

Enige opmerkingen over het gebruik van het privaatrecht door de overheid

Verwarring rondom Windmill, De Pina/Helmond en Lelystad

Naar aanleiding van recente jurisprudentie over het gebruik van het privaatrecht door de overheid wordt de door de Hoge Raad gehanteerde doorkruisingsformule kritisch besproken.

1. Inleiding

In een tweetal inmiddels bekende arresten (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill)¹ en HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (De Pina/Helmond)² is de vraag aan de orde of de overheid gebruik mag maken van privaatrechtelijke bevoegdheden terwijl zij ook over aan het publiekrecht ontleende bevoegdheden beschikt. De Hoge Raad geeft in Windmill een, naar het zich aan laat zien, algemene principiële regel die vervolgens in De Pina/Helmond wordt herhaald. Onaanvaardbare doorkruising van een eventuele publiekrechtelijke regeling is niet toegestaan. Het meest recente arrest HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Lelystad)³, dat nauwelijks één jaar na De Pina/Helmond is geweest, lijkt echter uit de toon te vallen. In een enkel commentaar is zelfs de term 'omgaan' gebruikt⁴. Dat zou zeer opvallend zijn. In deze bijdrage zullen wij proberen aan te tonen dat Lelystad wel degelijk past in de lijn van Windmill (nrs. 1-6). Verder besteden wij aandacht aan de waarde van de in Windmill gegeven criteria (nrs. 7-14).

2. De regel uit Windmill

In de Windmill-zaak verlangt de Staat, voor zijn *privaatrechtelijke* toestemming als eigenaar, betaling voor lozingen in de Nieuwe Waterweg (zijn *publiekrechtelijke* toestemming, de vergunning tot lozing, had hij al verleend (r.o. 3.6)). Op grond van een publiekrechtelijke regeling zou de Staat ook door middel van heffingen betaling in de wacht kunnen slepen, ware het niet dat op dat moment de daarvoor noodzakelijke AMvB (nog) niet tot stand was gebracht. De Hoge Raad maakt eerst duidelijk hoe hij het probleem ziet:

'Het gaat hier om de vraag of de overheid, in geval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar bur-

gerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen.'

Hoe moet deze vraag beantwoord worden?

'Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.'

De Hoge Raad geeft daarbij de volgende vingerwijzingen⁵:

'Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.'

3. De Pina/Helmond. Windmill heeft vaste voet aan de grond

In De Pina/Helmond is de volgende vraag aan de orde: mag een gemeente, die in de Woonwagenwet zekere bevoegdheden krijgt toegekend — met name de bevoegdheid om woonwagens die in strijd met art. 10 standplaats hebben buiten een centrum naar elders te doen overbrengen of te doen verwijderen — ook gebruik maken van haar eigendomsrecht om zulk een verwijdering te bewerkstelligen?

De Hoge Raad bevestigt het criterium van de onaanvaardbare doorkruising:

'Nu de Woonwagenwet hierin niet voorziet is voor beantwoording van deze vraag beslissend of gebruikmaking van het eigendomsrecht de regeling van de Woonwagenwet op onaanvaardbare wijze doorkruist.'

Volgens de Hoge Raad moet ook hier



Mr. T. Hartlief*



Mr. J.H.M. van Swaaij**

onder meer gelet worden op de inhoud en strekking van de Woonwagenwet (in het licht van haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die wet de belangen van de woonwagenbevolking zijn beschermd. Verder overweegt hij dat van belang is of de gemeente door gebruikmaking van de Woonwagenwet een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van eigendomsrecht, omdat:

* Werkzaam als AIO bij de Vakgroep Privaatrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

** Werkzaam als AIO bij de Vakgroep Privaatrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

1. Vgl. Damen, GSt. 6914/9, Drupsteen, TMA 1990, p. 138-139, Tjittes, BR 1990, p. 699 ev, Simon, Publiek Domein 1990, p. 148 ev, Gerritsen-Rode, Milieu en Recht 1991, p. 163, Van Maanen, R en K 1990, p. 198 ev en Konijnenbelt, Publiek domein en privaatrecht, Gerbrandybundel, p. 68 ev.

2. Vgl. Damen, GSt. 6914/10, Drupsteen, AA 1990, p. 840 ev en Gerritsen-Rode, Publiek Domein 1991, p. 25.

3. Vgl. Van Buuren, NJB 1991, blz. 1501, Damen, GSt. 6930, blz. 546, Van Duyvendijk, Adv. blad 1991, blz. 571, Kortmann, AA 1991, p. 1133, Drupsteen, AA 1991, p. 1138 en kort: Vranken, WPNR 6017, blz. 595 en Wessels, Nb. NBW 1991, blz. 7.

4. Zie bijvoorbeeld Damen, GSt. 6930, p. 549 en Bastmeijer, GSt. 6933, p. 633.

5. In HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 inzake Benckiser komen zowel de termen vergelijkbaar resultaat en onaanvaardbare doorkruising voor, maar de Hoge Raad zegt niet duidelijk welke consequenties hij aan een en ander zou verbinden.

'zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing dat geen plaats is voor gebruik van aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden.'

De Hoge Raad bevestigt Windmill dus zowel wat betreft de formulering van de vraag als wat betreft de beantwoording. De Hoge Raad herhaalt in dit arrest immers de regel 'wanneer de publiekrechtelijke regeling er niet in voorziet, dan is beslissend of die regeling door het gebruik van de litigieuze privaatrechtelijke bevoegdheid op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist'. Voor de beantwoording van deze vraag worden ook de beoordelingsmaatstaven uit Windmill vrijwel letterlijk herhaald.

