Achmea/Staat en Apache gevechtshelikopter anderzijds staan naar mijn mening niet op gespannen voet met elkaar.³³ De verschillen in uitkomst zijn goed te verklaren: wanneer de brandweer opereert binnen de wettelijke taak dan levert het privaatrechtelijk kostenverhaal een onaanvaardbare doorkruising op van de Brandweerwet 1985 (oud), zijn de kosten gemaakt in de uitoefening van een taak die daarbuiten valt niet. In het laatste geval kan het zijn dat een andere publiekrechtelijke regeling zich kan verzetten tegen het privaatrechtelijk kostenverhaal; dan komt het (veelal) aan op een analyse van de inhoud en strekking van die regelgeving. Deze rechtspraak illustreert helder het grote gewicht dat aan de inhoud en strekking van publiekrechtelijke regelingen – en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis – wordt toegekend.

2.4 Tweede ijkpunt: bescherming belangen burger

Bij het tweede ijkpunt van de doorkruisingsformule kijkt de rechter naar de wijze waarop en de mate waarin de belangen van de burgers zijn beschermd in het kader van een publiekrechtelijke regeling. Als de publiekrechtelijke regeling in verderstrekkende waarborgen voorziet, is dit een belangrijke aanwijzing dat het gebruik van het privaatrecht een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert. Het eerste en het tweede ijkpunt houden overigens nauw verband met elkaar, want het in kaart brengen van de door de publiekrechtelijke regeling geboden waarborgen staat of valt met een analyse van de inhoud en strekking van deze regeling. Het is daarbij van belang om op te merken dat het wijzigen van de wet, door extra waarborgen op te nemen of te laten vervallen, gevolgen kan hebben voor de ruimte van de overheid om gebruik te maken van het privaatrecht. Ten aanzien van het mogen wegslepen door de gemeente van woonwagens op grond van haar eigenaarsbevoegdheid leidde een aanpassing van het wettelijk kader er bijvoorbeeld toe dat dit nu wel is toegestaan, terwijl dit daarvoor niet was toegestaan omdat het een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleverde.³⁴

Het gaat er bij dit ijkpunt voornamelijk om welke *materiële waarborgen* de publiekrechtelijke regeling beoogt te geven en of ten opzichte van de privaatrechtelijke weg in bijzondere, extra waarborgen wordt voorzien. Wanneer dat het

geval is, levert het gebruik van het privaatrecht door de overheid in beginsel een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling op.³⁵ Naast materiële waarborgen kan gedacht worden aan *wettelijke procedurele waarborgen* waarin het publiekrecht kan hebben voorzien, waarbij valt te wijzen op voorgeschreven inspraak-, overleg- en adviseringstrajecten. Voorts mag geen sprake zijn van een onaanvaardbare doorkruising van de *wettelijke bestuurlijke bevoegdheidsverdeling*. Er kan bijvoorbeeld gewicht worden toegekend aan het feit dat een vorm van goedkeuring door een hoger bestuursorgaan is vereist in het publiekrechtelijke spoor, terwijl dat niet vereist is in het privaatrechtelijke. Het publiekrecht voorziet in meer waarborgen, als dat het geval is. Dit laatste aspect is in de rechtspraak relatief weinig tot uitdrukking gekomen. De wettelijke bestuurlijke bevoegdheidsverdeling fungeert vooral als een steunargument ter onderbouwing van het oordeel dat sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling.³⁶

Om misverstanden te voorkomen het volgende. Het is niet zo dat de *bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmiddelen* (het maken van bezwaar en het instellen van beroep bij de bestuursrechter), zodanige waarborgen voor de burger bieden dat het gebruik van het privaatrecht reeds daarom onaanvaardbaar is. Dat staat er niet aan in de weg dat deze waarborgen wel een rol kunnen spelen bij het vormen van een oordeel of mogelijk sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling.³⁷

De verschillende aspecten die te onderscheiden zijn binnen het ijkpunt 'bescherming van de belangen van de burger' wegen niet allemaal even zwaar mee in het oordeel van de rechter, zo bleek ook reeds uit het voorgaande. Als de publiekrechtelijke regeling bijzondere, extra materiële waarborgen biedt dan is dat doorslaggevend. De andere formeel getinte waarborgen, zijn in de jurisprudentie in beginsel niet doorslaggevend. Zij dienen vaak als steunargumenten voor de rechter om te oordelen dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert.

Zoals eerder, in par. 2.1, aan de orde is geweest blijkt uitdrukkelijk uit het arrest Apache gevechtshelikopter dat de doorkruisingsformule van toepassing is op relaties tussen overheden. Dit doet de vraag rijzen of het ijkpunt 'bescherming van de belangen van *de burger*' geschikt is om toepassing te vinden in deze relatie. Het lijkt mij geen probleem om dit ijkpunt op gelijke wijze toe te passen in relaties tussen overheden. Zo kan de overheid aan de 'burger'-kant als bestuursrechtelijk subject fungeren. Een publiekrechtelijke rechtspersoon (Staat, provincie, gemeente etc.) kan een vergunning of een subsidie aanvragen en net als een particulier belanghebbende zijn en als zodanig wettelijk gegarandeerde waarborgen hebben.³⁸

2.5 Derde ijkpunt: vergelijkbaar resultaat

Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising kan van belang zijn of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Is dat het geval, dan is dit een belangrijke aanwijzing dat er geen plaats is voor het gebruik van de privaatrechtelijke weg door de overheid. Het ijkpunt van het vergelijkbaar resultaat wordt uitdrukkelijk en als afzonderlijk ijkpunt genoemd in het Windmill-arrest, maar de Hoge Raad lijkt in dat arrest meteen al minder gewicht aan dit ijkpunt toe te kennen. De Hoge Raad noemt het namelijk als laatste en leidt dit ijkpunt in met de woorden 'van belang is voorts'.³⁹ Daarmee wordt de indruk gewekt dat dit ijkpunt van weinig of van minder betekenis is. Dit ijkpunt is echter op het terrein van de handhaving juist vaak doorslaggevend. Dit zal hierna worden geïllustreerd aan de hand van de vraag in hoeverre de overheid de ruimte heeft om via een onrechtmatige daadsactie op te treden tegen de overtreding van een wettelijk voorschrift.⁴⁰

Sinds het arrest Staat/Magnus is de standaardlijn in de jurisprudentie dat als een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft op grond van een publiekrechtelijke regeling om een last onder dwangsom op te leggen in geval van een overtreding van een wettelijk voorschrift, dit met zich brengt dat een privaatrechtelijke actie uit onrechtmatige daad ter verkrijging van een met een dwangsom versterkt verbod, in beginsel een onaanvaardbare doorkruising oplevert van de betrokken publiekrechtelijke regeling.⁴¹ Dit is het geval omdat door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als door gebruikmaking van het privaatrecht.

