

# Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang

Conceptpaper 4<sup>e</sup> expertmeeting Publiek- en privaatrecht in dialoog  
september 2022

Nicolas CARETTE

*Hoogleraar Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Persoon & Vermogen  
Advocaat-vennoot Equator Advocaten Antwerpen/Brussel  
Co-Algemeen Directeur ICBO*

Samuel DE WINTER

*Master in het Notariaat  
Aspirant FWO geaffilieerd met de Universiteit Antwerpen, onderzoeksgroepen Persoon & Vermogen –  
Overheid & Recht*

## Samenvatting

1. In deze paper worden de essentialia van het Belgische domeingoederenrecht besproken. Daarbij komen zowel materieelrechtelijke als procedurele aspecten aan bod. De materieelrechtelijke aspecten betreffen onder meer de definitie van het openbaar domein, de verhouding ten opzichte van het privaat domein, het onderscheid en de graduele vervaging tussen beide. De procedurele aspecten hebben onder andere betrekking op de (des)affectatie van openbare domeingoederen en de rechtsbescherming inzake het openbaar domein voor zowel de overheid als de burger.
2. Uit de bespreking hieronder zal blijken dat, samengevat, twee woorden het Belgische domeingoederenrecht typeren: een conflictueus en een verkokerd recht.
3. Met 'conflictueus' doelen we op de vaststelling dat het Belgische domeingoederenrecht wordt gekenmerkt door tegenstellingen, zowel tussen het algemeen en het privaat belang enerzijds als tussen theorie en praktijk anderzijds. Langs de ene kant vallen bepaalde goederen van de overheid, meer bepaald die van het openbaar domein, in theorie nog steeds buiten het 'gemene' vermogensrecht. Dit is nog steeds het (weliswaar recent afgezwakte) uitgangspunt in de wetgeving, de rechtspraak en de rechtsleer. In de praktijk daarentegen hebben de wettelijke en jurisprudentiële uitzonderingen op de extracommercialiteit van het openbaar domein voor een dusdanig forse dijkbreuk gezorgd dat men zich kan afvragen of het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein nog wel als een 'dijk' boven water staat. Zou het niet allemaal gemakkelijker en juister zijn om te stellen dat de overheid in beginsel zoals een andere particulier haar goederen beheert en erover beschikt, tenzij het algemeen belang daardoor in het gedrang zou komen? Het algemeen belang is immers het *Leitmotiv* dat al het doen en laten van de overheid beheerst of zou moeten beheersen.
4. Met 'verkokerd' doelen we op het gegeven dat naar Belgische recht de rechtsbescherming voor een burger en de precieze gevolgen die een affectatie voor zijn goed heeft, van sector tot sector bekeken moeten worden. Het valt te overwegen om een overkoepelende wet in te voeren, waarin de genoemde aspecten van het domeingoederenrecht uniform geregeld worden. Het nieuwe artikel 3.45 BW biedt hiertoe weliswaar een aanzet, maar komt als vrij lacuneus en dus weinig bevredigend over, te meer daar belangrijke punten van

discussie hierin niet beslecht worden. In deze uniforme wet zou met name meer aandacht moeten uitgaan naar het specifieke geval waarin een goed met openbare bestemming eigendom is van een particulier, meer bepaald naar de (omvang van de) vergoeding waarop hij voor de beperkingen van zijn eigendomsrecht aanspraak kan maken.

## Vraag 1

### Onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein

5. Bij de totstandkoming van de *Code Napoléon* in 1804 bestond het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein nog niet. Dit wetboek verwijst weliswaar naar (bepaalde) goederen van de overheid en geeft er enkele (gedateerde) voorbeelden van,<sup>1</sup> maar het domeingoederenrecht als leerstuk is pas later ontwikkeld in de rechtspraak en de rechtsleer<sup>2</sup>. Al snel kwam er in de rechtsleer (felle) kritiek<sup>3</sup>, vooral over het weinig flexibel geachte rechtsregime toepasselijk op het openbaar domein, dat het rechtsverkeer en bij uitbreiding de economie niet ten goede zou komen.

6. In het nieuwe Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat (met eerbiedigende werking) in werking is getreden per 1 september 2021, heeft de wetgever het onderscheid tussen privaat en openbaar domein behouden maar ook getracht aan voornoemde kritiek tegemoet te komen door het rechtsregime van het openbaar domein te flexibiliseren, waarop we later terugkomen. Het nieuwe artikel 3.45 BW spreekt overigens niet langer over 'domeingoederen' maar 'publieke goederen'.

Artikel 3.45 BW luidt integraal: “Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd.

Goederen behorend tot het openbaar domein zijn niet voor verkrijgende verjaring door een andere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke persoon vatbaar en kunnen evenmin het voorwerp van natrekking of van enige andere wijze van oorspronkelijke verkrijging zijn ten gunste van een andere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke persoon. Evenwel kan een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingoed bestaan in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat.”

### Verhouding tussen het privaat en het openbaar domein

7. Wat het nieuwe artikel 3.45 BW thans uitdrukkelijk verankert, is het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein en meer bepaald de precieze verhouding tussen beide. Deze

---

<sup>1</sup> Zie bv. het oude art. 538, 539 en 541 BW.

<sup>2</sup> R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht*, II, *Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 32; P.-J. PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. I, Dijon, Lagier, 1845, 63, nr. 47; A. BUTTGENBACH, *Modes de gestion des services publics*, Brussel, Larcier, 1952, nrs. 106 *et seq.*; J. DE STAERCKE, *Juridisch statuut van overheidsgoederen*, Gent, Larcier, 2007, 94 p.; D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE en M. PÂQUES, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics* in *Rep. not.*, t. XIV, l. VII/1, Brussel, Larcier, 2008, nr. 77; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Luik, Faculté de Droit UCL, 1970, nrs. 250 *et seq.*; P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 303; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER en F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2013, 227.

<sup>3</sup> Zie de verwijzingen bij S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 119, nr. 233.

bepaling bevestigt het meerderheidsstandpunt uit de rechtsleer<sup>4</sup> dat het privaat domein de regel is en het openbaar domein de uitzondering. Het is dus van belang om eerst stil te staan bij de definitie van het openbaar domein. In de mate dat een goed niet aan die definitie beantwoordt, valt het in het privaat domein, waarop in principe (behoudens verderop uitgewerkte nuanceringsen) het gemeen vermogensrecht van toepassing is. Dit betekent concreet dat wanneer de overheid bijvoorbeeld een goed verwerft, waartoe zij over bijzondere, door het algemeen belang ingegeven instrumenten zoals de onteigening en de opeising beschikt, dit goed in eerste instantie aan het private domein toekomt. Pas in tweede instantie kan het goed worden geaffecteerd tot het openbare domein, waarop we later terugkomen.

## Definitie van het openbaar domein

### Geen wettelijke definitie

**8.** Wie voor een definitie van het openbaar domein in de wetgeving op zoek gaat, komt van een kale reis terug. Uit de parlementaire voorbereiding van het nieuwe artikel 3.45 BW blijkt nochtans dat de wetgever dit oorspronkelijk toch van plan was. In het eerste wetsontwerp was een artikel 3.59 BW opgenomen dat in een eerste lid de volgende definitie voor een openbaar domeingoed voorstelde: “Goederen die uitdrukkelijk of impliciet worden bestemd tot het gebruik van allen of tot een openbare dienst, vormen het openbaar domein”<sup>5</sup>, maar via een *last minute* ingediend amendement (dat werd aangenomen) sneuvelde ook deze definitie, volgens de indieners van het amendement een hoofdzakelijk administratieve kwestie, die in een burgerlijk wetboek geen plaats zou hebben.<sup>6</sup> Opvallend is dus dat het onderscheid tussen het privaat- en publiekrecht, dat formeel hoe langer hoe meer onder druk staat, in de praktijk toch nog steeds de gemoederen beroert.

Wel een definitie door het Hof van Cassatie, met de bestemming tot het gebruik door allen als demarcatie criterium

**9.** Een definitie van het openbaar domein is vooral de verdienste geweest van het hoogste gerechtelijke rechtscollege van België, met name het Hof van Cassatie. Anders dan met betrekking tot het verderop besproken rechtsregime van het openbaar domein toonde het Hof zich wat die definitie betreft opvallend standvastig. Afgezien van enkele terminologische variaties bleef dit rechtscollege het openbaar domein decennialang op dezelfde manier omschrijven. Meer bepaald omvat de definitie die het Hof hanteert, een formeel en een materieel criterium. Op het formele criterium komen we later terug. Het materieel criterium behelst dat een goed slechts tot het openbaar domein behoort voor zover het, zonder onderscheid van de persoon, bestemd is tot het *gebruik door allen*.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 222, nr. 483.

<sup>5</sup> Zie Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek nr. 3348/001, *Parl.St.* 2018-19.

<sup>6</sup> Zie de verwijzingen bij A. LEMMERLING, “Openbaar domein” in J. BAECK, N. CARETTE, A. WYLLEMAN *et al.* (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 119.

<sup>7</sup> Cass. 2 juni 1898, *Pas.* 1898, I, 219, concl. MÉLOT; Cass. 2 oktober 1924, *Pas.* 1924, I, 530; Cass. 30 maart 1933, *Pas.* 1933, I, 185, concl. P. LECLERCQ; Cass. 9 maart 1950, *Pas.* 1950, I, 485; Cass. 3 mei 1968, *Pas.* 1950, I, 485.

Hieronder vallen bijvoorbeeld: openbare wegen, met hun bermen en bomen, spoorwegen met de stations, perrons, signalisatie en treinstellen, gevangenissen, openbare sportterreinen, kerken met hun kunstvoorwerpen. Aldus gaat het om zowel roerende als onroerende goederen.<sup>8</sup>

Recent: de bestemming voor een openbare dienst als alternatief criterium

**10.** Bepaalde rechtsleer had kritiek op deze definitie, meer bepaald het materiële criterium van het gebruik door allen. Van goederen zoals gevangenissen en militaire gebouwen kan men toch bezwaarlijk zeggen dat ze bestemd zijn om rechtstreeks door iedereen gebruikt te worden? Nochtans wordt zelden betwist dat dergelijke 'goederen' tot het openbaar domein behoren.<sup>9</sup> Deze rechtsleer stelde daarom een alternatief criterium voor, meestal ter vervanging van het gebruik door allen als (determinerend) criterium. Volgens deze visie omvat het openbaar domein ook die goederen die onrechtstreeks tot het gebruik door allen bestemd zijn, met tussenkomst van een *openbare dienst*, en daartoe in het bijzonder zijn aangepast.

In een arrest van 2018, dat verder nog ter sprake komt, ging het Hof van Cassatie, na decennialang de boot te hebben afgehouden, uiteindelijk toch overstag en stelde het zijn definitie van het openbaar domein bij door er het openbare diensten-criterium aan toe te voegen. Mogelijk beoogde het Hof hier een anticipatieve toepassing van het voormelde voorgestelde artikel 3.59, eerste lid BW. Het arrest spreekt van openbare dienst, zonder enig bijkomend vereiste. Anders dan wat in de rechtsleer voorheen werd gesuggereerd, werd/wordt bijvoorbeeld niet bijkomend vereist dat het goed bijzonder is aangepast aan die openbare dienst of dat het goed noodzakelijk zou zijn voor die openbare dienst.<sup>10</sup>

Sindsdien bestaat de definitie van het openbaar domein dus uit twee alternatieve materiële criteria: de bestemming tot het gebruik door allen *of* voor een openbare dienst.<sup>11</sup>

**11.** Het openbare diensten-criterium lijkt hetzelfde manco te hebben als het criterium van het gebruik door allen: men kan een openbare dienst waarschijnlijk wel herkennen wanneer men ermee geconfronteerd wordt, maar een waterdichte omschrijving blijkt geen sinecure. Dit was overigens ook de reden waarom de indieners van het hierboven besproken amendement bij (de oorspronkelijke versie van) artikel 3.45 BW geen definitie wilden opnemen in het BW: dit zou (louter) een zaak zijn voor de bestuursrechtsleer. Volgens die rechtsleer heeft het begrip openbare dienst zowel een organieke als een functionele betekenis. Organiek verwijst het naar een rechtspersoon die een taak van algemeen belang behartigt, functioneel naar die taak van algemeen belang zelf.<sup>12</sup> Het beeld is duidelijk: voor een omschrijving van het al bij al vrij vage begrip openbare dienst wordt vaak teruggегrepen naar een al bijna even vaag begrip: het algemeen belang, een notie die zich evenmin makkelijk laat definiëren. Dat blijkt alleen al uit het feit dat het nu eens in het enkelvoud ('het' algemeen belang), dan weer in het meervoud ('algemene belangen') wordt gebruikt. De moeilijke afbakening heeft wellicht te maken met de

<sup>8</sup> Bv. N. CARETTE en R. JANSEN, *Handboek Goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 569.

