

PELS RIJCKEN

Per e-mail

La Gro Geelkerken Advocaten B.V.
XXX
Postbus 2020
2301 CA LEIDEN

onze ref. MS/ES/11016968
uw ref.
inzake Gemeente Kaag en Braassem/XXX

mr. M.W. Scheltema
advocaat · partner
t +31 70 515 3908
f +31 70 515 3357
XXX

1 november 2021

Amice,

Naar aanleiding van uw verzoek om een quick scan van het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 28 september 2021 kan ik u als volgt berichten.

1 Inleiding

- 1.1 Allereerst merk ik echter op dat de toetsing in cassatie verschilt van die in feitelijke instanties. In cassatie is de toetsing beperkt tot een juiste toepassing van het recht en de door het hof gebruikte motivering. Dat laatste wordt bovendien beperkt getoetst. Zelfs als een andere redenering mogelijk zou zijn geweest of zelfs meer voor de hand zou hebben gelegen, betekent niet dat deze onbegrijpelijk is in cassatie-technische zin.
- 1.2 In deze zaak staat, voor zover in cassatie voor de gemeente nog van belang, centraal of de gemeente gebruik mag maken van haar eigendomsrecht van het openbare vaarwater waarin de woonboot van XXX was gelegen om verwijdering van die woonboot af te dwingen en het opnieuw innemen van een ligplaats te voorkomen.
- 1.3 Nadat de rechtbank had beslist dat de gemeente dat inderdaad kan, is het hof tot een ander oordeel gekomen. Het hof heeft, nadat het de grieven van XXX gericht op de



verjaring had verworpen, in rov. 8.6 beslist dat de gemeente misbruik maakt van recht door een beroep te doen op haar positie als eigenaar. Het hof heeft daarvoor in rov. 8.6.2 relevant geacht dat de gemeente zich al eerder tegen de aanwezigheid van de woonboot had kunnen verzetten en in rov. 8.6.3 dat zij geen beroep doet op haar eigendomsrecht om haar belangen als eigenaar te beschermen, maar primair om te voorkomen dat XXX onder het overgangsrecht valt en om te voorkomen dat de eigenaar van het grondperceel problemen met XXX ondervindt. Verder heeft het hof in rov. 8.6.5 in aanmerking genomen dat de gemeente door het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden de bescherming ondergraaft die XXX in het publiekrecht geniet op grond van het overgangsrecht. Ook heeft het hof in rov. 8.6.6 relevant geacht dat de gemeente niet opkomt voor haar eigen belangen en niet heeft onderbouwd hoe haar eigen belangen als eigenaar met de behartiging van de belangen van de eigenaar van de aanpalende grond zijn gemoeid. Feitelijk behartigt de gemeente volgens het hof ruimtelijke orderings- of volkshuisvestingsbelangen. Het gaat de gemeente volgens het hof dus feitelijk om andere belangen dan haar eigenaarsbelangen, mede omdat zij de woonark ter plaatste jarenlang heeft geaccepteerd. Ten slotte doet volgens het hof in rov. 8.7 ook de situatie als aan de orde in het arrest Rijnland/Götte¹ zich niet voor. De gemeente wil volgens het hof immers op andere gronden ontruiming bewerkstelligen dan voor het bedingen van een financiële vergoeding.

2 Alleen eigendomsbelangen?

- 2.1 Op deze beslissing valt mijns inziens om meerdere redenen af te dingen. Allereerst lijkt het hof tot uitgangspunt te nemen dat de gemeente haar belangen als *eigenaar* moet behartigen en dus niet door middel van een beroep op haar eigendomsrecht algemene belangen, zoals ruimtelijke orderings- of volkshuisvestingsbelangen, kan behartigen.

Het hof lijkt dat in rov. 8.6.2, 8.6.3 en 8.6.6 relevant te achten, nu het daar lijkt te veronderstellen dat de uit het eigendomsrecht voortvloeiende bevoegdheden alleen kunnen worden uitgeoefend als de gemeente haar belangen als eigenaar beschermt en dus niet opkomt voor algemene belangen.

