

Openbare zaken vanuit (Nederlands) privaatrechtelijke perspectief

Jacques Sluysmans & Nikky van Triet

Vraag 1: Wat valt te verstaan onder openbare zaken/goederen die bestemd zijn voor de publieke dienst? Is sprake van voldoende definiëring? Valt de eigendom ervan in beginsel onder het privaatrecht of onder het publiekrecht?

Wat zijn openbare zaken/goederen (bestemd voor de publieke dienst)?

1. De verzamelterm ‘openbare zaken/goederen die bestemd zijn voor de publieke dienst’ kan tot verwarring leiden, omdat daarmee aan verschillende leerstukken kan worden gerefereerd.
2. Dat is in de eerste plaats het leerstuk van de zogenoemde ‘zaken buiten de handel’, dat onder het oud BW diende ter bescherming van goederen met een publieke bestemming tegen aantastingen door privaatrechtelijke rechtshandelingen. Onder het huidige BW geldt dat het burgerlijke recht alleen niet van toepassing is, indien en voor zover de publieke bestemming van de zaak zich tegen die toepassing verzet. Daarvan getuigt in het huidige BW het verbod op beslaglegging op zaken die voor de openbare dienst bestemd zijn, zoals neergelegd in de artikelen 436 en 703 Rv. Dat verbod ziet op een vrij gevarieerde groep van zaken – roerend en onroerend – maar levert in de praktijk geen problemen op en in ieder geval geen punten van samenloop tussen publiek- en privaatrecht.¹ Wij zullen dat leerstuk in het vervolg van onze beschouwingen daarom buiten behandeling laten. Wij merken ook op dat ‘goederen bestemd voor de openbare dienst’ niet noodzakelijkerwijs – anders dan de vraagstelling wellicht suggereert – kunnen worden aangemerkt als ‘openbare zaken’. Onder goederen bestemd voor de openbare dienst worden verstaan al die goederen die ‘de overheid gebruikt bij en nodig heeft voor de (ongestoorde) uitoefening van haar publieke taak. Dat zijn dus alle gebouwen, materieel (...) die bestemd zijn voor de uitoefening van de publieke taak van het betrokken lichaam.’² Ook om die reden zien wij af van een nadere bespreking van dit leerstuk.

¹ J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940. Aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 26 en G.A. van der Veen, ‘Met openbare zaken naar de openbare zaak’, in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 343.

² G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel (Mon. BW nr. A26b)*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 9.

3. In de tweede plaats speelt het begrip ‘bestemd voor de openbare dienst’ een rol bij de heffing van precariobelasting. Enkel over (gebruik van) grond bestemd voor de openbare dienst kan een precariobelasting worden geheven. Wil er sprake zijn van dergelijke grond bestemd voor de openbare dienst, dan is niet noodzakelijk dat die grond ook toegankelijk is voor het publiek. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat toegankelijkheid voor het publiek enkel een vereiste is, indien slechts daardoor de publieke functie die de gemeentegrond beoogt te vervullen, ook daadwerkelijk kan worden vervuld.³ Een openbare weg moet bijvoorbeeld ook daadwerkelijk voor het publiek toegankelijk zijn om gebruikt te kunnen worden als openbare weg.⁴
4. Een derde terrein waarop openbaarheid een rol speelt, is dat van de (toegankelijkheid van) openbare gebouwen, zoals een gemeentehuis, een bibliotheek of een ministerie. Dergelijke gebouwen zijn niet onbeperkt toegankelijk. De toegankelijkheid van dergelijke gebouwen kan worden begrensd door huisregels (protocollen), en ook bij verstoring van de orde kan aan iemand de toegang tot een dergelijk gebouw worden ontzegd. Het zich na vordering daartoe niet verwijderen uit een tot de openbare dienst bestemd lokaal is in art. 139 WvSr strafbaar gesteld. In dit verband wordt ook wel gesproken van semiopenbare zaken.
5. Wij zijn van oordeel dat de groep van openbare zaken die tot de semiopenbare zaken worden gerekend te divers is om op vruchtbare wijze in gemeenschappelijkheid te analyseren. Zo vloeit het vereiste van toegankelijkheid van een gemeentehuis deels voort uit de noodzaak tot toegankelijkheid – via met name loketten – van publieke diensten (het aanvragen van een paspoort) en deels uit het recht openbare vergaderingen van de gemeenteraad kunnen bijwonen, terwijl de openbaarheid van een gerechtsgebouw voornamelijk stoelt op de openbaarheid van de rechtspraak en de toegang tot een trein(station- en perron) weer berust op de aan de private exploitant verleende concessie.
6. Ook de soms wel onderscheiden categorie van roerende zaken met een publieke bestemming achten wij te onbepaald en te weinig onderscheidend om in dit verband te analyseren. Een veel genoemd voorbeeld binnen deze categorie betreft bijvoorbeeld kunstobjecten die op voet van de Erfgoedwet zijn aangewezen als beschermd cultuurgoed, hetgeen onder meer betekent dat de private eigenaar van een dergelijk object in zijn eigendomsbevoegdheden wordt beperkt (bijvoorbeeld door een vergunningvereiste in geval van een voorgenomen

³ HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1510.

⁴ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3891.

export). Niets staat er echter aan in de weg dat de desbetreffende eigenaar het object ten eeuwigden dage bewaart in een kluis en het nimmer aan het publiek tentoonstelt. Heel 'publiek' hoeft dat object dus niet te zijn, wel van cultuurhistorisch belang. Daarmee onderscheidt het zich evenwel niet van bijvoorbeeld een rijksmonumentale onroerende zaak, waarvoor evenzeer geldt dat een zodanige aanwijzing voor een private eigenaar het volle genot van eigendom beperkt (bijvoorbeeld vanwege een verbod op bouwwerkzaamheden zonder bijzondere monumentenvergunning). Ook de categorie van de roerende zaken met een publieke bestemming is ons inziens dus te weinig afgebakend en te weinig onderscheidend om daaraan een zinvolle analyse te wijden.

7. Tot slot valt te denken aan het leerstuk van de openbare zaken: onroerende zaken die zich bevinden in een – zoals Van der Veen dat treffend aanduidt – schemergebied tussen publiek- en privaatrecht, en die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat de eigenaar van die zaken van rechtswege is gehouden om een zeker gebruik van zijn eigendom door derden – aangeduid als het 'gewoon gebruik' – te dulden. Daarin verschillen die openbare zaken van andere zaken, waarvoor immers als hoofdregel geldt dat de eigenaar daarvan – op grond van zijn eigendomsrecht – een gebruik door een ander juist niet hoeft te dulden.⁵
8. Deze openbare zaken vormen – zoals hieronder nader zal blijken – een tamelijk duidelijk afgebakende categorie, met relevante gelijksoortige kenmerken. Die zaken laten zich dus op vruchtbare wijze gezamenlijk analyseren. Wij zullen ons in deze bijdrage dan ook verder richten op die onroerende zaken, en dan uiteraard voornamelijk vanuit een privaatrechtelijk perspectief.
9. Een wettelijke definitie van deze openbare zaken ontbreekt.⁶ Evident is evenwel dat bij de nadere inkadering van het begrip aandacht moet worden besteed aan de constituerende elementen van een 'zaak' en van 'openbaarheid'.

Zaak

10. Zaken zijn – zo volgt uit art. 3:2 BW – alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Zaken kunnen roerend of onroerend zijn. Waar het gaat om 'openbare zaken' in de

⁵ Vergelijk recent Gerechtshof Amsterdam 11 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2252.

⁶ P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I). Huidige positionering en recente ontwikkelingen', *WPNR* 2018, p. 142.

hier bedoelde betekenis zullen enkel onroerende zaken voor een dergelijke kwalificatie in aanmerking (kunnen) komen. Voor roerende zaken geldt immers dat zij niet de hieronder nader te beschrijven 'openbaarheid' kunnen hebben.