<sup>9</sup> A. BUTTGENBACH, *Modes de gestion des services publics*, Brussel, Larcier, 1952, nrs. 106 *et seq.*; D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE en M. PÂQUES, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics* in *Rep. not.*, t. XIV, l. VII/1, Brussel, Larcier, 2008, nr. 77; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Luik, Faculté de Droit UCL, 1970, nrs. 250 *et seq.*; P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 303.

<sup>10</sup> N. CARETTE, "Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2018" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 73 e.v.

<sup>11</sup> Cass. 15 maart 2018, *APT* 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. VAN DER FRAENEN, *LRB* 2018, 51, *TBO* 2019, 305, concl. J. VAN DER FRAENEN, noot S. DE WINTER en *T.Gem.* 2019, 87, noot S. DE WINTER.

<sup>12</sup> Over het begrip openbare dienst, zie uitgebreid V. DEMERTZIS, "Politiek-institutionele uitwerkingwijzen van de openbare diensten", *CIRIEC* 2016/09.

niet zuiver juridische doch deels politieke aard van dit begrip. Het is een blanco en evolutieve norm, die ingevuld wordt naargelang de tijd en plaats waar(in) men zich bevindt. Pogingen tot definities betreffen bijvoorbeeld ‘het abstract ideëel doel van het politiek handelen’ of ‘het concreet te realiseren welzijn van de gemeenschap’.<sup>13</sup>

**12.** Hoewel het dus niet zo evident is te zeggen wat het algemeen belang nu precies is, is het gemakkelijker te zeggen wat het algemeen belang *niet* is, met name een louter privaat belang, d.i. het belang dat door een individuele deelnemer aan het rechtsverkeer, u en ik, in principe betracht wordt. Het algemeen belang wordt dus veelal vanuit de tegenstelling met het private belang ingevuld.<sup>14</sup> Anderen houden er nochtans een meer genuanceerde visie op na en stellen dat het algemene en het private belang *in concreto* kunnen samenvallen of minstens verzoend kunnen worden.<sup>15</sup>

**13.** De toegevoegde waarde van het openbare diensten-criterium ten opzichte van het oorspronkelijke criterium van het gebruik door allen kan terecht in vraag worden gesteld. Nemen we opnieuw het voorbeeld van een gevangenis: in theorie is dit 'goed' wel degelijk bestemd om door iedereen te worden gebruikt. Het is in de praktijk nu eenmaal zo dat dit gebruik in reglementen en verordeningen beperkt wordt. Dat is bij veel andere openbare domeingoederen waarvoor het openbare diensten-criterium nagenoeg unaniem overbodig wordt geacht, echter evenzeer het geval. Men denke bijvoorbeeld aan openbare wegen: weinigen betwisten dat deze bestemd zijn om door iedereen te worden gebruikt, net zo min als men betwist dat weggebruikers zich niet naar goeddenken mogen gedragen doch zich integendeel moeten houden aan politieverordeningen en bijzondere wetgeving, op straffe van administratieve of strafrechtelijke sancties.<sup>16</sup>

Openbare bestemming staat los van het eigendomsstatuut

**14.** Opvallende afwezigheid in de definitie van een openbaar domeingood is het vereiste dat de overheid er eigenaar van is. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 3.45 BW blijkt dat het eigendomsstatuut van publieke goederen, met name (het antwoord op) de vraag of ook burgers eigenaar kunnen zijn van dergelijke goederen, bewust in het midden werd gelaten. De burgerlijke wetgever was van oordeel dat dergelijke hete hangijzers een zaak zijn voor het bestuursrecht en zijn auteurs.<sup>17</sup>

**15.** Hoewel dit soms wordt betwist of minstens bekritiseerd, verhindert het feit dat een particulier eigenaar is van het goed, dus in principe niet dat het tot het openbaar domein kan behoren. Dit wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk bevestigd met betrekking tot gemeentewegen, die gedefinieerd worden als 'openbare wegen die onder het rechtstreekse en onmiddellijke beheer van de gemeente vallen, *ongeacht de eigenaar van de grond* (art. 2, 6°

---

<sup>13</sup> P. LUYPAERS m.m.v. S. BROUWERS, “Algemeen belang – openbare orde” in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 252 *et seq.*

<sup>14</sup> D. VAN HEUVEN, “Pleidooi voor het primaat van het algemeen belang” in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 417.

<sup>15</sup> E. LANCKSWEERT, “Naar een andere constructie van het algemeen belang”, *TBP* 2011, 103.

<sup>16</sup> Zie hierover uitgebreid S. DE WINTER, “Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en precare erfpachten” (noot onder Cass. 15 maart 2018), *TBO* 2019, 309.

<sup>17</sup> MvT wetsontwerp houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-2019, nr. 3348/001, 111.

Gemeentewegendecreet, wij cursiveren).<sup>18</sup> Ook onroerend erfgoed kan tezelfdertijd eigendom zijn van een particulier en deel uitmaken van het openbaar domein.<sup>19</sup> De openbare domanialiteit vormt hier voor de particuliere eigenaar een zogenaamde erfdiensbaarheid van openbaar nut.

## Vraag 2

### De in- en uitgang van het openbaar domein: affectatie en desaffectatie

**16.** Goederen kunnen op verschillende manieren in het openbaar domein worden opgenomen. In zijn oud(st)e rechtspraak behield het Hof van Cassatie de mogelijkheid om goederen in het openbaar domein op te nemen, aan de wetgever voor (het wettelijk openbaar domein).<sup>20</sup> Later werd duidelijk dat sommige goederen van nature (gelet op hun aard) tot het openbaar domein kunnen behoren (het natuurlijk openbaar domein).<sup>21</sup> Nooit betwist volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is dat de bevoegde overheid zelf goederen in het openbaar domein kan opnemen; de beslissing<sup>22</sup> waarbij zij dat doet, noemt men de affectatie (kunstmatig openbaar domein).<sup>23</sup>

**17.** De beslissing waarbij het goed het openbaar domein (weer) verlaat, noemt men de desaffectatie. Aan de vraag welke overheid voor dergelijke desaffectatie bevoegd is, besteedt de rechtsleer nauwelijks aandacht. In het algemeen, d.w.z. behoudens andersluidende wettelijke regeling, dient o.i. te worden aangenomen dat het de overheid, eigenaar van de openbare zaak, is die zelf tot desaffectatie beslist.<sup>24</sup> Zo is de gemeenteraad op grond van artikel 40, §1 van het Decreet Lokaal Bestuur (volheid van bevoegdheid van de gemeenteraad)<sup>25</sup> bevoegd voor de desaffectatie van goederen die de gemeente toebehoren. Hierop bestaan wel specifieke uitzonderingen, zoals inzake presbyteria. Een presbyterium is een pastorie van voor de negentiende eeuw, die genationaliseerd werd in de Franse revolutionaire periode, niet vervreemd, en dan in 1802 opnieuw de bestemming van pastorie gekregen heeft. Een dergelijk presbyterium kan slechts een nieuwe bestemming krijgen nadat het werd gedesaffecteerd door de Vlaamse regering, na advies van de bisschoppelijke overheid (art. 275/1 van het erediensdecreet<sup>26</sup>).

**18.** Bij goederen met openbare bestemming waarvan particulieren eigenaar zijn (over de discussie of zulks überhaupt mogelijk is, zie infra nr. 36 e.v.), is de bevoegde overheid voor (affectatie en) desaffectatie degene aan wie het administratief beheer van het goed wettelijk werd toevertrouwd. Deze 'regel' - voor zover daarvan al sprake kan zijn - volgt niet uit de rechtsleer of rechtspraak maar lijkt te kunnen worden geïnduceerd uit specifieke wettelijke

---

<sup>18</sup> Decr. VI. 3 mei 2019 houdende de gemeentewegen, *BS* 12 augustus 2019.

<sup>19</sup> Zie hierover B. DEMARSIN, "Openbaar domein, privaat domein en de private eigendom van openbaar domein" in J. ACKAERT *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253 *et seq.*

<sup>20</sup> Zie bv. art. 538 BW. Cass. 11 november 1886, *Pas.* 1886, I, 401; Cass. 21 januari 1926, *Pas.* 1926, I, 187.

<sup>21</sup> Zie de verwijzingen bij V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 126, nr. 150.

<sup>22</sup> Het is de beslissing die telt, niet de uitvoering ervan: Cass. 17 oktober 2014, *RW* 2015-16, 1066-1071, noot N. VAN DAMME. M.a.w. een goed kan tot het openbaar domein behoren zodra de bevoegde overheid beslist om het tot het gebruik door allen of voor een openbare dienst te bestemmen, ook al zijn de stappen om zo'n gebruik in de praktijk mogelijk te maken (bv. wegverharding) nog niet gestart.

<sup>23</sup> Cass. 8 maart 1951, *Pas.* 1951, I, 461.

<sup>24</sup> J. DE STAERCCKE, *Juridisch statuut van overheidsgoederen*, Gent, Larcier, 2007, 29, nr. 25.

<sup>25</sup> Decr. VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018.

<sup>26</sup> Decr. VI. 7 mei 2004 betreffende de materiële organisatie en werking van de erkende erediensdiensten, *BS* 6 september 2004.

regelingen. Bij gemeentewegen bijvoorbeeld is de voor desaffectatie bevoegde overheid de gemeente op wiens grondgebied de weg gelegen is (art. 8 Gemeentewegendecreet) en bij bepaalde erfgoederen is dat het Vlaamse Gewest (art. 6.1.1. Onroerenderfgoeddecreet). Volgens de omzendbrief domeinbeheer<sup>27</sup> geschiedt de desaffectatie bij eenvoudige ministeriële beslissing en vloeit deze dus impliciet voort uit de door de functioneel bevoegde minister getekende terbeschikkingstelling.

**19.** Vrij unaniem neemt de rechtsleer aan dat de affectatie zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan gebeuren.<sup>28</sup> Meestal is die uitdrukkelijk: een monument wordt bijvoorbeeld opgenomen in het openbaar domein door een besluit van de Vlaamse Regering op grond van het Onroerenderfgoeddecreet (art. 6.1.4).<sup>29</sup> Een gemeenteweg wordt opgenomen in het openbaar domein door de opname ervan in een gemeentelijk rooilijnplan (art. 8 Gemeentewegendecreet). Uitzonderlijk kan een goed ook stilzwijgend tot het openbaar domein worden geaffecteerd. Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin een gemeente besluit een braakliggend, nog niet voor het publiek toegankelijk terrein aan te leggen als park. Vanaf deze beslissing kan het park, ook zonder uitdrukkelijke clausulering in het besluit zelf, als behorende tot het openbaar domein worden beschouwd, ook al is de uiteindelijke bestemming nog niet in de feiten gerealiseerd (bv. nog niet verhard, etc.).<sup>30</sup>

**20.** Net als de affectatie gebeurt ook de desaffectatie in principe uitdrukkelijk, krachtens een uitdrukkelijke beslissing van de bevoegde overheid in die zin. De rechtsleer is verdeeld over de vraag of de desaffectatie ook stilzwijgend kan plaatsvinden.

