

20. Geen huur maar concessie: rechtsleer Hoge Raad overboord?

MR. M.H.P. DE WIT

In juli 2018 deed de kantonrechter Leeuwarden een uitspraak over het door Van Meurs geëxploiteerde parkeerterrein P1 bij de Tsjerk Hiddessluizen in de gemeente Harlingen. Aan de hand van het aanbestedingsrecht oordeelde de kantonrechter dat sprake is van concessie, en niet van huur. In dit artikel wordt deze uitspraak besproken, onder meer aan de hand van het *Haagse Vishuisjesarrest* en arrest *Kasteel Groeneveld*.

Inleiding

De concessie is een instrument dat de overheid gebruikt wanneer zij aan een private partij een activiteit van algemeen belang laat uitvoeren.¹ Anders gezegd betreft het overheidstoestemming om een activiteit van openbaar nut te ondernemen,² waarmee veelal een openbaar karakter is gemoeid.³ Deze aanduiding doet vermoeden dat de ‘concessie’ een duidelijk, goed omlijnd juridisch begrip is. Dat beeld blijkt niet juist. Over het rechtskarakter is in de loop der tijd verschillend geoordeeld: soms vond men dat het een publiekrechtelijk besluit betrof, dan weer werd het gekwalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst. Zoals onder omstandigheden gebruik van privaatrechtelijke instrumenten door de overheid een onaanvaardbare doorkruising van publiekrecht kan opleveren⁴, zo kan ook het voorbijgaan aan dwingend privaatrecht – vooral privaatrecht dat tot strekking heeft zwakkere rechtsgenoten te beschermen – onder omstandigheden onaanvaardbaar zijn.⁵ Over dit laatste ging het in het arrest *Lieshout c.s./Gemeente Den Haag*, ook wel het ‘*Haagse Vishuisjesarrest*’ genoemd.⁶ Eind 2015 besprak ik in dit blad deze klassieker.⁷ Onlangs deed de kantonrechter Leeuwarden een uitspraak die het bespreken waard is. Het door de Hoge Raad gehanteerde criterium werd namelijk door de kantonrechter overboord gezet. In dit artikel wordt teruggeblikt op de doctrine van de Hoge Raad, bespreek ik de inhoud

en mogelijke gevolgen van uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden, mede aan de hand van het arrest inzake *Kasteel Groeneveld*.⁸

Haagse Vishuisjes-arrest

Allereerst dus de Hoge Raad in het *Haagse Vishuisjesarrest*. Waar ging dit arrest ook al weer over? De gemeente Den Haag had aan marktkooplieden stenen gebouwtjes (‘vishuisjes’) op de Haagse Markt in gebruik gegeven. Van oorsprong werd handel in vis vanuit deze vishuisjes gedreven, vandaar de naam. *Lieshout* gebruikte zijn vishuisje voor de door hem gedreven markthandel in kleding; Van der Nol, een andere partij in de procedure in casu, gebruikte zijn vishuisje voor de markthandel in schoenen: het publiek kon er schoenen in passen. De tegenprestatie betrof een vergoeding die overeenkwam met de tarieven uit de gemeentelijke Marktgeldverordering. Sommige vishuisjes hadden marktvergunningen, voor andere werden precariorechten betaald.

In 1989 besloot de gemeente om de markt opnieuw in te delen, en de gemeente zegde het gebruik van de huisjes vervolgens op. Menig exploitant van een vishuisje was het met deze opzegging oneens en startte naast een bestuursrechtelijke procedure ook een civielrechtelijke procedure bij de kantonrechter in Den Haag met als doel de opzegging van tafel te krijgen. In die procedure werd de vraag beantwoord of het gebruik van de vishuisjes moest worden gekwalificeerd als privaatrechtelijke huur van bedrijfsruimte, dan wel als publiekrechtelijk gebruik op basis van gemeentelijke regelingen.