4. De Windmill-criteria

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is dus een zekere lijn aan te wijzen. Wat valt nu op? De Hoge Raad heeft het zowel in Windmill als in De Pina/Helmond over *in beginsel* aan de overheid krachtens privaatrecht toekomende bevoegdheden. Met andere woorden, privaatrechtelijke bevoegdheden staan de overheid in beginsel ten dienste. Redenerend vanuit art. 2:4 BW is dat ook consequent: *tenzij uit de wet anders voortvloeit*, staan rechtspersonen, wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk en art. 2:1 BW kent rechtspersoonlijkheid toe aan — onder meer — de Staat, de provincies en de gemeenten. Met dat uitgangspunt brengt het enkele feit dat er een publiekrechtelijke regeling bestaat die aan de overheid bepaalde bevoegdheden — hoe ruim of beperkt ook — toekent ter behartiging van zekere belangen nog geen uitzondering mee op het beginsel dat de overheid van privaatrechtelijke bevoegdheden gebruik mag maken. Van een uitzondering op eerdergenoemd beginsel zal dan in concreto moeten blijken. Doorslaggevend is daarom het antwoord op de vraag: *vloeit uit de concrete (publiekrechtelijke) wettelijke regeling voort* dat de overheid bepaalde vermogensrechtelijke bevoegdheden *niet* heeft c.q. daarvan geen gebruik kan maken? Dat is in feite wat de Hoge Raad doet in Windmill wanneer hij oordeelt dat de overheid geen gebruik mag maken van privaatrechtelijke bevoegdheden wanneer:

- a. de betrokken regeling daarin *aldus* voorziet; dan wel
 - b. een publiekrechtelijke regeling door het gebruik van die (privaatrechtelijke) bevoegdheden op onaanvaardbare wijze⁶ zou worden doorkruist.
- Het is duidelijk dat wanneer de publiekrechtelijke regeling 'er in voorziet dat' gebruik van het privaatrecht *niet* is toe-

gestaan, dat dan *voortvloeit* uit de wet. Zo vloeit ook uit de regeling zelf voort dat zij (in bepaalde gevallen) op onaanvaardbare wijze doorkruist zou worden, want de constatering dat van zo'n doorkruising sprake is, berust op uitleg van die regeling (de Hoge Raad geeft in Windmill aan op welke factoren *gelet*⁷ moet worden). In beide gevallen verzetten publiekrechtelijke regels zich er met succes tegen dat de overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke bevoegdheden. In beide gevallen 'vloeit' er iets 'voort' uit de wet.

Daarmee is niets anders gezegd dan dat het gaat om de — door *interpretatie van de litigieuze publiekrechtelijke regeling* te beantwoorden⁸ — vraag of de (eventuele) publiekrechtelijke bevoegdheden *exclusief* zijn⁹.

Voor de beantwoording van deze vraag zijn twee 'criteria' van belang: 1. het voorzien in de vraag en 2. de onaanvaardbare doorkruising.

De Hoge Raad geeft niet aan wat onder 'voorzien in de vraag' moet worden verstaan. Wanneer men niet te veel gras voor de voeten van de *doorkruisingsvraag* (die pas rijst wanneer de regeling *niet* in de vraag voorziet) wil maaën, zal hier toch aan een meer *uitdrukkelijke* beperking moeten worden gedacht. Zou het bij het 'voorzien in de vraag' immers ook in belangrijke mate aankomen op inhoud en strekking (alsmede de parlementaire geschiedenis) van de regeling, dan is men al aangeland bij de eerste factor ter beantwoording van de doorkruisingsvraag. Naar het ons voorkomt ligt bij het 'voorzien in de vraag' dus meer het accent op de wetstekst, terwijl dat bij de doorkruisingsfactor meer op *inhoud en de strekking* van de regeling (in het licht van de parlementaire geschiedenis) ligt. Haarscherp is de grens niet te trekken. Bij de vraag waarin de doorkruising kan bestaan, kan vooral gedacht worden aan de regeling van de rechtsbescherming van direct- of derden-belanghebbenden, een regeling met betrekking tot toezicht en de bevoegdheidsverdeling tussen overheidsorganen¹⁰. De rechtsbescherming heeft in de jurisprudentie van de Hoge Raad een bijzondere plaats gekregen.

5. Lelystad. Exit Windmill?

In de meest recente uitspraak — het arrest van 8 juli 1991 — beriep Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV zich op de ongeldigheid van een voorwaarde in de koopovereenkomst. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.3 eerste alinea):

'Ter beoordeling van deze klacht (dat het Hof miskend zou hebben dat het een gemeente

niet vrijstaat in een overeenkomst tot gronduitgifte voorwaarden op te nemen die ertoe strekken het gebruik van de uitgegeven grond te regelen, in elk geval niet wanneer die voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond beperken of zelfs verbieden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is, TH/JHMvS) moet — ingevolge HR 26 jan. 1990, AB 1990, 408, NJ 1991, 393, — in de eerste plaats worden onderzocht of de Wet op de Ruimtelijke Ordening voorziet in de vraag in hoeverre het gemeenten vrijstaat om de belangen ter behartiging waarvan haar de in art. 10 Wet op de Ruimtelijke Ordening genoemde bevoegdheden zijn toegekend, te dienen door in overeenkomsten omtrent gronduitgifte voorwaarden omtrent grondgebruik op te nemen.'

Vervolgens constateert de Hoge Raad:

'Noch de Wet op de Ruimtelijke Ordening zoals die oorspronkelijk luidde noch de Wet op de Ruimtelijke Ordening zoals die thans na vele, soms ingrijpende herzieningen luidt, behelst een uitdrukkelijke beantwoording van deze vraag.'

De Hoge Raad overweegt daarna dat onder de vigeur van de oude Woningwet, die vóór de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening de bestemming en het gebruik van gronden regelde, het opnemen van zulke voorwaarden algemeen gebruikelijk was en dat die praktijk bestendigd was, ook nadat zij bij de verantwoordelijke minister en de Kroon op bedenkingen was gestuit en dat bij de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de wetten tot wijziging daarvan de wetgever zich niet had uitgelaten over de

6. De toevoeging 'op onaanvaardbare wijze' wordt wel als overbodig beschouwd (zie bijvoorbeeld Hartlief en Van Maanen, Kw. NBW 1989, p. 126) maar heeft volgens Simon, Publiek Domein 1990, p. 156 wel degelijk nut. Er zouden aanvaardbare vormen van doorkruising zijn.

7. Het is niet duidelijk, of de Hoge Raad dat ook zo bedoelt, maar 'letten op' is niet erg dwingend en laat daarom behoorlijke ruimte voor de rechter.