Deze standaardjurisprudentie geeft aanleiding tot vervolgvragen. Wat nu als de mogelijkheid ontbreekt om een last onder dwangsom op te leggen? Dan is het in beginsel wel mogelijk om aan de burgerlijke rechter te vragen een civielrechtelijke dwangsom op te leggen, zoals blijkt uit het arrest 'Luxemburgse bankrekening'.⁴² De vraag was of de

inlichtingenplicht ex art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen via een civielrechtelijke dwangsom kan worden afgedwongen. De belastingdienst wenste de nakoming van deze wettelijke verplichting om meer inlichtingen te verkrijgen over de buitenlandse bankgegevens van een in Nederland belastingplichtige burger. Een publiekrechtelijke dwangsombevoegdheid kent de Algemene wet inzake rijksbelastingen ter zake niet, reden waarom de belastingdienst naar de burgerlijke rechter stapte. Ook bevatte deze wet ten tijde van het arrest geen uitdrukkelijk antwoord op de vraag of het gebruik van het privaatrecht in dezen was toegestaan. De Hoge Raad oordeelde dat van een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling geen sprake was. Inmiddels heeft de wetgever deze civielrechtelijke weg overigens expliciet verankerd in art. 52a lid 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

In de situatie waarin een bestuursorgaan op zichzelf wel de bevoegdheid heeft om een last onder dwangsom op te leggen, kan er nog een behoefte blijven bestaan om via het privaatrecht te handhaven, met name in die gevallen waarin een bepaald resultaat niet te behalen is met dit publiekrechtelijke instrument. Zo kan er behoefte zijn aan de privaatrechtelijke handhavingroute omdat er via deze weg wellicht meer mogelijkheden bestaan om preventief tegen een overtreding op te komen. Een herstelsanctie kan namelijk slechts preventief door een bestuursorgaan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt (zie art. 5:7 Awb). Ook kan er bijvoorbeeld behoefte zijn aan handhaving via privaatrechtelijke weg jegens buitenlandse overtreders jegens wie een verbeurde bestuursrechtelijke dwangsom niet kan worden tenuitvoergelegd. Het is overigens niet geheel uitgesloten dat in de hiervoor genoemde gevallen naar geldend recht de privaatrechtelijke weg kan worden gevolgd.⁴³

2.6 Relatie wetgever – rechter: wisselwerking

Er is een wisselwerking tussen de wetgever en de rechter als het gaat over de ruimte die de overheid heeft voor het gebruik van het privaatrecht. De wetgever kan daarop een belangrijke stempel drukken, met name door het gebruik van het privaatrecht door de overheid uitdrukkelijk te verbieden of toe te staan. In geval van onduidelijkheid over het mogen hanteren van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid wordt de rechter ingeschakeld. Vervolgens kan de wetgever op de rechtspraak reageren door haar te onderschrijven of door juist het tegengestelde standpunt in de wetgeving op te nemen. Het is daarbij goed om te realiseren dat elke aanpassing in wetgeving – of zij nu wel of niet een reactie is op een lijn in de jurisprudentie – gevolgen kan hebben voor de ruimte die de overheid heeft om gebruik van het privaatrecht te kunnen maken.

Veel onduidelijkheid met betrekking tot de ruimte die de overheid heeft om privaatrechtelijk te handelen zou reeds kunnen worden weggenomen door de wetgever. De wetgever kan zich namelijk bij voorbaat uitlaten over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen; dat kan in de wettekst zelf (privaatrechtelijk overheidshandelen expliciet toestaan of verbieden), maar dat kan ook in de toelichting daarbij. Zoals ik eerder met Van Ommeren heb betoogd zou het goed zijn als de wetgever zich hiervan bewust is en dit vaker dan nu het geval is doet.⁴⁴ Uitzonderingen daargelaten, wordt de alternatieve mogelijkheid van het gebruik van het privaatrecht door de overheid namelijk nogal eens over het hoofd gezien door de wetgever als hij publiekrechtelijke bevoegdheden schept en toekent aan de overheid.

Heeft de wetgever zich uitgelaten over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen, dan is daarmee overigens niet gezegd dat de rol van de rechter is uitgespeeld. Dat bleek reeds in paragraaf 2.2, waar aan de orde kwam dat ook al geeft de wettekst een expliciet antwoord op de vraag of het gebruik van de privaatrechtelijke weg toelaatbaar is, geschillen kunnen ontstaan over de reikwijdte van wat wel of niet is geoorloofd. Bij bijvoorbeeld art. 10 Wraakwet en art. 4:124 Awb wordt door de rechter aan de hand van geschillen die aan hem worden voorgelegd stap voor stap verduidelijkt wat onder het bereik van het door deze bepalingen toegestane gebruik van het privaatrecht valt. Het komt ook voor dat de wetgever in de toelichting duidelijk is over de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg en dit toch tot geschillen aanleiding kan geven. Dat een geschil aanhangig wordt gemaakt, hoeft echter niet altijd met zich te brengen dat er een inhoudelijke wisselwerking tussen wetgever en rechter op gang komt; de rechter kan zich natuurlijk ook volledig aansluiten bij de wetgever. Zo heeft de wetgever bij de parlementaire behandeling van de subsidietitel in de Awb duidelijk gemaakt dat beschikkingvervangende subsidieovereenkomsten een onaanvaardbare doorkruising opleveren van de subsidietitel in de Awb (titel 4.2 Awb).⁴⁵ Dit staat er niet aan in de weg dat zowel bij de burgerlijke rechter als de bestuursrechter is geprocedeerd over de vraag of subsidietoekenning via een overeenkomst is geoorloofd; beide rechters oordelen dat dit niet is toegestaan.⁴⁶

Dat het oordeel van de rechter over de ruimte die de overheid heeft voor het gebruik van het privaatrecht niet altijd het eindpunt van de rechtsvorming is, kan aan de hand van de volgende voorbeelden worden geïllustreerd. De wetgever kan bijvoorbeeld het oordeel van de rechter overnemen en codificeren. Na het arrest Luxemburgse bankrekening⁴⁷ is uitdrukkelijk in art. 52a lid 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen opgenomen dat de belastingdienst via de burgerlijke rechter de inlichtingenplicht ex art. 47 van deze wet kan afdwingen. Het komt ook voor dat de rechter oordeelt dat een bepaalde vorm van privaatrechtelijk overheidshandelen niet is toegestaan en de wetgever dit daarna alsnog uitdrukkelijk toestaat. Bekend voorbeeld biedt het arrest Nunspeet/Mulder waarin de Hoge Raad oordeelde dat een planschadevergoedingsbeding in een overheidsovereenkomst een onaanvaardbare doorkruising van het toen geldende wettelijke stelsel opleverde,⁴⁸ waarop de wetgever reageerde door in de wet uitdrukkelijk op te nemen dat het sluiten van planschadevergoedingsovereenkomsten wel is toegestaan.⁴⁹ Een enkele keer oordeelt de Hoge Raad dat een vorm van privaatrechtelijk overheidshandelen weliswaar geen onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert, maar dat het op de weg van de wetgever ligt om in te grijpen; zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest Kunst- en antiekstudio Lelystad over voorschriften over grondgebruik in gemeentelijke overeenkomsten.⁵⁰ Overigens heeft de wetgever op dit punt (nog) niet ingegrepen, hetgeen hem vrijstaat.