Sommigen wijzen de mogelijkheid van een stilzwijgende desaffectatie resoluut af.<sup>31</sup> Anderen kijken voor de beantwoording ervan naar de affectatie: wanneer deze stilzwijgend gebeurde, en enkel dan, kan de desaffectatie ook stilzwijgend plaatsvinden.<sup>32</sup>

Een derde strekking sluit de mogelijkheid van een stilzwijgende desaffectatie niet principieel uit, maar vult dit stilzwijgen wel streng in: van een stilzwijgende desaffectatie zou slechts sprake kunnen zijn wanneer de overheid handelingen stelt waaruit haar ondubbelzinnige wil kan worden afgeleid om dat goed aan het openbaar domein te onttrekken.<sup>33</sup> Dit standpunt innemen lijkt ons inderdaad de beste manier om 'geruisloze' desaffectaties tegen te gaan, maar de vraag rijst wanneer in deze nu precies van een dergelijk 'omstandig stilzwijgen' sprake is. Die strenge voorwaarde lijkt ons bijvoorbeeld wel vervuld in het eerder hypothetische geval waarin een gemeente systematisch afval loost op een openbare weg, maar bijvoorbeeld niet wanneer een openbaar domeingoed op een bepaald ogenblik in de feiten niet meer voor het gebruik door allen wordt ingezet. Het Gemeentewegendecreet bevestigt dit overigens: zonder uitdrukkelijke beslissing van de bevoegde gemeente kunnen gemeentewegen (anders dan de voormalige buurtwegen) niet langer door bevrijdende verjaring alleen uitdoven: daarvoor is een bijkomende, uitdrukkelijke beslissing van de bevoegde gemeente vereist (art. 8 Gemeentewegendecreet).

---

<sup>27</sup> VR 2017/42 van 12 mei 2017.

<sup>28</sup> Cass. 15 maart 2018, *APT* 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. VAN DER FRAENEN, *LRB* 2018, 51, *TBO* 2019, 305, concl. J. VAN DER FRAENEN, noot S. DE WINTER en *T.Gem.* 2019, 87, noot S. DE WINTER.

<sup>29</sup> Decr.VI. 12 juli 2013 betreffende het onroerend erfgoed, *BS* 17 oktober 2013.

<sup>30</sup> Voor een gelijkaardig geval, zie Cass. 17 oktober 2014, *RW* 2015-16, 1066-1071, noot N. VAN DAMME.

<sup>31</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Luik, 1978, 387-388, nr. 267.

<sup>32</sup> Zie de verwijzingen bij V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 245.

<sup>33</sup> Cass. 3 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1100, *RW* 1968-69, 409; RvS 23 februari 1996, nr. 58.400, *TBP* 1996, 446.

**21.** Het nieuwe artikel 3.45 BW kan op dit punt als een gemiste kans worden beschouwd om klare wijn te schenken: de zaken waarover discussie bestaat, zoals de (on)mogelijkheid van stilzwijgende desaffectatie, werden niet gecodificeerd, terwijl zaken waarover bij ons weten weinig discussie bestond, zoals de onmogelijkheid om openbaar domein door natrekking te verkrijgen, wel een plaats kregen in de uiteindelijke wettekst.

#### Buitenbeentjes: *théorie de l'accessoire en théorie de la domanialité publique globale*

**22.** Naast de goederen die op zichzelf aan het materiële en het formele criterium voor het openbaar domein behoren, rijst de vraag of het openbaar domein ook goederen omvat op grond van de *théorie de l'accessoire* en de *théorie de la domanialité publique globale*.<sup>34</sup> Beide theorieën, verwant met de accessoriteitsregel in het Belgische vermogensrecht (*accessorium sequitur principale*; art. 3.9 BW).<sup>35</sup> zijn ontwikkeld in (door) de Franse administratieve rechtspraak als vangnetten om goederen die volgens de klassieke criteria op zich niet noodzakelijk tot het openbaar domein behoren, daar wel onder te laten ressorteren. Het verschil tussen beide theorieën schuilt in de mate waarin de goederen die ze tot het openbaar domein rekenen, van deze klassieke criteria verwijderd zijn: bij de *théorie de la domanialité publique globale* is de afstand ten opzichte van de klassieke domeinleer groter. De *théorie de l'accessoire* bepaalt dat goederen die een fysieke en functionele band met het openbaar domein hebben, daar zelf ook toe behoren. Men denke bijvoorbeeld aan de signalisatie en treinsporen in het raam van de spoorwegen. Op grond van de *théorie de la domanialité publique globale* worden goederen die geïncorporeerd zijn in en dus nagetrokken worden door het openbaar domein niet alleen eigendom van de overheid maar nemen ze ook (onmiddellijk) het voor het openbare domein kenmerkende rechtsregime over, in afwijking van de regel dat goederen van de overheid in principe tot het privaat domein behoren. Dit laatste om te vermijden dat eenzelfde onroerend geheel opgesplitst zou zijn in verschillende compartimenten met een verschillend zakenrechtelijk statuut, wat het beheer ervan niet ten goede zou komen. Vooral de theorie van de *domanialité publique globale* wordt echter kritisch bekeken, omdat die op gespannen voet staat met het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein, dat restrictief moet worden ingevuld. Op grond daarvan zou het uitgangspunt moeten zijn dat goederen slechts tot het openbaar domein kunnen behoren voor zover ze op zichzelf aan het materiële en formele criterium daartoe beantwoorden.<sup>36</sup>

#### Rechtsbescherming

**23.** Het begrip 'rechtsbescherming' kan op twee manieren begrepen worden: enerzijds moet de overheid als het ware tegen zichzelf beschermd worden bij het beheer van het openbaar domein, wat we ook zouden kunnen aanduiden als 'handhaving' van het uitzonderingsstatuut dat hierop in principe geldt (dit komt aan bod in vraag 6); anderzijds is er ook de rechtsbescherming voor de burger, meer bepaald wanneer hij eigenaar is van een goed met publieke bestemming.

---

<sup>34</sup> Zie hierover S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 112-115 en S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 87 en 419 *et seq.*

<sup>35</sup> Zie hierover K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, XXIV, 546 p.

<sup>36</sup> Bv. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 117, nr. 231; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 77, nr. 73.



**24.** Het belang van adequate rechtsbescherming laat zich vooral voelen wanneer een burger eigenaar is van een goed met een publieke bestemming. In de praktijk is dat niet zelden het geval inzake onroerend erfgoed en bij gemeentewegen, welke beleidsdomeinen we dan ook hieronder meer in detail bespreken als illustraties van de rechtsbescherming in deze materie. De rechtsbescherming voor de private eigenaar wordt in deze contexten bijzonder wettelijk geregeld. Ongeacht het al dan niet voorhanden zijn van een bijzondere wettelijke regeling inzake rechtsbescherming dient opgemerkt dat de eigenaar steeds de mogelijkheid heeft om tegen de bevoegde overheid een afzonderlijke gerechtelijke procedure aan te spannen waarin hij voor de beknutting van zijn eigendomsrecht vergoeding kan eisen. Sterker nog: uit het elders in deze bijdrage besproken 'erfgoedarrest' d.d. 1 oktober 2015 blijkt dat het Grondwettelijk Hof de grondwettigheid van eigendomsbeperkende wetgeving zelfs afhankelijk stelt van die mogelijkheid: zolang deze wetgeving niet uitsluit dat de burgerlijke rechter *in concreto* kan onderzoeken of de last die een eigenaar opgelegd krijgt, de lasten te boven gaat die in het algemeen belang van burgers kan worden gevegd, kan deze wetgeving de grondwettigheidstoets doorstaan.<sup>37</sup>

**25.** Wat de precieze grondslag van de genoemde vergoedingsplicht betreft, komen vooral artikel 16 van de Grondwet, artikel 1 van het Eerste Aanvullende Protocol bij het EVRM (hierna 'artikel 1 EAP EVRM) en/of het beginsel van de gelijkheid voor openbare lasten, ook wel 'de lastengelijkheid' genoemd<sup>38</sup>, aan bod. Krachtens dit algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde (toepassing van de artikelen 10 en 11 Gw.) kan de overheid niet zonder vergoeding grotere lasten opleggen dan degene die burgers of instellingen in het algemeen belang behoren te dragen. Meer bepaald moeten abnormale en speciale lasten gelijkmatig, middels vergoeding, over de gemeenschap worden gespreid, waarbij een abnormale last gedefinieerd wordt als een last die uitstijgt boven het normaal maatschappelijk of het normale ondernemingsrisico en een speciale last als een last die drukt op een beperkte groep burgers of instellingen.

**26.** Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om de precieze verhouding tussen deze drie rechtsgronden exhaustief te bespreken, maar we willen wel wijzen op het volgende. Het Belgische Grondwettelijk Hof leest artikel 16 van de Grondwet en de tweede norm van artikel 1 EAP EVRM samen, waardoor zowel formele als feitelijke onteigeningen in principe onderworpen zijn aan de plicht van voorafgaande en integrale schadeloosstelling. Het 'probleem' is echter dat het Grondwettelijk Hof, naar het voorbeeld van het EHRM, het begrip feitelijke of 'de facto-onteiening' behoorlijk restrictief invult, waardoor vooral de derde norm van artikel 1 EAP EVRM en de lastengelijkheid overblijven. De toegevoegde waarde van dit laatste beginsel, met grondwettelijke waarde (uitvloeisel van het algemene beginsel van gelijkheid en non-discriminatie voor de wet, neergelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet), is zijn toepassingsgebied ten opzichte van dat van artikel 1 EAP EVRM. Zo oordeelde het Hof van Cassatie nog niet zo lang geleden dat vorderingen tot het verkrijgen van

---

<sup>37</sup> GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, *Amén*. 2016, 99, *APT* 2016, 44, *BS* 22 oktober 2015, 65194, *NJW* 2016, 856, noot J. TOURY, *RW* 2015-16, 397, *RW* 2016-17, 57, noot A.M. DRAYE, *TMR* 2016, 47, noot G. VAN HOORICK en L. VANDENHENDE en *T.Gem.* 2016, 37, noot L. VANDENHENDE.

<sup>38</sup> Over deze laatste vergoedingsgrond, zie S. DE WINTER, "Property Restrictions in the Public Interest in Light of the Equality of Citizens Before Public Burdens" in B. AKKERMANS en J. ROBBIE (eds.), *Property Law Perspectives VII*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2021, 87-100.

een onroerend eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de niet-uitoefening van een publiek voorkooprecht *niet* beschermd worden op grond van artikel 1 EAP EVRM.<sup>39</sup>

### *Onroerend erfgoed*

**27.** In het objectief contentieux kan gewezen worden op het arrest van het Grondwettelijk Hof d.d. 1 oktober 2015.<sup>40</sup> Centraal in een vernietigingsberoep tegen het Onroerenderfgoeddecreet stond de grief van een vereniging van erfgoedeigenaars dat het decreet hun de voornoemde lasten oplegt zonder in een formeelwettelijke vergoedingsregeling te voorzien. Het Grondwettelijk Hof verwierp dit beroep echter, enerzijds omdat krachtens het uitvoeringsbesluit allerlei premies en subsidies toegekend kunnen worden, anderzijds omdat de wettekst ook niet uitsluit dat de eigenaar de overheid voor de burgerlijke rechter dagvaardt, met name op grond van het voornoemde beginsel der lastengelijkheid.

