

Van de openbare weg tot de Vaandeldrager: zaken met een publieke bestemming – naar Nederlands publiekrecht

Pim Huisman & Mandy van Rooij¹

1. Algemeen

1.1 Zaken met een publieke bestemming bekeken vanuit Nederlands publiekrecht

1. “Hoeveel, 150 miljoen? Dat moet ik even laten bezinken. Dat is echt idioot veel geld”, zegt kunsthistoricus Wouter Kloek tegen de NOS.² Dat bedrag is neergelegd voor de aankoop van een kunstwerk door de Staat: de Vaandeldrager, een schilderij van Rembrandt. Volgens een woordvoerder van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) gaat het om het hoogste bedrag dat de overheid ooit heeft betaald voor een enkel kunstwerk.³ De kritiek op de aankoop is niet uit de lucht gegrepen: het is een grote uitgave voor een demissionair kabinet, vlak voordat een nieuw kabinet zou aantreden. Voor de aanschaf pleit dat zo kon worden voorkomen dat het werk in een privécollectie zou verdwijnen en niet meer voor het publiek te zien zou zijn. Om die publieke waarde nog maar eens te benadrukken is de Vaandeldrager inmiddels op tournee: het werk wordt in elke provincie tentoongesteld en op een aantal dagen is het ook gratis te bezichtigen.

2. Heeft de Vaandeldrager nu ook een publieke bestemming gekregen? En zo ja, wat betekent dat voor de Staat als eigenaar en voor de inwoners van Nederland? Wanneer we denken aan zaken met een publieke bestemming, dan springt in de eerste plaats de openbare weg in het oog, maar kunnen ook kunstvoorwerpen die status hebben? En wat te denken van gebouwen en diensten die essentieel zijn voor een ieder? Gemeentehuizen, treinstations, begraafplaatsen? Waarin verschillen die in juridische zin van bijvoorbeeld voetbalstadions en horecagelegenheden? De lockdownmaatregelen die de Nederlandse overheid trof vanwege de covid-19 pandemie laten zien dat ook deze plaatsen een maatschappelijke functie hebben en dat de beperking van de toegang leidt tot hevige discussie. De introductie van het coronatoegangsbewijs zette dit verder op scherp. Voor horecagelegenheden werd het verplicht het coronatoegangsbewijs te tonen – zelfs voor jongeren die een hamburger bij de McDonalds wilden halen⁴ – en dat voelde voor sommige mensen als discriminatie of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De rechter oordeelde dat hier geen sprake van was.⁵

3. De aanschaf van de Vaandeldrager voor het behoud in het publieke domein en de overheidsmaatregelen die de toegang tot publieke plaatsen beperken zijn slechts twee voorbeelden die laten zien dat zaken met een publieke bestemming en het rechtskarakter en de rechtsgevolgen daarvan volop in de belangstelling staan. In deze bijdrage bespreken we hoe het in Nederland op hoofdlijnen zit met zaken met een publieke bestemming en de bescherming van het karakter daarvan, vanuit het publiekrechtelijke perspectief. Na een korte inleiding waarin we uiteenzetten welke verschillende typen zaken met een publieke bestemming we in deze bijdrage onderscheiden, gaan we in op de zeven vragen die ons door het Platform zijn voorgelegd.

¹ Dr. Mr. P.J. (Pim) Huisman is universitair hoofddocent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Dr. Mr. A.E. (Mandy) van Rooij is senior wetgevingsjurist bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en onderzoeker bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Ze schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

² ‘150 miljoen euro voor topstuk Rembrandt: “Idioot veel geld, maar wel bijzonder”’, *NOS.nl* 8 december 2021.

³ Met steun van de Vereniging Rembrandt (15 miljoen euro) en het Rijksmuseum Fonds (10 miljoen euro).

⁴ “‘Straks moeten we ons nog laten vaccineren om in de McDonalds te komen”’, *NRC.nl* 25 september 2021.

⁵ Rb. Den Haag 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10863, bevestigd in hoger beroep (Hof Den Haag 15 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:144).

1.2 *Verschillende typen zaken met een publieke bestemming*

4. Een algemene wettelijke omschrijving en indeling of categorisering van de zaken met een publieke bestemming is er in het Nederlandse (publiek)recht niet. De zaken met een publieke bestemming is een hele grote, brede groep. Wij onderscheiden in deze bijdrage de volgende drie categorieën: openbare zaken, semiopenbare zaken en roerende zaken met een publieke bestemming. Van deze zaken kan zowel de overheid als een particulier eigenaar zijn. In paragraaf 2 worden deze categorieën uitgebreid toegelicht, maar bij wijze van inleiding geven we hier vast een indicatie van de reikwijdte.

5. De eerste categorie is die van de *openbare zaken*. Het gaat hier om zaken die voor het publiek toegankelijk zijn zonder dat voor het gewone gebruik toestemming van de eigenaar is vereist. Anders gezegd betreft het zaken die voor eenieder toegankelijk zijn en waarvan de eigenaar het gewone gebruik door anderen te dulden heeft.⁶ In de kern gaat het bij de openbare zaken om: de openbare wegen, openbare wateren, de (bodem van de) territoriale wateren en de Waddenzee en de (zee)stranden. De duldplicht voor de eigenaar van deze onroerende openbare zaken vormt een vergaande inperking op het eigendomsrecht. Zo kan de eigenaar van een openbare weg het gebruik voor het verkeer op grond van zijn eigenaarsbevoegdheid niet verbieden.

6. In de tweede plaats kan gedacht worden aan wat wij aanduiden als *semiopenbare zaken*. Deze zaken zijn weliswaar voor het publiek toegankelijk, maar niet zonder meer. Zo kan het zijn dat de toegang door de eigenaar is beperkt doordat openingstijden worden gehanteerd of doordat entreegelden worden gevraagd.⁷ De eigenaar kan onder bepaalde omstandigheden de toegang weigeren. In deze categorie vallen voor het publiek toegankelijke gebouwen zoals gemeentehuizen, treinstations en gerechtsgebouwen. Vanwege de publieke functie (dan wel publieke bestemming) van deze gebouwen worden zij beschouwd als zaken waar toegang voor eenieder verzekerd moet zijn. Dit vanwege publieke belangen als toegankelijke loketten voor overheidszaken, de openbaarheid van de rechtspraak en de toegang tot het openbaar vervoer. Er gelden bij de hiervoor genoemde gebouwen vereisten voor gebruik of het gebruik is op een bepaalde wijze begrensd: te denken valt aan aanmeldsysteem (aanmelden voor een afspraak), beveiligingspoortjes, openingstijden en (voor het openbaar vervoer) de OV-chipkaart. Er zijn meer plaatsen die wel voor het publiek toegankelijk zijn, maar die we in deze bijdrage niet beschouwen als zaken met een publieke bestemming waarvoor de toegang verzekerd zou moeten zijn. Te denken valt aan voetbalstadions, horecagelegenheden, evenemententerreinen en winkels. Hoewel deze plaatsen ook een maatschappelijke functie hebben, gaat het in grote mate om plaatsen die bestemd zijn voor vermaak en vrijetijdsbesteding, of waarvoor voldoende alternatieven bestaan.⁸ We laten deze voor het publiek toegankelijke plaatsen verder buiten beschouwing in deze bijdrage, hoewel opgemerkt moet worden dat een scherpe grens tussen wat wel en niet een publieke functie heeft, moeilijk te trekken is.

7. Bij de hiervoor genoemde categorieën gaat het om de toegang van het publiek tot onroerende zaken. Er zijn ook *roerende zaken met een publieke bestemming*. Dat is onze derde categorie die wij in deze bijdrage onderscheiden. Dit betreft een ruime categorie, met een aantal zeer uiteenlopende roerende zaken. Daarbij kan gedacht worden aan roerende zaken die worden ingezet ten behoeve van de behartiging van publieke belangen, zoals brandweerauto's, treinen, bussen en veerboten. Ook hier is het lastig een scherpe grens te

⁶ Zie bv. G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 56.

⁷ Het begrip 'semiopenbare zaak' is ontleend aan: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 11.9, p. 550 e.v.

⁸ Zie uitgebreid over dit type plaatsen: A.E. van Rooij, *Orde in het semipublieke domein* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2017.

trekken tussen wat een publieke bestemming heeft en wat niet (meer). Zo is het bij belangrijke kunstvoorwerpen, zoals het in de inleiding aangehaalde voorbeeld van de Vaandeldrager, wenselijk dat zij toegankelijk blijven voor het publiek; kunstvoorwerpen die te beschouwen zijn als cultureel erfgoed vertegenwoordigen een zodanig belangrijke maatschappelijke waarde dat het wenselijk is om ze te behouden voor Nederland.⁹ Toch zal niet al het cultureel erfgoed een publieke bestemming hebben, een deel is particulier eigendom en hoewel de Erfgoedwet wel restricties stelt aan bijvoorbeeld de verkoop of het vervoer naar het buitenland ervan, is de publieke toegankelijkheid niet verplicht. Dat is anders bij de bijzondere categorie ‘museaal cultuurofgoed van de Staat’, waarvoor de wet wel bepaalt dat de toegankelijkheid van deze goederen wordt bevorderd (art. 2.2 Erfgoedwet). Dit wordt ook wel de Rijkscollectie genoemd en in onze opvatting zijn deze museale werken en voorwerpen dan ook te beschouwen als zaken met een publieke bestemming.

1.3 Focus van deze bijdrage: publiekrechtelijke regels

8. Een algemene wettelijke regeling van de zaken met een publieke bestemming is er niet in Nederland. Een publiekrechtelijk eigendomsrecht kent het Nederlandse recht niet. Als de overheid eigenaar is van een zaak met een publieke bestemming, dan is dit naar geldend recht eigendom in de zin van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het verwondert dan ook niet dat in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geen regeling is getroffen van zaken met een publieke bestemming in overheidseigendom. Het BW kent algemene regels over eigendom en bevat bijvoorbeeld wel enige bepalingen die zien op wie vermoedt wordt eigenaar te zijn van een openbare zaak (zie titel 5.3 BW). Een algemene regeling van zaken met een publieke bestemming treft men ook in deze wet niet aan. Sterker nog: daar is bewust door de wetgever vanaf gezien. Omdat het nogal om verschillende zaken gaat, achtte men het eerder een taak voor de bijzondere wetgever om per zaak, als dat nodig is, een regeling te treffen.¹⁰

9. Het wisselt sterk of (en in hoeverre) de bijzondere wetgever een regeling heeft getroffen. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van openbare wegen en openbare vaarwateren. Voor openbare wegen is in de Wegenwet geregeld hoe openbaarheid ontstaat en wat daar de gevolgen van zijn. Voor openbare (vaar)wateren bestaat dergelijke regelgeving niet. De regels van de Wegenwet zijn niet van overeenkomstige toepassing op openbare vaarwateren, zo oordeelde de Hoge Raad recent.¹¹ Voor zover er geen bijzondere toegespitste wettelijke regeling geldt, is een grote rol weggelegd voor het ongeschreven (gewoonte)recht, waarbij de rechter een rol heeft bij de vaststelling van de rechten en plichten die gelden voor de eigenaar en anderen (“rechtensrecht”).¹²

10. Ook de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van belang voor eigendom van zaken met een publieke bestemming. Voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat alleen de overheid daaraan gebonden is.

11. Hierna, bij de beantwoording van de vragen, focussen wij op deze publiekrechtelijke normen – wetgeving, ongeschreven recht, grondrechten en de beginselen van behoorlijk bestuur – en wat zij betekenen voor de eigenaar en derden die te maken hebben met zaken met een publieke bestemming.

⁹ Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 34109, nr. 3, p. 3.

¹⁰ Toelichting-Meijers, PG Boek 5 BW, p. 141.

¹¹ HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815.

¹² Vgl. A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2021:356, randnummer 2.8.

2. Zaken met een publieke bestemming en de relevantie van publiek- én privaatrecht

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?

2.1 Wat valt te verstaan onder zaken met een publieke bestemming?

12. Wie op zoek is naar een algemene wettelijke definitie van ‘zaken met een publieke bestemming’ of ‘openbare zaken’ zal lang zoeken: die is er niet. Een vastomlijnd begrippenkader ontbreekt. Dat maakt dat er in de juridische literatuur, ook door ons in deze bijdrage, gezocht wordt naar een inkadering en houvast.

13. De buitengrens is welke zaken zijn te zien als de zaken met een publieke bestemming. In dat kader wordt doorgaans aangehaakt bij het criterium dat zaken (op enigerlei) wijze het algemeen belang dienen. Dat levert een grote en zeer diverse groep van zaken op. Illustratief is de opsomming van Van der Linden van de ‘ten algemene nutte strekkende zaken’: “*wegen, pleinen, plantsoenen, stranden, rivieren, vaarten, bruggen, havens, dijken, militaire werken, departemensgebouwen, provincie- en gemeentehuizen, musea, kerkgebouwen, universiteiten en schoolgebouwen (...), politie-bureaux, brandweerkazernes, postkantoren, hoorzalen, openbare nutsbedrijven met hun buizen- en kabelnetten, ziekenhuizen, sanatoria, rusthuizen, groepshuizen, wijkcentra, culturele centra, overheids-dienstwoningen, begraafplaatsen, abattoirs, beschutte werkplaatsen, natuurreservaten, voor het publiek opengestelde buitenplaatsen, niet-commerciële radio- en televisiestudio’s, dito zenders, vuurtorens, lichtscheperen; voorts ook de roerende goederen als archivalia, roerende monumenten, openbare vervoersmiddelen, brandweer-materiaal, overheids-kantoormateriaal, schoolmateriaal, leidingwater, distributiegas (...)*.”¹³ Nog daargelaten dat over wat het ‘algemeen belang’ is en hoever dat reikt stevig gediscussieerd kan worden, biedt een dergelijke ruime duiding voor een nadere analyse onvoldoende houvast. Ten behoeve van onze analyse onderscheiden wij daarom drie verschillende typen zaken, met verschillende karakteristieken. In paragraaf 1 noemden we al verschillende voorbeelden per type, en in deze paragraaf geven wij een korte inhoudelijke toelichting op de door ons gekozen indeling.

