

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

Verslaglegging¹ door Lise Van den Eynde en Jorrit Peters

Vierde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 30 september 2022

Tijdstip: 13:00-18:00

Plaats: Grote zittingszaal van de Hoge Raad der Nederlanden, Korte Voorhout 8 te 's-Gravenhage.

Auteurs-sprekers:

Pim Huisman en Mandy van Rooij (Nederland, publiekrecht), Jacques Sluysmans en Nikky van Triet (Nederland, privaatrecht), Thomas Leys (België, publiekrecht), Nicolas Carette en Samuel De Winter (België, privaatrecht)

Moderatoren: Rob Widdershoven (voor Nederland) en Frederik Peeraer (voor België)

Verslaggevers: Jorrit Peters en Lise Van den Eynde

Verwelkoming en inleiding:

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter

Ter bevordering van de dialoog over het onderwerp van de meeting start Lidy Wiggers-Rust met een filmpje van een kunstwerk van de Cypriotische kunstenares Iliada Charalambous, dat is opgesteld in de Parktuin van Paleis Soestdijk. Het heeft de dialoog tot thema. De Parktuin is speciaal geopend om een podium te bieden voor innovatie en het kunstwerk is aangemerkt als een VOORLOPER.

1. De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit en/of de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de voorzitter van het Platform, auteurs-sprekers en moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd).



(Iliada Charalambous – ‘What could we be? – Visions’ | VOORLOPERS | Paleis Soestdijk | Te raadplegen via YouTube)

‘Dit werk begon als een experiment rond manieren om mensen bijeen te brengen. Burgerbijeenkomsten waar mensen elkaar kunnen ontmoeten, praten, zichzelf kunnen uitdrukken en een ontmoetingsplaats creëren. Met mijn werk wil ik de vraag stellen: wat kunnen wij als burgers van Nederland doen om een betere toekomst te creëren en vaker op politiek vlak bij elkaar te komen? Wat ik wil aanmoedigen met dit werk en de dialoogsessie die als finissage van de tentoonstelling zal dienen, is om je af te vragen wat het inhoudt om politieke dialogen te voeren met vreemden.’

Lidy Wiggers-Rust heet allen heel hartelijk welkom en vervolgt: de vrije en ronde opstelling van stoelen door Charalambous nodigt uit tot een dialoog en heeft als motto ‘Alleen samen kunnen wij de toekomst aan!’. Zij citeert Wouter Sniijders, oud-vicepresident van de Hoge Raad en voormalig regeringscommissaris voor het Nieuw Burgerlijk Wetboek, die schreef ‘de meeste problemen [te verwachten, LR] van de noodzaak tot coördinatie van privaatrecht en bestuursrecht, al of niet van internationale origine’. Sniijders had een vooruitziende blik! Bestuurs- en privaatrecht zijn immers, mede onder invloed van Europees recht, in toenemende mate verweven, en het dreigt er niet bepaald gemakkelijker op te worden. Wiggers-Rust noemt het een zegen om samen met het gezelschap van vanmiddag een vrije gedachtewisseling te hebben over eventuele fricties tussen publiek- en privaatrecht en de mogelijke opheffing daarvan ter verbetering van de toekomst van ons recht.

Hoewel de zit op deze middag niet zó vrij is als in de Parktuin van Paleis Soestdijk, is er alles aan gedaan om ook in deze grote zittingszaal van de Hoge Raad waar normaal gesproken op het hoogste niveau recht wordt gedaan, de opstelling zo te kiezen dat men vrijelijk met elkaar van gedachten kan wisselen. Dat is intussen één van de kenmerken van het Platform geworden. Wiggers-Rust wil de Hoge Raad alvast heel hartelijk danken voor zijn gastvrijheid en doet dat graag in de persoon van Edwin Bleichrodt, procureur-generaal bij de Hoge Raad, die namens de Hoge Raad een enkel woord tot ons zal richten. Zij geeft hem graag het woord.

Edwin Bleichrodt

Bleichrodt heet iedereen op zijn beurt van harte welkom in het gebouw van de Hoge Raad der Nederlanden. Men bevindt zich in de grote zittingszaal van de Hoge Raad, de mr. Visserzaal. Deze zaal is vernoemd naar de president van de Hoge Raad die vanwege zijn joodse afkomst in 1941 door de Duitse bezetter werd ontslagen, zonder dat daar door de Hoge Raad protest tegen werd gevoerd. Als eerbetoon is de grote zaal naar hem vernoemd. Vanmiddag is men hier bijeen voor de vierde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke achtergrond met als missie het voorkomen van onnodige verschillen tussen publiek- en privaatrecht, en het realiseren van een optimale wisselwerking tussen die twee werelden. Dat is een doelstelling die van harte wordt ondersteund door de dagelijkse gebruikers van dit pand.

Vergaande specialisatie in het kader van de rechtspleging mag volgens Bleichrodt nooit onze ogen sluiten voor hoe in andere rechtsgebieden wordt omgegaan met vaak verwante problemen. Het bevorderen van de rechtseenheid vormt naast de rechtsontwikkeling en de rechtsbescherming één van de drie kerntaken van de Hoge Raad. Rechtseenheid in het burgerlijk recht en het strafrecht wordt door de Hoge Raad vanuit zijn rol als hoogste rechter en vanuit zijn rol als een van de vier hoogste bestuursrechters nagestreefd. De rechtseenheid wordt ook via de Commissie rechtseenheid bestuursrecht bevorderd waarbij op de meest constructieve basis sprake is van een kruisbestuiving. Bleichrodt vervolgt: rechtseenheid veronderstelt rechtsvergelijking. Zonder rechtsvergelijking is het streven naar onnodige verschillen een illusie. Daarom verlenen de Hoge Raad en het Parket graag gastvrijheid aan het Platform. Een bijzonder welkom geldt de Belgische deelnemers aan het Platform. Bleichrodt bewaart zelf goede herinneringen aan de gedachtewisseling tussen Belgische en Nederlandse juristen in de Vereniging met de lange naam, de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Ook persoonlijk heeft interne rechtsvergelijking zijn aandacht, in het bijzonder op het terrein van de waarheidsvinding, waarmee hij zich als hoogleraar Strafrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam bezighoudt. Het onderwerp van vandaag leent zich volgens Bleichrodt bij uitstek voor interne en externe rechtsvergelijking.

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust dankt Bleichrodt voor zijn vriendelijke en inspirerende woorden.

Er staat voor vanmiddag inderdaad een belangrijk onderwerp op de agenda, op het snijvlak van publiek- en privaatrecht, waarin het domeingoederenrecht (in Belgische terminologie) centraal staat. Het onderwerp is zo lastig dat Eduard Meijers, ontwerper van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (van 1992), het eertijds wijzer vond af te zien van een algemene regeling van zaken met een publieke bestemming in het Burgerlijk Wetboek. Omdat het om nogal verschillende zaken gaat, achtte hij het eerder een taak voor de bijzondere wetgever om per zaak, als dat nodig mocht zijn, een specifieke regeling te treffen. Wiggers-Rust merkt op dat ook in België in het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van het domeingoede-

renrecht voorzichtig is geopereerd; het nieuwe artikel 3.45 is op dit punt, naar zij begreep, nog niet met onverdeeld gejuich ontvangen. Het onderwerp is volgens Wiggers-Rust ook verrassend actueel: een voorbeeld vormt de COVID-19-problematiek. Daar rees de vraag in hoeverre lockdownmaatregelen inclusief toegangsbeperkingen toelaatbaar zijn in het openbaar domein.

In dialoog zal vanmiddag worden besproken hoe het domeingoederenrecht er op dit moment voor staat, wat de ervaringen daarmee tot nu toe in publiek- en privaatrecht, in Nederland en België, zijn, en hoe we, mocht daaraan behoefte blijken te bestaan, op verstandige wijze kunnen vernieuwen en – in de geest van Charalambous – een Voorloper kunnen zijn!

De auteurs-sprekers, die door de moderatoren zullen worden voorgesteld, zullen de voortrekkers zijn van de dialoog. Zij zullen vanmiddag schitteren met hun mooie (concept)papers en filmpjes die zij hebben voorbereid ten behoeve van een gemakkelijke toegang voor allen. Wiggers-Rust feliciteert hen nu reeds heel hartelijk!

De dialoog zal worden gemodereerd door twee leden van het Platformbestuur, namelijk Rob Widdershoven (voor Nederland) en Frederik Peeraer (voor België). Rob is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en staatsraad advocaat-generaal voor bestuursrecht bij de Raad van State. Frederik is professor Methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en rechtstheorie aan de Universiteit Gent en professor Juridische argumentatieleer aan de Universiteit Antwerpen. Zij zullen deze middag exploreren wat de toekomst is waarnaar wij verlangen en proberen daarin met de zaal verder te denken dan het hier en nu. Wiggers-Rust geeft de leiding graag aan hen over.

Frederik Peeraer

Peeraer bedankt Wiggers-Rust voor de introductie. Hij heeft de eer om drie Belgische preadviseurs voor te stellen. Aan privaatrechtelijke kant introduceert hij Nicolas Carette en Samuel De Winter. Nicolas Carette is hoogleraar Goederenrecht en bijzondere overeenkomsten aan de Universiteit Antwerpen en is tegelijk ook vennoot bij het advocatenkantoor Equator, dat gespecialiseerd is in het privaat- en publiek vastgoedrecht en bouwrecht. Samuel De Winter, die samen met Nicolas Carette, het preadvies aan privaatrechtelijke kant voor België heeft geschreven, is aspirant van het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen (FWO) en bereidt in die hoedanigheid een proefschrift voor dat zich in de thematiek van vandaag bevindt. Thomas Leys, de auteur van het Belgisch, publiekrechtelijk preadvies, is referendaris bij het Grondwettelijk Hof en is doctoraatsstudent aan de Katholieke Universiteit Leuven. Hij bereidt er zijn proefschrift voor en zal dit binnenkort hopelijk met veel succes verdedigen.

Rob Widdershoven

Widdershoven stelt de sprekers aan Nederlandse zijde voor. Voor het privaatrecht zijn er Jacques Sluysmans, hoogleraar Onteigeningsrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en advocaat bij Van der Feltz advocaten en Nikky van Triet, advocaat te Den Haag bij Barents en Krans. Voor het publiekrecht zijn dat Pim Huisman, universitair hoofddocent aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep en Mandy van Rooij, senior wetgevingsjurist bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en tevens onderzoeker aan de Vrije Universiteit.

Thema I. Scope openbaar domein**Frederik Peeraer**

Peeraer dankt Widdershoven voor de voorstelling. Hij heeft het genoeg om de aftrap te geven van de dialoog. Uiteraard begint dit met de vraag waarover het gaat vandaag. Voor de pauze gaan we het hebben over een drietal zaken. Ten eerste de scope of omvang van het onderwerp van vandaag: wat er nu uiteindelijk onder het openbaar domein valt. Tegelijkertijd worden er vragen opgeworpen over ontstaan en tenietgaan en over de specifieke gevolgen van openbaar domein. Aftrappen doen we met die eerste vraag over de scope van het openbaar domein:

I. Scope openbaar domein

- Wat wordt precies onder openbaar domein verstaan en welke goederen vallen hier eigenlijk onder?
- Kan een openbare zaak/goed ook eigendom zijn van een private partij?
- Valt de eigendom van een openbare zaak/goed in beginsel onder het privaatrecht of onder het publiekrecht?
- Bestaan op deze punten verschillen tussen Nederland en België en welke verklaring is hiervoor te vinden?

Peeraer legt deze vraag eerst voor aan de Belgische preadviseurs en vraagt meteen of een openbare zaak of goed ook eigendom kan zijn van een private eigenaar, gelet op de discussie die daarover bestaat in België.

Nicolas Carette

In het Belgisch recht maken we een onderscheid tussen openbaar domein en privaat domein. Aan het uitgangspunt van privaat domein – dat is niet hetzelfde als privégoederen – is weinig bijzonders. Die goederen kunnen toebehoren aan de overheid, maar daar zijn weinig bijzondere regels op van toepassing. De uitzonderingscategorie zijn de openbare domeinggoederen die aan een aantal criteria moeten voldoen.

Sinds de hervorming van het Belgisch Burgerlijk Wetboek is er een nieuw artikel 3.45, waarin een echte definitie van openbaar domein ontbreekt (hoewel die er bijna was gekomen, maar daar wordt later op teruggekomen), maar waarin wel het onderscheid tussen privaat domein en publiek domein wordt vastgelegd, alsook het uitzonderingskarakter van het publiek domein.

Voor de criteria om tot dat uitzonderingsregime te behoren vallen we terug op rechtsleer en rechtspraak. De rechtsleer is zeer verdeeld. De rechtspraak is gelukkig veel consistent. Het Hof van Cassatie hanteert doorheen de jaren vrij standvastig het criterium dat een goed behoort tot het openbaar domein als het is bestemd voor het gebruik van allen. Dat is een formeel criterium.

In het kader van de hervormingen van boek 3 'Goederen' van het Belgisch Burgerlijk Wetboek was er een ontwerpbepaling, artikel 3.59, die wél een definitie van het openbaar domein bevatte. In die bepaling had men aan de bewoordingen van het Hof van Cassatie ('bestemd voor het gebruik van allen') nog een aantal woorden toegevoegd, met name 'of voor een openbare dienst'. Kort daarna in 2018 heeft het Hof van Cassatie die definitie bij wijze van anticipatieve interpretatie overgenomen: als de wet zo zal luiden, is het eenvoudig dat we dat nu al zo gaan interpreteren. Vervolgens is die bepaling in het parlementaire proces merkwaardig genoeg gesneuveld. Wellicht zal die (met de openbare dienst aangevulde) definitie van het Hof van Cassatie desondanks vooralsnog blijven gelden.

