

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

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

e-mail: platform@recht-in-dialoog.eu

website: www.recht-in-dialoog.eu



Deze reeks staat onder redactie van:

- Lidy Wiggers-Rust (voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB) – (editor)
- Steven Lierman (hoogleraar administratief recht en gezondheidsrecht KU Leuven en hoofddocent Universiteit Antwerpen) – (editor)
- Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor bestuursrecht)
- Frank van Ommeren (hoogleraar staats- en bestuursrecht VU en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB)
- Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)
- Gerbrant Snijders (advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frederik Peeraer (professor Methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en Rechtstheorie UGent)

Aanbevolen citeerwijze:

L. Wiggers-Rust, S. Lierman e.a. (red.), *Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog – reeks nr. 4), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023.

De inhoud van deze bundel is double blind gepeerreviewed.

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

Platform voor publiek- en privaatrecht
in dialoog – reeks nr. 4

Pim Huisman

Mandy van Rooij

Jacques Sluysmans

Nikky van Triet

Thomas Leys

Nicolas Carette

Samuel De Winter

Zutphen 2023



UITGEVERIJ *Paris*

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de volgende sponsors van het Platform:



Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

Omslagontwerp: Prezns, Zutphen

ISBN: 978-94-6251-313-6

NUR: 820

© 2023 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en), het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog en de uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Voorwoord – Lidy Wiggers-Rust en Steven Lierman / 7

Vraagpunten / 9

Van de openbare weg tot De Vaandeldrager: zaken met een publieke bestemming – naar Nederlands publiekrecht – Pim Huisman en Mandy van Rooij / 11

Openbare zaken vanuit (Nederlands) privaatrechtelijk perspectief – Jacques Sluysmans en Nikky van Triet / 47

Goederen met een publieke bestemming naar Belgisch publiekrecht – Thomas Leys / 69

Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang – Nicolas Carette en Samuel De Winter / 87

Verslaglegging – Lise Van den Eynde en Jorrit Peters / 115

Deelnemerslijst / 153

Voorwoord

Op 30 september 2022 werd in Den Haag de vierde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog gehouden. Een zeer gastvrije ontvangst werd ditmaal verzorgd door de Hoge Raad in de grote zittingzaal van zijn mooie gerechtsgebouw aan het Korte Voorhout. Het Platform is hiervoor veel dank verschuldigd, ook aan Edwin Bleichrodt, procureur-generaal bij de Hoge Raad, die vriendelijke en inspirerende woorden van welkom sprak!

Opnieuw kwam een gemengde groep juristen (vanuit wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie, bestuurs- en privaatrechtelijk, in Nederland en België) bijeen, ditmaal voor de bespreking van het onderwerp:

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

Eduard Meijers, ontwerper van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (van 1992), vond het vanwege de complexiteit van het te bespreken onderwerp eertijds wijzer 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. Ook in België is in het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van het domeingoederenrecht nog voorzichtig geopereerd. Het was daarom een zegen om met het bijeengekomen gezelschap 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. Het onderwerp bleek ook verrassend actueel. In verband met de COVID-19-pandemie rees de vraag in hoeverre lockdownmaatregelen inclusief toegangsbeperkingen toelaatbaar zijn in het openbaar domein.

De dialoog over het onderwerp werd gevoerd onder leiding van de moderators Rob Widdershoven (Nederland) en Frederik Peeraer (België).

Vóór de pauze stonden centraal het ontstaan en tenietgaan van een publieke bestemming en de gevolgen daarvan. Na de pauze kregen de handhaving van de publieke bestemming door derden dan wel de overheid, de verschillende vormen van gebruik (gewoon/collectief versus bijzonder/privatief) en de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en de eventuele behoefte aan nadere regelgeving de meeste aandacht.

De uitwisseling vond plaats aan de hand van (concept)papers van:

- Pim Huisman en Mandy van Rooij (Nederland, publiek recht);
- Jacques Sluysmans en Nikky van Triet (Nederland, privaatrecht);
- Thomas Leys (België, publiek recht);
- Nicolas Carette en Samuel De Winter (België, privaatrecht).

De vraagpunten vanuit het Platform, die aan de basis van bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de definitieve papers zelf, het verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule¹, en de lijst van deelnemers.

De inbreng van de moderatoren en auteurs, ook ter vergadering, inspireerde de aanwezige deelnemers om aan de dialoog deel te nemen. Dank aan ieder van hen is op zijn plaats.

Het Platform prijst ook Jorrit Peters en Lise van den Eynde² voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting.

Ten slotte was onmisbaar de financiële ondersteuning van de sponsors van het Platform, die de expertmeeting en deze bundel mede mogelijk maakten.

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van de gedachtewisseling tijdens de meeting en hopen zo weer een steentje bij te dragen aan de rechtseenheid en de goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter

1. 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. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de voorzitter, auteurs-sprekers en de moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

2. Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.

Vraagpunten

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

Een aanzienlijk aantal goederen heeft een publieke bestemming.

Bij goederen met een publieke bestemming kan in de eerste plaats worden gedacht aan openbare zaken, dat wil zeggen zaken die bestemd zijn voor gebruik door eenieder, zoals openbare wegen en openbare wateren. Daarnaast zijn er de goederen die bestemd zijn voor de publieke of openbare dienst. Hierbij gaat het om alle middelen die de overheid voor de uitoefening van haar publieke taak gebruikt.¹ Dus van het stadhuis tot ontwikkelingsgelden² en bescheiden die deel uitmaken van een strafdossier.³

In het Belgische recht behoren zaken die tot openbaar gebruik bestemd zijn én eigendom zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon tot het openbaar domein waardoor ze in zekere mate beschermd zijn. Het – vaak fel bekritiseerde – openbaar domeinregime is daarentegen, volgens de meerderheid van de rechtsleer, niet van toepassing indien de zaak eigendom is van een particulier. In dat geval hangt de mate van bescherming van het openbaar gebruik veel meer af van de concrete zaak en soms zelfs van het concrete geval.

In het Nederlandse recht wordt ervan uitgegaan dat het openbaar karakter van goederen, ook als deze geen eigendom zijn van een overheid, in zekere mate is beschermd.

Interessant is om te onderzoeken hoe het in Nederland en België naar publiek- en privaatrecht precies zit met de openbare zaken/het openbaar domein en de bescherming van het karakter daarvan en voorts of er ook voor andere goederen gevolgen aan de publieke bestemming zijn verbonden, bijvoorbeeld de mate waarin beslag/verhaal daarop mogelijk zijn. Welke verschillen en gelijkenissen bestaan er tussen Nederland en België en wat kunnen we van elkaar leren? De rol van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM en andere grondrechten mag daarbij niet uit het oog worden verloren. Ten slotte rijst de vraag of er in Nederland en/of België nog sprake is van fricties in de wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en of er behoefte bestaat aan (nadere) regulering hetzij in algemene hetzij in bijzondere, meer specifieke zin.

-
1. Vgl. G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (Mon. BW nr. A26b), 2016, par. III.7-9.
 2. HR 3 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5013.
 3. HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

Vraag 1:

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

Vraag 2:

Hoe krijgt en verliest een zaak/goed een openbaar karakter/publieke bestemming? Bestaat rechtsbescherming voor particulieren tegen een dergelijke bestemming respectievelijk het verlies ervan als het om hun zaak/goed gaat en zo ja, in welke gevallen en hoe is deze vormgegeven? Welke rol speelt artikel 1 EP EVRM?

Vraag 3:

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

Vraag 4:

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

Vraag 5:

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

Vraag 6:

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

Vraag 7:

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

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

Pim Huisman en Mandy van Rooij^{*}

1 Algemeen

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

2. Heeft De Vaandeldrager een publieke bestemming gekregen? En zo ja, wat betekent dat voor de Staat als eigenaar en voor de inwoners van Nederland? Wanneer we denken aan zaken met een publieke bestemming, dan springt in de eerste plaats de openbare weg in het oog, maar kunnen ook kunstvoorwerpen die status hebben? En wat te denken van gebouwen en diensten die essentieel zijn voor een ieder, zoals gemeentehuizen, treinstations en begraafplaatsen? Waarin verschillen die in juridische zin van bijvoorbeeld voetbalstadions en horecagelegenheden? De lockdownmaatregelen die de Nederlandse overheid trof vanwege de COVID-19-pandemie laten zien dat deze plaatsen eveneens een maatschappelijke functie hebben en dat de beperking van de toegang daartoe leidt tot hevige discussie. De introductie van het coronatoegangsbewijs zette deze discussie verder op scherp. Voor horecagelegenheden werd het verplicht het coronatoegangsbewijs te tonen – zelfs voor jongeren die een hamburger bij de McDonald’s wilden halen³ – en

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

1. ‘150 miljoen euro voor topstuk Rembrandt: “Idioot veel geld, maar wel bijzonder”’, *NOS.nl* 8 december 2021.
2. Met steun van de Vereniging Rembrandt (€ 15 miljoen) en het Rijksmuseum Fonds (€ 10 miljoen).
3. ‘Straks moeten we ons nog laten vaccineren om in de McDonalds te komen’, *NRC.nl* 25 september 2021.

dat voelde voor sommige mensen als discriminatie of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De rechter oordeelde dat hier geen sprake van was.⁴

3. De aanschaf van De Vaandeldrager voor het behoud in het publieke domein en de overheidsmaatregelen die de toegang tot publieke plaatsen beperken zijn slechts twee voorbeelden die laten zien dat zaken met een publieke bestemming en het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van die zaken volop in de belangstelling staan. In dit paper bespreken we aan de hand van de zeven vragen die ons door het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog zijn voorgelegd hoe het in Nederland op hoofdlijnen zit met zaken met een publieke bestemming en de bescherming van het karakter daarvan, vanuit het publiekrechtelijke perspectief.

4. Het publiekrechtelijke perspectief houdt in dat wij focussen op publiekrechtelijke normen — wetgeving, ongeschreven recht, grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur — en wat zij betekenen voor de eigenaar⁵ en derden die te maken hebben met zaken met een publieke bestemming.

5. Zoals hierna in paragraaf 2 toegelicht zal worden, is er in Nederland geen algemene wettelijke regeling van de zaken met een publieke bestemming. Een publiekrechtelijk eigendomsrecht kent het Nederlandse recht ook niet. Als de overheid eigenaar is van een zaak met een publieke bestemming, dan is dit naar geldend recht eigendom in de zin van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het verwondert daarom niet dat in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geen regeling is getroffen van zaken met een publieke bestemming in overheidseigendom. Het Burgerlijk Wetboek kent algemene regels over eigendom en bevat bijvoorbeeld wel enige bepalingen over het (vermoeden van) eigendom van een aantal openbare zaken (zie titel 5.3 BW). Een algemene regeling van zaken met een publieke bestemming treft men ook in deze wet niet aan. Sterker nog: daar is door de wetgever bewust van afgezien. Omdat het om nogal verschillende zaken gaat, achtte men het eerder een taak voor de bijzondere wetgever om per zaak, als dat nodig is, een regeling te treffen.⁶

6. Het wisselt sterk of (en in hoeverre) de bijzondere wetgever een regeling heeft getroffen. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van openbare wegen en openbare vaarwateren. Voor openbare wegen is in de Wegenwet geregeld hoe openbaarheid ontstaat en wat daar de gevolgen van zijn. Voor openbare (vaar)wateren bestaat dergelijke regelgeving niet. De regels van de Wegenwet zijn niet van overeenkomstige toepassing op openbare vaarwateren, zo oordeelde de Hoge Raad recent.⁷ Voor zover er geen bijzondere toegespitste wettelijke regeling geldt, is een grote rol weggelegd voor het ongeschreven (gewoonte)recht, waarbij de rechter een

4. Rb. Den Haag 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10863, JB 2021/226, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, bevestigd in hoger beroep (Hof Den Haag 15 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:144).

5. Wij spreken in dit paper gemakshalve over de eigenaar. Het is naar Nederlands recht mogelijk dat zaken met een publieke bestemming met een beperkt recht bezwaard worden, zoals met een erfdienstbaarheid, of aan een ander in gebruik gegeven worden, zoals in huur of pacht. Wij laten de bijzonderheden van deze bredere categorie rechthebbenden verder buiten beschouwing.

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

7. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, AB 2022/245, m.nt. P.J. Huisman, JB 2022/55, m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2022/194, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Staat/Kerkewaard*).

rol heeft bij de vaststelling van de rechten en plichten die gelden voor de eigenaar en anderen ('rechtersrecht').⁸

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

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

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

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

8. Wie op zoek is naar een algemene wettelijke definitie of indeling van 'zaken met een publieke bestemming' of 'openbare zaken' in het Nederlandse (publiek)recht zal lang zoeken: die is er niet. Een vastomlijnd begrippenkader ontbreekt. Dat maakt dat er in de juridische literatuur, ook door ons in dit paper, gezocht wordt naar een inkadering en houvast.

9. De buitengrens is welke zaken zijn te zien als de zaken met een publieke bestemming. In dat kader wordt doorgaans aangehaakt bij het criterium dat zaken (op enigerlei) wijze het algemeen belang dienen. Dat levert een grote en zeer diverse groep van zaken op. Illustratief is de opsomming van Van der Linden van de 'ten algemene nutte strekkende zaken':

*'wegen, pleinen, plantsoenen, stranden, rivieren, vaarten, bruggen, havens, dijken, militaire werken, departemensgebouwen, provincie- en gemeentehuizen, musea, kerkgebouwen, universiteiten en schoolgebouwen (...), politie-bureaux, brandweerkazernes, postkantoren, gehoorzalen, openbare nutsbedrijven met hun buizen- en kabelnetten, ziekenhuizen, sanatoria, rusthuizen, groepshuizen, wijkcentra, culturele centra, overheids-dienstwoningen, begraafplaatsen, abattoirs, beschutte werkplaatsen, natuurreservaten, voor het publiek opengestelde buitenplaatsen, niet-commerciële radio- en televisiestudio's, dito zenders, vuurtorens, lichtschepen; voorts ook de roerende goederen als archivalia, roerende monumenten, openbare vervoersmiddelen, brandweer-materiaal, overheids-kantoormateriaal, schoolmateriaal, leidingwater, distributiegas (...).'*⁹

Nog daargelaten dat over wat het 'algemeen belang' is en hoever dat reikt stevig gediscussieerd kan worden, biedt een dergelijke ruime duiding voor een nadere analyse onvoldoende houvast. Ten behoeve van onze analyse onderscheiden wij

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

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

daarom drie verschillende typen zaken, met verschillende karakteristieken: openbare zaken, semiopenbare zaken en roerende zaken met een publieke bestemming. Van deze zaken kan zowel de overheid als een particulier eigenaar zijn.

10. Bij de voor het publiek toegankelijke *onroerende* zaken kan onderscheiden worden tussen openbare zaken en semiopenbare zaken. Een groep onroerende zaken die goed is af te bakenen is de groep van de *openbare zaken*, die onderscheiden wij als de eerste categorie. Wij zien de openbare zaken als onroerende zaken die voor het publiek toegankelijk zijn zonder dat voor het gewone gebruik toestemming van de eigenaar is vereist. Anders gezegd betreft het zaken die voor eenieder toegankelijk zijn en waarvan de eigenaar het gewone gebruik door anderen te dulden heeft.¹⁰ In de kern gaat het bij de openbare zaken om: de openbare wegen, de (bodem van de) openbare wateren, de (bodem van de) territoriale wateren en de Waddenzee en de (zee)stranden. De duldplicht voor de eigenaar van deze openbare zaken vormt een vergaande inperking op het eigendomsrecht. Zo kan de eigenaar van een openbare weg het gebruik voor het verkeer op grond van zijn eigenaarsbevoegdheid niet verbieden.

11. Daarnaast zijn er onroerende zaken die weliswaar voor het publiek toegankelijk zijn, maar niet zonder meer en waar de eigenaar op grond van het eigendomsrecht wel allerlei voorwaarden en beperkingen kan stellen aan de toegang en het gebruik, ook als dit gewoon gebruik betreft. Zo kan het zijn dat de toegang door de eigenaar is beperkt doordat openingstijden worden gehanteerd of doordat entreegelden worden gevraagd. Dit is de tweede categorie, die wij aanduiden als de *semiopenbare zaken*.¹¹ In deze categorie vallen voor het publiek toegankelijke gebouwen zoals gemeentehuizen, treinstations en gerechtsgebouwen. Vanwege de publieke functie (dan wel publieke bestemming) van deze gebouwen worden zij beschouwd als zaken waar toegang voor eenieder verzekerd moet zijn. Dit vanwege publieke belangen als toegankelijke loketten voor overheidszaken, de openbaarheid van de rechtspraak en de toegang tot het openbaar vervoer. Er gelden bij de hiervoor genoemde gebouwen vereisten voor gebruik of het gebruik is op een bepaalde wijze begrensd: te denken valt aan een aanmeldsysteem (aanmelden voor een afspraak), beveiligingspoortjes, openingstijden en (voor het openbaar vervoer) de OV-chipkaart.

12. Hoewel de terminologie wisselt in de literatuur, is het vanwege het verschil in de mogelijkheid tot het stellen van restricties aan de toegang inhoudelijk relevant om onderscheid te maken tussen wat wij duiden als openbare zaken en semiopenbare zaken. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de eigenaarsbevoegdheden bij de openbare weg (volgens ons een openbare zaak) en het gemeentehuis (volgens ons een semiopenbare zaak). Zoals gezegd heeft de eigenaar van de openbare weg het gewone gebruik, zoals voor de verkeersdoeleinden, te dulden, terwijl

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

11. Het begrip 'semiopenbare zaak' is ontleend aan: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 11.9, p. 550 e.v.

tot een gemeentehuis onder omstandigheden op basis van het eigendomsrecht de toegang niet mogelijk is, zoals na sluitingstijd van het gebouw.

13. Er zijn meer plaatsen die wel voor het publiek toegankelijk zijn, maar die we in dit paper niet beschouwen als zaken met een publieke bestemming waarvoor de toegang verzekerd zou moeten zijn. Te denken valt aan voetbalstadions, horecagelegenheden, evenemententerreinen en winkels. Hoewel deze plaatsen ook een maatschappelijk belang dienen, gaat het in grote mate om plaatsen die bestemd zijn voor vermaak en vrijetijdsbesteding, of waarvoor voldoende alternatieven bestaan.¹² We laten deze voor het publiek toegankelijke plaatsen verder buiten beschouwing in dit paper, hoewel opgemerkt moet worden dat een scherpe grens tussen wat wel en niet een publieke functie heeft, moeilijk te trekken is.

14. Bij de hiervoor genoemde categorieën gaat het om de toegang van het publiek tot onroerende zaken. Er zijn daarnaast *roerende zaken met een publieke bestemming*. Dat is de derde categorie die wij in dit paper onderscheiden. Dit betreft een ruime categorie, met een aantal zeer uiteenlopende roerende zaken. Daarbij kan gedacht worden aan roerende zaken die worden ingezet ten behoeve van de behartiging van publieke belangen, zoals brandweerauto's, treinen, bussen en veerboten.

15. Hier is het eveneens lastig een scherpe grens te trekken tussen wat een publieke bestemming heeft en wat niet (meer). Zo is het bij belangrijke kunstvoorwerpen, zoals het in de inleiding aangehaalde voorbeeld van De Vaandeldrager, wenselijk dat zij toegankelijk blijven voor het publiek; kunstvoorwerpen die te beschouwen zijn als cultureel erfgoed vertegenwoordigen een zodanig belangrijke maatschappelijke waarde dat het wenselijk is om ze te behouden voor Nederland.¹³ Toch zal niet al het cultureel erfgoed een publieke bestemming hebben. Een deel is particulier eigendom en hoewel de Erfgoedwet wel restricties stelt aan bijvoorbeeld de verkoop of het vervoer naar het buitenland ervan, is de publieke toegankelijkheid niet verplicht. Dat is anders bij de bijzondere categorie 'museaal cultuurofgoed van de Staat', waarvoor de wet wel bepaalt dat de toegankelijkheid van deze goederen wordt bevorderd (art. 2.2 Erfgoedwet). Dit wordt wel de Rijkscollectie genoemd en in onze opvatting zijn deze museale werken en voorwerpen te beschouwen als zaken met een publieke bestemming.

16. Bij de roerende zaken gaat het om zeer uiteenlopende zaken die zich lastig laten vergelijken — een trein is geen kunstvoorwerp — en dat maakt het niet makkelijk om in dit paper algemene uitspraken te doen over hoe bij roerende zaken een publieke functie kan ontstaan of tenietgaan, wat de rechtsgevolgen daarvan zijn en wat de mogelijkheden zijn voor het verlangen van een gebruiksvergoeding en handhaving van de publieke functie. In een aantal gevallen is er bijzondere wetgeving op grond waarvan een publieke functie kan worden aangenomen en waarin de rechtsgevolgen geregeld zijn. De Erfgoedwet is daar een voorbeeld van.¹⁴ Op

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

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

14. De Erfgoedwet heeft met ingang van 1 juli 2016 een aantal wettelijke regelingen op het terrein van het cultureel erfgoed vervangen, o.a. de Wet tot behoud van cultuurbezit en de Regeling materieel beheer museale voorwerpen 2013. Ook op internationaal en Europees niveau bestaan er regels met

grond daarvan kan aan bepaalde roerende zaken de bijzondere status van museumcultuurobject worden toegekend, met gevolgen voor de mogelijkheid om de werken te verkopen of te vervoeren naar het buitenland, de plicht om deze toegankelijk te maken voor het publiek en allerlei verplichtingen voor onderhoud, restauratie en herstel van schade aan de werken. Voor treinen, bussen en veerboten die ingezet worden voor het verzorgen van het openbaar vervoer conform een concessie volgt de toegankelijkheid voor reizigers uit de Wet personenvervoer 2000. Met en op grond van deze wet worden de specifieke regels gesteld ten behoeve van een goede openbaarvervoersvoorziening, over bijvoorbeeld de beschikbare trajecten en de orde en veiligheid voor de reizigers. Een blik op de Erfgoedwet en de Wet personenvervoer 2000 laat zien hoe verschillend van aard roerende zaken met een publieke bestemming zijn en dat voor de bescherming van de publieke bestemming dan ook heel verschillende regels nodig zijn.