14. Bij de voor het publiek toegankelijke *onroerende* zaken kan onderscheiden worden tussen openbare zaken en semiopenbare zaken. Een groep onroerende zaken die goed is af te bakenen is de groep van de *openbare zaken*. Wij zien de openbare zaken als onroerende zaken waarvan de eigenaar het gewone gebruik van de zaak door derden heeft te dulden.¹⁴ Het gewone gebruik kan de eigenaar op grond van zijn eigenaarsbevoegdheden niet weigeren.

15. Daarnaast zijn er onroerende zaken die weliswaar voor het publiek toegankelijk zijn, maar niet zonder meer en waar de eigenaar op grond van het eigendomsrecht de bevoegdheid heeft om de toegang te weigeren of aan voorwaarden of beperkingen te onderwerpen. Deze groep zien wij als de *semiopenbare zaken*.¹⁵ Hoewel de terminologie wisselt in de literatuur, is het vanwege het verschil in de mogelijkheid tot het stellen van restricties aan de toegang inhoudelijk relevant om onderscheid te maken tussen wat wij duiden als openbare zaken en semiopenbare zaken. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de eigenaarsbevoegdheden bij de openbare weg (volgens ons een openbare zaak) en het

¹³ H. van der Linden, *Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja, welke?* (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 154-155.

¹⁴ Evenzo Van der Veen 1997, p. 56.

¹⁵ Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.9, p. 550 e.v.

gemeentehuis (volgens ons een semiopenbare zaak). Zoals gezegd heeft de eigenaar van de openbare weg het gewone gebruik, zoals voor de verkeersdoeleinden, te dulden, terwijl tot een gemeentehuis onder omstandigheden op basis van het eigendomsrecht de toegang niet mogelijk is, zoals na sluitingstijd van het gebouw.

16. Een van de onroerende zaken te onderscheiden groep, is die van de *roerende zaken met een publieke bestemming*. Ook roerende zaken kunnen een publieke functie vervullen. Het gaat hier om zeer uiteenlopende zaken die zich lastig laten vergelijken – een brandweerwagen of trein is geen kunstvoorwerp – en dat maakt het lastig om in deze bijdrage algemene uitspraken te doen over hoe bij roerende zaken een publieke functie kan ontstaan of tenietgaan, wat de rechtsgevolgen daarvan zijn en wat de mogelijkheden zijn voor het verlangen van een gebruiksvergoeding en handhaving. In een aantal gevallen is er bijzondere wetgeving op grond waarvan een publieke functie kan worden aangenomen en waarin de rechtsgevolgen geregeld zijn. In nr. 7 noemden we al de Erfgoedwet.¹⁶ Op grond van deze wet kan aan bepaalde cultuurgoederen de bijzondere status van museaal cultuurgoed worden toegekend, met bijvoorbeeld gevolgen voor de mogelijkheid om de werken te verkopen of te vervoeren naar het buitenland. Voor museale cultuurgoederen geldt, zoals gezegd, de plicht om deze toegankelijk te maken voor het publiek en in aanvulling hierop ook allerlei regels voor onderhoud, restauratie en schade aan de werken. Voor treinen, bussen en veerboten die ingezet worden voor het verzorgen van het openbaar vervoer conform een concessie volgt de toegankelijkheid voor reizigers uit de Wet personenvervoer 2000.

17. De vraag rijst of het ontbreken van een algemene wettelijke definiëring van begrippen als ‘zaken die bestemd zijn voor de openbare dienst’ en ‘openbare zaak’ an sich problematisch is. Het ontbreken van dergelijke definities kan – als men niet oplet – gemakkelijk tot spraakverwarring aanleiding geven. In de literatuur worden begrippen gebruikt waaraan auteurs soms een verschillende invulling gegeven. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de term ‘openbare zaken’. Tot problemen in de rechtspraktijk hoeft dat niet te leiden. In de rechtspraktijk ligt de focus op afgebakende rechtsvragen op het niveau van een individuele casus. Een geschil kan gaan over wanneer openbaarheid ontstaat (of tenietgaat) en wat precies door de eigenaar moet worden geduld. Dit komt in de paragrafen hierna aan bod.

2.2 *Valt de eigendom in beginsel onder het privaatrecht of publiekrecht?*

18. De eigendom van zaken met een publieke bestemming is eigendom in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Het gaat om privaatrechtelijk eigendom (zie art. 5:1 BW). Hanteert de eigenaar eigenaarsbevoegdheden dan handelt hij op privaatrechtelijke titel. Dat is niet anders als de overheid eigenaar is van een zaak met een publieke bestemming. Op eigendom van zaken met een publieke bestemming is het privaatrecht, het BW, van toepassing.¹⁷

19. Uitgangspunt is dat de eigenaar vrij kan beschikken over zijn zaak. Het gebruik dat de eigenaar van zijn zaak maakt mag niet strijden met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen dienen daarbij in acht te worden genomen (art. 5:1 lid 2 BW). Langs die lijn speelt het publiekrecht ook een belangrijke rol. Voor zover er in bijzondere wet- en regelgeving bepalingen zijn opgenomen

¹⁶ De Erfgoedwet heeft met ingang van 1 juli 2016 een aantal wettelijke regelingen op het terrein van het cultureel erfgoed vervangen, o.a. de Wet tot behoud van cultuurbezit en de Regeling materieel beheer museale voorwerpen 2013. Ook op internationaal en Europees niveau bestaan er regels met betrekking tot de bescherming van kunst. Zie uitgebreid T. Barkhuysen & M. Claessens, ‘Naar een zorgvuldige omgang met particulier en openbaar kunstbezit via de nieuwe Erfgoedwet?’, *NJB* 2015/1950.

¹⁷ Dat betekent onder meer dat het civielrechtelijke begrippenkader voor ‘zaak’, ‘onroerende zaak’ en ‘roerende zaak’ van toepassing is. In art. 3:2 BW is bepaald dat alleen voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten zaken zijn. Bestuursrechtelijk gezien belangrijke ‘zaken’, zoals de zorg voor het milieu of het luchtruim, vallen niet onder dit begrip en zijn daarmee geen zaken met een publieke bestemming.

met betrekking tot een bepaalde zaak, dan gelden uiteraard die regels. Daarnaast zijn, voor zover van toepassing uiteraard, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten van belang (waarover meer in paragrafen 4 en 5).

20. Naar geldend recht gaat het bij zaken met een publieke bestemming om privaatrechtelijk eigendom en het daarbij behorende civielrechtelijke begrippenkader. Een publiekrechtelijk eigendomsrecht is er in het geldende Nederlandse recht niet. Dat wil uiteraard niet zeggen dat de wenselijkheid daarvan geen onderwerp is van debat. Van tijd tot tijd laait in de juridische literatuur de discussie op over de privaatrechtelijke grondslag van eigendom van openbare zaken. Deze discussie spitst zich met name op de vraag of het wenselijk is om een publiekrechtelijk eigendomsrecht van onroerende openbare zaken in overheidseigendom te creëren.¹⁸ Daar komen wij op terug in paragraaf 8, waar wij verschillende publiekrechtelijke reguleringsalternatieven bespreken.

3. Verkrijging en verlies van de publieke bestemming

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?

3.1 Verkrijging en verlies van de publieke bestemming

21. Voor het verkrijgen en het verliezen van het openbare karakter van zaken is er geen algemene wettelijke regeling. Voor bepaalde *openbare zaken* is wel specifieke wetgeving tot stand gekomen waarin soms de verkrijging of verlies van een openbaar karakter expliciet is geregeld. Voor de openbare wegen geldt bijvoorbeeld de Wegenwet, waarin voor de verkrijging en het verlies van openbaarheid van wegen een regeling is getroffen. Hoewel ook voor andere openbare zaken ter inspiratie naar die wet gekeken wordt, is deze wet niet van overeenkomstige toepassing op andere openbare zaken. Dit is recent bevestigd voor openbare (vaar)wateren in het arrest *Staat/Kerkewaard*.¹⁹

22. In de gevallen dat er geen wettelijke regeling is getroffen, is het aan de rechter overgelaten om vast te stellen of een zodanige openbaarheid is ontstaan dat dit rechtsgevolgen heeft voor de eigenaar en anderen. Bij de vaststelling of een zaak een openbaar karakter heeft gekregen, is een grote rol weggelegd voor de feitenrechter en daarom is de jurisprudentie dan ook casuïstisch van aard. Als we de geldende wetgeving en jurisprudentie over *openbare zaken* door de oogcharen bekijken,²⁰ zijn er drie factoren die van invloed zijn op het ontstaan van een openbaar karakter: (1) de natuurlijke aard van de zaak, (2) het gebruik of de toegankelijkheid naar gewoonte, en (3) de expliciete bestemming door de eigenaar.

23. Voor een aantal natuurlijke zaken is het openbare karakter *van nature* ontstaan, zoals de stranden en de bodem van de territoriale zee en de Waddenzee. De openbaarheid volgt in die gevallen uit de natuurlijke aard van de zaak en is niet herleidbaar tot een

¹⁸ C.P. Hageman, 'Overheidseigendom van (onroerende) openbare zaken: tijd voor een publiekrechtelijk eigendomsrecht?', *TBR* 2013/173. Zie bv. ook G.E. van Maanen, 'Van de vogelen des hemels en de stranden der zee. Publiek domein en ander overheidseigendom', *WPNR* 1992/6074, p. 970 en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997, p. 225 e.v., p. 234-235.

¹⁹ HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, verw. naar de Toelichting-Meijers, Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 141. Zie ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2021:356, randnummer 2.8-2.9.

²⁰ Zie voor een overzicht van de jurisprudentie: Van der Veen 1997, p. 114 e.v., H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 27 e.v. en Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.5.1, p. 517-521.

bestemmingshandeling van de eigenaar – al was het maar omdat de openbaarheid hiervan al bestond voordat een wetgever duidelijkheid heeft geschapen over het eigendom van deze zaken. De algemene consensus is dat de openbare bestemming in deze gevallen een grondslag heeft in het gewoonterecht dan wel ongeschreven (bestuurs)recht.²¹

24. Voor het aannemen van de openbaarheid van (vaar)wateren anders dan de zee, blijkt uit de jurisprudentie dat het feitelijk gebruik bepalend is: als een ieder van het water gebruik kan maken, is het water openbaar.²² Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren. Hier zien we dat het gebruik *naar gewoonte* een relevante factor is. Ook in de Wegenwet is geregeld dat een jarenlange toegankelijkheid voor een ieder uiteindelijk tot gevolg heeft dat de weg openbaar is geworden (art. 4 lid 1 onder I Wegenwet waarin een verjaringstermijn van 30 jaar is bepaald).²³ In die wet is de verjaringstermijn dus specifiek vastgesteld, terwijl in de gevallen waarin geen wetgeving geldt de rechter een rol toekomt bij de beoordeling of in een concreet geval naar gewoonte openbaarheid is ontstaan. Vanwege de uiteenlopende omstandigheden van het geval is geen algemene indicatie van de termijn te geven.

25. Ten slotte is het de vraag welke rol de wil of een *bestemmingshandeling* van de eigenaar speelt in de vaststelling van de openbaarheid. Dit is niet klip en klaar. Enerzijds is in de wetsgeschiedenis bij het BW het feitelijk karakter van de openbaarheid benadrukt, waardoor zich moeilijk een feitelijke situatie laat indenken waarbij de openbaarheid enkel door een bestemmingshandeling kan ontstaan, zonder dat de zaak ook feitelijk openbaar is.²⁴ Anderzijds kan in de beoordeling door de rechter, die naar haar aard altijd achteraf plaatsvindt, een eventuele expliciete bestemmingshandeling van de eigenaar in dat feitencomplex maken dat de openbaarheid gemakkelijker aan te nemen is. Gezien de jurisprudentie is onze conclusie in elk geval dat de enkele afwezigheid van een bestemmingshandeling op zichzelf niet betekent dat de zaak dan niet openbaar is. Dit kan verklaren waarom in de jurisprudentie de (afwezigheid van een) uitdrukkelijke bestemming van de eigenaar nauwelijks een rol speelt.²⁵ Dat is vanzelfsprekend anders wanneer in wetgeving wel de uitdrukkelijke bestemming als een beslissende factor is geregeld. Ook weer in de Wegenwet: een weg is ook openbaar wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbaren weg heeft gegeven (art. 4 lid 1 onder III Wegenwet). Niet alleen de Staat of een ander openbaar lichaam, maar ook een particuliere eigenaar kan hiertoe het besluit nemen. Deze bestemmingshandeling van de eigenaar is privaatrechtelijk van aard. Daarnaast is in sommige gevallen ook een publiekrechtelijke bestemmingshandeling nodig; een particuliere rechthebbende of de gemeente kan als eigenaar aan een weg slechts een openbare bestemming geven met medewerking van de gemeenteraad van de gemeente waarin de weg is gelegen (art. 5 lid 1 Wegenwet).²⁶

26. Voor het verlies van het openbare karakter geldt in grote lijnen hetzelfde als voor het verkrijgen ervan: van nature kan een zaak verloren gaan, na verloop van tijd kan het gebruik of de toegang feitelijk tenietgaan zodat de openbaarheid niet langer aangenomen wordt en ten

²¹ Van der Veen 1997, p. 115.

²² Recent bevestiging in HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, rov. 3.2. onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 5, p. 141, en HR 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:35.

²³ De verjaringstermijn is 10 jaar als de weg gedurende die periode voor een ieder toegankelijk was en is onderhouden door het Rijk of een provincie, gemeente of waterschap (art. 4 lid 1 onderdeel II Wegenwet).

²⁴ Aldus A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2021:356, randnummer 2.5, 2.14.

²⁵ Vgl. Van der Veen 1997, p. 116.

²⁶ Van der Veen 1997, p. 121-122 en Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.5.1, p. 519. Voor de wegen in eigendom van het Rijk, de provincies en de waterschappen regelt de Wegenwet als publiekrechtelijk kader dat een afzonderlijke toestemming van een volksvertegenwoordigend orgaan van dat openbare lichaam niet nodig is. Anders: Hennekens 2001, p. 32.

slotte kan in voorkomende gevallen de eigenaar de bestemming wijzigen, met inachtneming van de eventuele wettelijke procedure.