- 3 Te betogen valt dat die beslissing uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de verschillende uitspraken van de Hoge Raad op dit terrein, te beginnen bij het door het hof in rov. 8.3 ook aangehaalde Windmill-arrest,² blijkt niet dat het gebruik van het privaatrecht beperkt is tot de behartiging van privaatrechtelijke belangen. Integendeel, in dat arrest ging het er juist om of de overheid een algemeen (publiek) belang kon behartigen door middel van het privaatrecht en heeft de Hoge Raad niet beslist dat dit zonder meer was uitgesloten omdat het niet ging om een eigen eigenaarsbelang. Ook

¹ HR 9 november 2012, AB 2013/1.

² HR 26 januari 1990, NJ 1991/393 m.nt. Scheltema.



in het Kunst- en antiekstudio Lelystad-arrest³ behartigde de gemeente een algemeen belang (de evenwichtige verdeling van winkelfuncties) en niet een privaatrechtelijk belang op basis van de met de Kunst- en antiekhandel gesloten overeenkomst. Dat valt ook af te leiden uit het Chidda/Amsterdam-arrest⁴ waarin de Hoge Raad in het kader van de ratio van art. 6:259 BW heeft beslist dat een overeenkomst kan dienen ter behartiging van verschillende belangen van maatschappelijke aard, waaronder planologische maar ook andere belangen en het de gemeente daarom is toegestaan om een dergelijk algemeen belang (in dat geval een financieel-economisch belang) door middel van een overeenkomst te behartigen.

4 Verder gaande beperking ontoelaatbaar?

- 4.1 Bovendien blijkt zowel uit het Kunst- en antiekhandel Lelystad als uit het Chidda/Amsterdam-arrest dat het mogelijk is om door middel van een overeenkomst het gebruik van een perceel verdergaand te beperken dan uit het bestemmingsplan volgt. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat dit niet anders is, als het gaat om de uitoefening van eigendomsbevoegdheden. Het feit dat de gemeente door middel van een beroep op haar eigendomsrecht ruimtelijke ordeningsbelangen behartigt behoeft daarom op zichzelf geen belemmering te zijn om die bevoegdheden uit te oefenen.

Mogelijk heeft het hof hier mede het oog gehad op het door hem in rov. 8.7 genoemde arrest van de Hoge Raad (Rijnland/Götte) waaruit het mogelijk heeft afgeleid dat de gemeente niet op grond van het privaatrecht dezelfde belangen mag behartigen als de met de publiekrechtelijke regeling (de Wro) beschermde publieke belangen. In dit geval zou dat dus meebrengen dat ruimtelijke ordeningsbelangen alleen op basis van het ruimtelijke ordeningsrecht (een bestemmingsplan) zouden kunnen worden behartigd en niet op basis van de bevoegdheden van de gemeente als eigenaar. Dat is echter onjuist,⁵ met name gelet op het Kunst- en Antiekstudio Lelystad-arrest, waarin ook ruimtelijke ordeningsbelangen werden behartigd op basis van een overeenkomst, hetgeen de Hoge Raad niet ontoelaatbaar oordeelde.

Bovendien heeft de gemeente in dit geval andere (beleidsmatige) belangen aangevoerd, naar het hof in rov. 8.5 en 8.6.6 heeft onderkend, waaronder een volkshuisvestingsbelang gelegen in de gedragslijn dat de eigenaar van de woonboot eigenaar moet zijn van aanpalende grond. Dat is geen belang dat zonder meer door middel van een bestemmingsplan kan worden behartigd en daarom is eveneens onjuist, althans onbegrijpelijk, waarom een ruimtelijke ordeningsbelang wordt behartigd dat alleen door middel van een bestemmingsplan kan worden behartigd. Ook het Rijnland/Götte-arrest biedt derhalve geen aanwijzing dat de gemeente geen gebruik zou kunnen maken van haar eigendomsbevoegdheden. Wel kan aan het hof worden toegegeven dat hier inderdaad niet precies dezelfde situatie aan de orde is, nu in dit geval geen ontruiming wordt gevorderd om een

³ HR 8 juli 1991, NJ 1991/691 m.nt. Scheltema.

⁴ HR 24 december 2004, NJ 2007/58 m.nt. Hijma.