8. Vgl. Tjittes, BR 1990, p. 699 en Huijgen, Aansprakelijkheid van de overheid, diss. 1991, p. 70.

9. Dat wordt wel eens uit het oog verloren. Zo definiëren Drupsteen, AA 1990, p. 840 ev en verschillende andere auteurs met hem de 'tweewegenaar' in de volgende zin: het staat de overheid vrij een privaatrechtelijke weg te bewandelen, tenzij de publiekrechtelijke een exclusief karakter draagt. Volgens diezelfde auteurs is deze leer met Windmill verlaten. Naar onze mening is dit onjuist: het uitgangspunt dat privaatrechtelijk mag wat publiekrechtelijk niet is uitgesloten, staat nog steeds overeind en is niet verlaten. Slechts de maatstaf ter bepaling van de exclusiviteit is veranderd. Exclusiviteit kan nu ook volgen uit toetsing aan de doorkruisingsvraag. Daarmee is waarschijnlijk een beter handvat gegeven voor de beantwoording van de vraag of de publiekrechtelijke regeling exclusief is. Zie Van Duyvendijk, Adv. blad 1991, p. 572, Drupsteen, AA 1991, p. 1140, Michiels, NTB 1991, p. 97 en in meer algemene zin Tak, NTB 1989, p. 297.

10. Zie inventariserend Tak, NTB 1989, p. 297 ev en Huijgen, diss. 1991, p. 60-62.

toelaatbaarheid van de bestaande praktijk, die evenwel ook onder de vigore van de Wet op de Ruimtelijke Ordening is voortgezet.

De Hoge Raad wijst daarbij nog op de afschaffing van het preventief toezicht op gemeentelijke onroerend goedtransacties bij Wet van 13-12-1989, Stb. 566, met de vermelding dat daarbij werd opgemerkt dat gemeenten 'daardoor een meer daadkrachtig en slagvaardig beleid kunnen voeren'. Dan volgt de overweging:

'Bij deze stand van zaken moet worden aangenomen dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet *in de weg staat aan* (curs. TH/JHMvS) het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, resp. kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is.'

De Hoge Raad overweegt tenslotte dat een andere opvatting tot het resultaat zou leiden dat een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn en het ligt 'dan ook' veel meer voor de hand dat de wetgever deze materie regelt, waarbij deze ook aandacht zou kunnen besteden aan reeds bestaande voorwaarden.

6. Lelystad valt op, maar is geen nieuwe koers

De Hoge Raad onderzoekt ingevolge het Windmill-arrest of de Wet op de Ruimtelijke Ordening voorziet in de vraag in hoeverre het gemeenten vrijstaat voorwaarden op te nemen in gronduitgifte-overeenkomsten. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat de Wet op de Ruimtelijke Ordening geen *uitdrukkelijk* antwoord geeft. Dit accent op de wetstekst legt de Hoge Raad eigenlijk voor het eerst. Toch is het niet opzienbarend dat het gebeurt, omdat men wanneer men aanknoopt bij de inhoud en de strekking van de regeling, zou treden in de doorkruisingsvraag¹¹.

Vervolgens zou deze doorkruisingsvraag aan de beurt moeten komen. Als zodanig wordt zij niet genoemd, evenmin als inhoud en strekking van de regeling, wijze waarop de belangen van de burgers zijn beschermd of vergelijkbaar resultaat. Betekent dit dat de beoogde toetsing in het geheel niet plaatsvindt?

Die stelling durven wij niet voor onze rekening te nemen.

De Hoge Raad besteedt namelijk door in te gaan op de praktijk onder de oude Woningwet, uitlatingen daarover bij de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de bestendiging van de praktijk onder vigore van deze wet wel degelijk aandacht aan de inhoud en strekking van de regeling zoals die vooral blijkt uit haar parlementaire geschiedenis (de eerste doorkruisingsfactor)¹². Wat er verder ook zij van deze toetsing¹³.

Met het oordeel dat 'de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet *in de weg staat aan* het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten', is niets anders gezegd dan dat de ontoelaatbaarheid ervan niet uit die wet voortvloeit. De Wet op de Ruimtelijke Ordening is met andere woorden niet exclusief. En de rechtsbescherming dan en het vergelijkbaar resultaat? Ook zij worden als zodanig niet genoemd en dat is natuurlijk opvallend. Toch besteedt de Hoge Raad wel degelijk aandacht aan de wijze waarop de belangen van de burgers in het *privaatrecht* worden beschermd, dat gebeurt zelfs zeer uitvoerig in r.o. 3.4¹⁴. Kennelijk is deze bescherming voldoende¹⁵.

Veel waarde hecht de Hoge Raad aan de bezwaarlijke gevolgen van het als ontoelaatbaar bestempelen van een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk. Zou de rechter bij het vaststellen van de vraag of er sprake is van een *onaanvaardbare* doorkruising geen aandacht mogen besteden aan de consequenties van zijn beslissing? Naar onze mening gaat het hier om een *nieuwe doorkruisingsfactor*, daarvoor bestond ruimte, want de opsomming van deze factoren door de Hoge Raad in Windmill was gezien het consequente gebruik van 'o.m.' niet limitatief¹⁶. Concluderend: het arrest inzake Lelystad is opzienbarend vanwege de wijze waarop de Windmill-criteria worden toegepast. Niettemin gaat het om toepassing van Windmill.

In verschillende commentaren wordt dit miskend. Het meest ver gaat Damen¹⁷. Hij stelt dat de Hoge Raad om is gegaan. Na de toetsing van de inhoud en de strekking van de WRO zou de Hoge Raad abrupt zijn overgeschakeld op het 'rechtspolitieke argument' van de lang bestaande praktijk:

'Daarmee gaat de HR impliciet, maar duidelijk om ten opzichte van Windmill. Dat arrest was zo ruim geformuleerd dat het doel (een verdere beperking van de twee-wegenpraktijk) kennelijk voorbijgeschoten werd. De HR komt jammer genoeg niet op de ruime formulering in Windmill terug (...)'

Windmill wordt wel degelijk toegepast, wat er verder zij van de wijze waarop dat gebeurt. De Hoge Raad vaart geen nieuwe koers. Uit het voorgaande volgt dat de stelling van Van Duyvendijk¹⁸ dat de Hoge Raad helemaal niet toekomt aan het doorkruisingscriterium, maar 'strandt' bij een nieuw argument tussen het eerste en het tweede criterium van Windmill onjuist is. Ook Van Buuren¹⁹ beweert dat de Hoge Raad 'een toetsing van deze (doorkruisings-) criteria vermeden' heeft. De Hoge Raad toetst echter wel degelijk aan het doorkruisingscriterium. Binnen dat criterium heeft de Hoge Raad de nieuwe factor van de lang bestaande praktijk geïntroduceerd.