27. Voor *semiopenbare zaken en roerende zaken met publieke bestemming* bestaat, net als bij openbare zaken, geen algemene wettelijke regeling die het verkrijgen en het verliezen van de publieke bestemming regelt. De natuurlijke aard van de zaak speelt hier geen rol aangezien het gaat om kunstmatig tot stand gekomen objecten. Wat hier het regime is voor het verkrijgen van een publieke bestemming is sterk afhankelijk van de betrokken zaak en of hiervoor eventueel een toegespitste wettelijke regeling is getroffen.

28. Als we gemeentehuizen er als voorbeeld uitlichten, dan is hierover te zeggen dat hier inderdaad geen wettelijke regeling is om een gemeentehuis als zodanig te bestemmen, op een vergelijkbare wijze als openbare wegen of (zoals hierna aan de orde komt) begraafplaatsen. Daarom kan worden uitgegaan van het ‘gewone’ eigendomsrecht: de rechthebbende (in de regel zal dat de gemeente als rechtspersoon zijn) kan zijn eigendom in meerdere of mindere mate openstellen voor het publiek.²⁷ Is uit bepaalde wettelijke taken die de gemeente uitvoert nog af te leiden dat het gebouw ook voor de inwoners van die gemeente toegankelijk moet zijn? Zo moet voor een paspoortaanvraag de identiteit worden geverifieerd in bijzijn van de betrokkene om te verzekeren dat er geen valse aanvraag gedaan wordt (art. 4.6 Paspoortbesluit) en kan het voor de uitvoering van de bijstand of andere sociale voorzieningen voor burgers nodig zijn om het loket te bezoeken. De regering maakte daarom in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel tot uitbreiding van de mogelijkheden om gebouwen te sluiten vanwege een clusteruitbraak van covid-19 duidelijk dat de toegankelijke delen van overheidsgebouwen waar dienstverlening aan burgers plaatsvindt, zoals een gemeenteloket, niet snel zouden kunnen worden gesloten vanwege het belang van de continuïteit van de dienstverlening aan burgers: “*Fysieke bereikbaarheid van overheidsloketten voor burgers dient ook in de situatie van een uitbraak van het virus gewaarborgd te zijn.*”²⁸

29. Ook voor specifieke semiopenbare zaken kan een wettelijke regeling tot stand kan zijn gebracht waarin de verkrijging en het verliezen van de publieke bestemming is geregeld. Voor de opheffing van gemeentelijke begraafplaatsen is bijvoorbeeld een specifieke regeling getroffen in de Wet op de lijkbezorging (Wlb). Gemeentelijke begraafplaatsen (ook wel openbare begraafplaatsen) beschouwen wij als semiopenbare zaken, omdat zij ten doel hebben de begraafvoorzieningen voor iedereen (ongeacht geloofsovertuiging) toegankelijk te maken, terwijl de begraafplaatshouder wel restricties mag stellen aan de toegang tot de begraafplaats en de dagen waarop begraven kan worden. De huidige Wlb regelt onder meer een specifieke procedure voor het besluit tot opheffing van een begraafplaats waarin een lange termijn van minstens 20 jaar in acht genomen moet worden voordat de grond een andere bestemming kan krijgen.²⁹ Bij deze wettelijke regeling is goed te zien dat de wetgever voor de opheffing van begraafplaatsen specifiek heeft gekozen voor een regeling waarin het publieke belang van grafrust voor overledenen en de belangen van nabestaanden veel gewicht is toegekend. Het publieke belang van planologische aard, zoals de wenselijkheid grond snel opnieuw te kunnen gebruiken, heeft hier het onderspit gedolven.³⁰

²⁷ Vgl. Van der Veen 1997, p. 122 ten aanzien van postkantoren en musea.

²⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 35817, nr. 3, p. 5. Dit wetsvoorstel werd ingetrokken na verval van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, *Kamerstukken II 2020/21*, 35817, nr. 6.

²⁹ Art. 43 lid 3 en 46 Wlb, in samenhang gelezen met 28, 29 en 31 Wlb.

³⁰ *Kamerstukken II 1975/76*, 11256, nr. 6, p. 10-11.

3.2 *Rechtsbescherming*

30. De wijze van rechtsbescherming bij het verkrijgen of het verliezen van een publieke bestemming is afhankelijk van de wijze waarop die bestemming verkregen wordt danwel verloren gaat. Alleen als sprake is van een appellabel besluit in de zin van de Awb dan staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Neemt een bestuursorgaan een op rechtsgevolg gerichte beslissing op basis van een exclusieve wettelijke bevoegdheid dan staat voor een belanghebbende bestuursrechtelijke rechtsbescherming open (art. 8:1 in samenhang met art. 1:1, 1:2 en 1:3 Awb). Dat is alleen zo in een beperkt aantal gevallen van een wettelijk geregelde bestemmingsprocedure, zoals in de genoemde gevallen van de Wegenwet en de Wlb. Hiervoor kwam al de publiekrechtelijke bestemmingshandeling aan bod, waarbij in de hoofdregel de gemeenteraad moet instemmen met de bestemming als openbare weg door een particuliere rechthebbende of de gemeente als rechthebbende (art. 5 lid 1 Wegenwet). Dat is een voorbeeld van een publiekrechtelijke rechtshandeling waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Ook het besluit tot geslotenverklaring van een gemeentelijke begraafplaats is een Awb-besluit. In beide gevallen regelt de bijzondere wet dat administratief beroep openstaat bij Gedeputeerde Staten (art. 5 lid 4 Wegenwet resp. art. 45 lid 1 Wlb). Nadat gebruik is gemaakt van de hiervoor genoemde voorprocedure staat beroep bij de bestuursrechter open.

31. In de gevallen waarin het ontstaan of tenietgaan van de publieke bestemming niet het beoogde gevolg is van een Awb-besluit, dan zal de burgerlijke rechter ontvankelijk zijn als de eigenaar of een derde – afhankelijk van de aanleiding – een actie uit onrechtmatige daad of instelt. Dat is ook het geval bij eigendom van een openbaar lichaam, als het gaat om andere beslissingen die terug te voeren zijn op het privaatrechtelijke eigendomsrecht. Illustratief zijn hier de zaken waarbij gemeenten met een beroep op de exclusiviteit van het eigendomsrecht (art. 5:1 lid 2 BW) een toegangsverbod oplegden aan specifieke burgers. In een geval in Terneuzen ging het om een inwoner die agressief was geweest jegens loketmedewerkers en in een geval in Eindhoven om een zogenoemde ‘veelschrijver’ en ‘veelinspreker’ bij raadscommissievergaderingen.³¹ De betrokkenen gingen in bezwaar en vervolgens in beroep bij de bestuursrechter. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep oordeelden dat de ontzegging geen publiekrechtelijke rechtshandeling en daarmee geen besluit dat vatbaar is voor beroep bij de bestuursrechter is: is men het met de toegangsontzegging niet eens, dan kan die worden aangevochten bij de civiele rechter. In paragraaf 5 gaan wij verder in op de condities waaronder een rechthebbende toegang mag weigeren.

3.3 *Rol van artikel 1 Eerste Protocol EVRM (EP EVRM)*

32. Het verkrijgen van een openbare of publieke bestemming heeft rechtsgevolgen voor de eigenaar en wel zo dat hij niet meer ongestoord gebruik kan maken van zijn eigen zaak. Bij de bespreking in paragrafen 4 en 5 zal blijken hoe ver de duldplicht dan wel aanspraken van anderen reiken, maar op voorhand kunnen we vaststellen dat hier sprake is van een beperking van het eigendomsrecht. Het recht op ongestoord eigendomsrecht is beschermd in art. 1 EP EVRM. Het gaat hier om rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen³²

³¹ Die kwalificatie geeft Damen in zijn annotatie bij ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0392, AB 2013/304 (*Ontzegging toegang stadskantoor gemeente Eindhoven*). Zie ook: CRvB 10 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1967, AB 2014/329 m.nt. L.J.A. Damen (*Ontzegging toegang gemeentehuis Terneuzen*).

³² T. Barkhuysen & M. van Emmerik, ‘Het recht op eigendom’, in: J.H. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 315 met verwijzing naar EHRM 23 februari 1995, nr. 15375/89 (*Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland*), rov. 53.

en dat is een (veel) bredere categorie dan het eigendomsbegrip zoals dat in art. 5:1 BW is vastgelegd. Het genot van de zaken met een publieke bestemming die wij in deze bijdrage onderscheiden vallen binnen het beschermingsbereik. In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur is er nauwelijks aandacht voor art. 1 EP EVRM, terwijl dit wel relevant is voor zaken met een publieke bestemming.³³

33. Het limiteren van de gebruiksmogelijkheden van de eigendom is een beperking van art. 1 EP EVRM, ook als de eigenaar nog altijd kan beschikken over de eigendom. Er is dan geen sprake van onteigening in de zin van art. 1, eerste zin, EP EVRM, maar van regulering volgens de tweede zin. Dat is ook de crux bij het (eenzijdig) aannemen van een duldplicht voor gewoon gebruik of het beheer door een ander dan de eigenaar, op grond van het ongeschreven recht of de wet. Ook als aan die beperking geen overheidsbesluit ten grondslag ligt, maar de rechter (als overheidsorgaan) vaststelt dat hier naar ongeschreven recht sprake is van een duldplicht, dan valt dit binnen de reikwijdte van art. 1 EP EVRM. Dat is anders als de Staat en een particulier een publieke bestemming van diens eigendom overeenkomen, met een wederzijds goedvinden.³⁴ Voor de beoordeling of sprake is van een gerechtvaardigde beperking hanteert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de volgende vragen:³⁵ (1) Dient de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang?; (2) Is er een voorzienbare wettelijke basis in het nationale recht op grond waarvan de inmenging duidelijk (precies) en kenbaar (toegankelijk) is?; (3) Is de inmenging proportioneel, is er een *fair balance* tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu?

34. Bij de openbare wegen, de openbare (vaar)wateren en andere voorbeelden die wij in deze bijdrage de revue laten passeren is op zichzelf onbetwist dat het publiek in het algemeen gebaat is bij de toegankelijkheid ervan. Dit is naar onze mening in de kern een rechtspolitieke overweging en daarom is het ook aan de bijzondere wetgever gelaten om specifieke regels te stellen als bijzondere bescherming nodig is. Daar waar door de bijzondere wetgever geen regels zijn gesteld, heeft de rechter regels ontwikkeld, bijvoorbeeld over het ontstaan van openbaarheid en de gevolgen daarvan. Ook dat voldoet op zichzelf aan het voorzienbaarheidsvereiste zolang het gaat om duidelijke en kenbare jurisprudentie.

35. Bij de toepassing van art. 1 EP EVRM in concrete zaken is ook relevant dat het EHRM de lidstaten bovendien een ruime beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) laat bij de beoordeling van het algemeen belang dat met een beperking is gediend. Het Hof neemt niet snel een schending aan als bij de beperking een zorgvuldige belangenafweging heeft plaatsgevonden door de overheid en een redelijke schadevergoeding is aangeboden. Dit kan een verklaring zijn voor het ontbreken van de aandacht voor de toepasselijkheid van art. 1 EP EVRM bij openbare zaken. Niettemin kan een betere kenbaarheid wel een argument zijn voor de codificatie van de geldende duldplicht of bijvoorbeeld een toegespitst publiek eigendomsrecht. In paragraaf 8 komen we terug op de wenselijkheid hiervan.

³³ Een uitzondering is de ambtshalve bespreking van de toepassing van art. 1 EP EVRM door A-G Spier in zijn conclusie bij HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6161, AB 2007/99, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Diepemaat*), nr. 4.28 e.v.

³⁴ Aldus ook A-G Spier in zijn conclusie bij het *Staat/Diepemaat*-arrest, voetnoot 50.

³⁵ Volgt uit de zeer uitvoerige jurisprudentie van het EHRM. Zie bv. EHRM 23 november 2000, nr. 25701/94 (*voormalig koning van Griekenland e.a./Griekenland*), rov. 79-99. We verwijzen voor een overzicht van de kernjurisprudentie naar Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 317-319.

4. Eigenaar en de gevolgen van de publieke bestemming

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?

4.1 Gevolgen voor de vervreemding, bezwaring of vernietiging door de eigenaar

36. In paragraaf 2 kwam aan de orde dat op openbare zaken en andere zaken met een publieke bestemming, zowel de roerende als de onroerende, in eerste instantie het reguliere privaatrechtelijk eigendomsrecht van toepassing is, zij het dat voor bepaalde zaken in bijzondere wetgeving en op grond van het ongeschreven recht regels kunnen gelden die de eigenaar in acht moet nemen bij het genot van zijn eigendomsrechten. Dit uitgangspunt – het eigendomsrecht is weliswaar het meest omvattende recht, maar toch geen absoluut recht – is ook vervat in art. 5:1 lid 2 BW. Openbare zaken kunnen in beginsel dan ook verkocht, verhuurd, verpacht of bezwaard worden met beperkte rechten, tenzij de wet daaraan in de weg staat. Zo zou de verkoop van de stranden door de Staat in strijd komen met art. 5:25 BW.³⁶

37. Ook de nieuwe of beperkt rechthebbenden hebben vervolgens het openbare karakter te respecteren en kunnen niet zomaar besluiten tot het tenietdoen van de openbaarheid.³⁷ Als de rechthebbende van een openbare zaak een rechtshandeling verricht die de openbaarheid die is ontstaan op grond van het ongeschreven gewoonrecht of een (dwingende) wettelijke regeling tenietdoet, dan zal die rechtshandeling nietig zijn (art. 3:40 BW).³⁸ Ook kan het zijn dat onttrekking van een zaak aan de openbaarheid een onrechtmatige daad is.

4.2 De duldplicht als gevolg van de openbaarheid

38. Naast een eventuele beperking van de beschikking over de zaak, wordt aangenomen dat voor *openbare zaken* voor de eigenaar een zogenoemde *duldplicht* geldt: het moeten dulden van gewoon gebruik van de zaak door anderen. Soms is die geregeld in wetgeving; zo moet de eigenaar van de openbare weg op grond van de Wegenwet alle verkeer op zijn weg te dulden (art. 14 lid 1 Wegenwet). Ook is de eigenaar niet altijd tevens de onderhoudsplichtige en dat heeft tot gevolg dat de eigenaar dan ook het onderhoud door een ander te dulden heeft. Het beheer van wegen is vervat in een ingewikkeld complex van wetgeving; hier komen wij op terug in paragraaf 7. Bij andere openbare zaken is in de jurisprudentie een duldplicht van gewoon gebruik aangenomen als ongeschreven recht.³⁹ Gewoon gebruik is het gebruik conform de openbare bestemming. Anderen hebben dan geen (privaatrechtelijke) toestemming van de eigenaar nodig om volgens de bestemming toegang en gebruik te hebben.