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

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

18. De eigendom van zaken met een publieke bestemming is eigendom in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Het gaat om privaatrechtelijk eigendom (zie art. 5:1 BW). Hanteert de eigenaar eigenaarsbevoegdheden, dan handelt hij op privaatrechtelijke titel. Dat is niet anders als de overheid eigenaar is van een zaak met een publieke bestemming. Op eigendom van zaken met een publieke bestemming is het privaatrecht, het Burgerlijk Wetboek, van toepassing.¹⁵

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

betrekking tot de bescherming van kunst. Zie uitgebreid T. Barkhuysen & M. Claessens, ‘Naar een zorgvuldige omgang met particulier en openbaar kunstbezit via de nieuwe Erfgoedwet?’, *NJB* 2015/1950.

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

uiteraard, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten van belang (waarover meer in paragrafen 4 en 5).

20. Naar geldend recht gaat het bij zaken met een publieke bestemming om privaatrechtelijk eigendom en het daarbij behorende civielrechtelijke begrippenkader. Een publiekrechtelijk eigendomsrecht is er in het geldende Nederlandse recht niet. Dat wil uiteraard niet zeggen dat de wenselijkheid daarvan geen onderwerp is van debat. Van tijd tot tijd laait in de juridische literatuur de discussie op over de privaatrechtelijke grondslag van eigendom van openbare zaken. Deze discussie spitst zich met name toe op de vraag of het wenselijk is om een publiekrechtelijk eigendomsrecht van onroerende openbare zaken in overheidseigendom te creëren.¹⁶ Daar komen wij op terug in paragraaf 8, waar wij verschillende publiekrechtelijke reguleringsopties bespreken.

3 Verkrijging en verlies van de publieke bestemming

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

3.1 Verkrijging en verlies van de publieke bestemming

21. Voor het verkrijgen en het verliezen van het openbare karakter van zaken is er geen algemene wettelijke regeling. Voor bepaalde *openbare zaken* is wel specifieke wetgeving tot stand gekomen waarin soms de verkrijging of verlies van een openbaar karakter expliciet is geregeld. Voor de openbare wegen geldt bijvoorbeeld de Wegenwet, waarin voor de verkrijging en het verlies van openbaarheid van wegen een regeling is getroffen. Hoewel ook voor andere openbare zaken ter inspiratie naar die wet gekeken wordt, is deze wet niet van overeenkomstige toepassing op andere openbare zaken. Dit is recent bevestigd voor openbare (vaar)wateren in het arrest *Staat/Kerkewaard*.¹⁷

22. In de gevallen dat er geen wettelijke regeling is getroffen, is het aan de rechter overgelaten om vast te stellen of een zodanige openbaarheid is ontstaan dat dit rechtsgevolgen heeft voor de eigenaar en anderen. Bij de vaststelling of een zaak een openbaar karakter heeft gekregen, is een grote rol weggelegd voor de feitenrechter en daarom is de jurisprudentie dan ook casuïstisch van aard. Als we de geldende wetgeving en jurisprudentie over *openbare zaken* door de ooghalen bekij-

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

17. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, AB 2022/245, m.nt. P.J. Huisman, *JB* 2022/55, m.nt. L.J.M. Timmermans, *NJ* 2022/194, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Staat/Kerkewaard*), onder verwijzing naar de Toelichting-Meijers, Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 141. Zie ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2021:356, randnummers 2.8 en 2.9.

ken,¹⁸ zijn er drie factoren die van invloed zijn op het ontstaan van een openbaar karakter: (1) de natuurlijke aard van de zaak, (2) het gebruik of de toegankelijkheid naar gewoonte, en (3) de expliciete bestemming door de eigenaar.

23. Voor een aantal natuurlijke zaken is het openbare karakter *van nature* ontstaan, zoals de stranden en de bodem van de territoriale zee en de Waddenzee. De openbaarheid volgt in die gevallen uit de natuurlijke aard van de zaak en is niet herleidbaar tot een bestemmingshandeling van de eigenaar – al was het maar omdat de openbaarheid hiervan al bestond voordat een wetgever duidelijkheid heeft geschapen over de eigendom van deze zaken. De algemene consensus is dat de openbare bestemming in deze gevallen een grondslag heeft in het gewoonterecht dan wel ongeschreven (bestuurs)recht.¹⁹

24. Voor het aannemen van de openbaarheid van (vaar)wateren anders dan de zee, blijkt uit de jurisprudentie dat het feitelijk gebruik bepalend is: als een ieder van het water gebruik kan maken, is het water openbaar.²⁰ Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren. Hier zien we dat het gebruik *naar gewoonte* een relevante factor is. Ook in de Wegenwet is geregeld dat een jarenlange toegankelijkheid voor een ieder uiteindelijk tot gevolg heeft dat de weg openbaar is geworden (art. 4 lid 1 onder I Wegenwet waarin een verjaringstermijn van 30 jaar is bepaald).²¹ In die wet is de verjaringstermijn dus specifiek vastgesteld, terwijl in de gevallen waarin geen wetgeving geldt de rechter een rol toekomt bij de beoordeling of in een concreet geval naar gewoonte openbaarheid is ontstaan. Vanwege de uiteenlopende omstandigheden van het geval is geen algemene indicatie van de termijn te geven.

25. Ten slotte is het de vraag welke rol de wil of een *bestemmingshandeling* van de eigenaar speelt in de vaststelling van de openbaarheid. Dit is niet klip en klaar. Enerzijds is in de wetsgeschiedenis bij het Burgerlijk Wetboek het feitelijk karakter van de openbaarheid benadrukt, waardoor zich moeilijk een feitelijke situatie laat indenken waarbij de openbaarheid enkel door een bestemmingshandeling kan ontstaan, zonder dat de zaak ook feitelijk openbaar is.²² Anderzijds kan in de beoordeling door de rechter, die naar haar aard altijd achteraf plaatsvindt, een eventuele expliciete bestemmingshandeling van de eigenaar in dat feitencomplex maken dat de openbaarheid gemakkelijker aan te nemen is. Gezien de jurisprudentie is onze conclusie in elk geval dat de enkele afwezigheid van een bestemmingshandeling op zichzelf niet betekent dat de zaak dan niet openbaar is. Dit kan ver-

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

19. Van der Veen 1997, p. 115.

20. Recent bevestiging in HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, AB 2022/245, m.nt. P.J. Huisman, JB 2022/55, m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2022/194, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Staat/Kerkewaard*), rov. 3.2 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 5, p. 141, en HR 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:35, NJ 1951/616 (*Elfhoevenplas*).

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

22. Aldus A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2021:356, randnummers 2.5 en 2.14.

klaren waarom in de jurisprudentie de (afwezigheid van een) uitdrukkelijke bestemmingshandeling van de eigenaar nauwelijks een rol speelt.²³ Dat is vanzelfsprekend anders wanneer in wetgeving wel de uitdrukkelijke bestemmingshandeling van de eigenaar als een beslissende factor is geregeld. Ook dit is weer in de Wegenwet geregeld: een weg is eveneens openbaar wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbare weg heeft gegeven (art. 4 lid 1 onder III Wegenwet). Niet alleen de Staat of een ander openbaar lichaam, maar ook een particuliere eigenaar kan hiertoe de beslissing nemen. Deze bestemmingshandeling van de eigenaar is privaatrechtelijk van aard. Daarnaast is in sommige gevallen tevens een publiekrechtelijke bestemmingshandeling nodig; een particuliere rechthebbende of de gemeente kan als eigenaar aan een weg slechts een openbare bestemming geven met medewerking van de gemeenteraad van de gemeente waarin de weg is gelegen (art. 5 lid 1 Wegenwet).²⁴

26. Voor het verlies van het openbare karakter geldt in grote lijnen hetzelfde als voor het verkrijgen ervan: van nature kan een zaak verloren gaan, na verloop van tijd kan het gebruik of de toegang feitelijk gestopt zijn zodat de openbaarheid niet langer aangenomen wordt en ten slotte kan in voorkomende gevallen de eigenaar de bestemming wijzigen, met inachtneming van de eventuele wettelijke procedure.

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

28. Als we gemeentehuizen er als voorbeeld uitlichten, dan is daarover te zeggen dat het (Nederlandse) recht inderdaad geen wettelijke regeling is om een gemeentehuis als zodanig te bestemmen, op een vergelijkbare wijze als openbare wegen of (zoals hierna aan de orde komt) begraafplaatsen. Daarom kan worden uitgegaan van het 'gewone' eigendomsrecht: de rechthebbende (in de regel zal dat de gemeente als rechtspersoon zijn) kan zijn eigendom in meerdere of mindere mate openstellen voor het publiek.²⁵ Is uit bepaalde wettelijke taken die de gemeente uitvoert nog af te leiden dat het gebouw ook voor de inwoners van die gemeente toegankelijk moet zijn? Dat is naar onze mening wel een reden om zeer terughoudend om te gaan met maatregelen die de toegang van burgers tot het gemeentehuis beperken. Zo moet voor een paspoortaanvraag de identiteit worden geverifieerd in bijzijn van de betrokkene om te verzekeren dat er geen valse aanvraag gedaan wordt (art. 4.6 Paspoortbesluit) en kan het voor de uitvoering van de bijstand of andere sociale voorzieningen voor burgers nodig zijn om het loket te bezoeken. De regering

23. Vgl. Van der Veen 1997, p. 116.

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

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

maakte daarom in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel tot uitbreiding van de mogelijkheden om gebouwen te sluiten vanwege een clusteruitbraak van COVID-19 duidelijk dat de toegankelijke delen van overheidsgebouwen waar dienstverlening aan burgers plaatsvindt, zoals een gemeenteloket, niet snel zouden kunnen worden gesloten vanwege het belang van de continuïteit van de dienstverlening aan burgers: *'Fysieke bereikbaarheid van overheidsloketten voor burgers dient ook in de situatie van een uitbraak van het virus gewaarborgd te zijn.'*²⁶

29. Ook voor specifieke semiopenbare zaken kan een wettelijke regeling tot stand zijn gebracht waarin de verkrijging en het verliezen van de publieke bestemming is geregeld. Voor de opheffing van gemeentelijke begraafplaatsen is bijvoorbeeld een specifieke regeling getroffen in de Wet op de lijkbezorging (Wlb). Gemeentelijke begraafplaatsen (in de volksmond wel openbare begraafplaatsen genoemd) beschouwen wij als semiopenbare zaken, omdat zij ten doel hebben de begraafvoorzieningen voor iedereen (ongeacht geloofsovertuiging) toegankelijk te maken, terwijl de begraafplaathouder wel restricties mag stellen aan de toegang tot de begraafplaats en de dagen waarop begraven kan worden. De Wet op de lijkbezorging regelt onder meer een specifieke procedure voor het besluit tot opheffing van een begraafplaats waarin een lange termijn van minstens 20 jaar in acht genomen moet worden voordat de grond een andere bestemming kan krijgen.²⁷ Bij deze wettelijke regeling is goed te zien dat de wetgever voor de opheffing van begraafplaatsen specifiek heeft gekozen voor een regeling waarin aan het publieke belang van grafrust voor overledenen en de belangen van nabestaanden veel gewicht is toegekend. Het publieke belang van planologische aard, zoals de wenselijkheid grond snel opnieuw te kunnen gebruiken, heeft hier het onderspit gedolven.²⁸

3.2 Rechtsbescherming

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

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

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

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

staat bij Gedeputeerde Staten (art. 5 lid 4 Wegenwet resp. art. 45 lid 1 Wlb). Nadat gebruik is gemaakt van de hiervoor genoemde voorprocedure staat beroep bij de bestuursrechter open.

31. In de gevallen waarin het ontstaan of tenietgaan van de publieke bestemming niet het beoogde gevolg is van een Awb-besluit, zal de burgerlijke rechter onvan- kelijk zijn als de eigenaar of een derde – afhankelijk van de aanleiding – een ci- viele actie instelt, bijvoorbeeld een actie uit onrechtmatige daad. Dat is ook het geval bij eigendom van een openbaar lichaam, als het gaat om andere beslissingen die terug te voeren zijn op het privaatrechtelijke eigendomsrecht. Illustratief zijn hier de zaken waarbij gemeenten met een beroep op de exclusiviteit van het eigendomsrecht (art. 5:1 lid 2 BW) een toegangsverbod oplegden aan specifieke burgers. In een geval in Terneuzen ging het om een inwoner die agressief was ge- weest jegens loketmedewerkers en in een geval in Eindhoven om een zogenoemde ‘veelschrijver’ en ‘veelinspreker’ bij raadscommissievergaderingen.²⁹ De betrokkenen gingen in bezwaar bij het bestuur en vervolgens in beroep bij de bestuursrechter. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep oordeelden dat de ontzegging geen publiekrechtelijke rechtshandeling en daarmee geen besluit dat vatbaar is voor beroep bij de bestuursrechter is: is men het met de toegangsontzegging niet eens, dan kan die worden aangevochten bij de civiele rechter. In paragraaf 5 gaan wij verder in op de condities waaronder de eigenaar anderen de toegang tot zijn zaak mag weigeren.

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

32. Het verkrijgen van een publieke bestemming kan voor de eigenaar betekenen dat hij niet meer ongestoord gebruik kan maken van zijn eigen zaak. Bij de bespre- king in paragrafen 4 en 5 zal blijken hoe ver de duldplicht dan wel aanspraken van anderen reiken, maar op voorhand kunnen we vaststellen dat hier sprake is van een beperking van het eigendomsrecht. Het recht op ongestoord eigendomsrecht is beschermd in artikel 1 EP EVRM. Het gaat hier om rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen³⁰ en dat is een (veel) bredere categorie dan het eigendomsbegrip zoals dat in artikel 5:1 BW is vastgelegd. Het genot van de zaken met een publieke bestemming die wij in dit paper onderscheiden vallen binnen het beschermingsbereik. In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur is er nauwelijks aandacht voor artikel 1 EP EVRM, terwijl dit wel relevant is voor het goederenrecht en ook voor zaken met een publieke bestemming.³¹

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

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

31. J.M. Milo, ‘Over de constitutionnalité van adverse possession, bevrijdende en verkrijgende verjaring en goederenrecht in het algemeen. EHRM 25 november 2005, Pye tegen het Verenigd Koninkrijk’, *VrA* 2006, afl. 1, p. 84. Een uitzondering in de context van de openbare zaken is de ambtshalve bespreking van de toepassing van art. 1 EP EVRM door A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2006:AW6161, randnummer 4.28 e.v., conclusie bij HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6161, AB 2007/99, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2006/353 (*Staat/Diepemaat*).

33. Het limiteren van de gebruiksmogelijkheden van de eigendom is een beperking die onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM valt, ook als de eigenaar nog altijd kan beschikken over de eigendom. Er is dan geen sprake van onteigening in de zin van artikel 1, eerste zin, EP EVRM, maar van regulering volgens de tweede zin. Dat is tevens de crux bij het (eenzijdig) aannemen van een duldplicht voor gewoon gebruik of het beheer door een ander dan de eigenaar, op grond van het ongeschreven recht of de wet. Ook als aan die beperking geen overheidsbesluit ten grondslag ligt, maar de rechter (als overheidsorgaan) vaststelt dat hier naar ongeschreven recht sprake is van een duldplicht, dan valt dit binnen de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM. Als deze beperking het gevolg is van verjaring, en de rechter met de vaststelling daarvan dus enkel een declaratoir vonnis velt, is artikel 1 EP EVRM eveneens toepasselijk.³² Dat is anders als de Staat en een particulier een publieke bestemming van diens eigendom overeenkomen, met een wederzijds goedvinden.³³ Voor de beoordeling of sprake is van een gerechtvaardigde beperking hanteert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de volgende vragen:³⁴

1. Dient de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang?
2. Is er een voorzienbare wettelijke basis in het nationale recht op grond waarvan de inmenging duidelijk (precies) en kenbaar (toegankelijk) is?
3. Is de inmenging proportioneel, is er een *fair balance* tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu?

34. Bij de openbare wegen, de openbare (vaar)wateren en andere voorbeelden die wij in dit paper de revue laten passeren is op zichzelf onbetwist dat het publiek in het algemeen gebaat is bij de toegankelijkheid ervan. Dit is naar onze mening in de kern een rechtspolitieke overweging en daarom is het aan de bijzondere wetgever gelaten om specifieke regels te stellen als bijzondere bescherming nodig is. Daar waar door de bijzondere wetgever geen regels zijn gesteld, heeft de rechter regels ontwikkeld, bijvoorbeeld over het ontstaan van openbaarheid en de gevolgen daarvan. Ook dat voldoet op zichzelf aan het voorzienbaarheidsvereiste zolang het gaat om duidelijke en kenbare jurisprudentie.³⁵

35. Bij de toepassing van artikel 1 EP EVRM in concrete zaken is bovendien relevant dat het EHRM de lidstaten bovendien een ruime beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) laat bij de beoordeling van het algemeen belang dat met een beperking is gediend. Het Hof neemt niet snel een schending aan als bij de beperking een zorgvuldige belangenafweging heeft plaatsgevonden door de overheid en een redelijke schadevergoeding is aangeboden. Dit kan een verklaring zijn voor het ontbreken van de aandacht voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP EVRM bij geschillen over het ontstaan van openbare zaken in Nederland. Niettemin kan een betere kenbaarheid wel een argument zijn voor de codificatie van de geldende duldplicht of bijvoorbeeld een toegespitst publiekrechtelijk eigendomsrecht. Als een dergelijke

32. EHRM 30 augustus 2007, nr. 44302/02, NJ 2008/269, m.nt. E.A. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a./Verenigd Koninkrijk*).

33. Aldus ook A-G Spier in zijn conclusie bij het *Staat/Diepemaat*-arrest, ECLI:NL:PHR:2006:AW6161, voetnoot 50.

34. Dit is een bestendige lijn in de jurisprudentie van het EHRM. Zie bijv. EHRM 23 november 2000, nr. 25701/94 (*Voormalig koning van Griekenland e.a./Griekenland*), rov. 79-99. Wij verwijzen voor een overzicht van de kernjurisprudentie naar Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 317-319.

35. Zie bijv. EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), rov. 29.

wettelijke regeling echter gebaseerd blijft op het ontstaan van openbaarheid door verjaring, zal artikel 1 EP EVRM evenwel een kleine rol spelen. Uit de zaak *Pye* volgt namelijk dat bij zaken van verjaring de toetsing van de wettelijke regeling zeer terughoudend zal zijn.³⁶ In paragraaf 8 komen we terug op de wenselijkheid van een (nadere) wettelijke regeling voor de openbare zaken of andere zaken met een publieke bestemming.

4 Eigenaar en de gevolgen van de publieke bestemming

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

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

36. In paragraaf 2 kwam aan de orde dat op openbare zaken en andere zaken met een publieke bestemming, zowel de roerende als de onroerende, in eerste instantie het reguliere privaatrechtelijk eigendomsrecht van toepassing is, zij het dat voor bepaalde zaken in bijzondere wetgeving en op grond van het ongeschreven recht regels kunnen gelden die de eigenaar in acht moet nemen bij het genot van zijn eigendom. Dit uitgangspunt – het eigendomsrecht is weliswaar het meest omvattende recht, maar toch geen absoluut recht – is vervat in artikel 5:1 lid 2 BW. Openbare zaken kunnen in beginsel verkocht, verhuurd, verpacht of bezwaard worden met beperkte rechten, tenzij de wet daaraan in de weg staat. Zo zou de verkoop van de bodem van de zee en de zeestranden door de Staat in strijd komen met artikel 5:25 respectievelijk 5:26 BW.³⁷

37. Ook de nieuwe of beperkt rechthebbenden hebben vervolgens het openbare karakter te respecteren en kunnen niet zomaar beslissen tot het tenietdoen van de openbaarheid.³⁸ Als de rechthebbende van een openbare zaak een rechtshandeling verricht die de openbaarheid die is ontstaan op grond van het ongeschreven gewoonterecht of een (dwingende) wettelijke regeling tenietdoet, dan zal die rechtshandeling nietig zijn (art. 3:40 BW).³⁹ Ook kan het zijn dat onttrekking van een zaak aan de openbaarheid een onrechtmatige daad is.

36. EHRM 30 augustus 2007, nr. 44302/02, NJ 2008/269, m.nt. E.A. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a./Verenigd Koninkrijk*), rov. 83.

37. Zie ter zake nader Van Maanen 1992, p. 974.

38. Met andere woorden zij zijn niet 'buiten de handel' of geheel aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer onttrokken, HR 15 februari 1918, ECLI:NL:HR:1918:105, NJ 1918, p. 386 (*Souburg*). Zie Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.6, p. 524.

39. HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, AB 2000/438, m.nt. Th.G. Drupsteen, Gst. 2000, 7122, 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, NJ 2000/652, m.nt. J. Hijma (*Parkeerexploitatie Amsterdam*).

4.2 De duldplicht als gevolg van de openbaarheid

38. Naast een eventuele beperking van de beschikking over de zaak, wordt aangenomen dat bij *openbare zaken* voor de eigenaar een zogenoemde *duldplicht* geldt: het moeten dulden van gewoon gebruik van de zaak door anderen. Soms is die plicht geregeld in wetgeving; zo moet de eigenaar van de openbare weg op grond van de Wegenwet alle verkeer op zijn weg dulden (art. 14 lid 1 Wegenwet). Ook is de eigenaar niet altijd tevens de onderhoudsplichtige en dat heeft tot gevolg dat de eigenaar het onderhoud door een ander te dulden heeft. Het beheer van wegen is vervat in een ingewikkeld complex van wetgeving; hier komen wij op terug in paragraaf 7. Bij andere openbare zaken is in de jurisprudentie een duldplicht van gewoon gebruik aangenomen als ongeschreven recht.⁴⁰ Gewoon gebruik is het gebruik conform de openbare bestemming. Anderen hebben dan geen (privaatrechtelijke) toestemming van de eigenaar nodig om volgens de bestemming toegang tot en gebruik van de (openbare) zaak te hebben.

39. Voor bijzonder gebruik — het geheel of gedeeltelijk bezetten van de openbare zaak waardoor het geheel of gedeeltelijk aan het gebruik door anderen wordt onttrokken — is wel toestemming van de eigenaar nodig. Te denken valt aan het plaatsen van een foodtruck op de stoep, het bouwen van een steiger op de bodem van een openbaar water, het lozen van afvalwater in een openbaar water of het varen met een rondvaartboot.⁴¹ Of dat in een concreet geval een (gedeeltelijke) onttrekking betekent, is afhankelijk van de precieze bestemming en situatie ter plaatse en hier komt weer de feitenrechter een belangrijke rol toe.

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

41. Ook waar de wet het ontstaan en de gevolgen van de openbaarheid expliciet regelt, kan impliciet zijn gebleven voor welk gebruik die openbaarheid precies gegarandeerd moet zijn. Zo kan het zijn dat de wet wel een openbare bestemming regelt, maar niet exclusief. Naast het wettelijk bepaalde gebruik kan dan op grond van het ongeschreven recht ook ander gebruik geduld moeten worden. Bijvoorbeeld: artikel 14 Wegenwet noemt verkeer, maar dat wil niet zeggen dat de eigenaar niet

40. G.A. van der Veen, ‘Openbare zaken en de Awb’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 837 e.v.; G.A. van der Veen, ‘Met openbare zaken naar de openbare zaak’, in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Den Haag: IBR 2014, p. 343-344.

41. Zie voor een overzicht Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.7.2, p. 526-527. O.a. HR 19 januari 1962, ECLI:NL:HR:1962:10, NJ 1962/151, m.nt. J.H. Beekhuis (*Staat/Huizen*); HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, Gst. 2013, 35, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, JB 2013/3, m.nt. L.J.M. Timmermans & D.G.J. Sanderink, NJ 2012/639 (*Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte*), rov. 3.4.1; Pres. Rb. Amsterdam 19 april 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AN1140, AB 1990/507, m.nt. H.J. Simon (*Sail Amsterdam*).

tevens ander gebruik te dulden heeft als gewoon gebruik. Hennekens wijst in dit verband terecht op de misvatting dat de openbare weg alleen verkeersdoeleinden dient: de wegen hebben meer functies, zij zijn multifunctioneel.⁴² Ook demonstraties, herdenkingen en evenementen kunnen op de weg plaatsvinden. Als deze activiteiten in de weg staan aan de verkeersfunctie dan is op grond van de wegenverkeerswetgeving een publiekrechtelijke toestemming vereist, zoals een verkeersbesluit. Het college van burgemeester en wethouders kan zo een publiekrechtelijke afweging van belangen maken. Daarnaast kan een privaatrechtelijke toestemming nodig zijn als die activiteit tot gevolg zal hebben dat de weg (gedeeltelijk) onttrokken wordt aan het gewone gebruik. Of dat het geval is, zal afhangen van de precieze omstandigheden ter plaatse. Bij een kleine braderie waarbij de doorstroom van voetgangers mogelijk blijft zal minder snel bijzonder gebruik worden aangenomen dan bij een evenement waarbij het terrein alleen nog beschikbaar is voor betalende bezoekers.⁴³ Zie verder paragraaf 4.3 over de samenloop tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen.

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

43. Wel kan voor bepaalde roerende zaken in bijzondere wetgeving een aanspraak worden geregeld: elke reiziger met een geldig vervoersbewijs heeft bijvoorbeeld op grond van artikel 70 Wet personenvervoer recht op trein-, bus- of ander openbaar vervoer dat volgens de dienstregeling wordt aangeboden.⁴⁴ Als het gaat om 'museale cultuurgoederen van de Staat in beheer' dan bevordert de minister volgens de Erfgoedwet de toegankelijkheid ervan (art. 2.2 Erfgoedwet). Hoe de toegankelijkheid wordt bevordert, is geheel afhankelijk van de benadering van degene die de cultuurgoederen beheert en de (financiële) mogelijkheden hiertoe.⁴⁵ Dat een kunstwerk de museale status heeft, doet dus nog geen rechtsplicht ontstaan om het werk altijd tentoon te stellen aan het publiek; onder het toegankelijk maken valt ook de bijdrage aan educatie, kennisontwikkeling en wetenschappelijk onderzoek.⁴⁶

42. H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Evenementen op de openbare weg', *Gst.* 1998, 7076, 1.

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

44. Behoudens de gevallen dat een OV-verbod is uitgereikt, daarvoor bieden de Wet personenvervoer 2000 en het privaatrecht ook mogelijkheden. Zie uitgebreid A.E. van Rooij & S.O. Visch, 'OV-verboden: tussen publiekrecht en privaatrecht: Het rechtskarakter van toegangsverboden op stations en in het openbaar vervoer', *RegelMaat* 2020, afl. 3, p. 157-174.

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

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

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

4.3 Samenloop privaatrechtelijke en publiekrechtelijke toestemming

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

46. Vooropgesteld moet worden dat een publiekrechtelijke vergunning niet opgevat mag worden als een impliciete privaatrechtelijke toestemming van de overheid als eigenaar van de zaak.⁴⁷ De vraag is wel hoeveel ruimte de overheid nog heeft om de benodigde privaatrechtelijke toestemming te weigeren nadat de publiekrechtelijke vergunning al is verleend. Dit is beantwoord in het arrest *Amsterdam/Geschiere*.⁴⁸ De Hoge Raad overweegt dat de vergunninghouder gerechtigd is van de vergunning gebruik te maken en dat het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming in beginsel misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW oplevert.⁴⁹ Dit is

47. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, *Gst.* 2013, 35, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *JB* 2013/3, m.nt. L.J.M. Timmermans & D.G.J. Sanderink, *NJ* 2012/639 (*Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte*).

48. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen, *Gst.* 2009, 98, m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman, *JB* 2009/171, m.nt. J.A.F. Peters, *NJ* 2009/255 (*Amsterdam/Geschiere*).

49. Het arrest roept de vraag op hoe de verhouding is tussen art. 3:13 BW en de leer van de onaanvaardbare doorkruising. Dat laten wij hier rusten. Zie daarover bijv.: G.T.J.M. Jurgens, 'Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid? Een systematische benadering van de verhouding tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen', *OSA* 2011/38 en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht', in: S. Lierman e.a., *Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland — preadviezen 2015), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 101-102.

alleen anders als er zwaarwegende belangen zijn om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren. Hamvraag is natuurlijk wanneer sprake is van dergelijke zwaarwegende belangen. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat belangen die in het afwegingskader van de publiekrechtelijke vergunningverlening zijn opgenomen en niet tot weigering van de vergunning hebben geleid, niet als zwaarwegende belangen kunnen worden aangemerkt bij de weigering van de privaatrechtelijke toestemming. De overheid heeft dus nog ruimte om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren, maar moet daarbij het hier dominante publiekrecht in het oog houden (primaat van het publiekrecht).⁵⁰

5 Derden en de gevolgen van de publieke bestemming

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

5.1 Aanspraak op gewoon gebruik en bijzonder gebruik

47. In de vorige paragraaf is de duldplicht van gewoon gebruik van *openbare zaken* als een beperking van de mogelijkheden van de eigenaar om zelf ongestoord van zijn zaak te kunnen genieten en erover te kunnen beschikken besproken. De andere zijde van de medaille is dat die duldplicht te beschouwen is als een recht of een aanspraak van derden op het gewoon gebruik. Het openbare karakter heeft doorgaans tot gevolg dat de eigenaar niet meer selectief kan zijn in wie hij toelaat tot zijn plaats. Zo moet een ondernemer die een pompstation exploiteert accepteren dat alle benzinebehoevende automobilisten vrije toegang tot zijn terrein hebben.⁵¹ De toegankelijkheid voor een ieder is volgens de Hoge Raad inherent aan de doelstelling van een tankstation.

48. Er wordt in dit verband wel gesproken van een ‘subjectief publiek recht op het gebruik van een openbare zaak’.⁵² Het bestaan van een dergelijk recht wordt in de literatuur dikwijls ontkend en is niet zo aangenomen door de rechter. Hennekens acht de term ‘recht’ ook niet adequaat, maar beschouwt het wel als een *aanspraak op gebruik* voortvloeiend uit het recht op bewegingsvrijheid, zoals is neergelegd in artikel 2 Vierde Protocol EVRM (VP EVRM).⁵³ Ook het recht op gelijke behandeling is van belang, want uit de Algemene wet gelijke behandeling volgt in elk geval een recht op toegang tot goederen en diensten *op gelijke voet*.

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

51. HR 28 april 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4740, NJ 1967/220, m.nt. W.F. Prins.

52. Van der Veen 1997, p. 228 e.v.

53. Zie uitgebreid H.Ph.J.A.M. Hennekens, *De openbare weg en het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 31-42.

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

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

5.2 Toepasselijkheid van grondrechten

51. Als de *overheid* haar privaatrechtelijke eigenaarsbevoegdheden uitoefent, dan zijn grondrechten toepasselijk; dat staat sinds het klassieke *Rasti Rostelli*-arrest buiten kijf.⁵⁴ In die zaak weigerde een gemeentelijk zalencomplex een show van de hypnotiseur Rasti Rostelli omdat die niet bij het de orthodox protestants-christelijke beginselen van de meerderheid van de inwoners van de gemeente Rijssen zou passen. De Hoge Raad overweegt dat ‘*de gemeente (...) als overheidsinstantie te allen tijde gehouden [is] het algemeen belang te behartigen*’ en dat de plicht tot behartiging van het algemeen belang meebrengt dat de overheid, bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten, de grondrechten moet respecteren.⁵⁵ De binding aan grondrechten bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid wordt eveneens ingelezen in artikel 3:14 BW.

52. De overheid is gebonden aan de grondrechten in de Grondwet en in internationale en Europese verdragen. Voor de toegang tot en het gebruik van zaken met een publieke bestemming kan, zoals gezegd, op grond van het recht op bewegingsvrijheid en het recht op gelijke behandeling een aanspraak op toegang op gelijke voet tot goederen en diensten van de overheid worden aangenomen. De regering heeft bij de Grondwetsherziening van 1983 erkend dat het recht op bewegingsvrijheid meebrengt dat burgers recht op toegang op gelijke voet hebben tot voor het publiek toegankelijke plaatsen, maar zag geen noodzaak voor codificatie hiervan in Hoofdstuk 1 van de Grondwet.⁵⁶ Het aspect van gelijke toegang wordt immers specifiek gewaarborgd door het recht op gelijke behandeling en de Algemene wet gelijke behandeling. Daarnaast beschermt artikel 2 VP EVRM het recht van ingezetenen van een staat om zich binnen dat grondgebied vrijelijk te verplaatsen.

54. HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2051, AB 1996/372, m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 1996/728, m.nt. E.A. Alkema (*Rasti Rostelli*).

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

56. *Kamerstukken II* 1978/79, 15474, nr. 1-2.

53. Andere grondrechten die relevant zijn voor het gebruik van de openbare wegen en andere openbare zaken zijn het recht op betoging, dat in artikel 9 Grondwet en artikel 11 EVRM is beschermd, en de vrijheid van meningsuiting, beschermd in artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM. De recente boerenprotesten in Nederland zijn een goed voorbeeld van de impact die demonstraties en meningsuitingen op de openbare weg kunnen hebben. De boerenprotesten hebben allerlei verschijningsvormen, zoals wegblokkades en het knopen van omgekeerde Nederlandse vlaggen aan eigendommen in de openbare ruimte, zoals aan bruggen, lantaarnpalen en aan vlaggenmasten voor gemeentehuizen. Rijkswaterstaat en diverse gemeenten verwijderden de vlaggen onder verwijzing naar het eigendomsrecht. Zo vond een woordvoerder van de gemeente Elburg het ieders goed recht om te protesteren: *‘Maar het is (...) niet de bedoeling (...) dat daar gemeentelijke eigendommen voor worden gebruikt. Die zijn daar niet voor bedoeld.’*⁵⁷ Dit is onzes inziens wat kort door de bocht. Het recht op betoging is in het Nederlandse recht nader geregeld in de Wet openbare manifestaties (Wom). Deze wet bevat een afzonderlijk regime voor betogingen op openbare⁵⁸ en niet-openbare plaatsen, waarbij de lat voor de beperking van betoging op openbare plaatsen hoger ligt. Voor het aanbrengen van meningen in de openbare ruimte, waaronder het hijsen van vlaggen, bevatten de Algemene Plaatselijke Verordeningen (APV) van gemeenten dikwijls nadere regels (in de volksmond ook wel plakverboden genoemd). Deze publiekrechtelijke wet- en regelgeving regelt het *publiekrechtelijke* beoordelingskader voor demonstraties en meningsuitingen op openbare plaatsen. De gemeente en het Rijk zijn ook in de uitoefening van hun eigendomsrechten gebonden aan grondrechten. Het weghalen van de vlaggen zal aan de hand van de Wom en de geldende APV beoordeeld moeten worden.

54. De grondrechten ‘werken’ overigens niet alleen in de relatie overheid-burger, maar kunnen ook relevant zijn in de verhouding *tussen burgers onderling* (horizontale werking). Als een zaak met een publieke bestemming in particulier eigendom is, dan kunnen derden jegens de eigenaar een beroep doen op sommige grondrechten. Soms is dat direct via wetgeving: voor het recht op gelijke behandeling heeft de wetgever in de Algemene wet gelijke behandeling een concreet kader geschapen voor non-discriminatie in verhoudingen tussen burgers onderling. Voor andere grondrechten kan een positieve verplichting gelden op grond waarvan de Staat zich ervoor moet inspannen dat burgers dat grondrecht kunnen uitoefenen, ook in relaties met andere burgers. Zo volgt uit het *Appleby*-arrest van het EHRM dat de overheid moet garanderen dat burgers op een adequate wijze bepaalde andere fundamentele rechten kunnen uitoefenen in de publieke ruimte, ook als de publieke ruimte door een particulier beheerd wordt.⁵⁹ In die zaak ging het om de weigering van toestemming voor het uitdelen van pamfletten in een winkelcentrum. De klagers deden een beroep op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Het EHRM neemt alleen een positieve verplichting aan voor situaties waarin *‘it can be said that*

57. ‘Omgekeerde vlaggen bij gemeentehuis Elburg: “Geen actie van de gemeente”’, DeStentor.nl 11 juli 2022.

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

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

the essence of the right has been destroyed'. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn bij 'A corporate town where the entire municipality is controlled by a private body'. Aangezien de klagers alternatieven hadden om hun mening aan het publiek kenbaar te maken, was er in die omstandigheden geen schending van een positieve verplichting van de Staat.

55. Ten slotte kunnen in het privaatrecht equivalenten van grondrechten en beschermingswaardige rechten bestaan die de rechtsverhouding tussen burgers beheersen. Bewegingsvrijheid is hier weer een goed voorbeeld.⁶⁰ De Nederlandse rechter weegt in bepaalde privaatrechtelijke rechtsverhoudingen bijvoorbeeld bewegingsvrijheid als belang van een van de partijen af tegen de belangen van de ander, zoals bij de vordering van een straatverbod. Bij beoordeling van de vordering gaat de rechter na of de omvang van het gebied en de duur van het verbod in verhouding staan met de reële dreiging.⁶¹ Het belang bij bewegingsvrijheid wordt dan afgewogen tegen de privacybelangen van de eiser en diens belang bij het voorkomen van schade. Op deze manier kunnen grondrechten indirect van toepassing zijn in de privaatrechtelijke verhouding, zij het dat deze in de toepassing aangepast worden aan de private context.

5.3 Toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

56. De geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn rechtstreeks van toepassing als de *overheid* privaatrechtelijk handelt. Dat is voor het eerst aanvaard in het *Amsterdam/Ikon*-arrest⁶² en wordt gelezen in artikel 3:14 en 5:1 lid 2 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb. Dit betekent dat de overheid bij het hanteren van eigenaarsbevoegdheden onder meer het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. Het gelijkheidsbeginsel kan bijvoorbeeld in het geding zijn als er aan verschillende partijen verschillende financiële vergoedingen voor hetzelfde gebruik worden gevraagd (zie verder paragraaf 6).⁶³

57. *Natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen* zijn bij hun handelen in beginsel niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben dus geen horizontale werking. Zelfs als private partijen een belangrijke maatschappelijke of publieke taak behartigen, al dan niet op grond van de wet, zijn zij niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁴ Dit is alleen anders als en voor zover natuur-

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

61. Bijv. HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901, RvdW 1985/112 (*Aanrander met de hond*).

62. HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg, AB Klassiek 2022/10, m.nt. M. Scheltema, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*).

63. Bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden is de overheid ook gebonden aan het beginsel van gelijke kansen als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel als er sprake is van schaarste. Zie HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren, Gst. 2022, 45, m.nt. A. Drahmman, JB 2022/21, m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen (*Didam*). Het leerstuk van schaarse rechten laten wij in dit paper buiten beschouwing.

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

lijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen zijn aan te merken als bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb; dat is kort gezegd het geval wanneer zij openbaar gezag uitoefenen.⁶⁵ Wanneer sprake is van het uitoefenen van openbaar gezag door een private partij, laten wij hier verder rusten, nu daar bij het onderwerp van dit paper geen sprake van is. Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat het wel mogelijk is om via het privaatrecht tot een normering te komen die lijkt op die van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Via ‘congruentie’ kan een vergelijkbare bescherming worden geboden; de open normen van het privaatrecht kunnen zo ingevuld worden dat zij qua inhoud sterk lijken op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁶ Dit zou wellicht voor particulier eigendom van zaken met een publieke bestemming relevant kunnen zijn, want bij particulier eigendom van zaken met een publieke bestemming kan een rechtsverhouding ontstaan waarbij derden afhankelijk zijn van het gebruik van zaken met een publieke functie, zoals een haven of openbaar vervoer. Zo is het niet ondenkbaar dat de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW met zich brengt dat een particuliere eigenaar van een haventerrein aan verschillende partijen geen verschillende vergoedingen voor hetzelfde (bijzondere) gebruik mag vragen. Het privaatrecht congrueert dan met het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

5.4 Ontzegging van toegang en gebruik voor bepaalde individuen

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

59. Vooropgesteld: er moet wel een juridische basis zijn voor de ontzegging. Op zichzelf kan een eigenaar op grond van artikel 5:1 lid 2 BW bepalen wie hij wel en niet gebruik laat maken van zijn zaak. Zoals gezegd heeft de eigenaar hierbij rekening te houden met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen. Een tweede grondslag kan een contract zijn tussen de eigenaar en de derde. Bijvoorbeeld een pachtovereenkomst voor het bijzonder gebruik van een openbare zaak, een toegangskaartje tot het gemeentelijk zwembad of de huur van een beschermd kunstwerk. Als de mogelijkheid tot ontzegging is beschreven in de contractuele voorwaarden, dan zijn

65. HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2003/121, m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg (RZG/ConforMed).

66. Zie C.E.C. Jansen, ‘Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter’, in: R.J.N. Schlössels e.a., *De polsstok van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog-reeks nr. 2), Nijmegen: Uitgeverij WLP 2021, p. 45 e.v. en P.J. Huisman & N. Jak, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter’, NTBR 2022/24, p. 183 e.v.

onder meer de eisen van de redelijkheid en billijkheid relevant voor de beoordeling van de toelaatbaarheid (art. 6:248 BW).

60. Ook de wet kan expliciet een basis voor ontzegging regelen. Zo bevat artikel 98 Wet personenvervoer 2000 de mogelijkheid tot een reis- en verblijfsverbod in het openbaar vervoer. Het opleggen ervan is te beschouwen als een publiekrechtelijke rechtshandeling,⁶⁷ omdat de controleur in zijn hoedanigheid als bijzonder opsporingsambtenaar die exclusieve bevoegdheid heeft gekregen in de wet.⁶⁸ De bijzonder opsporingsambtenaar is gebonden aan de publiekrechtelijke normen. Hier gaat het om de verticale directe werking van grondrechten en niet om de horizontale doorwerking.

