

GOEDEREN MET EEN PUBLIEKE BESTEMMING NAAR BELGISCH PUBLIEKRECHT

Inleiding

1. Het centrale thema van deze reeks papers is ‘goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht’. Deze paper beoogt dat thema vanuit de invalshoek van het Belgische publiekrecht te analyseren.

2. In het Belgische publiekrecht neemt het begrip ‘goed met een publieke bestemming’ geen centrale plaats in. Centraal staat daarentegen het begrip openbaar domein, dat afgezet wordt tegen het privaat domein. Openbare domeingooden genieten omwille van hun openbare bestemming een bijzondere bescherming.

Zoals we zullen zien, maken niet alle goederen die een ‘publiek gebruik’ kennen evenwel deel uit van het openbaar domein. Sommige van die goederen zullen niettemin eveneens aan een specifieke regeling onderworpen zijn, al dan niet samen met goederen die tot het openbaar domein behoren.

3. Rekening houdende met de vooropgestelde omvang van de paper, heb ik er voor gekozen om specifieke regimes die voor bepaalde goederen – die niet noodzakelijk allemaal tot het openbaar domein behoren maar wel allemaal een vorm van publiek gebruik kennen - in een afwijkende regeling voorzien, niet te bespreken. Te denken valt bijvoorbeeld aan het Vlaamse¹ en Waalse² Decreet Gemeentewegen. De vooropgestelde vraagpunten worden bijgevolg beantwoord alsof ze betrekking hebben op het openbaar domein en het generieke openbaar domeinregime.

Vraag I. Afbakening van het openbaar domein

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?

¹ Decreet van 3 mei 2019 houdende de gemeentewegen.

² Decreet van 6 februari 2014 ‘relatif à la voirie communale’.

AFDELING I. DE VEREISTE BESTEMMING

4. Het openbaar domein is door de wetgever niet gedefinieerd. Geen enkele wetgevende norm omschrijft het openbaar domein. De inmiddels opgeheven artikelen 538 tot en met 541 van het oude Burgerlijk Wetboek bevatten op het eerste gezicht wel een opsomming van een aantal goederen die tot het openbaar domein behoren. Volgens die bepalingen behoorden bijvoorbeeld tot het ‘openbaar domein’ de wegen, banen en straten die ten laste zijn van de Staat, de onbeheerde goederen die geen eigenaar hebben, en de poorten, muren, grachten en wallen van versterkte plaatsen en van vestigingen. Hoewel die bepalingen uitdrukkelijk de term ‘openbaar domein’ gebruikten, kunnen de goederen die er in opgenomen waren toch tot het privaat domein van de overheid behoren. Uit rechtshistorisch onderzoek is gebleken dat de het onderscheid tussen openbaar domein en privaat domein op het moment van de invoering van de Code Civil nog niet bestond. De opstellers van de Code Civil gebruikten de term openbaar domein louter om aan te geven dat die goederen eigendom waren van de Staat. Ze gebruikten de term niet om een onderscheid te maken tussen twee categorieën van goederen van de Staat.³

5. Het nieuwe boek 3 “Goederen” van het Burgerlijk Wetboek (‘BW’) bepaalt over het onderscheid tussen openbaar en privaat domein uitsluitend het volgende: “Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd” (art. 3.45, eerste lid BW).

Oorspronkelijk was het nochtans de bedoeling dat het nieuwe goederenrecht een omschrijving van het openbaar domein zou bevatten. Artikel 3.59, eerste lid van het wetsvoorstel houdende invoering van boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek bepaalde “Goederen die uitdrukkelijk of impliciet worden bestemd tot het gebruik van allen of tot een openbare dienst, vormen het openbaar domein”.⁴ Die bepaling is uiteindelijk uit het voorstel geschrapt om het artikel tot vragen van het goederenrecht te beperken. De wijze waarop goederen tot het openbaar domein worden bestemd, zou een vraag zijn die niet binnen het Burgerlijk Wetboek valt.⁵

³ S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 71 e.v.

⁴ Wetsvoorstel houdende invoering van boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 0173/001, 371.

⁵ Amendementen, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0173/002, 17.

6. Hoewel die omschrijving geen wet is geworden, is het niettemin de heersende omschrijving van het openbaar domein in het Belgische recht. In een arrest van 15 maart 2018 heeft het Hof van Cassatie, in afwijking van eerdere rechtspraak, het openbaar domein op dezelfde wijze gedefinieerd. Het Hof oordeelde: *“Een goed behoort tot het openbaar domein wanneer het door de bevoegde overheid uitdrukkelijk of stilzwijgend bestemd wordt tot het gebruik van allen of voor een openbare dienst”*.⁶ Het Hof van Cassatie heeft toen vermoedelijk zijn rechtspraak willen afstemmen op het nieuwe goederenrecht dat op dat ogenblik reeds in de pijplijn zat.

Voor het arrest van 15 maart 2018 omschreef het Hof van Cassatie het openbaar domein restrictiever. Het Hof hanteerde klassiek de volgende omschrijving: *“Een goed behoort tot het openbare domein doordat het, hetzij door een uitdrukkelijk hetzij door een impliciete beslissing van de overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid van de persoon”*.⁷

7. Die traditionele omschrijving is bekritiseerd in de rechtsleer omdat ze te beperkt zou zijn. Verscheidene goederen waarover geen discussie bestaat dat ze tot het openbaar domein behoren, zouden niet ‘bestemd zijn tot het gebruik van allen, zonder onderscheid van de persoon’. Zo zou die definitie bijvoorbeeld niet verklaren waarom gevangenissen, kerncentrales, militaire domeinen etc. tot het openbaar domein behoren. Die goederen zouden bezwaarlijk voor het gebruik van allen dienen.⁸

Met die nieuwe omschrijving vervalft die kritiek. De vraag is nu of de nieuwe omschrijving niet te ruim is. In het verleden zijn in de rechtsleer enkele andere omschrijvingen van het openbaar domein voorgesteld als alternatief voor het traditionele criterium van het Hof van Cassatie. Zo koppelden bepaalde auteurs het openbaar domein aan de openbare dienst of –zoals de opstellers van het nieuwe goederenrecht en het Hof van Cassatie in zijn arrest van 15 maart 2018 - aan het gebruik van allen en de openbare dienst⁹. Die strekking in de rechtsleer werd net om die reden bekritiseerd.

⁶ Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.