Dan blijft wel naar Belgisch recht de vraag of die aanvulling, 'of voor een openbare dienst', veel toevoegt. Potentieel wel. Voor wie daar enthousiast over is, ruikt openbare dienst zeer sterk naar algemeen belang, waardoor uiteindelijk ongeveer alle zaken zouden kunnen behoren tot het openbaar domein. Dat lijkt me echter niet de strekking te zijn van die toevoeging. In het verleden kreeg het Hof van Cassatie immers veel kritiek over de definitie 'bestemd voor het gebruik van allen'. Neem nu bijvoorbeeld een gevangenis. U kan niet zomaar zeggen dat u daarin gaat slapen. U kan dat misschien wel willen en u kan daar misschien wel voor zorgen, maar dan gaat u het waarschijnlijk ook moeilijk hebben om er terug uit te geraken. Alleszins, omdat dat criterium van het gebruik voor allen niet zo aangepast was, heeft men dan die openbare dienst toegevoegd.

Een tweede belangrijke vraag over de goederen van openbaar domein is of die goederen van de overheid moeten zijn. Daar zijn we binnen het Belgisch recht niet eensgezind over. Volgens Carette is dit naar de meerderheidsopvatting geen vereiste. Er kunnen dan private goederen bezwaard worden met de openbare domanialiteit. Het typevoorbeeld is erfgoed of een weg die ligt op een private bedding of stuk grond. Dan zegt men – daar is uiteraard een procedure voor – dat goed of die weg behoort tot het openbaar domein.

Thomas Leys

Leys sluit zich aan bij de uiteenzetting door Carette. Er bestaat inderdaad discussie over de criteria van openbaar domein: alleen 'bestemd voor het gebruik van allen' of daarnaast ook 'voor de openbare dienst', wat heel ruim kan zijn.

Leys wil graag inpikken op de vraag wie eigenaar kan zijn van openbaar domein: alleen de overheid of ook private eigenaars? Hierin verschilt Leys van mening met Carette. Leys is van mening dat alleen overheidsgoederen tot het openbaar domein kunnen behoren. We moeten een onderscheid maken tussen enerzijds overheidsgoederen en anderzijds particuliere goederen. Binnen die overheidsgoederen moeten we een onderscheid maken tussen openbaar domein, wat het uitzonderingsgeval is, en privaat domein.

Er zijn weliswaar particuliere goederen die een openbare bestemming hebben (bijvoorbeeld wegen, erfgoed, etc.), maar die zijn onderworpen aan een specifiek wettelijk regime. We mogen dat niet vereenzelvigen met openbaar domein. Van die particuliere goederen met een openbare bestemming, die al dan niet onderworpen zijn aan een specifiek wettelijk regime, zegt men vaak dat dat openbaar domein is, maar Leys is het daar niet mee eens. De gevolgen van het regime van openbaar domein zijn volgens hem niet toepasbaar op particuliere goederen. Dit komt later ook nog aan bod, dus Leys wenst er later nog op terug te komen.

Een tweede belangrijk punt in die discussie is volgens Leys het eigendomsrecht, artikel 1 EP EVRM in het bijzonder, dat bepaalde eisen stelt aan eigendomsbeperkingen. Los van de evenredigheid (in welk verband het Belgisch Grondwettelijk Hof wel eens uitspraak doet over vergoedingen, maar daarover later meer) vereist het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een voorzienbare wettelijke basis. Daar zit volgens Leys een groot probleem. Men kan in de eerste plaats betwisten dat er een wettelijke basis is, want in het nieuwe goederenrecht wordt er gezegd: 'publieke goederen behoren tot het privaat domein, tenzij ze bestemd zijn tot het openbaar domein.' Men kan zich afvragen of het al dan niet beperkend is. Volgens Leys wel. In de tweede plaats, als je dan toch wil aannemen dat er een wettelijke basis is, kan men betwisten dat die voldoende voorzienbaar is.

Het standpunt van Leys dat openbaar domein enkel betrekking kan hebben op overheidsgoederen en niet op particuliere goederen, wordt in België volgens hem voornamelijk gevolgd in de publiekrechtelijke literatuur, maar opvallend genoeg betwist door privatisten.

Frederik Peeraer

Peeraer bedankt de Belgische preadviseurs en wijst op de vele discussiepunten die deze eerste vraag over de scope van het openbaar domein reeds met zich meebrengt. Alvorens in te gaan op andere vragen, zoals de gevolgen van openbaar domein, is hij benieuwd naar de situatie in het Nederlands publiek- en privaatrecht. Heersen daar gelijkaardige discussies of is de scope daar een uitgemaakte zaak?

Rob Widdershoven

Widdershoven constateert dat de discussie over de vraag of het regime van het openbaar domein al of niet toepasbaar kan zijn op particuliere goederen in Nederland niet bestaat maar dat er wel een hoop andere discussiepunten zijn! Hij geeft de Nederlandse preadviseurs het woord.

Jacques Sluysmans

Vanuit het privaatrechtelijk perspectief ziet Sluysmans dit thema als een soort grote roze suikerspin. Alles ziet roze maar als je het vastpakt dan smelt het in je hand weg, dan blijft er maar weinig van over. We hebben het over openbaar kunstbezit, openbare gebouwen, publieke diensten. Dat voelt allemaal openbaar en publiek en allemaal een beetje van hetzelfde maar als je daarop inzoomt zijn er weinig juridische relevante gezamenlijke kenmerken vanuit privaatrechtelijk perspectief. Je kunt die suikerspin niet als een groep behandelen. Je houdt bij die suikerspin dus alleen het stokje over. Het stokje vormt strikt de openbare zaken die wel degelijk gemeenschappelijke kenmerken hebben. Dat zijn onroerende zaken die als kenmerk hebben dat ze voor een algemeen onbestemd publiek toegankelijk en te gebruiken zijn en waarbij de eigenaar een duldplicht heeft van het normaal gebruik door het publiek van die zaak. De rechtspraak focust zich bij die zaken dan vooral op wegen en wateren (openbare wegen en wateren) maar ook de kuststrook en de (bodem van de) territoriale zee en de Waddenzee maken daarvan deel uit. Het gaat om een omkaderd geheel van onroerende zaken met als gemeenschappelijk kenmerk dat de eigenaar een normaal gewoon gebruik van die zaken te dulden heeft. Zo blijkt dat onder Nederlands recht die openbare zaken ook van private eigenaren kunnen zijn. De rechtspraak laat daar voldoende ruimte voor bestaan. Op het moment dat een private eigenaar van een openbare zaak zich geconfronteerd ziet met die duldplicht, is dat vaak het moment dat één van de partijen naar de rechter zal stappen.

Pim Huisman

Huisman begint met de gemeenschappelijke kenmerken. In Nederland en in België is het gemeenschappelijke dat zaken met een publieke bestemmingen geen vaste definities hebben. Het is zoeken naar wat men daar nu eigenlijk precies onder verstaat. Huisman geeft aan dat het nuttig is om deze uiteenlopende groep zaken in te delen in categorieën, en daarbij goed te kijken naar het verschil in rechtsgevolgen. De eerste categorie betreft de openbare zaken. Huisman en Van Rooij verstaan daar precies hetzelfde onder als de privatisten. Het gaat om onroerende zaken waarvan iedereen eigenaar kan zijn, zowel overheden als particulieren. Er zit echter wel een belangrijk rechtsgevolg aan: het gewone gebruik van die openbare zaak moet geduld worden door de eigenaar. Denk aan de openbare wegen en de openbare wateren. De volgende categorie die zij onderscheiden is die van de zaken die voor het publiek toegankelijk zijn maar waarvan het gebruik niet zonder meer geduld hoeft te worden. Denk bijvoorbeeld aan overheidsgebouwen. Op de openbare weg mag je 's nachts gewoon rondlopen maar bij het gemeentehuis is die toegang dan beperkt. De derde categorie is die van roerende zaken met een publieke bestemming. Dat is een ongelijksoortige groep, bijvoorbeeld kunstobjecten, veerboten en brandweerauto's. De brede thematiek van de vraagstelling van het Platform heeft bij Huisman en Van Rooij tot veel inspiratie geleid om te kijken waar zaken zich van elkaar onderscheiden en de gevolgen van de categorisering uiteen te zetten.

Mandy van Rooij

In aanvulling op Huisman geeft Van Rooij aan dat een openbare zaak ook eigendom kan zijn van een private partij, maar dat het voor de afbakening niet duidelijker zou zijn als alleen het eigendom van de overheid betrokken zou worden. Een aantal zaken die vroeger eigendom van de overheid waren, zijn immers geprivatiseerd, zoals treinen en treinstations. Het is soms efficiënter en goedkoper om sommige publieke zaken of diensten via het privaatrecht te organiseren, maar dan is er geen verschil in de openbaarheid én de toegankelijkheid beoogd. Het is dan de vraag in welke categorie die zaken vallen. De overheid is daarom voor Nederland een onvoldoende onderscheidend kenmerk. Van Rooij geeft daarbij voorts aan dat het ook een glijdende schaal is. Er zijn meer ontwikkelingen die het ingewikkelder maken om een scherp onderscheid te kunnen aanbrengen. Denk bijvoorbeeld aan de treinstations. Vroeger was zo'n station onderdeel van de openbare weg en kon je daar doorheen lopen, zoals op Utrecht Centraal, maar met de komst van de OV-poortjes is die toegang beperkt geraakt.

Rob Widdershoven en Frederik Peeraer

De moderators stellen voor om de gasten in de zaal aan het woord te laten. De discussie aan Belgische zijde begint al los te barsten, voornamelijk over de vraag of private eigendom kan behoren tot het openbaar domein. Alvorens de Belgische genodigden aan het woord te laten, geeft Peeraer nog het woord aan Carette.

Nicolas Carette

Carette wil nog twee punten maken. Een eerste punt betreft de categorisering. In België hebben we twee categorieën: openbaar domein en privaat domein. De categorieën die de preadviseurs publiek recht voor Nederland onderscheiden (nl. openbaar, semi-openbaar en roerende zaken met een publieke bestemming) bestaan in België niet. Daarin is het Belgisch recht minder fijnmazig. Het openbaar domein in België kan evenwel die categorieën omvatten, dus Carette denkt dat er op dat niveau geen aanleiding bestaat tot begripsverwarring en België en Nederland hier wel dicht bij elkaar aansluiten.

Het tweede punt gaat over particuliere eigendom. Ten dele is dat 'het geslacht der engelen'. Wanneer een goed in particuliere eigendom is onderworpen aan een bijzonder regime, zou men zich kunnen afvragen waarom men zich moe zou maken over de vraag of het dan tot het openbaar domein behoort: als dat regime dan toch al tot in detail is uitgewerkt, zullen we dat maar toepassen. Dan is de vraag over de categorisering grotendeels zonder voorwerp.

Sommigen zien een aanknopingspunt in artikel 3.45 Burgerlijk Wetboek voor het standpunt dat enkel overheidsgoederen tot het openbaar domein kunnen behoren. Langs de andere kant voorziet het vernieuwde Burgerlijk Wetboek in België in een eeuwigdurend erfpachtrecht ten behoeve van het openbaar domein. Dan vat je in principe toch ook de hypothese dat iemand eigenaar is van een goed, daar een erfpacht op vestigt ten behoeve van de overheid met het oog op het openbaar do-

mein en dit alles eeuwigdurend. Carette ziet dit als een illustratie van goederen in particuliere eigendom die tot het openbaar domein behoren, maar dan niet het goed in zijn totaliteit, maar enkel het erfpachtrecht. Als we spreken over eigendom, is de vraag steeds: eigendom van wat? Van iets dat we kunnen vastnemen? Of van een zakelijk recht (bijv. een openbare erfdiensbaarheid, een erfpacht, etc.)?

Dialog

Een Belgische deelnemer bedankt de sprekers voor hun interessante uiteenzettingen en wenst verder in te gaan op de woorden van Carette. Hij vraagt of er voorbeelden zijn van particuliere goederen die rechtstreeks aan domanialiteit zijn onderworpen. Deze deelnemer noemt zelf het voorbeeld van de vroegere buurtweg, de gemeenteweg. Als men de gemeenteweg bekijkt, ervan uitgaand dat de gemeente niet de eigenaar is, is dat een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid. Hij vermoedt dat dit begrip in Nederland niet zo bekend is, maar in België is dat het geprefereerde instrument om eigendomsbeperkingen op te leggen aan particuliere eigenaars. In de rechtspraak en rechtsleer over buurtwegen en gemeentewegen, ziet men de erkenning dat de eigenaar van de bedding van de buurt-/gemeenteweg daar wel graafwerken zou mogen verrichten voor zover die in overeenstemming zijn met de bestemming als weg. Het gaat dan wel heel moeilijk zijn om daar te graven. Een ander relevant voorbeeld is de rechtspraak (reeds in de 19de eeuw) die zegt dat aangezien het slechts een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid is, de bomen die op de weg staan blijven toebehoren aan de particuliere eigenaar. Hij kan die dan kappen en snoeien, weliswaar soms mits een aantal beperkingen. Mogelijk problematisch is dat men daar spreekt van een erfdiensbaarheid. In België althans is een erfdiensbaarheid op een roerende zaak moeilijk te concipiëren, omdat we erfdiensbaarheden vooral voor onroerende goederen hebben bedacht en niet voor roerende goederen. Dit is relevant voor erfgoed.