### *Gemeentewegen*

**28.** Wat de rechtsbescherming voor een particuliere grondeigenaar bij een affectatie betreft, kan een recent arrest van het Grondwettelijk Hof een nuttige illustratie bieden. Het arrest was gewezen binnen de context van gemeentewegen, d.w.z. openbare wegen beheerd door een gemeente. De zate van dergelijke wegen kan ook eigendom zijn van een particulier, die dan bezwaard wordt met een openbare erfdiensbaarheid van doorgang. In die mate kan de weg geacht worden tot het openbaar domein te behoren. Artikel 28, §2, 2<sup>de</sup> lid van het Decreet Gemeentewegen voorziet in een vergoeding voor de schade (waardevermindering) die van deze erfdiensbaarheid het gevolg is, en het is deze vergoedingsregeling die het Grondwettelijk Hof in het besproken arrest aan het gelijkheidsbeginsel toetst. Meer bepaald onderzocht het Hof of deze regeling geen *onevenredige* beperkingen van het eigendomsrecht oplegt.<sup>41</sup>

**29.** De door het Hof toegepaste evenredigheidstoets neemt zijn gebruikelijke vorm aan. Eerst kwalificeert het Hof het opleggen, door een gemeentelijk rooilijnplan, van een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid van doorgang, met een daaruit volgend bouwverbod, als een inmenging in het eigendomsrecht. Vervolgens overweegt het Hof dat een dergelijke inmenging een billijk evenwicht moet vertonen tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van het recht op het ongestoord genot van de eigendom. Er moet een redelijk verband van evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel. Daarna herhaalt het Hof voor de zoveelste keer dat een eigendomsbeperking door de overheid *an sich* geen principieel vergoedingsrecht met zich brengt voor de eigenaar van het lijdende erf. Het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang beperkingen van het eigendomsrecht oplegt, heeft niet tot gevolg dat zij tot schadeloosstelling is gehouden. Uit de vestiging van een door of krachtens een wettelijke bepaling opgelegde beperking van het eigendomsrecht in het algemeen belang vloeit aldus in beginsel voor de eigenaar van het bezwaarde onroerend goed geen recht op vergoeding voort. Ter onderbouwing van dit principe verwijst het Hof zoals vanouds steevast naar dezelfde arresten van het Belgische Hof van Cassatie<sup>42</sup> en het EHRM.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Cass. 8 maart 2018, *RW* 2018-19, 857 en *TBO* 2018, 422.

<sup>40</sup> GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, *Amén*. 2016, 99, *APT* 2016, 44, *BS* 22 oktober 2015, 65194, *NJW* 2016, 856, noot J. TOURY, *RW* 2015-16, 397, *RW* 2016-17, 57, noot A.M. DRAYE, *TMR* 2016, 47, noot G. VAN HOORICK en L. VANDENHENDE en *T.Gem.* 2016, 37, noot L. VANDENHENDE.

<sup>41</sup> GwH 7 oktober 2021, nr. 130/2021, *TROS* 2021, 375.

<sup>42</sup> Cass. 16 maart 1990, *Arr.Cass.* 1989-1990, nr. 427.

<sup>43</sup> EHRM 25 juni 2015, *Couturon t. Frankrijk*, §§ 34 tot 43.

**30.** Vervolgens verduidelijkt het Hof welke norm van artikel 1 EAP EVRM in het geding is. Volgens het Hof is dit de derde norm, de zogenaamde gebruiksreglementeringen van eigendom. Voor een dergelijke reglementering, aldus het Hof, is de aan- of afwezigheid van vergoeding één van de factoren waarmee de proportionaliteit beoordeeld moet worden, en niet per se een doorslaggevende factor. Volgens het Hof komt het de decreetgever toe te bepalen of en zo ja in welke mate vergoeding aan de orde is, met dien verstande dat het Hof zich de genoemde evenredigheidstoets voorbehoudt.

**31.** Deze toets wordt uiteindelijk in het voordeel van de decreetgever beslecht, en uit de motivering van het Hof blijkt dat hierbij een belangrijke rol is weggelegd voor de procedurele manier waarop het Gemeentewegendecreet de vergoeding voor de door dit decreet opgelegde eigendomsbeperkingen regelt. Met name acht het Hof het van belang dat de berekening van de eventuele waardevermindering of -vermeerdering van de gronden ten gevolge van de aanleg, wijziging of verplaatsing overeenkomstig artikel 28 van het bestreden decreet krachtens artikel 16, § 3, 1° van het Gemeentewegendecreet vermeld moet worden in het gemeentelijk rooilijnplan. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2 van dit decreet wordt het ontwerp van dit plan voorlopig vastgesteld door de gemeenteraad, waarna het aan een openbaar onderzoek wordt onderworpen dat onder meer wordt aangekondigd door een afzonderlijke mededeling die met een beveiligde zending wordt gestuurd naar de woonplaats van de eigenaars van de onroerende goederen die zich bevinden in het ontwerp van gemeentelijk rooilijnplan. Aldus wordt de eigenaar die wordt geconfronteerd met een waardevermindering of -vermeerdering in een vroeg stadium van de procedure, namelijk in het kader van het openbaar onderzoek, in kennis gesteld van de berekening daarvan, zoals vastgesteld door de landmeter-expert die door de gemeente is aangesteld. Krachtens artikel 28, § 2, eerste lid, van het bestreden decreet heeft die eigenaar de mogelijkheid om de vaststelling te betwisten, waarbij de waardevermindering of -vermeerdering wordt vastgesteld door een college dat bestaat uit de landmeter-expert die door de gemeente is aangesteld en een landmeter-expert die door de eigenaar is aangesteld. Het feit dat de waardevermindering of -vermeerdering in eerste instantie wordt vastgesteld door een landmeter-expert die door de gemeente is aangesteld, past in het kader van de voorbereiding van het ontwerp van rooilijnplan of van grafisch plan tot opheffing van een gemeenteweg, en laat de gemeenteraad toe om met kennis van zaken, ook wat de eventuele impact op de gemeentelijke financiën betreft, te beslissen over de vaststelling van dat plan.

**32.** Niet alleen krijgt een eigenaar al vroeg zicht op de impact van de beperkingen op zijn eigendomsrecht, de vergoeding die daartegenover staat en met name de omvang van die vergoeding; de eigenaar kan bovendien, zo hij dit nodig acht, meteen de burgerlijke rechter vatten, gelet op de kwalificatie van de vergoeding van de waardevermindering of -vermeerdering als burgerlijk recht in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Daar deze rechter de beperking en de vergoeding die daar tegenover moet staan, met volle rechtsmacht kan evalueren en desnoods de beslissing van het college van twee landmeters-experten kan hervormen, is van onevenredigheid geen sprake, aldus het Hof.

## Vraag 3

### Verantwoording van het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein

**33.** Klassiek wordt het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein verantwoord op grond van het verschillende rechtsregime dat op beide domeinen van toepassing is. Oorspronkelijk werden openbare domeingoederen 'buiten de handel' geacht: dit is het

zogenaamde 'principe', dat van openbare orde wordt geacht, van de extracommercialiteit van het openbaar domein.<sup>44</sup> Omtrent goederen die buiten de handel zijn, kan (nog steeds) niet worden gecontracteerd (art. 1128 BW).

**34.** Dat het openbaar domein in principe buiten het gemeen vermogensrecht valt, werd van oudsher onderbouwd op grond van het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst.<sup>45</sup> Volgens dit algemeen rechtsbeginsel<sup>46</sup> moet een openbare dienst, wanneer en zolang de overheid oordeelt dat zij beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang, regelmatig en zonder onderbreking worden verstrekt.<sup>47</sup> De goederen die deze dienst daarvoor nodig heeft, verdienen bijgevolg een bijzondere bescherming, o.m. tegen schuldeisers van de overheid. Daarom bepaalt art. 1412*bis*, §2 Ger.W. dat goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet in beslag genomen kunnen worden. Dit principe lijdt o.m. uitzondering indien deze goederen 'kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of de continuïteit van de openbare dienst'.

**35.** In fel contrast daarmee stond het privaat domein, waarop in principe het gemeen vermogensrecht van toepassing is en waarvoor de bovenstaande beperkingen omtrent de beschikkingsbevoegdheid in principe niet gelden.

**36.** De zogenaamde administratieve gebruiksrechten vormen van oudsher een belangrijke uitzondering op het principe van de extracommercialiteit van het openbaar domein. Een dergelijk recht kan op twee manieren worden verleend: via een vergunning of via een domeinconcessie.<sup>48</sup> In het ene geval gaat het om een eenzijdige, bestuurlijke rechtshandeling, in het tweede om een contract. In beide gevallen stelt de overheid een deel van haar openbaar domein voor een bepaalde tijd exclusief ter beschikking van de titularis van het recht. Kenmerkend voor beide types administratieve gebruiksrechten is hun precare aard: de overheid kan het toegestane gebruik steeds, dus ook vóór het verstrijken van de vooraf bepaalde of overeengekomen duurtijd, beëindigen in functie van de noodwendigheden van het algemeen

---

<sup>44</sup> D. BATSELÉ, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Algemeen administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 484, nr. 674.

<sup>45</sup> P.-O. DE BROUX, "La continuité du service public: l'étonnante destinée d'un principe élémentaire", *JT* 2014, 642. Sommigen verantwoordden het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein mede op grond van de voorrang van het algemeen op het privaat belang: A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 351, nr. 360. Die (vermeende) voorrang is echter geen algemeen rechtsbeginsel: Cass. 23 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 943, *Bull.* 1991, 827, concl. LIEKENDAEL, *Pas.* 1991, I, 827, concl. LIEKENDAEL, *RNB* 1991, 604, *JT* 1992, 267 en *RCJB* 1992, 179, noot J. HANSENNE; H. VUYE en S. STIJNS, "Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?" in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 189-190.

<sup>46</sup> Cass. 24 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, 462, *Bull.* 1998, 488, *JLMB* 1999, 672, noot P. COENRAETS en D. DELVAUX, *RRD* 1998, 316, *RW* 2000-01, 1195, noot S. BRIJS, *Rev.dr.commun.* 1999, 176 en *TBBR* 1999, 655. De plaats van dit beginsel binnen de hiërarchie der normen is betwist. Sommigen (*i.a.* V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Le principe de continuité du service public. The show must go on..." in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, 238, nr. 12) dichten het een grondwettelijk karakter toe, terwijl het volgens anderen een 'quasi-aanvullende waarde' heeft en derhalve onder de wet gerangschikt moet worden: P.-O. DE BROUX, "La continuité du service public: l'étonnante destinée d'un principe élémentaire", *JT* 2014, 642.

<sup>47</sup> V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Le principe de continuité du service public. The show must go on..." in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, 239, nr. 13.

<sup>48</sup> Zie over de domeinconcessie uitgebreid S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking: een analyse van het openbaar en het privaat domein, van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, die Keure, 2007, XX + 745 p.

belang. In het geval van een domeinconcessie kan zij dat, gelet op de contractuele aard van het toegekende recht (art. 1134 BW), echter niet zonder vergoeding doen. Bij de intrekking of wijziging van een vergunning geldt het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (art. 1382 BW) als relevante toetsingsnorm of er al dan niet schadevergoeding vereist is.

**37.** Beschikkingshandelingen, evenals andere (persoonlijke of zakelijke) gebruiksrechten op het openbaar domein werden *in abstracto* onverenigbaar geacht met de openbare bestemming van openbare domeingoederen, omdat hun precariteit *in abstracto* werd afgewezen.

**38.** Artikel 3.45 BW bepaalt thans uitdrukkelijk dat het openbaar domein niet vatbaar is voor oorspronkelijke wijzen van eigendomsverkrijging, in het bijzonder niet voor verjaring of natrekking. Dat is logisch. Dat het openbaar domein niet door verjaring verkregen kan worden, is in de praktijk bijvoorbeeld soms merkbaar in de kunstsector. Stel bijvoorbeeld dat een kostbaar Mariabeeldje uit een nis in een kerk gestolen wordt. Kerken worden in principe tot het openbaar domein gerekend, en hun *accessoria* in principe ook (supra). Als het gestolen Mariabeeldje later op een veiling wordt verkocht, kan de zelfs te goeder trouw zijnde derdebezitter zich niet tegen een revindicatievordering door de Kerkfabriek verweren door verkrijgende verjaring in te roepen.