De kantonrechter oordeelde dat op de rechtsverhouding tussen partijen voor wat betreft het gebruik van de litigieuze vishuisjes de artikelen 7A:1624 e.v. oud BW van toepassing zijn. Het gebruik kwalificeerde als huur van

1 En een activiteit waarvan de overheid de instandhouding wezenlijk vindt, aldus Dankers-Hagenaars, 2000, a.w. P. 378 en idem, 2003, a.w., p. 673.

2 A.M.L. Jansen, ‘Een “never ending story”’, *JBplus*, 2005/3, p. 123.

3 Vgl. M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer, Wolters Kluwer 2003, p. 99-101.

4 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 (*Windmill-arrest*).

5 Noot A.R. Bloembergen bij HR 31 januari 1997, *NJ* 1998/545.

6 HR 31 januari 1997, *NJ* 1998/545.

7 M.H.P. de Wit, ‘*Haagse Vishuisjes-arrest*’, *HIP* 2015/247.

8 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405.

bedrijfsruimte. Hierop ging de gemeente in hoger beroep bij de rechtbank. In tegenstelling tot de kantonrechter oordeelde de rechtbank vervolgens dat géén sprake was van huur. De rechtbank vond dat de rechtsverhoudingen tussen de gemeente en de kooplieden op de markt in overwegende mate werden beheerst door *publiekrechtelijke verordeningen*, en dat er in de praktijk ook conform die verordeningen werd gehandeld. Het gebruik van de vishuisjes was, met andere woorden, onlosmakelijk met de markt verbonden. En die markt werd hoofdzakelijk beheerst door publiekrechtelijke regelingen. Aan een en ander deed volgens de rechtbank niet af dat in een tweetal brieven van de gemeentelijke Dienst Haven- en Marktwezen met betrekking tot – onder meer – de vishuisjes werd gesproken van ‘huurcontracten’, ‘huurachterstand’, ‘huurders’ en ‘huur’, en dat op een aantal aan Lieshout c.s. gerichte nota’s ‘huur hallen’ stond vermeld. Dit woordgebruik was onvoldoende voor het zonder meer aannemen van overeenkomsten van huur en verhuur.

De hamvraag voor de kwalificatie van een overeenkomst als huurovereenkomst dan wel concessie is of het gebruik hoofdzakelijk wordt beheerst door publiekrechtelijke regelingen

Hierop stelden Lieshout c.s. cassatie in. De Hoge Raad bekrachtigde het oordeel van de rechtbank, stellende dat de rechtbank geen onjuiste maatstaf heeft gehanteerd om te komen tot haar oordeel.⁹

Het Vishuisjesarrest stond en staat niet op zichzelf. In gelijke zin oordeelde Hof Amsterdam eerder al in zijn arrest van 17 november 1994. In dit arrest was sprake van het privaatrechtelijk gebruik van de ‘IJ-markt’ in Amsterdam. Daarbij werd de uitgifte evenmin als huur aangemerkt, ondanks de betaling van een eenmalige investeringsbijdrage en creditering van het marktgeld als ‘huur’.

Hetzelfde lot trof de ijsverkoper op een locatie langs een parkeerterrein in Spaarnwoude. Hij was daarvoor door de gemeente een vent- en standplaatsvergunning verstrekt. Ook dat gebruik merkte de rechter (in 2008) niet aan als huur. De ingebruikgeving van de standplaats vond ook hier haar basis in een publiekrechtelijke regeling, terwijl ook de vergoeding voor het gebruik van de standplaats op een publiekrechtelijke regeling (namelijk de Legesverordening) was gestoeld.¹⁰ Geheel in lijn met de Hoge Raad in het Vishuisjesarrest en het IJ-markt-arrest oordeelde de rechter in de bovengenoemde gevallen dat de rechtsverhouding tussen overheid en gebruiker publiekrechtelijk van aard was.