Sluysmans vraagt de Belgische deelnemer om te verduidelijken of in België met een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid hetzelfde wordt beoogd als in Nederland met een gedoogplicht. Dezelfde Belgische deelnemer reageert op de vraag van Sluysmans. Een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid omvat in de eerste plaats wel een gedoogplicht, maar zeker bij een onroerend of roerend erfgoed is het veel ruimer. Dan zijn er ook verplichtingen tot onderhoud, herstel, in standhouden, enz. Het kan dus in bepaalde gevallen ruimer zijn dan een gedogen, maar het is wel in de eerste plaats een gedoogplicht.

Een Nederlandse deelnemer heeft een vraag naar aanleiding van de publieke erfdiensbaarheid. Aan die erfdiensbaarheid zit een verplichting vast, die mist de deelnemer bij de kenmerkende rechtsgevolgen van de auteurs, namelijk dat als het gaat over een openbare zaak dat de zorg voor die openbare zaak dan ook rust bij de overheid. Als we kijken naar andere openbare zaken zoals water geldt dat volgens de deelnemer eigenlijk eveneens. Voor de wateren en wegen verbinden de publiekrechtelijke regelingen uit de Waterwet en de Wegenwet dit rechtsgevolg aan het openbaar worden van wateren en wegen. De afwezigheid van definities van openbare zaken zijn daarom volgens de Nederlandse deelnemer ook niet te vinden in het privaatrecht en alleen vindbaar in het publiekrechtelijk kader. De

publiekrechtelijke term voor de wegen en wateren is dan waterstaatswerken. De hele regeling bijvoorbeeld over verkeer is publiekrechtelijk zonder dat men toekomt aan de definitie van openbare zaken. Daarom is de deelnemer met name benieuwd of de auteurs bewust de zorg van de overheid voor de goede staat van de openbare zaak hebben weggelaten als kenmerk in het paper.

En tweede vraag van de deelnemer gaat over de categorie publieke plaatsen zoals bijvoorbeeld overheidsgebouwen. Dat zouden zaken zijn waarbij geen rechtsgevolg is dat het gebruik onmiddellijk geduld moet worden. Het publiek heeft daar geen vrijheid waar dat dulden tegenover staat. Tenminste zo ziet de deelnemer dat dulden in de context van Hohfeld's rechtsverhoudingen (*fundamental legal conceptions*). Om die vrijheid te handhaven moet men daarom ook niet alleen kijken naar de private verhoudingen onderling maar volgens de deelnemer ook naar de rol van de overheid. De deelnemer is benieuwd of wat betreft die publieke plaatsen het volgens de auteurs nou daadwerkelijk zo is dat dat alleen maar overheidseigendom zou moeten zijn. Of is die situatie ook te vergelijken met die van de supermarkt waar we allemaal naar binnen mogen en die slechts gereguleerd is onder het huisrecht?

Pim Huisman en Mandy van Rooij

De vraag gaat volgens Huisman over onderhoud en de definitie van openbare zaken. Onderhoud vindt hij een interessant onderwerp maar vanwege de omvang van de papers en de vraagstelling van het Platform hebben ze dat niet kunnen behandelen. Over onderhoud valt veel te zeggen, ook wetstechnisch gezien. De Waterwet is volgens hem een mooi voorbeeld omdat daarin verschillende kaders zijn geïntegreerd. Bij de wegen speelt de discussie nog of daar niet beter bepaalde kaders in elkaar geschoven moeten worden. Het punt over de definities roept de vraag op wat nu precies het nut is van hele algemene wettelijke definities voor de praktijk. Op het punt van concrete geschillen gaat het er volgens Huisman bijvoorbeeld over of een bepaald water openbaar is en zo ja, wat er dan geduld moet worden. Daarvoor geeft de rechtspraak handvatten. Huisman stelt de vraag aan de zaal of er in de praktijk daadwerkelijk behoefte is aan een nadere definiëring van het begrip openbaar.

Vervolgens noemen Van Rooij en Huisman overheidsgebouwen semi-openbaar omdat ze ook wel eens dicht zijn. Je kunt er niet altijd gebruik van maken maar er vinden zulke belangrijke gebeurtenissen plaats dat je een hoge drempel moet hebben om ze daar weg te houden. Denk aan veelschrijvers, aan mensen die overlast veroorzaken, die lat ligt volgens Van Rooij hoog. Is dat een privaatrechtelijke lat? Het huisrecht? Of is dat het publiekrecht? Ontzegging van de toegang tot het gemeentehuis is over de privaatrechtelijke band gegaan. Volgens Van Rooij wordt dit in de literatuur ook wel geïntegreerd. Damen beargumenteert in zijn annotaties bij de betreffende uitspraken bijvoorbeeld dat het weghouden van burgers bij de publieke taak die in dat gebouw wordt uitgevoerd ook als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht kan worden beschouwd.

Dialog

Over de definiëring wil een Nederlandse deelnemer nog iets zeggen. In de nautische wereld waarin de deelnemer werkzaam is wordt gekeken naar water op de volgende manier. Welk etiketje op dat water wordt geplakt is niet echt relevant. Wat uitmaakt is wat je daar mag doen. Over de vraag of het water openbaar is of niet is men heel duidelijk: is het niet afgesloten, hangt er geen bordje, geen fysieke barrière, dan is het openbaar, direct. Waar het volgens de Nederlandse deelnemer om gaat is: wat mag je daar wel en wat mag je daar niet doen? Haar punt is: als het openbaar water is, mag iedereen er dan op? Het wettelijk kader dat daar speelt is de Scheepvaartverkeerswet en daar volgen allerlei reglementen uit voort. Als je zo'n openbaar water koopt dan rust volgens de deelnemer op de koper een zware onderzoeksplicht en moet die goed kijken welke regelgeving op het water speelt. Dan weet je ook welke beperkingen er spelen. Als het openbaar water is, dan moet je soms met bepaalde dingen rekening houden. Het draaipunt zit volgens de deelnemer vooral in de vraag wat er mag gebeuren op basis van die publiekrechtelijke regelingen, die zeggen bijvoorbeeld dat bepaalde boten met gevaarlijke stoffen ergens niet mogen komen. Het water blijft dan gewoon openbaar maar niet voor iedereen.

Van Triet vraagt of de deelnemer meent dat de eigenaar met bordjes en feitelijke barrières kan aangeven wie dan het gebied mag betreden. Zij vraagt zich vervolgens af of je dan ook als eigenaar eigenstandig het normaal gebruik kan bepalen en zo ook de reikwijdte van wat is toegestaan.

De Nederlandse deelnemer geeft aan dat ze dat niet gezegd heeft. Zij stelt zich op het standpunt dat er een hele nautische wereld achter openbaar water zit met veel onderzoeksplichten. Bij de aankoop van water moet in de nautische wereld onderzoek gedaan worden naar wat aangekocht wordt. Bijvoorbeeld naar wat voor nautisch beheer daarop van toepassing is. Dat is volgens de deelnemer van groot belang vanwege de belangen van de scheepvaart. Daarom wordt het nautisch beheer in Nederland door Rijkswaterstaat gedaan. Daarmee gaat een hoop regelgeving, verkeersregels en bebording gepaard. Voorts wil de deelnemer graag meegeven dat bij water de definiëring van openbaarheid minder belangrijk is. Het is volgens haar handig om te weten maar het draait vooral om de vraag wat je precies op het water mag doen.

Sluysmans onderschrijft nadrukkelijk niet de stelling dat de begrenzing van de duldplicht wordt bepaald door de publiekrechtelijke nautische regelgeving.

Volgens de Nederlandse deelnemer moeten die twee punten niet met elkaar verbonden worden. Enerzijds is er het normaal gebruik maar anderzijds zijn er ook de scheepvaartbelangen die geborgd moeten worden. Dat is een heel publiekrechtelijk kader. Daar moet de eigenaar van een stuk water wel van op de hoogte zijn. Er is naar het oordeel van de Nederlandse deelnemer voor een eigenaar een duldplicht voor het gewone gebruik maar ook een duldplicht voor de beheertaken die de nautisch beheerder moet uitoefenen.

Daarop maakt Sluysmans het nog wat concreter. Stel u bent bijvoorbeeld eigenaar van openbaar water in Amsterdam en de havenmeester van de haven van Amsterdam neemt op basis van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden een besluit om ligplaatsen aan te wijzen. Sluysmans vraagt de Nederlandse deelnemer of zij de mening is toegedaan dat door het besluit de mogelijkheden van de eigenaar om bijzonder gebruik tegen te gaan beperkt worden. Met andere woorden: is dat besluit van invloed op de duldplicht van de eigenaar? Met deze laatste stelling zou hij het oneens zijn.

De Nederlandse deelnemer denkt dat dulden niet valt onder het gewoon normaal gebruik.

Een andere Nederlandse deelnemer sluit zich aan bij het standpunt van Sluysmans. Het is volgens de deelnemer verstandig om in deze discussie terug te gaan naar het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het publiekrecht kan volgens deze deelnemer regelen wat het publiekrecht wil maar dat laat onverlet dat je bij bijvoorbeeld een haven moet bezien of een feitelijke openbaarheid ook juridisch relevant is. In die zin dat wat een eigenaar toelaat, hij ook gehouden is om dat rechtens te blijven doen en dat daar een duldplicht uit voortvloeit. Bij wegen is dat met artikel 14 Wegenwet geregeld maar bij water veel minder. De regel is volgens de deelnemer steeds dat door feitelijk gebruik na afloop van een bepaalde periode dat gebruik steeds als normaal gebruik moet worden geduld. Dat kan verbazen aangezien dat kan betekenen dat een eigenaar een bepaald gebruik heeft toegestaan en na verloop van tijd vanwege het normaal gebruik nog meer moet gaan dulden dan dat hij voorheen deed. De deelnemer benadrukt dat een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht belangrijk is omdat wat publiekrechtelijk geldt niet per se de norm is. Dat toont zich ook bij het *Noordzee*-arrest uit 2000 waar bleek dat het fout kan gaan als de openbaarheid wordt ingevuld langs de lijn van het publiekrecht. Het wordt volgens deze deelnemer dan onnodig verwarrend.

Daar is de eerste Nederlandse deelnemer het op haar beurt dan weer niet helemaal mee eens. Op vaarwegen is volgens de deelnemer het Rijnvaartpolitiereglement gewoon van toepassing. Het kan niet anders dan dat iemand die de grond heeft aangekocht met dat reglement rekening moet houden.

De andere Nederlandse deelnemer vraagt zich af wat te doen als die kaart aantoonbaar fout is vastgesteld. Hij vraagt zich af of het dan pech voor die eigenaar is en die dan wat heeft te dulden. Of zegt de eerste deelnemer dat dan nog steeds het publiekrecht als hoofdzaak geldt?

Frederik Peeraer

Peeraer dankt de Nederlandse deelnemers voor hun interessante ingevingen en rondt de discussie over waterwegen af, waarna hij een Belgische deelnemer aan het woord laat.

Dialogo

Een Belgische deelnemer zegt geïnteresseerd te hebben geluisterd naar de nautische discussie in Nederland. In België is dat heel eenvoudig opgelost door te bepalen dat bevaarbare rivieren gewoon eigendom zijn van de overheid, omdat die openbaar domein zijn. Dit zou misschien een vereenvoudiging zijn in Nederland om het ook zo te doen, maar dat zal dan wel misschien een aantal onteigeningsvergoedingen kosten. Daarnaast heeft de Belgische deelnemer nog een opmerking over het nut van het label privaat domein/publiek domein enz. Hij vermoedt dat dit dienst doet als een algemeen regime dat eventuele bijzondere regimes kan aanvullen. Bij een enorm gedetailleerd bijzonder regime heb je natuurlijk niet veel nodig van dat algemeen regime, dus het nut van dat label zal afhangen van de vraag hoe gedetailleerd het bijzonder regime is. Ten slotte had hij ook nog een vraag over semi-openbare goederen, zoals gemeentehuizen. Hoe breed moeten we die semi-openbaarheid begrijpen? In België hebben we bijvoorbeeld minstens in het verleden regels gehad over het moment waarop de eigenaar van bomen die langs een openbare weg staan mag snoeien of hakken, met het oog op de regeling van het openbaar gebruik van die weg. Als zo'n weg periodiek wordt afgesloten om bomen te snoeien of hakken, is dat dan ook al een semi-openbare zaak? Of is dat te specifiek of uitzonderlijk?

Volgens Van Rooij is bij een openbare weg die tijdelijk wordt afgesloten voor bijvoorbeeld beheer nog steeds sprake van een openbare zaak. Denk bijvoorbeeld aan een wielerveder of het rooizeizoen. Die activiteiten leggen even beslag op de openbare weg, en het kan zijn dat dit bijzonder gebruik is waarvoor een toestemming of vergunning nodig is, maar dat betekent volgens haar niet dat de openbare weg dan niet meer openbaar is. Zij geeft toe dat de constructie waarbij je kijkt naar hoe een zaak overwegend wordt gebruikt ook in de praktijk onduidelijkheden kan opleveren. Bij coronawetgeving was bijvoorbeeld bij maatregelen voor publieke plaatsen belangrijk hoe de zaak normaal gesproken overwegend werd gebruikt. Als een plaats naar normaal gebruik overwegend voor het publiek toegankelijk was dan viel die plaats onder de lockdownmaatregelen. Zij wijst op unieke situaties waarbij er lidmaatschappen voor kroegen werden bedacht om die plaatsen aan de openbaarheid te onttrekken en maatregelen te voorkomen. Kort en goed concludeert Van Rooij dat door tijdelijke afsluiting in het kader van normaal gebruik de openbare bestemming niet tenietgaat.