7. Waarde van Windmill

Met de slotsom dat Lelystad een voortzetting is van de Windmill-koers is tevens iets gezegd over de waarde van de Windmill-criteria. Iedereen is het er immers over eens dat Lelystad een opzienbarend arrest is. Hieronder nemen wij de verschillende criteria nader onder de loep.

11. Annotator Scheltema stelt in de NJ ten onrechte dat de Hoge Raad de verschillende criteria door elkaar laat lopen: 'het feit dat het om een reeds lang bestaande praktijk gaat die de wetgever kende zonder zich ertegen te keren, leidt tot de conclusie dat die praktijk aanvaard moet worden. Het lijkt erop alsof hierdoor criterium b1 (criterium b is het doorkruisingscriterium, 1 staat voor de eerste factor: inhoud en strekking van de regeling, TH/JHMvS) uit Windmill voor een belangrijk deel bij criterium a (voorziet de regeling in de vraag, TH/JHMvS) wordt ondergebracht. Er behoefde daardoor geen toepassing te worden gegeven aan criterium b: als het antwoord via a kan worden gevonden, blijft b buiten toepassing.' Criterium b1 is juist wel toegepast, nadat criterium a is bekeken. Bij dat laatste moet namelijk vooral gedacht worden aan een uitdrukkelijke beperking van de privaatrechtelijke weg, althans het accent ligt daarbij op de wetstekst.

12. In deze zin Damen, Gst. 6930, Bastmeijer, Gst. 6933, p. 634 en Kortmann, AA 1991, p. 1136.

13. Zie kritisch Scheltema in de NJ en Van Duyvendijk, Adv. blad 1991, p. 574.

14. R.o. 3.3 en 3.4 hebben allebei betrekking op de vraag of het gemeenten vrijstaat de privaatrechtelijke weg te bewandelen. Minder gelukkig is naar onze mening dat de Hoge Raad r.o. 3.3 besluit met de conclusie dat de WRO niet aan gebruik van privaatrecht in de weg staat en vervolgens ingaat op de rechtsbescherming. De conclusie dat de WRO niet in de weg staat aan gebruik van het privaatrecht zou beter aan het eind van r.o. 3.4 kunnen worden getrokken.

15. Zie Van Duyvendijk, Adv. blad 1991, p. 573 en Bastmeijer, Gst. 6933, p. 634. Kortmann, AA 1991, p. 1136 wijst er op dat het cassatiemiddel ook niet echt dwingt tot een toetsing van de rechtsbescherming.

16. Zie Kortmann, AA 1991, p. 1135.

17. Damen in zijn noot in de Gemeentestem.

18. Van Duyvendijk, Adv. blad 1991, p. 574.

19. Van Buuren, NJB 1991, p. 1502.

8. Het 'voorzien in de vraag' komt zelden voor

Het eerste criterium heeft betrekking op een antwoord dat uit de regeling zelf zou volgen. Denkbaar is dat daarbij systeem, inhoud, strekking en parlementaire geschiedenis van belang zijn, maar daarvoor heeft de Hoge Raad juist een plaats ingeruimd bij de doorkruisingsvraag. Het is waarschijnlijk om die reden dat de gedachten uitgaan naar een meer uitdrukkelijk antwoord in de regeling zelf. Of de wetgever daar snel toe over zal gaan is zeer de vraag²⁰. In de eerste plaats omdat het best aantrekkelijk kan zijn om in het midden te laten of een privaatrechtelijke weg openstaat en in de tweede plaats omdat een uitdrukkelijke beperking wetstechnisch niet altijd even eenvoudig in te passen zal zijn²¹.

9. Onaanvaardbare doorkruising. Inhoud en strekking van de regeling. Onzekerheid troef

De eerste doorkruisingsfactor²², inhoud en strekking van de regeling die vooral blijkt uit de parlementaire geschiedenis, is duidelijk de belangrijkste factor. Om verschillende redenen. In de eerste plaats omdat een duidelijke uitlating niet snel in de wetstekst, maar veel eerder in de parlementaire geschiedenis is terug te vinden. In de tweede plaats omdat de factor een 'aanzuigende werking' heeft. Het is namelijk niet altijd mogelijk om de factoren rechtsbescherming en vergelijkbaarheid van het resultaat te scheiden van de inhoud en strekking van een regeling. Rechtsbescherming en vergelijkbaarheid van het resultaat zullen daarom in veel gevallen onder de noemer inhoud en strekking worden getoetst.

Met het belang van de factor is overigens niets gezegd over de uitkomst van een eventuele toetsing. Met de inhoud en strekking, evenals met uitlatingen in de parlementaire geschiedenis, kan men zoveel kanten uit dat slechts te voorspellen is hoe de toetsing uitvalt²³. Dit blijkt vooral uit de Lelystadzaak²⁴. Terwijl wij met Damen menen dat de Hoge Raad wel toetst aan de inhoud en strekking, zijn Drupsteen, Van der Burg en Van Duyvendijk van oordeel dat de Hoge Raad daar niet aan toekomt²⁵.

10. Onaanvaardbare doorkruising. Rechtsbescherming. Voldoende waarborgen of meer?

De wijze waarop de belangen van de burger zijn beschermd, is steeds als tweede factor genoemd. Hiermee lijkt de Hoge Raad een bestuursrechtelijk stokpaardje te berijden. De belangen

van burgers zouden in het bestuursrecht op betere wijze beschermd worden dan in het privaatrecht. Verschillen zouden zich bijvoorbeeld voor kunnen doen op het punt van de activiteit van de rechter (wel/niet lijdelijkheid), wijze van toetsing (ex nunc of ex tunc), toetsing aan materiële beginselen van behoorlijk bestuur en bescherming van de derden-belanghebbenden²⁶. Maar waar gaat het nu om? Gaat het om de beste bescherming of is er geen sprake van onaanvaardbare doorkruising bij voldoende bescherming? Het tijt keert enigszins op dit punt: er ontwikkelt zich een opvatting die er van uitgaat dat de belangen van de burger in de regel in het privaatrecht voldoende worden beschermd²⁷. Terwijl de Hoge Raad in Windmill maatwerk lijkt te vragen, het op de Wet verontreiniging oppervlaktewateren gebaseerde stelsel zou de burger meer waarborgen bieden dan het privaatrecht²⁸, neemt hij in Lelystad genoegen met confectie: voldoende bescherming. Dat is opvallend, juist omdat de rechtsbescherming tot zelfstandige toetsingsfactor is benoemd. Bij dit alles moet niet uit het oog worden verloren dat het lang niet altijd eenvoudig is om vast te stellen wat de belangen van de burger meebrengen. Het is niet zo dat het privaatrecht op alle punten minder is dan het bestuursrecht of andersom. Bovendien is het heel goed denkbaar dat belangen van direct-belanghebbenden strijden met die van derden-belanghebbenden.