2.7 Tussenbalans

De toepassing van de doorkruisingsformule komt in beginsel in beeld wanneer de wettekst zich niet expliciet uitlaat over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen. Het is dan aan de rechter om aan de hand van de ijkpunten te beargumenteren of en in hoeverre het gebruik van het privaatrecht is toegelaten. Dit leidt tot standaardsituaties die houvast geven voor de praktijk. Zo is duidelijk dat de kosten voor het blussen van een brand, een wettelijke kerntaak van de brandweer, niet door de overheid kunnen worden verhaald via het privaatrecht. Ook is er ruimte voor ontwikkeling en nuancering. Uit recente jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat kosten gemaakt door de brandweer bij de uitoefening van taken die vallen buiten de wettelijke kerntaak wel voor privaatrechtelijk verhaal in aanmerking kunnen komen.

De ruimte voor de overheid om van het privaatrecht gebruik te kunnen maken wordt niet alleen bepaald door de doorkruisingsformule. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op enige alternatieve maatstaven die de burgerlijke rechter hanteert.

3. Andere maatstaven

3.1 Strijd met de wet en het legaliteitsbeginsel

Uiteraard mag de overheid als zij privaatrechtelijk handelt niet in strijd met de wet handelen. Hiervoor is aan de orde geweest dat de wet zich soms uitdrukkelijk uitlaat over de toelaatbaarheid van het gebruik van het privaatrecht door de overheid, waardoor de rechter niet meer toekomt aan de doorkruisingsformule (zie par. 2.2, over de 'voorraag'). Het kan zich ook voordoen dat de wet het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling niet expliciet verbiedt, maar dat het privaatrechtelijk overheidshandelen toch (evident) inhoudelijk in strijd is met de wet. Bevat een overheidsovereenkomst bedingen die in strijd zijn met de wet, of die de overheid verplichten tot het in strijd met de wet handelen dan is dit uiteraard niet toegelaten.⁵¹ In dergelijke situaties is er geen behoefte aan toepassing van de doorkruisingsformule. Verder kan het zo zijn dat privaatrechtelijk overheidshandelen op zichzelf is toegestaan, maar dat uit wetgeving begrenzungen voortvloeien voor de uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Zo wordt de contractsvrijheid van de overheid in bepaalde door de Aanbestedingswet 2012 en de Wet markt en overheid (althans hoofdstuk 4b Mededingingswet) omschreven gevallen ingeperkt.⁵²

Nauw verwant aan de vraag of de overheid in overeenstemming met de wet handelt, is de vraag of voor het overheidshandelen een wettelijke grondslag is vereist (de legaliteitsvraag). Het komt voor dat de rechter de beoordeling van de toelaatbaarheid van het privaatrechtelijk overheidshandelen in de sleutel van het legaliteitsbeginsel plaatst. Het arrest Staat/Lenger biedt daarvan een voorbeeld.⁵³ De Hoge Raad overweegt dat het heffen van een rijksbelasting en wat daarbij hoort – zoals het in rekening brengen van heffingsrente – alleen is toegestaan als daarvoor een wettelijke grondslag is (zie art. 104 Grondwet). Uit de wetsgeschiedenis van de Algemene wet inzake rijksbelastingen volgt aldus de Hoge Raad dat de wetgever ervan uitgaat dat deze regeling zich

niet leent voor aanvulling door de gewone rechter met privaatrechtelijke instrumenten. De Hoge Raad acht het vorderen van heffingsrente in dit geval in strijd met het fiscaalrechtelijk legaliteitsbeginsel, omdat de toepasselijke publiekrechtelijke regeling niet voorziet in een grondslag voor het in rekening brengen van de gedeerde rente. In dit geval was het overigens ook mogelijk geweest om een redenering op te zetten aan de hand van de doorkruisingsformule (in het bijzonder het ijkpunt 'inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling').

Dat laatste doet de vraag rijzen hoe de relatie is tussen de tweewegenleer met de doorkruisingsformule en het legaliteitsbeginsel. Beiden hebben betrekking op de bevoegdheid van de overheid om te handelen; het legaliteitsbeginsel heeft betrekking op de bevoegdheid om publiekrechtelijk te handelen, de tweewegenleer heeft betrekking op de bevoegdheid om privaatrechtelijk op te treden. Dit staat er niet aan in de weg dat het legaliteitsbeginsel in wezen toch aan de tweewegenleer voorafgaat, aangezien bij de toepassing van deze leer eerst dient te worden vastgesteld of en in hoeverre de overheid de bevoegdheid heeft om via het publiekrecht te handelen.⁵⁴

3.2 Misbruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid

Het gebruik van het privaatrecht door de overheid kan onder omstandigheden misbruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid opleveren in de zin van art. 3:13 BW. Dit leerstuk speelt met name een rol wanneer de burger voor een activiteit zowel een privaatrechtelijke toestemming van een publiekrechtelijke rechtspersoon nodig heeft (bijvoorbeeld de toestemming van de gemeente als eigenaar van een stuk grond), als een publiekrechtelijke toestemming van een bestuursorgaan (bijvoorbeeld een vergunning of ontheffing). De vraag die in de rechtspraak naar voren komt is of en onder welke omstandigheden het mogelijk is om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren als de publiekrechtelijke toestemming reeds is gegeven. Het arrest Amsterdam/Geschiere, dat als het kernarrest geldt op dit terrein, bevat ter zake de volgende algemene overweging:

'Nu de Gemeente aan Geschiere een publiekrechtelijke vergunning heeft verleend tot het innemen van een staanplaats op de locatie waarvan de Gemeente eigenaar is, heeft zij bij de uitoefening van haar bevoegdheid als eigenaar van de desbetreffende grond tot het al of niet verlenen van privaatrechtelijke toestemming, tot uitgangspunt te nemen dat Geschiere door de verlening van de vergunning is gerechtigd tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Daarom levert een weigering door de Gemeente van die toestemming aan Geschiere voor het door hem beoogde gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning, misbruik van bevoegdheid op, tenzij sprake is van zo zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen dat gebruik, dat niet gezegd kan worden dat de Gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang bij weigering en het belang van Geschiere, niet tot die weigering heeft kunnen komen.'⁵⁵

Het uitgangspunt dat de Hoge Raad formuleert is dat de vergunninghouder door de verlening van de publiekrechtelijke vergunning gerechtigd is tot het gebruik ervan en dat de weigering van de privaatrechtelijke toestemming tot gebruik van de grond door de overheid misbruik van bevoegdheid oplevert. Wel bestaat uitdrukkelijk ruimte voor een uitzondering en daarmee ruimte om de privaatrechtelijke toestemming toch te kunnen weigeren, zo volgt uit de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad, namelijk als sprake is van zwaarwegende belangen aan de zijde van de overheid.