61. Hoever kan een eigenaar vervolgens gaan met een ontzegging? Bij de zaken met een publieke bestemming worden immers algemene belangen gediend en het kan verstrekken gevolgen voor een individu hebben als hij daartoe geen toegang meer heeft. De *overheid* zal zich bij een beslissing om de toegang te ontzeggen moeten houden aan de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Terug naar het voorbeeld van de omgekeerde Nederlandse vlaggen. Als het ophangen van de vlaggen door de boeren als een betoging kwalificeert, dan zal het weghalen — ook een vorm van ontzegging van gebruik — aan de hand van de Wom moeten worden beoordeeld. Verwijderen van de vlaggen kan, als sprake is van een betoging, bijvoorbeeld als de vereiste kennisgevingen niet zijn gedaan of in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelikheden, maar in elk geval niet vanwege de inhoud van de betoging (art. 2 in samenhang met art. 5 en 7 Wom). Bij de openbare plaatsen is geen toestemming van de eigenaar voor de betoging vereist; de eigenaar kan de betoging dus niet op grond van het privaatrecht verbieden. Bij de niet-openbare plaatsen, waaronder tevens semiopenbare zaken te vatten zijn, kan wel toestemming van de eigenaar worden vereist.⁶⁹ Ook de eerbieding van de vrijheid van meningsuiting heeft tot gevolg dat de overheid als eigenaar de vlaggen in ieder geval niet vanwege de inhoud mag weghalen.⁷⁰

62. De mogelijkheden voor *particuliere eigenaren* zijn eveneens niet onbegrensd, ook al zijn zij niet direct gebonden aan de publiekrechtelijke waarborgen. Voor de *openbare zaken* zal vastgesteld moeten worden wat de eigenaar te dulden heeft en wanneer een beperking van het gebruiksrecht van derden op zijn plaats is. Bij de *semiopenbare zaken* en de *roerende zaken met een publieke bestemming* is eveneens een aanspraak op gelijke toegang te construeren. Er is niet veel rechtspraak waarin de

67. Een enkele keer is, in de inmiddels al wat oudere jurisprudentie, een toegangsentzegging tot een openbare zaak aangemerkt als een Awb-besluit (een publiekrechtelijke rechtshandeling) zonder dat daarvoor een specifieke wettelijke grondslag was en fungeerde een publieke taak als grondslag van het besluit. Bekend is de Afdelingsuitspraak waarbij de weigering door de minister van de toegang van het schip Long Lin tot de Nederlandse territoriale wateren als een Awb-besluit werd gezien. Zie ABRvS 10 april 1995, AB 1995/498, m.nt. G.A. van der Veen, AB Klassiek 2022/17, m.nt. G.A. van der Veen (*Long Lin*). Wij laten deze thematiek in dit paper rusten.

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

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

70. Zie uitgebreid J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Bevoegdheid tot verwijderen omgekeerde vlaggen', vindplaats: www.openbareorde.nl (2 september 2022).

rechter zich buigt over de rechtmatigheid van ontzeggingen tot semiopenbare zaken. De beschikbare uitspraken zijn van de feitenrechter en gaan vooral over beperking van de toegang tot winkels, horeca en voetbalwedstrijden.⁷¹ Die plaatsen laten wij buiten onze analyse (zie paragraaf 2.1, randnummer 13), maar desalniettemin zijn op basis van die uitspraken wel drie ijkpunten te formuleren voor de beoordeling van de rechtmatigheid van ontzeggingen die ook toepasbaar zijn in gevallen waarin een publieke functie speelt.

63. In de eerste plaats mag de eigenaar iemand niet zonder reden uitsluiten van publieke goederen en diensten. Dit is te beschouwen als een verbod van willekeur. Daarmee verschillen semiopenbare gebouwen principieel van woningen en andere besloten ruimtes. Het voorkomen van overlast, schade en onveiligheid voor personeel en andere gebruikers is een legitieme reden voor strenge ontzeggingen, maar de eigenaar moet wel aannemelijk maken dat daadwerkelijk overlast of schade is veroorzaakt of dreigt.

64. De ontzegging dient in de tweede plaats in verhouding te staan met de ernst van de (dreigende) schade en het afkeurenswaardige en verwijtbare karakter van de gedragingen. Dit is een proportionaliteitstoets. Bij bewuste roekeloosheid en opzet zal een ontzegging eerder op zijn plaats zijn dan bij een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Ook de maatschappelijke functie van de verboden plaats wordt wel meegewogen. In een zaak over een moskeeverbod wegens opruiend gedrag en bedreigingen die zouden zijn geuit naar de bestuurders van de moskee, stelde het gerechtshof Den Haag bijvoorbeeld vast dat gezien hun jarenlange gewoonte van moskeebezoek de appellanten in beginsel het recht hadden om de moskee te betreden en daar hun geloof te belijden.⁷² De stichting zou zich vervolgens schuldig maken aan willekeur als de vaste bezoekers zonder zwaarwegende redenen de toegang tot de moskee wordt ontzegd. In de beoordeling van proportionaliteit is ook de beschikbaarheid van alternatieven relevant.

65. Ten slotte moeten eigenaren — zowel de overheid als particulieren — dwingende wetsbepalingen in acht nemen, zoals de al genoemde Algemene wet gelijke behandeling. Dit type bepalingen kan niet in een contract worden ‘weggeregeld’.

6 Gebruiksvergoeding

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

71. Zie voor de uitgebreide analyse: Van Rooij 2017, par. 4.7.

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

6.1 Algemeen

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

6.2 Gebruiksvergoeding bij openbare zaken

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

68. Dat voor het gewone gebruik geen financiële vergoeding op privaatrechtelijke titel kan worden gevraagd, staat er niet aan in de weg dat het publiekrecht het wel mogelijk kan maken om voor dat gebruik een vergoeding te vragen. Een sprekend voorbeeld in dit verband is het vragen van een vergoeding voor parkeren op een parkeervak dat onderdeel uitmaakt van de openbare weg. Parkeren behoort tot het gewone gebruik van de openbare weg; artikel 225 Gemeentewet maakt het voor gemeenten mogelijk om daarvoor een vergoeding te vragen.

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

70. Soms voorziet het publiekrecht in de mogelijkheid voor de overheid om een financiële vergoeding te verkrijgen, ook voor bijzonder gebruik, waardoor de vraag rijst of het door de overheid bedingen van een privaatrechtelijke vergoeding voor bijzonder gebruik van haar eigendom een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert.⁷³ Het is daarbij goed om op te merken dat het bestaan van een publiekrechtelijke route op zichzelf nog niet betekent dat het gebruik van het privaatrecht een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert. Het

73. De doorkruisingsleer is te vinden in het *Windmill*-arrest: HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn, AB *Klassiek* 2022/12, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, NJ 1991/393, m.nt. M. Scheltema.

komt er bijvoorbeeld op aan of de publiekrechtelijke weg als exclusief is bedoeld door de wetgever; is dat niet het geval, dan is het vragen van een financiële vergoeding via het privaatrecht toegestaan. In dit verband valt te wijzen op rechtspraak waarin is geoordeeld dat het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding geen onaanvaardbare doorkruising oplevert van de publiekrechtelijke regeling van precariobelasting omdat die regeling niet exclusief bedoeld is.⁷⁴ De gemeente mag dan dus kiezen voor het vragen van een privaatrechtelijke vergoeding ook al is het mogelijk om via het publiekrecht een precariobelasting te heffen (zie art. 228 Gemeentewet).⁷⁵

71. Aan een publiekrechtelijke vergunning of ontheffing kunnen financiële verplichtingen worden verbonden als een wettelijk voorschrift dat mogelijk maakt, maar ook bij het ontbreken daarvan is het, als aan de in de bestuursrechtspraak geformuleerde condities is voldaan, mogelijk daaraan een financiële verplichting te verbinden.⁷⁶ Wanneer de overheid als eigenaar optreedt en tevens als bestuursorgaan een vergunning of ontheffing verleent, komt de vraag in beeld of het via het privaatrecht vragen van een vergoeding een onaanvaardbare doorkruising zou kunnen opleveren van de publiekrechtelijke mogelijkheden om een financiële verplichting te verbinden aan een beschikking. In het arrest *Haagse bagger* oordeelt de Hoge Raad dat het ontbreken van een wettelijke regeling voor het verbinden van een financiële verplichting aan een beschikking niet betekent dat van een onaanvaardbare doorkruising geen sprake zou kunnen zijn, aangezien in de bestuursrechtelijke jurisprudentie een algemene publiekrechtelijke mogelijkheid tot het stellen van doelgebonden financiële verplichtingen bij beschikkingen is aanvaard. Als die algemene mogelijkheid niet wordt benut, dan kan het gebruik van de privaatrechtelijke weg een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleveren.⁷⁷ In de literatuur wordt gesteld dat als het niet mogelijk is om via de algemeen aanvaarde mogelijkheid financiële verplichtingen te verbinden aan een beschikking (omdat niet voldaan is aan de condities die daaraan worden gesteld in de bestuursrechtspraak), een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht niet aan de orde is, omdat er geen publiekrechtelijke weg is die kan worden doorgekruist.⁷⁸

74. Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:280, AB 2015/460, m.nt. G.A. van der Veen & A.H.J. Hofman.

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

76. ARRvS 30 augustus 1985, ECLI:NL:RVS:1985:AM8791, AB 1986/243, m.nt. D. Lubach (*Rabobank Stompwijk*). Zie ook ABRvS 1 februari 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AP9495, Gst. 1995, 7013, 8, m.nt. C.P.J. Goorden. Zie over publiekrechtelijke financiële verplichtingen, die de vorm kunnen hebben van voorschriften of voorwaarden verbonden aan een beschikking: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 544.

77. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5860, AB 2000/428, m.nt. P.J.J. van Buuren, Gst. 2000, 7125, 3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, JB 2000/175, m.nt. G.E. van Maanen, NJ 2000/639, m.nt. A.R. Bloembergen (*Haagse bagger*).

78. Zie A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag: Expertisecentrum Gemeenterecht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2010, p. 59. Vgl. HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6161, AB 2007/99, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2006/353 (*Staat/Diepemaat*).

72. Als de leer van de onaanvaardbare doorkruising niet in de weg staat aan het vragen van een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding, dan kan het alsnog zijn dat in het concrete geval het vragen van een privaatrechtelijke vergoeding niet mogelijk is. De samenloop tussen een publiekrechtelijke toestemming (vergunning of ontheffing) en een privaatrechtelijke toestemming (op grond van het eigendomsrecht) heeft de laatste jaren in de rechtspraak veel aandacht gekregen. Uit het arrest *Amsterdam/Geschiere* volgt dat het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming nadat een publiekrechtelijke toestemming is gegeven onder omstandigheden misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW oplevert (zie uitvoeriger paragraaf 4.3).⁷⁹ In het latere arrest *Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte* komt de vraag aan de orde of als er een publiekrechtelijke toestemming is verleend, de eigenaar op privaatrechtelijke titel een vergoeding voor het gebruik kan vragen.⁸⁰ De Hoge Raad oordeelt, kort gezegd, dat de publiekrechtelijke toestemming niet zonder meer de privaatrechtelijke toestemming voor bijzonder gebruik impliceert en dat de privaatrechtelijke toestemming niet om niet hoeft te worden gegeven. De Hoge Raad overweegt dat niet uitdrukkelijk, maar als men doorredeneert dan zou een privaatrechtelijke voorwaarde in de vorm van een financiële vergoeding misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW kunnen opleveren, namelijk als de gevraagde vergoeding onredelijk hoog is, althans zodanig hoog is dat het gebruik waarvoor de publiekrechtelijke toestemming geven is onmogelijk wordt.⁸¹

73. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen de contractsvrijheid en de vrijheid om een gebruiksvergoeding te vragen inperken. Hierbij springt met name het gelijkheidsbeginsel in het oog. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld wanneer de overheid financiële vergoedingen vraagt.⁸² Als er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het maken van onderscheid is, is er geen sprake van schending van dit beginsel. Het gelijkheidsbeginsel brengt niet met zich dat de overheid van iedereen gelijke vergoedingen moet vragen; van geval tot geval zal bekeken moeten worden of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het maken van onderscheid.⁸³

6.3 Gebruiksvergoeding bij semiopenbare zaken

74. Als de overheid eigenaar is van semiopenbare zaken, dan kan zij voor het gebruik een gebruiksvergoeding vragen. Het kan gaan om een gebruiksvergoeding als eigenaar, dus op privaatrechtelijke titel. Ook hier kan de vraag rijzen of, als het publiekrecht in vergoedingen voorziet, dit op grond van de leer van de onaanvaard-

79. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen, Gst. 2009, 98, m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman, JB 2009/171, m.nt. J.A.F. Peters, NJ 2009/255 (*Amsterdam/Geschiere*).

80. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013/1, m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen, Gst. 2013, 35, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, JB 2013/3, m.nt. L.J.M. Timmermans & D.G.J. Sanderink, NJ 2012/639 (*Hoogheemraadschap van Rijnland/Götte*).

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

82. Vgl. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971, AB 2005/408, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, Gst. 2005, 98, m.nt. J.A.E. van der Does, JB 2005/110, m.nt. H. Nijholt, NJ 2005/163 (*Lichtvoorde/Dusseldorp*).

83. Vgl. in deze zin M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 270.

bare doorkruising in de weg staat aan het bedingen van een vergoeding via het privaatrecht. Deze vraag rijst bijvoorbeeld ten aanzien van het heffen van gemeentelijke belastingen. In de literatuur wordt op basis van de jurisprudentie beargumenteerd dat de leer van de onaanvaardbare doorkruising niet aan het gebruik van het privaatrecht in de weg staat, aangezien de weg van gemeentelijke belastingen niet exclusief bedoeld lijkt te zijn (zie ook hetgeen hiervoor over precariobelasting is geschreven).⁸⁴ Bij de gemeentelijke begraafplaatsen gaat de gebruiksvergoeding – die ziet op de grafrechten en eventuele onderhoudsvergoedingen – via het publiekrecht. De rechten voor het innemen van een plaats op een gemeentelijke begraafplaats worden geheven via artikel 229 lid 1 aanhef en onder a Gemeentewet; het gaat immers om gebruik overeenkomstig de bestemming van voor de openbare dienst bestemde gemeentebezittingen.⁸⁵ De gevraagde vergoeding mag alleen kostendekkend zijn (art. 229b Gemeentewet).⁸⁶ In de parlementaire geschiedenis van de Wet op de lijkbezorging wordt enkel van deze publiekrechtelijke route uitgegaan, reden waarom de privaatrechtelijke weg hier mogelijk wél is afgesneden. Dit is echter, bij gebrek aan jurisprudentie hierover, allerminst zeker.

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

76. Soms ligt het niet in de rede dat de overheid de toegang tot (delen van) een gebouw afhankelijk stelt van een toegangsprijs. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de toegang tot het gemeenteloket. Deze balie staat in het teken van een goede dienstverlening aan de burger en daar past een toegangsprijs niet bij (vgl. hetgeen in paragraaf 3 is opgemerkt over de toegankelijkheid van het gemeenteloket). Dit staat er niet aan in de weg dat voor bijvoorbeeld de vergunning die bij dit loket wordt aangevraagd publiekrechtelijke leges worden geheven waarin ook de administratieve kosten zijn verwerkt, waaronder die van het loket (zie art. 229 Gemeentewet).⁸⁷

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

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

86. HR 7 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2075, BNB 1997/211, m.nt. G.J. van Leijenhorst, rov. 4.3.

87. HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7390, BNB 2005/113, m.nt. W.J.N.M. Snoijink.

6.4 Gebruiksvergoeding bij roerende zaken met een publieke bestemming

77. Het door de overheid vragen van een vergoeding voor het gebruik van een roerende zaak met een publieke bestemming behoort in beginsel tot de mogelijkheden. Het gaat om het bedingen van een privaatrechtelijke vergoeding. Het publiekrecht kan nadere regels stellen. Dit illustreren wij hierna kort aan de hand van een voorbeeld. De overheid kan voor het verhuren van kunst een vergoeding vragen. Voor beschermd cultuurgood geldt op grond van artikel 4.4 aanhef en onder e Erfgoedwet wel dat verhuren niet zonder meer mogelijk is. Van verhuur moet schriftelijk melding worden gedaan bij de inspecteur en onder de omstandigheden genoemd in artikel 4.5 e.v. Erfgoedwet is verhuur verboden. Een mogelijke publiekrechtelijke begrenzing van het vragen van vergoedingen door de overheid kan bij de roerende zaken met een publieke bestemming eveneens gevonden worden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.

7 Handhaving van de publieke bestemming

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

7.1 Algemeen

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

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

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

7.2 Handhaving en openbare zaken

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

82. Voor het handhaven van de openbare bestemming kan publiekrechtelijke beheersregelgeving relevant zijn. Een algemene wet waarin de regels voor het beheer van openbare zaken zijn opgenomen is er niet. De wetgeving over het beheer is verdeeld over veel verschillende soorten regelingen op verschillende wetgevingsniveaus, zoals wetgeving in formele zin en decentrale wetgeving. Over het beheer van openbare wegen wordt in de literatuur doorgaans geschreven dat dit is vervat in een ingewikkeld complex van wetgeving. De regels zijn verspreid over de Wegenwet, Wet beheer waterstaatswerken en provinciale en gemeentelijke verordeningen.⁸⁸ Wettelijke beheersregels kunnen zien op het onderhoud, maar kunnen ook een grondslag bieden voor bestuursrechtelijke handhaving (het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom).

83. Om een grondslag te kunnen bieden voor bestuursrechtelijke handhaving moet in een wettelijk voorschrift voldoende duidelijk zijn omschreven wat de te overtreden norm is en bovendien moet in wetgeving de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie zijn toegekend.⁸⁹ Soms is er discussie mogelijk of de wet voldoende houvast geeft voor bestuursrechtelijke handhaving. Illustratief is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over artikel 16 Wegenwet.⁹⁰ Dit artikel bepaalt dat de gemeente heeft te zorgen dat de wegen waarvoor de gemeente verantwoordelijk is in goede staat verkeren. De Afdeling overweegt het volgende:

‘Ambtshalve en anders dan in eerdere uitspraken overweegt de Afdeling dat de wettelijke grondslag voor de bevoegdheid om handhavend op te treden indien de openbaarheid van wegen wordt belemmerd niet is gelegen in art. 16 Wegenwet. Dit artikel legt op de gemeente een algemene plicht om te zorgen dat wegen in goede staat verkeren en houdt geen afdwingbaar verbod of gebod in ten aanzien van de openbaarheid van wegen. Ook elders in de Wegenwet is een dergelijk verbod of gebod niet opgenomen.’

De wettelijke grondslag voor de handhavende bevoegdheid is, volgens de Afdeling, in dit geval gelegen in artikel 2.1.5.1 lid 1 Algemene plaatselijke verordening 2003 van de gemeente Steenbergen in samenhang met artikel 125 Gemeentewet (waarin een algemene bestuursdwangbevoegdheid is geregeld voor de handhaving van alle wet- en regelgeving die het gemeentebestuur uitvoert). Op grond van de genoemde APV-bepaling is het verboden om zonder vergunning van het college de weg of een weggedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de bestemming daarvan.

88. Zie uitvoerig O. Kwast, ‘Waterstaatsrecht en Wegenwet’, *TO* 2007, afl. 2, p. 50-57.

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

90. ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7977, AB 2007/91, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *Gst.* 2007, 72, m.nt. J.M.H.F. Teunissen (*Steenbergen*).

Bestuursrechtelijke handhaving van de openbare bestemming van een openbare weg door het gemeentebestuur is dus wel mogelijk, maar dan moet daartoe voorzien zijn in een grondslag in een gemeentelijke verordening. In de literatuur is ervoor gepleit om de lacune in de Wegenwet te repareren.⁹¹

84. Bij handhaving door de overheid van het openbare karakter van openbare zaken kunnen zich vraagstukken voordoen op de grens van publiek- en privaatrecht. Uiteraard mag de overheid bij het hanteren van de eigenaarsbevoegdheden een publiekrechtelijke regeling niet onaanvaardbaar doorkruisen. Dit vraagstuk laten wij in dit paper rusten.⁹²

7.3 Handhaving en semiopenbare zaken

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

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

91. Bijv. P. Jong & G.A. van der Veen, 'Wegen, wens en waarborgen. Over openbare wegen en de wens tot vernieuwing van het wegenrecht', *TO* 2007, afl. 2, p. 47.

92. Zie voor een uitvoerige bespreking van het leerstuk van de onaanvaardbare doorkruising bij overheidseigendom van openbare zaken Duijkersloot e.a. 2010, p. 82 e.v. en P.J. Huisman, 'Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht. Huidige positionering en recente ontwikkelingen (I)', *WPNR* 2018/7181, p. 149 e.v. (Huisman 2018a).