**39.** Hoewel niet uitgedrukt in artikel 3.45 BW, moet worden aangenomen dat een openbaar domeingoed zonder voorafgaande (of gelijktijdige) desaffectatie niet vervreemd (verkocht, geruild of onteigend) kan worden.<sup>49</sup> De onbeschikbaarheid en onverjaarbaarheid zijn tegenstelbaar aan iedereen, zelfs aan andere openbare besturen.<sup>50</sup>

## Nuancering van het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein

Het openbaar domein is niet zo openbaar als het lijkt...

**40.** Belangrijker is de graduele uitholling van het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein. Anders dan de definitie van het openbare domein, waaromtrent het Hof van Cassatie zich zoals gezegd lange tijd vrij standvastig opstelde, is het rechtsregime dat op dit domein van toepassing is, immers aan significante evoluties onderhevig geweest in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze evoluties zijn congruent met een meer algemene tendens in het bestuursrecht naar horizontalisering en een toenemende convergentie tussen het privaat- en het publiekrecht en een bijhorende vervaging van de grens tussen beide.<sup>51</sup>

**41.** Hierboven zeiden we al dat het openbaar domein in principe buiten de handel wordt geacht en dat die extracommercialiteit volgens de klassieke visie *in abstracto* wordt opgevat. Naast administratieve gebruiksrechten werden traditioneel geen andere uitzonderingen op dit principe aanvaard.

*...in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie...*

---

<sup>49</sup> J. DE STAERCKE, *Juridisch statuut van overheidsgoederen*, Gent, Larcier, 2007, 84, nr. 85.

<sup>50</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 350, nr. 348.

<sup>51</sup> I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 80, nr. 136.

**42.** Langzaam maar zeker begon het Hof van Cassatie echter de deur open te zetten voor een beoordeling *in concreto*. Het Hof deed dit eerder met mondjesmaat, door in verschillende mijlpaalarresten (met soms intervallen van meerdere decennia) een *bepaald* gebruiksrecht van burgers op het openbaar domein voorwaardelijk toe te staan. Het Hof stelde zich daarbij in toenemende mate mild op, zowel wat betreft de catalogus van rechten die het Hof bestaanbaar acht op het openbaar domein, als wat betreft de eisen die het aan die bestaanbaarheid stelt.

...inzake erfdiensbaarheden en accessoire opstalrechten

**43.** Het startschot voor deze evolutie werd gegeven eind jaren '50 van de vorige eeuw met betrekking tot erfdiensbaarheden. Niet geheel toevallig, want erfdiensbaarheden zijn één van de weinige private gebruiksrechten die hun titularis een bijzonder en niet-exclusief gebruiksrecht verschaffen. Het bijzonder karakter van een erfdiensbaarheid impliceert dat de eigenaar van het heersende erf slechts die handelingen mag stellen die uitdrukkelijk in de vestigingstitel zijn overeengekomen (evenals de daarin geïmpliceerde handelingen). Het niet-exclusief karakter van een erfdiensbaarheid houdt in dat de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf en die van het lijdende erf (per hypothese de overheid) mekaar niet uitsluiten: het feit dat A bijvoorbeeld een recht van overgang toestaat aan B, verhindert uiteraard niet dat A nog steeds van (dit deel van) zijn erf (waarover B een recht van doorgang heeft) gebruik mag maken.<sup>52</sup> Anders dan de klassieke benadering, waarbij niet-administratieve gebruiksrechten *in abstracto* uitgesloten werden op het openbaar domein, zette het Hof van Cassatie de deur op een (grote) kier voor een benadering *in concreto*, waarbij erfdiensbaarheden wel op het openbaar domein ten gunste van burgers gevestigd kunnen worden, voor zover ze (i) niet onverenigbaar is met de openbare bestemming van dat domein; (ii) geen beletsel vormt voor het openbaar gebruik en (iii) geen afbreuk doet aan het recht van het bestuur om dat gebruik volgens de noden en het belang van de gemeenschap aan te passen.<sup>53</sup>

**44.** Ook accessoire opstalrechten worden al geruime tijd aanvaard op openbaar domein. Een accessoir opstalrecht is een opstalrecht dat impliciet vervat ligt in een ander recht, bijvoorbeeld een concessierecht. Wanneer een concessionaris bijvoorbeeld de bevoegdheid krijgt om onder het openbaar domein leidingen aan te leggen, kan evenzeer worden aanvaard dat deze speler, onder voornoemde voorwaarden, ook eigenaar wordt van deze leidingen.<sup>54</sup>

...inzake zelfstandige opstalrechten...

**45.** In 2007 kregen ook zelfstandige opstalrechten (d.w.z. opstalrechten die op zichzelf (kunnen) bestaan) groen licht van het Hof van Cassatie: ook zij kunnen, voor zover ze het gebruik door allen niet belemmeren (i) noch afbreuk doen aan het recht van de overheid om ze te allen tijde, gelet op dat gebruik, te regelen (ii), ten gunste van burgers op het openbaar domein gevestigd worden.<sup>55</sup> Merk op dat van de oorspronkelijke drie voorwaarden het Hof er toen nog

<sup>52</sup> V. SAGAERT, *Goederenrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 685, met enkele actuele nuanceringen van deze traditionele kenmerken van erfdiensbaarheden.

<sup>53</sup> Cass. 6 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 210; Cass. 11 september 1964, *RW* 1965-66, 494; Cass. 27 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 84, *RW* 1990-91, 852.

<sup>54</sup> Zie hierover uitgebreid M. REYNEBEAU, "Concessies en accessoire opstalrechten – leidraad voor het notariaat", *NFM* 2020, 86-109. Voor een toepassing, zie GwH 10 december 2014, nr. 183/2014, 10 december 2014, *BS* 20 januari 2015, 2651, *FJF* 2015, 163 en *LRB* 2014, 69, besproken door N. CARETTE, "Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2014" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 45.

<sup>55</sup> Cass. 18 mei 2007, *RW* 2007-08, 736, noot V. SAGAERT en *NJW* 2007, 652, noot W. RASSCHAERT.

maar twee stelde voor de vestiging van een opstalrecht op het openbaar domein. Bij nader inzien kan deze 'shift' nochtans niet baanbrekend worden genoemd, omdat de verenigbaarheid met de openbare bestemming (eerste oorspronkelijke voorwaarde) in de praktijk natuurlijk grotendeels zal afhangen van de afwezigheid van beletsels voor het publieke gebruik (tweede oorspronkelijke voorwaarde).<sup>56</sup> Men zou dan ook kunnen stellen dat het Hof van Cassatie één overkoepelende voorwaarde formuleert, namelijk de verenigbaarheid met de publieke bestemming.

...inzake erfpacht (!)...

**46.** In het reeds genoemde arrest uit 2018 aanvaardde het Hof van Cassatie tot verbazing van velen tot slot ook een recht van erfpacht op het openbaar domein.<sup>57</sup> Voorheen ging men er immers meestal van uit dat een recht van erfpacht, vanwege zijn dwingendrechtelijke minimumduur, niet voldoende geprecariseerd kan worden in de vestigingstitel ten voordele van het algemeen belang. In 2018 maakt het Hof van Cassatie komaf met die visie: ook een recht van erfpacht kan wel degelijk gevestigd worden op het openbaar domein, voor zover het geen afbreuk doet aan het recht van de bevoegde overheid om de erfpacht te allen tijde in functie van het algemeen belang te regelen. Merk op dat er dus nog maar één voorwaarde overblijft voor de vestiging van erfpacht op openbaar domein: dit is mogelijk zodra het *in concreto* voldoende precair wordt geacht, d.w.z. voor zover de veranderlijkheid van de openbare dienst te allen tijde gerespecteerd kan worden. In de concrete omstandigheden die aan het arrest ten grondslag lagen, vloeide die precariteit niet zozeer voort uit het feit dat de overheid zich in de vestigingstitel voldoende beëindigingsmogelijkheden in het algemeen belang had voorbehouden, dan wel in de bijzondere hoedanigheid van de erfpachter. Deze was een zogenaamd extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm, waarin de overheid een vennootschapsrechtelijke sleutelpositie bekleedde (stemming volgens instructies van de overheid, mogelijkheid meerderheid leden raad van bestuur te benoemen, etc.). Het voor de definitie van een openbaar domeingoed zo belangrijke algemeen belang werd dus reeds voldoende gewaarborgd geacht door de erfpachter zelf, waardoor zijn belangen en die van de overheid niet langer tegenstrijdig werden bevonden.<sup>58</sup>

**47.** Moraal van het verhaal is dat het Hof van Cassatie naast de klassieke uitzondering van de administratieve gebruiksrechten thans ook private gebruiksrechten en met name zakelijke rechten op het openbaar domein aanvaardt, voor zover ze *in concreto* voldoende precair zijn. Van een abstracte uitsluiting evolueerde het Hof dus naar een concrete voorwaardelijke toelaatbaarheid.

...quid andere private gebruiksrechten?...

**48.** Een heikele vraag is of deze rechtspraak met betrekking tot erfdiensbaarden, opstalrechten en erfpachtrechten, waarin een benadering *in concreto* voorop staat, geëxtrapoleerd kan worden naar andere private gebruiksrechten. In 2000 oordeelde het Hof van Cassatie nog uitdrukkelijk dat, in onze eigen bewoordingen, een handelshuur en openbaar domein niet samengaan: het recht van de handelshuurder is veel te sterk en dwingendrechtelijk

---

<sup>56</sup> S. VAN GARSSE en M. LERNOUT, "Erfpacht en opstal & de overheid" in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 229, nr. 18.

<sup>57</sup> Cass. 15 maart 2018, *APT* 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. VAN DER FRAENEN, *LRB* 2018, 51, *TBO* 2019, 305, concl. J. VAN DER FRAENEN, noot S. DE WINTER en *T.Gem.* 2019, 87, noot S. DE WINTER.

<sup>58</sup> Zie hierover uitgebreid S. DE WINTER, "Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en preciaire erfpachten" (noot onder Cass. 15 maart 2018), *TBO* 2019, 313.

geregeld dan toelaatbaar in het licht van de verplichte precariteit van rechten op het openbaar domein.<sup>59</sup> Men mag ervan uitgaan dat deze uitspraak ook opgaat voor andere dwingende huurregimes zoals woninghuur. Inzake gemene huur zou opnieuw een beoordeling van geval tot geval mogelijk moeten zijn.

**49.** Bijzondere wetgeving laat overigens al geruime tijd huur van openbaar domein toe. Zo machtigt artikel 13 van het Havendecreet havenbedrijven hun goederen voor hernieuwbare periodes van bepaalde duur telkens ten hoogste voor 99 jaar, van derden ter beschikking te stellen, hetzij door middel van een domeinconcessie of een concessie van bouwwerken, hetzij door het verlenen van erfpacht-, opstal- of huurrechten, onverminderd de wettelijke maximumtermijnen.<sup>60</sup>

**50.** Wat tot slot het zakelijk recht betreft waarover het Hof van Cassatie zich nog niet uitdrukkelijk uitsprak, namelijk vruchtgebruik, zou men op grond van een *qui peut le plus, peut le moins*-redenering kunnen oordelen dat als een recht van erfpacht voorwaardelijk toegelaten is op het openbaar domein, dan toch *a fortiori* ook het meer flexibele (minder dwingendrechtelijke) recht van vruchtgebruik, dat geen minimumduur kent.

