

Je hebt een vergunning voor gebruik openbare grond maar de overheid weigert te verkopen of verhuren; kan dat zomaar?

Over de dienstenrichtlijn en verhouding publiekrecht en privaatrecht.

Deze publicatie verscheen in BR 2023/25

Auteur: S. Elbertsen & E.W.J. de Groot

1. Feitelijke achtergrond

Dit arrest (<https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2023:469>) is het vervolg in een langslpend conflict tussen Fastned¹ en de Staat. Fastned exploiteert verschillende oplaadpunten op verzorgingsplaatsen langs snelwegen. Zij wil op deze locaties ook ‘aanvullende voorzieningen’ gaan exploiteren, zoals een gemakswinkel. Hiervoor heeft zij inmiddels – na verschillende beroepsprocedures – vergunningen verkregen van de minister van Infrastructuur en Milieu (inmiddels de minister van Infrastructuur en Waterstaat). Naast deze vergunningen heeft Fastned ook privaatrechtelijke toestemming nodig van de Staat. De locaties van deze verzorgingsplaatsen zijn namelijk eigendom van de Staat.

Op grond van de Kennisgeving wijziging Voorzieningen op verzorgingsplaatsen uit 2023 (‘Kennisgeving 2013’) weigert de Staat echter structureel om toestemming te verlenen voor aanvullende voorzieningen bij oplaadpunten. In de Kennisgeving 2013 wordt dit beleid onderbouwd vanuit het oogpunt van de doelmatige en (verkeers)veilige inrichting van verzorgingsplaatsen. In de onderhavige procedure lichtte de Staat ook toe dat het doel van het beleid – kort gezegd – gelegen was in het beschermen van de opbrengst van de veiling van (concessies voor) brandstofverkooppunten. Gelet op de afspraken met zittende concessiehouders zou de Staat gehouden kunnen zijn tot vergoeding van schade die zij zouden lijden als gevolg van (meer) concurrentie door aanvullende voorzieningen.

2. Eerste aanleg

De rechtbank Den Haag oordeelde in eerste aanleg dat het beleid tot categorische weigering van toestemming voor aanvullende voorzieningen bij oplaadpunten niet door de beugel kon². Het beleid was allereerst in strijd de Europese [Dienstenrichtlijn \(2006/123/EG\)](#). Daarnaast leverde dit – aldus de rechtbank – misbruik op van de eigendomsbevoegdheid van de Staat.

Volgens de rechtbank moest het beleid van de Staat worden aangemerkt als ‘vergunningenstelsel’ in de zin van artikel 4, [lid 1](#) van de Dienstenrichtlijn. Een dergelijk

¹ *Eisers in deze zaak zijn Fastned B.V. en Mistergreen Fast Charging Network B.V. Fastned heeft Mistergreen in 2020 100% van de aandelen in Mistergreen gekocht, reden waarom wij in deze annotatie voor het gemak in enkelvoud over ‘Fastned’ spreken.*

² *Rb. Den Haag 14 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3894.*

vergunningenstelsel moet gebaseerd zijn op een dwingende reden van algemeen belang. Zuiver economische doelstellingen kunnen geen dwingende reden van algemeen belang vormen. Nu het beleid van de Staat tot doel had haar eigen financiële belangen te beschermen - meer specifiek het voorkomen van een verplichting tot schadevergoeding - was geen sprake van een dwingende reden van algemeen belang. Evenmin was gebleken dat de categorische weigering proportioneel was met het beoogde doel. Hiermee was de categorische weigering onrechtmatig wegens strijd met de [Dienstenrichtlijn](#).

Daarnaast oordeelde de rechtbank dat daar waar de Staat aan Fastned een publiekrechtelijke vergunning heeft verleend voor het realiseren van aanvullende voorzieningen, de Staat bij de uitoefening van diens eigendomsbevoegdheden tot uitgangspunt moet nemen dat Fastned gerechtigd is tot gebruik van de locatie overeenkomstig die vergunning. Dit zou volgens de rechtbank slechts anders zijn als zwaarwegende belangen zich tegen dit gebruik verzetten, maar daarvan is in dit geval geen sprake.