Openbaar

11. Anders dan het begrip 'zaak', wordt het begrip 'openbaar' (of 'openbaarheid') in het Burgerlijk Wetboek niet nader gedefinieerd. Men vond het beter dat de kwestie in bijzondere wetten zou worden geregeld 'zo dikwijls voor een nauwkeurig te omschrijven groep van zaken — men denke b.v. aan de openbare wateren — in de praktijk blijkt dat aan een regeling behoefte bestaat'.⁷ In de toelichting Meijers is wel de volgende definitie gegeven aan 'openbaarheid': "als de zaak feitelijk openbaar is".⁸ 'Feitelijk openbaar' wil zeggen dat in beginsel eenieder gebruik kan maken van de betreffende zaak. Te denken valt daarbij aan bepaalde wegen en waterwegen, stranden, wateren, groene gebieden (zoals parken en bossen).
12. In de literatuur wordt verschillend invulling gegeven aan het begrip 'openbaar'. Hennekens hanteert een ruime opvatting. Volgens hem strekt een openbare zaak ertoe om "openbare belangen te dienen of nog liever: om dienstbaar te zijn aan algemene belangen."⁹ Volgens Huisman heeft dit tot gevolg dat de groep van openbare zaken erg groot en ongelijksoortig wordt. Hiertoe behoren dan immers ook gemeentehuizen, openbare musea, bibliotheken, ziekenhuizen, openbaar vervoermiddelen, militaire benodigdheden en kunstwerken.¹⁰
13. Anders dan Hennekens hanteert Van der Veen een beperkte definitie. Van der Veen meent dat een zaak openbaar is, indien die bestemd is voor direct gebruik door het publiek, dus zonder dat toestemming nodig is van de eigenaar om gebruik te maken van de zaak.¹¹ Onder openbare zaken vallen in zijn visie in ieder geval de openbare wegen, de vaarwegen, het

⁷ TM, Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 141. Een voorbeeld van een dergelijke regeling is de Wegenwet.

⁸ TM, Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 141.

⁹ Hennekens, p. 16. Ook Van Maanen hanteert een ruime definitie: G.E. van Maanen, 'Van de vogelen des hemels en de stranden der zee. Publiek domein en ander overheidseigendom', *WPNR* 1992/6074, p. 972 e.v.

¹⁰ P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I). Huidige positionering en recente ontwikkelingen', *WPNR* 2018 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 143.

¹¹ G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht) 1997, p. 56 en 72.

strand en de bodem van de territoriale zee en de Waddenzee.¹²

14. Deze beperkte benadering correspondeert overigens voor een belangrijk deel met de Wet openbare manifestaties. Een openbare plaats is volgens art. 1 lid 1 van deze wet een plaats die krachtens bestemming of vast gebruik openstaat voor publiek. In de memorie van toelichting bij deze wet wordt de definitie van “openbare plaats” nader toegelicht: “Wil er sprake zijn van een openbare plaats, dan moet aan verschillende criteria zijn voldaan. Allereerst is vereist dat de plaats ‘openstaat voor publiek’. Dat wil zeggen dat in beginsel eenieder vrij is om er te komen, te vertoeven en te gaan (...). (...) Dat de plaats ‘openstaat’, betekent voorts, dat geen beletselen in de vorm van een meldingsplicht, de eis van een voorafgaand verlov, of de heffing van een toegangsprijs gelden voor het betreden van de plaats.”
15. Het ons inziens meest cruciale kenmerk is dat de eigenaar van een openbare zaak een zogenoemde duldplicht heeft ten aanzien van een ‘gewoon gebruik’ van die zaak. Wij zijn (ook) voorstander van de beperkte definitie, omdat in deze benadering een groep (onroerende) zaken met dezelfde juridisch relevante kenmerken op heldere wijze wordt afgebakend.¹³ Wij komen daar hieronder nog nader op terug.
16. Wij willen op deze plaats wel alvast erop wijzen dat openbare zaken niet altijd in eigendom toebehoren aan een overheid. Dikwijls is dat inderdaad het geval, maar een openbare zaak kan ook heel wel eigendom zijn van een private partij.¹⁴ Wij zullen in het vervolg van deze analyse voldoende voorbeelden daarvan tegenkomen.

Valt de eigendom van openbare zaken in beginsel onder het privaatrecht of onder het publiekrecht?

17. De eigendom van openbare zaken wordt geheel en al beheerst door het privaatrecht. De vraagstukken of er in voorkomend geval wel sprake is van openbaarheid en/of welke beperkingen uit dat openbaar karakter voortvloeien voor de bevoegdheden van de eigenaar worden deels door privaatrecht en deels door publiekrecht bepaald (waarover hieronder

¹²G.A. van der Veen, ‘Met openbare zaken naar de openbare zaak’, in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 342.

¹³ Huisman 2018, p. 143.

¹⁴ Zie HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627, *NJ* 1992/539 (*Spaans Water*). Zie ook recent HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815.

nader).

18. Op die eigendom van openbare zaken zijn de vermogensrechtelijke bepalingen uit Boek 3, de wetsartikelen over zakelijke rechten uit Boek 5, de algemene verbintenissenrechtelijke regels uit Boek 6 en de bepalingen over koop en huur uit Boek 7 van toepassing. In titel 5.3 zijn specifieke bepalingen opgenomen over overheidseigendom van openbare zaken. In artikel 5:25 BW is opgenomen dat de bodem van de territoriale zee en van de Waddenzee eigendom is van de Staat. Verder is in artikel 5:26 BW bepaald dat de Staat wordt vermoed eigenaar te zijn van zeestranden. In artikel 5:27 lid 1 BW staat dat de grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden, wordt vermoed eigendom van de Staat te zijn. Dit vermoeden werkt volgens lid 2 van dit artikel niet tegenover een openbaar lichaam dat die wateren onderhoudt en het onderhoud niet van de Staat heeft overgenomen en tegenover een openbaar lichaam dat die wateren onderhield en waarvan dit onderhoud door de Staat of door een ander openbaar lichaam is overgenomen. In artikel 5:28 BW wordt bepaald dat onroerende zaken die openbaar zijn, met uitzondering van de stranden, wanneer zij door een openbaar lichaam worden onderhouden, vermoed worden eigendom van dat openbare lichaam te zijn.¹⁵ Art. 5:33 lid 1 BW voorziet in een regeling voor gevallen van verplaatsing van de oeverlijn van een openbaar water na een grensvastlegging als bedoeld in art. 5:30 e.v. BW. In titel 5.4 BW zijn burendrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen ten aanzien van openbare wegen en openbare wateren neergelegd (artt. 5:40, 5:42 lid 1, 5:49 lid 2, 5:50 lid 2, 5:52 en 5:57 BW). Het Burgerlijk Wetboek bepaalt echter (zoals hiervoor al opgemerkt) niet onder welke voorwaarden een zaak als 'openbaar' is aan te merken en wat daarvan (in algemene zin) de rechtsgevolgen zijn. Dat gebeurt bijvoorbeeld wel in de Wegenwet, waarover hieronder nader.
19. Uiteraard kunnen eigendomsbevoegdheden ook belangrijke beperkingen ondergaan door regels van publiekrecht. Zo zal bijvoorbeeld de door het bevoegd gezag aan een onroerende zaak gegeven bestemming van invloed zijn op de gebruiksmogelijkheden. Ingeval de eigendom berust bij een overheid, dan heeft ook dat consequenties voor de uitoefening van eigendomsbevoegdheden, omdat voor de aanwending daarvan door een overheid bijzondere normen, zoals de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht, gelden.¹⁶ Zo kan uit de zogenoemde twee-wegenleer (waarover later nader) volgen dat een beroep op

¹⁵ Huisman 2018, p. 143.

¹⁶ Zoals volgt uit art. 3:14 BW. Zie uitgebreid A.H.J. Hofman, 'Vergoedingen voor het gebruik van overheidseigendommen: een uitweg uit het doorkruisingslabyrint?', *TBR* 2014/92.

privaatrechtelijke beschikkingsmacht in voorkomend geval een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling oplevert. Voorts kan een publiekrechtelijke vergunning een toestemming tot gebruik van openbare grond impliceren, zodat een weigering om voor dat gebruik ook privaatrechtelijke toestemming te verlenen een misbruik van bevoegdheid oplevert.¹⁷ Dit type beperkingen geldt evenwel ten aanzien van de eigendom van alle zaken en heeft dus in zoverre geen directe relatie met het bijzondere karakter van openbare zaken.