39. Voor bijzonder gebruik – het geheel of gedeeltelijk bezetten van de openbare zaak waardoor het geheel of gedeeltelijk aan het gebruik door anderen wordt onttrokken – is wel toestemming nodig. Te denken valt aan het plaatsen van een foodtruck op de stoep, het bouwen van een steiger op de bodem van een openbaar water, het lozen van afvalwater in een

³⁶ Van Maanen 1992, p. 971.

³⁷ M.a.w. zij zijn niet “buiten de handel” of geheel aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer onttrokken, HR 15 februari 1918, *NJ* 1918, p. 386 (*Souburg*). Zie Huisman & Van Ommeren 2019, p. 524.

³⁸ HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, AB 2000/438, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Parkeerexploitatie Amsterdam*).

³⁹ G.A. van der Veen, ‘Openbare zaken en de Awb’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 837 e.v.; Van der Veen 2014, p. 343-344.

openbaar water of het varen met een rondvaartboot.⁴⁰ Of dat ook in een concreet geval een (gedeeltelijke) onttrekking betekent, is afhankelijk van de precieze bestemming en situatie ter plaatse en hier komt ook weer de feitenrechter een belangrijke rol toe.

40. Het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik als de kern van wat de eigenaar van een openbare zaak al dan niet te dulden heeft, klinkt dan ook als een eenvoudiger onderscheid dan het in werkelijkheid is. Het is niet altijd gemakkelijk vast te stellen wat die precieze bestemming dan is en wat dus het ‘gewone gebruik’ inhoudt. De openbare bestemming berust immers vaak op feitelijk gebruik, waarbij ook het verstrijken van de tijd een factor kan zijn, zoals in paragraaf 3 is toegelicht.

41. Ook waar de wet het ontstaan en de gevolgen van de openbaarheid expliciet regelt, kan impliciet zijn gebleven voor welk gebruik die openbaarheid precies gegarandeerd moet zijn. Zo kan het zijn dat de wet wel een bestemming regelt, maar niet exclusief. Naast het wettelijk bepaalde gebruik kan dan op grond van het ongeschreven recht ook ander gebruik geduld moeten worden. Bijvoorbeeld: art. 14 Wegenwet noemt verkeer, maar dat wil niet zeggen dat de eigenaar niet ander gebruik ook te dulden heeft als gewoon gebruik. Hennekens wijst in dit verband terecht op de misvatting dat de openbare weg alleen verkeersdoeleinden dient: de wegen hebben meer functies, zij zijn multifunctioneel.⁴¹ Ook demonstraties, herdenkingen en evenementen kunnen op de weg plaatsvinden. Als deze activiteiten in de weg staan aan de verkeersfunctie dan is op grond van de wegenverkeerswetgeving een publiekrechtelijke toestemming vereist, zoals een verkeersbesluit. Het college van burgemeester en wethouders kan zo een publiekrechtelijke afweging van belangen uitvoeren. Daarnaast kan een privaatrechtelijke toestemming nodig zijn als die activiteit tot gevolg zal hebben dat de weg (gedeeltelijk) onttrokken wordt aan het gewone gebruik. Of dat het geval is, zal afhangen van de precieze omstandigheden ter plaatse. Bij een kleine braderie waarbij de doorstroom van voetgangers mogelijk blijft zal minder snel bijzonder gebruik worden aangenomen dan bij een evenement waarbij het terrein alleen nog beschikbaar is voor betalende bezoekers.⁴² Zie verder paragraaf 4.3 over de samenloop tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen.

42. De formulering van de ongeschreven duldplicht in de jurisprudentie is toegespitst op het gebruik van openbare onroerende zaken. Is deze ook toepasselijk voor *semiopenbare zaken* of *roerende zaken*? De kern bij semiopenbare zaken is immers dat de eigenaar wél allerlei voorwaarden kan stellen aan de toegang en het gebruik, ook als dit gewoon gebruik betreft. Een gemeentehuis is niet altijd open. Ook voor de roerende zaken lijkt een duldplicht voor gewoon gebruik in zijn algemeenheid niet toepasbaar: het is ondenkbaar dat een dergelijke aanspraak zou bestaan op het kunnen bezichtigen van de museale cultuurgoederen die in depots zijn opgeslagen en burgers kunnen ook geen aanspraak maken op het gebruik van brandweerwagens.

43. Wel kan voor bepaalde roerende zaken in bijzondere wetgeving een aanspraak worden geregeld: elke reiziger met een geldig vervoersbewijs heeft bijvoorbeeld op grond van art. 70 de Wet personenvervoer recht op trein-, bus- of ander openbaar vervoer dat volgens de

⁴⁰ Zie voor een overzicht Huisman & Van Ommeren 2019, p. 526-527. O.a. HR 19 januari 1962, *NJ* 1962/151 m.nt. J.H. Beekhuis (*Staat/Huizen*); HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, *AB* 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, (*Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte*), rov. 3.4.1; Pres. Rb. Amsterdam 19 april 1990, *AB* 1990/507 m.nt. H.J. Simon (*Sail Amsterdam*).

⁴¹ H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Evenementen op de openbare weg’, *Gst.* 1998 (7076), nr. 1.

⁴² Zie verder en genuanceerder Van der Veen 1997, p. 204-207.

dienstregeling wordt aangeboden.⁴³ Als het gaat om ‘museale cultuurgoederen van de Staat in beheer’ dan bevordert de minister volgens de Erfgoedwet de toegankelijkheid ervan (art. 2.2 Erfgoedwet). Hoe de toegankelijkheid wordt bevordert, is geheel afhankelijk van de benadering van degene die de cultuurgoederen beheert en de (financiële) mogelijkheden hiertoe.⁴⁴ Dat een kunstwerk de museale status heeft, doet dus nog geen rechtsplicht ontstaan om het werk ook altijd ten toon te stellen aan het publiek; onder het toegankelijk maken valt namelijk ook de bijdrage aan educatie, kennisontwikkeling en wetenschappelijk onderzoek.⁴⁵

44. Hoewel in de jurisprudentie een duldplicht voor gewoon gebruik van de semiopenbare onroerende zaken of roerende zaken met een publieke bestemming niet in die bewoordingen is aangenomen, geldt hiervoor ook dat zolang de rechthebbende de zaak toegankelijk maakt voor het publiek, hij het gebruik ervan door derden te dulden heeft zonder aanzien des persoon. Alle personen die voldoen aan de kenbaar gestelde voorwaarden, hebben in beginsel toegang. Eventuele weigering mag geen willekeur zijn. Dat uitgangspunt is herleidbaar tot de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) op grond waarvan het verboden is om onderscheid te maken op grond van bijvoorbeeld godsdienst en levensovertuiging of ras bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten door bedrijven en de openbare dienst en ook natuurlijke personen voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt (art. 7 lid 1 Awgb). We gaan in paragraaf 5 verder in op de vraag in hoeverre derden een aanspraak hebben op toegang en gebruik.

4.3 Samenloop privaatrechtelijke en publiekrechtelijke toestemming

45. Bij zaken in *overheidseigendom* kan zich een samenloop voordoen tussen twee toestemmingen die de overheid geeft: de privaatrechtelijke toestemming op grond van het eigendomsrecht en een publiekrechtelijke toestemming zoals een vergunning of een ontheffing. Deze samenloop doet zich met name voor bij openbare zaken. Te denken valt aan de situatie dat een burger voor het mogen plaatsen van bijvoorbeeld een foodtruck op de openbare weg (hetgeen bijzonder gebruik is) zowel de toestemming van de gemeente als eigenaar nodig heeft als een publiekrechtelijke vergunning tot het innemen van een standplaats op grond van de toepasselijke gemeentelijke verordening. Hoe om te gaan met deze samenloop?

46. Vooropgesteld moet worden dat een publiekrechtelijke vergunning niet opgevat mag worden als een impliciete privaatrechtelijke toestemming van de overheid als eigenaar van de zaak.⁴⁶ De vraag is wel hoeveel ruimte de overheid nog heeft om de benodigde privaatrechtelijke toestemming te weigeren nadat de publiekrechtelijke vergunning al is verleend. Dit is beantwoord in het arrest *Amsterdam/Geschiere*.⁴⁷ De Hoge Raad overweegt dat de vergunninghouder gerechtigd is van de vergunning gebruik te maken en dat het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming in beginsel misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW oplevert.⁴⁸ Dit is alleen anders als er zwaarwegende belangen zijn om de

⁴³ Behoudens de gevallen dat een OV-verbod is uitgereikt, daarvoor bieden de Wet personenvervoer 2000 en het privaatrecht ook mogelijkheden. Zie uitgebreid A.E. van Rooij & S.O. Visch, ‘OV-verboden: tussen publiekrecht en privaatrecht: Het rechtskarakter van toegangsverboden op stations en in het openbaar vervoer’, *RegelMaat* 2020, p. 157-174.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34109, nr. 3, p. 63.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34109, nr. 3, p. 50.

⁴⁶ HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, (*Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte*).

⁴⁷ HR 5 juni 2009, AB 2009/327 m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*).

⁴⁸ Het arrest roept de vraag op hoe de verhouding is tussen art. 3:13 BW en de leer van de onaanvaardbare doorkruising. Dat laten wij hier rusten. Zie daarover bv.: G.T.J.M. Jurgens, ‘Onaanvaardbare doorkruising of

privaatrechtelijke toestemming te weigeren. Hamvraag is natuurlijk wanneer sprake is van dergelijke zwaarwegende belangen. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat belangen die in het afwegingskader van de publiekrechtelijke vergunningverlening zijn opgenomen en niet tot weigering van de vergunning hebben geleid, niet als zwaarwegende belangen kunnen worden aangemerkt bij de weigering van de privaatrechtelijke toestemming. De overheid heeft dus nog ruimte om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren, maar moet daarbij het hier dominante publiekrecht in het oog houden (primaat van het publiekrecht).⁴⁹

5. Derden en de gevolgen van de publieke bestemming

Vraag 4: 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?

5.1 Aanspraak op gewoon gebruik en bijzonder gebruik

47. In de vorige paragraaf is de duldplicht van gewoon gebruik van *openbare zaken* als een beperking van de mogelijkheden van de eigenaar om zelf ongestoord van zijn zaak te kunnen genieten en erover te kunnen beschikken besproken. De andere zijde van de medaille is dat die duldplicht te beschouwen is als een recht of een aanspraak van derden op het gewoon gebruik. Het openbare karakter of de publieke bestemming heeft doorgaans tot gevolg dat de rechthebbende niet meer selectief kan zijn in wie hij toelaat tot zijn plaats. Zo moet een ondernemer die een pompstation exploiteert accepteren dat alle benzinebehoevende automobilisten vrije toegang tot zijn terrein hebben.⁵⁰ De toegankelijkheid voor een ieder is volgens de Hoge Raad inherent aan de doelstelling van een tankstation.

48. Er wordt in dit verband ook gesproken van een ‘subjectief publiek recht op het gebruik van een openbare zaak.’⁵¹ Het bestaan van een dergelijk recht wordt in de literatuur dikwijls ontkend en is ook niet zo aangenomen door de rechter. Hennekens acht de term ‘recht’ ook niet adequaat, maar beschouwt het wel als een *aanspraak op gebruik* voortvloeiend uit het recht op bewegingsvrijheid, zoals is neergelegd in art. 2 Vierde Protocol EVRM (VP EVRM).⁵² Ook het recht op gelijke behandeling is van belang, want uit de Awgb volgt in elk geval een recht op toegang tot goederen en diensten *op gelijke voet*.

49. Het bijzonder gebruik kan, zoals gezegd, wél aan een toestemming of nadere voorwaarden worden verbonden. Als de overheid de eigenaar is en er is samenloop met een reeds verleende publiekrechtelijke vergunning of ontheffing, dan kan, zoals gezegd, die privaatrechtelijke toestemming niet zomaar onthouden worden. Dit zorgt er zo voor dat de burger die al een publiekrechtelijke toestemming heeft een sterkere aanspraak heeft op het gebruik dan het geval is bij een particuliere eigenaar.

misbruik van bevoegdheid? Een systematische benadering van de verhouding tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen’, *O&A* 2011/38 en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, ‘De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht’, in: S. Lierman e.a., *Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland preadviezen 2015) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 101-102.

⁴⁹ Zie o.a. Huisman & Van Ommeren 2015, p. 101.

⁵⁰ HR 28 april 1967, *NJ* 1967/220.

⁵¹ Van der Veen 1997, p. 228 e.v.

⁵² Zie uitgebreid Hennekens 1977, p. 31-42.

50. Ook voor *semiopenbare zaken* en *roerende zaken* met een publieke bestemming geldt dat de eigenaar niet zonder meer derden de toegang en het gebruik kan ontzeggen. De eigenaar – zowel de overheid als een particulier – kan voorwaarden stellen, maar in de beoordeling van de redelijkheid of rechtmatigheid van die voorwaarden of een ontzegging kent de burgerlijke rechter ook het publieke karakter en het belang dat de betrokkene heeft bij de toegang gewicht toe. Hierna gaan wij dieper in op de reikwijdte van aanspraken van derden te ontleen aan grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

5.2 Toepasselijkheid van grondrechten

51. Als de *overheid* diens privaatrechtelijke eigenaarsbevoegdheden uitoefent, dan zijn grondrechten toepasselijk; dat staat sinds het klassieke *Rasti Rostelli*-arrest buiten kijf.⁵³ In die zaak weigerde een gemeentelijk zalencomplex een show van de hypnotiseur Rasti Rostelli omdat die niet bij het de orthodox protestants-christelijke beginselen van de meerderheid van de inwoners van de gemeente Rijssen zou passen. De Hoge Raad overweegt dat “*de gemeente als overheidsinstantie te allen tijde gehouden (is) het algemeen belang te behartigen*” en dat de plicht tot behartiging van het algemeen belang meebrengt dat de overheid, bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de grondrechten moet respecteren.⁵⁴ De binding aan grondrechten bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid wordt eveneens ingelezen in art. 3:14 BW.