*...in het licht van wettelijke uitzonderingen op het principe van de extracommercialiteit van het openbaar domein*

**51.** Met het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, in werking getreden op 1 september 2021, heeft de vraag in welke mate de rechtspraak van het Hof van Cassatie geëxtrapoleerd kan worden naar gevallen waarover het Hof zich niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken, aan belang ingeboet. Het nieuwe artikel 3.45 BW laat immers zonder (verder) onderscheid de vestiging van een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingoed toe, in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat. De wetgever sluit dus uitdrukkelijk aan bij het overkoepelende en centrale criterium van de verenigbaarheid met de openbare bestemming, dat het Hof van Cassatie bijvoorbeeld ook al formuleerde in het voornoemde arrest d.d. 18 mei 2007. Cruciaal instrument in het verenigbaar maken met de publieke bestemming van sommige gebruiksrechten is het zogenaamde '*precario*-beding': met name zakelijke rechten zijn per definitie *niet* precair doch integendeel gericht op duurzaamheid en stabiliteit. Deze rechten moeten dus, voor zover dwingend recht dit toelaat, geprecariseerd worden middels een beëindigingsclausule in de vestigingstitel. Of een dergelijke clausule ook stilzwijgend, d.w.z. zonder uitdrukkelijk als dusdanig geformuleerd te zijn, begrepen mag worden geacht in vestigingstitels van zakelijke rechten op openbaar domein, is betwist, maar voorzichtigheidshalve gaat men maar beter uit van een negatief antwoord (zie hierover ook *infra*, nr. 73).

**52.** De gemeenrechtelijke voorwaarde van de verenigbaarheid van het gevestigde gebruiksrecht met de openbare bestemming van het betrokken goed moet worden samengelezen met de voorwaarden gesteld door bijzondere wetgeving. Zo machtigt artikel 292 van het Decreet Lokaal Bestuur gemeenten en autonome gemeentebedrijven zakelijke rechten te vestigen op openbaardomeingoederen, op voorwaarde dat ze dit bijzonder én omstandig motiveren, alsook op voorwaarde dat het toegekende recht niet kennelijk onverenigbaar is met de bestemming van die goederen.<sup>61</sup> Een vergelijkbare bepaling vinden we terug in het kader

---

<sup>59</sup> Cass. 25 september 2000, *TBO* 2003, 95.

<sup>60</sup> Decr.VI. 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens, *BS* 8 april 1999.

<sup>61</sup> Decr.VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018.



van publiek-private samenwerking. Zo machtigt artikel 10 van het PPS-decreet de Vlaamse regering de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, op voorwaarde van bijzondere en omstandige motivering, zakelijke rechten te vestigen op de onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein, voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen. De formulering in deze wetsbepalingen lijkt te wijzen op een marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter, waarbij enkel manifeste gevaren voor de publieke bestemming een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op het openbaar domein kunnen verhinderen. Merk op dat deze bijzondere wetgeving soepeler is geformuleerd dan artikel 3.45 BW, dat enkel wijst op de verenigbaarheid van het gevestigde gebruiksrecht met de openbare bestemming, zonder gebruik van het woord 'kennelijk' en dus zonder te verwijzen naar een marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter in dit verband. Voor zover zulke bijzondere wetgeving voorhanden, dient deze op grond van het adagium *lex specialis generali derogat* te primeren op het BW, waardoor, binnen deze mate, de vestiging van een gebruiksrecht op het openbaar domein makkelijker is dan (enkel) op grond van het BW.

*...in het licht van recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*

**53.** Illustratief voor de toenadering tussen het privaat en het openbaar domein is ook de koerswijziging in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zoals blijkt uit twee arresten geveld vóór en na de inwerkingtreding van het nieuwe goederenrecht.

GwH 12 oktober 2017, nr. 115/2017

**54.** Het toenmalige artikel 36 van het Veldwetboek (thans art. 3.133 BW) bepaalde dat hoogstammige bomen (d.w.z. bomen die men tot volle groei wil laten komen) op minstens twee meter van de perceelgrens moeten worden geplant. De eigenaar die deze bepaling miskent, kan door zijn buurman krachtens artikel 36 van hetzelfde wetboek in rechte worden gedwongen om bomen die op een kortere afstand zijn geplaatst, te rooien, onverminderd de mogelijkheid om een vordering in te stellen op grond van artikel 1382 BW (in geval van fout) of burenhinder (ook zonder fout)<sup>62</sup>. Op grond van artikel 37 van het Veldwetboek kan een eigenaar eisen dat de overhangende takken van bomen van zijn buurman, ongeacht hun afstand tot de perceelgrens, worden gesnoeid. Volgens vaststaande en eeuwenoude cassatierechtspraak gelden deze bepalingen echter niet voor de beplantingen op het openbaar domein van de overheid, zoals beplantingen op de berm van een openbare weg.<sup>63</sup> Aangelanden van een aan de stad Eupen toebehorende openbare weg lieten aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag stellen of de niet-toepasselijkheid van deze bepalingen ten aanzien van de overheid, die een erfdienstbaarheid van openbaar nut uitmaakt<sup>64</sup>, verzoenbaar is met het mensenrechtelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel (artt. 10 en 11 Gw. en art. 14 EVRM) en eigendomsrecht (art. 16 Gw. en art. 1 EAP EVRM).

**55.** Het gelijkheidsbeginsel acht het Grondwettelijk Hof alvast niet geschonden gelet op de afwezigheid van voldoende vergelijkbare gevallen ten aanzien waarvan een discriminatie werd aangevoerd. Bermbeplantingen op openbare wegen onderscheiden zich vanwege hun aard en bestemming van beplantingen op private eigendommen. Ze dienen immers het leefmilieu, de

---

<sup>62</sup> N. CARETTE en K. SWINNEN, "Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2011-2012" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 58; S. STIJNS en H. VUYE, *Burenhinder Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 421 *et seq.*

<sup>63</sup> Cass. 20 juni 1872, *Pas.* 1872, 352, concl. MESDACH DE TER KIELE en *BJ* 1872, 854.

<sup>64</sup> J. TOURY, "Het openbaar domein en het Veldwetboek" (noot onder GwH 12 oktober 2017), *T.Not.* 2018, 932.

landinrichting en de ruimtelijke ordening, kortom het algemeen belang.<sup>65</sup> Bijgevolg acht het Hof het niet zonder redelijke verantwoording dat de gemeenrechtelijke regeling betreffende afstand van beplantingen zoals neergelegd in de artikelen 36 en volgende van het Veldwetboek, die slechts de rechtsbetrekkingen tussen private naburen in goede banen beoogt te leiden, daarop niet van toepassing is.<sup>66</sup>

**56.** Wat de bescherming van het eigendomsrecht betreft, herhaalt het Grondwettelijk Hof zijn bekende analogierechtspraak: hoewel artikel 16 van de Grondwet enkel bescherming biedt tegen formele onteigeningen, heeft deze bepaling volgens het Hof een draagwijdte die analoog is aan die van artikel 1 EAP EVRM, dat ook bescherming biedt tegen eigendomsbeperkingen die geen eigendomsontneming zijn (zoals erfdiensbaarheden van openbaar nut) en waarmee het Hof bij zijn toetsing aan artikel 16 van de Grondwet bijgevolg rekening kan houden. Er moet volgens het Hof een redelijk verband van evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en de nagestreefde doelstelling van algemeen belang. Welnu, de niet-toepasselijkheid van de gemeenrechtelijke regeling betreffende de afstand van beplantingen ten aanzien van de bermbeplantingen van openbare wegen tast volgens het Hof het eigendomsrecht van de aangelanden van deze wegen niet onevenredig aan, aangezien aangelanden die zich benadeeld voelen, zich te allen tijde tot de burgerlijke rechter kunnen wenden om vergoeding te eisen, indien en in de mate waarin de gevolgen van de erfdiensbaarheid tot openbaar nut of de beperking van het eigendomsrecht van de getroffen groep van burgers of instellingen de last te boven gaan die in het algemeen belang aan een particulier kan worden opgelegd (overw. B.7). Als grondslag van de vergoedingsplicht alludeert het Hof dus op het beginsel van de gelijkheid voor openbare lasten, afgekort de 'lastengelijkheid', in Nederland beter bekend als het égalitébeginsel.

**57.** Het arrest van het Grondwettelijk Hof d.d. 12 oktober 2017 illustreert dat op het openbaar domein nog wel degelijk bepaalde afwijkingen van het gemeen recht van toepassing zijn. Problematisch is dit niet, omdat de burger die zich daardoor onevenredig benadeeld zou voelen, zich voor vergoeding tot de burgerlijke rechter kan wenden.

GWH 21 oktober 2021, nr. 148/2021

**58.** Eind 2021 moest het Grondwettelijk Hof zich uitspreken over de gewijzigde bepalingen inzake afstand van beplantingen in het nieuwe goederenrecht. Zoals voorheen bevat de tekst van deze bepalingen geen uitdrukkelijke uitzonderingen op de geëiste afstanden voor het openbaar domein: volgens de letter van de wet zouden deze afstanden ook op het openbaar domein gerespecteerd moeten worden. Een natuurvereniging maakte zich daar zorgen over. Sommige straten, in het bijzonder in de stadscentra, zijn zo smal dat de wettelijk geëiste afstanden amper gerespecteerd kunnen worden. Ook op het platteland zijn talrijke bomenrijen aangeplant in de nabijheid van de erfgrans. Door niet in uitzonderingen op deze afstanden voor openbaar domein te hebben voorzien, zou de wetgever volgens de natuurvereniging de openbare groene ruimte geweld aandoen. Meer bepaald voerde zij een discriminatie doordat ongelijke gevallen (openbaar domein en private eigendom) door de wetgever gelijk behandeld zouden worden. Het Grondwettelijk Hof veegde dit argument echter van tafel, overwegende dat de vordering tot het snoeien of rooien van beplantingen die de wettelijke afstanden niet

---

<sup>65</sup> GWH 12 oktober 2017, nr. 115/2017, *Amén*. 2018, 154, *APT* 2018, 91, *BS* 11 december 2017, 109296, *NJW* 2017, 793, *RW* 2017-18, 480, noot J. TOURY, *RW* 2018-19, 978, *T.Agr.R.* 2018, 168, noot J. TOURY en *T.Not.* 2018, 927, noot J. TOURY.

<sup>66</sup> J. THEUNIS en N. APPERMONT, "Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom" in *Themis – Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 205.

respecteren, de toets aan rechtsmisbruik moet kunnen doorstaan. Aangezien dit onveranderlijk geldt voor zowel beplantingen op private eigendom als op openbaar domein, is er geen sprake van een gelijke behandeling, antwoordt het Hof enigszins laconiek.<sup>67</sup>

## Eigendomsbeperkingen bij private goederen met openbare bestemming

**59.** De vraag naar de beperkingen van het private eigendom en hoe het Belgische recht daaraan tracht te remediëren, is logischerwijze alleen maar aan de orde voor zover een goed met openbare bestemming in privéhanden ligt. In de praktijk komt dit met name voor inzake onroerend erfgoed en gemeentewegen.

**60.** De lasten van eigenaars van beschermd onroerend erfgoed worden over het algemeen als (te) zwaar ervaren.<sup>68</sup> Anders dan typische erfdiensbaarheden van openbaar nut is het inderdaad zo dat dergelijke eigenaars als het ware handlangers worden van de overheid in het behartigen van het algemeen belang: op hen rusten ook actieve onderhouds-, herstellings- en zorgplichten. De fricties waartoe deze aanleiding geven, blijken uit het aantal rechtsgedingen ter zake in zowel het subjectief als het objectief contentieux. Kunstenaar Wim Delvoye bijvoorbeeld belandde in een jarenlange procedure omdat hij de kleur van zijn gordijnen niet mocht afstemmen op de kleuren van zijn kunstwerken tijdens een expositie.<sup>69</sup>

**61.** De lasten opgelegd door het Gemeentewegendecreet zijn openbare erfdiensbaarheden van doorgang.<sup>70</sup> Deze zijn vereist opdat een weg waarvan de bedding geen eigendom is van de gemeente maar van een particulier, als openbare weg en bijgevolg als gemeenteweg kan worden gekwalificeerd.<sup>71</sup> Hoewel een particulier dus eigenaar kan zijn van de zate van een gemeenteweg<sup>72</sup>, maakt de openbare erfdiensbaarheid van doorgang dit eigendomsrecht vleugellam.<sup>73</sup> Het is zonder voorafgaand akkoord van de gemeenteraad immers verboden een

---

<sup>67</sup> GwH 21 oktober 2021, nr. 148/2021, *MER* 2022, 36, noot C. BORUCKI en *TMR* 2022, 71, noot J. VAN DE VOORDE.