Vraag 2: Hoe krijgt en verliest een zaak/goed een openbaar karakter/publieke bestemming? Bestaat rechtsbescherming voor particulieren tegen een dergelijke bestemming respectievelijk het verlies ervan als het om hun zaak/goed gaat en zo ja, in welke gevallen en hoe is deze vorm gegeven? Welke rol speelt artikel 1 van het Eerste Protocol?

Ontstaan van openbaarheid

20. Een zaak kan een openbaar karakter krijgen van nature, door gewoonte of gebruik of door een besluit waardoor een zaak tot openbare zaak bestemd wordt. Het is aan de rechter om in voorkomend geval vast te stellen of een zaak openbaar is.¹⁸

Openbaarheid van nature

21. Van openbaarheid van nature is sprake bij zaken die “de mens is gaan gebruiken omdat en zoals deze zich in de natuur aan hem aandienen”.¹⁹ Voorbeelden hiervan zijn de zee, de rivieren, (natuurlijke) havens, beken, meren, duinen, stranden, oevers en bronnen.
22. Voor zaken die van nature openbaar zijn, zal in beginsel gelden dat zij reeds vanaf het begin van hun ontstaan een openbaar karakter hebben (gehad en behouden).

Openbaarheid door gewoonte of gebruik

23. Bij zaken die openbaar zijn (geworden) door gewoonte of gebruik gaat het om zaken die door langdurig gebruik openbaar zijn geworden. Kennelijk heeft de eigenaar van die zaken

¹⁷ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, AB 2009/327 (*Amsterdam/Geschiere*).

¹⁸ Hennekens 2001, p. 27. Zie ook ABRvS 20 september 1999, *Gst.* 2000, 7114 (*Kempeneergate*) en HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 457 (*Grootscholten e.a./Van der Stolk*).

¹⁹ Hennekens 2001, p. 27.

gedurende langere tijd niet opgetreden tegen een bepaald gebruik van zijn eigendom door derden, waardoor zijn eigendom een openbaar karakter heeft verkregen.

Enkel ten aanzien van openbare wegen is deze regel nader ingekleurd door de wet.

24. Artikel 4, eerste lid, van de Wegenwet geeft aan wat de wetgever verstaat onder 'openbaarheid door gewoonte':

"Een weg is openbaar:

- *I. wanneer hij, na het tijdstip van dertig jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest;*
- *II. wanneer hij, na het tijdstip van tien jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende tien achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en tevens gedurende dien tijd is onderhouden door het Rijk, eene provincie, eene gemeente of een waterschap."*

25. De wetgever heeft gekozen voor een bepaalde periode van algemene toegankelijkheid. Uit de feitelijke omstandigheden moet blijken of aan de gestelde periode voor algemene toegankelijkheid is voldaan.²⁰

26. Een mooi voorbeeld vormt een onbewaakte spoorwegovergang bij het station Heemstede-Aerdenhout.²¹ ProRail heeft als eigenaar van die overgang voor de veiligheid de overgang afgesloten. De Fietsersbond en Wandelnet hebben daarop het college verzocht die afsluiting ongedaan te maken op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening van Heemstede. Het college heeft dit geweigerd omdat het van mening was dat geen sprake was van een openbare weg in de zin van artikel 4 van de Wegenwet. Door de Fietsersbond en Wandelnet is een uitgebreide historie van het Laantje van Alverna overgelegd en vele verklaringen van gebruikers van de overweg in de periode 1938 tot heden. De bestuursrechter heeft op basis daarvan aangenomen dat de overgang gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en dus als openbaar moet worden aangemerkt. Dit gebruik is niet door effectieve afsluiting met het hek op enig moment onderbroken geweest. Wel is het

²⁰ Hennekens 2001, p. 28. Zie ook: HR 15 december 1992, *Gst.* 1993, 6969, 4, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; ARRvS 2 september 1986, *AB* 1987/379, m.nt. J.H. van der Veen. Dit vaststellen van het feitelijk gebruik kan samenlopen met een wegenlegger (hoofdstuk V Wegenwet) waarin de openbaarheid van een weg is vastgelegd, zie bijv. ABRvS 14 januari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO1643 en ABRvS 4 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO2876.

²¹ ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3727.

zo dat de overgelegde getuigenverklaringen uitsluitend betrekking hebben op het gebruik van de spoorwegovergang door fietsers en voetgangers, zodat daarmee niet aannemelijk is gemaakt dat de spoorwegovergang gedurende dertig achtereenvolgende jaren toegankelijk is geweest voor al het gemotoriseerde verkeer. Voor het gemotoriseerd verkeer mocht de spoorwegovergang dan ook wél afgesloten worden.

27. De gedachte dat die regeling naar analogie zou kunnen worden toegepast op andere openbare zaken, met name waterwegen, heeft de wetgever uitdrukkelijk van de hand gewezen. Volgens de wetgever kunnen de achterliggende vragen – de vraag hoe de publieke bestemming ontstaat en tenietgaat, en wat de rechtsgevolgen van deze bestemming zijn – ‘niet op gelijke wijze worden beantwoord bij land- en waterwegen’.²² In de literatuur en in de rechtspraak wordt dit standpunt onderschreven.²³
28. Voor de beantwoording van de vraag of een water openbaar is, is het feitelijke gebruik van het water bepalend. Indien daaruit blijkt dat eenieder zonder meer van het water gebruik kan maken, is het water openbaar. Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren.²⁴ Ook het antwoord op de vraag welk gebruik de eigenaar van openbaar vaarwater moet dulden als ‘gewoon gebruik’, is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden, met dien verstande dat daaronder in elk geval valt het gewone verkeer en het gebruik dat daarmee in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken.²⁵

Bestemming tot openbaarheid

29. Het creëren van openbaarheid door bewust een dergelijke bestemming aan de betreffende zaak te geven, is enkel mogelijk bij openbare wegen.
30. Volgens artikel 4, eerste lid, onder III, van de Wegenwet is een weg openbaar wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbare weg heeft gegeven. De

²² TM (ad art. 5:28 BW), Parl. Gesch. Boek 5 BW, 1981, p. 141.

²³ Zie HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:356. Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/102; G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel (Mon. BW nr. A26b)*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 8b.

²⁴ HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:356 en HR 12 juni 1951, NJ 1951/616.

²⁵ HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:356. Zie ook HR 18 juni 1965, NJ 1966/474, m.nt. J.H. Beekhuis, HR 22 juni 1973, NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma en HR 5 juni 1992, NJ 1992/539.

bestemmingsdaad die door de rechthebbende moet worden verricht is van privaatrechtelijke aard.²⁶ Verder is in artikel 5, eerste lid, van de Wegenwet opgenomen dat de bestemming slechts wordt gegeven met medewerking van de gemeenteraad waarin de weg is gelegen.²⁷ De beslissing tot ‘medewerking’ heeft tot gevolg dat de publiekrechtelijke status voor de desbetreffende weg wordt aanvaard en de gevolgen die de wet daaraan verbindt intreden.²⁸

31. Wij merken op dat in bestemmingsplannen wegen ook wel worden ‘bestemd’ als ‘openbare wegen’. Een dergelijke planologische functieaanduiding heeft niet tot gevolg dat een weg kwalificeert als openbare weg in de zin van de Wegenwet.²⁹

Tenietgaan openbaarheid

32. Er is geen wettelijke regeling die in algemene zin regelt hoe zaken hun openbare karakter kunnen verliezen.³⁰ In algemene zin kan openbaarheid tenietgaan van nature, door tijdsverloop en door een besluit.³¹

Tenietgaan van nature of door menselijk handelen

33. Indien een zaak van nature tenietgaat, gaat hiermee ook de openbaarheid teniet. Volgens Hennekens is dit echter niet altijd het geval. Het is mogelijk dat een zaak tijdelijk verdwijnt en later weer in gewone toestand terugkeert, zoals een openbare haven die verdwijnt door een overstroming. De haven is in die periode niet meer bruikbaar, maar de zaak blijft een openbaar karakter hebben. Het is mogelijk om op te treden tegen degene die de zaak heeft aangetast. De Kroon heeft in een besluit van 1963 geoordeeld dat niet altijd de rechtstoestand van de oorspronkelijke weg bepalend is. Het ging hier om een openbaar voetpad over een dijk

²⁶ J.M.H.F Theunissen, ‘Publiek domein en de legaliteitseis’, *Gst.* 2009/47. Zie ook ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3221.