Het is uiteraard de vraag wanneer de uitzondering zich voordoet, en wanneer dus sprake is van zwaarwegende belangen op grond waarvan de overheid de privaatrechtelijke toestemming mag weigeren wanneer reeds een publiekrechtelijke toestemming is gegeven. Uit het arrest Amsterdam/Geschiere volgt dat vooral moet worden gelet op het *soort belang* dat wordt aangevoerd bij de weigering van de privaatrechtelijke toestemming én of en in hoeverre dit belang bij de belangenafweging in het kader van de publiekrechtelijke toestemming een rol speelt. Hoe dit uitpakt wordt hierna aan de hand van de casus van het arrest Amsterdam/Geschiere besproken.⁵⁶ Nadat aan Geschiere een publiekrechtelijke vergunning was verleend tot het innemen van een staanplaats op een parkeerplaats in de buurt van de Amsterdam Arena, weigerde de gemeente als eigenaar van de grond om de eveneens benodigde privaatrechtelijke toestemming te verlenen. Voor deze weigering voerde de gemeente twee verschillende redenen aan. In de eerste plaats voerde zij aan dat zij belang had bij het behoud van voldoende beschikbare parkeerplaatsen in het desbetreffende gebied. De Hoge Raad overwoog ter zake dat dit belang niet zwaarwegend genoeg is om de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te kunnen dragen, omdat de factoren die op de beschikbare

parkeerruimte zouden kunnen drukken al op voet van de toepasselijke verordening zijn meegewogen bij de verlening van de publiekrechtelijke vergunning. Heeft een belang een rol bij de publiekrechtelijke besluitvorming en leidt dat belang niet tot het weigeren van de publiekrechtelijke toestemming dan is dat belang niet zwaarwegend genoeg om de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te rechtvaardigen. In de tweede plaats voerde de gemeente als reden voor weigering van de privaatrechtelijke toestemming aan dat zij het voornemen had de grond in de nabije toekomst in erfpacht te gaan uitgeven. De Hoge Raad overwoog dat dit niet een belang is waarop de toepasselijke publiekrechtelijke regeling betrekking heeft, waardoor van een doorkruising, laat staan een onaanvaardbare doorkruising, van die regeling geen sprake kan zijn.⁵⁷ Dit belang valt buiten het publiekrechtelijke beoordelingskader en zou op zichzelf wel een zwaarwegend belang kunnen vormen op grond waarvan de privaatrechtelijke toestemming zou kunnen worden geweigerd. In dit geval wist de gemeente echter niet voldoende aannemelijk te maken dat het belang op onbelemmerde erfpacht in de toekomst in gevaar zou komen.

In geval van samenloop van een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke toestemming, heeft het publiekrechtelijke toetsingskader in de ogen van de Hoge Raad het primaat: het publiekrechtelijke toetsingskader is, zo volgt uit het arrest Amsterdam/Geschiere, bepalend voor de ruimte die er overblijft voor de privaatrechtelijke belangenafweging.⁵⁸ Duidelijk is dat er enige ruimte is en blijft voor een privaatrechtelijke belangenafweging. De ruimte die er is om de privaatrechtelijke toestemming te kunnen weigeren, kan worden gebruikt om een financiële vergoeding te bedingen. Dit volgt bijvoorbeeld uit het latere arrest Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte.⁵⁹

3.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Als de overheid de privaatrechtelijke weg in beginsel mag bewandelen, dan zijn op die privaatrechtelijke rechtsverhouding normen van publiekrechtelijke herkomst van toepassing, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie in dit kader art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb).⁶⁰ Dan gaat het niet meer zozeer over de vraag of en in hoeverre er voor de overheid ruimte is voor gebruikmaking van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid, maar om de daarop volgende vraag of deze bevoegdheden rechtens correct worden gebruikt; anders gezegd, het gaat dan niet meer zozeer over de tweewegenvraag, maar om de vraag naar het toepasselijke recht. Met name ook uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan een begrenzing volgen voor het hanteren van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid. Het voert in het kader van dit artikel te ver dit op deze plaats uitvoerig te bespreken, daarom worden hierna kort enige punten uitgelicht.⁶¹

Bij het sluiten van overheidsvereenkomsten dient de overheid de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Zo ook als de overheid een bevoegdhedenovereenkomst sluit. Een vraag die herhaaldelijk in de jurisprudentie naar voren komt is welke tegenprestatie de gemeente van haar wederpartij mag bedingen als zij afsprekt een planologische bevoegdheid op een bepaalde manier uit te zullen oefenen. Uit diverse arresten van de Hoge Raad volgt dat de verplichting die de overheid van de wederpartij bedingt een koppeling moet hebben met het doel van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarover de overheid contracteert. Het doel van de publiekrechtelijke bevoegdheid volgt uit het wettelijk kader en treedt de contracterende overheid buiten dit doel, dan handelt zij in strijd met het verbod van *détournement de pouvoir* (art. 3:3 Awb).⁶²

Uit het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur volgt van oudsher dat de overheid juridisch gelijke gevallen gelijk dient te behandelen. Er is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel als er voor het maken van onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging is. Dit geldt ook als de overheid privaatrechtelijk handelt (zie art. 3:14 BW). Dit brengt bijvoorbeeld een zekere begrenzing van de contractsvrijheid van de overheid met zich.⁶³

Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft in de bestuursrechtspraak betrekkelijk recent een nieuwe toepassing gekregen: wanneer sprake is van de verdeling van schaarse publieke rechten dan strekt het gelijkheidsbeginsel tot het bieden van gelijke kansen. Deze verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel duidt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aan als '*het beginsel van gelijke kansen*'⁶⁴ en is in de

rechtspraak uitdrukkelijk aangemerkt als de rechtsgrondslag van de rechtsnorm dat bij schaarste op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden mededingingsruimte moet worden geboden.⁶⁵

Aangezien alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook op het privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn, moet ook het beginsel van gelijke kansen daarop van toepassing worden geacht (zie art. 3:14 BW), althans wanneer sprake is van de verdeling van schaarste.⁶⁶ Het valt te verwachten dat dit beginsel zich vooral buiten het gereguleerde aanbestedingsrecht zal gaan ontwikkelen tot een zelfstandig en betekenisvol algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Voor wat betreft het privaatrechtelijk overheidshandelen valt in het bijzonder te denken aan de uitgifte van schaarse (bouw)grond door de overheid. Niet valt in te zien waarom de verkoop van schaarse (bouw)grond in overheidseigendom in principe aan andere normen onderworpen zou moeten zijn dan de verdeling van schaarse publieke rechten. Wat dit naar huidig recht precies betekent voor de overheidsverkoop van schaarse (bouw)grond staat evenwel (nog) niet helemaal vast. Over de vraag of de door de Afdeling geïntroduceerde norm mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond door de overheid heeft de burgerlijke rechter zich recentelijk uitgelaten. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog ter zake in een arrest in kort geding van 19 november 2019: 'Een dergelijke 'mededingingsnorm bij schaarse vergunningen' is (nog) niet van toepassing op de gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste.'⁶⁷ In dit geval konden de appellanten echter niet voldoende aannemelijk maken dat het om een geval van schaarste ging. Het is natuurlijk de vraag waartoe de overheid gehouden zou zijn als het wel om een geval van schaarse gronduitgifte gaat. Zou het beginsel van gelijke kansen toegepast worden op de uitgifte van schaarse (bouw)grond door de overheid, dan kan daarop de rechtsnorm worden gebaseerd dat mededingingsruimte moet worden geboden. Dat zal met zich brengen dat de gemeente tijdig en adequaat een passende mate van openbaarheid (transparantie) moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de grond. Bovendien ligt het dan voor de hand dat de gemeente aangeeft wat voor soort verdelingsprocedure wordt gehanteerd, het tijdvak bekend wordt gemaakt waarin potentiële gegadigden hun belangstelling kenbaar kunnen maken en dat de toe te passen (non-discriminatoire) selectie- en gunningscriteria tijdig worden bekendgemaakt.⁶⁸ Ook dit zou dan een begrenzing van de contractsvrijheid van de overheid met zich kunnen brengen.