Uitspraak kantonrechter Leeuwarden 10 juli 2018

Kortom, de hamvraag voor de kwalificatie van een overeenkomst als huurovereenkomst dan wel concessie, is of het gebruik hoofdzakelijk wordt beheerst door publiekrechtelijke regelingen. Echter, dat die leer van de publiekrechtelijke grondslag niet in beton is gegoten blijkt uit de uitspraak die Rechtbank Noord-Nederland, Kamer voor kantonzaken Leeuwarden, onlangs deed.¹¹ Deze zaak ging over het volgende.

Van Meurs, exploitant van parkeerterrein P1 bij de Tsjerk Hiddessluizen in de gemeente Harlingen, eiste dat hij tot in 2042 de parking mag exploiteren. In 2017 liep de huurovereenkomst met de gemeente na 25 jaar af en Van Meurs verzocht om verlenging met nog eens 25 jaar; een recht dat was vastgelegd in de huurovereenkomst. De gemeente Harlingen wenste daar niet in mee te gaan. Zij wilde meer inkomsten genereren en wil dit via een aanbestedingsprocedure bewerkstelligen. Van Meurs wendt zich vervolgens tot de kantonrechter om te voorkomen dat er wordt aanbesteed, en eist dat de huurovereenkomst met de gemeente wordt voortgezet. Rederij Doeksen, die geïnteresseerd was om de exploitatie van Van Meurs over te nemen, mengde zich vervolgens in de zaak als aanbestedingskandidaat; de rederij wil de passagiers graag een ‘full service’ bieden, inclusief parkeerplek.¹²

Van Meurs vorderde een verklaring voor recht dat de met de gemeente Harlingen gesloten huurovereenkomst in 1992 rechtmatig is gesloten en verzocht de kantonrechter verder de gemeente te gebieden tot 1 april 2042 ongewijzigd uitvoering te geven aan de huurovereenkomst van het parkeerterrein. Tevens vroeg Van Meurs herziening van de huurprijs.

Indien het exploitatierisico is overgedragen, is er geen sprake van een huurovereenkomst, maar van een concessieovereenkomst

De gemeente Harlingen wierp vervolgens een bevoegdheidsincident op. Volgens haar was geen sprake van huur maar is sprake van een concessieovereenkomst. De kantonrechter haakte voor de kwalificatie van een concessieovereenkomst verrassend aan op artikel 1.1. van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 5, aanhef en onder 1 (b) van de Richtlijn 2014/23/EU. Deze luidt als volgt:

‘Een concessie(opdracht) voor diensten is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen

⁹ HR 31 januari 1997, NJ 1998/545, r.o. 3.4.

¹⁰ Ktr. Haarlem 18 april 2008, NJF 2008/273 (*Snackbar Spaarnwoude*). Zie tevens Rb. Den Haag 19 november 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG6708.

¹¹ Ktr. Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2661.

¹² *Harlinger Courant* 11 juli 2018, ‘Meurs naar Kamer voor handelszaken’.

onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.’

Volgens de kantonrechter volgde hieruit dat bij een concessie sprake moet zijn van de volgende elementen:

1. een schriftelijke overeenkomst;
2. onder bezwarende titel;
3. waarbij de tegenprestatie (van de aanbestedende dienst) bestaat uit de overdracht aan de concessiehouder van het recht een dienst of een werk te exploiteren.

De kantonrechter oordeelde dat in casu inderdaad sprake is van een schriftelijke overeenkomst. In die overeenkomst is voorzien in een vergoeding die A (Van Meurs) aan de gemeente moet betalen voor het gebruik van het parkeerterrein, de parkeergarage en ‘overloopterreinen’. De elementen 1 en 2 zijn dus aanwezig, aldus de kantonrechter. Vervolgens rees de vraag of ook aan het derde criterium is voldaan. Hierover oordeelde de kantonrechter als volgt:

‘Wezenlijk voor een concessie is dat er een opdracht is tot exploitatie en dat het exploitatierisico is overgedragen. De overeenkomst heeft betrekking op (schaarse) parkeervoorzieningen die bedoeld zijn, en tevens noodzakelijk zijn voor het zogenoemde eilandgerelateerd parkeren. Het staat niet ter discussie dat A op grond van de overeenkomst die parkeervoorzieningen niet alleen mag exploiteren, maar dit ook moet doen. In de overeenkomst ligt dus een opdracht tot exploitatie besloten. Met de overeenkomst heeft de gemeente ook het exploitatierisico aan A overgedragen. De verantwoordelijkheid voor een kostendekkende of winstgevendende exploitatie ligt immers bij A, zonder de garantie dat haar investeringen of kosten kunnen worden terugverdiend. A is voor haar inkomsten afhankelijk van de parkeervraag van de eilandgangers.