²⁷ Behalve wanneer die bestemming wordt gegeven door het Rijk, een provincie of een waterschap (art. 5 lid 2 Wegenwet).

²⁸ Hennekens 2001, p. 30 en 31.

²⁹ Zie bijv. Rb. Zwolle-Lelystad 3 juli 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA8585.

³⁰ Voor openbare wegen geldt wel een specifieke regeling. Op grond van art. 7 Wegenwet houdt een weg op openbaar te zijn (i) wanneer deze gedurende dertig achtereenvolgende jaren niet voor eenieder toegankelijk is geweest of (ii) wanneer hij door het bevoegd gezag aan het openbaar verkeer is onttrokken.

³¹ Vgl. Huisman & Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB) 2019/11.5.2*, die een onderscheid maken tussen natuurlijke zaken (waarvan de openbaarheid bijvoorbeeld teniet kan gaan als de natuurlijke zaak tenietgaat, door een publiekrechtelijke overheidsbeslissing of het niet langer gebruik maken van de zaak) en aangelegde of kunstmatige zaken (waarvan de openbaarheid onder andere teniet kan gaan door tijdverloop, een publiekrechtelijke overheidsbeslissing of het verliezen van de functie).

die was weggeslagen vanwege de watersnoodramp.³² Volgens Hennekens kan hieruit worden afgeleid dat in beginsel de oorspronkelijke rechtstoestand als uitgangspunt wordt genomen door de Kroon. Er bestaat geen duidelijke rechtsregel aan de hand waarvan onttrekking aan de openbaarheid door natuurlijke ontwikkelingen plaatsvindt. Hennekens stelt dat veel afhangt van de omstandigheden van het geval, zoals 'tot op zekere hoogte' ook kan worden afgeleid uit het hiervoor genoemde Koninklijk Besluit.³³

34. Een variant van tenietgaan door menselijk handelen is ons niet uit de rechtspraak bekend, maar lijkt ons wel voorstelbaar. Ingeval een private eigenaar van een haven die kwalificeert als openbaar (vaar)water een vergunning verkrijgt om die haven te dempen en daartoe vervolgens ook overgaat, dan zal de haven de facto verdwijnen, waarmee dus ook het openbaar karakter verloren gaat. De openbaarheid komt daarmee ook niet te rusten op het 'gewonnen land'.

Tenietgaan door verloop van tijd

35. Op grond van artikel 7, onder I, van de Wegenwet gaat het openbaar karakter van een weg teniet wanneer de weg gedurende dertig achtereenvolgende jaren niet voor eenieder toegankelijk is geweest.
36. De openbaarheid van een weg gaat niet teniet door enkel het plaatsen door een rechthebbende van een bord met de woorden 'eigen weg', ook als dit er dertig jaar staat. De enkele plaatsing van een dergelijk bord staat immers niet aan de (feitelijke) toegankelijkheid in de weg. Zij zou die wel kunnen belemmeren, en denkbaar is dat om die reden in rechte een gebod tot verwijdering van een dergelijk bord wordt gevorderd.
37. Volgens Hennekens kan worden aangenomen dat artikel 7, onder I, van de Wegenwet ook geldt voor andere openbare zaken dan openbare wegen. *"De wetgever heeft immers deze rechtsfiguur erkend, zodat daaraan als mogelijk fenomeen in zijn algemeenheid enig bestaansrecht kan worden toegekend, zeker nu elders regelingen ontbreken, behalve in de Landinrichtingswet, die als uitzondering valt aan te merken (art. 132, eerste lid, eerste volzin).*³⁴ Uit de rechtspraak zijn ons hiervan geen voorbeelden bekend.

³² Hennekens 2001, p. 38; KB 14 oktober 1963, nr. 62, Gst. 1964, 5770, 5.

³³ Hennekens 2001, p. 38.

³⁴ Hennekens 2001, p. 40.

Tenietgaan op grond van een besluit

38. Volgens artikel 7, onder II, van de Wegenwet gaat de openbaarheid van een weg teniet wanneer hij door het bevoegd gezag aan het openbaar verkeer is onttrokken. Wie het bevoegd gezag in voorkomende gevallen is, wordt geregeld in de artikelen 8 en 9, namelijk – afhankelijk van waar de weg in kwestie in onderhoud is – de Kroon, provinciale staten of de gemeenteraad.
39. De bevoegdheid tot onttrekking is van discretionaire aard. Het bestuursorgaan komt ter zake een ruime mate van beleidsvrijheid toe. De rechter dient de aanwending daarvan te beoordelen aan de hand van de maatstaf of sprake is geweest van strijd met wettelijke voorschriften dan wel van zodanige onevenwichtigheid bij de afweging van de betrokken belangen, dat niet in redelijkheid tot het bestreden besluit kon worden overgaan.³⁵
40. In de hierboven genoemde zaak over de spoorwegovergang bij de Laan van Alverna heeft ProRail de gemeente verzocht de overgang aan de openbaarheid te onttrekken. Het college heeft de overgang aan de openbaarheid onttrokken,. Daarbij heeft het college overwogen dat door de omstandigheden ter plaatste de overgang een verhoogd risico op een ongeval kent. Het college heeft de veiligheidsbelangen zwaarder laten wegen dan de recreatieve belangen. Voorts heeft het college in aanmerking genomen dat de overgang geen deel uitmaakt of deel gaat uitmaken van een aangegeven wandel- of fietsroute, dat de overgang zinledig is geworden door het hek aan de Bloemendaalse zijde en dat er een aanvaardbare alternatieve route is. Dit besluit is tot aan de Afdeling in stand gebleven.³⁶

Rechtsbescherming particulier en de rol van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM

Rechtsbescherming verkrijging en tenietgaan openbaarheid

41. Zoals uit het voorgaande volgt, kan openbaarheid bestaan van nature, door gebruik en door bestemming. Die laatste variant doet zich enkel voor onder de Wegenwet, en wij zagen dat aldaar publiekrechtelijke besluitvorming een rol kan spelen bij verkrijging en tenietgaan van openbaarheid. Dergelijke besluitvorming – en de daartegen openstaande rechtsmiddelen –

³⁵ ABRvS 24 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4415.

³⁶ ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:488.

vallen buiten het bestek van deze louter privaatrechtelijke analyse.³⁷

42. Waar het gaat om openbaarheid van nature of door gebruik zal een discussie over de vraag of sprake is van (tenietgaan van) een openbare zaak worden beslist binnen het privaatrecht. In het bijzonder zal het dan gaan om een scenario waarbinnen iemand die een openbare zaak wil gebruiken in conflict komt met de wensen van de eigenaar van die zaak. Denk aan iemand die al sinds jaar en dag met zijn scheepje door een water vaart en ineens ziet dat de (misschien: nieuwe) eigenaar de toegang heeft afgesloten. Of denk aan de nieuwe eigenaar van een binnenhaven die ziet dat derden een ligplaats hebben ingenomen in die haven en vordert dat daaraan een einde moet worden gemaakt.³⁸
43. Dergelijke kwesties worden dan – via de band van art. 6:162 BW – beslecht door de burgerlijke rechter.