3.4 Tussenbalans

Niet alleen de doorkruisingsformule stelt grenzen aan de ruimte voor de overheid om het privaatrecht te hanteren, ook verschillende andere maatstaven. Onder meer het legaliteitsbeginsel kan een begrenzing vormen voor de ruimte voor de overheid om privaatrechtelijk te handelen. Voorts kan het privaatrechtelijk overheidshandelen vanwege de samenhang met publiekrechtelijke bevoegdheden misbruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid opleveren. Tussen de verschillende maatstaven kan ten dele overlap bestaan. Dit doet geen afbreuk aan de relevantie van de verschillende te onderscheiden maatstaven. Zij kunnen elkaar immers ook aanvullen.

4. De doorkruisingsformule nader beschouwd: kritiek en relativering

In de 30 jaar sinds de Hoge Raad in het Windmill-arrest de doorkruisingsformule introduceerde heeft deze formule betrekkelijk veel kritiek ondervonden in de bestuursrechtelijke literatuur. Voor een deel richt de kritiek zich op de waarde van de doorkruisingsformule als geheel. De kritiek, van onder andere Polak en Schueler, is dat de doorkruisingsformule te weinig houvast geeft, omdat de voorspellende waarde van deze formule (te) beperkt is;⁶⁹ het is, anders gezegd, op voorhand niet te voorspellen hoe de toepassing in een concreet geval zal gaan uitpakken.

Daarnaast richt de literatuur zich op de afzonderlijke ijkpunten van de doorkruisingsformule, in het bijzonder op het ijkpunt 'inhoud en strekking van de regeling' en het ijkpunt 'vergelijkbaar resultaat'. Bij het ijkpunt 'inhoud en strekking van de regeling' wordt opgemerkt dat de precieze bedoeling van de wetgever veelal onduidelijk is, omdat de wetgever zich vaak niet heeft uitgelaten over het gebruik van het privaatrecht door de overheid.⁷⁰ Dit heeft tot gevolg dat het dan uiteindelijk aankomt op een interpretatie door de rechter van een – geduceerde – bedoeling van de wetgever in het verleden. Hetgeen de vraag opwerpt in hoeverre aan deze bedoeling (nog) waarde kan en mag worden gehecht; deze bedoeling kan namelijk achterhaald dan wel bijgesteld zijn. Ook het ijkpunt 'vergelijkbaar resultaat' roept weerstand op in de literatuur. Commentaar bij dit ijkpunt is dat het nauwelijks toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de andere ijkpunten en dat het weinig onderscheidend of onduidelijk is (omdat het niet eenduidig zou worden toegepast).⁷¹ Het resultaat dat via de publiekrechtelijke weg is te bereiken is in de meeste gevallen niet vergelijkbaar met het resultaat dat via het privaatrecht kan worden bereikt; met gebruikmaking van het flexibele en vormvrije privaatrecht door de overheid kunnen vaak 'betere' (efficiëntere en effectievere) resultaten worden bereikt om het overheidsbeleid te realiseren.⁷² Zo opgevat heeft een vergelijking op het punt van het resultaat nauwelijks toegevoegde waarde ten opzichte van de andere ijkpunten. Hierin is mogelijk een verklaring te vinden waarom dit ijkpunt weinig en eigenlijk alleen op het terrein van de handhaving betekenis heeft.

De kritiek op de doorkruisingsformule is, zo heb ik eerder met Van Ommeren betoogd, herkenbaar en legt deels de vinger op de zere plek, maar is niet helemaal 'fair'.⁷³ Volledige zekerheid met een algemene maatstaf lijkt ons geen realistische wens. De kritiek is, zo zijn wij van mening, in belangrijke mate te relativiseren door de doorkruisingsformule vanuit het perspectief te bekijken waarvoor zij is bedoeld, namelijk als een algemene maatstaf om achteraf, in situaties waarin bij uitstek onduidelijk is of privaatrechtelijk overheidshandelen is toegestaan, te beoordelen in hoeverre er in een concreet geval daadwerkelijk ruimte voor de overheid is om de privaatrechtelijke weg te kiezen. De rechter wordt vooral benaderd in situaties waarin de wetgever het vooraf onduidelijk heeft gelaten of het gebruik van het privaatrecht door de overheid is toegestaan; de rechter komt, zo beschouwd, achteraf in beeld. De doorkruisingsformule is niet ontwikkeld om in alle situaties op voorhand duidelijkheid te verschaffen over het toegestane gebruik van het privaatrecht door de overheid, maar als een instrument voor de rechter om daar waar de wetgever onduidelijkheid heeft laten bestaan een oordeel te kunnen vellen en zo zekerheid te kunnen bieden in concrete casusposities. Zo bekeken is zij juist een aantrekkelijk hulpmiddel waarmee door de toepassing stapsgewijs standaardsituaties kunnen worden geïdentificeerd, hetgeen zorgt voor rechtszekerheid (zie bijvoorbeeld paragrafen 2.3 en 2.7 over privaatrechtelijk verhaal door de overheid van kosten gemaakt door de brandweer). Daarmee heeft de formule een waardevolle bijdrage geleverd – en levert dat getuige nieuwe jurisprudentie nog altijd⁷⁴ – aan de beantwoording van de vraag of de overheid de ruimte heeft voor de privaatrechtelijke weg. De doorkruisingsformule als instrument voor rechtsvorming en rechtsontwikkeling biedt – bekeken vanuit het hiervoor beschreven perspectief – meer dan voldoende basis voor de rechter om een redenering op te zetten of het gebruik van het privaatrecht door de overheid is toegestaan. Daar komt bij dat de wetgever op verschillende momenten zelf kan ingrijpen, door vooraf zelf meer duidelijkheid te geven, maar ook door de rechterlijke koers bij te stellen indien hij dit nodig acht (zie daarover par. 2.6).

5. Slot

Het Windmill-arrest en de daarin ontwikkelde doorkruisingsformule is van grote waarde geweest, en is dat tot op de dag van vandaag nog, voor de beantwoording van de vraag of de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht. Aan de hand van dit hulpmiddel kan de rechter standaardsituaties en daarmee de broodnodige rechtszekerheid scheppen. Het is niet zo dat deze formule zijn langste tijd heeft gehad of zou moeten hebben gehad. Er zijn ook geen tekenen waarneembaar dat de Hoge Raad afstand doet van deze formule. In de rechtspraak zijn wel tekenen waarneembaar dat de rechter ook andere maatstaven hanteert om de toelaatbaarheid van het privaatrechtelijk overheidshandelen te beoordelen. Er is een rijke schakering aan deels overlappende maatstaven, maar dat is niet bezwaarlijk omdat deze maatstaven elkaar ook aan kunnen vullen.