Een Belgische deelnemer die tevens schepen is, merkt op dat de gemeente of het gemeentebestuur bij openbaar domein uitgaat van de eigendom van dat domein in handen van de gemeente. In geval van eigendom kan de eigenaar, zoals bijvoorbeeld de gemeente, allerlei zaken met dat goed gaan doen (bijv. de realisatie van projecten). Dit is niet zo bij een eenvoudige duldplicht. Zo moet de eigenaar van een openbare weg wel dulden dat die weg publiek toegankelijk is, maar niet dat de gemeente die weg versmalt om er een project op te realiseren. Zo veel kan een overheid niet realiseren met een duldplicht en daarin verschilt de duldplicht dus van het openbaar domein, waar de overheid veel meer mee kan. Daarom begrijpt de deelnemer openbaar domein ook als eigendom van de overheid. Hij nuanceert

dat er, behoudens vergissing, weliswaar een mogelijkheid bestaat om eeuwigdurende opstalrechten te vestigen ‘in functie van de doeleinden van het openbaar domein’. Hij stelt zich finaal wel de vraag of er met openbaar domein niet enkel wordt verwezen naar overheidsgoederen.

Peeraer geeft het woord aan een andere Belgische deelnemer die klaar staat om hierop een repliek te formuleren. Deze Belgische deelnemer is in de praktijk al lang bezig met openbaar domein. Op het einde van de rit heeft een etiket volgens hem enkel een nut als daar praktische gevolgen aan verbonden zijn. Wanneer in de praktijk in Vlaamse gemeenten wordt gesproken over openbare wegen, gebruikt men vaak de term ‘openbaar domein’. Dat is heel vaag. Vóór de inwerkingtreding van het Gemeentewegendecreet van 2019 in Vlaanderen had men in het wegenrecht drie gradaties. Die regeling is overigens niet te transponeren naar openbaar domein.

In Vlaanderen spreekt men in een eerste gradatie van een openbare weg wanneer de eigenaar ervan openbaar verkeer duldt. Hier kan men misschien een parallel trekken met de duldplicht in Nederland. In een tweede gradatie kan na 30 jaar een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid van doorgang ontstaan door verjaring, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan (o.a. ondubbelzinnig gebruik). In een derde gradatie kan sprake zijn van eigendom van de overheid, wanneer de grond aangekocht is door de gemeentewegbeheerder, er eigendom is ingetreden door verkrijgende verjaring, er is onteigend, enz. Volgens het Hof van Cassatie kan de gemeente als beheerder reeds bij die eerste gradatie, met name de openbare weg, alle daden van politie en beheer uitoefenen.

Dit alles is niet zonder meer over te zetten naar openbaar domein. Als men dan gaat beargumenteren dat de definitie van openbaar domein niet klopt, omdat die bijzondere regelingen daaraan niet geheel aangepast zijn, sluit de deelnemer zich eerder aan bij Leys. De principes toegepast op openbare wegen kunnen niet zomaar worden doorgetrokken naar particuliere goederen bestemd voor het gebruik van eenieder. Dat is praktisch onhoudbaar. De deelnemer vindt dat het regime van openbare wegen en openbaar domein duidelijker uit elkaar moeten worden gehouden omwille van de verschillende gevolgen van die regimes.

In Vlaanderen is het nu bovendien nog complexer door het Gemeentewegendecreet. Voor een openbare weg of gemeenteweg moet er een beslissing zijn van de gemeenteraad. Dit zou beter zijn voor de rechtszekerheid. Het grote probleem is dat als uitgangspunt van dit decreet alle ‘buurtwegen’ van vóór de inwerkingtreding nog steeds ‘gemeentewegen’ zijn. Daardoor is de complexe situatie ontstaan in de praktijk waar voor deze vroegere buurtwegen bij gebreke aan een beslissing van de gemeenteraad moet worden teruggevallen op de discussies in de rechtspraak en rechtsleer over de vraag wat een openbare weg is.

Kort samengevat lijkt heel die regeling van openbare wegen wel op openbaar domein, maar uiteindelijk verschillen die regimes in belangrijke mate, niet alleen wat betreft de definitie (openbare weg ten opzichte van openbaar domein), maar ook wat de rechtsgevolgen betreft (bijv. onvervreemdbaarheid, onverjaarbaarheid, etc.). Daarom vindt de Belgische deelnemer het niet nuttig om te zeggen dat

openbare wegen behoren tot het openbaar domein. Openbaar domein moet men als een afzonderlijke categorie beschouwen.

Frederik Peeraer

Peeraer vraagt Carette om zijn standpunt hierover te verduidelijken, aangezien Carette zijn visie had aangeduid als een meerderheidsstelling, maar er nu toch veel discussie over lijkt te bestaan.

Nicolas Carette

In Nederland heeft men inderdaad meer nautische discussies, in België gaan de discussies meer over de wegen. Een eerste opmerking is dat het niet zo is dat de wegeenis met al zijn bijzonderheden de default zou zijn van een regime van openbaar domein op particuliere goederen. Zo ver gaat Carette niet. Hij herhaalt de vraag die hij zich eerder stelde over eigendom van de overheid: eigendom van wat?

Ook verduidelijkt hij bij het voorbeeld van het eeuwigdurend opstalrecht dat zonet door de Belgische deelnemer werd gegeven, dat hij het bewust niet over een opstalrecht had, maar een erfpachtrecht. Opstal leidt immers tot de eigendom van een volume en van alles wat zich binnen dat volume bevindt. Het voorbeeld van een opstal komt dus eigenlijk overeen met de hypothese dat de overheid de eigenaar is. Dit verklaart de keuze van Carette om een eeuwigdurend erfpachtrecht als voorbeeld te nemen.

Stel dat A eigenaar is van een groot gebouw en dit in erfpacht geeft met het oog op een gevangenis. De overheid heeft een erfpachtrecht, maar is niet de eigenaar. Ga je dan, als we het zo concreet stellen, zeggen dat die gevangenis geen openbaar domein is?

Thomas Leys

Alvorens op dit punt te antwoorden, wil Leys eerst de ruimere context schetsen. Het openbaar domein is inderdaad zoals aangegeven door de Belgische deelnemers moeilijk af te bakenen. Langs de ene kant is het moeilijk om te zeggen dat openbaar domein enkel betrekking heeft op goederen van de overheid, want dan kom je terecht bij de discussie wat een overheid is. Langs de andere kant neem je, wanneer je volhoudt dat elk goed ongeacht de eigenaar kan behoren tot het openbaar domein, dat openbaardomeinstatuut mee en dat brengt exorbitante gevolgen teweeg. Dat vindt Leys veel problematischer. Die gevolgen kan je gewoon niet toepassen op particuliere eigendom. Bij opstal zijn de gevolgen duidelijker, omdat dit inderdaad leidt tot de eigendom van een volume. Bij erfpacht is dit veel minder duidelijk. Wordt het goed dat in erfpacht wordt gegeven openbaar domein of niet?

Volgens Leys wordt de term 'openbaar domein' in deze context eerder functioneel gebruikt. Dit is een groot probleem in België. We gebruiken die term voor bijna alles. Leys pleit er echter voor om de term te reserveren voor het strikt goederenrechtelijke regime met de bijhorende gevolgen van onvervreemdbaarheid, onver-

jaarbaarheid en onbeschikbaarheid. Op die plaatsen waar de term ‘openbaar domein’ niet in die zin wordt gebruikt, zou men beter spreken van ‘openbaar gebruik’ of ‘algemeen belang’. In deze interpretatie is het niet noodzakelijk dat het goed dat in erfpacht wordt gegeven openbaar domein wordt.

Een andere mogelijkheid is om opstalrechten te creëren accessoir aan een erfpachtrecht, die dan wel tot het openbaar domein zouden kunnen behoren.

Nicolas Carette

Carette meent dat er een verzoening kan zijn tussen de publicisten en privatisten in België op het vlak van die erfpachtrechten. De vraag is: wat is eigendom? Men kan immers ook eigenaar zijn van een erfpachtrecht.

Thomas Leys

Van een zakelijk recht zelf kan men inderdaad ook eigenaar zijn. In dat opzicht beaamt Leys dat Carette en hij zijn verzoend.

Dialog

Een Nederlandse deelnemer vraagt zich af hoe het zit met private eigendom en dan met name bij roerende zaken. De deelnemer stelt eerst als voorvraag wat de relevantie is van het onderscheid tussen verschillende roerende zaken. De deelnemer ziet de relevantie bij de openbare kunst wel degelijk in maar bij de brandweerauto is dat volgens hem al lastiger. Doordenkend op die lijn zie je volgens de deelnemer dat brandweerauto's en politieauto's altijd eigendom zijn van de brandweer of politie. Maar je hebt in Nederland ook bepaalde openbare roerende zaken zoals bijvoorbeeld reddingshelikopters van de geprivatiseerde search- and rescue teams op zee. De deelnemer vindt het moeilijk om daarvan te zeggen dat helikopters openbare zaken zijn.

Het belang is volgens Van Rooij om te bepalen welke rechtsgevolgen er zitten aan de brandweerauto. Zij verbindt er geen openbaar karakter aan in die zin dat de burger daar een ‘recht’ op heeft om toegang toe te hebben. Van Rooij wijst erop dat hier zich weer de glijdende schaal toont. Brandweerauto's zitten naar haar mening in dat opzicht meer in het private domein van de overheid dan het schilderij in de Rijkscollectie met museale waarde, waarvoor de wet wel publieke toegankelijkheid regelt. Sommige roerende zaken hebben een sterker publiek karakter en sommige wat minder, aldus Van Rooij.

Een Nederlandse deelnemer betwijfelt of het onderscheid tussen openbare en semi-openbare zaken nuttig is. Openbare zaken zijn volgens de deelnemer overduidelijk zichtbaar. Dat zijn het strand, de rivieren, etc. Bij semi-openbare zaken is er met dat label geen winst te behalen, beter kan men de term ‘publieke bestemming’ gebruiken. Daar kan de deelnemer veel beter mee uit de voeten dan met het label semi-openbaar. Semi-openbaar is naar zijn oordeel een tussencategorie waarvan niet goed gezegd kan worden wat je er als eigenaar mee moet doen. Bij zaken met

een publieke bestemming ligt dat anders. Zaken met een publieke bestemming zijn bijvoorbeeld niet voor beslag vatbaar. In het voorbeeld van de search- and rescue teams kan je dan zeggen dat vanwege de publieke bestemming geen beslag op de helikopters gelegd kan en mag worden omdat daar die dag mee uitgevlogen moet kunnen worden.

Het is volgens Widdershoven opvallend dat in België die semi-publieke zaken juist wel bij het openbaar domein behoren omdat die wel gelijkwaardige rechtsgevolgen hebben, en zelfs roerende zaken daar ook onder kunnen vallen.

Een Nederlandse deelnemer reageert op Widdershoven en wil weten van Belgische kant of het juist is (zoals bij het terugkerende voorbeeld van de gevangenis) dat die uitbreiding naar 'goederen bestemd voor de openbare dienst' gelijkgesteld kan worden met wat aan Nederlandse zijde semi-openbaar wordt genoemd.

Leys is niet van mening dat die twee zaken gelijkgesteld kunnen worden. Het traditionele criterium van het 'gebruik van allen' werd als te beperkend ervaren, omdat er nu eenmaal niet zoveel goederen zijn die écht bestemd zijn tot het gebruik van allen (bijv. wel de wegen). Ook toen al werd aanvaard dat die goederen ook onrechtstreeks konden zijn bestemd voor het gebruik van allen. Neem nu bijvoorbeeld het militair domein: daar kan niet zomaar iedereen komen (bijv. omwille van schietoefeningen), maar het leger is wel voor iedereen nuttig. Op die manier ging men dat criterium heel hard oprekken.

Het criterium dekte niet meer echt de lading. Zo werd algemeen aanvaard dat (in ieder geval de belangrijkste) goederen van openbare dienst (bijv. kerncentrales, scholen, universiteiten, etc.) tot het openbaar domein behoorden. Er is nooit veel discussie geweest dat bepaalde goederen die men eerder als openbare dienst kan beschouwen, ook onder openbaar domein vallen. De vraag is natuurlijk hoe ver dat concept reikt. Pragmatisch gezien is de vraag hoe ruim dat openbaar domein is vaak voorbarig, omdat uiteindelijk de bestemming door de overheid (de affectatie) bepalend is.

Een Nederlandse deelnemer stelt de vraag of het Belgisch recht al dan niet zoals in Nederland een onderscheid kent tussen openbare zaken en zaken met een publieke bestemming.

De Belgische preadviseurs zijn het erover eens dat dat onderscheid in België niet wordt gemaakt.

Peeraer sluit de discussie voorlopig af. Hoewel deze zich vooral geconcentreerd heeft rond de vragen over de scope, zijn hier en daar ook de gevolgen reeds aan bod gekomen. Peeraer geeft aan dat hier na de pauze nog op kan worden teruggekomen.