Invloed art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM

44. Art. 1 EP EVRM is een rechtstreeks werkende bepaling van internationaal recht waaraan de nationale rechter wetgeving – ook in formele zin – mag toetsen. Art. 1 EP EVRM stelt eisen aan ontneming en regulering van eigendom door de overheid. Het is evident dat (ontstaan of tenietgaan van) openbaarheid van zaken (eigendom) gaat om regulering, en niet om ontneming, van eigendom.
45. De vraag is of in dit geval wel sprake is van regulering die het gevolg is van een actief optreden van overheidswege. In alle hiervoor beschreven gevallen waarin openbaarheid kan ontstaan, is daarvan in wezen geen sprake. Bij het ontstaan van de openbaarheid van wegen speelt een overheid nog wel een rol vanwege het feitelijk verrichtte onderhoud of de medewerking aan de door een eigenaar gewenste privaatrechtelijke bestemming tot openbaarheid, maar bij een

³⁷ De civiele rechter moet daar soms ook een oordeel over geven, zie bijv. Hof Arnhem 19 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4092, waarin de civiele rechter moest oordelen over de vraag of de gemeente Utrecht zonder enige vorm van besluitvorming mocht overgaan tot verwijdering van parkeerplaatsen. Het hof overweegt in rov. 2.9: *“Het hof stelt voorop dat de beantwoording van de vraag of in dit geval een besluit ingevolge artikel 9 van de Wegenwet is vereist, gelet op de wettelijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter, in beginsel tot het domein van de bestuursrechter behoort. Het hof als civiele kort geding rechter zal uitsluitend de vraag kunnen beantwoorden of aannemelijk is dat de (civiele) bodemrechter zal oordelen dat de bestuursrechter tot het oordeel zal komen dat voor de onderhavige onttrekking aan het openbaar verkeer een besluit als bedoeld in de Wegenwet nodig is.”*

³⁸ Zie Rb. Amsterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:6920.

openbaar water kan de openbaarheid zich manifesteren door een rechterlijke uitspraak in een procedure waarbij een overheid in het geheel niet betrokken hoeft te zijn. Ook als een overheid niet direct betrokken is bij een ‘openbaarheidsoordeel’ – en daarmee het ontstaan van een eigendomsbeperkende duldplicht – kan de vraag toch zijn of het nationale regulatoire kader voldoet aan de eisen van art. 1 EP EVRM.

46. Wil een eigendomsregulering voldoen aan de eisen van art. 1 EP, dan moet worden voldaan aan drie basisvoorwaarden: zij moet zijn voorzien bij wet, zij moet plaatsvinden in het algemeen belang en er moet sprake zijn van een zogenaamde ‘fair balance’ tussen de belangen gemoeid met de regulering en de belangen van de eigenaar.
47. Die eerste voorwaarde – ook wel de ‘lawfulness’-eis genoemd – valt uiteen in een drietal elementen, namelijk de ‘precision’, de ‘foreseeability’ en de ‘accessibility’ van de aan regulering ten grondslag liggende regelgeving.³⁹ De vereisten van ‘foreseeability’ en ‘precision’ impliceren dat de bevoegdheid van nationale overheden om eigendom te reguleren met voldoende precisie moet zijn vastgelegd, zodat justitiabelen hun gedrag daarop kunnen afstemmen.⁴⁰ Met ‘accessibility’ wordt bedoeld dat een ieder in de gelegenheid moet zijn de inhoud van de vigerende regelgeving te kennen.⁴¹
48. De eis dat de regulering moet geschieden in het algemeen belang – de ‘public interest’-eis – is in de praktijk van beperkt belang. Het EHRM laat de nationale autoriteiten namelijk een ruime ‘margin of appreciation’ bij de beoordeling van de vraag of een aan een regulering ten grondslag gelegd doel wel kwalificeert als een algemeen belang. Enkel ingeval zulks volstrekt onaannemelijk is – in de woorden van het EHRM ‘manifestly without reasonable foundation’ – grijpt het EHRM in.⁴²
49. Bij de eis van de ‘fair balance’ gaat het om het zoeken van een evenwicht tussen het algemeen belang dat wordt gediend met de regulering en de belangen van het getroffen individu.

³⁹ A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 127.

⁴⁰ EHRM 9 juni 2005, appl. nr. 68443/01 (*Baklanov/Rusland*).

⁴¹ EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Spacek/Tsjechië*).

⁴² EHRM 23 november 2000, appl. nr. 25701/94 (*voormalige koning van Griekenland e.a./Griekenland*).

Wij zouden menen dat de test van de 'public interest' en 'fair balance' wel kan worden doorstaan. Beargumenteerd kan zeker worden dat er een algemeen belang is gediend met het borgen van een gewoon gebruik van openbare zaken, en dat in de gevallen waarin een zaak als 'openbaar' kwalificeert een gewoon gebruik daarvan niet leidt tot een (via bijvoorbeeld een vergoeding te herstellen) verstoring van de fair balance. Wat dat laatste betreft, zal het in alle gevallen van het ontstaan van openbaarheid zo zijn dat het ofwel een bewuste keuze van een eigenaar zelf is om die openbaarheid te doen of ontstaan ofwel de eigenaar kennelijk gedurende betrekkelijk geruime tijd geen actie heeft ondernomen om gebruik van zijn eigendom door derden te voorkomen of te verbieden. Een (rechterlijke) constatering – en kwalificatie – van een situatie die een eigenaar zelf heeft laten ontstaan verstoort dan ons inziens dan geen balans en vergt dus ook geen compensatie om die balans te herstellen.

50. In het geval van openbare (vaar)wateren, waar – anders dan bij wegen – een nadere wettelijke regeling ontbreekt, zien wij wel aanleiding om te betwijfelen of de regulering op alle onderdelen voldoet aan de 'lawfulness-eis'. Hier kan zich immers heel wel een situatie voordoen waarin gebruik van een water door derden met enige frequentie en gedurende enige tijd leidt tot een kwalificatie als openbaar water, met daaraan gekoppeld een duldplicht voor de eigenaar en dus belangrijke inperking van diens eigendomsrecht zonder dat vooraf voldoende helder is welk gebruik met welke frequentie en gedurende welke periode tot die ingrijpende rechtsgevolgen leidt. "Dat is nogal wat", constateert Verstijlen in zijn noot onder het arrest Kerkewaard, en wij delen die verzuchting.⁴³ Accessibility is matig geborgd, want het recht kan hier enkel worden gevonden in de rechtspraak.⁴⁴ Vanwege het in hoge mate feitelijk karakter van die rechtspraak staan vervolgens ook precision en foreseeability onder druk.

Vraag 3: Welke gevolgen zijn in Nederland voor de eigenaar van een zaak/goed verbonden aan het openbaar karakter (ofwel de publieke bestemming) ervan? Geldt het normaal op hun eigendom toepasselijke recht onverkort? Zo nee, welke rechten en/of plichten vloeien daaruit voor de eigenaar voort/in welke mate wordt hij in de uitoefening van zijn eigendomsrechten beperkt? Maakt het daarbij verschil of de eigenaar de overheid is dan wel een particulier?

Gewoon en bijzonder gebruik

⁴³ HR 3 december 2021, NJ 2022/194, m.nt. F. Verstijlen.

⁴⁴ Zie ook Hennekens in zijn noot onder HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627, NJ 1992/539 (*Spaans Water*).

51. Bij de uitoefening van het eigendomsrecht op een openbare zaak kan een onderscheid worden gemaakt tussen 'gewoon' en 'bijzonder' gebruik.
52. Gewoon gebruik betekent dat het publiek gewoon of normaal gebruik mag maken van een openbare zaak. De beantwoording van de vraag wat dat normale gebruik in een voorkomend geval omvat, is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden.
53. De eigenaar van de openbare zaak kan een dergelijk gewoon gebruik niet verbieden. Dit wordt ook wel een duldplicht genoemd en deze duldplicht is een significante beperking van het exclusieve gebruiksrecht van de eigenaar (artikel 5:1 BW). De duldplicht is voor openbare wegen opgenomen in artikel 14 van de Wegenwet, en komt voor de andere openbare zaken (in de praktijk: de openbare wateren) voort uit ongeschreven recht.
54. Er is wel toestemming van de eigenaar nodig indien er sprake is van bijzonder gebruik, en dergelijk gebruik kan de eigenaar dus verbieden, of aan voorwaarden onderwerpen, zoals het vragen van een financiële compensatie als tegenpresentatie voor het gebruik.⁴⁵
55. Hierna zal het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik van openbare wegen en openbare wateren verder worden uitgewerkt.