⁵ Wel is overigens juist dat een overeenkomst niet (deels) in plaats van een bestemmingsplan kan worden gebruikt indien geen sprake is van gronduitgifte, maar dat is hier niet aan de orde. Zie ABR RvS 11 februari 2004, Gemeentestem 7218 (2004), 193 m.nt. Teunissen (Tuingroep de Molukken).



vergoeding te bedingen. Dit geval en het in het arrest Rijnland/Götte besliste geval liggen echter dicht tegen elkaar dan het hof kennelijk meent. Indien immers een hoge huur wordt gevraagd, kan dat ook een duidelijk prikkel zijn om de woonboot te verwijderen.

5 Misbruik van bevoegdheid?

- 5.1 Een verdere belangrijke overweging van het hof is dat de gemeente haar eigendomsbevoegdheden gebruikt om het overgangsrecht op basis van het bestemmingsplan illusoir te maken, hetgeen het hof klaarblijkelijk niet toelaatbaar acht (rov. 8.6.4 en 8.6.5). Dat lijkt echter zijn beslissing dat sprake is van doorkruising en/of misbruik van bevoegdheid niet te kunnen dragen.

Hoewel het hof in zijn beslissing in rov. 8.8 spreekt van misbruik van bevoegdheid, lijkt het hof mede te doelen (mede gelet op rov. 8.3 waarin het de doorkruising-jurisprudentie aanhaalt) op doorkruising. Duidelijk is dat niet omdat misbruik van bevoegdheid ook een rol kan spelen in het kader van misbruik van recht.⁶

De Hoge Raad heeft immers het beperken in een overeenkomst van gebruiksbevoegdheden die door een bestemmingsplan wel zijn toegestaan toelaatbaar geoordeeld in de Kunst- en antiekstudie Lelystad, Chidda/Amsterdam en Amsterdam/Geschiere⁷-arresten. Te betogen valt dat dit niet anders is bij het gebruik van eigendomsbevoegdheden. Bovendien lijkt dat a fortiori te gelden voor bestemmingen die publiekrechtelijk ook niet meer toelaatbaar worden geacht, maar die nog onder het overgangsrecht van het bestemmingsplan vallen.

- 5.2 In dit verband is verder van belang dat de eigenaarsbevoegdheid ook niet is verleend voor een bepaald doel en dus ook niet zonder meer sprake is van misbruik van bevoegdheid als daarmee tevens een (ander) algemeen belang wordt behartigd.⁸ Wel is onder omstandigheden denkbaar dat de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid onder omstandigheden in strijd kan zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (omdat sprake is van misbruik van bevoegdheid) en in dat geval misbruik van recht kan opleveren.⁹ Maar uit het zojuist aangehaalde arrest van 1998 blijkt echter dat juist wanneer andere belangen dan ruimtelijke ordeningsbelangen worden behartigd (in dat geval, net als in dit geval, naar het hof in rov. 8.6.6 heeft vastgesteld: volkshuisvestingsbelangen) dit toelaatbaar is.¹⁰ Verder is sprake van een andere situatie dan in het Amsterdam/Geschiere-arrest aan de orde was waar een vergunning was verleend om een bepaalde activiteit uit te oefenen, maar daarvoor geen privaatrechtelijke toestemming werd gegeven. Dat achtte de Hoge Raad misbruik

⁶ HR 3 april 1998, NJ 1998/588 m.nt. Bloembergen; HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Stichting Erfpachters/ s-Gravenhage); HR 9 april 1999, NJ 2000/219 m.nt. Scheltema (Gasconcessie Coevorden).

⁷ HR 5 juni 2009, AB 2009/327 m.nt. Van der Veen.

⁸ A-G Hartkamp in zijn conclusie voor Chidda/Amsterdam, onder 12.

⁹ HR 3 april 1998, NJ 1998/588 m.nt. Bloembergen; HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Stichting Erfpachters/ s-Gravenhage); HR 9 april 1999, NJ 2000/219 m.nt. Scheltema (Gasconcessie Coevorden).