<sup>68</sup> M.-S. DE CLIPPELE, "Erfgoedeigenaar: een vergiftigd geschenk?" in R. PALMANS en W. VERRIJDT (eds.), *Erfgoed en eigendomsbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 78, nr. 58.

<sup>69</sup> <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/06/15/kunstenaar-wim-delvoye-krijgt-zeven-maanden-cel-met-uitstel-en-b/>.

<sup>70</sup> *I.e. species* van het *genus* 'wettelijke erfdiensbaarheden van openbaar nut' of kortweg 'openbare erfdiensbaarheden'. Deze worden door de Napoleontische wetgever niet gedefinieerd. Hij alludeert in art. 649 BW wel op hun bestaan, geeft in art. 650, eerste lid BW enkele voorbeelden en omschrijft in art. 650, tweede lid BW het toepasselijke juridische regime als "bijzondere wetten of verordeningen", waarmee hij bedoelt dat ze anders dan private erfdiensbaarheden door het bestuursrecht en niet door het burgerlijk recht worden beheerst.

<sup>71</sup> Het Gemeentewegendecreet definieert de wegen die onder zijn toepassingsgebied vallen, als *openbare wegen* die onder het rechtstreekse en onmiddellijke *beheer van de gemeente* staan, ongeacht de eigenaar van de grond (art. 2, 6°). Beheer van een gemeenteweg wordt op zijn beurt gedefinieerd als 'het onderhoud, de vrijwaring van de toegankelijkheid en de verbetering van een gemeenteweg, alsook de nodige maatregelen tot herwaardering van in onbruik geraakte gemeentewegen' (art. 2, 2° Gemeentewegendecreet). Over het begrip openbare weg kan men een boompje opzetten. De wetgever definieert dit begrip niet. De rechtspraak doet dat wel maar niet altijd even consistent. Vaststaat dat de eigendom van de bedding hiervoor niet relevant is, wel de vraag of de weg al dan niet voor openbaar verkeer bestemd is en gebruikt wordt. Onder openbaar verkeer verstaat men een verkeer dat een zuiver privaat verkeer overstijgt. Privaat verkeer is een verkeer dat enkel geschiedt door aangelanden en hun diverse bezoekers: voorstel van decreet (L. JANS e.a.) houdende gemeentewegen, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, 1847, nr. 1, 44. Aangelanden worden gedefinieerd als 'de eigenaars van percelen die palen aan een gemeenteweg of die door een gemeenteweg worden doorkruist' (art. 2, 1° Gemeentewegendecreet).

<sup>72</sup> Wat nog steeds het geval is bij heel wat voormalige buurtwegen: conceptnota (L. JANS e.a.) voor nieuwe regeling betreffende een kaderdecreet Gemeentewegen, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, 806, nr. 1, 22. Het decreet verplicht gemeenten niet om de bedding van deze wegen in eigendom te verwerven: voorstel van decreet (L. JANS e.a.) houdende gemeentewegen, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, 1847, nr. 1, 29.

<sup>73</sup> V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 538, nr. 671.

gemeenteweg te wijzigen, te verplaatsen of op te heffen, hem volledig of gedeeltelijk in te nemen op een wijze die het gewone gebruiksrecht overstijgt, de toegang tot een gemeenteweg of het gebruik en beheer ervan te belemmeren, te hinderen of onmogelijk te maken. Het is zonder voorafgaande toestemming van het college van burgemeester en schepenen of zijn gemachtigde ook verboden op of in gemeentewegen werkzaamheden uit te voeren of gemeentewegen op welke wijze ook te beschadigen (art. 38 Gemeentewegendecreet). Op gemeentewegen opgenomen in een rooilijnplan<sup>74</sup> rust bovendien een erfdienstbaarheid *non aedificandi*.<sup>75</sup> Het college van burgemeester en schepenen kan immers in principe geen vergunning verlenen voor het bouwen, verbouwen, herbouwen of uitbreiden van een constructie op een stuk grond dat door een rooilijn<sup>76</sup> of een achteruitbouwstrook<sup>77</sup> is getroffen (art. 4.3.8, § 1 VCRO).<sup>78</sup>

## Vraag 4

**62.** Wat betreft de gevolgen van het openbare domeinstatuut voor derden springt vooral artikel 1412*bis* Ger.W. in het oog. Het al of niet toebehoren van een goed tot het openbaar domein is eigenlijk niet het determinerende criterium voor de toepasselijkheid van deze bepaling, wel de vraag of het goed in kwestie (in eigendom?) 'toebehoort' aan 'de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de provincies, de gemeenten, de instellingen van openbaar nut en, in het algemeen, aan een publiekrechtelijk rechtspersoon'. Met betrekking tot deze goederen poneert het genoemde artikel, conform het klassieke principe van de extracommercialiteit van het openbaar domein, dat ze niet vatbaar zijn voor beslag. Deze regel lijdt echter uitzondering wanneer de bevoegde rechtspersoon een lijst opstelde waarin het betrokken goed wél vatbaar voor beslag werd verklaard. Bij gebrek aan zo'n lijst of wanneer de tegeldemaking van de erin opgenomen goederen niet volstaat tot voldoening van de schuldeiser, kunnen eveneens in beslag worden genomen: de goederen die voor deze rechtspersonen 'kennelijk' niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of voor de continuïteit van de openbare dienst. Deze laatste uitzondering is nagenoeg steeds toepasselijk, vermits bij ons weten nog geen lijsten zijn gepubliceerd waarin goederen van openbare rechtspersonen als beslagbaar worden verklaard. Deze tweede uitzondering is op haar beurt echter van gering praktisch belang, vermits mag worden aangenomen dat minstens de goederen van het openbaar domein, toch geen onbelangrijke categorie van goederen van openbare rechtspersonen, wél nuttig zijn voor de continuïteit van de openbare dienst. 'Kennelijk' niet nuttig voor die dienst, zullen ze alleszins niet zijn. In de praktijk kan deze uitzondering dus *grosso modo* (slechts) op private domeingoesden worden toegepast.

---

<sup>74</sup> Het Gemeentewegendecreet definieert een gemeentelijk rooilijnplan als het 'grafisch verordenend plan waarbij de huidige en toekomstige grenzen van een of meer gemeentewegen worden bepaald. Het gemeentelijk rooilijnplan geeft een openbare bestemming aan de gronden die in de gemeenteweg opgenomen zijn of opgenomen zullen worden' (art. 2, 5°).

<sup>75</sup> Wat in het licht van art. 11, §1 Gemeentewegendecreet de regel is.

<sup>76</sup> Het Gemeentewegendecreet definieert de rooilijn als 'de huidige of de toekomstige grens tussen de openbare weg en de aangelande eigendommen, vastgelegd in een rooilijnplan. Als een rooilijnplan ontbreekt, is de rooilijn de huidige grens tussen de openbare weg en de aangelande eigendommen' (art. 2, 9°).

<sup>77</sup> De Raad voor Vergunningsbetwistingen definieert de achteruitbouwstrook als 'de strook die zich tussen de rooilijn (de grens tussen de openbare weg of het openbaar domein en het privé-domein) en de bouwlijn van de woning bevindt. Een achteruitbouwstrook dient daarom als een *accessorium* te worden beschouwd van de rooilijn en betreft een erfdienstbaarheid *non aedificandi* van openbaar nut' (RvVb 4 oktober 2016, nr. A/1617/0125).

<sup>78</sup> Zie hierover uitgebreid S. DE WINTER, "Het Vlaamse Gemeentewegendecreet: een eerste wettelijke verankering van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten", *T.Gem.* 2020, 78-83.

**63.** Het collectieve gebruik van openbare domeingoederen wordt gereguleerd in bijzondere wetgeving, politieverordeningen, reglementen, interne richtlijnen en omzendbrieven.<sup>79</sup> Enkel de eerste drie categorieën kunnen verplichtingen opleggen aan onbepaalde derden. Interne richtlijnen binden twee enkel de actuele gebruikers en medewerkers van de openbare dienst, terwijl omzendbrieven enkel de bevoegde overheid zelf binden.

**64.** Het privatieve (exclusieve) gebruik van het openbaar domein wordt gereguleerd door vergunningen en/of (administratieve of private) contracten.

**65.** Hierboven wezen we reeds op het afnemende belang van het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein vanwege de hoe langer hoe meer convergerende rechtsregimes van toepassing op beide domeinen. Dat blijkt ook uit de voorschriften van toepassing op het beheer van het private domein. Zo moet de overheid ook bij het beheer van haar privaat domein de beginselen van behoorlijk bestuur respecteren, met name het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van transparantie, *fair play* en vrije mededinging.<sup>80</sup> Daarom stelt het Decreet Lokaal Bestuur bij gemeentelijke onroerendgoedtransacties de openbare verkoop als regel voorop.<sup>81</sup> Anders dan tussen particulieren onderling, die hiervoor beroep doen op een notaris, kunnen openbare besturen die hun onroerende goederen vervreemden, hiervoor zelf de nodige administratieve akten opmaken.

**66.** De procedure voor het beheer en de vervreemding van de niet-bestemde onroerende goederen in eigendom van de rechtspersonen ‘Vlaamse Gemeenschap’ of ‘Vlaamse Gewest’ wordt geregeld door de omzendbrief VR 2017/42 van 12 mei 2017 (‘omzendbrief domeinbeheer’).<sup>82</sup> Die brief schrijft voor dat voor zover een onroerend goed waarvan de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest eigenaar is, vervreemd wordt, het goed in principe (behoudens uitzonderingen) eerst op de interne vastgoedmarkt moet worden aangeboden. Indien er zich gedurende de termijn van de publicatie op de interne vastgoedmarkt een andere entiteit binnen de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest heeft aangemeld die aan het goed een nieuwe bestemming zal geven, geeft dit aanleiding tot een kosteloze interne overdracht. Indien intern geen enkele interesse bestaat om aan het onroerend goed een nieuwe bestemming te geven, kan het goed op de openbare vastgoedmarkt worden aangeboden.

**67.** Zoals hierboven is gebleken, gaan het beheer van en de beschikking over domeingoederen gepaard met (vorm)voorschriften en beperkingen. Voor zover deze (vorm)voorschriften en beperkingen de openbare orde raken, zijn rechtshandelingen gesteld in strijd daarmee *absoluut* nietig. Absolute nietigheid onderscheidt zich van relatieve nietigheid doordat iedere belanghebbende (bv. een kandidaat-opdrachtnemer die bij een openbare aanbesteding de opdracht uiteindelijk door een concurrent in de wacht zag slepen) en dus niet enkel de partijen bij de nietige rechtshandeling (bv. een erfpachtovereenkomst gesloten met

---

<sup>79</sup> Cf. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 350, nr. 349, die enkel spreken over 'reglementaire bepalingen ter zake'.

<sup>80</sup> I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 229.

<sup>81</sup> Zie hierover B. INDEKEU, "Vormvoorschriften bij verkoop van gemeentelijk onroerend goed in het nieuwe Decreet Lokaal Bestuur. Een gemiste kans om klare wijn te schenken", *T.Gem.* 2019, 22-31 en *err. T.Gem.* 2019, 48.