52. De overheid is gebonden aan de grondrechten in de Grondwet en in internationale en Europese verdragen. Voor de toegang tot en gebruik van zaken met een publieke bestemming kan, zoals gezegd, op grond van het recht op bewegingsvrijheid en het recht op gelijke behandeling een aanspraak op toegang op gelijke voet tot goederen en diensten van de overheid worden aangenomen. De regering heeft bij de Grondwetsherziening van 1983 erkend dat het recht op bewegingsvrijheid meebrengt dat burgers recht op toegang op gelijke voet hebben tot voor het publiek toegankelijke plaatsen, maar zag geen noodzaak voor codificatie hiervan in Hoofdstuk 1 van de Grondwet.⁵⁵ Het aspect van gelijke toegang wordt immers specifiek gewaarborgd door het recht op gelijke behandeling en de Awgb. Daarnaast beschermt art. 2 VP EVRM het recht van ingezetenen van een staat om zich binnen dat grondgebied vrijelijk te verplaatsen.

53. Een ander grondrecht dat relevant is voor het gebruik van de openbare wegen en andere openbare zaken is het recht op betoging dat in art. 9 Grondwet en art. 11 EVRM is beschermd. Er wordt nogal eens gedemonstreerd op de openbare weg, waarbij de recente boerenprotesten een goed voorbeeld zijn van de impact die de demonstraties kunnen hebben op andere weggebruikers. Het recht op betoging is in het Nederlandse recht nader geregeld in de Wet openbare manifestaties (Wom). Deze wet bevat een afzonderlijk regime voor betogingen op openbare en niet-openbare plaatsen, waarbij de lat voor de beperking van betoging op openbare plaatsen hoger ligt. Recent namen de boerenprotesten in Nederland allerlei verschijningsvormen aan, waaronder het knopen van omgekeerde vlaggen aan eigendommen in de openbare ruimte, zoals aan bruggen, lantaarnpalen en aan vlaggenmasten voor gemeentehuizen. Rijkswaterstaat en diverse gemeenten verwijderden de vlaggen onder verwijzing naar het eigendomsrecht. Zo vond een woordvoerder van de gemeente Elburg het ieders goed recht om te protesteren: “Maar het is niet de bedoeling dat daar gemeentelijke

⁵³ HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2051, AB 1996/372, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Rasti Rostelli*).

⁵⁴ Rov. 7. Vgl. ook de overweging bij de herziening van de Grondwet van 1983, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1978/79, 15 474, nr. 1-2.

eigendommen voor worden gebruikt. Die zijn daar niet voor bedoeld.”⁵⁶ Dit is in het licht van de Wom onzes inziens wat kort door de bocht. Die wet regelt het *publiekrechtelijke* beoordelingskader voor demonstraties op openbare plaatsen.⁵⁷ De gemeente en het Rijk zijn ook in de uitoefening van hun eigendomsrechten gebonden aan grondrechten. Als het ophangen van vlaggen als een betoging kwalificeert, dan zal het weghalen ervan aan de hand van de Wom beoordeeld moet worden.

54. De grondrechten ‘werken’ overigens niet alleen in de relatie overheid-burger, maar kunnen ook relevant zijn in de verhouding *tussen burgers onderling* (horizontale werking). Als een openbare zaak in particulier eigendom is, dan kunnen derden jegens de eigenaar een beroep doen op sommige grondrechten. Soms is dat direct via wetgeving: voor het recht op gelijke behandeling heeft de wetgever in de Awgb een concreet kader geschapen voor non-discriminatie in verhoudingen tussen burgers onderling. Voor andere grondrechten kan een positieve verplichting gelden op grond waarvan de Staat zich ervoor moet inspannen dat burgers dat grondrecht kunnen uitoefenen, ook in onderlinge relaties. Zo volgt uit het *Appleby*-arrest van het EHRM dat de overheid moet garanderen dat burgers op een adequate wijze bepaalde andere fundamentele rechten kunnen uitoefenen in de publieke ruimte, ook als de publieke ruimte door een particulier beheerd wordt.⁵⁸ In die zaak ging het om de weigering van toestemming voor het uitdelen van pamfletten in een winkelcentrum. De klagers deden een beroep op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Het EHRM neemt alleen een positieve verplichting aan voor situaties waarin “*it can be said that the essence of the right has been destroyed*”. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn bij “*A corporate town where the entire municipality is controlled by a private body*”. Aangezien de klagers alternatieven hadden om hun mening aan het publiek kenbaar te maken, was er in die omstandigheden geen schending van een positieve verplichting van de staat.

55. Ten slotte kunnen in het privaatrecht equivalenten van grondrechten en beschermingswaardige rechten bestaan die de rechtsverhouding tussen burgers beheersen. Bewegingsvrijheid is hier weer een goed voorbeeld.⁵⁹ De Nederlandse rechter weegt in bepaalde privaatrechtelijke rechtsverhoudingen bijvoorbeeld bewegingsvrijheid als belang van één van partijen af tegen de belangen van de ander, zoals bij de vordering van een straatverbod. Bij beoordeling van de vordering gaat de rechter na of de omvang van het gebied en de duur van het verbod in verhouding staan met de reële dreiging.⁶⁰ Het belang bij bewegingsvrijheid wordt dan afgewogen tegen de privacybelangen van de eiser en diens belang bij het voorkomen van schade. Op deze manier kunnen grondrechten indirect van toepassing zijn in de privaatrechtelijke verhouding, zij het dat deze in de toepassing aangepast worden aan de private context.

5.3 Toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

56. De geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn rechtstreeks van toepassing als de *overheid* privaatrechtelijk handelt. Dat is eerst aanvaard in het *Amsterdam/Ikon*-arrest⁶¹ en wordt gelezen in art. 3:14 en 5:1 lid 2 BW en art. 3:1 lid 2

⁵⁶ ‘Omgekeerde vlaggen bij gemeentehuis Elburg: “Geen actie van de gemeente”’, *De Stentor* 11 juli 2022.

⁵⁷ D.w.z. vrij toegankelijke wegen en andere met de weg vergelijkbare plaatsen waar krachtens bestemming of vast gebruik een ieder onvoorwaardelijk en vrij kan vertoeven. *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, nr. 3, p. 15-16.

⁵⁸ EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98, AB 2004/319 m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder (*Appleby e.a./Verenigd Koninkrijk*) (*Appleby/Verenigd Koninkrijk*), rov. 49.

⁵⁹ J. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht: over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijke recht* (dissertatie Utrecht), Den Haag: BJu 2013, p. 214-215.

⁶⁰ Bv. HR 24 mei 1985, RvdW 1985/112 (*Aanrander met de hond*).

⁶¹ HR 27 maart 1987, AB 1987/273 m.nt. F.H. van der Burg (*Amsterdam/Ikon*).

Awb. Dit betekent dat de overheid bij het hanteren van eigenaarsbevoegdheden onder meer het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. Het gelijkheidsbeginsel kan bijvoorbeeld in het geding zijn als er voor verschillende derde-partijen verschillende financiële vergoedingen voor hetzelfde gebruik wordt gevraagd (zie verder paragraaf 6).⁶²

57. *Natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen* zijn bij hun handelen in beginsel niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben dus geen horizontale werking. Zelfs als private partijen een belangrijke maatschappelijke of publieke taak behartigen, al dan niet op grond van de wet, zijn zij niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶³ Dit is alleen anders als en voor zover natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen zijn aan te merken als bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 sub b Awb; dat is kort gezegd het geval wanneer zij openbaar gezag uitoefenen.⁶⁴ Wanneer sprake is van het uitoefenen van openbaar gezag door een private partij, laten wij hier verder rusten, nu daar bij het onderwerp van deze bijdrage geen sprake van is. Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat het wel mogelijk is om via het privaatrecht tot een normering te komen die lijkt op die van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Via ‘congruentie’ kan een vergelijkbare bescherming worden geboden; de open normen van het privaatrecht kunnen zo ingevuld worden dat zij qua inhoud sterk lijken op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁵ Dit zou wellicht voor particulier eigendom van zaken met een publieke bestemming relevant kunnen zijn, want bij particulier eigendom van zaken met een publieke bestemming kan een rechtsverhouding ontstaan waarbij derden afhankelijk zijn van het gebruik van zaken met een publieke functie, zoals een haven of openbaar vervoer. Zo is het niet ondenkbaar dat de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW met zich brengt dat een particuliere eigenaar van een haventerrein aan derde-partijen geen verschillende vergoedingen voor hetzelfde (bijzondere) gebruik mag vragen. Het privaatrecht congrueert dan met het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

5.4 *Ontzegging van toegang en gebruik voor bepaalde individuen*

58. Met de geldende duldplicht voor gewoon gebruik van openbare zaken en de bescherming van de toegang op gelijke voet tot semiopenbare en roerende zaken met een publieke bestemming kunnen we concluderen dat derden een zekere aanspraak hebben op toegang en gebruik van zaken met een publieke bestemming. Dat neemt niet weg dat in concrete gevallen alsnog de toegang ontzegd kan worden, bijvoorbeeld als iemand overlast heeft veroorzaakt. In die gevallen kan uitsluiting bij wijze van een sanctie worden ‘opgelegd’ door de rechthebbende. Onder welke condities is dat mogelijk?

59. Vooropgesteld: er moet wel een juridische basis zijn voor de ontzegging. Op zichzelf kan een eigenaar op grond van art. 5:1 lid 2 BW bepalen wie hij wel en niet gebruik laat

⁶² Bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden is de overheid ook gebonden aan het beginsel van gelijke kansen als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel als er sprake is van schaarste. Zie HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*). Het leerstuk van schaarse rechten laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing.

⁶³ Zie uitgebreid N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (dissertatie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

⁶⁴ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/ConforMed*).

⁶⁵ Zie C.E.C. Jansen, ‘Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter’, in: R.J.N. Schlössels e.a., *De polsstok van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?* (Platform Publiek- en Privaatrecht in dialoog 2020), Nijmegen: WLP 2021, p. 45 e.v. en P.J. Huisman & N. Jak, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter’, *NTBR* 2022/24, p. 183 e.v.

maken van zijn zaak. Zoals gezegd heeft de eigenaar hierbij rekening te houden met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen. Een tweede grondslag kan een contract zijn tussen de rechthebbende en de derde. Bijvoorbeeld een pachtovereenkomst voor het bijzonder gebruik van een openbare zaak, een toegangskaartje tot het gemeentelijk zwembad of de huur van een beschermd kunstwerk. Als de mogelijkheid tot ontzegging is beschreven in de contractuele voorwaarden, dan zijn onder meer de eisen van de redelijkheid en billijkheid relevant voor de beoordeling van de toelaatbaarheid (art. 6:248 BW).

60. Ook de wet kan expliciet een basis voor ontzegging regelen. Zo bevat art. 98 Wet personenvervoer 2000 de mogelijkheid tot een reis- en verblijfsverbod in het openbaar vervoer. Het opleggen ervan is te beschouwen als een publiekrechtelijke rechtshandeling, omdat de controleur in zijn hoedanigheid als bijzonder opsporingsambtenaar die exclusieve bevoegdheid heeft gekregen in de wet.⁶⁶ De bijzonder opsporingsambtenaar is gebonden aan de publiekrechtelijke normen. Hier gaat het om de verticale directe werking van grondrechten en niet om de horizontale doorwerking.

61. Hoever kan een rechthebbende vervolgens gaan met een ontzegging? Bij de zaken met een publieke bestemming worden immers algemene belangen gediend en het kan verstrekkende gevolgen voor een individu hebben als hij daartoe geen toegang meer heeft. De *overheid* zal zich bij een beslissing om de toegang te ontzeggen moeten houden aan de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Terug naar het voorbeeld van de vlaggen bij het boerenprotest. Als het ophangen van de vlaggen door de boeren als een betoging kwalificeert, dan zal het weghalen – ook een vorm van ontzegging van gebruik – aan de hand van de Wom moeten worden beoordeeld. Verwijderen van de vlaggen kan, als sprake is van een betoging, bijvoorbeeld als de vereiste kennisgevingen niet zijn gedaan of in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden, maar in elk geval niet vanwege de inhoud van de betoging (art. 2 in samenhang met 5 en 7 Wom). Bij de openbare plaatsen is geen toestemming van de eigenaar voor de betoging vereist; de eigenaar kan de betoging dus niet op grond van het privaatrecht verbieden. Bij de niet-openbare plaatsen, waaronder ook semiopenbare zaken te vatten zijn, kan wel toestemming van de eigenaar worden vereist.⁶⁷

62. De mogelijkheden voor *particuliere eigenaren* zijn eveneens niet onbegrensd, ook al zijn zij niet direct gebonden aan de publiekrechtelijke waarborgen. Voor de *openbare zaken* zal vastgesteld moeten worden wat de eigenaar te dulden heeft en wanneer een beperking van het gebruiksrecht van derden op zijn plaats is. Bij de *semiopenbare zaken* en de *roerende zaken met een publieke bestemming* is eveneens een aanspraak op gelijke toegang te construeren. Er is niet veel rechtspraak waarin de rechter zich buigt over de rechtmatigheid van ontzeggingen tot semiopenbare zaken. De beschikbare uitspraken zijn van de feitenrechter en gaan vooral over beperking van de toegang tot winkels, horeca, en voetbalwedstrijden.⁶⁸ Bij die plaatsen is op zich geen sprake van een essentiële voorziening of een voorziening die een algemeen belang dient op eenzelfde wijze als een gemeentehuis of begraafplaats. Desalniettemin zijn op basis van die uitspraken wel drie ijkpunten te formuleren voor de beoordeling van de rechtmatigheid van ontzeggingen die ook toepasbaar zijn in gevallen waarin een nog sterkere publieke functie speelt.

63. In de eerste plaats mag een rechthebbende iemand niet zonder reden uitsluiten van publieke goederen en diensten. Dit is te beschouwen als een verbod van willekeur. Daarmee verschillen semiopenbare gebouwen principieel van woningen en andere besloten ruimtes. Het voorkomen van overlast, schade en onveiligheid voor personeel en andere gebruikers is

⁶⁶ Zie uitgebreid over het juridische karakter van de verschillende OV-verboden: Van Rooij & Visch 2020.