Openbare wegen

56. Om te beoordelen wat onder gewoon gebruik van een openbare zaak valt moet gekeken worden naar het karakter van de bestemming, de functie van de openbare zaak en de concrete situatie. Uit de bijzondere wet kan ook worden afgeleid wat onder gewoon gebruik moet worden verstaan. In artikel 14 van de Wegenwet is bijvoorbeeld het volgende opgenomen: "Behoudens de beperkingen in het gebruik, als bedoeld in artikel 6 en behoudens het bepaalde bij het volgend lid, hebben de rechthebbende op en de onderhoudplichtige van een weg alle verkeer over den weg te dulden."⁴⁶
57. Hieruit kan worden afgeleid dat iedereen de openbare weg mag gebruiken voor het verkeer.⁴⁷ De precieze reikwijdte van het gebruiksrecht van de openbare weg is niet helemaal duidelijk

⁴⁵ Huisman 2018, p. 145.

⁴⁶ Huisman 2018, p. 145.

⁴⁷ Zie ook HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3889.

op basis van dit artikel. Het gewone gebruik van een openbare weg is namelijk ruimer dan wat is opgenomen in artikel 14 van de Wegenwet. Zo valt spelen op straat ook onder de reikwijdte van het gewone gebruik van een openbare weg.⁴⁸

58. Verder volgt uit artikel 6 van de Wegenwet dat het gewone gebruik van de openbare weg wordt beperkt op grond van de gesteldheid van de weg en van het gebruik van de weg. Het gewone gebruik van de openbare weg wordt door artikel 14 lid 2 van de Wegenwet ingeperkt voor de berm. De berm behoort volgens dit artikel tot de weg en mag worden gebruikt door het verkeer voor zover het door omstandigheden wordt gebillijkt. De rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een weg, berm of bermsloot moet bovendien verschillende werkzaamheden dulden volgens artikel 14 lid 3 van de Wegenwet. Het gaat hierbij om de uitvoering van alle werken tot onderhoud of verbetering van de weg, de uitvoering van alle werken vereist voor aansluitingen van wegen en het aanwezig zijn, plaatsen en onderhouden van voorwerpen, boven, op en in de weg, of de daartoe behorende berm en bermsloot ten behoeve van het verkeer over de weg.⁴⁹
59. Het plaatsen en exploiteren van een snackkar⁵⁰ en het houden van wedstrijden⁵¹ kunnen als bijzonder gebruik van de openbare weg worden aangemerkt.⁵²

Openbare wateren

60. Bij andere openbare zaken zoals openbare wateren moet bij de beoordeling of bepaald gebruik gewoon is gekeken worden naar de omstandigheden van het geval en de bestemming of functie die de zaak heeft. Zo wordt in de jurisprudentie meermalen de vraag opgeworpen of het rondvaren met een rondvaartboot onder het gewone gebruik van een openbaar water valt. Het antwoord op deze vraag hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo valt het varen

⁴⁸ Huisman 2018, p. 145.

⁴⁹ P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 11.10.2 Openbare wegen.

⁵⁰ HR 5 juni 2009, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen; *Gst.* 2009/98, m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman; *JB* 2009/171, m.nt. J.A.F. Peters (*Amsterdam/Geschiere*). Zie ook: Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.2 Openbare wegen.

⁵¹ H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Evenementen op de openbare weg', *Gst.* 1998, nr. 7076, 1, p. 282 e.v. Zie ook Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.2 Openbare wegen.

⁵² Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.2 Openbare wegen.

met een rondvaartboot in Giethoorn wel onder het gewone gebruik⁵³ en in de IJ-haven niet.⁵⁴ De gemeente is in het laatste geval bevoegd om de vaart voor rondvaartboten langs privaatrechtelijke weg te beperken.⁵⁵

61. Het varen valt doorgaans onder het gewone gebruik van een openbaar water, maar ook waterafvoer, watertoevoer of wateronttrekking kunnen als zodanig kwalificeren. Verder kan het ankeren van een schip worden aangemerkt als het gewone gebruik van het openbaar water, maar alleen als dit noodzakelijk is voor het gewone verkeer. Het is ook mogelijk om verschillende functies te combineren. Er is dan sprake van meervoudig gewoon gebruik.
62. Het handeldrijven met boten op het water, ook wel bekend als ‘parlevinken’, behoort niet tot het gewone gebruik van een openbaar water.⁵⁶ Het ankeren voor hengelsport is bijvoorbeeld geen gewoon gebruik.⁵⁷ Verder valt ook het houden van zeilwedstrijden niet onder het gewone gebruik van een vaarwater⁵⁸, evenmin als het lozen van afvalwater en het aanbrengen van aanlegsteigers.⁵⁹ of het houden van een vast verblijf.⁶⁰
63. De beantwoording van de vraag wat gewoon dan wel bijzonder gebruik is, moet worden beantwoord op basis van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Zoals Verstijlen ons inziens terecht signaleert in zijn noot onder het arrest Kerkewaard lijkt de Hoge Raad ook ruimte te laten voor de mogelijkheid dat wat in het ene geval ‘gewoon’ is in een ander geval – onder andere omstandigheden – als bijzonder heeft te gelden.⁶¹

Eigenaarsbevoegdheden

⁵³ HR 18 juni 1965, NJ 1966/474, m.nt. J.H. Beekhuis (*Giethoornse grachten*). Zie ook: HR 5 juni 1992, NJ 1992/539 (*Spaans Water*) en HR 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5347, NJ 1973/5603 m.nt. K. Wiersma (*Grijsoord/Gebraad*).

⁵⁴ Pres. Rb. Amsterdam 19 april 1990, AB 1990/507, m.nt. H.J. Simon (*Sail Amsterdam*).

⁵⁵ Huisman 2018, p. 145.

⁵⁶ HR 17 januari 1941, NJ 1941/644, m.nt. P. Scholten; AB *Klassiek* 2000/9, m.nt. H.Ph. J.A.M. Hennekens (*Parlevinker*). Zie ook: Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.3 Openbare wateren.

⁵⁷ HR 22 juni 1973, NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma (*Hengelsport*). Zie ook: Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.3 Openbare wateren.

⁵⁸ Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1984, NJ 1986/146 (*Zeilwedstrijd plas Vrijhoef*). Zie ook: Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.3 Openbare wateren.

⁵⁹ HR 9 november 2012, AB 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (*Hoogheemraadschap/Götte*). Zie ook: Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 11.10.3 Openbare wateren.

⁶⁰ HR 17 januari 1941, NJ 1941/644, m.nt. P. Scholten (*Buiteman en Verschoor/Staat der Nederlanden*).

⁶¹ HR 3 december 2021, NJ 2022/194 m.nt. F. Verstijlen. Zie ook G.A. van der Veen 1997, p. 141-147 en p. 193-189.

64. De enige privaatrechtelijke beperking die voor een eigenaar van een openbare zaak voortvloeit uit het openbare karakter van die zaak is de duldplicht ten aanzien van ‘gewoon gebruik’. Het staat de eigenaar dus vrij om vrijelijk over zijn eigendom te beschikken, bijvoorbeeld die eigendom te vervreemden of te bezwaren. Het uitgeven van de grond of het water in erfpacht of het daarop vestigen van een erfdienstbaarheid (of ander zakelijk recht) is niet verboden zo lang een en ander niet in strijd komt met de voormelde duldplicht.⁶² Uiteraard kan de voormelde duldplicht van invloed zijn op de waarde van de eigendom.