Pauze

Thema II Ontstaan en tenietgaan openbaar domein/affectatie en desaffectatie

Na de pauze wordt gestart met het volgende thema:

II. Ontstaan en tenietgaan openbaar domein/affectatie en desaffectatie

- Hoe ontstaat/gaat teniet openbaar domein in Nederland en België?
- In welke gevallen is hierbij een rol voor de overheid weggelegd en welke rol kan dit zijn?
- Welke rol speelt artikel 1 van het Eerste Protocol/het égalitébeginsel in dit verband in Nederland en België?
- Bestaan op deze punten verschillen tussen Nederland en België en welke verklaring is hiervoor te vinden?

Rob Widdershoven

Het tweede deel vangt aan met de vraag hoe openbaar domein in België en Nederland kan ontstaan of tenietgaan. In België spreken ze dan over affectatie en disaffectatie. Vraag is volgens Widdershoven vooral ook of artikel 1 EP EVRM een rol speelt. Maar eerst keert Widdershoven kort terug naar Huisman en Van Rooij met de vraag of een onderverdeling tussen openbaar en semi-openbaar nou daadwerkelijk nuttig is.

Pim Huisman en Mandy van Rooij

Het onderscheid tussen openbaar en semi-openbaar vinden Huisman en Van Rooij een belangrijk onderscheid omdat er aan semi-openbare zaken een ander rechtsgevolg kleeft dan aan openbare zaken. Openbare zaken zijn een afgebakende club van het strand, de zee en de wateren en de openbare weg en daarop rust een duldplicht. Bij semi-openbare zaken zoals het gemeentehuis is die duldplicht er niet. Dat is volgens Huisman heel belangrijk voor het onderscheid.

Wat betreft de vraag hoe een openbare zaak ontstaat en tenietgaat is Huisman kort. Openbare zaken kunnen ontstaan door de natuur zoals bij het strand maar ook door bestemmingshandelingen zoals bij openbare wegen. Dat is ook wettelijk geregeld in de Wegenwet. Een andere manier is de feitelijke situatie zoals bij wateren die langs natuurlijke weg ontstaan.

Rob Widdershoven

Widdershoven informeert bij de deelnemers of artikel 1 EP EVRM Nederland de mogelijkheid geeft om ook private eigenaren te confronteren met het feit dat ze openbare zaken bezitten.

Jacques Sluysmans

Sluysmans antwoordt dat artikel 1 EP EVRM niet gaat over de ontneming maar juist over de regulering of beperking van de eigendom en daarom niet zo'n grote rol speelt. Hij kan zich op hoofdlijnen niet voorstellen dat dat in andere gevallen wel zo zou zijn. Voor de Wegenwet speelt volgens hem de voorzienbaarheid. Men weet pas waar men aan toe is op het moment dat men geconfronteerd wordt met grond die een openbaar karakter krijgt. Die regeling is gegeven vanuit het algemeen belang. Sluysmans vraagt zich af of er dan wel sprake is van een fair balance. Als hij kijkt naar de Wegenwet dan kan hij zich niet goed voorstellen dat daar een verstoring plaatsvindt die gecompenseerd moet worden. Hij vraagt zich af waarom je gecompenseerd zou moeten worden als je decennialang het gebruik van je weg hebt geduld. Sluysmans stelt zich op het standpunt dat vanuit Nederlands perspectief daar geen compensatie voor verschuldigd is, ook niet op basis van artikel 1 EP EVRM. Enige twijfel hadden de auteurs over openbare wateren omdat daar een duidelijke regeling ontbreekt. Sluysmans merkt op dat het ontstaan van openbaarheid daar rechtsonzekerheid met zich meebrengt, met name omdat bij wateren niet duidelijk is hoe lang en frequent gebruik moet worden gemaakt van zo'n water om zo'n openbare status te verkrijgen.

Rob Widdershoven

Widdershoven informeert bij de Belgische deelnemers of dit ook bij hen speelt.

Frederik Peeraer

Peeraer wijst erop dat er tegelijk nog een bijkomend element is, met name het ontstaan van openbaar domein. In Nederland kan het openbaar karakter voortvloeien uit een feitelijk gebruik, dat in België toch minder vanzelfsprekend is. Peeraer vraagt De Winter om zijn visie hierover te delen.

Samuel De Winter

In België heet de bestemming tot het gebruik van allen 'de affectatie'. Dit kan uitdrukkelijk of stilzwijgend. Daarnaast kunnen goederen ook 'van nature' tot het openbaar domein behoren. Bij natuurlijk openbaar domein gaat er geen beslissing van de overheid aan vooraf.

Wat de situatie betreft van goederen van particulieren die tot het algemeen belang worden bestemd, speelt er uiteraard een zekere rechtsbescherming. Die wordt geregeld in specifieke wettelijke regelingen. Zo voorziet artikel 28 Gemeentewegendeceet in een tegensprekelijke procedure, waardoor dat regime niet eenzijdig kan worden opgelegd en bepaalde waarborgen in acht moeten worden genomen.

Belangrijk daarbij is de vergoeding, zeker in het licht van artikel 1 EP EVRM en het égalitébeginsel bij gemeentewegen bijvoorbeeld. Het Gemeentewegendeceet voorziet in een vergoeding. De eigenaar wordt daar in een vroeg stadium van de procedure betrokken. Er wordt een schaderapport opgesteld door een landmeter-

expert vooraleer die erfdiensbaarheid van doorgang wordt gevestigd op de private eigendom. De eigenaar kan dit schaderapport betwisten, waarna een soort college zich over de kwestie zal buigen.

De Winter beschouwt de vergoeding als een belangrijk element om het eigendomsrecht te vrijwaren bij het ontstaan van 'openbaar domein'.

Thomas Leys

Leys gaat akkoord met De Winter dat de bestemming tot het openbaar domein bepalend is in België, maar wenst de notie 'natuurlijk openbaar domein' te nuanceren. Hiertoe behoren klassiek de stranden, de zeeën, de rivieren, etc. Deze categorisering is betwist. De natuur kan immers niet het juridisch regime bepalen van zaken. Dit regime koppelt de mens er zelf aan. Volgens bepaalde strekkingen bestaat natuurlijk openbaar domein dus niet, maar is er sprake van een impliciete bestemming. Er is immers niet steeds een uitdrukkelijke bestemming vereist, waarbij de overheid bijvoorbeeld zegt: 'Deze gevangenis is bestemd tot het openbaar domein.' Men aanvaardt ook dat het openbaar domein ondubbelzinnig uit de feiten blijkt.

Nederlandse deelnemer

Een Nederlandse deelnemer vraagt of iemand daarvoor een compensatie moet geven en hoe dat dan werkt.

Thomas Leys

In de opvatting van Leys, waarbij private goederen niet tot het openbaar domein kunnen behoren, stelt de vraag van compensatie zich niet. Het gaat dan immers enkel om overheidsgoederen. Openbaar domein is volgens Leys in het algemeen niet verzoenbaar met de waarborgen die artikel 1 EP EVRM biedt. Hij herhaalt dat het openbaardomeinregime volgens hem niet voldoende voorzienbaar is.

Op het vlak van evenredigheid voorzien specifieke regelingen in het beste geval in een compensatie wanneer private eigendom in het geding is. Het is niet noodzakelijk een probleem wanneer deze regelingen niet voorzien in een compensatie, omdat de regeling dan impliciet een vergoeding kan bevatten en de rechter moet oordelen of deze in het licht van de evenredigheid moet worden toegekend. Met andere woorden moet men bij private goederen – als men dan toch beargumenteert dat deze tot het openbaar domein behoren – steeds *in concreto* nagaan of de evenredigheid wordt gerespecteerd. Disproportionele gevolgen moeten worden vergoed met een gepaste compensatie om het evenwicht te herstellen.

Frederik Peeraer

Peeraer vraagt de Belgische, privaatrechtelijke preadviseurs of ze aansluiten bij Leys.

Samuel De Winter

De Winter sluit aan bij Leys en stelt dat een formalistische benadering in België nog steeds de bovenhand voert: een beslissing van de overheid, de bestemming of affectatie, als bepalend element. Een Cassatiearrest van 17 oktober 2014 bevestigt bovendien dat een goed tot het openbaar domein kan behoren zodra de overheid daartoe heeft beslist, ook al heeft die bestemming zich in de feiten nog niet gerealiseerd. Stel dat de gemeente besluit om een braakliggende grond te bestemmen tot stadspark. Dan behoort die grond vanaf dat ogenblik tot openbaar domein, ook al zijn de werken om die grond toegankelijk te maken voor het publiek nog niet gestart. De Winter kan zich vinden in de stelling dat het bestaan van natuurlijk openbaar domein wordt betwist in België.

Dialogo

Een Nederlandse deelnemer acht de voorgaande discussie en de papers in goederenrechtelijk opzicht zeer verontrustend. Hij legt uit dat in het goederenrecht zeer strak de hand gehouden wordt aan de eigendom en de rechtszekerheid. Er moet nogal wat aan de hand zijn voordat je je eigendom verliest. Bijvoorbeeld bij verjaring, dan moet iemand 20 jaar lang bezit hebben gehad om de eigenaar volledig uit zijn eigen bezit te kunnen stoten. Als je kijkt wat hier gebeurt, op grond waarvan verlies je dan de kern van je eigendomsrecht? Op iets wat dan duurzaam is? En hoe lang is dat? Hij was er helemaal van geschrokken dat dat blijkbaar ook instant kan gebeuren wanneer fysieke barrières ontbreken en het betrokken water niet is afgebakend. Dat vindt men goederenrechtelijk heel eng. Hij had het ook enorm moeilijk om vat te krijgen op deze materie. De Hoge Raad is spaarzaam in regels en laat veel over voor de feitelijke rechtspraak. Wat dat betreft lijkt het Belgisch recht volgens de deelnemer wel meer zekerheid te bieden omdat daar een overheidsorgaan een besluit moet nemen en de gevolgen daarvan ook moet compenseren. Ten slotte merkt de deelnemer op dat de Belgische situatie veel trekken heeft van ont-eigening. Voorts stelt de deelnemer dat een jaar of tien geleden bij het EHRM een fantastische zaak speelde over verjaring waarbij de nationale rechter in eerste instantie de verjaringsregeling van Engeland in strijd met artikel 1 EP EVRM verklaarde. De Grote Kamer van het EHRM achtte de verjaringsregeling niet in strijd met artikel 1 EP EVRM omdat in die specifieke casus de verjaringsregeling speelde bij een erkend overheidsinstituut. De Nederlandse deelnemer wil in dat verband graag van de auteurs horen of het inderdaad zo is dat artikel 1 EP EVRM zich tegen affectatie door verjaring verzet.

Een Belgische deelnemer met bijzondere expertise in verkrijgende verjaring is verheugd dat dit punt ter discussie komt. In België komt verkrijgende verjaring ten gunste van het openbaar domein of de affectatie door verkrijgende verjaring bijna uitsluitend voor bij buurtwegen en gemeentewegen. Ruimer kan dit volgens hem een algemeen principe zijn, want eigendomsrechtelijke beperkingen van publiekrechtelijke aard (bijv. publiekrechtelijke erfdienstbaarheden) zou men kunnen beschouwen als een zakelijk recht, maar dat is betwist. Ook komt deze Belgische deelnemer graag terug op de vergoeding. In België en Nederland is er in principe geen vergoedingsplicht ten laste van degene die door verjaring heeft verkregen,

wat in onze hypothese de overheid is (bijv. de gemeente). In België is er sinds de invoering van het nieuwe goederenrecht een artikel 3.29 lid 2 BW, dat de bezitter te kwader trouw oplegt om sommige voordelen die hij uit het goed heeft getrokken terug te geven aan de eigenaar die zijn recht is verloren. De deelnemer vraagt zich echter af hoe dat moet worden toegepast op de verkrijgende verjaring van een weg ten gunste van het openbaar domein. Het is immers ingewikkeld om de goede of de kwade trouw van een overheid vast te stellen, omdat dat niet één persoon is, maar een groep personen.

Frederik Peeraer

Peeraer stuurt aan op een reactie aan Nederlandse zijde.

Jacques Sluysmans

Een van de probleempunten is dat het moeilijk te zien is wie er nu precies moet vergoeden. Sluysmans en Van Triet hebben in het paper al een voorbeeld gegeven van een weggetje dat al jaren als openbare weg wordt gebruikt. De wandel- en fietsersbond die deze weg al jaren in hun routes hadden opgenomen vroegen de rechter de weg als openbaar te kwalificeren. Dat wil zeggen dat de eigenaar van het weggetje het gewone gebruik van de wandel- en fietsersbond moet dulden. Het is volgens Sluysmans de vraag of de rechter de in hun preadvies genoemde wandel- en fietsersbond een vergoeding moet laten betalen voor het gebruik van het openbaar verklaarde weggetje (Laantje van Alverna). Hij wijst daarvoor ook naar de casus uit hun paper waarbij verschillende personen jarenlang frequent met bootjes op een stuk water zijn gaan varen. Sluysmans vraagt de zaal of dat stuk water door dat jarenlange varen een openbaar karakter heeft verkregen en of, en zo ja wie, er dan moet compenseren. Die vraag is belangrijk maar heeft volgens Sluysmans nooit beantwoording in de rechtspraak of cassatierechtspraak gekregen.