11. Onaanvaardbare doorkruising.

De vergelijkbaarheid van het resultaat Waarschijnlijk de minst duidelijke toetsingsfactor wordt gevormd door de vergelijkbaarheid van het resultaat. De Hoge Raad heeft er zowel in Windmill als in De Pina/Helmond op gewezen dat de mogelijkheid dat publiekrechtelijk een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt een aanwijzing inhoudt dat de privaatrechtelijke weg is afgesloten. Dit roept allerlei vragen op.

Getwist kan worden over de vraag wanneer er van een vergelijkbaar resultaat sprake is. Draait het om een feitelijk resultaat of is ook de weg waarlangs dat resultaat kan worden gerealiseerd met daarbij aan kosten en tijd verbonden voor- of nadelen van belang? Scheltema formuleert het in zijn noot onder De Pina/Helmond — als volgt:

'Ook bij de Woonwagenwet meent de Hoge Raad dat het gebruik van het privaatrecht tot eenzelfde resultaat leidt als het bestuursrecht. Het is dan maar wat men als "hetzelfde resultaat" aanmerkt. De Hoge Raad zegt dat het in beide gevallen gaat om het verwijderen van de woonwagens. Maar het bereiken van

dat resultaat is bij hantering van de Woonwagenwet juist afhankelijk van een aantal voorwaarden — zoals toestemming van gedeputeerde staten — die niet altijd vervuld zullen worden.'

Wordt de verwijdering van de woonwagens als 'resultaat' gezien, dan zal er vrijwel steeds sprake zijn van een vergelijkbaar resultaat en daarmee van een belangrijke aanwijzing dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg. Wordt echter ook *de wijze waarop* de verwijdering van de woonwagens sec bewerkstelligd moet worden onder het 'resultaat' gebracht, dan zijn de resultaten van de verschillende wegen minder gemakkelijk vergelijkbaar. De publiekrechtelijke weg om het 'resultaat in enge zin' te bereiken — verwijdering van een woonwagen — is procedureel vaak omslachtiger. Procedurele waarborgen kunnen bovendien gemakkelijk meebrengen dat dat resultaat langs die publiekrechtelijke weg helemaal niet meer bereikt kan worden.

Een ander probleem heeft betrekking op de vraag voor welk overheidsorgaan

20. Het is tegen die achtergrond niet uitgesloten dat bijvoorbeeld een uit het systeem van de volgende beperking de ene keer als 'voorzien in de vraag' en een volgende keer als 'onaanvaardbare doorkruising' wordt beschouwd.

21. Vgl. Hartlief en Van Maanen, Kw. NBW 1989, p. 125. Inderdaad zijn uitdrukkelijke uitsluitingen schaars. Zie in dit verband De Goede, preadvies VAR 1956, p. 22 ev. Droogelever Fortuyn, preadvies NJV 1965, p. 173 ev. en vooral Koeman, preadvies NJV 1980, p. 23 ev. Zie ook Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid, diss. 1989, p. 76.

22. Aanvankelijk zouden de door dit criterium bestreken gevallen ressorteren onder wat in de doctrine 'misbruik van burgerlijk recht' werd genoemd. Vgl. hierover Huijgen, diss. 1991, p. 61 ev.

23. Exemplarisch is bijvoorbeeld dat de Hoge Raad in Lelystad wijst op opmerkingen gemaakt in het kader van de afschaffing van preventief toezicht op gemeentelijke onroerend goedtransacties. Het is zeer waarschijnlijk dat daarbij in het geheel niet aan de onderhavige problematiek is gedacht. Zie ook Konijnenbelt, Gerbrandybundel, p. 85.

24. Tak, NTB 1989, p. 297 ev heeft er op aangedrongen vooral attent te zijn op 1. doorkruising van de bevoegdheidsverdeling, 2. aantasting van wettelijk toezicht en 3. ontduiking van waarborgen voor de burger. In het systeem van de Hoge Raad vallen de eerste twee factoren ofwel onder 'voorzien in de vraag' ofwel en vooral onder 'inhoud en strekking'. De rechtsbescherming heeft een eigen plaats gekregen.

25. Damen, Gst. 6930, p. 549. Drupsteen, AA 1991, p. 1140. Van der Burg noot onder AB 1991, 659 en Van Duyvendijk, Adv. blad 1991, p. 572-573.

26. Zie in dit verband Van Acht en Bauw, BR 1989, p. 752-753 en Simon, Publiek Domein 1990, p. 149-150.

27. Dit waarschijnlijk afgezien van derden-belanghebbenden. Zie in dit verband Gerritsen-Rode, NTB 1988, p. 46-47. Van Acht en Bauw, BR 1989, p. 752-753 en Bastmeijer, Gst. 6933, p. 634.

28. Ook de Afdeling Rechtspraak lijkt alleen met het beste genoegen te nemen. Zie Gerritsen-Rode, Publiek Domein 1990, p. 28-29.

of welk overheidslichaam een vergelijkbaar resultaat bereikbaar is. De Windmill-zaak laat zien dat het ene overheidsorgaan meer kan bereiken dan het andere. In Windmill zou de publiekrechtelijke weg kunnen zijn: 1. het krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren uitvaardigen van heffingsvoorschriften bij AMvB en 2. het vaststellen van heffingen op basis van art. 17 van die wet. Het feit dat die heffingsvoorschriften niet waren uitvaardigd, 'deed niet af' aan de slotsom dat die publiekrechtelijke regeling — door gebruikmaking van het eigendomsrecht (van de Nieuwe Waterweg) — op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist:

'Weliswaar brengt dit mede dat de Staat voorts nog niet op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als hij op grond van zijn eigendomsrecht zou kunnen bereiken, maar dit doet hier niet terzake. Dit is immers uitsluitend het gevolg van de omstandigheid dat deze heffingsvoorschriften nog steeds niet door de Staat tot stand zijn gebracht, een omstandigheid die aan de Staat is toe te rekenen (...)'.