7.4 Handhaving en roerende zaken met een publieke bestemming

87. Voor de roerende zaken met een publieke bestemming geldt eveneens dat de eigenaar de publieke bestemming kan handhaven door gebruik te maken van zijn privaatrechtelijke eigenaarsbevoegdheden. Het kan wenselijk zijn, juist vanwege het kunnen handhaven van de publieke bestemming, dat de overheid extra, bestuursrechtelijke bevoegdheden heeft die ook kunnen worden aangewend als de overheid geen eigenaar is van de zaak. Van bestuursrechtelijke toezichts- en handhavingsbevoegdheden is alleen sprake als de wet daarin voorziet. Een voorbeeld van een wet die daarin voorziet voor een specifiek type zaken met een publieke bestemming biedt (ook hier) de Erfgoedwet. De Minister van OCW is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Erfgoedwet. Deze taak omvat het houden van toezicht op de naleving van deze wet en het opleggen van een bestuurlijke sanctie als iemand in strijd met deze wet handelt (art. 8.1 Erfgoedwet). De minister kan een last onder bestuursdwang (art. 8.2 Erfgoedwet) of een last onder dwangsom (art. 5:32 lid 1 Awb) opleggen als de Erfgoedwet wordt overtreden. Op grond van de Erfgoedwet kunnen toezichthouders worden aangewezen (art. 8.3 e.v. Erfgoedwet). De wet kent aan toezichthouders bijzondere bevoegdheden toe, zoals het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner (art. 8.6 e.v. Erfgoedwet).⁹³ Het voorgaande betekent onder meer dat als het verboden is op grond van de Erfgoedwet museale cultuurgoederen te verhuren of vervreemden de minister bevoegd is een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te leggen als zo'n verbod wordt overtreden. Zo kan worden geborgd dat dat cultureel erfgoed behouden blijft, wat bijdraagt aan de Nederlandse culturele belangen (als publiek belang).⁹⁴

8 Waardering van de wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht

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

8.1 Algemeen

88. Uit de beantwoording van de vragen hiervoor komt naar voren dat er fricties kunnen zijn die (mede) samenhangen met de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht. Uit de beantwoording komt voorts naar voren dat het sterk afhangt van de categorie zaken welke knelpunten zich voordoen, en ook binnen de categorieën kunnen die van zaak tot zaak verschillen. Dit illustreren wij hierna kort aan de hand van de openbare zaken. Bij deze categorie zaken zijn er fricties die zich min of meer over de hele linie voordoen. In dit verband kan gedacht worden aan onduidelijkheden rondom de reikwijdte van de duldplicht bij gewoon gebruik (zie

93. De Erfgoedwet maakt ook strafrechtelijke handhaving mogelijk, dat laten wij buiten beschouwing in dit paper.

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

paragrafen 4 en 5). Sommige fricties doen zich alleen voor als de overheid eigenaar is van een openbare zaak. Er is soms sprake van een ingewikkelde samenloop van publiek- en privaatrecht als de overheid eigenaar is van een openbare zaak. Te denken valt aan een samenloop van een publiekrechtelijke toestemming (een vergunning) en een privaatrechtelijke toestemming (de toestemming voor bijzonder gebruik van de eigenaar van een zaak); zie paragraaf 5. Soms zijn er op een gedetailleerder niveau hele specifieke knelpunten. Bijvoorbeeld dat artikel 16 Wegenwet een onvoldoende grondslag biedt voor bestuursrechtelijke handhaving wanneer de openbaarheid van wegen wordt belemmerd (zie paragraaf 7).

89. Voor het oplossen van dergelijke knelpunten wordt in de literatuur al snel gekeken naar een publiekrechtelijke oplossing: het wijzigen of het tot stand brengen van wetgeving in formele zin. Het totstandbrengen van wetgeving kan voordelen hebben, maar het is op zichzelf geen ‘toveroplossing’. Sterker nog: wetgeving kan ook nadelen hebben. Onvoldoende ‘scherpe’ wetgeving kan juist nieuwe vragen en onzekerheid in de hand werken. Het in algemene zin wettelijk vastleggen dat een zaak na een bepaalde termijn openbaar wordt en dat er dan een duldplicht geldt, biedt op zichzelf geen zekerheid. De wetgever zal daarvoor ook keuzes moeten maken over welk handelen of nalaten bepalend is voor het ontstaan van de openbaarheid en welk gebruik er dan precies moet worden geduld. Dat zal weer afhankelijk zijn van het soort zaak. Regulering op detailniveau heeft als risico in zich dat het de flexibiliteit ontbeert om voor een groot aantal gevallen een passend kader te bieden. Het is daarom van belang om kritisch te kijken naar wetgeving als oplossing voor fricties. De wetgever zal dan een duidelijke blik moeten hebben op welke afgebakende groep zaken (of zaak) de wetgeving betrekking heeft, welke rechtsgevolgen met wetgeving worden beoogd en of er voldoende duidelijke, scherpe normen te maken zijn, zodat de beoogde gevolgen van wetgeving (zoveel mogelijk) worden gerealiseerd. Daarnaast kan het zijn dat er rechtspolitieke keuzes gemaakt moeten worden over welke belangen extra bescherming toekomen, en dat kan ten koste gaan van andere belangen.

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

8.2 Burgerlijk Wetboek

91. In het Burgerlijk Wetboek is er destijds bewust van afgezien om een algemene regeling tot stand te brengen van de ‘ten openbare dienste bestemde zaken’. In de Toelichting-Meijers bij artikel 5:28 BW over de eigendom van onroerende zaken die openbaar zijn is hierover het volgende te lezen:

‘Zowel de vraag of zaken die aan particulieren in eigendom toebehoren, kunnen behoren tot de te algemene nutte bestemde zaken, als de vraag, hoe de publieke bestemming ontstaat en tenietgaat, en wat de rechtsgevolgen van deze bestemming zijn, kunnen niet op gelijke wijze worden beantwoord bij land- en waterwegen, waterke-

ringen, bevoeiingswerken, defensiewerken, regeringsgebouwen enz. (...) Het is daarom beter voorgekomen een algemene regeling achterwege te laten en te vertrouwen, dat een bijzondere wet tot stand zal komen zo dikwijls voor een nauwkeurig te omschrijven groep van zaken – men denke b.v. aan de openbare wateren – in de praktijk blijkt dat aan een regeling behoefte bestaat.’⁹⁵

De ten openbare dienste bestemde (onroerende) zaken verschillen zozeer van elkaar dat het beter is om, als daar behoefte aan is, te komen tot bijzondere wetgeving voor afgebakende zaken, aldus de wetgever.

92. Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat het volgens de literatuur toch wenselijk is om het Burgerlijk Wetboek alsnog aan te vullen met een aantal bepalingen over openbare zaken. Het gaat om het voorstel om de plicht tot dulden van het gewone gebruik per openbare zaak in de wet op te nemen en de reikwijdte daarvan te omschrijven.⁹⁶ De duldplicht zou, naast de voor openbare wegen bestaande regeling in de Wegenwet, opgenomen kunnen worden in titel 5.3 BW. Vanuit het oogpunt van legaliteit is het verschaffen van een wettelijke basis voor serieuze inbreuken op de normale vrijheden van de eigenaar die nu op grond van ongeschreven recht plaatsvinden gewenst. Daartegenover staat de vraag of een dergelijke aanvulling van het Burgerlijk Wetboek nu echt nodig (en prangend) is. Hoewel de duldplicht bij gewoon gebruik bij andere openbare zaken dan openbare wegen op ongeschreven recht berust, heeft deze plicht een (voldoende) stevige basis in bestendige jurisprudentie.⁹⁷ Daar komt bij dat de toegevoegde waarde van wettelijke regels staat of valt met het antwoord op de vraag of tot een voldoende scherpe omschrijving van de duldplicht gekomen kan worden per zaak; het is de vraag of de wetgever tot een ‘betere’ of scherpere omschrijving kan komen dan nu reeds op grond van de rechtspraak geldt.

93. Bekeken vanuit artikel 1 EP EVRM zou het eveneens goed zijn om de codificatie van de duldplicht voor openbare zaken te overwegen. Die duldplicht heeft immers gedeeltelijk verlies van zeggenschap over een eigendom tot gevolg, en een duidelijke wettelijke regeling kan dan ook bijdragen aan de voorzienbaarheid. Op zich is rechtersrecht voldoende voor het EHRM, als dat materieel voldoende kenbaar en toegankelijk is, maar in dit domein is de jurisprudentie erg casuïstisch van aard en daarmee is het de vraag of de toepassing van de ongeschreven rechtsregel wel voldoende voorspelbaar is. Advocaat-generaal Spier concludeerde al eens bij het arrest *Staat/Diepemaat* dat het voor het door de Staat verlangen van een financiële vergoeding voor het gebruik van eigendom via het privaatrecht ‘ten minste aan twijfel onderhevig [is] of dat kan worden afgeleid uit voldoende duidelijke en specifieke wettelijke bepalingen of rechtspraak.’⁹⁸ Dergelijke twijfel is onwenselijk: zowel overheden als particulieren zijn gebaat bij duidelijke kaders voor wat zij wel en niet te dulden hebben en of het mogelijk is een financiële vergoeding te vragen.

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

96. Zie bijv. Van der Veen 2010, p. 846-847.

97. Vgl. Van der Veen 2010, p. 847.

98. Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2006:AW6161, randnummer 4.38, bij HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6161, AB 2007/99, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2006/353 (*Staat/Diepemaat*).

8.3 Algemene wet bestuursrecht

94. De zaken met een publieke bestemming bevinden zich op het grensvlak van publiek- en privaatrecht. Het verwondert dan ook niet dat er in de literatuur gediscussieerd is over de wenselijkheid van een regeling in de Awb op dit terrein. Hageman heeft een concreet voorstel gedaan om in de Awb regels op te nemen over openbare zaken in eigendom van de overheid.⁹⁹ In de kern komt het voorstel van Hageman erop neer om de eigenaarsbevoegdheden van de overheid bij openbare zaken niet meer te zien als privaatrechtelijke, maar als publiekrechtelijke bevoegdheden. De op het eigendom gebaseerde rechtshandelingen van bestuursorganen worden in zijn voorstel tot aanvulling van de Awb aangemerkt als besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Dat heeft als voordeel, zo stelt hij, dat alleen nog een samenloop van publiekrechtelijke kaders aan de orde kan zijn; dit lost het knelpunt van de complexe samenloop tussen publiek- en privaatrecht op. De bestuursrechter is bevoegd om te oordelen, en kan komen tot een meer consistente, integrale publiekrechtelijke beoordeling van overheidshandelen. De notie van eigendom zou als een (aanvullende) grondslag voor het beheer van openbare zaken kunnen fungeren. Om de bestuursrechter voldoende handvatten te geven, dient de publiekrechtelijke eigendomsregeling enerzijds in bevoegdheden voor het noodzakelijk te achten ‘positief’ overheidshandelen te voorzien en in een toestemmingenstelsel ten aanzien van het ‘negatief’ overheidsoptreden.

95. Er zijn in de literatuur kanttekeningen geplaatst bij dit plan om de Awb aan te vullen.¹⁰⁰ Het is de vraag of het wenselijk is om een onderscheid in wetgeving aan te brengen tussen openbare zaken in overheidseigendom en openbare zaken in particulier eigendom; dat brengt het risico met zich van het ontstaan van onnodig van elkaar afwijkende rechtsregimes. Daarnaast wordt de vraag opgeworpen of de voorgestelde Awb-regeling knelpunten rondom openbare zaken in overheidseigendom oplost. Door de rechtshandelingen van de overheid als eigenaar aan te merken als besluiten in de zin van de Awb, vervalt weliswaar een (eventuele) samenloop tussen privaat- en publiekrechtelijke toestemmingen, maar dat leidt dan wel tot een samenloop tussen publiekrechtelijke toestemmingen, hetgeen ook (heel goed denkbaar zelfs dezelfde) complexe inhoudelijke vragen met zich kan brengen.

8.4 Bijzondere wetgeving

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

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

100. Zie m.n. Van der Veen 2014, p. 341 e.v. en P.J. Huisman, ‘Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht. Wenselijke en toekomstige positionering (II, slot)’, *WPNR* 2018/7182, p. 172-173 (Huisman 2018b).

97. Voor openbare wateren is er geen (bijzondere) wetgeving tot stand gekomen met betrekking tot het ontstaan van openbaarheid en de rechtsgevolgen daarvan. De invulling daarvan is door de rechter ontwikkeld, recent weer in het arrest *Staat/Kerkewaard*.¹⁰¹ Het is de vraag of het wenselijk is het rechtersrecht ten aanzien van openbare wateren te codificeren en bijvoorbeeld de duldplicht bij gewoon gebruik van een openbaar (vaar)water nader in te kaderen in een bijzondere wet. Hier spelen in feite dezelfde voor- en nadelen een rol zoals wij die besproken hebben bij het wettelijk verankeren van ongeschreven duldplichten in het Burgerlijk Wetboek. Een wettelijke regeling is wenselijk uit het oogpunt van het legaliteitsvereiste (en art. 1 EP EVRM) en kan meer houvast bieden. De vraag is wel of en in hoeverre het in wetgeving mogelijk is om tot een scherpere inkadering te komen dan die nu op grond van de jurisprudentie geldt. Blijkbaar is de urgentie er tot nu toe niet geweest om tot bijzondere wetgeving te komen met betrekking tot het ontstaan van openbaarheid van wateren en de gevolgen daarvan.

98. De Wegenwet bevat wel regels die zien op het ontstaan van openbaarheid van wegen en de rechtsgevolgen daarvan. Hoewel dit dus voor dit type zaken wel is geregeld, is er nog wel wat te wensen. Er zijn concrete voorstellen gedaan om de Wegenwet aan te passen en die zien er vooral op om het beheer en de bestuursrechtelijke handhaving bij openbare wegen te stroomlijnen.¹⁰² Zo is voorgesteld om de regels over beheer, die nu verspreid zijn over verschillende wettelijke regels, te bundelen, op elkaar af te stemmen en onder te brengen in de Wegenwet. Dit heeft als voordeel dat de huidige onoverzichtelijkheid en complexiteit tot het verleden gaat behoren. Verder bevat de huidige Wegenwet geen grondslag voor bestuursrechtelijke handhaving wanneer de openbaarheid van wegen wordt belemmerd; dit leidt ertoe dat gemeenten dit zelf in een gemeentelijke verordening moeten regelen, of dat de bevoegdheid tot bestuursrechtelijke handhaving ontbreekt. Het wordt als wenselijk gezien dat de Wegenwet wordt aangevuld met een bepaling waardoor bestuursrechtelijke handhaving op grond van die wet mogelijk wordt, waardoor er een duidelijk en uniform kader is. Het voordeel van de hiervoor genoemde voorstellen is, dat zij concreet en daardoor goed uitvoerbaar zijn. Als nadeel kan worden genoemd dat wellicht de urgentie (ook hier) ontbreekt omdat de praktijk al voldoende uit de voeten lijkt te kunnen met het bestaande stelsel.¹⁰³

99. De Erfgoedwet, die een aantal keer in dit paper aan de orde is geweest, is een voorbeeld van een wet waarin regels zijn opgenomen met betrekking tot een roerende zaak met een publieke bestemming. Deze wet bevat, zoals gezegd, waarborgen om museale erfgoederen van de Staat toegankelijk te maken en houden voor het publiek. Er is een publiekrechtelijk instrumentarium (toezicht en handhaving) opgetuigd met het oog hierop. Dat geeft publiekrechtelijke houvast om de publieke

101. Zie HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, AB 2022/245, m.nt. P.J. Huisman, NJ 2022/194, m.nt. F.M.J. Verstijlen, JB 2022/55, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Staat/Kerkewaard*).

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

103. Op den duur wil de wetgever de Wegenwet laten opgaan in de Omgevingswet (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 82). Dit biedt kansen om de knelpunten met betrekking tot het beheer en de bestuursrechtelijke handhaving weg te nemen en te komen tot afstemming met andere typen zaken met een publieke bestemming. Er is nog geen tijdpad bekend voor dit voorgenoemd wetsvoorstel.

bestemming van belangrijke werken te behouden. Dit neemt evenwel niet weg dat ook met een meer gedetailleerde regeling er wensen kunnen overblijven. Wij volstaan hier, ter illustratie, met het noemen van het voorstel in de literatuur om in de Erfgoedwet meer bescherming te bieden aan kunst van lokaal en regionaal belang.¹⁰⁴

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

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

104. Barkhuysen & Claessens 2015, par. 8.

Openbare zaken vanuit (Nederlands) privaatrechtelijk perspectief

Jacques Sluysmans en Nikky van Triet^{*}

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

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

1. De verzamelterm ‘openbare zaken/goederen die bestemd zijn voor de publieke dienst’ kan tot verwarring leiden, omdat daarmee aan verschillende leerstukken kan worden gerefereerd.

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

^{*} Prof. mr. J. (Jacques) Sluysmans is partner bij Van der Feltz advocaten en bijzonder hoogleraar Onteigeningsrecht aan de Radboud Universiteit.
Mr. N. (Nikky) van Triet is cassatieadvocaat bij BarentsKrans en onderzoekfellow bij het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit.

1. J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940. Aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 26 en G.A. van der Veen, ‘Met openbare zaken naar de openbare zaak’, in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 343.
2. G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Kluwer 2016, nr. 9.

3. In de tweede plaats speelt het begrip ‘bestemd voor de openbare dienst’ een rol bij de heffing van precariobelasting. Enkel over (gebruik van) grond bestemd voor de openbare dienst kan een precariobelasting worden geheven. Wil er sprake zijn van dergelijke grond bestemd voor de openbare dienst, dan is niet noodzakelijk dat die grond ook toegankelijk is voor het publiek. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat toegankelijkheid voor het publiek enkel een vereiste is, indien slechts daardoor de publieke functie die de gemeentegrond beoogt te vervullen, ook daadwerkelijk kan worden vervuld.³ Een openbare weg moet bijvoorbeeld ook daadwerkelijk voor het publiek toegankelijk zijn om gebruikt te kunnen worden als openbare weg.⁴ Ook in het kader van precariobelasting omvatten de goederen bestemd voor de openbare dienst dus meer dan slechts ‘openbare zaken’.

4. Een derde terrein waarop openbaarheid een rol speelt, is dat van de (toegankelijkheid van) openbare gebouwen, zoals een gemeentehuis, een bibliotheek of een ministerie. Dergelijke gebouwen zijn niet onbeperkt toegankelijk. De toegankelijkheid van dergelijke gebouwen kan worden begrensd door huisregels (protocolen), en ook bij verstoring van de orde kan aan iemand de toegang tot een dergelijk gebouw worden ontzegd. Het zich na vordering daartoe niet verwijderen uit een tot de openbare dienst bestemd lokaal is in artikel 139 Sr strafbaar gesteld. In dit verband wordt ook wel gesproken van semi-openbare zaken.

5. Wij zijn van oordeel dat de groep van openbare zaken die tot de semi-openbare zaken worden gerekend te divers is om op vruchtbare wijze in gemeenschappelijkheid te analyseren. Zo vloeit het vereiste van toegankelijkheid van een gemeentehuis deels voort uit de noodzaak tot toegankelijkheid — via met name loketten — van publieke diensten (het aanvragen van een paspoort) en deels uit het recht openbare vergaderingen van de gemeenteraad te kunnen bijwonen, terwijl de openbaarheid van een gerechtsgebouw voornamelijk stoelt op de openbaarheid van de rechtspraak en de toegang tot een trein(station- en perron) weer berust op de aan de private exploitant verleende concessie.

6. Ook de soms wel onderscheiden categorie van roerende zaken met een publieke bestemming achten wij te onbepaald en te weinig onderscheidend om in dit verband te analyseren. Een veel genoemd voorbeeld binnen deze categorie betreft bijvoorbeeld kunstobjecten die op voet van de Erfgoedwet zijn aangewezen als beschermd cultuurgoed, hetgeen onder meer betekent dat de private eigenaar van een dergelijk object in zijn eigendomsbevoegdheden wordt beperkt (bijvoorbeeld door een vergunningvereiste in geval van een voorgenomen export). Niets staat er echter aan in de weg dat de desbetreffende eigenaar het object ten eeuwigden dage bewaart in een kluis en het nimmer aan het publiek tentoonstelt. Heel ‘publiek’ hoeft dat object dus niet te zijn, wel van cultuurhistorisch belang. Daarmee onderscheidt het zich evenwel niet van bijvoorbeeld een Rijksmonumentale onroerende zaak, waarvoor evenzeer geldt dat een zodanige aanwijzing voor een private eigenaar het volle genot van eigendom beperkt (bijvoorbeeld vanwege een verbod op bouwwerkzaamheden zonder bijzondere monumentenvergunning). Ook de cate-

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

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

gorie van de roerende zaken met een publieke bestemming is ons inziens dus te weinig afgebakend en te weinig onderscheidend om daaraan een zinvolle analyse te wijden.

7. Tot slot valt te denken aan het leerstuk van de openbare zaken: onroerende zaken die zich bevinden in een — zoals Van der Veen dat treffend aanduidt — schemergebied tussen publiek- en privaatrecht, en die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat de eigenaar van die zaken van rechtswege is gehouden om een zeker gebruik van zijn eigendom door derden — aangeduid als het ‘gewoon gebruik’ — te dulden. Daarin verschillen die openbare zaken van andere zaken, waarvoor immers als hoofdregel geldt dat de eigenaar daarvan — op grond van zijn eigendomsrecht — een gebruik door een ander juist niet hoeft te dulden.⁵

8. Deze openbare zaken vormen — zoals hierna nader zal blijken — een tamelijk duidelijk afgebakende categorie, met relevante gelijksoortige kenmerken. Die zaken laten zich dus op vruchtbare wijze gezamenlijk analyseren. Wij zullen ons in dit paper dan ook verder richten op die onroerende zaken, en dan uiteraard voornamelijk vanuit een privaatrechtelijk perspectief.