Bij de beantwoording van de vraag of de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht in plaats van of in aanvulling op het publiekrecht speelt de publiekrechtelijke regeling een grote rol. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de rechter eerst bekijkt of de wettekst expliciet het gebruik van het privaatrecht verbiedt of toestaat. Is dat niet het geval dan komt een groot gewicht toe aan een analyse van de inhoud en strekking van die regeling bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising. Nogal eens wordt in de wettekst, of in de toelichting daarbij in het midden gelaten of de overheid gebruik zou mogen maken van de (alternatieve) privaatrechtelijke weg. Wanneer publiekrechtelijke bevoegdheden in het leven worden geroepen, wordt door de wetgever bijvoorbeeld uit het oog verloren dat eventueel ook de privaatrechtelijke weg gevolgd zou kunnen worden. Het zou goed zijn als de wetgever zich daar meer bewust van zou worden en zich meer dan nu (in de wettekst of de toelichting daarbij) uitlaat over de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg. Dit zou al veel duidelijkheid kunnen scheppen over de ruimte die de overheid heeft voor het gebruik van het privaatrecht. Aldus kan een verschuiving worden bereikt van het bieden van zekerheid achteraf, naar meer zekerheid vooraf.

Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman

Universitair hoofddocent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

VOETNOTEN

1) De algemene bevoegdheid van de overheid om privaatrechtelijk op te kunnen treden – ook ter behartiging van het publiek belang – is ruim aanvaard en staat nauwelijks ter discussie in de literatuur. Uitzondering in de literatuur

- vormt met name de zogenoemde 'Maastrichtse school'. De Maastrichtse school heeft bezwaren tegen het uitgangspunt dat de overheid naar huidig recht in beginsel privaatrechtelijk kan handelen en bestrijdt principieel dat de overheid aan het BW bevoegdheden kan ontfemen om daarmee publieke belangen te behartigen. Zie o.a.: H.J. Simon & A.Q.C. Tak, 'Het BW als 'zwart gat'. De onttakeling van het publiekrecht door een 'gemene' rechter', NTBR 1994, p. 173-180, in het bijzonder p. 179; J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 5 en 215 e.v. en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij 1997, p. 107 en 112.
- 2) *De tweewegenleer en de toelaatbaarheid van het gebruik van het privaatrecht door de overheid, krijgen in de bestuursrechtelijke handboeken steevast enige aandacht. Dit geldt uiteraard ook voor handboeken die zich richten op de privaatrechtelijk handelende overheid: zie bijvoorbeeld G. Snijders, Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Monografieën BW A26a), Deventer: Kluwer 2011, nrs. 5a e.v.; M.W. Scheltema & M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Deventer: Kluwer 2013 en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 413-460 (hfdst. 9).*
 - 3) *HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB Klassiek 2016/13 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill).*
 - 4) *Delen van deze bijdrage zijn een bewerking van: Huisman & Van Ommeren 2019, in het bijzonder p. 413-460 (hfdst. 9).*
 - 5) *HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB Klassiek 2016/13 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill), r.o. 3.2.*
 - 6) *HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB Klassiek 2016/13 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill), r.o. 3.2.*
 - 7) *Zie uitvoerig over de verschillende soorten te onderscheiden overheidsovereenkomsten en de kwalificatie daarvan als publiekrechtelijk of privaatrechtelijk: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 12.2, p. 578 e.v.*
 - 8) *Zie uitvoerig over deze vraag P.J. Huisman, De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2012, p. 157-165.*
 - 9) *De Hoge Raad merkt de bevoegdhedenovereenkomst in het arrest Etam/Zoetermeer weliswaar aan als een overeenkomst met een gemengd publiekrechtelijk en privaatrechtelijk karakter, maar uit de overwegingen van dit arrest volgt dat de overeenkomst zelf civielrechtelijk van aard is en de uitvoering daarvan een publiekrechtelijk karakter heeft. Zie HR 8 juli 2011, AB 2011/298 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, JB 2011/186 m.nt. A.M.M.M. Bots, NJ 2011/463 m.nt. M.R. Mok, TBR 2011/202 m.nt. P.J. Huisman (Etam/Zoetermeer).*
 - 10) *HR 2 mei 2003, AB 2003/354 m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen, JB 2003/122 m.nt. T. Lam, NJ 2003/485 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Nunspeet/Mulder) en HR 14 juni 2013, AB 2013/273 m.nt. G.A. van der Veen & F.J. van Ommeren, JB 2013/158 m.nt. D.G.J. Sanderink & L.J.M. Timmermans, NJ 2013/342, O&A 2013/90 m.nt. P.J. Huisman ('Ruimte voor Ruimte'-overeenkomst).*
 - 11) *HR 24 juni 2016, AB 2016/394 m.nt. P.J. Huisman, JB 2016/144 m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh (Apache gevechtshelikopter). Dit arrest komt in par. 2.3 uitvoeriger aan bod.*
 - 12) *Zie ook nr. 2.9 van de conclusie van Advocaat-Generaal Keus bij het arrest Apache gevechtshelikopter. Aan Keus is de terminologie 'relatieve doorkruising' van een publiekrechtelijke regeling ontleend. Zie: ECLI:NL:PHR:2016:243.*
 - 13) *Sinds 1 januari 2016 is de Wet bestrijding maritieme ongevallen in werking getreden, waardoor het toepassingsbereik van de Wrakkenwet beperkter is geworden. De jurisprudentie van de Hoge Raad uitgezet onder de Wrakkenwet lijkt evenwel ook onder de nieuwe wet relevantie voor de toekomst te behouden. Zie uitvoeriger Hofman & Van der Veen in hun annotatie bij HR 10 juli 2015, AB 2016/114 (Qubio). Zie nader over deze materie Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.8.4, p. 547 e.v.*