⁷ Cass. 18 mei 2007, AR C.06.0086.N. Zie ook Cass. 21 januari 1926, *Pas.* 1926, I, 187; Cass. 9 maart 1950, *Arr.Cass.* 1950, 457 en *Pas.* 1950, I, 485; Cass. 8 maart 1951, *Arr.Cass.* 1951, 390 en *Pas.* 1951, I, 461; Cass. 3 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1100 en *Pas.* 1968, I, 1033; Cass. 25 september 2000, C.99.0385.F.

⁸ Zie bijvoorbeeld V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 238; A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure, 2013, 450.

⁹ Zie voor een beschrijving van deze strekking: A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1966, 371; C. CAMBIER, *droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 335-336; J. DEMBOUR, *droit administratif*, Luik, Association Intercommunale de Mécénographie, 1978, 369; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 107-108; F. VAN NESTE, *Zakenrecht boek 1 goederen, bezit en eigendom in beginselen van Belgisch privaatrecht V*, Gent, Story Scientia, 1990, 164; A. W. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2005, 9-10; F. WASTIELS, *Administratief goederenrecht*, Gent, Story Scientia, 1983, 187.

Bijna alle goederen van de overheid zouden door het openbaredienstcriterium onder het uitzonderingsregime van het openbaar domein vallen.¹⁰ Zo draagt bijvoorbeeld het meubilair van een federale overheidsdienst – een typisch voorbeeld van een privaat domeingood¹¹ – ook bij tot het vervullen van een collectieve behoefte, en zou het meubilair dus als openbaar domeingood moeten worden gekwalificeerd.

8. De meerderheid van de rechtsleer¹², gevolgd door een aanzienlijk deel van de lagere rechtspraak¹³ neemt daarom een tussenpositie in. Zij kiezen voor het criterium van de Franse auteur Waline, al dan niet samen met het criterium ‘bestemd voor het gebruik van allen’, om het openbaar domein af te bakenen. Volgens Waline behoort tot het openbaar domein een goed dat *“soit à raison de sa configuration naturelle, soit à raison d’un aménagement spécial, soit peut-être même à raison de son importance historique ou scientifique, est nécessaire à un service public ou à la satisfaction d’un besoin public, et ne saurait être remplacé par aucun autre dans ce rôle.”*¹⁴

Ook die tussenpositie is evenwel niet vrij van kritiek. Zo is het niet duidelijk welke waarde het vereiste van een “aménagement spécial” (een bijzondere aanpassing) in België heeft.¹⁵ Een deel van de Belgische rechtsleer lijkt het vereiste van “aménagement spécial” zelfs niet als een zelfstandig vereiste te aanvaarden aangezien zij het vereiste uit de beschrijving van het criterium van Waline weglaten.¹⁶ Daarnaast vereist het criterium van Waline geen intentionele beslissing van de overheid die het goed affecteert tot het openbaar domein. Een goed behoort volgens Waline immers tot het openbaar domein door zijn natuur, door een bijzondere aanpassing, of door zijn historische of wetenschappelijke

¹⁰ A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure, 2013, 452; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 108.

¹¹ J. DE STAERCKE, *Domeingoeederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 69; F. WASTIELS, *Administratief goederenrecht*, Gent, Story Scientia, 1983, 211.

¹² J. DEMBOUR, *droit administratif*, Luik, Association Intercommunale de Mécénographie, 1978, 370-373; J. DE STAERCKE, *Domeingoeederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 43-44; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 1030; K. LEUS en W. DEPESTER, ‘Rechten op openbaar domein’ in A. LOGGHE, A. FRANÇOIS en K. LEUS, *Ondernemen met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, 118; A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure, 2013, 469-470; A. VANDEBURIE, ‘Définir le domaine public, permettre sa valorisation: une entreprise impossible?’, *RCJB* 2012, 498-500; P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, 221.

¹³ Zie Onder meer Brussel 8 februari 2011, nr. 2008AR1642; Luik 24 juni 1981, *JLMB* 1982, 206; Rb Brugge 12 december 1990, *RW* 1990-91, 994; *T.Not.* 1991, 104-105; Rb. Brussel 29 maart 1996, *JT* 1996, 681; Rb. Luik 10 oktober 1986, *JLMB* 1986, 653; Kh. Luik 6 oktober 1994, *TBH* 1995, 978; Vred. Fexhe-Slins 9 oktober 1989, *JLMB* 1990, 240; Vred. Lier 13 juli 1971, *T.Vred.* 1973, 225; Vred. Namen (2^{de} kanton) 13 juli 1999, *JLMB* 2000, 892.

¹⁴ M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Parijs, Sirey, 1936, 523.

¹⁵ S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 109.

¹⁶ O.a. K. LEUS en W. DEPESTER, ‘Rechten op openbaar domein’ in A. LOGGHE, A. FRANÇOIS en K. LEUS, *Ondernemen met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, 118; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 187.

waarde.¹⁷ Deze afwezigheid van intentioneel element staat haaks op de huidige domeinleer die de uiteindelijke beslissing over wat openbaar domein is bij de bevoegde overheid legt (zie *infra*).¹⁸

9. Het is afwachten hoe het Hof van Cassatie met dit alles in de toekomst gaat omgaan in zijn rechtspraak. Twee scenario's lijken aannemelijk: ofwel houdt het Hof vast aan zijn rechtspraak van 15 maart 2018, ofwel knoopt het Hof terug aan met zijn eerdere rechtspraak en de traditionele omschrijving van het openbaar domein nu het nieuwe goederenrecht uiteindelijk geen omschrijving van het openbaar domein bevat. Het lijkt daarentegen weinig aannemelijk dat het Hof van Cassatie voor het criterium van Waline gaat kiezen. Het Hof weigert immers al decennia om de meerderheidsstrekking te volgen.

AFDELING II. EIGENDOM VAN EEN PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSPERSOON?

10. Een andere open vraag is of alleen overheidsgoederen of ook goederen van particulieren tot het openbaar domein kunnen behoren. Een deel van de rechtsleer (het gaat vooral om privatisten)¹⁹ is van oordeel dat zowel overheidsgoederen als particuliere goederen tot het openbaar domein kunnen behoren. Volgens die auteurs is niet de eigendom maar de bestemming bepalend voor de kwalificatie als openbaar domein. Zij menen voor hun standpunt steun te vinden in enkele oude arresten van het Hof van Cassatie²⁰ en in de rechtspraak van de Raad van State²¹. Een ander deel van de rechtsleer (vooral publicisten)²² acht de eigendom wel bepalend. Zij wijzen er in hoofdzaak op dat

¹⁷ M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Parijs, Sirey, 1936, 523.

¹⁸ B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 191; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 110.