De voorlopige conclusie is dat sprake is van een concessieovereenkomst. De parkeervoorzieningen zijn enkel in gebruik gegeven om daar het eilandgerelateerd parkeren te exploiteren. De vorderingen hebben dus geen betrekking op een huurovereenkomst, maar op een concessieovereenkomst. Niet de kantonrechter, maar de kamer voor handelszaken is bevoegd om van de vorderingen kennis te nemen.’ (onderstreping MdW)

Volgens de kantonrechter is in casu het exploitatierisico overgedragen, is er dus geen sprake van een huurovereenkomst, maar van een concessieovereenkomst. Om die reden moet de zaak daarom behandeld worden door de kamer voor handelszaken.

Bespreking oordeel kantonrechter

Over deze kwalificatie door de kantonrechter valt een aantal punten op te merken. Overeenkomstig het Haagse Vishuisjesarrest (en ook IJ-marktarrest) dient de ingebruikgeving

haar basis te vinden in een publiekrechtelijke regeling wil er sprake zijn van een concessie. De rechter haakt verrassend genoeg (verder niet gemotiveerd) niet aan bij dit criterium. In casu zou dan de vraag moeten worden beantwoord of het gebruik van het parkeerterrein door Van Meurs wordt beheerst door publiekrechtelijke verordeningen en of er in de praktijk ook conform die verordeningen werd gehandeld. De rechter rept hier met geen woord over.

Wél baseert de rechter zijn oordeel uitsluitend op de definitie van ‘concessieovereenkomst’ uit de Aanbestedingswet (en Aanbestedingsrichtlijn). De vraag rijst echter of dit wel terecht is. Immers, de definities die zijn opgenomen in die wet zijn uitsluitend bedoeld om na te gaan welke overheden hun opdrachten moeten aanbesteden en hoe zij dat moeten doen. Met een aanbesteding krijgen zij de beste prijs-kwaliteitverhouding. Overheden moeten zich bij de keuze voor een bedrijf houden aan aanbestedingsprocedures. Dit schrijft de Aanbestedingswet voor. De wet gaat uit van de volgende regels:

- Non-discriminatie: overheden mogen geen onderscheid naar nationaliteit maken.
- Gelijke behandeling van ondernemers: overheden moeten iedereen op dezelfde manier behandelen. En iedereen krijgt dezelfde informatie.
- Transparantie: ondernemers krijgen inzicht en informatie over aanbestedingen.
- Proportionaliteit: de eisen die overheden stellen bij aanbestedingen, staan in verhouding tot de werkzaamheden van de opdracht. En de omvang ervan.

Bovendien maakt de Aanbestedingswet een onderscheid tussen de overheidsovereenkomst van opdracht en concessie. In de Europese aanbestedingsregels wordt als definitie gehanteerd dat van een overheidsopdracht sprake is wanneer er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot stand komt tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener. Een dergelijk nadrukkelijk onderscheid kent het Burgerlijk Wetboek niet.

Dit alles maakt dat mijns inziens de definities uit het aanbestedingsrecht bedoeld zijn om overheden te voorzien van een manier om opdrachten in de markt te zetten. Deze definities passen niet goed om de reikwijdte van bijzondere overeenkomsten in het Burgerlijk Wetboek – zoals de huurovereenkomst – te duiden, laat staan in te perken.