⁶⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, nr. 3, p. 21-22 en genoemd *Appleby*-arrest.

⁶⁸ Zie voor de uitgebreide analyse: Van Rooij 2017, para. 4.7.

een legitieme reden voor strenge ontzeggingen, maar de rechthebbende moet wel aannemelijk maken dat daadwerkelijk overlast of schade is veroorzaakt of dreigt.

64. De ontzegging dient in de tweede plaats in verhouding te staan met de ernst van de (dreigende) schade en het afkeurenswaardige en verwijtbare karakter van de gedragingen. Dit is een proportionaliteitstoets. Bij bewuste roekeloosheid en opzet zal een ontzegging eerder op zijn plaats zijn dan bij een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Ook de maatschappelijke functie van de verboden plaats dient meegewogen te worden: niemand mag zonder zwaarwegende redenen uitgesloten worden van toegang tot essentiële publieke voorzieningen, zoals apotheken of levensmiddelen. In een zaak over een moskeeverbod wegens opruiend gedrag en bedreigingen die zouden zijn geuit naar de bestuurders, stelde het Gerechtshof Den Haag bijvoorbeeld vast dat gezien hun jarenlange gewoonte van moskeebezoek de appellanten in beginsel het recht hadden om de moskee te betreden en daar hun geloof te belijden.⁶⁹ De stichting zou zich vervolgens schuldig maken aan willekeur als de vaste bezoekers zonder zwaarwegende redenen de toegang tot de moskee wordt ontzegd. In de beoordeling van proportionaliteit is ook de beschikbaarheid van alternatieven relevant.

65. Ten slotte moeten de rechthebbenden – zowel de overheid als particulieren – dwingende wetsbepalingen in acht nemen, zoals de al genoemde Awgb. Dit type bepalingen kan niet in een contract worden ‘weggerogeld’.

6. Gebruiksvergoeding

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?

6.1 Algemeen

66. In welk geval de *overheid* een gebruiksvergoeding kan verlangen is onder meer afhankelijk van het type zaak met een publieke bestemming. Of particulieren die eigenaar zijn van een zaak met een publieke bestemming een gebruiksvergoeding kunnen verlangen blijft hierna achterwege. Voor een deel zijn er overeenkomsten, zoals het feit dat bij een openbare zaak voor het gewone gebruik geen vergoeding mag worden gevraagd. Er zijn ook verschillen. Zo kan een particulier geen vergoeding vragen via het publiekrecht. Bovendien kan bij de overheid de contractsvrijheid ingeperkt worden door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat is bij particulieren niet het geval.

6.2 Gebruiksvergoeding bij openbare zaken

67. Voor het vragen van een gebruiksvergoeding bij openbare zaken is het onderscheid gewoon en bijzonder gebruik uiterst relevant. Op basis van het eigendomsrecht kan geen vergoeding worden gevraagd voor gewoon gebruik, de eigenaar heeft immers dat gebruik te dulden en mag daarom dit gebruik niet afhankelijk stellen van een financiële vergoeding. Voor bijzonder gebruik, het gebruik dat niet geduld hoeft te worden, kan in beginsel wel een vergoeding worden gevraagd door de eigenaar.

68. Dat voor het gewone gebruik geen financiële vergoeding op privaatrechtelijke titel kan worden gevraagd, staat er niet aan in de weg dat het publiekrecht het wel mogelijk kan maken

⁶⁹ Hof Den Haag 16 juni 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4987 (*Moskeeverbod*), rov. 7.4-7.5.

om voor dat gebruik een vergoeding te vragen. Een sprekend voorbeeld in dit verband is het vragen van een vergoeding voor parkeren op een parkeervak dat onderdeel uitmaakt van de openbare weg. Parkeren behoort tot het gewone gebruik van de openbare weg; art. 225 Gemeentewet maakt het voor gemeenten mogelijk om daarvoor een vergoeding te vragen.

69. Ingeval van bijzonder gebruik door een derde kan de overheid wel op grond van het eigendomsrecht en dus op privaatrechtelijke titel een gebruiksvergoeding vragen. Daartoe sluit de overheid met de gebruiker een overeenkomst waarin de privaatrechtelijke toestemming tot bijzonder gebruik en de daarmee samenhangende overeengekomen gebruiksvergoeding is opgenomen. Hier kan een spanning in beeld komen tussen publiek- en privaatrecht. Dat werken wij hierna uit.

70. Soms voorziet het publiekrecht in de mogelijkheid voor de overheid om een financiële vergoeding te verkrijgen, ook voor bijzonder gebruik, waardoor de vraag rijst of het door de overheid bedingen van een vergoeding voor bijzonder gebruik van haar eigendom een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert.⁷⁰ Het is daarbij goed om op te merken dat het bestaan van een publiekrechtelijke route op zichzelf nog niet betekent dat het gebruik van het privaatrecht een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert. Het komt er bijvoorbeeld op aan of de publiekrechtelijke weg als exclusief is bedoeld door de wetgever; is dat niet het geval dan is het vragen van een financiële vergoeding via het privaatrecht toegestaan. In dit verband valt te wijzen op rechtspraak waarin is geoordeeld dat het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding geen onaanvaardbare doorkruising oplevert van de publiekrechtelijke regeling van precariobelasting omdat die regeling niet exclusief bedoeld is.⁷¹ De gemeente mag dan dus kiezen voor het vragen van een privaatrechtelijke vergoeding ook al is het mogelijk om via het publiekrecht een precariobelasting te heffen (zie art. 228 Gemeentewet).⁷²

71. Aan een publiekrechtelijke vergunning of ontheffing kunnen financiële verplichtingen worden verbonden als een wettelijk voorschrift dat mogelijk maakt, maar ook bij het ontbreken daarvan is het, als aan de in de bestuursrechtspraak geformuleerde condities is voldaan, mogelijk daaraan een financiële verplichting te verbinden.⁷³ Wanneer de overheid als eigenaar optreedt en tevens als bestuursorgaan een vergunning of ontheffing verleent, komt de vraag in beeld of het via het privaatrecht vragen van een vergoeding een onaanvaardbare doorkruising zou kunnen opleveren van de publiekrechtelijke mogelijkheden om een financiële verplichting te verbinden aan een beschikking. In het arrest *Haagse bagger* oordeelt de Hoge Raad dat het ontbreken van een wettelijke regeling voor het verbinden van een financiële verplichting aan een beschikking niet betekent dat van een onaanvaardbare doorkruising geen sprake zou kunnen zijn, aangezien in de bestuursrechtelijke jurisprudentie een algemene publiekrechtelijke mogelijkheid tot het stellen van doelgebonden financiële verplichtingen bij beschikkingen is aanvaard. Als die algemene mogelijkheid niet wordt benut, dan kan het gebruik van de privaatrechtelijke weg een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleveren.⁷⁴ In de literatuur wordt gesteld dat als het niet mogelijk is om via de algemeen aanvaarde mogelijkheid financiële verplichtingen te verbinden aan een beschikking (omdat niet voldaan is aan de condities die daaraan worden gesteld in de

⁷⁰ De doorkruisingsleer is te vinden in het Windmill-arrest: HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn.

⁷¹ Hof Den Haag 17 februari 2015, AB 2015/460 m.nt. G.A. van der Veen & A.H.J. Hofman.

⁷² Zie voor vergelijkbare regelingen: art. 114 Waterschapswet en art. 222c Provinciewet.

⁷³ ARRvS 30 augustus 1985, AB 1986/243 m.nt. D. Lubach (*Rabobank Stompwijk*). Zie ook ABRvS 21 oktober 2009, *Gst.* 1995/8, 7013 m.nt. Goorden. Zie over publiekrechtelijke financiële verplichtingen, die de vorm kunnen hebben van voorschriften of voorwaarden verbonden aan een beschikking: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 544.

⁷⁴ HR 19 mei 2000, AB 2000/428 m.nt. P.J.J. van Buuren.

bestuursrechtspraak), een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht niet aan de orde is, omdat er geen publiekrechtelijke weg is die kan worden doorkruist.⁷⁵

72. Als de leer van de onaanvaardbare doorkruising niet in de weg staat aan het vragen van een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding, dan kan het alsnog zijn dat in het concrete geval het vragen van een privaatrechtelijke vergoeding niet mogelijk is. De samenloop tussen een publiekrechtelijke toestemming (vergunning of ontheffing) en een privaatrechtelijke toestemming (op grond van het eigendomsrecht) heeft de laatste jaren in de rechtspraak veel aandacht gekregen. Uit het arrest *Amsterdam/Geschiere* volgt dat het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming nadat een publiekrechtelijke toestemming is gegeven onder omstandigheden misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW oplevert (zie uitvoeriger paragraaf 4.3).⁷⁶ In het latere arrest *Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte* komt de vraag aan de orde of als er een publiekrechtelijke toestemming is verleend, de eigenaar op privaatrechtelijke titel een vergoeding voor het gebruik kan vragen.⁷⁷ De Hoge Raad oordeelt, kort gezegd, dat de publiekrechtelijke toestemming niet zonder meer de privaatrechtelijke toestemming voor bijzonder gebruik impliceert en dat de privaatrechtelijke toestemming niet om niet hoeft te worden gegeven. De Hoge Raad overweegt dat niet uitdrukkelijk, maar als men doorredeneert dan zou een privaatrechtelijke voorwaarde in de vorm van een financiële vergoeding misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW kunnen opleveren, namelijk als de gevraagde vergoeding onredelijk hoog is, althans zodanig hoog is dat het gebruik waarvoor de publiekrechtelijke toestemming geven is onmogelijk wordt.⁷⁸

73. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen de contractsvrijheid en de vrijheid om een gebruiksvergoeding te vragen inperken. Hierbij springt met name het gelijkheidsbeginsel in het oog. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld wanneer de overheid financiële vergoedingen vraagt.⁷⁹ Als er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het maken van onderscheid is, is er geen sprake van schending van dit beginsel. Het gelijkheidsbeginsel brengt niet met zich dat de overheid van iedereen gelijke vergoedingen moet vragen; van geval tot geval zal bekeken moeten worden of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het maken van onderscheid.⁸⁰

6.3 Gebruiksvergoeding bij semiopenbare zaken

74. Als de overheid eigenaar is van semiopenbare zaken, dan kan zij voor het gebruik een gebruiksvergoeding vragen. Het kan gaan om een gebruiksvergoeding als eigenaar, dus op privaatrechtelijke titel. Ook hier kan de vraag rijzen of als het publiekrecht in vergoedingen voorziet, dit op grond van de leer van de onaanvaardbare doorkruising in de weg staat aan het bedingen van een vergoeding via het privaatrecht. Deze vraag rijst bijvoorbeeld ten aanzien van het heffen van gemeentelijke belastingen. In de literatuur wordt op basis van de jurisprudentie beargumenteerd dat de leer van de onaanvaardbare doorkruising niet aan het

⁷⁵ Zie A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk* (uitgave Expertisecentrum Gemeenterecht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten), Den Haag: Drukkerij Excelsior 2010, p. 59. Vgl. HR 23 juni 2006, AB 2007/99 m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Diepemaat*).

⁷⁶ HR 5 juni 2009, AB 2009/327 m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*).

⁷⁷ HR 9 november 2012, AB 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (*Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte*).

⁷⁸ Zie onder meer A.H.J. Hofman, 'Vergoedingen voor het gebruik van overheidseigendommen: een uitweg door het doorkruisingslabyrint?', *TBR* 2014/92, par. 4.2.2.

⁷⁹ Vgl. HR 18 maart 2005, AB 2005/408 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (*Lichtenvoorde/Dusseldorp*).

⁸⁰ Vgl. in deze zin M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 270.

gebruik van het privaatrecht in de weg staat, aangezien de weg van gemeentelijke belastingen niet exclusief bedoeld lijkt te zijn (zie ook hetgeen hiervoor over precariobelasting is geschreven).⁸¹ Bij de gemeentelijke begraafplaatsen gaat de gebruiksvergoeding – de grafrechten en eventuele onderhoudsvergoedingen – via het publiekrecht. De rechten voor het innemen van een plaats op een openbare begraafplaats worden geheven via art. 229 lid 1 aanhef en onder a Gemeentewet; het gaat immers om gebruik overeenkomstig de bestemming van voor de openbare dienst bestemde gemeentebezittingen.⁸² De gevraagde vergoeding mag alleen kostendekkend zijn (art. 229b Gemeentewet).⁸³ In de parlementaire geschiedenis van de Wet op de lijkbezorging wordt enkel van deze publiekrechtelijke route uitgegaan, reden waarom de privaatrechtelijke weg hier mogelijk wél is afgesneden. Dit is echter, bij gebrek aan jurisprudentie hierover, allerminst zeker.

75. Het is mogelijk om een entreprijs voor toegang tot een museum in eigendom van de gemeente of het gemeentelijke zwembad via het privaatrecht te vragen. Dit staat er niet aan in de weg dat voor bijvoorbeeld de hoogte van de tarieven in het gemeentelijke zwembad publiekrechtelijke besluiten relevant kunnen zijn. Zo blijkt uit een quickscan op overheid.nl dat sommige gemeenten verordeningen hebben die door de gemeenteraad zijn vastgesteld waarin de prijzen zijn vastgelegd. Dit zijn autonome verordeningen (art. 149 Gemeentewet). Een enkele keer worden de tarieven bij besluit vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders. Wellicht gaat het hier om beleidsregels met betrekking tot de privaatrechtelijke bevoegdheid een gebruiksvergoeding te vragen (art. 1:3 lid 4 Awb). De overheid is bij het bedingen van deze privaatrechtelijke vergoedingen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij ook hier het gelijkheidsbeginsel in het oog springt.