- 14) *Als de Omgevingswet in werking treedt, wordt art. 122 Woningwet vervangen door art. 23.7 Omgevingswet. Waarover uitvoeriger: G.A. van der Veen, 'Artikel 23.7 Omgevingswet en het privaatrecht', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma, 's-Gravenhage: IBR 2019, p. 549 e.v.*
- 15) *Art. 4:124 Awb bevat een algemene regeling, in navolging van het specifiekere en inmiddels vervallen art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990. Zie over de reikwijdte van deze artikelen onder meer HR 28 juni 1996, AB 1997/165 m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 1997/102 m.nt. J.W. Zwemmer (M-groep/Ontvanger); HR 21 februari 2014, AB 2014/272 m.nt. P.J. Huisman, JB 2014/61 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, NJ 2014/202 m.nt. J.W. Zwemmer en HR 6 februari 2015, AB 2015/90 m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2015/65, NJ 2015/94 (CAK).*
- 16) *Zie HR 14 oktober 1994, AB 1995/48 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 1995/720 m.nt. M. Scheltema (August de Meijer); HR 15 januari 1999, AB 2000/196 m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 1999/306 m.nt. A.R. Bloembergen (Eemshorn); HR 8 maart 2002, AB 2004/53 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2003/372 m.nt. K.F. Haak (Staat/KMT) en HR 10 juli 2015, AB 2016/114 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, JB 2015/109 m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2015/441 m.nt. J. Legemaate (Qubio).*
- 17) *HR 4 april 2003, AB 2004/60 m.nt. G.A. van der Veen en HR 17 juni 2011, AB 2011/330 m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2011/163, NJ 2012/334 m.nt. L.C.A. Verstappen (Van Sundert/Breda).*
- 18) *Zie bijvoorbeeld HR 15 januari 1999, AB 2000/196 m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 1999/306 m.nt. A.R. Bloembergen (Eemshorn).*
- 19) *I. Sluiter, 'De geldschuldenregeling: een warm onthaal door de bestuursrechter!', JBplus 2012, p. 343.*
- 20) *W. den Ouden e.a., De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, Titel 4.4 Awb geëvalueerd, Den Haag: WODC 2014, p. 53 (aangeboden bij Kamerstukken II 2013/14, 29279, nr. 194).*
- 21) *Bij de invordering kunnen publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden naast elkaar worden aangewend, tenzij hierop bij bijzondere wet uitzonderingen zijn gemaakt. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 68-69.*
- 22) *Zie over deze overeenkomst: L.C. Groen, Het zelfrealisatierecht. Ruimtelijk instrumentarium in verhouding tot het eigendomsrecht (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 361 e.v.*
- 23) *Bij de vraag of privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid is toegestaan komt het in meer gevallen (vooral) aan op het ijkpunt 'inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling'. Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie over het privaatrechtelijk verhalen door de overheid van kosten in verband met verkiezingsfraude, waarbij het onder meer aankomt op de inhoud en strekking van het Kiesreglement en de Kieswet. Zie Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB4554; het oordeel van de rechtbank dat het civielrechtelijk kostenverhaal is toegelaten heeft in hoger beroep en in cassatie stand gehouden (zie HR 25 maart 2011, AB 2011/223 m.nt. G.A. van der Veen, JB 2011/128 m.nt. R.J.B. Schutgens, NJ 2011/139 (Verkiezingsfraude)).*
- 24) *Zie Kamerstukken II 2006/07, 31117, nr. 3, p. 57.*
- 25) *HR 11 december 1992, AB 1993/301 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 1994/639 m.nt. M. Scheltema (Brandweerkosten). Dit arrest is ook bekend onder andere roepnamen, te weten: Rize K., Vlissingse brandweerkosten en Brandweerkorps Vlissingen.*
- 26) *Peters en Theunisse categoriseren dit arrest anders en zien het als een arrest dat hoort bij de voorvraag (de prealabele vraag, in hun woorden). Zij nemen de voorvraag daarbij overigens zeer ruim en scharen daaronder ook gevallen waarin de wet zich impliciet uitlaat over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen. Daarmee wijken zij af van wat de Hoge Raad doet en ook van de (heersende leer in de) literatuur. Zie hun annotatie bij het arrest Achmea/Staat in JB Select 2019/35, onder 5.2.*
- 27) *HR 12 december 2014, AB 2015/264 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, JB 2015/18 m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2015/366 m.nt. S.D. Lindenbergh, JB Select 2019/35 m.nt. J.A.F. Peters & M.H.W.C.M. Theunisse (Achmea/Staat), r.o. 3.3.2.*
- 28) *Idem, r.o. 3.3.3.*

- 29) *Idem*, r.o. 3.3.4.
- 30) *Idem*, r.o. 3.4.2.
- 31) HR 24 juni 2016, AB 2016/394 m.nt. P.J. Huisman, JB 2016/144 m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh (Apache gevechtshelikopter), r.o. 3.3.1 e.v. De Wet rampen en zware ongevallen is inmiddels ingetrokken en vervangen door de Wet veiligheidsregio's.
- 32) *Idem*, r.o. 3.5.2.
- 33) Anders: Hennekens. Hij merkt op dat de Hoge Raad in het arrest Achmea/Staat – zonder daarvan gewag te maken – terugkomt op zijn standpunt inzake nabluswerk op de door brand geteisterde boot te Vlissingen. Zie zijn annotatie bij het Windmill-arrest in AB Klassiek, onder 13.2 (AB Klassiek 2016/13).
- 34) Zie HR 7 mei 2004, AB 2004/247 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2005/23 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Heerde/Goudsmit). Zie HR 9 juli 1990, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema (De Pina/Helmond) waarin de Hoge Raad onder de oude wetgeving oordeelde dat het gebruik van het privaatrecht een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling opleverde.
- 35) Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 1990, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema (De Pina/Helmond). Hoewel het arrest betrekking heeft op de inmiddels afgeschafte Woonwagenwet, is het illustratief voor de invulling van het tweede ijkpunt. De Hoge Raad kent in dit arrest veel gewicht toe aan het feit dat een verwijdering van een woonwagen op grond van de Woonwagenwet met meer materiële waarborgen is omgeven dan een verwijdering via de privaatrechtelijke weg. Bij een verwijdering op grond van haar eigendomsrecht hoeft de gemeente niet aan te geven waarheen de woonwagen wordt gebracht, terwijl dat bij gebruikmaking van de publiekrechtelijke weg met het oog op de rechtszekerheid van de woonwagenbewoner wel moet worden aangegeven. De Hoge Raad oordeelt dat het gebruik van het privaatrecht een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert. Inmiddels is het wettelijke kader veranderd en geldt deze uitsluiting van de privaatrechtelijke weg niet meer; zie het in de vorige voetnoot genoemde arrest Heerde/Goudsmit.
- 36) Zie bijvoorbeeld: HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB Klassiek 2016/13 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill) en HR 9 juli 1990, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema (De Pina/Helmond).
- 37) Zie HR 2 mei 2003, AB 2003/354 m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen, JB 2003/122 m.nt. T. Lam, NJ 2003/485 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Nunspeet/Mulder), maar ook bijvoorbeeld HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, N 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB Klassiek 2016/13 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill).
- 38) Vgl. H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), Bestuursrecht 1. Systeem. Bevoegdheid. Bevoegdheidsuitoefening. Handhaving, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 79.
- 39) HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB Klassiek 2016/13 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill), r.o. 3.2.
- 40) In deze paragraaf blijft handhaving via het eigendomsrecht en handhaving via het contractenrecht buiten beschouwing. Zie uitvoerig over de verschillende varianten van handhaving via het privaatrecht en de toelaatbaarheid daarvan: Huisman & Van Ommeren, par. 9.5.3, p. 445 e.v.
- 41) HR 22 oktober 1993, AB 1994/1 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 1995/717 m.nt. M. Scheltema (Staat/Magnus). Zie ook HR 7 oktober 1994, AB 1995/47, NJ 1995/719 m.nt. M. Scheltema (Zomerhuisje).
- 42) HR 18 september 2009, Gst. 2010/5 m.nt. P.J. Huisman, JB 2009/230, NJ 2009/566 m.nt. J.W. Zwemmer (Luxemburgse bankrekening).
- 43) Zie onder meer: G.T.J.M. Jurgens, A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, 'Raakvlakken tussen bestuursrecht en privaatrecht op het terrein van de handhaving', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), Handhaving van en door het privaatrecht, Den Haag: BJU 2009, p. 121 e.v.; A.P.W. Duijkersloot e.a., De doorkruisingsleer in perspectief, Den Haag: VNG-uitgave 2010, p. 74; P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom (Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2014, p. 33 en