Het lijkt mij niet onjuist dat een overheid voor c.q. bij aangaan van een huurovereenkomst toetst of zij voldoet aan haar aanbestedingsverplichtingen. Echter, naar mijn mening houdt het daar niet op. Vervolgens kan, op basis van jurisprudentie, worden beoordeeld of van een concessie of een huurovereenkomst sprake is.

Gemengde overeenkomst

Verder is het de vraag of de rechter terecht heeft geoordeeld dat met de huurovereenkomst tevens de exploitatie is overgedragen. Naar mijn mening hoeft dat niet het geval te zijn. Immers, verdedigd kan worden dat door het sluiten van de huurovereenkomst uitsluitend het grondstuk in huur wordt

verstrekt, en dat daarmee nog niet expliciet wordt beoogd een exploitatie(risico) over te dragen.¹³ Mocht in de onderhavige casus inderdaad niet expliciet zijn beoogd om het exploitatie(-risico) over te dragen, dan kan de uitspraak (onbedoeld) een verstrekkend gevolg hebben. Immers, dan zou beredeneerd kunnen worden dat in feite iedere reguliere 'huurovereenkomst' met een overheid kwalificeert als concessie, en aldus de beschermende bepalingen van het huurrecht buitenspel staan.

Mogelijk gevolg van de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden is dat iedere huurovereenkomst met een overheid kwalificeert als een concessie

Indien wél uitdrukkelijk in de huurovereenkomst is beoogd c.q. benoemd om een exploitatie(risico) over te dragen, dan zou dat impliceren dat de huurovereenkomst in casu kan worden gekwalificeerd als een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 BW. Namelijk een duurovereenkomst tot het uitvoeren van de exploitatie van het parkeerterrein, gecombineerd met het recht van gebruik van de grond voor een parkeerterrein. In dat geval kan worden aangesloten bij de beslissing van de Hoge Raad in het arrest Kasteel Groeneveld.¹⁴ De casus die leidde tot dit arrest was als volgt:

De Staat der Nederlanden (het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie) sloot in 2002, na een aanbesteding, een overeenkomst met een dochtervenootschap van cateraar P4. Deze overeenkomst zag op het verrichten van cateringdiensten en het exploiteren van ruimten in Kasteel Groeneveld in Baarn. Het ging bij deze overeenkomst om de exploitatie van het restaurant, banketactiviteiten en het verzorgen van personeelsdiensten. Eind 2011 schrijft de Staat een nieuwe aanbestedingsprocedure uit. Ook P4 schrijft weer in. In februari 2012 berichtte de Staat aan P4 dat de aanbesteding van de overeenkomst door een andere partij is gewonnen. De Staat zegde de overeenkomst met P4 vervolgens op. In de bodemprocedure die leidde tot dit arrest van de Hoge Raad nam P4 het standpunt in dat sprake is van een huurovereenkomst met de daaraan verbonden huurbescherming van artikel 7:290 e.v. BW. De Staat stelde zich op het standpunt dat er géén sprake is van huurbescherming.

Nadat de kantonrechter de vorderingen afwees op de grond dat geen sprake is geweest van een huurovereenkomst, overwoog het hof vervolgens dat de overeenkomst zowel de kenmerken van een dergelijke artikel 7:290 BW-huurovereenkomst bevat als de kenmerken van een overeenkomst van opdracht (de cateringdiensten). Het hof paste vervolgens artikel 6:215 BW toe, welk artikel bepaalt:

'Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.'

Eerst onderzocht het hof of splitsing van de overeenkomst in twee afzonderlijke overeenkomsten mogelijk is. Een daarvan zou dan een huurovereenkomst zijn en ten

aanzien daarvan zou aan P4 vervolgens huurbescherming toekomen. Het hof oordeelde dat dit niet mogelijk is omdat, volgens het hof, partijen één overeenkomst voor ogen stond. Splitsing was dus niet mogelijk. Vervolgens overwoog het hof dat de voor beide overeenkomsten gegeven bepalingen niet goed verenigbaar waren dan wel de strekking daarvan zich in verband met de aard van de overeenkomst ook tegen toepassing verzette. Huurbescherming laat zich namelijk niet verenigen met de aanzienlijk vrijere opzeggingsmogelijkheid van een overeenkomst van opdracht.