9. Een wettelijke definitie van deze openbare zaken ontbreekt.⁶ Evident is evenwel dat bij de nadere inkadering van het begrip aandacht moet worden besteed aan de constituerende elementen van een ‘zaak’ en van ‘openbaarheid’.

Zaak

10. Zaken zijn — zo volgt uit artikel 3:2 BW — alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Zaken kunnen roerend of onroerend zijn. Waar het gaat om ‘openbare zaken’ in de hier bedoelde betekenis zullen enkel onroerende zaken voor een dergelijke kwalificatie in aanmerking (kunnen) komen. Voor roerende zaken geldt immers dat zij niet de hieronder nader te beschrijven ‘openbaarheid’ kunnen hebben.

Openbaar

11. Anders dan het begrip ‘zaak’, wordt het begrip ‘openbaar’ (of ‘openbaarheid’) in het Burgerlijk Wetboek niet nader gedefinieerd. Men vond het beter dat de kwestie in bijzondere wetten zou worden geregeld ‘zo dikwijls voor een nauwkeurig te omschrijven groep van zaken — men denke b.v. aan de openbare wateren — in de praktijk blijkt dat aan een regeling behoefte bestaat’.⁷ In de toelichting Meijers is wel de volgende definitie gegeven aan ‘openbaarheid’: ‘als de zaak feitelijk openbaar is’.⁸ ‘Feitelijk openbaar’ wil zeggen dat in beginsel eenieder gebruik kan maken van de betreffende zaak. Te denken valt daarbij aan bepaalde wegen en waterwegen, stranden, wateren en groene gebieden (zoals parken en bossen).

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

6. P.J. Huisman, ‘Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I). Huidige positionering en recente ontwikkelingen’, *WPNR* 2018/7181, p. 142.

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

8. TM, Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 141.

12. In de literatuur wordt verschillend invulling gegeven aan het begrip ‘openbaar’. Hennekens hanteert een ruime opvatting. Volgens hem strekt een openbare zaak ertoe om ‘openbare belangen te dienen of nog liever: om dienstbaar te zijn aan algemene belangen.’⁹ Volgens Huisman heeft dit tot gevolg dat de groep van openbare zaken erg groot en ongelijksoortig wordt. Hiertoe behoren dan immers ook gemeentehuizen, openbare musea, bibliotheken, ziekenhuizen, openbaarvervoermiddelen, militaire benodigdheden en kunstwerken.¹⁰

13. Anders dan Hennekens hanteert Van der Veen een beperkte definitie. Van der Veen meent dat een zaak openbaar is, indien die bestemd is voor direct gebruik door het publiek, dus zonder dat toestemming nodig is van de eigenaar om gebruik te maken van de zaak.¹¹ Onder openbare zaken vallen in zijn visie in ieder geval de openbare wegen, de vaarwegen, het strand en de bodem van de territoriale zee en de Waddenzee.¹²

14. Deze beperkte benadering correspondeert overigens voor een belangrijk deel met de Wet openbare manifestaties. Een openbare plaats is volgens artikel 1 lid 1 van deze wet een plaats die krachtens bestemming of vast gebruik openstaat voor publiek. In de memorie van toelichting bij deze wet wordt de definitie van ‘openbare plaats’ nader toegelicht:

‘Wil er sprake zijn van een openbare plaats, dan moet aan verschillende criteria zijn voldaan. Allereerst is vereist dat de plaats “openstaat voor publiek”. Dat wil zeggen dat in beginsel eenieder vrij is om er te komen, te vertoeven en te gaan (...). (...) Dat de plaats “openstaat”, betekent voorts, dat geen beletselen in de vorm van een meldingsplicht, de eis van een voorafgaand verlof, of de heffing van een toegangsprijs gelden voor het betreden van de plaats.’

15. Het ons inziens meest cruciale kenmerk is dat de eigenaar van een openbare zaak een zogenoemde duldplicht heeft ten aanzien van een ‘gewoon gebruik’ van die zaak. Wij zijn (ook) voorstander van de beperkte definitie, omdat in deze benadering een groep (onroerende) zaken met dezelfde juridisch relevante kenmerken op heldere wijze wordt afgebakend.¹³ Wij komen daar hierna nog nader op terug.

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

10. P.J. Huisman, ‘Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I). Huidige positionering en recente ontwikkelingen’, WPNR 2018/7181 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 143.

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

12. G.A. van der Veen, ‘Met openbare zaken naar de openbare zaak’, in: *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 342.

13. Huisman 2018, p. 143.

16. Wij willen op deze plaats wel alvast erop wijzen dat openbare zaken niet altijd in eigendom toebehoren aan een overheid. Dikwijls is dat inderdaad het geval, maar een openbare zaak kan ook heel wel eigendom zijn van een private partij.¹⁴ Wij zullen in het vervolg van deze analyse voldoende voorbeelden daarvan tegenkomen.

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

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

18. Op die eigendom van openbare zaken zijn de vermogensrechtelijke bepalingen uit Boek 3, de wetsartikelen over zakelijke rechten uit Boek 5, de algemene verbintenissenrechtelijke regels uit Boek 6 en de bepalingen over koop en huur uit Boek 7 van toepassing. In titel 5.3 zijn specifieke bepalingen opgenomen over overheids-eigendom van openbare zaken. In artikel 5:25 BW is opgenomen dat de bodem van de territoriale zee en van de Waddenzee eigendom is van de Staat. Verder is in artikel 5:26 BW bepaald dat de Staat wordt vermoed eigenaar te zijn van zee-stranden. In artikel 5:27 lid 1 BW staat dat de grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden, wordt vermoed eigendom van de Staat te zijn. Dit vermoeden werkt volgens lid 2 van dit artikel niet tegenover een openbaar lichaam dat die wateren onderhoudt en het onderhoud niet van de Staat heeft overgenomen en tegenover een openbaar lichaam dat die wateren onderhield en waarvan dit onderhoud door de Staat of door een ander openbaar lichaam is overgenomen. In artikel 5:28 BW wordt bepaald dat onroerende zaken die openbaar zijn, met uitzondering van de stranden, wanneer zij door een openbaar lichaam worden onderhouden, vermoed worden eigendom van dat openbare lichaam te zijn. Artikel 5:33 lid 1 BW voorziet in een regeling voor gevallen van verplaatsing van de oeverlijn van een openbaar water na een grensvastlegging als bedoeld in artikel 5:30 e.v. BW. In titel 5.4 BW zijn burennrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen ten aanzien van openbare wegen en openbare wateren neergelegd (art. 5:40, 5:42 lid 1, 5:49 lid 2, 5:50 lid 2, 5:52 en 5:57 BW).

19. Uiteraard kunnen eigendomsbevoegdheden ook belangrijke beperkingen ondergaan door regels van publiekrecht. Zo zal bijvoorbeeld de door het bevoegd gezag aan een onroerende zaak gegeven bestemming van invloed zijn op de gebruiksmogelijkheden. Ingeval de eigendom berust bij een overheid, dan heeft ook dat consequenties voor de uitoefening van eigendomsbevoegdheden, omdat voor de aanwending daarvan door een overheid bijzondere normen, zoals de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht, gelden.¹⁵ Zo kan uit de zogenoemde tweewe-

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

15. Zoals volgt uit art. 3:14 BW. Zie uitgebreid A.H.J. Hofman, 'Vergoedingen voor het gebruik van overheids-eigendommen: een uitweg uit het doorkruisingslabrynt?', TBR 2014/92.

genleer (waarover later nader) volgen dat een beroep op privaatrechtelijke beschikingsmacht in voorkomend geval een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling oplevert. Voorts kan een publiekrechtelijke vergunning een toestemming tot gebruik van openbare grond impliceren, zodat een weigering om voor dat gebruik ook privaatrechtelijke toestemming te verlenen een misbruik van bevoegdheid oplevert.¹⁶ Dit type beperkingen geldt evenwel ten aanzien van de eigendom van alle zaken en heeft dus in zoverre geen directe relatie met het bijzondere karakter van openbare zaken.

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

Ontstaan van openbaarheid

20. Een zaak kan een openbaar karakter krijgen van nature, door gewoonte of gebruik of door een besluit waardoor een zaak tot openbare zaak bestemd wordt. Het is aan de rechter om in voorkomend geval vast te stellen of een zaak openbaar is.¹⁷

Openbaarheid van nature

21. Van openbaarheid van nature is sprake bij zaken die ‘de mens is gaan gebruiken omdat en zoals deze zich in de natuur aan hem aandienen’.¹⁸ Voorbeelden hiervan zijn de zee, de rivieren, (natuurlijke) havens, beken, meren, duinen, stranden, oevers en bronnen.

22. Voor zaken die van nature openbaar zijn, zal in beginsel gelden dat zij reeds vanaf het begin van hun ontstaan een openbaar karakter hebben (gehad en behouden).

Openbaarheid door gewoonte of gebruik

23. Bij zaken die openbaar zijn (geworden) door gewoonte of gebruik gaat het om zaken die door langdurig gebruik openbaar zijn geworden. Kennelijk heeft de eigenaar van die zaken gedurende langere tijd niet opgetreden tegen een bepaald gebruik van zijn eigendom door derden, waardoor zijn eigendom een openbaar karakter heeft verkregen.

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

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

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

18. Hennekens 2001, p. 27.

24. Artikel 4 lid 1 Wegenwet geeft aan wat de wetgever verstaat onder ‘openbaarheid door gewoonte’:

‘Een weg is openbaar:

I. wanneer hij, na het tijdstip van dertig jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest;

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

25. De wetgever heeft gekozen voor een bepaalde periode van algemene toegankelijkheid. Uit de feitelijke omstandigheden moet blijken of aan de gestelde periode voor algemene toegankelijkheid is voldaan.¹⁹

26. Een mooi voorbeeld vormt een onbewaakte spoorwegovergang bij het station Heemstede-Aerdenhout.²⁰ ProRail heeft als eigenaar van die overgang voor de veiligheid de overgang afgesloten. De Fietzersbond en Wandelnet hebben daarop het college verzocht die afsluiting ongedaan te maken op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening van Heemstede. Het college heeft dit geweigerd omdat het van mening was dat geen sprake was van een openbare weg in de zin van artikel 4 Wegenwet. Door de Fietzersbond en Wandelnet is een uitgebreide historie van het Laantje van Alverna overgelegd en vele verklaringen van gebruikers van de overweg in de periode 1938 tot 2015. De bestuursrechter heeft op basis daarvan aangenomen dat de overgang gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en dus als openbaar moet worden aangemerkt. Dit gebruik is niet door effectieve afsluiting met het hek op enig moment onderbroken geweest. Wel is het zo dat de overgelegde getuigenverklaringen uitsluitend betrekking hebben op het gebruik van de spoorwegovergang door fietsers en voetgangers, zodat daarmee niet aannemelijk is gemaakt dat de spoorwegovergang gedurende dertig achtereenvolgende jaren toegankelijk is geweest voor al het gemotoriseerde verkeer. Voor het gemotoriseerd verkeer mocht de spoorwegovergang dan ook wél afgesloten worden.

27. De gedachte dat die regeling naar analogie zou kunnen worden toegepast op andere openbare zaken, met name waterwegen, heeft de wetgever uitdrukkelijk van de hand gewezen. Volgens de wetgever kunnen de achterliggende vragen — de vraag hoe de publieke bestemming ontstaat en tenietgaat, en wat de rechtsgevolgen van deze bestemming zijn — ‘niet op gelijke wijze worden beantwoord bij

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

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

land- en waterwegen’.²¹ In de literatuur en in de rechtspraak wordt dit standpunt onderschreven.²²

28. Voor de beantwoording van de vraag of een water openbaar is, is het feitelijke gebruik van het water bepalend. Indien daaruit blijkt dat eenieder zonder meer van het water gebruik kan maken, is het water openbaar. Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren.²³ Ook het antwoord op de vraag welk gebruik de eigenaar van openbaar vaarwater moet dulden als ‘gewoon gebruik’, is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden, met dien verstande dat daaronder in elk geval valt het gewone verkeer en het gebruik dat daarmee in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken.²⁴

Bestemming tot openbaarheid

29. Het creëren van openbaarheid door bewust een dergelijke bestemming aan de betreffende zaak te geven, is enkel mogelijk bij openbare wegen.

30. Volgens artikel 4 lid 1 onder III Wegenwet is een weg openbaar wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbare weg heeft gegeven. De bestemmingsdaad die door de rechthebbende moet worden verricht is van privaatrechtelijke aard.²⁵ Verder is in artikel 5 lid 1 Wegenwet opgenomen dat de bestemming slechts wordt gegeven met medewerking van de gemeenteraad waarin de weg is gelegen.²⁶ De beslissing tot ‘medewerking’ heeft tot gevolg dat de publiekrechtelijke status voor de desbetreffende weg wordt aanvaard en de gevolgen die de wet daaraan verbindt intreden.²⁷

31. Wij merken op dat in bestemmingsplannen wegen ook wel worden ‘bestemd’ als ‘openbare wegen’. Een dergelijke planologische functieaanduiding heeft niet tot gevolg dat een weg kwalificeert als openbare weg in de zin van de Wegenwet.²⁸

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

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

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

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

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

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

27. Hennekens 2001, p. 30-31.

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

Tenietgaan openbaarheid

32. Er is geen wettelijke regeling die in algemene zin regelt hoe zaken hun openbare karakter kunnen verliezen.²⁹ In algemene zin kan openbaarheid tenietgaan van nature, door tijdsverloop en door een besluit.³⁰

Tenietgaan van nature of door menselijk handelen

33. Indien een zaak van nature tenietgaat, gaat hiermee ook de openbaarheid teniet. Volgens Hennekens is dit echter niet altijd het geval. Het is mogelijk dat een zaak tijdelijk verdwijnt en later weer in gewone toestand terugkeert, zoals een openbare haven die verdwijnt door een overstroming. De haven is in die periode niet meer bruikbaar, maar de zaak blijft een openbaar karakter hebben. Het is mogelijk om op te treden tegen degene die de zaak heeft aangetast. De Kroon heeft in een besluit van 1963 geoordeeld dat niet altijd de rechtstoestand van de oorspronkelijke weg bepalend is. Het ging hier om een openbaar voetpad over een dijk die was weggeslagen vanwege de watersnoodramp.³¹ Volgens Hennekens kan hieruit worden afgeleid dat in beginsel de oorspronkelijke rechtstoestand als uitgangspunt wordt genomen door de Kroon. Er bestaat geen duidelijke rechtsregel aan de hand waarvan onttrekking aan de openbaarheid door natuurlijke ontwikkelingen plaatsvindt. Hennekens stelt dat veel afhangt van de omstandigheden van het geval, zoals 'tot op zekere hoogte' ook kan worden afgeleid uit het hiervoor genoemde Koninklijk Besluit.³²

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

Tenietgaan door verloop van tijd

35. Op grond van artikel 7 onder I Wegenwet gaat het openbaar karakter van een weg teniet wanneer de weg gedurende dertig achtereenvolgende jaren niet voor eenieder toegankelijk is geweest.

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

30. Vgl. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019/11.5.2, die een onderscheid maken tussen natuurlijke zaken (waarvan de openbaarheid bijvoorbeeld teniet kan gaan als de natuurlijke zaak tenietgaat, door een publiekrechtelijke overheidsbeslissing of het niet langer gebruik maken van de zaak) en aangelegde of kunstmatige zaken (waarvan de openbaarheid onder andere teniet kan gaan door tijdverloop, een publiekrechtelijke overheidsbeslissing of het verliezen van de functie).

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

32. Hennekens 2001, p. 38.

36. De openbaarheid van een weg gaat niet teniet door enkel het plaatsen door een rechthebbende van een bord met de woorden ‘eigen weg’, ook als dit er 30 jaar staat. De enkele plaatsing van een dergelijk bord staat immers niet aan de (feitelijke) toegankelijkheid in de weg. De plaatsing van een bord kan de toegang echter wel belemmeren, en denkbaar is dat om die reden in rechte een gebod tot verwijdering van een dergelijk bord wordt gevorderd.

37. Volgens Hennekens kan worden aangenomen dat artikel 7 onder I Wegenwet ook geldt voor andere openbare zaken dan openbare wegen.

‘De wetgever heeft immers deze rechtsfiguur erkend, zodat daaraan als mogelijk fenomeen in zijn algemeenheid enig bestaansrecht kan worden toegekend, zeker nu elders regelingen ontbreken, behalve in de Landinrichtingswet, die als uitzondering valt aan te merken (art. 132, eerste lid, eerste volzin).’³³

Uit de rechtspraak zijn ons hiervan geen voorbeelden bekend.

Tenietgaan op grond van een besluit

38. Volgens artikel 7 onder II Wegenwet gaat de openbaarheid van een weg teniet wanneer hij door het bevoegd gezag aan het openbaar verkeer is onttrokken. Wie het bevoegd gezag in voorkomende gevallen is, wordt geregeld in artikel 8 en 9 Wegenwet, namelijk – afhankelijk van waar de weg in kwestie in onderhoud is – de Kroon, Provinciale Staten of de gemeenteraad.

39. De bevoegdheid tot onttrekking is van discretionaire aard. Het bestuursorgaan komt ter zake een ruime mate van beleidsvrijheid toe. De rechter dient de aanwending daarvan te beoordelen aan de hand van de maatstaf of sprake is geweest van strijd met wettelijke voorschriften dan wel van zodanige onevenwichtigheid bij de afweging van de betrokken belangen, dat niet in redelijkheid tot het bestreden besluit kon worden overgaan.³⁴

40. In de hierboven genoemde zaak over de spoorwegovergang bij de Laan van Alverna heeft ProRail de gemeente verzocht de overgang aan de openbaarheid te onttrekken. Het college heeft de overgang aan de openbaarheid onttrokken. Daarbij heeft het college overwogen dat door de omstandigheden ter plaatste de overgang een verhoogd risico op een ongeval kent. Het college heeft de veiligheidsbelangen zwaarder laten wegen dan de recreatieve belangen. Voorts heeft het college in aanmerking genomen dat de overgang geen deel uitmaakt of deel gaat uitmaken van een aangegeven wandel- of fietsroute, dat de overgang zinledig is geworden door het hek aan de Bloemendaalse zijde en dat er een aanvaardbare alternatieve route is. Dit besluit is tot aan de Afdeling in stand gebleven.³⁵

33. Hennekens 2001, p. 40.

34. ABRvS 24 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4415. Wij merken op dat deze willekeurtoetsing is vervangen door een evenredigheidstoets en daarmee kan leiden tot intensievere toetsing door de bestuursrechter, ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels.

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

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

Rechtsbescherming verkrijging en tenietgaan openbaarheid

41. Zoals uit het voorgaande volgt, kan openbaarheid bestaan van nature, door gebruik en door bestemming. Die laatste variant doet zich enkel voor onder de Wegenwet, en wij zagen dat aldaar publiekrechtelijke besluitvorming een rol kan spelen bij verkrijging en tenietgaan van openbaarheid. Dergelijke besluitvorming — en de daartegen openstaande rechtsmiddelen — vallen buiten het bestek van deze privaatrechtelijke analyse.³⁶

42. Waar het gaat om openbaarheid van nature of door gebruik zal een discussie over de vraag of sprake is van (tenietgaan van) een openbare zaak worden beslist binnen het privaatrecht. In het bijzonder zal het dan gaan om een scenario waarbinnen iemand die een openbare zaak wil gebruiken in conflict komt met de wensen van de eigenaar van die zaak. Denk aan iemand die al sinds jaar en dag met zijn scheepje door een water vaart en ineens ziet dat de (misschien: nieuwe) eigenaar de toegang heeft afgesloten. Of denk aan de nieuwe eigenaar van een binnenhaven die ziet dat derden een ligplaats hebben ingenomen in die haven en vordert dat daaraan een einde moet worden gemaakt.³⁷

43. Dergelijke kwesties worden dan — via de band van artikel 6:162 BW — beslecht door de burgerlijke rechter.

Invloed artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM

44. Artikel 1 EP EVRM is een rechtstreeks werkende bepaling van internationaal recht waaraan de nationale rechter wetgeving — ook in formele zin — mag toetsen. Artikel 1 EP EVRM stelt eisen aan ontneming en regulering van eigendom door de overheid. Het is evident dat (ontstaan of tenietgaan van) openbaarheid van zaken (eigendom) gaat om regulering, en niet om ontneming, van eigendom.

45. De vraag is of in dit geval wel sprake is van regulering die het gevolg is van een actief optreden van overheidswege. In alle hiervoor beschreven gevallen waarin openbaarheid kan ontstaan, is daarvan in wezen geen sprake. Bij het ontstaan van de openbaarheid van wegen speelt een overheid nog wel een rol vanwege het feitelijk verrichte onderhoud of de medewerking aan de door een eigenaar gewenste

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

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

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

46. Wil een eigendomsregulering voldoen aan de eisen van artikel 1 EP EVRM, dan moet worden voldaan aan drie basisvoorwaarden: zij moet zijn voorzien bij wet, zij moet plaatsvinden in het algemeen belang en er moet sprake zijn van een zogenaamde ‘fair balance’ tussen de belangen gemoeid met de regulering en de belangen van de eigenaar.