Dialogo

Widdershoven vraagt of de discussie over compensatie en het ontstaan van een openbaar karakter ook niet gevoerd is in het kader van schending van artikel 1 EP EVRM. Bij Sluysmans zijn daarover geen zaken bekend.

Van Rooij verwijst naar A-G Spier in zijn conclusie bij het arrest *Staat/Diepenmaat*, waarin hij met toepassing van artikel 1 EP EVRM concludeert dat de beperking van het eigendomsrecht in die zaak niet voorzienbaar bij wet was.

Een Nederlandse deelnemer wijst op een arrest uit 1962 waarin wel iets van eigendom is opgeworpen door de Hoge Raad. Uit het arrest *Staat/Huizen* volgt dat er geen publieke bestemming aan een zaak kan worden gegeven tegen de wil in van een eigenaar (in dat geval de overheid). De deelnemer meent dat dit ook voor de particuliere eigenaar geldt. Medewerking van de eigenaar is vereist. Deze kan ook in een nalaten bestaan.

Een andere Nederlandse deelnemer (die eerder al het woord voerde) wil, naar wat zij noemt, ‘onjuistheden’ rechtzetten in de dialoog. Het staat volgens betrokkene heel duidelijk in het Burgerlijk Wetboek wat een openbaar water is: ieder water dat open staat voor het publiek. De deelnemer stelt zich op het standpunt dat als iemand boeien in het water gaat leggen het water daardoor niet langer meer openbaar is. Volgens de deelnemer worden in deze dialoog twee zaken door elkaar gehaald en moeten openbaar water en openbaar vaarwater nadrukkelijk van elkaar gescheiden worden. Openbaar vaarwater is volgens de Hoge Raad – en dat is later ook door lagere rechtspraak bevestigd – water dat frequent en duurzaam gebruikt wordt. De vraag of water openbaar is heeft naar het oordeel van de deelnemer dus niets te maken met eigendomsontneming, maar enkel met het gebruik van dat water. Zij geeft aan voorstander te zijn van voldoende ruimte voor de feitenrechter om te bepalen wat wél en niet tot openbaar water behoort.

Een andere Nederlandse deelnemer maakt enkele opmerkingen over verjaring in goederenrechtelijk perspectief. Hij geeft aan dat verjaring een harde regeling van 20 jaar kent waar de rechter niet van af kan wijken met bijvoorbeeld een aangepaste verjaringstermijn van 18 jaar. De Nederlandse deelnemer constateert dat het toestaan van een bepaald gebruik op een openbaar water ook definitief is, daar kun je niet later nog van gaan afwijken. De gevolgen van een bepaald gebruik zijn erg groot. Derhalve vraagt de deelnemer zich af waarom het duurzaam gebruik niet in navolging van de verjaringstermijnen op 20 jaar wordt vastgesteld. In het arrest van 3 december 2021 van de Hoge Raad (*Staat/Kerkewaard*) is ook besloten om niet aan te sluiten bij de systematiek van de Wegenwet. Het lijkt de deelnemer niet noodzakelijk maar de civiele rechter moet volgens hem wel strenger gaan zijn en die 20 jaarstermijn ter hand gaan nemen.

Een volgende Nederlandse deelnemer ziet twee mogelijkheden voor het ontstaan van openbaarheid. Enerzijds door instemming van de eigenaar, anderzijds door onteigening indien instemming uitblijft. Bij onteigening is de overheid aan zet. De deelnemer denkt dat in die situatie artikel 1 EP EVRM en de rechtszekerheid geen problemen opwerpen en dat daarom een bepaling van 20 jaar onnodig is. De deelnemer acht het handiger om bij openbaar vaarwater net als bij de huidige praktijk van vaarwater aan te gaan sluiten bij een publiekrechtelijk kader en de openbaarheid louter bij besluit te laten ontstaan in plaats van door praktische/feitelijke ontwikkeling.

Een andere Nederlandse deelnemer begrijpt de discussie van de andere deelnemers niet helemaal. Volgens deze deelnemer is bij instemming van de eigenaar de kous toch af? Op de vraag wie moet compenseren bij het verkrijgen van een openbare status suggereert de deelnemer de overheid vanwege het openbaar belang.

Rob Widdershoven

Widdershoven is het met de laatste deelnemer eens, aangezien wat een rechter (als overheidsorgaan) vaststelt volgens hem ook een kwestie van regulering is vanwege de Staat der Nederlanden.

Jacques Sluysmans en Nikky van Triet

Wat betreft onteigening wijst Sluysmans op de duldplicht bij openbare zaken. Deze duldplicht heeft het karakter van een gedoogplicht. Gedoogplichten hebben het voordeel dat deze pas worden ingezet als het openbaar belang daarbij gebaat is en dat ze exact omschrijven wat nu daadwerkelijk gedoogd moet worden. Een gedoogplicht kent ook een volledige schadeloosstelling. Sluysmans vindt een gedoogplicht een veel elegantere manier om met openbare zaken om te gaan dan onteigening. Het heeft daarom zijn voorkeur eerst met een gedoogplicht te werken alvorens over te gaan tot onteigening. Van Triet merkt op dat in België een nadrukkelijk besluit vereist is voor openbaarheid. In Nederland wordt openbaarheid heel vaak na feitelijk gebruik vastgesteld. Dat levert volgens haar veel rechtsonzekerheid op.

Dialogoog

Sluysmans stelt dat de duldplicht het karakter heeft van een gedoogplicht. Met gedoogplichten worden dezelfde effecten bereikt maar dan met een regeling die in compensatie voorziet.

Een Belgische deelnemer heeft een vraag over de bestemming door de overheid tot openbaar domein. De Belgische preadviseurs gaven aan dat er steeds een actie nodig is van de overheid. Volgens hem bestaan er in Vlaanderen echter ook feitelijke discussies, zoals bijvoorbeeld het geval dat er mensen gedurende een bepaalde periode over een privaat terrein ondubbelzinnig en ongestoord wandelen. Dan ontstaat ook de discussie of hierdoor een openbare weg is ontstaan. Daarnaast bestaat in de context van het Gemeentewegendecreet ook het concept van contractuele wegen. Ofwel kom je tot een weg door een actieve onteigeningsdaad, ofwel wordt de grond vrijwillig overgedragen, ofwel spreek je contractueel af dat de grond mag worden gebruikt voor een bepaalde duur. Nadien herneemt de eigenaar de volle eigendom en moet er opnieuw worden onderhandeld over een eventuele verlenging. In een laatste hypothese, waarin er geen van deze situaties zich voordoet en er dus niets gebeurt, vervalt je volgens hem ook in Vlaanderen in die feitelijke discussie.

Thomas Leys

Leys pikt in op deze vraag en benadrukt het onderscheid tussen openbaar domein en de bijzondere regelingen zoals het Gemeentewegendecreet. Inzake openbaar domein stelt het Hof van Cassatie zeer duidelijk dat feitelijk gebruik niet volstaat. Er is in theorie altijd een beslissing nodig, hoewel de impliciete beslissing natuurlijk heel dicht kan aanleunen bij het feitelijk gebruik.

Bij gemeentewegen geeft het specifiek wettelijk kader daarover ook gevolgen aan het gebruik. Dit kan verjaring teweegbrengen na 30 jaar. Leys denkt dat dit ook in Nederland kan. Dan wordt een grondstrook onder bepaalde voorwaarden een gemeenteweg. Het nieuwe Vlaamse decreet vereist evenwel een beslissing van de overheid, maar in Wallonië volstaat nog steeds het feitelijk gebruik.

Leys herhaalt de noodzaak om deze twee kaders uiteen te houden: enerzijds het regime van openbaar domein, anderzijds de specifieke regelingen zoals deze inzake gemeentewegen.

Dat het feitelijk gebruik kan volstaan voor het ontstaan van een gemeenteweg is volgens Leys niet noodzakelijk onverenigbaar met artikel 1 EP EVRM. De eigenaar had tijdens de wettelijk vastgelegde en voorzienbare periode van 30 jaar het gebruik kunnen stoppen. In andere gevallen kan er wel meer discussie over bestaan.

Samuel De Winter

Een weg kan inderdaad in de feiten 30 jaar lang door het publiek worden gebruikt, maar volgens het Gemeentewegendecreet is daar nog altijd een beslissing van de gemeenteraad nodig waarin ondubbelzinnig wordt vastgesteld dat dat gebruik heeft plaatsgevonden. De Winter interpreteert het decreet zo dat die beslissing van de gemeenteraad constitutief is voor de vestiging van de erfdienstbaarheid en dus ook voor het openbaardomeinstatuut van de weg of de erfdienstbaarheid. Die beslissing van de overheid kan met andere woorden worden beschouwd als de affectatie.

Dialogo

Een Belgische deelnemer zit nog met twee opmerkingen over het vereiste van een expliciet besluit. Ten eerste zorgt een expliciet besluit van de overheid niet noodzakelijk voor rechtszekerheid. Stel je voor dat die beslissing een intern ministerieel besluit is dat nergens gepubliceerd wordt: dat kan je na 30 of 40 jaar niet terugvinden. Als men die richting wil uitgaan, moet er dus ook een publiciteitsregeling (bijv. overschrijving of inschrijving in de openbare registers) aan gekoppeld worden.

Ten tweede kan het vereiste van een expliciet besluit de rechtszekerheid andersom ook schaden. Als we het Gemeentewegendecreet als voorbeeld nemen, kon vroeger een openbare weg ontstaan bij het vervullen van de voorwaarden van verkrijgende verjaring (o.a. 30 jaar, openbaarheid, etc.). Nu is er een beslissing van de gemeenteraad voor nodig. Dit betekent dat wanneer de bevolking een weg 30 jaar, 40 jaar of zelfs langer gebruikt, men bij stilzitten van de gemeente dus niet zeker kan zijn dat het gebruik van die weg morgen nog mogelijk zal zijn. Ook al is dat sinds mensenheugenis al het geval.

Dat levert problemen op wanneer een eigenaar na jarenlang het gebruik te hebben gedoogd, de weg plots sluit en zegt dat er juridisch geen weg bestaat. Het is onduidelijk wat er dan moet gebeuren. Als de gemeente dan ineens wel vaststelt dat die verjaring is ingetreden en daarmee bevestigt dat er een weg is, die dan ook moet worden aangelegd of opengesteld, rijzen er natuurlijk delicate vragen.

Volgens een Nederlandse deelnemer is de relevante vraag meer waarom de overheid hier precies een rol heeft. Hij zou de rol van de overheid niet zien als vastlegger van die verjaring, dan spant men volgens de deelnemer het paard te veel achter de wagen. Instemming door de overheid is een nuttig instrument, dat vraagt de We-

genwet ook maar voor vaarwegen ligt dit volgens de deelnemer toch anders. Bij vaarwegen ligt het beheer altijd bij het waterschap of bij de provincie of bij het rijk. Die vaarwateren hebben minder publiek belang omdat de overheid toch al aansprakelijk is voor beheer. Bij wegen ligt dat anders. Daar is volgens de deelnemer de overheid in een veel eerder stadium betrokken nog voordat deze als wegbeheerder gaat fungeren. De deelnemer merkt ten slotte op dat deze zienswijze wel ziet op openbare zaken en niet op de bredere groep van zaken met een openbare bestemming.

Van Rooij vraagt zich wel af of het vereiste van een (bestemmings)besluit een oplossing is. Ook dan is het nodig dat er keuzes gemaakt worden over onder welke voorwaarden die bestemming gegeven kan worden en is een beoordeling per geval vereist. Sprake kan zijn van het verplaatsen van het probleem van de rechter naar het bestuur.

Thema III. Gevolgen openbaar domein; toepasselijk recht

III. Gevolgen openbaar domein; toepasselijk recht

- Welke gevolgen zijn in Nederland en België voor de eigenaar van het ‘openbaar domein’ aan het openbaar karakter/de publieke bestemming verbonden?
- Geldt het normaal voor de eigendom van zaken/goederen geldende recht voor het openbaar domein in Nederland en België onverkort?
- Welke rol speelt in België het precariteitsvereiste en hoe wordt in Nederland met de onderliggende problematiek omgegaan?
- Bestaan op deze punten verschillen tussen Nederland en België en welke verklaring is hiervoor te vinden?

Rob Widdershoven

Widdershoven gaat door naar het volgende thema: wat zijn de gevolgen van het openbaar domein?

Nikky van Triet

Bij openbare zaken wijst Van Triet op de duldplicht van het normale gebruik van de zaak. Over wegen is in de jurisprudentie overwegend aangenomen dat de duldplicht rechtstreeks voortvloeit uit de openbaarheid. Wat dat normaal gebruik precies is valt op voorhand niet duidelijk te zeggen en is zeer casuïstisch. Bij de overige categorieën is er geen duldplicht.

Pim Huisman

Wat betreft het normatief kader is het Burgerlijk Wetboek van toepassing op openbare zaken. Daarnaast zijn de grondrechten van toepassing en daar komen voor de overheid de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij.

Frederik Peeraer

Peeraer stelt voor om dezelfde oefening aan Belgische kant te doen.

Thomas Leys

Nu de discussie over de gevolgen is aangebroken, meent Leys duidelijk te kunnen maken waarom hij al de hele tijd moeilijk doet over openbaar domein en particuliere eigendom. Aan het openbaar domein zijn belangrijke gevolgen gekoppeld. Ten eerste zijn die goederen onvervreemdbaar en onverjaarbaar. Je kan ze niet verkopen of anderszins verkrijgen. Dat verklaart ook al meteen Leys' standpunt dat openbaar domein geen betrekking heeft op particuliere goederen. De onvervreemdbaarheid heeft men immers bedacht om de openbare bestemming te beschermen.