Overheid of particulier

65. Een eigenaar is op basis van zijn eigendomsrecht bevoegd om de toestemming tot het bijzonder gebruik van openbare zaken te weigeren. De overheid kan echter niet altijd onverkort haar privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefenen, zoals hiervoor al kort werd aangestipt. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waar alleen privaatrechtelijke toestemming nodig is en anderzijds de situatie waarbij sprake is van een samenloop van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke toestemming.
66. Ingeval alleen privaatrechtelijke toestemming nodig is voor het bijzonder gebruik van een openbare zaak heeft de overheid de nodige vrijheid om deze toestemming al of niet te geven, en daaraan voorwaarden (zoals het betalen van een vergoeding) ter verbinden. Deze vrijheid is wel begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel. Als er meer gegadigden zijn voor een bepaald bijzonder gebruik van bijvoorbeeld een openbaar water dan zal de overheid in kwestie een zekere mate van eerlijke mededinging moeten organiseren.⁶³
67. Er zijn ook gevallen waarin naast of in aanvulling op een privaatrechtelijke toestemming ook een publiekrechtelijke toestemming is vereist. In een zodanig geval kan de twee-wegenleer (waarover later nader) met zich brengen dat een beroep op privaatrechtelijke beschikkingsmacht in voorkomend geval een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling oplevert. Ook is denkbaar dat een publiekrechtelijke vergunning een toestemming tot gebruik van openbare grond impliceert, zodat een weigering om voor

⁶² Vgl. HR 7 april 2000, AB 2000/438 waarin een overeenkomst tussen Parkeerexploitatie en de gemeente Amsterdam tot gevolg had dat het gebruik van de openbare weg zou worden beperkt op een met de Wegenwet strijdige manier. De overeenkomst is daarom nietig.

⁶³ Vgl. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*).

dat gebruik ook privaatrechtelijke toestemming te verlenen een misbruik van bevoegdheid oplevert.⁶⁴

Vraag 4: Welke gevolgen heeft het geheel of gedeeltelijk (semi-)publieke karakter van zaken/goederen voor derden? Welke rechten kunnen zij daaraan ontlenen? Onder welke condities kan hun de toegang tot die zaken/goederen worden ontzegd? Op welke wijze worden grondrechten en gelijke toegang tot publieke voorzieningen gewaarborgd en hebben deze grondrechten, als het gaat om particuliere eigendom, horizontale werking?

Het recht op gebruik

68. De duldplicht die voortvloeit uit de kwalificatie als openbare zaak rust op de eigenaar. De keerzijde daarvan is dat partijen ten behoeve van wie die duldplicht bestaat – in beginsel: een onbepaalde groep van potentiële gebruikers van die zaak – een recht hebben om zo nodig naleving van die duldplicht af te dwingen in rechte.⁶⁵ Van der Veen suggereert deze mogelijkheid als subjectief publiekrecht te betitelen.⁶⁶
69. De mogelijkheid van een actie tot naleving van de duldplicht kwam voor het eerst aan de orde in een arrest uit 1917.⁶⁷ Een koperslager had het verkeer over een openbare weg belemmerd door het aanbrengen van een versperring. Een landbouwer leed schade en eiste schadevergoeding op basis van artikel 1401 BW (oud). Volgens de Hoge Raad pleegde de koperslager een onrechtmatige daad omdat hij in strijd met artikel 427, zesde lid, WvSr handelde (versperring van een openbare land- of waterweg zonder verlof van het bevoegde gezag).⁶⁸
70. Volgens Van der Veen zijn twee kanttekeningen te plaatsen bij dit arrest. Een beroep op artikel 6:162 BW vereist (dreiging van) schade. Toevallige voorbijgangers zullen niet snel schade lijden als een openbare weg wordt afgesloten, zeker niet in verstedelijkte gebieden waar verschillende alternatieve routes beschikbaar zijn. Verder bestond in 1917 het relativiteitsvereiste nog niet. Op grond van het arrest leverde iedere schending van een

⁶⁴ HR 5 juni 2009, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327 m.nt. G.A. van der Veen, *Gst.* 2009/98 m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman (*Amsterdam/Geschiere*).

⁶⁵ Van der Veen 1997, p. 224.

⁶⁶ Van der Veen 1997, p. 233.

⁶⁷ HR 30 maart 1917, *NJ* 1917, 502 (*Raalter weg*).

⁶⁸ Van der Veen 1997, p. 232.

wettelijk voorschrift een onrechtmatige daad jegens eiser op. Volgens het relativiteitsvereiste uit artikel 6:163 BW bestaat echter geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.⁶⁹

71. Uit latere (lagere) rechtspraak kan worden afgeleid dat de geplaatste kanttekeningen van Van der Veen in de praktijk geen probleem hoeven op te leveren voor een beoogd gebruiker van een openbare zaak om gewoon gebruik daarvan in rechte af te dwingen. In de Vulcanus-zaak hielden aanhangers van Greenpeace een actie tegen een verbrandingsschip, waarbij de vrije vaart en de verbranding van afvalstoffen werden belemmerd.⁷⁰ Volgens de rechtbank Rotterdam was deze belemmering onrechtmatig. De rechter hoefde geen aandacht te besteden aan de vraag of sprake was van een wettelijke bepaling dan wel was voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het gebruiksregime van openbare zaken is grotendeels gebaseerd op ongeschreven recht, dus het zwijgen over wettelijke voorschriften is begrijpelijk. Het zou ook niet passen als een belemmering van het gebruik van openbare zaken toelaatbaar zou zijn.⁷¹
72. De eigenaar kan op zijn beurt een actie instellen tegen gebruikers van zijn eigendom ingeval hij van oordeel is hetzij dat zijn eigendom niet kwalificeert als een openbare zaak, hetzij het gemaakte gebruik daarvan niet (geheel) kwalificeert als gewoon gebruik. Als de rechter hem daarin gelijk geeft, kan de eigenaar aan de toegang en/of het gebruik van zijn eigendom voorwaarden stellen. De ruimte voor het stellen van dergelijke voorwaarden is voor de private eigenaar in wezen onbeperkt. Ingeval de eigenaar een overheid is gelden de beperkingen die elders in dit memo worden uiteengezet.

Vraag 5: Als sprake is van een publieke bestemming van een zaak/goed in eigendom van de overheid, in welke gevallen kan de overheid dan toch een gebruiksvergoeding verlangen? Is voldoende objectief bepaalbaar of sprake is van gewoon of bijzonder gebruik van de desbetreffende zaak/goed? Speelt in dit verband de zogenoemde (Nederlandse) doorkruisingsleer nog een rol?

Financiële vergoeding

⁶⁹ Van der Veen 1997, p. 232.

⁷⁰ Pres. Rb. Rotterdam 16 oktober 1987, KG 1987, 474 (*Vulcanus*).

⁷¹ Van der Veen 1997, p. 232.

73. Het gewone gebruik van een openbare zaak moet worden geduld en het is daarom niet mogelijk om hiervoor een financiële vergoeding te vragen op basis van het privaatrecht. Dat ligt – zoals hiervoor al toegelicht – anders in geval sprake is van bijzonder gebruik. In dat geval bestaat voor een eigenaar alle vrijheid om over het gebruik te contracteren, onder meer over financiële voorwaarden. Die vrijheid houdt echter op, indien dat bijzonder gebruik in strijd zou komen het normaal gebruik.
74. Als de eigenaar een overheid is, dan bestaat ook bij gewoon gebruik ruimte om onder omstandigheden een vergoeding te bedingen die het karakter heeft van een gebruiksvergoeding. Zo kan bijvoorbeeld op grond van artikel 225 van de Gemeentewet parkeerbelasting worden geheven worden, ook als dat parkeren zou geschieden op de openbare weg.⁷² Het betreft hier echter een fiscale heffing, en niet een betaling voortvloeiend uit een privaatrechtelijke afspraak.
75. Wij merken op dat in de gevallen waarin omwille van het algemeen belang – bijvoorbeeld voor de aanleg van een gasleiding of een hoogspanningsleiding - aan een private grondeigenaar een gedoogplicht wordt opgelegd krachtens de Belemmeringenwet privaatrecht een dergelijke grondeigenaar slechts een aanspraak heeft op vergoeding van (alle) schade die de eigenaar leidt vanwege de oplegging van zo'n gedoogplicht. Onder de Omgevingswet wordt dat overigens genuanceerd anders. Ingeval de gedoogplicht ziet op werken die een zeker commercieel karakter hebben, dan heeft een grondeigenaar recht op een 'redelijke gebruiksvergoeding'. Een dergelijke aanspraak op (schade- of gebruiks)vergoeding is werkbaar in een geval waarin slechts één aanwijsbare partij profijt heeft van een duldplicht, maar niet bij een in aard en aantal onbestemde groep van mogelijke gebruikers.

Onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht

76. In het arrest Hoogheemraadschap/Götte heeft de Hoge Raad bevestigd dat voor bijzonder gebruik van een openbare zaak naast een eventuele uit het publiekrecht voortvloeiende vergunning in beginsel ook nog een separate toestemming van de eigenaar benodigd is, ook al is die eigenaar een overheid.⁷³ Voor die separate toestemming kan dan een vergoeding worden gevraagd.

⁷² Huisman 2018, p. 147-148.

⁷³ HR 9 november 2012, AB 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (*Hoogheemraadschap/Götte*).

77. Dat kan echter anders zijn ingeval de publiekrechtelijke regeling op basis waarvan de voornoemde vergunning is verleend aanwijzingen bevat deze (voor bepaalde onderwerpen) een exclusief karakter heeft, in welk geval het maken van (ook) privaatrechtelijke afspraken over diezelfde onderwerpen leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Als bijvoorbeeld een financiële voorwaarde wordt gekoppeld aan een publiekrechtelijke vergunning, dan kan niet daarnaast ook nog zo'n voorwaarde langs contractuele weg worden gesteld.⁷⁴ Op het terrein van de openbare zaken is van een exclusieve publiekrechtelijke regeling overigens doorgaans geen sprake.⁷⁵
78. Aan het door de Hoge Raad in het arrest Hoogheemraadschap/Götte gemaakte onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik is hiervoor is aandacht besteed. Daarbij is geconstateerd dat dit onderscheid niet in alle gevallen even scherp valt te maken. Een vuistregel zou kunnen zijn dat een bijzonder gebruik een gebruik is dat exact datzelfde gebruik door een ander uitsluit. Het varen door een haven is niet iets exclusiefs: op een gemiddelde dag kunnen vele tientallen schippers door een en hetzelfde water varen. Een steiger in dat water leggen, en daaraan langdurig ankeren, heeft wel een exclusief karakter: in het water is zeker geen plaats voor eenieder die dat zou willen om op dergelijke wijze gebruik van dat water te maken. Er is hier dan sprake van bijzonder gebruik.

Vraag 6: Op welke wijze kan het geheel of gedeeltelijk openbaar karakter van zaken/de publieke bestemming van goederen worden gehandhaafd en onder welke omstandigheden is hier een rol voor het publiekrecht dan wel privaatrecht neergelegd?

79. Vanuit privaatrechtelijk perspectief bezien – het perspectief van deze bijdrage – geschiedt de 'handhaving' van de openbaarheid van openbare zaken via een actie uit onrechtmatige daad van een partij die zich door een gedraging van de eigenaar (of mogelijk een derde) belemmerd ziet in het gewone gebruik van de openbare zaak in kwestie. Voorbeelden daarvan zijn hiervoor al gegeven.
80. Een recent voorbeeld ziet op de ADM-haven in Amsterdam, waar het Havenbedrijf ligplaatsen had gecreëerd in een haven die weliswaar privaat eigendom was van een derde, maar die

⁷⁴ HR 19 mei 2000, NJ 2000/639 m.nt. A.R. Bloembergen, AB 2000/428 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Haagse Bagger*). Huisman 2018, p. 148.

⁷⁵ Huisman 2018, p. 148.

volgens het Havenbedrijf een openbaar water was. Toen een nieuwe eigenaar ten tonele verscheen, met nieuwe plannen voor de haven, en dreigde om de ligplaatsen te verwijderen, betrok het Havenbedrijf die nieuwe eigenaar in kort geding met als inzet een duldplicht ten aanzien van de ligplaatsen op basis van de stelling dat het hier ging om openbaar water en het 'liggen' van schepen in dat water een normaal, door de eigenaar te dulden gebruik is. Deze vordering werd toegewezen.⁷⁶

Vraag 7: Verloopt de wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht tot voldoende tevredenheid of is sprake van fricties en zo ja, waaruit bestaan deze en hoe zouden deze kunnen worden opgelost? Bestaat behoefte aan (nadere) privaatrechtelijke of publiekrechtelijke regulering in algemene of bijzondere, meer specifieke zin? Vermeld in bevestigend geval pro's en cons.

81. Uit de voorgaande analyse blijkt dat de wettelijke regulering inzake openbare zaken summier is. De openbare wegen zijn onderwerp van de Wegenwet, ten aanzien van openbaar (vaar)water ontbreekt elke regeling en in het Burgerlijk Wetboek wordt evenmin veel geregeld. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid vinden wij dat laatste problematisch, niettegenstaande de aan het begin van dit memo als gesignaleerde omstandigheid dat Meijers deze kwestie bewust buiten nadere regelgeving heeft gelaten. Dat klemt te meer nu het hier gaat om een mogelijke vergaande beperking van een fundamenteel recht als het eigendomsrecht.
82. Een voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken. Stel, een ondernemer koopt een fors stuk grond langs een bestaande waterweg om daarop een mede op het water gericht bedrijventerrein te ontwikkelen. Hij maakt de grond bouwrijp en graaft een binnenhaven uit die in directe verbinding staat met de voornoemde waterweg. Na oplevering van het geheel blijkt de markt niet direct behoefte te hebben aan de kavels gelegen aan de binnenhaven. Die behoefte ontstaat pas na een jaar of vijf. Op dat moment blijkt dat in de voorbije jaren recreanten veelvuldig met scheepjes gebruik maken van de nog niet commercieel in gebruik genomen

⁷⁶ Rb Amsterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6920. Zie ook Rb. Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2760, waarin de bestuursrechter in dezelfde casus oordeelde dat de aanwijzing van een dele van het openbaar water als 'operationele ruimte' waarbinnen schepen ligplaats mogen innemen bij aanmeervoorzieningen zozeer afwijkt van gewoon gebruik van water dat voor de scheepvaart openstaat dat het kwalificeert als bijzonder gebruik.

binnenhaven. Het is op basis van huidig recht nagenoeg onvoorspelbaar of een rechter zal oordelen dat die binnenhaven openbaar water is (geworden).

83. Lange tijd leefde de opvatting dat de rechtspraak hier wel aansluiting zou zoeken bij de wel bestaande wettelijke regeling rond openbare wegen, maar uit het voornoemde Kerkewaard-arrest blijkt dat de Hoge Raad die opvatting niet deelt.
84. Wij zien twee oplossingsrichtingen: ofwel de rechtspraak rond openbaar water zoekt alsnog nadere aansluiting bij de wettelijke regeling rond openbare wegen, ofwel dat openbaar water krijgt een eigen regeling. Die regeling hoeft niet heel uitgebreid te zijn. Zij zou kunnen volstaan met definities van 'gewoon gebruik' en 'bijzonder gebruik', alsmede het noemen van een termijn van gewoon gebruik waarna een in oorsprong niet-openbaar water openbaar wordt.
85. Een nadeel van een wettelijke regeling is duidelijk: fixatie in wettelijke bepalingen kan leiden tot minder flexibiliteit, en minder ruimte in de rechtspraak om te komen tot de beste oplossing in het voorkomende geval. In zoverre is een aanpassing van de bestaande rechtspraak wellicht een beter instrument. Linksom of rechtsom lijkt ons evenwel van belang dat justitiabelen zekerheid hebben over de status van hun eigendom, en die status niet sluipenderwijs – en op basis van betrekkelijk diffuse criteria – van kleur kan verschieten.