47. Die eerste voorwaarde – ook wel de ‘lawfulness’-eis genoemd – valt uiteen in een drietal elementen, namelijk de ‘precision’, de ‘foreseeability’ en de ‘accessibility’ van de aan regulering ten grondslag liggende regelgeving.³⁸ De vereisten van ‘foreseeability’ en ‘precision’ impliceren dat de bevoegdheid van nationale overheden om eigendom te reguleren met voldoende precisie moet zijn vastgelegd, zodat justitiabelen hun gedrag daarop kunnen afstemmen.³⁹ Met ‘accessibility’ wordt bedoeld dat een ieder in de gelegenheid moet zijn de inhoud van de vigerende regelgeving te kennen.⁴⁰

48. De eis dat de regulering moet geschieden in het algemeen belang – de ‘public interest’-eis – is in de praktijk van beperkt belang. Het EHRM laat de nationale autoriteiten namelijk een ruime ‘margin of appreciation’ bij de beoordeling van de vraag of een aan een regulering ten grondslag gelegd doel wel kwalificeert als een algemeen belang. Enkel ingeval zulks volstrekt onaannemelijk is – in de woorden van het EHRM ‘manifestly without reasonable foundation’ – grijpt het EHRM in.⁴¹

49. Bij de eis van de ‘fair balance’ gaat het om het zoeken van een evenwicht tussen het algemeen belang dat wordt gediend met de regulering en de belangen van het getroffen individu.

Wij zouden menen dat de test van de ‘public interest’ en ‘fair balance’ wel kan worden doorstaan. Beargumenteerd kan zeker worden dat er een algemeen belang is gediend met het borgen van een gewoon gebruik van openbare zaken, en dat in de gevallen waarin een zaak als ‘openbaar’ kwalificeert een gewoon gebruik daarvan niet leidt tot een (via bijvoorbeeld een vergoeding te herstellen) verstoring van de fair balance. Wat dat laatste betreft, zal het in alle gevallen van het ontstaan van openbaarheid zo zijn dat het ofwel een bewuste keuze van een eigenaar zelf is om die openbaarheid te doen ontstaan ofwel dat de eigenaar kennelijk gedurende betrekkelijk geruime tijd geen actie heeft ondernomen om gebruik van zijn eigendom

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

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

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

41. EHRM 23 november 2000, nr. 25701/94 (*Voormalige koning van Griekenland e.a./Griekenland*).

door derden te voorkomen of te verbieden. Een (rechterlijke) constatering — en kwalificatie — van een situatie die een eigenaar zelf heeft laten ontstaan verstoort ons inziens dan geen balans en vergt dus ook geen compensatie om die balans te herstellen.

50. In het geval van openbare (vaar)wateren, waar — anders dan bij wegen — een nadere wettelijke regeling ontbreekt, zien wij wel aanleiding om te betwijfelen of de regulering op alle onderdelen voldoet aan de ‘lawfulness-eis’. Hier kan zich immers heel wel een situatie voordoen waarin gebruik van een water door derden met enige frequentie en gedurende enige tijd leidt tot een kwalificatie als openbaar water, met daaraan gekoppeld een duldplicht voor de eigenaar en dus een belangrijke inperking van diens eigendomsrecht zonder dat vooraf voldoende helder is welk gebruik met welke frequentie en gedurende welke periode tot die ingrijpende rechtsgevolgen leidt. ‘Dat is nogal wat’, constateert Verstijlen in zijn noot onder het arrest *Kerkwaard*, en wij delen die verzuchting.⁴² Accessibility is matig geborgd, want het recht kan hier enkel worden gevonden in de rechtspraak.⁴³ Vanwege het in hoge mate feitelijk karakter van die rechtspraak staan vervolgens ook precision en foreseeability onder druk.

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

Gewoon en bijzonder gebruik

51. Bij de uitoefening van het eigendomsrecht op een openbare zaak kan een onderscheid worden gemaakt tussen ‘gewoon’ en ‘bijzonder’ gebruik.

52. Gewoon gebruik betekent dat het publiek gewoon of normaal gebruik mag maken van een openbare zaak. De beantwoording van de vraag wat dat normale gebruik in een voorkomend geval omvat, is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden.

53. De eigenaar van de openbare zaak kan een dergelijk gewoon gebruik niet verbieden. Dit wordt ook wel een duldplicht genoemd en deze duldplicht is een significante beperking van het exclusieve gebruiksrecht van de eigenaar (art. 5:1 BW). De duldplicht is voor openbare wegen opgenomen in artikel 14 Wegenwet, en komt voor de andere openbare zaken (in de praktijk: de openbare wateren) voort uit ongeschreven recht.

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

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

54. Er is wel toestemming van de eigenaar nodig indien er sprake is van bijzonder gebruik, en dergelijk gebruik kan de eigenaar dus verbieden, of aan voorwaarden onderwerpen, zoals het vragen van een financiële compensatie als tegenpresentatie voor het gebruik.⁴⁴

55. Hierna zal het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik van openbare wegen en openbare wateren verder worden uitgewerkt.

Openbare wegen

56. Om te beoordelen wat onder gewoon gebruik van een openbare zaak valt moet gekeken worden naar het karakter van de bestemming, de functie van de openbare zaak en de concrete situatie. Uit de bijzondere wet kan ook worden afgeleid wat onder gewoon gebruik moet worden verstaan. In artikel 14 Wegenwet is bijvoorbeeld het volgende opgenomen:

‘Behoudens de beperkingen in het gebruik, als bedoeld in artikel 6 en behoudens het bepaalde bij het volgend lid, hebben de rechthebbende op en de onderhoudplichtige van een weg alle verkeer over den weg te dulden.’⁴⁵

57. Hieruit kan worden afgeleid dat iedereen de openbare weg mag gebruiken voor het verkeer.⁴⁶ De precieze reikwijdte van het gebruiksrecht van de openbare weg is niet helemaal duidelijk op basis van dit artikel. Het gewone gebruik van een openbare weg is namelijk ruimer dan wat is opgenomen in artikel 14 Wegenwet. Zo valt spelen op straat ook onder de reikwijdte van het gewone gebruik van een openbare weg.⁴⁷

58. Verder volgt uit artikel 6 Wegenwet dat het gewone gebruik van de openbare weg wordt beperkt op grond van de gesteldheid van de weg en van het gebruik van de weg. Het gewone gebruik van de openbare weg wordt door artikel 14 lid 2 Wegenwet ingeperkt voor de berm. De berm behoort volgens dit artikel tot de weg en mag worden gebruikt door het verkeer voor zover het door omstandigheden wordt gebillijkt. De rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een weg, berm of bermsloot moet bovendien verschillende werkzaamheden dulden volgens artikel 14 lid 3 Wegenwet. Het gaat hierbij om de uitvoering van alle werken tot onderhoud of verbetering van de weg, de uitvoering van alle werken vereist voor aansluitingen van wegen en het aanwezig zijn, plaatsen en onderhouden van voorwerpen, boven, op en in de weg, of de daartoe behorende berm en bermsloot ten behoeve van het verkeer over de weg.⁴⁸

44. Huisman 2018, p. 145.

45. Huisman 2018, p. 145.

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

47. Huisman 2018, p. 145.

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

59. Het plaatsen en exploiteren van een snackkar⁴⁹ en het houden van wedstrijden⁵⁰ kunnen als bijzonder gebruik van de openbare weg worden aangemerkt.⁵¹

Openbare wateren

60. Bij andere openbare zaken zoals openbare wateren moet bij de beoordeling of bepaald gebruik gewoon is gekeken worden naar de omstandigheden van het geval en de bestemming of functie die de zaak heeft. Zo wordt in de jurisprudentie meermalen de vraag opgeworpen of het rondvaren met een rondvaartboot onder het gewone gebruik van een openbaar water valt. Het antwoord op deze vraag hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo valt het varen met een rondvaartboot in Giethoorn wel onder het gewone gebruik⁵² en in de IJ-haven niet.⁵³ De gemeente is in het laatste geval bevoegd om de vaart voor rondvaartboten langs privaatrechtelijke weg te beperken.⁵⁴

61. Het varen valt doorgaans onder het gewone gebruik van een openbaar water, maar ook waterafvoer, watertoevoer of wateronttrekking kunnen als zodanig kwalificeren. Verder kan het ankeren van een schip worden aangemerkt als het gewone gebruik van het openbaar water, maar alleen als dit noodzakelijk is voor het gewone verkeer. Het is ook mogelijk om verschillende functies te combineren. Er is dan sprake van meervoudig gewoon gebruik.

62. Het handeldrijven met boten op het water, ook wel bekend als ‘parlevinken’, behoort niet tot het gewone gebruik van een openbaar water.⁵⁵ Het ankeren voor hengelsport is bijvoorbeeld geen gewoon gebruik.⁵⁶ Verder valt ook het houden van zeilwedstrijden niet onder het gewone gebruik van een vaarwater,⁵⁷ evenmin als het lozen van afvalwater en het aanbrengen van aanlegsteigers,⁵⁸ of het houden van een vast verblijf.⁵⁹

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

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

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

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

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

54. Huisman 2018, p. 145.

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

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

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

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

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

63. De vraag wat gewoon dan wel bijzonder gebruik is, moet worden beantwoord op basis van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Zoals Verstijlen ons inziens terecht signaleert in zijn noot onder het arrest *Kerkewaard* lijkt de Hoge Raad ook ruimte te laten voor de mogelijkheid dat wat in het ene geval ‘gewoon’ is in een ander geval – onder andere omstandigheden – als bijzonder heeft te gelden.⁶⁰

Eigenaarsbevoegdheden

64. De enige privaatrechtelijke beperking die voor een eigenaar van een openbare zaak voortvloeit uit het openbare karakter van die zaak is de duldplicht ten aanzien van ‘gewoon gebruik’. Het staat de eigenaar dus vrij om vrijelijk over zijn eigendom te beschikken, bijvoorbeeld die eigendom te vervreemden of te bezwaren. Het uitgeven van de grond of het water in erfpacht of het daarop vestigen van een erfdienstbaarheid (of ander zakelijk recht) is niet verboden zolang een en ander niet in strijd komt met de voormelde duldplicht.⁶¹ Uiteraard kan de duldplicht van invloed zijn op de waarde van de eigendom.

65. Een vervolgvraag is – mede gelet op artikel 3:14 BW – wat de gelding is van het normaal op eigendom toepasselijke recht. Aan de overheid als eigenaar of beheerder kunnen geen verplichtingen worden tegengeworpen die onverenigbaar zijn met de openbare bestemming of met de voorzieningen die met het oog op de verwezenlijking van de openbare bestemming vereist zijn. Dit is met name het geval indien een onroerende zaak met openbare bestemming een ‘erf’ in de zin van het burendrecht is.⁶² Het standaardarrest *Gorsselse Bomen* ging over de vraag of de bepalingen van titel 5.4 onverkort van toepassing zijn op een dergelijk erf.⁶³ De Hoge Raad stelt voorop dat zaken met een publieke bestemming een bijzondere positie innemen. Die bijzondere positie kan meebrengen dat ten aanzien van die zaken bepalingen van burendrecht buiten toepassing moeten blijven ingeval de toepassing onverenigbaar is met die bestemming of met de voorzieningen die met het oog op de verwezenlijking daarvan vereist zijn.⁶⁴ Welke voorzieningen daartoe moeten worden getroffen,⁶⁵ staat ter beoordeling van de overheidsorganen die met de zorg over die goederen zijn belast. In dat kader wijzen wij op de op 2 februari 2022 door de Afdeling bestuursrechtspraak ingevoerde ‘evenredigheidstoets’ ter

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

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

62. A.C. Wibbens-de Jong, *Burendrecht* (Monografieën BW nr. B26), Deventer: Kluwer 2009/9 en *GS Zakelijke rechten*, titel 5:4 BW, aant. 5.4.

63. HR 28 april 1961, NJ 1961/433 (*Gorsselse bomen*).

64. Er moet wel daadwerkelijk sprake zijn van een verwezenlijking van de ‘ten openbare nutte gegeven bestemming’, de openstelling van een gemeentelijke voetbalkooi kan soms niet als zodanig worden gekwalificeerd, Rb. Midden-Nederland 6 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2338 en Hof ’s-Hertogenbosch 28 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1534. In dat geval is het gewone burendrecht onverkort van toepassing.

65. Bijvoorbeeld het wijzigen van een APV, Hof ’s-Hertogenbosch 10 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI4753.

vervanging van de ‘willekeurtoets’.⁶⁶ Die strengere toets leidt mogelijk tot een strengere interventie door de bestuursrechter in de door het bestuursorgaan te maken belangenafweging en in het verlengde daarvan de civiele rechter die eenzelfde afweging moet beoordelen.

Overheid of particulier

66. Een eigenaar is op basis van zijn eigendomsrecht bevoegd om de toestemming tot het bijzonder gebruik van openbare zaken te weigeren. De overheid kan echter niet altijd onverkort haar privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefenen, zoals hiervoor al kort werd aangestipt. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waar alleen privaatrechtelijke toestemming nodig is en anderzijds de situatie waarbij sprake is van een samenloop van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke toestemming.

67. Ingeval alleen privaatrechtelijke toestemming nodig is voor het bijzonder gebruik van een openbare zaak heeft de overheid de nodige vrijheid om deze toestemming al of niet te geven, en daaraan voorwaarden (zoals het betalen van een vergoeding) ter verbinden. Deze vrijheid is wel begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel. Als er meer gegadigden zijn voor een bepaald bijzonder gebruik van bijvoorbeeld een openbaar water, dan zal de overheid in kwestie een zekere mate van eerlijke mededinging moeten organiseren.⁶⁷

68. Er zijn ook gevallen waarin naast of in aanvulling op een privaatrechtelijke toestemming ook een publiekrechtelijke toestemming is vereist. In een zodanig geval kan de tweewegenleer met zich brengen dat een beroep op privaatrechtelijke beschikkingsmacht in voorkomend geval een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling oplevert. Ook is denkbaar dat een publiekrechtelijke vergunning een toestemming tot gebruik van openbare grond impliceert, zodat een weigering om voor dat gebruik ook privaatrechtelijke toestemming te verlenen een misbruik van bevoegdheid oplevert.⁶⁸

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

66. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels.

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

68. HR 5 juni 2009, NJ 2009/255, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen, Gst. 2009, 98, m.nt. J.A.E. van der Does & P.J. Huisman (*Amsterdam/Geschiere*). Zie voor een recente toepassing Rb. Amsterdam 30 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7090.

Het recht op gebruik

69. De duldplicht die voortvloeit uit de kwalificatie als openbare zaak rust op de eigenaar. De keerzijde daarvan is dat partijen ten behoeve van wie die duldplicht bestaat – in beginsel: een onbepaalde groep van potentiële gebruikers van die zaak – een recht hebben om zo nodig naleving van die duldplicht af te dwingen in rechte.⁶⁹ Van der Veen suggereert deze mogelijkheid als subjectief publiekrecht te betitelen.⁷⁰

70. De mogelijkheid van een actie tot naleving van de duldplicht kwam voor het eerst aan de orde in een arrest uit 1917.⁷¹ Een koperslager had het verkeer over een openbare weg belemmerd door het aanbrengen van een versperring. Een landbouwer leed schade en eiste schadevergoeding op basis van artikel 1401 BW (oud). Volgens de Hoge Raad pleegde de koperslager een onrechtmatige daad omdat hij in strijd met artikel 427 lid 6 Sr handelde (versperring van een openbare land- of waterweg zonder verlof van het bevoegde gezag).⁷²

71. Volgens Van der Veen zijn twee kanttekeningen te plaatsen bij dit arrest. Een beroep op artikel 6:162 BW vereist (dreiging van) schade. Toevallige voorbijgangers zullen niet snel schade lijden als een openbare weg wordt afgesloten, zeker niet in verstedelijkte gebieden waar verschillende alternatieve routes beschikbaar zijn. Verder bestond in 1917 het relativiteitsvereiste nog niet. Op grond van het arrest leverde iedere schending van een wettelijk voorschrift een onrechtmatige daad jegens eiser op. Volgens het relativiteitsvereiste uit artikel 6:163 BW bestaat echter geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.⁷³

72. Uit latere (lagere) rechtspraak kan worden afgeleid dat de geplaatste kanttekeningen van Van der Veen in de praktijk geen probleem hoeven op te leveren voor een beoogd gebruiker van een openbare zaak om gewoon gebruik daarvan in rechte af te dwingen. In de *Vulcanus*-zaak hielden aanhangers van Greenpeace een actie tegen een verbrandingsschip, waarbij de vrije vaart en de verbranding van afvalstoffen werden belemmerd.⁷⁴ Volgens de rechtbank Rotterdam was deze belemmering onrechtmatig. De rechter hoefde geen aandacht te besteden aan de vraag of sprake was van een wettelijke bepaling dan wel of was voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het gebruiksregime van openbare zaken is grotendeels gebaseerd op ongeschreven recht, dus het zwijgen over wettelijke voorschriften is begrijpelijk. Het zou ook niet passen als een belemmering van het gebruik van openbare zaken toelaatbaar zou zijn.⁷⁵

69. Van der Veen 1997, p. 224.

70. Van der Veen 1997, p. 233.

71. HR 30 maart 1917, NJ 1917/502 (*Raalster weg*).

72. Van der Veen 1997, p. 232.

73. Van der Veen 1997, p. 232.

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

75. Van der Veen 1997, p. 232.

73. De eigenaar kan op zijn beurt een actie instellen tegen gebruikers van zijn eigendom ingeval hij van oordeel is dat hetzij zijn eigendom niet kwalificeert als een openbare zaak, hetzij dat het gemaakte gebruik daarvan niet (geheel) kwalificeert als gewoon gebruik. Als de rechter hem daarin gelijk geeft, kan de eigenaar aan de toegang en/of het gebruik van zijn eigendom voorwaarden stellen. De ruimte voor het stellen van dergelijke voorwaarden is voor de private eigenaar in wezen onbeperkt. Ingeval de eigenaar een overheid is gelden de beperkingen die elders in dit paper worden uiteengezet.

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

Financiële vergoeding

74. Het gewone gebruik van een openbare zaak moet worden geduld en het is daarom niet mogelijk om hiervoor een financiële vergoeding te vragen op basis van het privaatrecht. Dat ligt — zoals hiervoor al toegelicht — anders indien sprake is van bijzonder gebruik. In dat geval bestaat voor een eigenaar alle vrijheid om over het gebruik te contracteren, onder meer over financiële voorwaarden. Die vrijheid houdt echter op, indien dat bijzonder gebruik in strijd zou komen het normaal gebruik.

75. Als de eigenaar een overheid is, dan bestaat ook bij gewoon gebruik ruimte om onder omstandigheden een vergoeding te bedingen die het karakter heeft van een gebruiksvergoeding. Zo kan bijvoorbeeld op grond van artikel 225 Gemeentewet parkeerbelasting geheven worden, ook als dat parkeren zou geschieden op de openbare weg.⁷⁶ Het betreft hier echter een fiscale heffing, en niet een betaling voortvloeiend uit een privaatrechtelijke afspraak.

76. Wij merken op dat in de gevallen waarin omwille van het algemeen belang — bijvoorbeeld voor de aanleg van een gasleiding of een hoogspanningsleiding — aan een private grondeigenaar een gedoogplicht wordt opgelegd krachtens de Bepalingenwet Privaatrecht een dergelijke grondeigenaar slechts een aanspraak heeft op vergoeding van (alle) schade die de eigenaar leidt vanwege de oplegging van zo'n gedoogplicht. Onder de Omgevingswet wordt dat overigens genuanceerd anders. Ingeval de gedoogplicht ziet op werken die een zeker commercieel karakter hebben, dan heeft een grondeigenaar recht op een 'redelijke gebruiksvergoeding'. Een dergelijke aanspraak op (schade- of gebruiks)vergoeding is werkbaar in een geval waarin slechts één aanwijsbare partij profijt heeft van een duldplicht, maar niet bij een in aard en aantal onbestemde groep van mogelijke gebruikers.

76. Huisman 2018, p. 147-148.

Onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht

77. In het arrest *Hoogheemraadschap/Götte* heeft de Hoge Raad bevestigd dat voor bijzonder gebruik van een openbare zaak naast een eventuele uit het publiekrecht voortvloeiende vergunning in beginsel ook nog een separate toestemming van de eigenaar benodigd is, ook al is die eigenaar een overheid.⁷⁷ Voor die separate toestemming kan dan een vergoeding worden gevraagd.

78. Dat kan echter anders zijn ingeval de publiekrechtelijke regeling op basis waarvan de voornoemde vergunning is verleend aanwijzingen bevat dat deze (voor bepaalde onderwerpen) een exclusief karakter heeft, in welk geval het maken van (ook) privaatrechtelijke afspraken over diezelfde onderwerpen leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Als bijvoorbeeld een financiële voorwaarde wordt gekoppeld aan een publiekrechtelijke vergunning, dan kan niet daarnaast ook nog zo'n voorwaarde langs contractuele weg worden gesteld.⁷⁸ Op het terrein van de openbare zaken is van een exclusieve publiekrechtelijke regeling overigens doorgaans geen sprake.⁷⁹

79. Aan het door de Hoge Raad in het arrest *Hoogheemraadschap/Götte* gemaakte onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik is hiervoor aandacht besteed. Daarbij is geconstateerd dat dit onderscheid niet in alle gevallen even scherp valt te maken. Een vuistregel zou kunnen zijn dat een bijzonder gebruik een gebruik is dat exact datzelfde gebruik door een ander uitsluit. Het varen door een haven is niet iets exclusiefs: op een gemiddelde dag kunnen vele tientallen schippers door een en hetzelfde water varen. Een steiger in dat water leggen, en daaraan langdurig ankeren, heeft wel een exclusief karakter: in het water is zeker geen plaats voor eenieder die dat zou willen om op dergelijke wijze gebruik van dat water te maken. Er is hier dan sprake van bijzonder gebruik.