<sup>82</sup> Het weze benadrukt dat het toepassingsgebied van deze omzendbrief zowel personeel als materieel beperkt is: enerzijds heeft de brief slechts betrekking op limitatief opgesomde rechtspersonen, met name de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, anderzijds slechts op die goederen die niet meer ingezet (kunnen) worden voor het functioneel doel waarvoor ze bestemd zijn/waren.

miskenning van de onbeschikbaarheid van het openbaar domein of van de regels inzake vrije mededinging van toepassing op privaat domein) voor de burgerlijke rechter kan vorderen.<sup>83</sup> De eenzijdige bestuurshandeling tot het stellen van de nietige rechtshandeling zou ook in het objectief contentieux, meer bepaald voor de bestuursrechter, aangevochten kunnen worden (art. 14 RvS-Wet, waarbij de onbeschikbaarheid van het openbaar domein, dat immers de openbare orde raakt, als substantieel vormvoorschrift in de zin van deze bepaling zou kunnen worden aangemerkt<sup>84</sup>). Als de bestuurlijke rechtshandeling tot het toekennen van een gebruiksrecht op openbaar domein met succes werd aangevochten, vervalt uiteraard dit toegekende gebruiksrecht zelf. Of de rechtshandeling gesteld werd met betrekking tot een goed van het privaat dan wel het openbaar domein, maakt voor de sanctieregeling niet zo veel uit, nu niet alleen de beschikbaarheid van het openbaar domein maar bijvoorbeeld ook de vrije mededinging van toepassing op privaat domein (minstens in bepaalde gevallen) de openbare orde kan raken. Volgens de regels van verbintenissenrecht zal de civielrechtelijke nietigheidssanctie echter wel steeds maatwerk vereisen.<sup>85</sup>

In de praktijk zal het vaak bij handhaving in het kader van bestuurlijk toezicht (en dus niet voor de burgerlijke rechter) blijven. De omzendbrief over de transacties van onroerende goederen door lokale en provinciale besturen en door besturen van de erkende erediensten<sup>86</sup> schrijft namelijk voor dat deze transacties moeten beantwoorden aan de beginselen van gelijkheid en vrije mededinging. Nochtans laat de omzendbrief wel toe dat van deze mededinging in een concreet geval kan worden afgeweken, wat het bestuur dan wel terdege moet motiveren, op straffe van een eventuele vernietiging in het kader van bestuurlijk toezicht, waarnaar de omzendbrief eveneens verwijst.

## Vraag 5

**68.** De verhouding tussen het openbaar en het privaat domein schetsten we hierboven al: het privaat domein is de regel, het openbaar domein is de uitzondering, en uitzonderingen dienen restrictief te worden geïnterpreteerd. Anderzijds is het zo dat voor zover het openbaar domein in het geding is, het *collectieve* gebruik van dit domein de regel is. Dit volgt ook uit het beginsel van de benuttigingsgelijkheid van de openbare dienst, een concretisering van het algemene gelijkheidsbeginsel die inhoudt dat alle burgers ten aanzien van het gebruik van de openbare dienst gelijk moeten worden behandeld. Het kan soms in het gedrang zijn wanneer de overheid er bijvoorbeeld voor kiest om met een private partner in zee te gaan, zonder de kandidatuur van een andere partner (grondig) overwogen te hebben.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, (2705) nr. 40.

<sup>84</sup> Zie hierover ook I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 611, nr. 1335.

<sup>85</sup> Voor een recent toepassingsgeval, zie Cass. 22 januari 2021, *NJW* 2021, 348, noot M. MEIRLAEN, *OOO* 2021, 118, *RW* 2021-22, 998, noot D. WILLEMS, *T.Aann.* 2021, 260, R. MORTIER, noot en *TBO* 2021, 266 noot A. VERSCHAVE.

<sup>86</sup> KB/ABB 2019/3 van 3 mei 2019 over de transacties van onroerende goederen door lokale en provinciale besturen en door besturen van de erkende erediensten, *BS* 27 mei 2019.

<sup>87</sup> J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 220-221.

**69.** Het privatieve, met name exclusieve, gebruik van het openbaar domein is dus de uitzondering, ongeacht of dit privatieve gebruik berust op een administratief dan wel privaat gebruiksrecht. Dit heeft tot gevolg dat dergelijk gebruik in principe slechts onder bezwarende titel (mits een gebruikersvergoeding) kan worden toegestaan. Bij domeinconcessies is een vergoeding duidelijk de regel.<sup>88</sup> Private gebruiksrechten (inzonderheid zakelijke) gebruiksrechten kunnen zowel kosteloos als vergeldend gevestigd worden, maar hun verenigbaarheid met de openbare bestemming vergt o.i. zoals gezegd als uitgangspunt dat, naast beëindigingsmodaliteiten, een vergoeding wordt bedongen.

**70.** Is voldoende objectief bepaalbaar of sprake is van gewoon of bijzonder gebruik van de desbetreffende zaak/goed? Hiervoor moet o.i. gekeken worden naar de wezenskenmerken van het toegestane privatieve gebruik: behalve erfdiensbaarheden kennen zakelijke rechten hun titularis in principe een exclusief gebruiks- en genotsrecht toe, wat betekent dat de titularis niet-titularissen kan uitsluiten van 'zijn' deel van het openbaar domein. Bij vergunningen en domeinconcessies moet geval per geval bekeken worden hoe de titularissen van het toegestane gebruiksrecht wordt omschreven: *nominatim* genoemde personen of eerder algemeen?

## Vraag 6

Handhaving van het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein

**71.** Anders dan in Nederland focust de handhaving van het openbaar domein in België vooral op de handhaving van het juridisch (uitzonderings)statuut. Wat de handhaving van het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein betreft moet in eerste instantie naar bijzondere wetgeving gekeken worden. Zo regelen bijzonder wettelijke bepalingen de vaststelling, bestraffing en remediëring van inbreuken op bijvoorbeeld de erfdiensbaarheden *non aedificandi* op gemeentewegen met private wegzate (zie hoofdstuk 6 van het voornoemde Gemeentewegendecreet). De handhaving is dus van overwegend publiekrechtelijke aard.

**72.** Bij gebrek aan en bovenop voornoemde bijzondere handhaving kent het Belgische recht ook een algemene handhaving in de vorm van het bestuurlijk toezicht. Dit komt erop neer dat (des)affectaties vernietigd kunnen worden door een hogere hiërarchische overheid en uiteindelijk de Raad van State.

**73.** Dat de hierboven besproken beperkingen op de beschikkingsbevoegdheid omtrent het openbaar domein in dit verband maar beter *au sérieux* worden genomen, blijkt uit een arrest van deze Raad uit 1990.<sup>89</sup> In dit arrest, dat o.i. *mutatis mutandis* geëxtrapoleerd kan worden naar andere private gebruiksrechten, vernietigde de Raad van State, die kennis kon nemen van het geschil op grond van de leer inzake de zogenaamde afsplitsbare rechtshandeling,<sup>90</sup> de beslissing van een overheid tot sluiten van een opstalcontract omdat zij zich daarin, volgens het oordeel van de Raad, onvoldoende uitdrukkelijke beëindigingsmogelijkheden in het algemeen

---

<sup>88</sup> S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 308, nr. 573.

<sup>89</sup> RvS 9 januari 1990, nr. 33.732, *Loos, Pas.* 1992, IV, 167.

<sup>90</sup> De artikelen 144 en 145 van de Belgische Grondwet verbieden de Raad van State in beginsel om kennis te nemen van vorderingen omtrent burgerlijke rechten. Ter ontwijking (niet miskening) van deze bepalingen ontwikkelde de Raad de leer van de afsplitsbare rechtshandeling: de beslissing tot het sluiten van het contract waarbij een burgerlijk recht aan een particulier op het openbaar domein wordt verleend, wordt beschouwd als een afzonderlijke, van dit contract afsplitsbare rechtshandeling. Vernietigingsberoep tegen die rechtshandeling vallen wel binnen de rechtsmacht van de Raad.

belang had voorbehouden. Een dergelijke contractuele beëindigingsmogelijkheid wordt soms ook wel een 'precario-beding' genoemd.<sup>91</sup>

Het arrest komt als des te strenger over nu in de rechtsleer soms wordt aangenomen dat aan burgers toegekende rechten op het openbaar domein uit de aard van de zaak sowieso precair zijn, ook zonder uitdrukkelijke beëindigingsclausule in de vestigingstitel.<sup>92</sup> Helemaal eens zijn we het nochtans niet met dit rechtsgeleerde standpunt. Allereerst kan een impliciete afwijking van het privaatrecht, voor zover men ze al aanvaardt, zich maar beperken tot die bepalingen die van aanvullend recht zijn. Onder andere de bepalingen in verband met de duur van zakelijke rechten daarentegen zijn minstens van dwingend recht. Bovendien moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen zogenaamde *contrats administratifs* en *contrats de l'administration*. Het eerste type contracten kan enkel door de overheid worden gesloten, terwijl het tweede type ook tussen particulieren onderling kan worden gesloten. Een voorbeeld van het eerste type is de domeinconcessie. (Enkel) kan worden uitgegaan van een ongelijkheid tussen partijen en gelden bijzondere bestuursrechtelijke correcties van het privaatrecht. De overeenkomst waarbij de overheid aan een particulier een privaat gebruiksrecht toekent op het openbaar domein is echter een zogenoemd *contrat de l'administration*, i.e. een overeenkomst zoals een andere die zowel door particulieren als door de overheid kan worden gesloten. Hier geldt het gemeen privaatrecht *by default* en heeft de overheid dezelfde rechten en plichten als particulieren die onderling dezelfde overeenkomst zouden aangaan.

**74.** De rechtshandeling die in strijd met voorgaande regels is aangegaan, kan ook civielrechtelijk met nietigheid worden gesanctioneerd (zie hiervoor *supra*, nr. 67)

---

<sup>91</sup> Voor een toepassing, zie S. DE WINTER, "Erfpacht op openbaar domein" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 339-353.

<sup>92</sup> H. VUYE en A. VANDEBURIE, "Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in)certitudes...(?)", *TBBR* 2010, 124, nr. 18; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 427; S. VAN GARSSE en M. LERNOUT, "Erfpacht en opstal & de overheid" in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 237, nr. 32; 173; D. DEOM, "Le régime juridique du domaine public et du domaine privé" in *Domaine public, domaine privé - Biens des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 2008, 173; B. GORS, "Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en general" in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif - Actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, 388, nr. 127.



## Vraag 7

**75.** Zoals hierboven al gezegd (supra nr. 36 e.v.), zijn fricties tussen het privaat en het algemeen belang vooral merkbaar wanneer een goed met openbare bestemming in particuliere handen ligt: een burger zal wellicht minder te klagen hebben wanneer hij, weliswaar mits betaling, een exclusief gebruiksrecht toegekend krijgt op een zonder dit recht in principe collectief openbaar domeingood, dan wanneer zijn eigen goederen in het algemeen belang aan bepaalde gebruiksbepalingen onderhevig zijn. Dat kan alleen al worden afgeleid uit het relatief grote aantal rechtsgedingen in deze tweede hypothese, waarvan we er hierboven enkele meer in detail bespraken.

**76.** Zoals eveneens aangehaald lijkt vergoeding in dit verband van cruciaal belang om het algemeen met het privaat belang te verzoenen. De vraag rijst of in dit verband een *status quo* de voorkeur verdient, waarbij eigenaars die zich onevenredig benadeeld voelen, de overheid voor de burgerlijke rechter dagvaarden in vergoeding, dan wel om een en ander wettelijk, algemeen of specifiek te regelen. De beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijke regelgeving pleiten o.i. voor de tweede piste: vorderingen voor de burgerlijke rechter zijn over het algemeen duur en tijdrovend. Het lijkt proceseconomischer om bij het vestigen van openbare erfdiensbaarheden (zoals de openbare domanialiteit van private goederen o.i. moet worden gekwalificeerd) de nodige aandacht te besteden aan adequate vergoeding zoals premies en/of subsidies, waarvan desgevallend ook een zekere 'smeerolie' kan uitgaan, d.w.z. een verbreding van het draagvlak voor het beleid. Hoewel een algemene wettelijke regeling als denkpiste niet uitgesloten kan worden, lijkt het gelijkheidsbeginsel, dat niet alleen een gelijke behandeling van gelijke gevallen maar ook een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen dicteert, ons eerder voor een specifieke wettelijke vergoedingsregeling te pleiten, in functie van de karakteristieken en beschikbare budgetten van het betrokken beleidsdomein (onroerend erfgoed, gemeentewegen, etc.)