¹⁰ Dat volgt ook uit het eerder aangehaalde Rijnland/Götte-arrest.



van recht. In dit geval is echter niet specifiek aan XXX een vergunning verleend, maar gaat het om een uit het overgangsrecht bij een bestemmingsplan (een algemeen verbindend voorschrift)¹¹ voortvloeiende mogelijkheid. Daarvan kan niet zonder meer worden aangenomen dat daarvan gebruik kan worden gemaakt, zoals ook volgt uit de Kunst- en antiekhandel Lelystad, Chidda/Amsterdam en Stichting Erfpachters-arresten. Overigens volgt uit Rijnland/Götte dat ook als wel een specifieke vergunning is verleend, desalniettemin andere algemene belangen dan waarop die vergunning ziet door middel van het privaatrecht kunnen worden behartigd. Ten slotte is dit geval anders omdat de gemeente ook publiekrechtelijk al heeft besloten het gebruik te beperken, maar dat vanwege het overgangsrecht niet onmiddellijk publiekrechtelijk kan realiseren.

- 5.3 Verder kan sprake zijn van misbruik van recht omdat de gemeente geen enkel redelijk belang heeft bij de uitoefening van haar recht. Dat heeft het hof echter niet vastgesteld nu het slechts heeft overwogen dat de gemeente geen (zwaarwegend) eigen belang heeft om het gebruik van het waterperceel niet langer toe te staan. Naar hiervoor is uiteengezet, is echter niet noodzakelijk dat de gemeente zich op een specifiek privaatrechtelijke eigendomsbevoegdheid beroept en is behartiging van een algemeen belang (waarvan het hof in rov. 8.5 en 8.6.6 heeft vastgesteld dat daarvan sprake is) voldoende.

Het hof lijkt in rov. 8.6.6 ook te overwegen dat de gemeente slechts opkomt voor belangen van de eigenaar van de aanpalende grond. Dat is allereerst onbegrijpelijk omdat het hof in rov. 8.5 en 8.6.6 vaststelt dat de gemeente opkomt voor het belang van de volkshuisvesting (de bereikbaarheid voor de gebruiker van de woonark (en voor hulpdiensten) niet over een anders terrein)¹² en de ruimtelijke ordening en die belangen ook als (eigen) algemene belangen kunnen worden gezien die de gemeente behartigt. Daarnaast is die overweging onjuist of onbegrijpelijk omdat de gemeente in het kader van het behartigen van het algemeen belang mede oog kan hebben voor belangen van anderen, zoals de eigenaren van aanpalende percelen. Zo geldt dat in het kader van het leerstuk van evidente privaatrechtelijke belemmeringen bij het verlenen van omgevingsvergunningen dat, met name indien vrijstellingen op het bestemmingsplan noodzakelijk zijn, rekening kan worden gehouden met de vraag of die vergunning kan worden gebruikt gelet op de privaatrechtelijke rechten van aanpalende eigenaren.¹³ Niet zonder meer valt in te zien dat dit bij het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de gemeente geheel anders zou zijn. Daarom valt niet zonder meer in te zien waarom de belangen van de eigenaar van het aanpalende perceel in het kader van de behartiging van het algemeen belang door de gemeente geen rol zouden mogen spelen en dus niet ook mede als een door de gemeente behartigd belang zouden kunnen worden aangemerkt.

¹¹ Zie bijvoorbeeld de memorie van antwoord, onder 29.

¹² Zie ook de memorie van antwoord, onder 38 en 64.

¹³ Bijvoorbeeld ABRvS 24 april 2019, AB 2019/311 m.nt. Nijmeijer.



- 5.4 Indien het hof in rov. 8.6.6 heeft beslist dat de door hem in rov. 8.5 en 8.6.6 genoemde algemene belangen niet als een redelijk belang kunnen worden aangemerkt, is dat, in ieder geval zonder nadere motivering, bovendien onjuist (of onbegrijpelijk). Als de overheid een algemeen belang behartigt, wordt immers in het algemeen aangenomen dat dit ook een redelijk belang is.¹⁴

6 Niet eerder optreden

- 6.1 Het hof heeft verder in rov. 8.6.2 relevant geacht dat de gemeente zich eerder tegen de aanwezigheid van de woonboot had kunnen verzetten.