76. Soms ligt het niet in de rede dat de overheid de toegang tot (delen van) een gebouw afhankelijk stelt van een toegangsprijs. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de toegang tot het gemeenteloket. Deze balie staat in het teken van een goede dienstverlening aan de burger en daar past een toegangsprijs niet bij (vgl. hetgeen in paragraaf 3 is opgemerkt over de toegankelijkheid van het gemeenteloket). Dit staat er niet aan in de weg dat voor bijvoorbeeld de vergunning die bij dit loket wordt aangevraagd publiekrechtelijke leges worden geheven en hierin zijn ook de administratieve kosten verwerkt, waaronder die van het loket (zie art. 229 Gemeentewet).⁸⁴

6.4 *Gebruiksvergoeding bij roerende zaken met een publieke bestemming*

77. Het door de overheid vragen van een vergoeding voor het gebruik van een roerende zaak met een publieke bestemming behoort in beginsel tot de mogelijkheden. Het gaat om het bedingen van een privaatrechtelijke vergoeding. Het publiekrecht kan nadere regels stellen. Dit illustreren wij hierna kort aan de hand van een aantal voorbeelden. De overheid kan voor het verhuren van kunst een vergoeding vragen. Voor beschermd cultuurobject geldt op grond van art. 4.4 aanhef en onder e Erfgoedwet wel dat verhuren niet zonder meer mogelijk is. Van verhuur moet schriftelijk melding worden gedaan bij de inspecteur en onder de omstandigheden genoemd in art. 4.5 e.v. Erfgoedwet is verhuur verboden. De overheid kan als eigenaar van een openbaar vervoermiddel een vergoeding vragen voor het gebruik daarvan. In de Wet personenvervoer 2000 is zelfs bepaald dat het verboden is zonder hiervoor

⁸¹ Hofman 2014, par. 4.2.1 onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad. Evenzo J.L.W. Broeksteeg, *Gemeenterecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 20.5 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1989/90, 21591, nr. 3, p. 79-80.

⁸² *Kamerstukken II* 1970/71, 11256, nr. 3, p. 9.

⁸³ HR 7 mei 1997, nr. 31 920, *V-N* 1997, p. 194.

⁸⁴ HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7390.

geldig vervoerbewijs gebruik te maken van het openbaar vervoer (zie art. 70 lid 1, met daarop een uitzondering in lid 2). Een mogelijke publiekrechtelijke begrenzing van het vragen van vergoedingen door de overheid kan bij de roerende zaken met een publieke bestemming eveneens gevonden worden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.

7. Handhaving van de publieke bestemming

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?

7.1 Algemeen

78. Het openbare karakter of de publieke bestemming van zaken kan worden gehandhaafd door het verrichten van feitelijke handelingen en rechtshandelingen. Een voorbeeld van feitelijk handelen is het verwijderen van een omgevallen boom na een storm om zo de openbare weg weer begaanbaar te maken. Bij de privaatrechtelijke rechtshandelingen valt te denken aan de gebruikelijke bevoegdheden die de eigenaar heeft op grond van het eigendomsrecht. Zowel particulieren als de overheid kunnen op grond van het eigendomsrecht het openbare karakter of de publieke bestemming van zaken handhaven. Alleen de eigenaar kan deze privaatrechtelijke bevoegdheden aanwenden.

79. Wanneer de wet daarvoor een adequate grondslag biedt, heeft de overheid de bevoegdheid via het publiekrecht toezicht te houden en het openbare karakter of de publieke bestemming van zaken te handhaven voor zover dit karakter of die bestemming in wettelijke voorschriften is geregeld. De Awb bevat algemene regels over toezicht op de naleving en bestuurlijke sancties (last onder bestuursdwang, last onder dwangsom en bestuurlijke boete) bij overtredingen van bedoelde voorschriften. Voor de uitoefening van deze bestuursrechtelijke bevoegdheden hoeft de overheid geen eigenaar te zijn van de zaak met een publieke bestemming.

80. Hierna focussen wij op de mogelijkheden die de overheid heeft om via het bestuursrecht op te treden ter handhaving van het openbare karakter of de publieke bestemming van de drie categorieën zaken die wij onderscheiden.

7.2 Handhaving en openbare zaken

81. De overheid kan als eigenaar van een openbare zaak haar eigenaarsbevoegdheden aanwenden om op te treden, maar moet het gewone gebruik dulden. Met dat in het achterhoofd kan de overheid eigenaarsbevoegdheden aanwenden om de openbare bestemming te handhaven.

82. Voor het handhaven van de openbare bestemming kan publiekrechtelijke beheersregelgeving relevant zijn. Een algemene wet waarin de regels voor het beheer van openbare zaken zijn opgenomen is er niet. De wetgeving over het beheer is verdeeld over veel verschillende soorten regelingen op verschillende wetgevingsniveaus, zoals wetgeving in formele zin en decentrale wetgeving. Over het beheer van openbare wegen wordt in de literatuur doorgaans geschreven dat dit is vervat in een ingewikkeld complex van wetgeving. De regels zijn verspreid over de Wegenwet, Wet beheer waterstaatswerken en provinciale en gemeentelijke verordeningen.⁸⁵ Wettelijke beheersregels kunnen zien op het onderhoud, maar

⁸⁵ Zie uitvoerig Kwast 2007, p. 50-57.

kunnen ook een grondslag bieden voor bestuursrechtelijke handhaving (het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom).

83. Om een grondslag te kunnen bieden voor bestuursrechtelijke handhaving moet in een wettelijk voorschrift voldoende duidelijk zijn omschreven wat de te overtreden norm is en bovendien moet in wetgeving de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie zijn toegekend.⁸⁶ Soms is er discussie mogelijk of de wet voldoende houvast geeft voor bestuursrechtelijke handhaving. Illustratief is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over art. 16 Wegenwet.⁸⁷ Dit artikel bepaalt dat de gemeente heeft te zorgen dat de wegen waarvoor de gemeente verantwoordelijk is in goede staat verkeren. De Afdeling overweegt het volgende: *“Ambtshalve en anders dan in eerdere uitspraken overweegt de Afdeling dat de wettelijke grondslag voor de bevoegdheid om handhavend op te treden indien de openbaarheid van wegen wordt belemmerd niet is gelegen in art. 16 Wegenwet. Dit artikel legt op de gemeente een algemene plicht om te zorgen dat wegen in goede staat verkeren en houdt geen afdwingbaar verbod of gebod in ten aanzien van de openbaarheid van wegen. Ook elders in de Wegenwet is een dergelijk verbod of gebod niet opgenomen.”* De wettelijke grondslag voor de handhavende bevoegdheid is, volgens de Afdeling, in dit geval gelegen in art. 2.1.5.1 lid 1 Algemene plaatselijke verordening 2003 van de gemeente Steenbergen in samenhang met art. 125 Gemeentewet (waarin een algemene bestuursdwangbevoegdheid is geregeld voor alle wet- en regelgeving die de gemeente uitvoert). Op grond van de genoemde APV-bepaling is het verboden om zonder vergunning van het college de weg of een weggedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de bestemming daarvan. Bestuursrechtelijke handhaving van de openbare bestemming van een openbare weg door het gemeentebestuur is dus wel mogelijk, maar dan moet daartoe voorzien zijn in een grondslag in een gemeentelijke verordening. In de literatuur is ervoor gepleit om de lacune in de Wegenwet te repareren.⁸⁸

84. Bij handhaving door de overheid van het openbare karakter van openbare zaken kunnen zich vraagstukken voordoen op de grens van publiek- en privaatrecht. Uiteraard mag de overheid bij het hanteren van de eigenaarsbevoegdheden een publiekrechtelijke regeling niet onaanvaardbaar doorkruisen. Dit vraagstuk laten wij in deze bijdrage rusten.⁸⁹

7.3 Handhaving en semiopenbare zaken

85. De eigenaar van een semiopenbare zaak kan het publieke karakter daarvan primair via het privaatrecht handhaven. Bij de bespreking in paragraaf 5 gingen wij al uitgebreid in op de mogelijkheden om met privaatrechtelijke instrumenten bepaalde personen de toegang te ontzeggen. Ook als de overheid de eigenaar is, kan dat via het privaatrecht; we noemden al de gemeente als eigenaar van het gemeentehuis die, onder bepaalde condities, een agressieve persoon de toegang weigert op grond van het eigendomsrecht. Hetzelfde geldt voor het verwijderen van ongewenste objecten die door derden in het gemeentehuis zijn achtergelaten. Voor zover derden inbreuk maken op het publieke karakter van (delen van) het gemeentehuis, kan daartegen door de gemeente als eigenaar privaatrechtelijk worden opgetreden.

86. Dat wil niet zeggen dat het bestuursrecht geen rol kan spelen in de sfeer van de handhaving. De burgemeester kan als voldaan is aan de wettelijke condities publiekrechtelijk

⁸⁶ Zie onder meer art. 5:1 en 5:4 Awb.

⁸⁷ ABRvS 7 februari 2007, AB 2007/91 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Steenbergen).

⁸⁸ Bv. P. Jong/G.A. van der Veen, ‘Wegen, wensen en waarborgen. Over openbare wegen en de wens tot vernieuwing van het wegenrecht’, TO 2007, p. 47.

⁸⁹ Zie voor een uitvoerige bespreking van het leerstuk van de onaanvaardbare doorkruising bij overheidseigendom van openbare zaken Duijkersloot e.a. 2010, p. 82 e.v. en P.J. Huisman, ‘Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht. Huidige positionering en recente ontwikkelingen. (I)’, WPNR 2018, p. 149 e.v.

optreden op grond van zijn openbare-ordebevoegdheden in de Gemeentewet of algemene plaatselijke verordening; zo kan hij publiekrechtelijke verwijderbevelen of gebiedsverboden opleggen. Bovendien kan de overheid – net als bij de openbare zaken – bestuursrechtelijk handhaven als sprake is van een overtreding van een wettelijke regeling en voor het toezicht en de sanctionering een grondslag bestaat. Zo draagt de rechthebbende van stations die zijn gelegen aan de hoofdspoorweg, momenteel is dat de NS, op grond van art. 26 van de Spoorwegwet zorg dat reizigers via de in het station aanwezige hallen, tunnels, trappen en liften, met logische en overzichtelijke routes, een veilige en adequate toegang hebben tot onder meer de perrons. Als de veilige en adequate toegang daartoe in het gedrang komt of dreigt te komen, geeft de Minister van Infrastructuur en Waterstaat aan de betrokken rechthebbende een bindende aanwijzing. De Minister is vervolgens bij een overtreding bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom (art. 76 lid 1 Spoorwegwet in samenhang met art. 5:32 Awb).

7.4 Handhaving en roerende zaken met een publieke bestemming

87. Voor de roerende zaken met een publieke bestemming geldt ook dat de eigenaar de publieke bestemming kan handhaven door gebruik te maken van zijn privaatrechtelijke eigenaarsbevoegdheden. Het kan wenselijk zijn, juist vanwege het kunnen handhaven van de publieke bestemming, dat de overheid extra, bestuursrechtelijke bevoegdheden heeft die ook kunnen worden aangewend als de overheid geen eigenaar is van de zaak. Van bestuursrechtelijke toezichts- en handhavingsbevoegdheden is alleen sprake als de wet daarin voorziet. Een voorbeeld van een wet die daarin voorziet voor een specifiek type zaken met een publieke bestemming biedt (ook hier) de Erfgoedwet. De Minister van OCW is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Erfgoedwet. Deze taak omvat het houden van toezicht op de naleving van deze wet en het opleggen van een bestuurlijke sanctie als iemand in strijd met deze wet handelt (art. 8.1). De minister kan een last onder bestuursdwang (art. 8.2) of een last onder dwangsom (art. 5:32 lid 1 Awb) opleggen als de Erfgoedwet wordt overtreden. Op grond van de Erfgoedwet kunnen toezichthouders worden aangewezen (art. 8.3 e.v.). De wet kent aan toezichthouders bijzondere bevoegdheden toe, zoals het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner (art. 8.6 e.v.).⁹⁰ Het voorgaande betekent onder meer dat als het verboden is op grond van de Erfgoedwet museale cultuurgoederen te verhuren of vervreemden de minister bevoegd is een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te leggen. Zo kan worden geborgd dat dat cultureel erfgoed behouden blijft, wat bijdraagt aan de Nederlandse culturele belangen (als publiek belang).⁹¹

8. Waardering van de wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht

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.*

⁹⁰ De Erfgoedwet maakt ook strafrechtelijke handhaving mogelijk, dat laten wij buiten beschouwing in deze bijdrage.

⁹¹ Vgl. *Kamerstukken II* 1980/81, 16749, nrs. 3-4, p. 3 en 15-16, bij art. 7 Wet behoud cultuurbezit, de voorloper van het huidige art. 4.4 Erfgoedwet.

8.1 *Algemeen*

88. Uit de beantwoording van de vragen hiervoor komt naar voren dat er fricties kunnen zijn die (mede) samenhangen met de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht. Uit de beantwoording komt ook naar voren dat het sterk afhangt van de categorie zaken welke ‘knelpunten’ zich voordoen, en ook binnen de categorieën kunnen die van zaak tot zaak verschillen. Dit illustreren wij hierna kort aan de hand van de openbare zaken. Bij deze categorie zaken zijn er fricties die zich min of meer over de hele linie voordoen. In dit verband kan gedacht worden aan onduidelijkheden rondom de reikwijdte van de duldplicht bij gewoon gebruik (zie paragrafen 4 en 5). Sommige fricties doen zich alleen voor als de overheid eigenaar is van een openbare zaak. Er is soms sprake van een ingewikkelde samenloop van publiek- en privaatrecht als de overheid eigenaar is van een openbare zaak. Te denken valt aan een samenloop van een publiekrechtelijke toestemming (een vergunning) en een privaatrechtelijke toestemming (de toestemming voor bijzonder gebruik van de eigenaar van een zaak); zie paragraaf 5. Soms zijn er op een gedetailleerder niveau hele specifieke knelpunten. Bijvoorbeeld dat art. 16 Wegenwet een onvoldoende grondslag biedt voor bestuursrechtelijke handhaving wanneer de openbaarheid van wegen wordt belemmerd (zie paragraaf 7).

89. Voor het oplossen van dergelijke knelpunten wordt in de literatuur al snel gekeken naar een publiekrechtelijke oplossing: het wijzigen of het tot stand brengen van wetgeving in formele zin. Het totstandbrengen van wetgeving kan voordelen hebben, maar het is op zichzelf geen ‘toveroplossing’. Sterker nog: wetgeving kan ook nadelen hebben. Onvoldoende ‘scherpe’ wetgeving kan juist nieuwe vragen en onzekerheid in de hand werken. Regulering op detailniveau kan weer de flexibiliteit ontberen om voor een groot aantal gevallen een passend kader te bieden. Het is daarom van belang om kritisch te kijken naar wetgeving als oplossing voor fricties. De wetgever zal een duidelijke blik moeten hebben op welke afgebakende groep zaken (of zaak) de wetgeving betrekking heeft, welke rechtsgevolgen met wetgeving worden beoogd en of er voldoende duidelijke, scherpe normen te maken zijn, zodat de beoogde gevolgen van wetgeving (zoveel mogelijk) worden gerealiseerd. Daarnaast kan het zijn dat er rechtspolitieke keuzes gemaakt moeten worden over welke belangen extra bescherming toekomen, en dat kan ten koste gaan van andere belangen.