¹⁹ A. BUTTGEBACH, *manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 373; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1975, 691–692; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht, deel II zakenrecht, zakelijke zekerheden en verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 38; J. PUTZEYS, 'L'évolution de la domanialité publique' in P. VAN DEN EYNDE (ed.), *Liber amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1992, (331) 334; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*; 5, Mechelen, Kluwer, 2014, 125; F. VAN NESTE, *zakenrecht boek 1 goederen, bezit en eigendom in beginselen van Belgisch privaatrecht V*, Gent, Story Scientia, 1990, 167 en 179–180; M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, II, Brussel, Larcier, 1950, 391; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, die Keure, 1995, 436.

²⁰ Onder meer Cass. 10 februari 1865, *Pas.* 1865, I, (280) 289-291; Cass. 18 maart 1870, *Pas.* 1870, I, (153) 161-162; Cass. 9 januari 1893, *Pas.* 1893, I, (74) 77; Cass. 31 maart 1898, *Pas.* 1898, I, (140) 143-144; Cass. 16 november 1906, *Pas.* 1907, I, (45), 46; Cass. 4 oktober 1974, *Pas.* 1975, I, 151.

²¹ RvS 8 februari 2000, nr. 85.175, de stad Beauraing; RvS 2 februari 2021, nr. 249.678, Infrabel.

²² P. BOUCQUEY en V. OST, 'La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé' in B. LOMBAERT (ed.), *les partenariats public-privé (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics*, Brussel, die Keure, 2005, (394) 255; C. CAMBIER, *droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 334; J. DE STAERCKE, *Domeingoesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 45; J. DEMBOUR, *droit administratif*, Luik, Association Intercommunale de Mécénographie, 1978, 375–377; G. DOR en J. DEMBOUR, 'Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique' in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Brussel, Larcier, 1955, (14) 37; M.-

het openbaar domein niet verenigbaar is met particuliere eigendom. Een privaat goed bestemmen tot het openbaar domein zou zelfs in strijd zijn met artikel 16 van de Grondwet en / of artikel 1 EP EVRM.

Het nieuwe goederenrecht heeft die controverse in de rechtsliteratuur (voorlopig) niet beëindigd²³, desondanks het feit dat het artikel 3.45 het onderscheid tussen openbaar en privaat domein uitdrukkelijk koppelt aan de categorie van ‘publieke goederen’. Artikel 3.45, eerste lid BW bepaalt: “Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd”. Een gelijkaardige regel die stelt dat private goederen tot het openbaar domein kunnen behoren ontbreekt.

Hoewel de wetgever het niet heeft verduidelijkt, lijkt uit die bepaling immers duidelijk te volgen dat alleen goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen (overheidsgoederen) ingedeeld worden in openbaar en privaat domein, althans het lijkt de meest logische interpretatie dat met ‘publieke goederen’ overheidsgoederen bedoeld worden.

11. De subvraag of de eigendom van bovenstaande goederen in principe onder het publiekrecht of het privaatrecht valt, wordt onder vraag III besproken.

Vraag II. Affectatie en desaffectatie

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?

12. Het statuut van openbaar domeingood wordt verkregen door affectatie en verloren door desaffectatie.

A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 1036; P. FLAMME, ‘Crisse ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs ?’, *JT* 1991, (441) 443; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunititeit*, Antwerpen, Maklu, 1989, 183; N. VAN DAMME, ‘Erfdienstbaarheden op het openbaar domein’ in *De betekenis van erfdienstbaarheden bij vastgoedtransacties*, in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (259) 262–264; A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 389 e.v.; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 418; A.W. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2005, 13–14.

²³ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 242-243.

13. De affectatie van een goed tot het openbaar domein gebeurt in de regel door een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing van de bevoegde domaniale overheid.²⁴ De bevoegde overheid kan expliciet beslissen om een goed op te nemen in het openbaar domein, of uit de feiten kan blijken dat de overheid ondubbelzinnig de wil heeft gehad om het goed op te nemen in het openbaar domein. Het feit dat een goed een openbaar gebruik heeft, volstaat in principe op zichzelf niet.²⁵ Meer zelfs, uit een cassatiearrest van 17 oktober 2014 lijkt te volgen dat een goed tot het openbaar domein kan behoren zonder dat het goed reeds een openbaar gebruik kent.²⁶ Het Hof oordeelde toen: *“Een goed behoort tot het openbare domein doordat het, hetzij door een uitdrukkelijke hetzij door een impliciete beslissing van de overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid van de persoon. De omstandigheid dat de overheid nog niet daadwerkelijk aan deze bestemming uitvoering heeft gegeven, doet hieraan geen afbreuk, zolang niet blijkt dat de overheid van de publieke bestemming heeft afgezien”*.²⁷

Dat laatste is evenwel betwist. Bepaalde rechtsleer is van oordeel dat de affectatie twee componenten heeft: een intentionele component (de uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing) en een materiële component (de realisatie van die beslissing). Met andere woorden een goed kan maar tot het openbaar domein behoren indien het daartoe is bestemd en die bestemming ook verwezenlijkt is. Het cassatiearrest van 17 oktober 2014 zou die zienswijze ook niet uitsluiten. Uit de achterliggende feiten zou blijken dat de strook grond waarover het cassatiearrest handelde, reeds een openbaar gebruik kende, ook al had de overheid zelf nog geen uitvoering gegeven aan de voorziene bestemming. In die omstandigheden zou het feit dat aan die bestemming geen uitvoering is gegeven, inderdaad geen afbreuk doen aan de kwalificatie als openbaar domein.²⁸

Traditioneel wordt daarnaast aangenomen dat bepaalde goederen van nature tot het openbaar domein behoren. Zij zouden door de natuur zelf geaffecteerd zijn. Het gaat dan bijvoorbeeld over de stranden, de (bedding van) bevaarbare rivieren enz.²⁹ Ook dat wordt weliswaar betwist. Bepaalde rechtsleer is van oordeel dat ook in dat geval het openbaar domeinstatuut voortvloeit uit een

²⁴ Cass. 20 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 955; Cass. 18 mei 2007, C.06.0086.N.

²⁵ Cass. 8 maart 1951, *Arr.Cass.* 1951, 390.

²⁶ Zie ook N. VAN DAMME, ‘Het openbaar domein: volstaat een louter intentionele affectatie? Over de verdere labyrinthisering van het Belgische domeingoederenrecht’, *RW* 2015, 79, afl. 27, 1065–1072.

²⁷ Cass. 17 oktober 2014, C.13.0384.N.

²⁸ A. VANDEBURIE, ‘Les biens du domaine public sont ceux destinés à l’usage de tous, même lorsque cette destination n’a pas encore été exécutée—précision ou revirement de jurisprudence?’, *APT* 2015, (505) 507–509.