Daarbij sluit aan dat men klassiek zegt dat openbare domeingoederen niet kunnen worden bezwaard met private, zakelijke of persoonlijke, gebruiksrechten, maar alleen met administratieve rechten: domeinvergunningen of -concessies. Op dit klassieke, nogal extreme standpunt is men teruggekomen, aangezien het elke valorisatie van het openbaar domein onmogelijk maakte. Geleidelijk aan is daar een opening gecreëerd. In het hervormde Burgerlijk Wetboek zegt men nu dat alle gebruiksrechten mogelijk zijn, voor zover die overeenstemmen met de openbare bestemming. De grens is dus de verzoenbaarheid met de openbare bestemming.

Vroeger stelde het Hof van Cassatie in zijn vaste rechtspraak nog een tweede voorwaarde: het recht moet precair zijn. De overheid moet steeds de mogelijkheid hebben om het recht op het openbaar domein om redenen van algemeen belang te wijzigen of te beëindigen. Dit is verregaand. Men kan wel rechten krijgen op openbaar domein, maar het kan er ook snel gedaan mee zijn. Daar zijn wel grenzen aan, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het is een open vraag of die klassieke voorwaarde van precariteit nu nog altijd geldt. Bepaalde stemmen zeggen dat de voorwaarde van verenigbaarheid met de openbare bestemming precariteit omvat. Het is dan aan de rechtspraak om dat precariteitsvereiste al dan niet af te leiden uit die verenigbaarheid met de openbare bestemming. Dat valt af te wachten.

Nicolas Carette

In België komen we van heel ver. Helemaal in het begin waren er twee categorieën: privaat domein (ook al is het van de overheid) als uitgangspunt en openbaar domein als uitzondering. Traditioneel ging men ervan uit dat het openbaar domein buiten de handel was. Dat hangt samen met het precariteitsvereiste. Een van de hoofdredenen daarvoor was de continuïteit van de openbare dienst: de overheid moet haar handen vrijhouden. Als men persoonlijke rechten (bijv. huur) of zakelijke rechten (bijv. erfpacht, opstal) daarop gaat toestaan, heeft de overheid haar handen niet meer vrij. Dat is het klassieke uitgangspunt in België, wat redelijk extreem is, zeker in vergelijking met Nederland.

Vervolgens heeft men ook in België overwogen of er toch geen rechten kunnen worden toegestaan op het openbaar domein. Dit heeft men geconcretiseerd en gefunctionaliseerd: waar men vroeger daar hardvochtig in was, zijn die mogelijkheden nu wettelijk verankerd (namelijk in art. 3.45 BW). Omdat de reden voor dat bijzonder restrictief regime de vrijwaring van de openbare bestemming en de continuïteit van de openbare dienst was, heeft men dat als functioneel criterium genomen. De situatie vandaag is dus dat bijna elk zakelijk recht zou kunnen worden gevestigd op openbaar domein, al moet de verzoenbaarheid met de openbare bestemming wel steeds concreet worden geëvalueerd. In die zin is het Belgisch recht volgens Carette 'afgeleden' naar het Nederlandse recht.

Dialogoog

De woordkeuze van Carette zorgt voor algemeen gelach onder de deelnemers. Hoewel 'afglijden' verkeerd kan klinken, bedoelt Carette voornamelijk dat men in België van een extreem standpunt is overgestapt op een functionelere aanpak. Een Nederlandse deelnemer stelt 'opgestegen' voor als alternatief. Carette lijkt zich hierin te kunnen vinden.

Frederik Peeraer

Peeraer vraagt de Nederlandse preadviseurs of de discussie over precariteit ook in Nederland van belang is.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer geeft aan dat precariteit in Nederland onbekend is. Het gevolg van de kwalificatie van een zaak als openbaar heeft enkel de duldplicht tot gevolg maar dat is geen belemmering om over die zaak te contracteren of deze te vervreemden of te bezwaren.

Een andere Nederlandse deelnemer zet uiteen dat tot 1992 in Nederland zaken formeel buiten de handel gesteld konden worden. Dit instrument was echter al rond 1900 door de rechtspraak onbruikbaar gemaakt. Wel is in artikel 3:5 BW de onverjaarbaarheid blijven staan. De deelnemer merkt op dat hij het erg jammer vindt dat deze twee mogelijkheden niet meer bestaan en niet meer gebruikt worden in het Nederlands recht. Zij zouden een probaat middel zijn tegen het huidige ongewenst fenomeen van 'landjepik', waarbij burgers op grote schaal gemeenteperken ongezien bij hun eigen perceel trekken en na 20 jaar deze gronden zelfs tot eigendom verkrijgen.

Een Nederlandse deelnemer werpt hier de vraag op wat Nederlanders precies van de Vlamingen kunnen leren. Hij wijst op artikel 14 Wegenwet dat de eigenaar van wegen verplicht om al het verkeer over een weg te dulden. Stel dat je als overheidseigenaar een kiosk op een zakelijk recht hebt gezet maar dat files ertoe nopen om die weg te verbreden ten koste van de kiosk. Zou in die situatie precariteit geen goede mogelijkheden bieden?

Op die vraag stelt een andere Nederlandse deelnemer de wedervraag of in het Nederlands recht die functie niet is overgenomen door het publiekrecht. Die kiosk heeft een vergunning nodig gehad: de meeste provincies en gemeenten hebben volgens deze deelnemer vaak een regel dat voor ander gebruik dan de bestemming een vergunning nodig is. Oplossing zou in de ogen van deze deelnemer zijn dat je de vergunning intrekt en bestuursrechtelijk gaat handhaven op basis van gebruik zonder vergunning. De deelnemer merkt op dat je nog wel met de aansprakelijkheid blijft zitten. Voorts stelt de deelnemer dat vergunningen in Nederland in zoverre precair zijn dat deze de openbare bestemming altijd moeten respecteren, tenzij je een andere wettelijke systematiek kiest. Hij wijst op concessies die veel verder gaan dan preciaire rechten.

Samuel De Winter

In België is de conclusie dat heel veel verschillende gebruiksrechten kunnen worden gevestigd op het openbaar domein. Bij de meeste zakelijke gebruiksrechten houdt dat vereiste van precariteit een *contradictio in terminis* in. Zakelijke rechten zijn allesbehalve precair: ze verlenen zekerheid en stabiliteit. De Winter raadt daarom aan om een precariobeding (i.e. een uitdrukkelijke beëindigingsgrond omwille van het algemeen belang) op te nemen in de vestigingstitel van een zakelijk recht op het openbaar domein.

Dit gebeurt het beste uitdrukkelijk aangezien de Raad van State, de Belgische hoogste bestuursrechter, reeds de rechtshandeling tot het sluiten van een opstalcontract nietig heeft verklaard, omdat de overheid zich in dat contract geen eenzijdige beëindigingsmogelijkheid in het algemeen belang had voorgehouden. Dit arrest deed stof opwaaien, omdat voordien een belangrijke stroom in de rechtsleer ervan overtuigd was dat dit niet uitdrukkelijk hoefde, aangezien dit reeds stilzwijgend voortvloede uit het feit dat de overheid partij was bij dat contract. Een gewaarschuwd man is er twee waard, dus men neemt die beëindigingsmogelijkheid minstens voor de zakelijke rechten op in het contract of de vestigingstitel.

Thomas Leys

Leys wil vergissingen over de precariteit voorkomen: het is geen recht om gratis een einde te maken aan elk recht dat de overheid heeft gevestigd. Klassiek is dat alleen maar zo bij domeinvergunningen, de minst zware manier om openbaar domein in gebruik te geven aan een derde. Bij de vroegtijdige beëindiging van andere rechten (domeinconcessies, persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten) moet de overheid in principe een schadevergoeding betalen.

Precair, ja, maar indien er tegenover de beëindiging een grote kost staat, is de vraag of de overheid daartoe wel wil/kan overgaan. Het is natuurlijk wel handig als er contractueel iets over bedongen is. Dat geeft de partijen meer duidelijkheid.

Daarnaast zegt Leys nog iets over de duurtijd van gebruiksrechten op het openbaar domein. Zakelijke rechten hebben vaak een maximumduur. Als er geen maximumduur is, kan het in principe eeuwigdurend zijn, maar een overheid moet natuurlijk

rekening houden met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Het voor eeuwig weggeven van rechten aan derden zal vaak onverenigbaar zijn met deze beginselen. Daar is dus een duidelijke begrenzing van de mogelijkheid van de overheid om eeuwigdurende rechten te verlenen.

Frederik Peeraer

Peeraer gaat over naar thema VII.

VII. Wisselwerking tussen privaats- en publiekrecht – behoefte aan nadere privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke regulering?

- Kijkend naar de gevonden resultaten: zijn er fricties in de wisselwerking tussen privaats- en publiekrecht dan wel onvolkomenheden in wet- en regelgeving gebleken?
- Kijkend naar de gevonden verschillen tussen Nederland en België: wat spreekt ons van de ander aan? Wat kunnen we van elkaar leren/overnemen?
- Welke (verdere) oplossingen van eventuele fricties/ onvolkomenheden stellen we voor en welke zijn daarvan de pro's en cons?

Meer in het bijzonder vraagt Peeraer of er behoefte is aan bijkomende regelgeving in dit verband. Of worden deze punten best overgelaten aan de feitenrechter?

Belgische deelnemer

Een Belgische deelnemer vindt het te gemakkelijk voor de wetgever om zulke vragen over te laten aan de rechter. Uit ervaring weet hij dat de praktijk wel een paar keer moet 'vloeken' als deze geconfronteerd wordt met een complex geval en dan in de rechtsleer en wetgeving moet lezen dat het de taak is van de feitenrechter om daarover te oordelen.

Frederik Peeraer

Peeraer stelt de vraag of de wetgever wel over de adequate informatie beschikt om een regeling uit te werken. Zijn de specifieke regelingen in Nederland en België vandaag de dag voldoende of zijn er lacunes die een betere, concrete regeling behoeven?

Jacques Sluysmans

Met name op het gebied van de rechtszekerheid valt er naar het oordeel van Sluysmans verbetering te behalen. Het begrippenkader zou verduidelijkt kunnen worden en ook ten aanzien van de openbare (vaar)wateren bestaat onzekerheid. Een twistpunt blijft voor Sluysmans of dat dan ook daadwerkelijk in regelgeving moet worden vastgelegd of dat dat kan worden overgelaten aan de rechter. Deze zou meer kunnen zeggen over de termijn van gewoon gebruik waarna een in oorsprong niet-openbaar water openbaar wordt.

Mandy van Rooij en Pim Huisman

Volgens Huisman en Van Rooij is wetgeving niet te zien als 'een toveroplossing'. Zij hebben in hun paper gekeken welke voorstellen tot het maken of aanpassen van wetgeving in formele zin in de literatuur zijn gedaan. Een daarvan is publiek-rechtelijke eigendom in de Awb te regelen, maar daar zijn zij geen voorstander van. Er zijn voorstellen gedaan om in het Burgerlijk Wetboek bijzonder gebruik te gaan regelen. Van Rooij en Huisman vragen zich af of een regeling in het Burgerlijk Wetboek de situatie anders maakt dan wat de rechter nu doet. Een ander voorstel is aanvulling van de Wegenwet met een bepaling waardoor bestuursrechtelijke handhaving op grond van die wet mogelijk wordt. Dat vinden beiden een goed idee.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer wil de zaal graag meegeven dat de nautische wereld hoopt dat er niet nóg meer wordt gecodificeerd. Er is volgens haar zoveel geregeld met betrekking tot wateren, er hoeft voor openbare wateren niets geregeld te worden, dat is reeds eerder gedaan in een hoop andere regelgeving.

Nicolas Carette

Carette denkt dat er eensgezindheid bestaat over de vrij grote rechtsonzekerheid. De vraag is natuurlijk of je daaraan kan remediëren. Er zijn weinig domeinen in het recht waar geen enkele discussie bestaat. Volgens Carette zijn er twee sporen die je kan bewandelen.

Ofwel kan je principiële keuzes maken. Bijvoorbeeld inzake het eigendomsstatuut: kan particuliere eigendom behoren tot openbaar domein? Dit is niet zo moeilijk om op te lossen, maar vereist wel een principiële keuze.

Een andere weg om te bewandelen, die natuurlijk verleidelijk is, is het grijpen naar bijzondere wetgeving, maar tegelijk is dat een vloek. Langs de ene kant is het vrij recht toe recht aan: men heeft een concrete hypothese voor ogen die men zo specifiek mogelijk kan regelen. Langs de andere kant zorgt dit voor verkokering van het recht: er zijn zoveel bijzondere regels die daarenboven deels overlappen en waarbij het fallback, gemeenrechtelijk regime niet duidelijk is. De vraag is of men dan op het einde van de rit wel beter af is. Carette stelt voor om in dit geval toch minstens een tweesporenbeleid te kiezen, waar men toch ook een aantal principiële keuzes in maakt.

Thomas Leys

Leys pikt hierop in. Volgens hem is men in België al blij dat we van niets naar iets zijn gegaan. In het oude Burgerlijk Wetboek hadden we immers niets, behalve een opsomming van een aantal goederen onderworpen aan bijzondere regels (art. 538-541 oud BW). Rechtshistorisch onderzoek heeft uitgewezen dat deze artikelen geen betrekking hebben op wat nu in België wordt begrepen onder openbaar domein.