Dat de Staat de AMvB niet tot stand heeft gebracht maakt niet uit: langs die weg zou een vergelijkbaar resultaat mogelijk zijn. De Staat heeft het in zijn macht om de AMvB tot stand te laten komen, wanneer dit dan niet gebeurt is dat hem toe te rekenen. Maar geldt dat ook voor een ander overheidsorgaan of overheidslichaam? Toerekening aan de gemeenten of de provincie die bij de totstandkoming van de AMvB formeel geen rol spelen, ligt toch minder voor de hand, maar betekent dat dan dat het uitmaakt welk orgaan handelend optreedt? En maakt het wat uit of een AMvB dan wel een formele wet tot stand moet worden gebracht?²⁹

Maar dan is er nog een twistpunt. Gaat het er nu om dat er juist wel of juist niet iets vergelijkbaars mogelijk is? De Hoge Raad knoopt aan de mogelijkheid van een vergelijkbaar resultaat een vermoeden vast dat de weg naar privaatrecht is afgesloten. Betekent dit dat wanneer er geen vergelijkbaar resultaat is de privaatrechtelijke weg in beginsel openstaat? Scheltema kiest bij een 'onvolmaakt bestuursrechtelijk instrumentarium' inderdaad voor de mogelijkheid van de privaatrechtelijke weg³⁰. Tenzij het gaat om een bewuste keuze van de wetgever. Scheltema:

'indien het publiekrecht juist niet in de mogelijkheid voorziet een bepaald resultaat te bereiken — omdat de wetgever dat juist niet heeft gewild — is dat dan niet een aanwijzing

dat de privaatrechtelijke weg niet gevolgd mag worden?'

Hij haalt Heesch/Van de Akker³¹ aan en wijst erop dat daar volgens het publiekrecht geen bijdrage mocht worden gevraagd voor het uitwegen en:

'juist dat feit — langs publiekrechtelijke weg kon het niet — was reden om te beslissen dat het ook niet via het eigendomsrecht kon.'³²

De opvatting van Koopmans valt waarschijnlijk onder dezelfde noemer als die van Scheltema. Koopmans stelt in zijn conclusie voor Lelystad dat de 'vergelijkbaarheid van de beoogde resultaten' hem vooral van belang lijkt:

'wanneer een resultaat wel door middel van het privaatrecht kan worden bereikt maar niet via uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals het geval was bij de uitwegvergunningen (in Heesch/Van de Akker) en bij de verwijdering van een woonwagenterrein (in de zaak De Pina)' (cursivering TH/JHMvS).

Deze opvatting neemt, wat er verder ook van zij, kennelijk als vertrekpunt dat het bestuursrechtelijk instrumentarium volmaakt is. Is iets privaatrechtelijk wel, maar publiekrechtelijk niet mogelijk dan zou dat een aanwijzing zijn voor het afgesloten zijn van de privaatrechtelijke weg. De opvatting van Scheltema en eigenlijk ook die van Koopmans veronderstelt toch weer duidelijk van de kant van de wetgever: uitdrukkelijke beperkingen zijn natuurlijk ideaal, maar uiteindelijk zal men toch belanden bij inhoud en strekking van de regeling. Steeds loopt men aan tegen het feit dat de achtergrond van het vergelijkbaar resultaat niet is te achterhalen zonder kennis te nemen van inhoud, strekking en parlementaire geschiedenis. En waar brengt het ons nu helemaal? Uiteindelijk levert het niet meer op dan een belangrijke *aanwijzing*, het betreft geen *doorslaggevende* factor³³. Hiermee is eens te meer het belang van andere factoren en dan in het bijzonder van de tekst, inhoud en strekking van de regeling gegeven. De factor 'vergelijkbaarheid van het resultaat' kan gemist worden: de factor roept teveel vragen op en belooft meer dan zij waar kan maken.

12. Onaanvaardbare doorkruising. De gevolgen van het oordeel van de rechter bijvoorbeeld in verband met een lang bestaande praktijk

De in Lelystad geïntroduceerde factor van de gevolgen van de beslissing van de rechter zal niet van grote betekenis zijn. Met het feit dat een praktijk lang bestaat,

is niet de toelaatbaarheid gegeven. Het kan meebrengen dat het op losse schroeven zetten grote gevolgen heeft. Toch zal de nieuwe factor niet vaak de uitkomst van de toetsing bepalen: in Windmill en De Pina/Helmond zou dezelfde beslissing zijn gegeven. Er zijn wel andere gevallen van een lang bestaande praktijk te verzinnen: denk aan de precarioheffingen (in verband met art. 277 Gemeentewet) en de vergoedingen voor een uitwegvergunning (in verband met art. 14 Wegenwet)³⁴, maar het is waarschijnlijk niet zonder belang dat de Hoge Raad expliciet wijst op het feit dat het in Lelystad gaat om de *rechtstoestand van onroerend goed*. Nu deze in geen van beide genoemde gevallen in het geding

29. Hier lijkt Drupsteen, TMA 1990, p. 133 betekenis aan toe te kennen.

30. Scheltema in zijn noot onder NJ 1991, 394. Juist deze ongelijkwaardigheid van het bestuursrecht en het privaatrecht roept bij anderen protest op. De vergelijkbaarheid van het resultaat zou alleen om die reden al gemist kunnen worden. Vgl. Bastmeijer, Gst. 6933, p. 634.

31. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723.

32. Daarna neemt hij stelling: 'Ook hier zou ik menen dat het criterium tegengesteld moet worden gebruikt aan hetgeen de Hoge Raad doet: kan publiekrechtelijk niet hetzelfde resultaat worden bereikt, dan is dat een sterk argument tegen het gebruik van het eigendomsrecht om dat resultaat te bereiken.'