²⁹ O.a. P. JONGBLOET, ‘In en uit het openbaar domein’ in *Openbaar domein*, in *CROW*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (59) 59–60; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 243–244; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 96–97.

(impliciete) beslissing. De natuur kan een goed geschikt maken voor openbaar gebruik, maar het is steeds de mens die beslist of er openbaar gebruik is.³⁰

Zoals we hierboven aangegeven hebben (nr. 10), is het hoogst onzeker of een goed van een particulier bestemd kan worden tot het openbaar domein.

14. De desaffectatie van een openbaar domeingoed gebeurt op gelijkaardige wijze als de affectatie. De desaffectatie vereist steeds, tenzij men aanvaardt dat goederen ook van nature uit het openbaar domein kunnen verdwijnen³¹, een ‘beslissing’ van de bevoegde overheid. Hoewel bepaalde auteurs daar kritisch tegenover staan³², hoeft het niet noodzakelijk om een uitdrukkelijke beslissing te gaan. Het Hof van Cassatie heeft dat reeds uitdrukkelijk bevestigd. Volgens het Hof van Cassatie kan een goed immers het karakter van openbaar domein verliezen door een uitdrukkelijke beslissing van de overheid of door een handeling die noodzakelijk dergelijke beslissing veronderstelt.³³ Ook in de lagere rechtspraak is de stilzwijgende desaffectatie reeds herhaaldelijk aanvaard.³⁴

De stilzwijgende desaffectatie wordt in de regel wel maar aanvaard door de rechtspraak indien de wil van de overheid om het goed uit het openbaar domein te halen ondubbelzinnig vaststaat.³⁵ Om die reden is reeds geoordeeld dat het loutere feit dat het goed niet meer openbaar wordt gebruikt³⁶, niet volstaat. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor het loutere feit dat dat het goed in een administratieve akte vermeld staat als behorend tot het privaat domein³⁷ en voor het loutere feit dat het goed verhuurd wordt³⁸ (wat in principe onverenigbaar is/was met het statuut van openbaar domein). Desalniettemin is de rechtspraak wat dit punt betreft niet geheel voorspelbaar. Zo heeft een bodemrechter ook reeds geoordeeld dat de desaffectatie uit een voorstel tot verkoop kan worden afgeleid.³⁹

³⁰ A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 431; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 98.

³¹ zie daarover kritisch S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 98.

³² C. CAMBIER, *droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 339; J. DEMBOUR, *droit administratif*, Luik, Association Intercommunale de Mecanographie, 1978, 388–389; zie ook V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 245.

³³ Cass. 3 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1100; Cass. 1 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 130.

³⁴ O.a. Rb. Hoei 31 maart 1980, *JL* 1980, 249; Vred. Hamoir 21 maart 1991, *JLMB* 1991, 784.

³⁵ Zie ook A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 476.

³⁶ Rb. Brugge 12 december 1990, *T.Not.* 1991, 103.

³⁷ Cass. 1 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 130.

³⁸ Cass. 3 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1100.

³⁹ Rb. Brugge 12 december 1990, *T.Not.* 1991, 103.

Gelet op het cassatiearrest van 17 oktober 2014 lijkt het verder niet nodig dat de uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing tot desaffectatie uitgevoerd wordt opdat het goed het openbaar domein verlaat.⁴⁰ Net zoals bij de affectatie is dat evenwel betwistbaar.⁴¹

Vraag III. Gevolgen openbare bestemming voor eigenaar

Welke gevolgen zijn in Nederland respectievelijk België 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?

AFDELING I. KLASSIEK UITGANGSPUNT: OPENBAAR DOMEIN IS ONVERVREEMDBAAR,
ONBESCHIKBAAR EN ONVERJAARBAAR

15. Openbare domeingoederen zijn steeds eigendom (in de zin van het Burgerlijk Wetboek) van een welbepaald (publiekrechtelijk) persoon.⁴² Het betreft wel een eigendomsrecht dat aan bijzondere publiekrechtelijke regels en beperkingen is onderworpen.

16. Traditioneel werd aangenomen dat het openbaar domein volledig buiten de handel was. Het openbaar domein is volgens die traditionele zienswijze onvervreemdbaar, onbeschikbaar en onverjaarbaar. Geen enkel privaat vermogensrecht kon toegestaan worden op een openbaar domeingood. Alleen preciaire administratieve rechten – domeinconcessies en domeinvergunningen – waren mogelijk.⁴³ Daarnaast was volgens de klassieke zienswijze het openbaar domein ook nog onbeslagbaar.⁴⁴ Sinds de invoering van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek is het statuut van

⁴⁰ N. VAN DAMME, 'Het openbaar domein: volstaat een louter intentionele affectatie? Over de verdere labyrinthisering van het Belgische domeingoederenrecht', *RW* 2015, 79, afl. 27, (1065) 1070.

⁴¹ A. VANDEBURIE, 'Les biens du domaine public sont ceux destinés à l'usage de tous, même lorsque cette destination n'a pas encore été exécutée—précision ou revirement de jurisprudence?', *APT* 2015, (505) 507–509.

⁴² In het verleden werd door bepaalde rechtsleer verdedigd dat de overheid slechts een 'droit de garde' heeft op het openbaar domein. Dat standpunt is evenwel verworpen. Zie daarover uitgebreid A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 370–383.

⁴³ Zie A. BUTTGEBACH, *manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 374 e.v.; J. DEMBOUR, *droit administratif*, Luik, Association Intercommunale de Mécénographie, 1978, 395 e.v.; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 121 e.v.

⁴⁴ Zie A. BUTTGEBACH, *manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 374 e.v.; J. DEMBOUR, *droit administratif*, Luik, Association Intercommunale de Mécénographie, 1978, 395 e.v.

openbaar domein niet meer bepalend voor de beslagbaarheid.⁴⁵ We gaan er om die reden niet verder op in.