Nu hebben we 'iets', met name de beperkte regeling in artikel 3.45 BW. Van die bepaling zijn volgens Leys te veel elementen gesneuveld tijdens de parlementaire voorbereidingen. De reden daarvoor is koffiedik kijken: er is weinig over te vinden in de parlementaire stukken. Wat wel is verduidelijkt, is de keuze om openbaar domein te verankeren.

Deze keuze is op zich al betwistbaar, omdat er ook stemmen waren in België om dit af te schaffen. Voor een overheid gelden volgens deze strekking sowieso al genoeg regels: algemene regels, bijzondere regels, algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Men gaat ervan uit in België dat de overheid in het algemeen belang bepaalde rechten moet kunnen opnemen in een overeenkomst. Hoewel deze strekking het openbaar domein niet nodig vond, heeft men er toch voor gekozen om het te verankeren.

Nu er toch gekozen is om openbaar domein wettelijk te verankeren, had Leys liever wat meer aspecten geregeld gezien, in het bijzonder de eigendom van het openbaar domein. Natuurlijk als openbaar domein beperkt wordt tot goederen van de overheid, rijst de vraag wie of wat een overheid is. Daarvoor zou de wetgever dan ook criteria moeten maken, wat ook niet evident is.

Een suggestie die Leys met aandrang naar voren schuift, omdat dit al een aantal problemen zou kunnen oplossen, is het stroomlijnen van de wildgroei van (bijzondere) regelgeving. Wetgevingen à la Gemeentewegendecreet met een speciale functionaliteit zijn gerechtvaardigd. Er zijn echter veel wetgevende ingrepen geweest op het openbaardomeinregime die vooral bedoeld zijn om de gevolgen ervan, met name de klassieke onbeschikbaarheid, te beperken. Wanneer de overheid die gevolgen in een concreet geval te verregaand achtte, bedacht de wetgever *ad hoc* uitzonderingen. Veel Vlaamse decreten geven de overheid onder bepaalde voorwaarden wél de mogelijkheid om rechten op het openbaar domein toe te kennen.

Nu het nieuwe artikel 3.45 BW eveneens toelaat om rechten toe te kennen op het openbaar domein, voor zover deze verenigbaar zijn met het openbaar domein, staan deze bijzondere regelingen hiermee op gespannen voet. Hoewel die bijzondere regelingen in het begin waren geconcipieerd als een versoepeling ten aanzien van het openbaardomeinregime, zijn ze nu vaak, als *lex specialis*, strenger dan het hervormde Burgerlijk Wetboek.

Een gemakkelijke opdracht voor de wetgever is dus het opkuisen van deze bijzondere wetgeving die intussen voorbijgestreefd is. Dit kan heel wat rechtsonzekerheid wegnemen, want die regelingen treffen heel veel goederen. Zeker in Vlaanderen treffen die bijzondere regelingen de meerderheid van de openbaardomeingoesden.

Rob Widdershoven

Over precariteit kunnen Nederlanders volgens Widdershoven een hoop leren. Hij stelt de zaal de afsluitende vraag of deze figuur ook in het Nederlands recht moet worden opgenomen.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat hij de precariteit voornamelijk vanuit het privaatrecht en het Burgerlijk Wetboek heeft benaderd. Hij wil de andere deelnemer uit Nederland die hierover eerder het woord voerde volgen in zijn stelling dat het publiekrecht als instrument niet vergeten moet worden, maar merkt op dat de gedachte van precariteit in zijn ogen juist was dat men géén beperkt recht had willen scheppen. Wellicht dat een sterke verbinding met het vergunningensysteem oplossingen biedt, dat is zijns inziens een vorm van precariteit.

Een andere Nederlandse deelnemer wijst de zaal nog graag op artikel 3:14 BW. Met artikel 3:14 BW kunnen naast het oude 'buiten handel' verklaren van goederen, privaatrechtelijke bevoegdheden die in strijd zijn met geschreven of ongeschreven publiekrecht nietig worden verklaard. Om welke publiekrechtelijke normen dat precies gaat moet een rechter in een concrete casus vaststellen maar het is volgens de deelnemer een mooie opdracht van rechtsvorming aan de rechter. Het biedt de rechter namelijk de uitgelezen mogelijkheid om vast te stellen of iets in strijd is met de publieke bestemming van zaken. Aan de hand van artikel 3:14 BW zou je volgens de deelnemer, hoewel het sterk onontgonnen terrein is, bijvoorbeeld verjaring van gemeentegrond kunnen tegengaan.

Een volgende Nederlandse deelnemer bevestigt het in de dialoog ook aan het publiekrecht als instrument gehechte belang. Er is volgens deze deelnemer in ieder geval een duidelijke opdracht voor de wetgever en in het bijzonder voor de wetgever in algemene zin. De deelnemer merkt nog wel op dat hij geen voorstander is van een algemeen publiekrechtelijk regime noch voor een aanvulling van het Burgerlijk Wetboek omdat volgens hem de problemen daarvoor niet groot genoeg zijn. De deelnemer sluit af met de vraag of de eerder in de dialoog geuite goederenrechtelijke zorgen omtrent de positie van het eigendomsrecht in de onderhavige problematiek, zijn weggenomen.

Deze deelnemer geeft aan er niet geruster op te zijn geworden en hij vraagt zich vooral af waarom dingen die openbaar zijn niet simpelweg aan de Staat worden toegeschreven. Zo is het volgens de deelnemer eeuwen geleden ook begonnen. Dingen die van nature bestemd zijn om de mens te dienen behoren naar zijn opvatting niet aan een privaat persoon toe maar enkel aan de staat. Dat roept de vraag op aan wie een zaak die openbaar wordt dan precies toebehoort. De deelnemer is van mening dat er dan een vreemd figuur ontstaat dat twee zaken combineert. Enerzijds is er het uitsluitende recht dat eigendom is en anderzijds is er het gebruik dat eenieder van die zaak kan maken. De deelnemer vermoedt dat dit twee zaken zijn die altijd op gespannen voet met elkaar zullen blijven staan.

Afsluiting en slotwoord

Lidy Wiggers-Rust

Lidy Wiggers-Rust dankt Rob en Frederik voor het ongelooflijk mooi leiden van de dialoog. Zij neemt 'het stokje' weer van hen over. Zij dankt ook de auteurs-sprekers die ons niet alleen van uitstekend materiaal hebben voorzien om deze dialoog te kunnen voeren, maar ons ook vanmiddag bijzonder hebben geïnspireerd. Alle lof en dank voorts aan experts om daaraan zo goed mee te doen!

Zij werpt de vraag op, wat we op hoofdlijn en in het kort meenemen van deze dialoog, waarvan het onderwerp nog lastiger was dan voorzien. Zij waagt een poging een en ander op een rij te zetten:

1. Allereerst was dadelijk in de papers al opvallend dat voor het onderwerp van vandaag — meer dan tussen publiek- en privaatrecht — relevante verschillen tussen Nederland en België bestaan. België is dichter bij het verleden met het 'domaine public' gebleven dan Nederland. We zien dat met name terug bij het regime dat voor het openbaar domein geldt: in Nederland geldt gewoon het Burgerlijk Wetboek, tenzij dat onverenigbaar is met de publieke bestemming. Dus ja, tenzij. In België is het, althans was het tot voor kort, andersom en nog meer nee, tenzij. België groeit echter duidelijk naar Nederland toe; ook daar kan voor het openbaar domein steeds meer. Dat is onderstreept door de wetgever met het nieuwe artikel 3.45 BW.
2. De scope van België is, als het om het openbaar domein gaat, mogelijk ruimer dan in Nederland: daaronder worden in België, althans volgens het Hof van Cassatie in 2018, mede begrepen de zaken bestemd voor de openbare dienst. Wat de laatste betreft spreken de Nederlandse preadviseurs voor het publiek recht over het semi-openbaar domein. Die term heeft voor discussie gezorgd in verband met de vraag naar de relevantie ervan. Deze is volgens Huisman en Van Rooij gelegen in de gevolgen die zij daaraan in hun paper verbinden. Daarin staat centraal dat het normaal gebruik voor het openbaar domein zonder meer mogelijk moet zijn, terwijl aan het gebruik van semi-openbare zaken eventueel eisen kunnen worden gesteld, bijvoorbeeld wat betreft openingstijden en kosten.
3. Bijzonder is ook dat in België, anders dan in Nederland, veel discussie bestaat over de vraag of openbare zaken eigendom kunnen zijn van particulieren. Dat kan in België vooral op basis van specifieke wetgeving: wegen en erfgoederen; overigens slechts een enkel voorbeeldje. De wetgever heeft het openge laten, althans volgens Carette en De Winter, Leys kijkt anders tegen de wettekst aan.
4. Voorts komt ook het verschil in ontstaan en tenietgaan van openbaar domein in beeld: in Nederland is, behalve bij openbare wegen volgens de wet, naast openbaarheid van nature, het feitelijk handelen bepalend. Bestemming speelt een ondergeschikte rol. In België is meestentijds sprake van bestemming door de overheid en komt het feitelijke gebruik (de uitvoering van de bestemming)

op de tweede plaats. Dan is logisch dat in België voor openbaar domein in handen van particulieren artikel 1 EP EVRM/de lastengelijkheid in beeld komt. In Nederland ontstaat het openbaar domein in eigendom van particulieren meestal door feitelijk handelen waar een particulier zelf bij is en in die zin zijn medewerking aan verleent. Bij openbare wegen is, als het gaat om particulier eigendom, ook nog wel sprake van particulier initiatief tot openbare bestemming (met medewerking van de overheid). Op artikel 1 EP EVRM is, voor zover de Nederlandse sprekers bekend, in dit verband door de betrokken partijen nog geen beroep gedaan. Niettemin gaan er stemmen op, dat de rechtszekerheid veel te lijden heeft door de ontstaanswijze van openbaarheid in Nederland, waarbij enigszins duurzaam gebruik met enige frequentie de feitenrechter tot openbaar domein kan doen besluiten, zonder dat van vergoeding sprake is. Er is op gewezen dat artikel 1 EP EVRM ook relevant is als de rechter als overheidsorgaan uitspraak doet over de kwalificatie als openbaar domein.

5. We hebben het tevens gehad over de gevolgen van het openbaar domein, in Nederland hoofdzakelijk bestaande in een duldplicht van normaal gebruik. In België zijn er, afhankelijk van de toepasselijke wet, soms ook andere gevolgen, bijvoorbeeld ten aanzien van onderhoudsverplichtingen, aan verbonden. Er is in de dialoog vanuit Nederland nog op gewezen dat in geval van openbaar domein ook publiekrechtelijke wet- en regelgeving van toepassing kan zijn geworden, bijvoorbeeld in verband met nautisch beheer. Onderscheid is hier nog gemaakt tussen openbaar water volgens het Burgerlijk Wetboek en openbaar vaarwater volgens de desbetreffende regelgeving.

6. Er zijn niet al teveel fricties opgevallen tussen publiek- en privaatrecht. Zou aanvulling/aanpassing van de wetgeving niettemin voorkeur hebben hier of daar in Nederland en/of België?
 In Nederland zou men wel een oplossing willen ter bevordering van de rechtszekerheid van particulieren die hun eigendom in openbaar domein zien veranderen. Het zou een goede gedachte kunnen zijn om conform het voorstel van Sluysmans en Van Triet de relevante duur van het gebruik aan een termijn (een aantal jaren) te koppelen, zoals ook in de Wegenwet plaatsvindt, hetzij in de wet hetzij via rechtspraak.
 Wat betreft handhaving zou een bepaling in de Wegenwet zelf door Huisman en Van Rooij op prijs worden gesteld, zodat door overheden niet hoeft te worden uitgeweken naar de APV.
 In België zou men wel graag duidelijkheid hebben over de vraag of openbare zaken eigendom kunnen zijn van particulieren.
 Voorts: nu er toch voor is gekozen om openbaar domein wettelijk te verankeren, suggereert Leys het stroomlijnen van de wildgroei van (bijzondere) regelgeving.
 Wat België en Nederland van elkaar kunnen leren is de vraag. Het zit hier en daar echt anders in elkaar, zij het dat de uitkomsten, zoals zo vaak bij rechtsvergelijking, elkaar toch niet al te ver ontlopen, meest misschien nog bij de ontstaanswijze. Deze is in België met bestemming door de overheid rechtszekerder, maar kan daarmee als het om particuliere eigendom gaat ook

ingrijpender zijn, wat zich uit in de toepassing van artikel 1 EP EVRM en het égalitébeginsel.

Van Nederlandse zijde worden bij een bestemmingsvereiste kanttekeningen geplaatst. Als alternatief is onteigening door de overheid genoemd met een vergoeding volgens de Onteigeningswet.

Nederlanders zijn geïnteresseerd in het Belgische precariteitsvereiste. Daarin kan publiekrechtelijk in vergunningen en privaatrechtelijk in contracten worden voorzien. In dit verband is als 'toverformule' ook artikel 3:14 BW nog vermeld.

Boeiende resultaten van de dialoog, aldus Wiggers-Rust, waarmee het tijdstip van de borrel aanbreekt. Die hebben we wel verdiend! Fijn om daarbij met elkaar nog even te kunnen napraten. Met de hoop op een weerzien bij een volgende meeting, dankt zij eenieder voor zijn/haar komst en inzet en wenst zij allen voor daarna wel thuis!