Was het feit dat volgens het publiekrecht geen bijdrage mocht worden gevraagd voor het uitwegen nu inderdaad reden om te beslissen dat het ook niet via het eigendomsrecht kon? De Hoge Raad gebruikt andere argumenten. Volgens hem moet voorop worden gesteld dat: 'het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afd. rechtspraak RvS is geroepen. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de Afd. te volgen. Daar komt bij dat, zoals reeds vermeld, de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, al voor 'Hoogeloon' omstreden was en dat dit arrest over het algemeen is afgekeurd, terwijl ook de Kroon enige uitspraken heeft gedaan waaruit kan worden afgeleid dat zij dergelijke stelsels afkeurt.'

33. Vgl. Damen, Gst. 6914, p. 55, Simon, Publiek Domein 1990, p. 156 en Kortmann, AA 1991, p. 1136. Tak, NTB 1990, p. 265 lijkt ten onrechte een andere conclusie te trekken.

34. Ook in de zaak die leidde tot HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/V.d. Akker) met betrekking tot het uitwegvergunningstelsel was er overigens sprake van een reeds lang bestaande praktijk, maar daar was de rechtstoestand van onroerend goed niet in het geding. De Hoge Raad kwam daar tot de slotsom dat het Hof terecht had geoordeeld dat uit art. 14 Wegenwet volgt dat het door de gemeente bedingen van een vergoeding voor het verlenen van een privaatrechtelijke toestemming voor het verzoeken van de uitweg in strijd was met die wet. De Hoge Raad noemt in het arrest een aantal argumenten (afstemming op rechtspraak van de Afdeling Rechtspraak, 'Hoogeloon' omstreden en Kroon waarschijnlijk afwijzend).

is, zal de 'bestaande praktijk' zich niet verzetten tegen het oordeel 'onaanvaardbare doorkruising'³⁵.

13. Doorkruising in abstracto of in concreto?

Er is nog een ander probleem dat specifieke betrekking heeft op de doorkruisingsvraag. Moet er sprake zijn van onaanvaardbare doorkruising in de voorliggende concrete zaak, of gaat het om doorkruising van het wettelijk systeem? De laatste opvatting was eigenlijk algemeen, totdat Koopmans voor Lelystad wel heel erg naar de concrete situatie keek³⁶.

Het lijkt beter om niet teveel aandacht te schenken aan de concrete omstandigheden. Het gaat om bepaald privaatrechtelijk optreden in abstracto. Het moet niet zo zijn dat in het ene geval civielrechtelijk optreden is toegestaan en in het andere gelijksoortige niet, omdat de omstandigheden verschillen³⁷. Daarmee zou de rechtszekerheid niet gediend zijn. Maakt het uit wie de doorkruising aan de orde stelt? Zou het in de Lelystadzaak wat uit hebben gemaakt wanneer derden-belanghebbenden de doorkruisingsvraag aan de orde zouden hebben gesteld³⁸? Naar onze mening niet: wanneer van doorkruising sprake is, omdat belangen van derden – anders dan bij toepassing van de publiekrechtelijke regeling – in de verdrukking komen, moet dat oordeel ook worden geveld in de zaak van direct-belanghebbenden tegen de betreffende overheid.

14. Kritiek op en alternatieven voor de doorkruisingsformule

Wanneer men als uitgangspunt neemt dat privaatrechtelijke bevoegdheden ook toekomen aan overheden, zal men snel uitkomen bij een systeem waarin het voor het aannemen van een uitzondering in belangrijke mate afhangt van uitspraken van de wetgever of anderen die betrokken zijn bij wetgeving.

In de regel wordt dit uitgangspunt juist geacht, maar wordt kritiek uitgeoefend op het hanteren van de maatstaf ter bepaling van exclusiviteit van de publiekrechtelijke regeling. De meeste tegenwind krijgt de Hoge Raad van degenen die vinden dat er teveel ruimte is voor het privaatrecht. De kritiek op Lelystad vooral vanuit bestuursrechtelijke hoek zegt genoeg.

Kobussen laat een ander geluid horen. Zij is van mening dat de Hoge Raad te weinig oog heeft voor het feit dat er steeds meer bestuursrechtelijke waarborgen van toepassing worden geacht op het privaatrecht en op het feit dat dat

zelfde privaatrecht steeds meer door het bestuursrecht wordt 'gekleurd'³⁹. Zij zou de privaatrechtelijke weg naast een publiekrechtelijke open willen achten, behoudens die gevallen waarin het bestuursrecht specifieke waarborgen biedt⁴⁰.

Maar wanneer is er sprake van specifieke waarborgen? Dit zal toch uit tekst, systeem, inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling moeten worden afgeleid. Juist omdat de ongeschreven regels van publiek recht reeds hun civielrechtelijke partij meeblazen, zal de nadruk meer komen te liggen op geschreven publiekrecht.

Op verschillende gronden is betoogd dat de Windmill-criteria een te groot bereik hebben, omdat zij teveel uiteenlopende gevallen regelen. Zo beoogt Windmill een oplossing te bieden voor het ageren op grond van onrechtmatige daad, voor het sluiten van overeenkomsten en voor het optreden op basis van eigendomsrechten. Kritiek hierop is afkomstig van vooral Lubach⁴¹. Hij betoogt dat deze gevallen niet op één hoop gegooid kunnen worden. Bij een op onrechtmatige daad gebaseerde actie loopt men bijvoorbeeld aan tegen de eis van het 6:162-belang, terwijl het eigendomsrecht ook weer specifieke beperkingen kent. Naar onze mening toont hij niet meer aan dan dat de toetsing aan de doorkruisingsformule bij de ene bevoegdheid – door specifieke kenmerken – anders uitpakt dan bij de andere. Daar is niets op tegen.

Ook Scheltema richt zijn pijlen op het grote bereik van de Windmill-criteria. Hij acht het noodzakelijk onderscheid te maken tussen gevallen waarin de overheid publiekrechtelijke regelingen via het privaatrecht handhaaft en gevallen waarin de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent op een terrein waarop zij ook publiekrechtelijke bevoegdheden heeft⁴². Dit onderscheid valt nauwelijks te maken. Kortmann heeft daar reeds op gewezen⁴³. Bovendien komen in het stelsel van Scheltema bij beide gevallen gelijksoortige criteria aan de orde. Daarmee is het nut van de nuancerings onduidelijk geworden.