AFDELING II. OPENING IN DE RECHTSPRAAK VOOR PRIVATE RECHTEN

17. Het Hof van Cassatie heeft in zijn rechtspraak de deur geleidelijk aan meer en meer opengezet voor private vermogensrechten op openbaar domein. In eerste instantie is het Hof van Cassatie vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw onder bepaalde voorwaarden erfdiensbaarheden op openbaar domein gaan toestaan. Uit de cassatierechtspraak volgt dat erfdiensbaarheden in de regel⁴⁶ op het openbaar domein kunnen worden gevestigd op voorwaarde dat de erfdiensbaarheid niet onverenigbaar is met de bestemming van het domein, geen beletsel vormt voor het openbaar gebruik en geen afbreuk doet aan het recht van het bestuur om dat gebruik volgens de noden en het belang van de gemeenschap te regelen.⁴⁷

18. In 2007 heeft het Hof van Cassatie vervolgens geoordeeld dat een recht van opstal eveneens verzoenbaar kan zijn met het openbaar domein. Het Hof oordeelde als volgt: *“Behoort een goed tot het openbare domein en is het zodoende bestemd tot het gebruik van allen, dan kan niemand een privaat recht verwerven dat het bedoelde gebruik zou kunnen belemmeren en dat afbreuk zou kunnen doen aan het recht van de overheid om het te allen tijde, gelet op dat gebruik, te regelen. Voor zover evenwel een privaat recht van opstal voormelde bestemming niet verhindert, kan het worden gevestigd op een goed van het openbare domein”*.⁴⁸

⁴⁵ Artikel 1412bis, §1 Ger.W. bepaalt dat alle goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen niet vatbaar zijn voor beslag. Die regel is evenwel niet absoluut. Overeenkomstig de tweede paragraaf van die bepaling zijn de volgende goederen wel vatbaar voor beslag: 1) de goederen ten aanzien waarvan de in § 1 bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen verklaard hebben dat ze in beslag genomen kunnen worden. Deze verklaring moet uitgaan van de bevoegde organen. Ze moet worden neergelegd op de plaatsen die door artikel 42 zijn bepaald voor de betekening van de gerechtelijke akten; 2) bij gebreke van een dergelijke verklaring of wanneer de tegeldemaking van de erin opgenomen goederen niet volstaat tot voldoening van de schuldeiser, de goederen die voor deze rechtspersonen kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of voor de continuïteit van de openbare dienst. De publiekrechtelijke rechtspersoon beschikt met betrekking tot die goederen wel over bijzondere verzetsmogelijkheden (art. 1412bis, §3 en §4).

⁴⁶ De wettelijke afstanden voor beplantingen zijn nog steeds niet verzoenbaar met het openbaar domein. Hetzelfde geldt, althans volgens een deel van de rechtsleer en rechtspraak voor de erfdiensbaarheden ontstaan door verkrijgende verjaring. Zie daarover T. LEYS en V. SAGAERT, ‘Het gebruik van het openbaar domein door particulieren’ in R. PALMANS, T. LEYS en J. TOURY (eds.), *Openbaar domein*, in CROW, Antwerpen, Intersentia, 2019, (79) 84–85.

⁴⁷ Cass. 6 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 210; Cass. 11 september 1964, *Pas.* 1965, I, 29; Cass. 27 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 84.

⁴⁸ Cass. 18 mei 2007, C.06.0086.N.

Uit die motivering van dat arrest volgt duidelijk dat ook andere private vermogensrechten op het openbaar domein mogelijk zijn voor zover het recht maar verzoenbaar is met de openbare bestemming en te allen tijde wijzigbaar en opzegbaar (precair) is. Vooral dat laatste – het zogenaamde precariteitsvereiste – heeft een aanzienlijke impact op wat mogelijk is. Door die voorwaarde kunnen rechten met een dwingende minimumduur in principe niet gevestigd worden op het openbaar domein. Die rechten zijn namelijk zolang de minimumduur niet verstreken is, niet te allen tijde eenzijdig opzegbaar door de overheid. Om die reden is door verscheidene auteurs aangenomen dat het erfpachtrecht en de (meeste) huurregimes niet verzoenbaar zijn met het openbaar domein.⁴⁹

19. Het is dan ook opmerkelijk dat het Hof van Cassatie in een arrest van 15 maart 2018⁵⁰ toch lijkt te aanvaarden dat een erfpachtrecht precair kan zijn en dus verzoenbaar kan zijn met openbaar domein. Het Hof oordeelde, zij het evenwel op grond van artikel 191 van het Gemeentedecreet (een wettelijke uitzondering die nu vervangen is door artikel 292, eerste lid Decreet Lokaal Bestuur: zie infra, nr. 20), dat: *“een gemeente, via een extern verzelfstandigd agentschap onder de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk in de zin en onder de voorwaarden van het Gemeentedecreet, een openbaar domeingood dat bestemd is voor het gebruik van allen kan bezwaren met een erfpacht voor zover daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan haar recht om te allen tijde dat gebruik te regelen. Het onderdeel dat aanvoert dat door de toekenning van een erfpacht op een onroerend goed dat in eigendom toebehoort aan de Staat, de provinciën of gemeenten, aan een instelling die niet afhangt van de Natie, onvermijdelijk een desaffectatie van dat onroerend goed ontstaat, dat de wil impliceert om het onroerend goed zijn openbare bestemming te ontnemen en het onroerend goed door de toekenning van een erfpacht haar statuut als domeingood verliest, faalt naar recht”*.⁵¹ Dat het Hof van Cassatie een voorwaarde koppelt aan het vestigen van een erfpacht op het openbaar domein en daarna overweegt dat het vestigen van een erfpacht op openbaar domein niet automatisch een desaffectatie inhoudt, doet immers vermoeden dat die voorwaarde ook effectief vervuld kan worden.

Ook de conclusie van advocaat-generaal VAN DER FRAENEN bij het arrest bevestigt dat. Hij stelt namelijk: *“Een recht van erfpacht lijkt op het eerste gezicht onverenigbaar te zijn met dit principe van de veranderlijkheid van de openbare dienst, gelet op de minimumduur van 27 jaar. Evenwel dient in voorliggend geval m.i. het statuut van verweerster in acht genomen als een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm overeenkomstig de artikelen 245-247 van het*

⁴⁹ Zie daarover uitgebreid T. LEYS e.a., ‘Het gebruik van het openbaar domein door particulieren’ in R. PALMANS e.a. (eds.), *Openbaar domein*, in *CROW*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (79) 90–97.

⁵⁰ Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N

⁵¹ Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N

*Gemeentedecreet, namelijk als vereniging zonder winstoogmerk waarin de gemeente steeds een meerderheid van de stemmen heeft in de algemene vergadering, de meerderheid van de leden van de raad van bestuur voordraagt en de vertegenwoordigers van de gemeente in de algemene vergadering handelen overeenkomstig de instructies van de gemeenteraad”.*⁵²

Die conclusie lijkt evenwel ook de beperkte draagwijdte van deze ‘doorbraak’ aan te geven. Dat de advocaat-generaal en mogelijk het Hof van Cassatie aannemen dat een erfpachtovereenkomst tussen een gemeente en zijn extern verzelfstandigd agentschap precair is daar de gemeente het extern verzelfstandigd agentschap volledig controleert en dus de erfpacht steeds minnelijk kan beëindigen, betekent niet dat ook buiten een dergelijke specifieke context het erfpachtrecht precair kan zijn.⁵³

AFDELING III. WETTELIJKE UITZONDERINGEN VAN VOOR HET NIEUWE GOEDERENRECHT⁵⁴

20. Ook de wetgever en de decreetgevers hebben sinds het begin van deze eeuw in tal van uitzonderingen op de klassieke onbeschikbaarheid van het openbaar domein voorzien.