3. Dienstenrichtlijn

Het hof staat – helaas – slechts kort stil bij de vraag of de [Dienstenrichtlijn](#) van toepassing zou zijn omdat het beleid neergelegd in de Kennisgeving 2013 zou kwalificeren als een vergunningenstelsel. Het hof overweegt dat als dit het geval zou zijn, de positie van de Staat wat betreft de stelplicht en bewijslast ongunstiger zou zijn dan wanneer die vraag ontkennend zou worden beantwoord. In het eerste geval zou de Staat (onderbouwd) moeten stellen en zo nodig bewijzen dat het vergunningenstelsel gebaseerd is op een dwingende reden van algemeen belang. In het tweede geval zouden de stelplicht en bewijslast primair bij Fastned rusten. Die zou dan (onderbouwd) moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de categorische weigering van de Staat misbruik van bevoegdheid oplevert althans in strijd is met het gelijkheids- en/of evenredigheidsbeginsel.

Het hof laat het antwoord op de vraag over de toepasselijkheid van de [Dienstenrichtlijn](#) echter in het midden. Reden hiervoor is dat de door de Staat aangevoerde redenen om de gevraagde toestemming categorisch te weigeren hoe dan ook reeds naar nationaal recht onevenredig zijn. Voor de rechtspraak is het jammer dat het hof over deze vraag heen stapt. Het oordeel van de rechtbank – zou dit worden gevolgd – kan namelijk verstrekkende gevolgen hebben voor overheden. Tot deze uitspraak was de [Dienstenrichtlijn](#) alleen toegepast op publiekrechtelijke besluitvorming door overheden. Als de [Dienstenrichtlijn](#) ook binnen het privaatrecht moet worden toegepast, zullen overheden zich ook in het kader van bijvoorbeeld gronduitgifte op deze normen beducht moeten zijn.

Bovendien lag de conclusie van de rechtbank naar onze mening niet voor de hand. Een vergunningstelsel is in artikel 4, [lid 6](#) van de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als “*elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of uitoefening van dienstenactiviteiten [...]*”. De term ‘bevoegde instantie’ is vervolgens gedefinieerd als “*elk orgaan of autoriteit dat in een lidstaat een toezichthoudende of regelgevende rol vervult ten aanzien van dienstenactiviteiten*”. Zeker gelet op deze laatste definitie kan naar onze mening worden betwijfeld dat ook de uitoefening van privaatrechtelijke (eigendoms)bevoegdheden door overheden kunnen kwalificeren als vergunningstelsel. De

overheid handelt dan immers niet uit hoofde van een toezichthoudende of regelgevende rol ten aanzien van een dienstenactiviteit, maar als eigenaar. Dat geldt temeer indien de overheid zich bij de uitvoering van deze bevoegdheden laat leiden door overwegingen die verband houden met haar positie als eigenaar en niet door overwegingen die verband houden met haar eventuele publiekrechtelijke functie als toezichthouder of regelgever.

Dat het oordeel van de rechtbank Den Haag niet voor de hand lag, blijkt ook uit een recent vonnis van de rechtbank Amsterdam³. In die zaak lag (onder meer) de vraag voor of de gemeente Amsterdam op grond van de [Dienstenrichtlijn](#) verplicht was om bepaalde, exclusieve afmeerplaatsen te betrekken bij de privaatrechtelijke selectieprocedure voor het sluiten van huurovereenkomsten met reders. De rechtbank Amsterdam oordeelde van niet, omdat er geen sprake was van een vergunningstelsel. Volgens de rechtbank Amsterdam was bij die vraag doorslaggevend of een dienstverrichter een bepaalde periode moet wachten met de uitvoering van zijn activiteiten moet wachten voordat hij deze rechtmatig kan uitvoeren. Volgens de rechtbank gold dat in de voorliggende zaak niet, omdat de reders ook zonder de huurovereenkomst rechtmatig hun (vergunde) rondvaartdiensten konden uitvoeren.

De rechtbank Amsterdam plaatst vervolgens uitdrukkelijk vraagtekens bij het vonnis van de rechtbank Den Haag (waar door de reders een beroep op werd gedaan). Volgens de rechtbank Amsterdam gold ook in die zaak dat de mogelijkheid voor Fastned om een winkel (lees: aanvullende voorziening) op een verzorgingsplaats te exploiteren niet voortvloede uit de overeenkomst zelf, maar uit de vergunning die aan Fastned was verleend. De privaatrechtelijke overeenkomst ziet volgens de rechtbank Amsterdam alleen op het gebruik van de grond.