90. Hierna geven wij een overzicht in vogelvlucht van de voorstellen die zijn gedaan om algemene wetgeving (BW en Awb) en bijzondere wetgeving (bijvoorbeeld de Wegenwet) aan te passen. Wij streven geen volledigheid na; het gaat erom om beeld te geven van de voorstellen die in de literatuur zijn gedaan en de voor- en nadelen daarvan te schetsen.

8.2 *Burgerlijk Wetboek*

91. In het BW is er destijds bewust van afgezien om een algemene regeling tot stand te brengen van de ‘ten openbare dienste bestemde zaken’. Deze zaken verschillen zozeer van elkaar dat het beter is om, als daar behoefte aan is, te komen tot bijzondere wetgeving voor afgebakende zaken, aldus de wetgever.⁹²

92. Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat het volgens de literatuur toch wenselijk is om het BW alsnog aan te vullen met een aantal bepalingen over openbare zaken. Het gaat om het voorstel om de plicht tot dulden van het gewone gebruik per openbare zaak in de wet op te nemen en de reikwijdte daarvan te omschrijven.⁹³ De duldplicht zou, naast de voor openbare wegen bestaande regeling in de Wegenwet, opgenomen kunnen worden in titel 5.3 BW. Vanuit het oogpunt van legaliteit is het verschaffen van een wettelijke basis voor

⁹² Toelichting-Meijers, PG Boek 5 BW, p. 141.

⁹³ Zie bv. Van der Veen 2010, p. 846-847.

serieuze inbreuken op de normale vrijheden van de eigenaar die nu op grond van ongeschreven recht plaatsvinden gewenst. Daartegenover staat de vraag of een dergelijke aanvulling van het BW nu echt nodig (en prangend) is. Hoewel de duldplicht bij gewoon gebruik bij andere openbare zaken dan openbare wegen op ongeschreven recht berust, heeft deze plicht een (voldoende) stevige basis in bestendige jurisprudentie.⁹⁴ Daar komt bij dat de toegevoegde waarde van wettelijke regels staat of valt met of tot een voldoende scherpe omschrijving van de duldplicht gekomen kan worden per zaak; het is de vraag of de wetgever tot een ‘betere’ of scherpere omschrijving kan komen dan nu reeds op grond van de rechtspraak geldt.

93. Bekeken vanuit art. 1 EP EVRM zou het eveneens goed zijn om de codificatie van de duldplicht voor openbare zaken te overwegen. Die duldplicht heeft immers gedeeltelijk verlies van zeggenschap over een eigendom tot gevolg, en een duidelijke wettelijke regeling kan dan ook bijdragen aan de voorzienbaarheid. Op zich is rechtersrecht ook voldoende voor het EHRM, maar in dit domein is de jurisprudentie casuïstisch van aard en daarmee is het de vraag of de toepassing van de ongeschreven rechtsregel wel voldoende voorspelbaar is. Advocaat-Generaal Spier concludeerde al eens bij het arrest *Staat/Diepemaat* – waarin de Staat een financiële vergoeding verlangde via het privaatrecht – dat het “*ten minste aan twijfel onderhevig [is] of dat kan worden afgeleid uit voldoende duidelijke en specifieke wettelijke bepalingen of rechtspraak*”.⁹⁵ Dergelijke twijfel is onwenselijk: zowel overheden als particulieren zijn gebaat bij duidelijke kaders voor wat zij wel en niet de dulden hebben en of het mogelijk is een financiële vergoeding te vragen.

8.3 Algemene wet bestuursrecht

94. De zaken met een publieke bestemming bevinden zich op het grensvlak van publiek- en privaatrecht. Het verwondert dan ook niet dat er in de literatuur gediscussieerd is over de wenselijkheid van een regeling in de Awb op dit terrein. Hageman heeft een concreet voorstel gedaan om in de Awb regels op te nemen over openbare zaken in eigendom van de overheid.⁹⁶ In de kern komt het voorstel van Hageman erop neer om de eigenaarsbevoegdheden van de overheid bij openbare zaken niet meer te zien als privaatrechtelijke, maar als publiekrechtelijke bevoegdheden. De op het eigendom gebaseerde rechtshandelingen van bestuursorganen worden in zijn voorstel tot aanvulling van de Awb aangemerkt als besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Dat heeft als voordeel, zo stelt hij, dat alleen nog een samenloop van publiekrechtelijke kaders aan de orde kan zijn; dit lost het knelpunt van de complexe samenloop tussen publiek- en privaatrecht op. De bestuursrechter is bevoegd om te oordelen, en kan komen tot een meer consistente, integrale publiekrechtelijke beoordeling van overheidshandelen. De notie van eigendom zou als een (aanvullende) grondslag voor het beheer van openbare zaken kunnen fungeren. Om de bestuursrechter voldoende handvatten te geven, dient de publiekrechtelijke eigendomsregeling enerzijds in bevoegdheden voor het noodzakelijk te achten ‘positief’ overheidshandelen te voorzien en in een toestemmingenstelsel ten aanzien van het ‘negatief’ overheidsoptreden.

⁹⁴ Vgl. Van der Veen 2010, p. 847.

⁹⁵ Conclusie A-G Spier bij HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6161, AB 2007, 99, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Diepemaat*), nr. 4.38.

⁹⁶ Zie Hageman 2013, p. 1134 en C.P. Hageman, ‘Overheidseigendom van zaken met een publieke bestemming’, in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening (Lubach-bundel)*, Den Haag: IBR 2014, p. 157.

95. Er zijn in de literatuur kanttekeningen geplaatst bij dit plan om de Awb aan te vullen.⁹⁷ Het is de vraag of het wenselijk is om een onderscheid in wetgeving aan te brengen tussen openbare zaken in overheidseigendom en openbare zaken in particulier eigendom; dat brengt het risico met zich van het ontstaan van onnodig van elkaar afwijkende rechtsregimes. Daarnaast wordt de vraag opgeworpen of de voorgestelde Awb-regeling knelpunten rondom openbare zaken in overheidseigendom oplost. Door de rechtshandelingen van de overheid als eigenaar aan te merken als besluiten in de zin van de Awb, vervalt weliswaar een (eventuele) samenloop tussen privaot- en publiekrechtelijke toestemmingen, maar dat leidt dan wel tot een samenloop tussen publiekrechtelijke toestemmingen, hetgeen ook (heel goed denkbaar zelfs dezelfde) complexe inhoudelijke vragen met zich kan brengen.

8.4 *Bijzondere wetgeving*

96. Hiervoor kwam al aan de orde dat de parlementaire geschiedenis van het BW aanstuurt op bijzondere wetgeving voor een nauwkeurig te omschrijven groep van zaken met een publieke bestemming – zoals de openbare wateren –, uiteraard als daar behoefte aan is. Ter illustratie lichten wij hierna een aantal zaken en de behoefte om tot (aanvulling van) bijzondere wetgeving te komen uit.

97. Voor openbare wateren is er geen (bijzondere) wetgeving tot stand gekomen met betrekking tot het ontstaan van openbaarheid en de rechtsgevolgen daarvan. De invulling daarvan is door de rechter ontwikkeld, recent weer in het arrest *Staat/Kerkewaard*.⁹⁸ Het is de vraag of het wenselijk is het rechtersrecht ten aanzien van openbare wateren te codificeren en bijvoorbeeld de duldplicht bij gewoon gebruik van een openbaar (vaar)water nader in te kaderen in een bijzondere wet. Hier spelen in feite dezelfde voor- en nadelen een rol zoals wij die besproken hebben bij het wettelijk verankeren van ongeschreven duldplichten in het BW. Een wettelijke regeling is wenselijk uit het oogpunt van het legaliteitsvereiste (en art. 1 EP EVRM) en kan meer houvast bieden. De vraag is wel of en in hoeverre het in wetgeving mogelijk is om tot een scherpere inkadering te komen dan die nu op grond van de jurisprudentie geldt. Blijkbaar is de urgentie er tot nu toe niet geweest om tot bijzondere wetgeving te komen met betrekking tot het ontstaan van openbaarheid van wateren en de gevolgen daarvan.

98. De Wegenwet bevat wel regels die zien op het ontstaan van openbaarheid van wegen en de rechtsgevolgen daarvan. Hoewel dit dus voor dit type zaken wel is geregeld, is er nog wel wat te wensen. Er zijn concrete voorstellen gedaan om de Wegenwet aan te passen en die zien er vooral op om het beheer en de bestuursrechtelijke handhaving bij openbare wegen te stroomlijnen.⁹⁹ Zo is voorgesteld om de regels over beheer, die nu verspreid zijn over verschillende wettelijke regels, te bundelen, op elkaar af te stemmen en onder te brengen in de Wegenwet. Dit heeft als voordeel dat de huidige onoverzichtelijkheid en complexiteit tot het verleden gaat behoren. Verder bevat de huidige Wegenwet geen grondslag voor bestuursrechtelijke handhaving wanneer de openbaarheid van wegen wordt belemmerd; dit leidt ertoe dat gemeenten dit zelf in een gemeentelijke verordening moeten regelen, of dat de bevoegdheid tot bestuursrechtelijke handhaving ontbreekt. Het wordt als wenselijk gezien dat de Wegenwet wordt aangevuld met een bepaling waardoor bestuursrechtelijke handhaving op grond van die wet mogelijk wordt, waardoor er een duidelijk en uniform kader is. Het

⁹⁷ Zie m.n. Van der Veen 2014, p. 341 e.v. en P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom aan de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht. Wenselijke en toekomstige positionering (II, slot)', *WPNR* 2018, p. 172-173.

⁹⁸ Zie HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815.

⁹⁹ Zie bv. Kwast 2007, p. 50-57, Jong/Van der Veen 2007, p. 40-49, Hageman 2013, p. 1131 en Huisman 2018, p. 174-175.

voordeel van de hiervoor genoemde voorstellen is, dat zij concreet en daardoor goed uitvoerbaar zijn. Als nadeel kan worden genoemd dat wellicht de urgentie (ook hier) ontbreekt omdat de praktijk al voldoende uit de voeten lijkt te kunnen met het bestaande stelsel.¹⁰⁰

99. De Erfgoedwet, die een aantal keer in deze bijdrage aan de orde is geweest, is een voorbeeld van een wet waarin regels zijn opgenomen met betrekking tot een roerende zaak met een publieke bestemming. Deze wet bevat waarborgen om cultureel erfgoed te behouden en beschermen, en om museale erfgoederen van de Staat toegankelijk te maken en houden voor het publiek. Er is een publiekrechtelijk instrumentarium (toezicht en handhaving) opgetuigd met het oog hierop. Dat geeft publiekrechtelijke houvast om de publieke bestemming van belangrijke werken te behouden. Dit neemt evenwel niet weg dat er kritisch naar deze wet gekeken wordt in de literatuur en dat ook hier nog wat te wensen is. Wij volstaan hier, ter illustratie, met het noemen van het kritiekpunt uit de literatuur dat een meer gelijkwaardige bescherming van kunst in eigendom van de Staat, provincies en gemeenten enerzijds en andere publiekrechtelijke rechtspersonen anderzijds is gewenst.¹⁰¹

9. Slot: zaken met een publieke bestemming en Nederlands publiekrecht

100. De titel van deze bijdrage illustreert het al, het gaat bij de zaken met een publieke bestemming om een ruime groep: van de openbare wegen tot belangrijke kunstwerken, zoals de Vaandeldrager. In deze bijdrage hebben we laten zien dat het privaatrecht het primaire rechtsregime is voor de beoordeling van het ontstaan van het openbare karakter of de publieke bestemming en de rechtsgevolgen hiervan, ook als de overheid eigenaar is van de zaken in kwestie. Dat neemt niet weg dat het publiekrecht ook van belang is. Voor de overheid die eigenaar is van zaken met een publieke bestemming geldt het primaat van het publiekrecht: de grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden onverkort en daaruit volgt extra bescherming voor degenen die deze zaken gebruiken. Deze publiekrechtelijke normen kunnen ook doorwerken in de verhoudingen tussen een particuliere eigenaar en derden, via (indirecte) horizontale werking of congruentie. Daarnaast is er op tal van terreinen wet- en regelgeving tot stand gekomen waarin extra bevoegdheden voor de overheid in het leven geroepen zijn ten aanzien van specifieke zaken met een publieke bestemming en waaraan ook particuliere eigenaren en derden zowel bescherming kunnen ontnemen als beperkingen van kunnen ondervinden. De wenselijke bescherming van de toegang en het gebruik van zaken met een publieke bestemming is afhankelijk van rechtspolitieke keuzes: aan welke algemene belangen wordt zwaar gewicht toegekend en ten koste van welke andere belangen gaat dat? Hoe dat uitpakt in een concreet geval, zal van geval tot geval verschillen. Cultureel erfgoed is immers geen begraafplaats en een trein is geen openbare weg. Het is interessant om in concrete situaties te bezien of die afweging ‘vanzelf’ goed gaat of dat in jurisprudentie of wetgeving correcties nodig zijn. We hebben in deze bijdrage met tal van concrete voorbeelden laten zien hoe dit samenspel van publieke en private belangen in Nederland functioneert.

¹⁰⁰ Op den duur wil de wetgever de Wegenwet laten opgaan in de Omgevingswet (zie *Kamerstukken II* 2013/2014, 33962, nr. 3, p. 82). Dit biedt kansen om de knelpunten met betrekking tot het beheer en de bestuursrechtelijke handhaving weg te nemen en te komen tot afstemming met andere typen zaken met een publieke bestemming. Zo ver is het echter nog niet. De inwerkingtreding van de Omgevingswet wordt steeds uitgesteld en het is nog niet bekend wanneer de Wegenwet daarin wordt opgenomen.

¹⁰¹ Barkhuysen & Claessens 2015, par. 8.