Zo kan verwezen worden naar de artikelen 10 en 11 van het PPS-decreet, artikel 185 van het Provinciedecreet, artikel 9^{ter} Havendecreet en de artikelen 292⁵⁵, 473⁵⁶ en 486⁵⁷ van het Decreet Lokaal Bestuur. Die bepalingen geven de Vlaamse regering, de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en de publiek- en privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, de provincies en autonome provinciebedrijven, de havenbedrijven, de gemeentes en autonome gemeentebedrijven, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (OCMW’s), de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid, en de welzijnsverenigingen en autonome verzorgingsinstellingen op algemene wijze⁵⁸ de mogelijkheid om op voorwaarde van

⁵² Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N, concl. Adv. Gen. FRAENEN, 3.

⁵³ Zie ook T. LEYS e.a., ‘Het gebruik van het openbaar domein door particulieren’ in R. PALMANS e.a. (eds.), *Openbaar domein*, in CROW, Antwerpen, Intersentia, 2019, (79) 97–99 waarop deze passage over het cassatiearrest van 15 maart 2018 gebaseerd is.

⁵⁴ Deze titel herneemt in licht aangepaste vorm een passage uit een eerdere bijdrage (*ibid.*, 99-101).

⁵⁵ Art. 292 van het decreet over het lokaal bestuur herneemt art. 191 Gemeentedecreet en (grotendeels) art. 199 OCMW-decreet (ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 121).

⁵⁶ Art. 473 van het decreet over het lokaal bestuur herneemt, op enkele redactionele aanpassingen na, art. 78^{bis} van het decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking (ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 150).

⁵⁷ Art. 486 van het decreet over het lokaal bestuur herneemt, op enkele redactionele aanpassingen na, art. 228 OCMW-decreet (ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 152).

⁵⁸ Behoudens voor de provincies, autonome provinciebedrijven, havenbedrijven, gemeentes, autonome gemeentebedrijven en OCMW’s is de toepasselijkheid van de versoepeling steeds gekoppeld aan het voorhanden zijn van een (lokaal) PPS-project in de zin van het PPS-decreet. Gelet op de zeer ruime definitie van “PPS-

bijzondere en omstandige motivering, alle (beperkte) zakelijke rechten te vestigen op openbare domeingoederen voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen. Deze decreten vereisen niet (uitdrukkelijk) dat het recht precair is.

Daarnaast zijn er evenwel nog verschillende andere Vlaamse⁵⁹ en Waalse decreten⁶⁰ en federale wetten⁶¹ die in een specifieke uitzondering op het openbaardomeinregime voorzien. Deze wetten en decreten verlenen welbepaalde rechtspersonen het recht om alle beperkte zakelijke rechten, maar soms ook persoonlijke rechten⁶² toe te kennen op (welbepaalde goederen van het) openbaar domein tegen versoepelde voorwaarden. In het bijzonder vereisen deze wetten en decreten evenmin (uitdrukkelijk) dat het toegekende recht precair is, maar bepalen ze dat het recht niet (kennelijk) onverenigbaar mag zijn met de bestemming, dat het recht alleen mag worden toegekend voor een bepaald doel, dat de toekenning van het recht bijzonder en omstandig gemotiveerd moet worden enz.

AFDELING IV. NIEUWE GOEDERENRECHT: EEN PARADIGMASHIFT?

21. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe goederenrecht, is op algemene wijze in het Burgerlijk Wetboek verankerd dat het openbaar domein niet geheel onbeschikbaar is. Artikel 3.45, tweede lid BW bepaalt immers dat een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingood kan bestaan in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat. Het nieuwe goederenrecht veralgemeent de hierboven aangehaalde cassatierechtspraak

projecten" in art. 2, 1° van het PPS decreet (projecten die door publiek- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband worden gerealiseerd om een meerwaarde voor die partijen tot stand te brengen), vormt dit geen grote beperking van het toepassingsgebied van de versoepeling.

⁵⁹ Zie art. 7, § 2 Decr.VI. 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM); art. 8ter Decr.VI. 2 april 2004 betreffende [...] het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap [De Vlaamse Waterweg nv, naamloze vennootschap van publiek recht]; art. 16, 49 en 66/14 Decr.VI. 10 juli 2008 betreffende het beheer en de uitbating van de regionale luchthavens Oostende-Brugge, Kortrijk-Wevelgem en Antwerpen; art. 6, § 3 Decr.VI. 8 mei 2009 houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaamse Havens en houdende wijziging van het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens; art. 5, lid 2 Decr.VI. 15 juli 2011 houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaams Energiebedrijf.

⁶⁰ Zie art 8bis Décr.W. 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures; art. 4, § 1 Décr.W. 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne.

⁶¹ Zie art. 28 programmawet 20 juli 2006 en art. 93 programmawet 27 december 2007; art. 10 wet 30 april 2007 houdende dringende spoorwegbepalingen.

⁶² Bv. art. 7, § 2 Decr.VI. 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM); art. 8ter Decr.VI. 2 april 2004 betreffende [...] het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap [De Vlaamse Waterweg nv, naamloze vennootschap van publiek recht].

voor alle persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten en lijkt ze ook, zoals de meer specifieke wettelijke uitzonderingen, te versoepelen door niet te vereisen dat het toegekende gebruiksrecht ook precair moet zijn. Artikel 3.45, tweede lid bepaalt uitsluitend dat het persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht verzoenbaar moet zijn en blijven met de openbare bestemming.