- G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, 'De burgerlijke rechter en de handhaving van het publiekrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 311.
- 44) Zie P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsvereenkomstenrecht', in: D. Asser (red.), *Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2015)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 107. Evenzo: G.T.J.M. Jurgens, 'De rol van de wetgever in de concurrentie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 296.
- 45) Zie MvT, PG Awb III, p. 173, NV II, PG Awb III, p. 178 en H II, PG Awb III, p. 182. Zie ter zake uitvoerig M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvorm van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam VU), 's-Gravenhage: Elsevier 1999, p. 232 e.v. Zij kan zich niet verenigen met het standpunt dat er (zonder meer) sprake is van een (onaanvaardbare) doorkruising.
- 46) Zie ABRvS 19 april 2006, AB 2006/296 m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden, JB 2006/155 en HR 4 april 2014, AB 2014/301 m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2015/476 m.nt. M.R. Mok (College voor Zorgverzekeringen/Stichting Zorggroep CHARIM c.s.).
- 47) HR 18 september 2009, Gst. 2010/5 m.nt. P.J. Huisman, JB 2009/230, NJ 2009/566 m.nt. J.W. Zwemmer (Luxemburgse bankrekening).
- 48) HR 2 mei 2003, AB 2003/354 m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen, JB 2003/122 m.nt. T. Lam, NJ 2003/485 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Nunspeet/Mulder).
- 49) Zie art. 49a Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud), thans art. 6.4a Wet ruimtelijke ordening.
- 50) HR 8 juli 1991, AB 1991/659 m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1991/691 m.nt. M. Scheltema (Kunst- en antiekstudio Lelystad). Zie ook HR 24 december 2004, AB 2005/58 m.nt. G.A. van der Veen, JB 2005/56 m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2005/58 m.nt. J. Hijma (Chidda).
- 51) HR 7 april 2000, AB 2000/438 m.nt. Th.G. Drupsteen, JB 2000/111 m.nt. G.E. van Maanen, NJ 2000/652 m.nt. J. Hijma (Parkeerexploitatie Amsterdam BV).
- 52) Zie meer uitvoerig over de Aanbestedingswet 2012 en de Wet markt en overheid en de inperking van de contractsvrijheid van de overheid: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 12.4, p. 594 e.v. Zie voorts voor een overzicht van de actuele stand van zaken met betrekking tot de Wet markt en overheid: A.M. Serra, 'De Wet Markt en Overheid en de uitzondering van het algemeenbelangbesluit', Gst. 2019/163, p. 829-836.
- 53) HR 8 mei 1998, AB 1998/390 m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 1998/890 m.nt. A.R. Bloembergen (Staat/Lenger).
- 54) Zie F.J. van Ommeren, 'Legaliteitsbeginsel en twee-wegenleer', NTBR 1999, p. 26 e.v.
- 55) HR 5 juni 2009, AB 2009/327 m.nt. G.A. van der Veen, Gst. 2009/98 m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman, JB 2009/171 m.nt. J.A.F. Peters, JB Select 2019/36 m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2009/255 (Amsterdam/Geschiere), r.o. 3.4.1.
- 56) *Idem*, r.o. 3.4.2.
- 57) Zie uitvoerig over de reikwijdte van de doorkruisingsformule in relatie tot het arrest Amsterdam/Geschiere: G.T.J.M. Jurgens, 'Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid? Een systematische benadering van de verhouding tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen', O&A 2011, p. 84 e.v. in het bijzonder p. 88-90.
- 58) Evenzo J.A.F. Peters, 'De burgerlijke rechter en het primaat van het publiekrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 505 e.v.
- 59) HR 9 november 2012, AB 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, JB 2013/3 m.nt. D.G.J. Sanderink & L.J.M. Timmermans, NJ 2012/639 (Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte). Waarover onder meer: A.H.J. Hofman, 'Vergoedingen voor het gebruik van overheidseigendommen: een uitweg door het

- doorkruisingslabyrint?', TBR 2014/92, p. 499 e.v.; M.H.W.C.M. Theunisse, *De praktijk van de tweewegenleer. Nieuwe perspectieven op de privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid*, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2015, p. 93 e.v. en P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I). Huidige positionering en recente ontwikkelingen', WPNR 2018, p. 148.
- 60) Uiteraard zijn ook grond- en mensenrechten van toepassing. Hierop wordt in deze bijdrage niet nader ingegaan. Zie ter zake Huisman & Van Ommeren 2019, par. 10.6, p. 472 e.v.
- 61) Zie uitvoerig over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk overheidshandelen: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 10.7 (p. 478 e.v.) en par. 10.10 (p. 495 e.v.).
- 62) Zie in dit verband: HR 3 april 1998, AB 1998/241 m.nt. Th.G. Drupsteen, JB 1998/128 m.nt. H.J. Simon, NJ 1998/588 m.nt. A.R. Bloembergen (Alkemade/Hornkamp), HR 14 juni 2013, AB 2013/273 m.nt. G.A. van der Veen & F.J. van Ommeren, JB 2013/158 m.nt. D.G.J. Sanderink & L.J.M. Timmermans, NJ 2013/342, O&A 2013/90 m.nt. P.J. Huisman ('Ruimte voor Ruimte'-overeenkomst) en HR 24 maart 2017, AB 2017/339 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, JB 2017/77 m.nt. E.J.M. van der Ploeg & S.A.L. van de Sande, NJ 2017/156 ('Ruimte voor Ruimte'-overeenkomst II).
- 63) HR 18 maart 2005, AB 2005/408 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, JB 2005/110 m.nt. H. Nijholt, NJ 2005/163 (Lichtenvoorde/Dusseldorp). Waarover onder meer H.J.S.M. Langbroek & M.W. Scheltema, *Contracten met de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 30.
- 64) ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel, JB 2017/1 m.nt. L.J.M. Timmermans (Speelautomatenhal Vlaardingen).
- 65) Zie over de betekenis van deze rechtsgrondslag: F.J. van Ommeren, 'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 191 e.v.
- 66) Zie reeds F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht (oratie Amsterdam VU)*, Deventer: Kluwer 2004, p. 61 e.v. Zie voorts o.a.: P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid (diss. Utrecht)*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 384 e.v.; J.R. Vermeulen & C.N. van der Sluis, 'Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom', TO 2018, nr. 3, p. 126; A. Drahmman, 'Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecompliceerd. Wat is de juridische status van een schaarse gedoogverklaring?', NJB 2019/1856, p. 2201; Huisman & Van Ommeren 2019, par. 10.10.4, p. 501 e.v. en T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de "mededingingsnorm" bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten', NTB 2019/35, p. 360.
- 67) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, AB 2020/116 m.nt. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, r.o. 5.8.
- 68) Zie Huisman & Van Ommeren in hun AB-annotatie bij het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest van het hof.
- 69) Zie J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen (diss. Amsterdam UvA)*, Deventer: Kluwer 1999, p. 108 e.v. en B.J. Schueler, 'Boekbespreking: M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003', O&A 2004, p. 129.
- 70) Polak 1999, p. 108 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 370.
- 71) Zie bijvoorbeeld Polak 1999, p. 112 en Scheltema & Scheltema 2013, p. 453.
- 72) Polak 1999, p. 112 en Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 370.
- 73) Zie eerder Huisman & Van Ommeren 2019, par. 9.6, p. 460.

74) Zie bijvoorbeeld de recente rechtspraak over privaatrechtelijk kostenverhaal door de Staat in verband met het lostrekken van een vastgelopen schip: *Gerechtshof Den Haag 2 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1954*.

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.