De vraag is overigens of dit een zelfstandig dragende grond is, omdat het hof deze later in rov. 8.6.6 vooral lijkt te gebruiken als onderbouwing van zijn beslissing dat de gemeente algemene belangen behartigt en niet haar belangen als eigenaar.

De enkele omstandigheid dat de gemeente de situatie niet eerder heeft aangepakt, brengt echter niet zonder meer mee dat daarom sprake is van misbruik van recht/bevoegdheid.

In ieder geval valt lastig in te zien waarom voor de beantwoording van de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid relevant zou zijn hoe lang met de uitoefening van die bevoegdheid is gewacht. Er is dan immers ofwel sprake van misbruik omdat de bevoegdheid voor een ander doel is gebruikt ofwel geen sprake van misbruik, maar verloop van tijd maakt dat niet anders.

Bovendien heeft het hof in rov. 8.6.3 vastgesteld waarom de gemeente niet eerder heeft opgetreden. Niet zonder meer valt in te zien waarom de gemeente, gelet op haar in rov. 8.5 genoemde gedragslijn,¹⁵ niet vanaf het moment dat de eigenaren van het aanpalende perceel (eerder dan voorheen) geen toestemming meer gaven voor het gebruik van hun grond, kon overgaan tot het inzetten van haar eigendomsbevoegdheden. De beslissing van het hof is daarom onjuist of onbegrijpelijk.

7 Conclusie

- 7.1 Al met al zie ik duidelijke aanknopingspunten voor het instellen van cassatieberoep, nu op verschillende gronden valt te betogen dat de beslissing van het hof rechte onjuist, althans onbegrijpelijk is. Wel moet echter worden bedacht dat de Hoge Raad veel zaken behandelt en daarom niet alle zaken, ook niet degene waarin duidelijke rechtsklachten zijn geformuleerd die mogelijk zouden kunnen slagen, inhoudelijk

¹⁴ A-G Hartkamp in zijn conclusie voor Chidda/Amsterdam, onder 11.

¹⁵ Zie ook de memorie van antwoord, onder 13. Het hof koppelt hier overigens ten onrechte het uitsterfbeleid aan het gegeven dat men eigenaar moet zijn van de aanpalende grond.



behandelt. Dat geldt met name indien hij meent dat die zaken weinig relevant zijn voor de rechtsontwikkeling. Hij doet dergelijke zaken dan met toepassing van art. 81 RO (dus zonder motivering) af. Het is daarom belangrijk te kunnen onderbouwen waarom deze zaak voor de rechtsontwikkeling van belang is. Dat belang zou er in kunnen zijn gelegen dat de gemeente met deze beslissing ook in andere zaken problemen ondervindt bij het gebruik van haar eigendomsbevoegdheden jegens eigenaren van woonboten en dat mogelijk ook voor andere gemeenten geldt. Daartegen pleit echter dat de woonboot inmiddels is verwijderd en er geen hele duidelijke signalen zijn dat die onmiddellijk weer zal worden teruggelegd. Daar komt bij dat de beslissing van het hof, naar het hof in rov. 9.4 heeft onderkend, niet zonder meer meebrengt dat de woonboot mag worden teruggelegd nu daarvoor ook een bestuursrechtelijke beoordeling noodzakelijk is. Het is daarom de vraag of de Hoge Raad de zaak inhoudelijk zal willen behandelen.

- 7.2 Voorts moet worden bedacht dat XXX, indien de gemeente cassatieberoep instelt, mogelijk van zijn kant incidenteel cassatieberoep zal instellen op het punt van de verjaring. De gemeente zou dus ook slechter uit een cassatie kunnen komen als dat incidentele beroep wordt gehonoreerd en het cassatieberoep van de gemeente (daarom) wordt verworpen. Voorshands acht ik de kans van slagen van een dergelijk beroep echter niet heel groot.

Tot zover mijn quick scan. Ik verneem graag of ik namens de gemeente cassatieberoep heb in te stellen. Ik ben uiteraard ook graag bereid tot een nadere toelichting en tot overleg.

Met vriendelijke groet,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

M.W. Scheltema