Of die bepaling en de andere wettelijke bepalingen die vereisen dat het recht verenigbaar moet zijn met de openbare bestemming, werkelijk een versoepeling inhouden, is evenwel nog onzeker. Bepaalde rechtsleer is namelijk van oordeel dat het precariteitsvereiste vervat zit in de voorwaarde dat het recht verenigbaar moet zijn met de openbare bestemming.⁶³ Bovendien lijkt het Hof van Cassatie die opvatting in zijn arrest van 15 maart 2018 ook reeds impliciet te hebben bijgetreden. Niettegenstaande het gegeven dat de gemeente in die zaak het goed in erfpacht had gegeven aan een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap op grond van artikel 191 van het Gemeentedecreet (nu vervangen door art. 292, eerste lid Decreet Lokaal Bestuur), een decretale uitzondering die geen melding maakt van het precariteitsvereiste maar wel vereist dat het recht kennelijk verenigbaar is met de openbare bestemming, oordeelde het Hof van Cassatie toch dat een erfpacht slechts gevestigd kan worden op openbaar domein voor zover de erfpacht geen afbreuk doet aan het recht van de overheid om het gebruik te allen tijde volgens de behoeften en het belang van alle burgers te regelen en te vrijwaren.⁶⁴⁶⁵

22. Daarnaast zou op het eerste gezicht ook nog gedacht kunnen worden dat artikel 3.45, tweede lid BW de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein versoepelt. Artikel 3.45 BW bepaalt immers niet op algemene wijze dat openbare domeingoederen onvervreemdbaar zijn. Het tweede lid van artikel 3.45 bepaalt alleen dat openbare domeingoederen niet vatbaar zijn voor verkrijgende verjaring, natrekking of een andere vorm van oorspronkelijke eigendomsverkrijging. Het artikel bepaalt niet dat overdrachten ten bijzondere titel zoals een verkoop of schenking, niet mogelijk zijn. Daaruit mag evenwel niet afgeleid worden dat er geen algemeen vervreemdingsverbod meer is. Bij stilzwijgen moet aangenomen worden dat de wetgever niet wilde afwijken van de publiekrechtelijke regels.⁶⁶

⁶³ S. VAN GARSSE en M. LERNOUT, 'Erfpacht en opstal & de overheid' in *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (219) 229–230.

⁶⁴ Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N/2 en 4.

⁶⁵ Zie ook T. LEYS e.a., 'Het gebruik van het openbaar domein door particulieren' in R. PALMANS e.a. (eds.), *Openbaar domein*, in *CROW*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (79) 101–102.

⁶⁶ In dezelfde zin A. LEMMERLING, 'Openbaar domein' in *Het nieuwe goederenrecht*, in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (101) 125

Vraag IV en V. Publiek gebruik van openbaar domein

Welke gevolgen heeft het geheel of gedeeltelijk (semi-)publieke karakter van zaken/goederen voor derden? Welke rechten kunnen zij daaraan ontleen? 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?

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?

23. Openbare domeingoederen staan in de regel ten dienste van de collectiviteit. Het gewone gebruik van openbaar domein is collectief.⁶⁷ De privatieve ingebruikname van het openbaar domein is de uitzondering. Privatieve ingebruikname kan maar op basis van een administratief, persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht.⁶⁸ Hierboven hebben we de voorwaarden beschreven waaronder dergelijke rechten toegekend kunnen worden op het openbaar domein. Vanzelfsprekend zal een administratief of privaat gebruiksrecht op het openbaar domein vaak niet gratis toegekend worden. In het geval dat het om een contractueel gebruiksrecht gaat, kan de vergoeding in de overeenkomst opgenomen worden.

24. Het gewone collectieve gebruik van openbaar domein wordt traditioneel omschreven als vrij, gelijk en gratis. Iedereen zou het openbaar domein, voor zover en in de mate dat er geen privatieve ingebruikname is, vrij, gelijk en gratis kunnen gebruiken.⁶⁹ Die traditionele omschrijving van het collectieve gebruik moet evenwel genuanceerd worden.

Met vrij gebruik wordt bedoeld dat eenieder het openbaar domeingood in overeenstemming met zijn bestemming mag gebruiken. Het vrij gebruik houdt dus niet in dat de burger het openbaar domeingood naar eigen goeddunken mag gebruiken.⁷⁰ Het vrij gebruik dat dus reeds beperkt is door de bestemming van het goed, kan in principe nog verder beperkt worden door de overheid. De overheid kan, voor

⁶⁷ A. BUTTGENBACH, *manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 380; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 1045; P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, 239.

⁶⁸ A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 573.

⁶⁹ J. DE STAERCKE, 'Het collectief gebruik van het openbaar domein, en de openbare wegen', *CDPK* 2006, 2006, afl. 3, (745) 745; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 1045; F. WASTIELS, *Administratief goederenrecht*, Gent, Story Scientia, 1983, 202–203.

⁷⁰ A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 574.

zover ze een wettelijke grondslag vindt en voor het overige ook niet onwettig handelt, het gebruik regelen en beperken. Aangezien er daarvoor geen globale wettelijke regeling bestaat, zal dat steeds *in concreto* beoordeeld moeten worden.⁷¹ Gelet op dat alles zal het vrij gebruik niet steeds veel voorstellen. Zo zal bijvoorbeeld het gebruik van een vliegveld dat tot het openbaar domein behoort, sterk ingeperkt zijn.

Het collectief gebruik van het openbaar domein zal ook niet altijd gelijk zijn voor eenieder. Een verschil in behandeling tussen verscheidene categorieën van personen is immers niet noodzakelijk strijdig met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie of met een van de antidiscriminatiewetten. Niet elk onderscheid maakt een discriminatie uit.⁷² Zo zal bijvoorbeeld het gebruik van een gevangenis die tot het openbaar domein behoort, sterk verschillen naargelang het al dan niet om een gedetineerde gaat.

Tot slot hoeft het collectieve gebruik ook niet steeds gratis te zijn. Geen enkele rechtsregel verbiedt in het algemeen om het collectieve gebruik van het openbaar domein betalend te maken.⁷³ De wetgever heeft daarentegen in bepaalde gevallen zelfs uitdrukkelijk voorzien in een machtiging om geld te vragen voor het gebruik van het openbaar domein. Zo kan bijvoorbeeld verwezen worden naar de wet van 22 februari 1965 waarbij aan gemeenten wordt toegestaan parkeergeld op motorrijtuigen in te voeren.

Vraag VI. Handhaving van de openbare bestemming

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?

25. Wat de handhaving van de openbare bestemming betreft, is vanuit publiekrechtelijke invalshoek in de eerste plaats het bestuurlijk toezicht noemenswaardig. Het bestuurlijk toezicht is een vorm van toezicht dat wordt uitgeoefend door een toezichthoudende overheid ten aanzien van een gedecentraliseerde overheid die van de eerstgenoemde overheid afhangt. Zo staan de gemeenten van het Vlaamse gewest bijvoorbeeld onder toezicht van de Vlaamse regering en de provinciegouverneur

⁷¹ J. DE STAERCKE, 'Het collectief gebruik van het openbaar domein, en de openbare wegen', *CDPK 2006*, 2006, afl. 3, (745) 745–747; A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 574.