Kan de overeenkomst niet worden gesplitst, dan dient te worden beoordeeld welk element voor de opzegging overheerst

Ten slotte onderzocht het hof welk element voor de opzegging overheerst: het huurrechtelijke element of het element van de overeenkomst van opdracht. Het hof concludeerde hierop als volgt:

'Het hof is van oordeel dat het verlenen van cateringdiensten zodanig centraal staat en overheerst dat het huurelement (in dit geval de huurbeschermingsbepalingen) daaraan ondergeschikt is.'

Het hof neemt hierbij onder meer in overweging:

'Bij de aan de overeenkomst voorafgaande aanbesteding heeft de Staat duidelijk aangegeven dat zij een cateringovereenkomst wilde sluiten, in de overeenkomst wordt tot uitdrukking gebracht dat het om een cateringovereenkomst gaat, de bepalingen in de overeenkomst die betrekking hebben op de ruimten zijn van ondergeschikte betekenis en de openingstijden van het restaurantgedeelte (het gehuurde) zijn gelijk aan die van het kasteel.'

Nu de overeenkomst van opdracht op deze wijze overheerst en de huurbescherming zich niet verdraagt met de (aanzienlijk vrijere) regels voor de opzegging van een overeenkomst van opdracht, overwoog het hof dat aan P4 geen huurbescherming toekomt.

13 Ik merk hierbij op dat in de uitspraak niet staat vermeld of de gemeente dit risico droeg voordat de huurovereenkomst werd aangegaan.

14 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405.

Hierop ging P4 in cassatie. De Hoge Raad bekrachtigde het arrest van het hof:

‘Gelet op het voorgaande heeft het hof, na te hebben vastgesteld dat de overeenkomst mede voldoet aan de omschrijving van de overeenkomst van huur en verhuur (van bedrijfsruimte), terecht onderzocht of de rechtsverhouding tussen partijen kan worden gesplitst in twee afzonderlijke overeenkomsten. Het hof heeft, na ontkennende beantwoording van die vraag en bij het uitgangspunt dat de regels omtrent opzegging van een huurovereenkomst enerzijds, en die geldend voor de opzegging van een overeenkomst van opdracht anderzijds, onverenigbaar zijn, geoordeeld dat het verlenen van cateringdiensten in dit geval zodanig centraal staat en overheerst dat de regels voor opzegging van de overeenkomst van opdracht dienen te worden toegepast. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.’

Gezien de ogenschijnlijk grote gelijkenis van de ‘casus Kasteel Groeneveld’ met die van ‘casus Van Meurs’, is het opmerkelijk te noemen dat de kantonrechter Leeuwarden in de uitspraak niet het voornoemde Kasteel Groeneveld arrest noemt, laat staan daaraan refereert.

Conclusie

Terug naar het oordeel van de kantonrechter Leeuwarden ter zake het parkeerterrein in Harlingen. Naar mijn mening zijn er voldoende aanknopingspunten om te stellen dat de kantonrechter had kunnen opteren voor ofwel de doctrine van de Hoge Raad in Haagsche Vishuisjes, ofwel de route die het hof en Hoge Raad hebben genomen in het Kasteel Groeneveld-arrest ofwel eenvoudigweg kunnen concluderen dat ‘slechts’ sprake is van een huurovereenkomst. Dat de kantonrechter alle drie de routes links heeft laten liggen en louter geopteerd heeft voor verwijzing naar het aanbestedingsrecht, is bijzonder en mijns inziens onjuist. Of Van Meurs, de exploitant van het parkeerterrein overigens geholpen zou zijn bij gebruikmaking door de kantonrechter van de leer uit een van deze arresten, is nog maar de vraag. In beide kwesties trokken beide exploitanten namelijk aan het kortste eind.

Over de auteur

Mr. M.H.P. (Michiel) de Wit

Advocaat bij Lexence N.V. en lid van de redactie van HIP.