Deze laatste opmerking kunnen wij ten dele volgen, maar wij plaatsen daarbij wel de kanttekening dat de categorische weigering van de Staat wel betrekking had op die specifieke (diensten)activiteit. Waar het naar onze mening met name om draait, is dat indien een overheid zich bij de uitvoering van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden als eigenaar laat leiden door zijn eigenaarsbelangen, hij niet optreedt in zijn hoedanigheid als toezichthouder of regelgever ten aanzien van de dienstenactiviteit als zodanig. Net zoals de [Dienstenrichtlijn](#) niet van toepassing is op regels die door dienstverrichters in acht moeten worden genomen op dezelfde wijze als personen die handelen als particulier⁴ zou de [Dienstenrichtlijn](#) naar onze mening evenmin van toepassing moeten zijn op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door overheden op dezelfde wijze als personen die handelen als particulier dat (zouden) doen.

4. Doorkruising

In het arrest gaat het aldus het hof in de eerste plaats om de verhouding tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden van de Staat. Het hof plaatst deze vraag in de sleutel van het arrest *Amsterdam/Geschiere* (HR 5 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BH7845](#)).

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat het een gemeente niet vrijstond privaatrechtelijke medewerking te weigeren om haar grond te gebruiken omdat voor het

³ *Rb. Amsterdam 17 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1529.*

⁴ *HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16.*

beoogde gebruik al een publiekrechtelijke (standplaats)vergunning was verleend. De Hoge Raad overwoog in voornoemd arrest: *“Nu de Gemeente aan [verweerder] 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 [verweerder] 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 [verweerder] 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 [verweerder], niet tot die weigering heeft kunnen komen”.*

Het hof in de onderhavige zaak legt het arrest voornoemd zo uit dat het alleen dan van toepassing is als het private belang om te weigeren, in de publiekrechtelijke procedure al is gewogen en te licht bevonden. Het hof constateert dat die situatie zich niet voordoet (het belang is niet gewogen en kon ook niet gewogen worden), zodat de aanwezigheid van een vergunning – aldus het hof – niet met zich meebrengt dat privaatrechtelijke toestemming niet geweigerd mag worden. Het hof komt dan ook niet toe aan de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid dan wel of sprake is van zwaarwegende belangen. Uitgangspunt is immers dat de Staat gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheid.

5. Evenredigheid

Met voormeld uitgangspunt als vertrekpunt, oordeelt het hof dat de bevoegdheid van de Staat niet onbegrensd is. De grens moet daar getrokken worden waar sprake is van strijdigheid met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of misbruik van recht. In dit geval staat als onderdeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het evenredigheidsbeginsel centraal. Het hof oordeelt dat bij de toetsing van de weigering van de Staat aan het evenredigheidsbeginsel, de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de gemaakte keuze in relatie tot het gestelde doel (het nakomen van afspraken met zittende pomphouders om geen aanvullende voorzieningen toe te laten tot 1 januari 2024) bezien moet worden.

Bezien tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat een categorische weigering (onverkort in alle gevallen) om een ‘aanvullende voorziening’ toe te laten een te kort genomen bocht oplevert. Het staat immers geenszins vast of in alle gevallen de weigering nodig is om de belangen van zittende pomphouders te beschermen. Anders gezegd: het kan zo zijn dat pomphouder A last heeft van een aanvullende voorziening maar pomphouder B niet. Waar het voor de Staat op stukloopt is dus de ongenueanceerdheid van de weigering.

Aanvullend overweegt het hof nog dat de opkomst en groei van laadstation een marktontwikkeling is en dat mogelijk negatieve (concurrentie)gevolgen in beginsel behoren tot het normale ondernemersrisico van zittende pomphouders. Het hof acht – zo begrijpen wij – het te beschermen belang niet zwaar genoeg om te kiezen voor een categorische weigering.

Zonder enige nadere toelichting overweegt het hof vervolgens ook nog dat de categorische weigering niet gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang dan wel door zwaarwegende belangen. Hiermee lijkt het hof terug te grijpen op de regel uit het arrest *Amsterdam/Geschiere*, doch deze regel is in deze zaak niet van toepassing. Aldus kunnen wij deze overweging niet goed plaatsen. Ook de overweging dat de categorische weigering in strijd is met het gelijkheidsbeginsel is naar onze mening kort door de bocht. Om tot die conclusie te komen, lijkt ons de overweging 'tankstationhouders hebben immers wel recht op een shop' onvoldoende. Immers aldus wordt geen acht geslagen op de vraag; is er nu wel of niet sprake van gelijke gevallen? Het komt ons voor dat die conclusie niet zonder nader onderzoek – welk onderzoek ontbreekt in het arrest – te trekken is.