Hennekens heeft betoogd⁴⁴ dat de Windmill-criteria beter kunnen worden verruild voor toepassing van art. 3:14 BW, dat als volgt luidt:

'Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.'

Daarmee is naar onze mening niets opgelost. De bepaling neemt als uitgangspunt dat de overheid een bepaalde

bevoegdheid heeft, 'tenzij'⁴⁵. Dat het publiekrecht 'voorrang' heeft zou uit deze bepaling kunnen worden afgeleid, maar in wezen alleen wanneer die regels van publiekrecht dat meebrengen. Art. 3:14 BW geeft dan misschien een uitgangspunt, het biedt geen maatstaf of een handvat om te bepalen wanneer de privaatrechtelijke bevoegdheid ontbreekt. De doorkruisingsformule is dat wel. Daar is de doorkruisingsformule juist geheel in overeenstemming met art. 3:14 BW. Het is als het ware een uitwerking hiervan.

Het meest ver gaat de kritiek op het uitgangspunt dat de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden heeft. Dat kan ook anders: de overheid zou aan een bijzonder publiekrechtelijk en niet zozeer aan een privaatrechtelijk regime onderworpen zijn. Dit is in het bijzonder het standpunt van Tak, dat door Lubach wordt bestreden⁴⁶. Deze beroept zich, nog afgezien van de onwenselijkheid van een scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht, op (slechte) ervaringen in omringende landen en op het feit dat bepaalde privaatrechtelijke regels onmisbaar zijn. Wij sluiten ons hierbij aan. Het uitgangspunt dat de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht is, zeker zolang er geen afgeronde publiekrechtelijke regelingen zijn, juist. Acht men gebruik van privaatrecht in bepaalde gevallen onwenselijk, dan zal een uitzondering gebaseerd op regels van publiekrecht mogelijk zijn.

35. Waarschijnlijk anders Van Buuren, NJB 1991, p. 1502. Zie overigens de door Moesker, GSt. 6854, p. 176-177 besproken beslissing van de belastingkamer waarin uit de geschiedenis van art. 277 Gemeentewet wordt afgeleid dat de privaatrechtelijke weg niet is afgesloten.

36. Koopmans, conclusie voor NJ 1991, 691, sub 8.
37. In deze zin Scheltema in zijn noot bij NJ 1991, 691. Een dergelijk bezwaar richt zich waarschijnlijk ook tegen de 'algemeen belang'-toets van Simon, Publiek Domein 1990, p. 153 ev. Hij wil in het kader van de doorkruisingsvraag de respectievelijke belangen van de overheid en de burger afwegen. Daarbij komt echter teveel betekenis toe aan concrete omstandigheden van het specifieke geval.

38. Vgl. Van der Burg in zijn noot onder AB 1991, 659.

39. Juist de Hoge Raad vervult daarbij een voortrekkersrol. Lubach, NTB 1991, p. 180 heeft reeds eerder op dit opvallende punt gewezen. Aan de ene kant maakt de Hoge Raad de privaatrechtelijke weg eigenlijk steeds minder onaanvaardbaar (door steeds meer 'osmose' te laten plaatsvinden), terwijl hij aan de andere kant steeds meer privaatrechtelijke deuren dicht slaat.

40. Kobussen, De vrijheid van de overheid, diss. 1991, p. 297 ev.

41. Lubach, NTB 1991, p. 181-182.

42. Scheltema in zijn noot bij NJ 1991, 394.

43. Kortmann, AA 1991, p. 1135-1136.

44. Hennekens, AB Klassiek, p. 217-218.

45. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1054.

46. Tak, NTB 1990, p. 265 ev en Lubach, NTB 1991, p. 180.

15. Slotsom. Duidelijkheid in het stadium van wetgeving

Het wordt tijd om lijnen te trekken. De Hoge Raad heeft in Windmill een exclusiviteitsregel gegeven die hij in De Pina/Helmond heel duidelijk, en in Lelystad (opvallend) minder duidelijk heeft toegepast. De overheid mag gebruik maken van het privaatrecht, tenzij een publiekrechtelijke regeling zich uitdrukkelijk verzet of deze op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Voor deze abstracte toetsing van de publiekrechtelijke regeling is een aantal factoren van belang. De zeer onduidelijke factor van vergelijkbaarheid van het resultaat kan daarbij worden geschrapt. Ook de gevolgen van de beslissing van de rechter blijken sinds Lelystad een factor, zij het niet een factor die bij ieder mogelijk doorkruisingsgeval op zal treden. Doorkruising kan in het bijzonder worden aange-

nomen op het punt van bevoegdheidsverdeling, regeling van toezicht en rechtsbescherming. De Hoge Raad heeft de laatste tot een afzonderlijke factor gebombardeerd, terwijl de andere twee ressorteren onder inhoud en strekking van de regeling. Daarmee wordt gesuggereerd dat rechtsbescherming aan deze inhoud en strekking nevenschikt is. Ten onrechte. Inhoud en strekking van de regeling kunnen zich verzetten tegen gebruik van het privaatrecht. Daarbij komt een rol toe aan rechtsbescherming, net zo goed als aan aspecten van toezicht en bevoegdheidsverdeling. Op deze wijze komt ook een eventuele beslissing van de rechter dat de belangen van de burger in het privaatrecht *volgende* zijn beschermd (zoals in Lelystad) beter tot haar recht dan wanneer afzonderlijk aan de factor rechtsbescherming moet worden getoetst.

Eens te meer is aangetoond dat duidelijkheid gewenst is. Duidelijkheid vooral in het stadium van wetgeving. Tot nu toe is er misschien nog niet veel aandacht voor deze problematiek in het proces van wetgeving. Daarmee komt het probleem op het bord van de rechter. Die moet zich bij zijn zoektocht naar inhoud en strekking van de regeling in het bijzonder bezighouden met onduidelijke en soms tegenstrijdige uitlatingen in de parlementaire geschiedenis. Het is zaak de rechter op het goede spoor te zetten. Dat zal bijvoorbeeld de cassatieadvocaat in het oog moeten houden.

Mr. T. Hartlief

Mr. J.H.M. van Swaaij