⁷² Zie ook A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, die Keure / la Charte, 2013, 576.

⁷³ J. DE STAERCKE, 'Het collectief gebruik van het openbaar domein, en de openbare wegen', *CDPK 2006*, 2006, afl. 3, (745) 747.

handelend namens de Vlaamse regering. Het bestuurlijk toezicht is meestal repressief van aard. De toezichthoudende overheid kan reeds genomen beslissingen die in strijd zijn met de wet of –althans in de regel⁷⁴ - het algemeen belang binnen een vervaltermijn schorsen en/of vernietigen. In bepaalde gevallen die in de wetgeving zijn bepaald, is het evenwel eerder preventief van aard. De toezichthoudende overheid moet dan een advies, machtiging of goedkeuring verlenen alvorens een beslissing genomen of uitgevoerd kan worden. Uitzonderlijk kan de toezichthoudende overheid tot slot dwangmaatregelen nemen.⁷⁵

Welnu, dat bestuurlijk toezicht zal vaak aangewend kunnen worden om handelingen van onder toezicht staande overheden die afbreuk doen aan de openbare bestemming te sanctioneren of, indien dat voorzien is, te voorkomen.⁷⁶ Belangrijk om in dit verband op te merken is dat indien de toezichthoudende overheid een beslissing tot contractsluiting vernietigt omdat het contract afbreuk doet aan de openbare bestemming, het contract door die vernietiging nog niet verdwijnt. Het is wel mogelijk om het contract vervolgens nietig te laten verklaren door de burgerlijke rechter.⁷⁷

26. In de tweede plaats moet ook melding gemaakt worden van bestuurlijke handhaving. Bestuurlijke handhaving komt in het vizier wanneer niet een domaniale overheid, maar een derde afbreuk doet aan de openbare bestemming van het openbaar domeingoed. Bij gebreke aan een globale wettelijke regeling die geldt voor alle openbare domeingoederen, zijn de mogelijkheden daartoe evenwel sterk afhankelijk van het betrokken goed. Een uitgebreid kader voor bestuurlijke handhaving is bijvoorbeeld terug te vinden in het Vlaamse Decreet Gemeentewegen.⁷⁸

27. Daarnaast kan handhaving van de openbare bestemming natuurlijk ook via de rechter verlopen. Afhankelijk van het werkelijk voorwerp van het geschil en de partij waartegen het beroep wordt ingesteld, zal de Raad van State of de gewone rechter bevoegd zijn. De Raad van State is bevoegd voor beroepen tot nietigverklaring (en schorsing) ingesteld tegen een eenzijdige beslissing (bijvoorbeeld een beslissing tot desaffectatie of tot contractsluiting) van een administratieve overheid voor zover het werkelijk voorwerp van het beroep geen subjectief recht betreft. Voor de andere

⁷⁴ Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 120 e.v.

⁷⁵ Zie voor een uitgebreide bespreking van het bestuurlijk toezicht I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 305 e.v.

⁷⁶ Zie ook D. D'HOOGHE en M. VAN DEN LANGENBERGH, 'Naar de opheffing van het leerstuk van het openbaar domein?' in *Openbaar domein*, in CROW, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 262.

⁷⁷ S. LIERMAN, P. VAN DE WEYER en K. VANDORMAEL, 'Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht', *TPR* 2016, afl. 2, (489) 548–551.

⁷⁸ Zie daarover S. BOULLART, 'Handhaving in het Decreet Gemeentewegen' in *Gemeentewegen*, in CROW, Antwerpen, Intersentia, 2020, 347–381.

geschillen zijn de hoven en rechtbanken bevoegd.⁷⁹ In geen geval mag de Raad van State of een andere rechter de opportuniteit van een overheidsbeslissing toetsen.⁸⁰

Vraag VII. Evaluatie

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.

28. Voor de invoering van het nieuwe goederenrecht was het leerstuk van het openbaar domein een van de meest controversiële leerstukken. Over bijna elk aspect waren, bij gebreke aan een (duidelijke) wettelijke regeling, verschillende visies terug te vinden.⁸¹ Zo bestond er discussie over het criterium dat gebruikt moet worden om privaat domein van openbaar domein te onderscheiden, over de vraag of goederen van particulieren tot het openbaar domein kunnen behoren, over hoe een goed geaffecteerd en gedesaffectedeerd wordt, over welke private vermogensrechten precies verzoenbaar zijn met het openbaar domein, enz.

29. Het nieuwe goederenrecht heeft daar niet heel veel verandering in gebracht. Vooreerst zijn slechts enkele aspecten van het openbaar domein geregeld in het nieuwe goederenrecht. De wetgever heeft zich beperkt tot die aspecten die volgens hem binnen het Burgerlijk Wetboek vallen.⁸² De aspecten die geregeld zijn, sluiten vervolgens niet steeds elke controverse uit. Zo hebben we gezien dat hoewel het nieuwe goederenrecht het openbaar domein koppelt aan publieke goederen, er nog steeds discussie bestaat over de vraag of goederen van particulieren tot het openbaar domein kunnen behoren. Verder hebben we eveneens gezien dat desondanks het feit dat het nieuwe goederenrecht bepaalt dat persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten kunnen bestaan op openbaar domein voor zover ze verzoenbaar zijn met de openbare bestemming, het niet zeker is of daaruit volgt dat het recht ook precair moet zijn.

Daarmee is evenwel niet gezegd dat de situatie niet verbeterd is. Het nieuwe goederenrecht heeft op bepaalde vlakken voor meer rechtszekerheid gezorgd door in een uitdrukkelijke wettelijke basis te

⁷⁹ Zie daarover in het algemeen I. OPDEBEEK e.a., *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 541 e.v.

⁸⁰ *Ibid.*, 306.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld H. DE PAGE e.a., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1975, 663.

⁸² Amendementen, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0173/002, 17.

voorzien. Zo is er nu een uitdrukkelijke wettelijke basis voor het feit dat goederen tot het privaat domein behoren tenzij ze zijn bestemd tot het openbaar domein, voor het feit dat het openbaar domein onverjaarbaar is en niet vatbaar is voor enige wijze van oorspronkelijke verkrijging, en voor het feit dat private gebruiksrechten op openbaar domein kunnen bestaan ook al kan er nog discussie bestaan over de precieze voorwaarden.

Thomas LEYS

Referendaris Grondwettelijk Hof

Doctoraatsstudent KU Leuven