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

80. Vanuit privaatrechtelijk perspectief bezien – het perspectief van dit paper – geschiedt de ‘handhaving’ van de openbaarheid van openbare zaken via een actie uit onrechtmatige daad van een partij die zich door een gedraging van de eigenaar (of mogelijk een derde) belemmerd ziet in het gewone gebruik van de openbare zaak in kwestie. Voorbeelden daarvan zijn hiervoor al gegeven.

81. Een recent voorbeeld ziet op de ADM-haven in Amsterdam, waar het Havenbedrijf ligplaatsen had gecreëerd in een haven die weliswaar privaat eigendom was van een derde, maar die volgens het Havenbedrijf een openbaar water was. Toen een nieuwe eigenaar ten tonele verscheen, met nieuwe plannen voor de haven, en dreigde om de ligplaatsen te verwijderen, betrok het Havenbedrijf die nieuwe

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

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

79. Huisman 2018, p. 148.

eigenaar in kort geding met als inzet een duldplicht ten aanzien van de ligplaatsen op basis van de stelling dat het hier ging om openbaar water en het ‘liggen’ van schepen in dat water een normaal, door de eigenaar te dulden gebruik is. Deze vordering werd toegewezen.⁸⁰

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

82. Uit de voorgaande analyse blijkt dat de wettelijke regulering inzake openbare zaken summier is. De openbare wegen zijn onderwerp van de Wegenwet, ten aanzien van openbaar (vaar)water ontbreekt elke regeling en in het Burgerlijk Wetboek wordt evenmin veel geregeld. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid vinden wij dat laatste problematisch, niettegenstaande de aan het begin van dit paper al gesignaleerde omstandigheid dat Meijers deze kwestie bewust buiten nadere regelgeving heeft gelaten. Dat klemmt te meer nu het hier gaat om een mogelijke vergaande beperking van een fundamenteel recht als het eigendomsrecht.

83. Een voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken. Stel, een ondernemer koopt een fors stuk grond langs een bestaande waterweg om daarop een mede op het water gericht bedrijventerrein te ontwikkelen. Hij maakt de grond bouwrijp en graaft een binnenhaven uit die in directe verbinding staat met de voornoemde waterweg. Na oplevering van het geheel blijkt de markt niet direct behoefte te hebben aan de kavels gelegen aan de binnenhaven. Die behoefte ontstaat pas na een jaar of vijf. Op dat moment blijkt dat in de voorbije jaren recreanten veelvuldig met scheepjes gebruikmaken van de nog niet commercieel in gebruik genomen binnenhaven. Het is op basis van huidig recht nagenoeg onvoorspelbaar of een rechter zal oordelen dat die binnenhaven openbaar water is (geworden).

84. Lange tijd leefde de opvatting dat de rechtspraak hier aansluiting zou zoeken bij de wel bestaande wettelijke regeling rond openbare wegen, maar uit het voornoemde *Kerkwaard*-arrest blijkt dat de Hoge Raad die opvatting niet deelt.

85. Wij zien twee oplossingsrichtingen: ofwel de rechtspraak rond openbaar water zoekt alsnog nadere aansluiting bij de wettelijke regeling rond openbare wegen, ofwel dat openbaar water krijgt een eigen regeling. Die regeling hoeft niet heel uitgebreid te zijn. Zij zou kunnen volstaan met definities van ‘gewoon gebruik’ en ‘bijzonder gebruik’, alsmede het noemen van een termijn van gewoon gebruik waarna een in oorsprong niet-openbaar water openbaar wordt.

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

86. Een nadeel van een wettelijke regeling is duidelijk: fixatie in wettelijke bepalingen kan leiden tot minder flexibiliteit en minder ruimte in de rechtspraak om te komen tot de beste oplossing in het voorkomende geval. In zoverre is een aanpassing van de bestaande rechtspraak wellicht een beter instrument. Linksom of rechtsom lijkt ons evenwel van belang dat justitiabelen zekerheid hebben over de status van hun eigendom, en die status niet sluipenderwijs – en op basis van betrekkelijk diffuse criteria – van kleur kan verschieten.

Goederen met een publieke bestemming naar Belgisch publiekrecht

Thomas Leys^{*}

Inleiding

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

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

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

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

Vraag 1. Afbakening van het openbaar domein

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

PARAGRAAF I. De vereiste bestemming

4. Het openbaar domein is door de wetgever niet gedefinieerd. De inmiddels opgeheven artikelen 538 tot en met 541 van het oude Burgerlijk Wetboek bevatten op

^{*} Drs. Th. (Thomas) Leys is Referendaris bij het Grondwettelijk Hof en (was) Doctoraatsstudent aan de KU Leuven (waar hij intussen is gepromoveerd en werkzaam is als vrijwillig wetenschappelijk medewerker).

1. Decreet van 3 mei 2019 houdende de gemeentewegen.

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

het eerste gezicht wel een opsomming van een aantal goederen die tot het openbaar domein behoren. Volgens die bepalingen behoren bijvoorbeeld tot het ‘openbaar domein’ de wegen, banen en straten die ten laste zijn van de Staat, de onbeheerde goederen die geen eigenaar hebben, en de poorten, muren, grachten en wallen van versterkte plaatsen en van vestigingen. Hoewel die bepalingen uitdrukkelijk de term ‘openbaar domein’ gebruikten, kunnen de goederen die er in opgenomen waren toch tot het privaat domein van de overheid behoren. De term ‘openbaar domein’ werd in die bepalingen enigszins verwarrend gebruikt als synoniem voor staatseigendom en niet om een onderscheid te maken tussen twee categorieën van goederen van de Staat. De verklaring daarvoor is dat die bepalingen dateren van voor het leerstuk van het openbaar domein.³

5. Het nieuwe boek 3 ‘Goederen’ van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt over het onderscheid tussen openbaar en privaat domein uitsluitend het volgende:

‘Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd’ (art. 3.45 lid 1 BW).

Oorspronkelijk was het nochtans de bedoeling om in het nieuwe goederenrecht het openbaar domein nader te beschrijven. Artikel 3.59 lid 1 van het wetsvoorstel houdende invoeging van boek 3 ‘Goederen’ in het nieuw Burgerlijk Wetboek bepaalde ‘Goederen die uitdrukkelijk of impliciet worden bestemd tot het gebruik van allen of tot een openbare dienst, vormen het openbaar domein’.⁴ Die bepaling is uiteindelijk uit het voorstel geschrapt om het artikel tot vragen van het goederenrecht te beperken. De wijze waarop goederen tot het openbaar domein worden bestemd, zou een vraag zijn die niet binnen het Burgerlijk Wetboek valt.⁵

6. Hoewel die omschrijving geen wet is geworden, is het niettemin de heersende omschrijving van het openbaar domein in het Belgische recht. In een arrest van 15 maart 2018 heeft het Hof van Cassatie, in afwijking van eerdere rechtspraak, het openbaar domein op dezelfde wijze gedefinieerd. Het Hof oordeelde:

*‘Een goed behoort tot het openbaar domein wanneer het door de bevoegde overheid uitdrukkelijk of stilzwijgend bestemd wordt tot het gebruik van allen of voor een openbare dienst’.*⁶

Het Hof van Cassatie heeft toen zijn rechtspraak vermoedelijk willen afstemmen op het nieuwe goederenrecht dat op dat ogenblik reeds in de pijplijn zat.

3. Zie daarover S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 71 e.v.
 4. Wetsvoorstel houdende invoeging van boek 3 ‘Goederen’ in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 0173/001, 371.
 5. Amendementen, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 0173/002, 17.
 6. Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N.

Voor het arrest van 15 maart 2018 omschreef het Hof van Cassatie het openbaar domein restrictiever. Het Hof hanteerde klassiek de volgende omschrijving:

*‘Een goed behoort tot het openbare domein doordat het, hetzij door een uitdrukkelijk hetzij door een impliciete beslissing van de overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid van de persoon’.*⁷

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

Met die nieuwe omschrijving vervalt die kritiek. De vraag is nu of de nieuwe omschrijving niet te ruim is. In het verleden zijn in de rechtsleer enkele andere omschrijvingen van het openbaar domein voorgesteld als alternatief voor het traditionele criterium van het Hof van Cassatie. Zo koppelden bepaalde auteurs het openbaar domein aan de openbare dienst of – zoals de opstellers van het nieuwe goederenrecht en het Hof van Cassatie in zijn arrest van 15 maart 2018 – aan het gebruik van allen en de openbare dienst.⁹ Die strekking in de rechtsleer werd net om die reden bekritiseerd.

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

7. Cass. 18 mei 2007, C.06.0086.N. Zie ook Cass. 21 januari 1926, *Pas.* 1926, I, 187; Cass. 9 maart 1950, *Arr.Cass.* 1950, 457 en *Pas.* 1950, I, 485; Cass. 8 maart 1951, *Arr.Cass.* 1951, 390 en *Pas.* 1951, I, 461; Cass. 3 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1100 en *Pas.* 1968, I, 1033; Cass. 25 september 2000, C.99.0385.F.
8. Zie bijvoorbeeld V. Sagaert, ‘Goederenrecht’, in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2021, p. 238; A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 450.
9. Zie voor een beschrijving van deze strekking: A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Brussel: Bruylant 1966, p. 371; C. Cambier, *Droit administratif*, Brussel: Larcier 1968, p. 335-336; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Association Intercommunale de Mécénographie 1978, p. 369; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 107-108; F. Van Neste, *Zakenrecht boek 1 goederen, bezit en eigendom in beginselen van Belgisch privaatrecht V*, Gent: Story Scientia 1990, p. 164; A.W. Vranckx, H. Coremans & J. Dujardin, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge: die Keure 2005, p. 9-10; F. Wastiels, *Administratief goederenrecht*, Gent: Story Scientia 1983, p. 187.
10. A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 452; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 108.
11. J. De Staercke, *Domeingoesenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 69; F. Wastiels, *Administratief goederenrecht*, Gent: Story Scientia 1983, p. 211.

8. De meerderheid van de rechtsleer,¹² gevolgd door een aanzienlijk deel van de lagere rechtspraak¹³ neemt daarom een tussenpositie in. Zij kiezen voor het criterium van de Franse auteur Waline, al dan niet samen met het criterium ‘bestemd voor het gebruik van allen’, om het openbaar domein af te bakenen. Volgens Waline behoort tot het openbaar domein een goed dat ‘*soit à raison de sa configuration naturelle, soit à raison d’un aménagement spécial, soit peut-être même à raison de son importance historique ou scientifique, est nécessaire à un service public ou à la satisfaction d’un besoin public, et ne saurait être remplacé par aucun autre dans ce rôle.*’¹⁴

Ook die tussenpositie is evenwel niet vrij van kritiek. Zo is het niet duidelijk welke waarde het vereiste van een ‘aménagement spécial’ (een bijzondere aanpassing) in België heeft.¹⁵ Een deel van de Belgische rechtsleer lijkt het vereiste van ‘aménagement spécial’ zelfs niet als een zelfstandig vereiste te aanvaarden aangezien zij het vereiste uit de beschrijving van het criterium van Waline weglaten.¹⁶ Daarnaast vereist het criterium van Waline geen intentionele beslissing van de overheid die het goed affecteert tot het openbaar domein. Een goed behoort volgens Waline immers tot het openbaar domein door zijn natuur, door een bijzondere aanpassing, of door zijn historische of wetenschappelijke waarde.¹⁷ Deze afwezigheid van het intentioneel element staat haaks op de huidige domeinleer die de uiteindelijke beslissing over wat openbaar domein is bij de bevoegde overheid legt (zie *infra* vraag 2).¹⁸

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

12. J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Association Intercommunale de Mécénographie 1978, p. 370-373; J. De Staercke, *Domeingoeederenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 43-44; M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1989, p. 1030; K. Leus & W. Depester, ‘Rechten op openbaar domein’, in: A. Logghe, A. François & K. Leus, *Ondernemen met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2010, p. 118; A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 469-470; A. Vandeburie, ‘Définir le domaine public, permettre sa valorisation: une entreprise impossible?’, *RCJB* 2012/4, p. 498-500; P. Wigny, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1962, p. 221.
13. Zie onder meer Brussel 8 februari 2011, nr. 2008AR1642; Luik 24 juni 1981, *JLMB* 1982, 206; Rb. Brugge 12 december 1990, *RW* 1990-91, 994; *T.Not.* 1991, 104-105; Rb. Brussel 29 maart 1996, *JT* 1996, 681; Rb. Luik 10 oktober 1986, *JLMB* 1986, 653; Kh. Luik 6 oktober 1994, *TBH* 1995, 978; Vred. Fexhe-Slins 9 oktober 1989, *JLMB* 1990, 240; Vred. Lier 13 juli 1971, *T.Vred.* 1973, 225; Vred. Namen (2de kanton) 13 juli 1999, *JLMB* 2000, 892.
14. M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Parijs: Sirey 1936, p. 523.
15. S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 109.
16. O.a. K. Leus & W. Depester, ‘Rechten op openbaar domein’, in: A. Logghe, A. François & K. Leus, *Ondernemen met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2010, p. 118; B. Peeters, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen: Maklu 1989, p. 187.
17. M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Parijs: Sirey 1936, p. 523.
18. B. Peeters, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen: Maklu 1989, p. 191; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 110.

PARAGRAAF II. Eigendom van een publiekrechtelijke rechtspersoon?

10. Een andere open vraag is of alleen overheidsgoederen of ook goederen van particulieren tot het openbaar domein kunnen behoren. Een deel van de rechtsleer (het gaat vooral om privatisten)¹⁹ is van oordeel dat zowel overheidsgoederen als particuliere goederen tot het openbaar domein kunnen behoren. Volgens die auteurs is niet de eigendom maar de bestemming bepalend voor de kwalificatie als openbaar domein. Zij menen voor hun standpunt steun te vinden in enkele oude arresten van het Hof van Cassatie²⁰ en in de rechtspraak van de Raad van State²¹. Een ander deel van de rechtsleer (vooral publicisten)²² acht de eigendom wel bepalend. Zij wijzen er in hoofdzaak op dat het openbaar domein niet verenigbaar is met particuliere eigendom. Een privaat goed bestemmen tot het openbaar domein zou zelfs in strijd zijn met artikel 16 Grondwet en/of artikel 1 EP EVRM.

Het nieuwe goederenrecht heeft die controverse in de rechtsliteratuur (voorlopig) niet beëindigd,²³ desondanks het feit dat het artikel 3.45 BW het onderscheid tussen openbaar en privaat domein uitdrukkelijk koppelt aan de categorie van 'publieke goederen'. Artikel 3.45 lid 1 BW bepaalt: 'Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd.' Een gelijkaardige regel die stelt dat private goederen tot het openbaar domein kunnen behoren ontbreekt.

19. A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Brussel: Larcier 1966, p. 373; H. De Page & R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1975, p. 691-692; R. Dekkers & E. Dirix, *Handboek burgerlijk recht, deel II zakenrecht, zakelijke zekerheden en verjaring*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 38; J. Putzeys, 'L'évolution de la domanialité publique', in: P. Van Den Eynde (red.), *Liber amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve: Academia 1992, p. 334; V. Sagaert, 'Goederenrecht', in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*; 5, Mechelen: Kluwer 2014, p. 125; F. Van Neste, *Zakenrecht boek 1 goederen, bezit en eigendom in beginselen van Belgisch privaatrecht V*, Gent: Story Scientia 1990, p. 167 en 179-180; M. Vauthier, *Précis du droit administratif de la Belgique*, II, Brussel: Larcier 1950, p. 391; H. Vuye, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge: die Keure 1995, p. 436.
20. Onder meer Cass. 10 februari 1865, *Pas.* 1865, I, 289-291; Cass. 18 maart 1870, *Pas.* 1870, I, 161-162; Cass. 9 januari 1893, *Pas.* 1893, I, 77; Cass. 31 maart 1898, *Pas.* 1898, I, 143-144; Cass. 16 november 1906, *Pas.* 1907, I, 46; Cass. 4 oktober 1974, *Pas.* 1975, I, 151.
21. RvS 8 februari 2000, nr. 85.175 (*De stad Beauraing*); RvS 2 februari 2021, nr. 249.678 (*Infrabel*).
22. P. Boucquoy & V. Ost, 'La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé', in: B. Lombaert (red.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics*, Brussel: die Keure 2005, p. 255; C. Cambier, *Droit administratif*, Brussel: Larcier 1968, p. 334; J. De Staercke, *Domeingoesdereenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 45; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Association Intercommunale de Mécénographie 1978, p. 375-377; G. Dor & J. Dembour, 'Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique', in: *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Brussel: Larcier 1955, p. 37; M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1989, p. 1036; P. Flamme, 'Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?', *JT* 1991, p. 443; B. Peeters, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunitet*, Antwerpen: Maklu 1989, p. 183; N. Van Damme, 'Erfdienstbaarheden op het openbaar domein', in: V. Sagaert (red.), *De betekenis van erfdiensbaerheden bij vastgoedtransacties* (Property Law Series), Antwerpen: Intersentia 2017, p. 262-264; A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 389 e.v.; F. Vandendriessche, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge: die Keure 2004, p. 418; A.W. Vranckx, H. Coremans & J. Dujardin, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge: die Keure 2005, p. 13-14.
23. V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2021, p. 242-243.

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

11. De subvraag of de eigendom van bovenstaande goederen in principe onder het publiekrecht of het privaatrecht valt, wordt onder vraag 3 besproken.

Vraag 2. Affectatie en desaffectatie

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

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

13. De affectatie van een goed tot het openbaar domein gebeurt in de regel door een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing van de bevoegde domaniale overheid.²⁴ De bevoegde overheid kan expliciet beslissen om een goed op te nemen in het openbaar domein, of uit de feiten kan blijken dat de overheid ondubbelzinnig de wil heeft gehad om het goed op te nemen in het openbaar domein. Het feit dat een goed een openbaar gebruik heeft, volstaat in principe op zichzelf niet.²⁵ Meer zelfs, uit een cassatiearrest van 17 oktober 2014 lijkt te volgen dat een goed tot het openbaar domein kan behoren zonder dat het goed reeds een openbaar gebruik kent.²⁶ Het Hof oordeelde toen:

‘Een goed behoort tot het openbare domein doordat het, hetzij door een uitdrukkelijke hetzij door een impliciete beslissing van de overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid van de persoon. De omstandigheid dat de overheid nog niet daadwerkelijk aan deze bestemming uitvoering heeft gegeven, doet hieraan geen afbreuk, zolang niet blijkt dat de overheid van de publieke bestemming heeft afgezien.’²⁷

Dat laatste is evenwel betwist. Bepaalde rechtsleer is van oordeel dat de affectatie twee componenten heeft: een intentionele component (de uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing) en een materiële component (de realisatie van die beslissing). Met andere woorden een goed kan maar tot het openbaar domein behoren indien het daartoe is bestemd en die bestemming ook verwezenlijkt is. Het cassatiearrest van 17 oktober 2014 zou die zienswijze ook niet uitsluiten. Uit de achterliggende feiten zou blijken dat de strook grond waarover het cassatiearrest handelde, reeds een

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

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

26. Zie ook N. Van Damme, ‘Het openbaar domein: volstaat een louter intentionele affectatie? Over de verdere labyrinthisering van het Belgische domeingoederenrecht’, RW 2015, afl. 27, p. 1070.

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

openbaar gebruik kende, ook al had de overheid zelf nog geen uitvoering gegeven aan de voorziene bestemming. In die omstandigheden zou het feit dat aan die bestemming geen uitvoering is gegeven, inderdaad geen afbreuk doen aan de kwalificatie als openbaar domein.²⁸

Traditioneel wordt daarnaast aangenomen dat bepaalde goederen van nature tot het openbaar domein behoren. Zij zouden door de natuur zelf geaffecteerd zijn. Het gaat dan bijvoorbeeld over de stranden en de (bedding van) bevaarbare rivieren.²⁹ Ook dat wordt weliswaar betwist. Bepaalde rechtsleer is van oordeel dat ook in dat geval het openbaar domeinstatuut voortvloeit uit een (impliciete) beslissing. De natuur kan een goed geschikt maken voor openbaar gebruik, maar het is steeds de mens die beslist of er openbaar gebruik is.³⁰

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

14. De desaffectatie van een openbaar domeingood gebeurt op gelijkaardige wijze als de affectatie. De desaffectatie vereist steeds, tenzij men aanvaardt dat goederen ook van nature uit het openbaar domein kunnen verdwijnen,³¹ een ‘beslissing’ van de bevoegde overheid. Hoewel bepaalde auteurs daar kritisch tegenover staan,³² hoeft het niet noodzakelijk om een uitdrukkelijke beslissing te gaan. Het Hof van Cassatie heeft dat reeds uitdrukkelijk bevestigd. Volgens het Hof van Cassatie kan een goed het karakter van openbaar domein verliezen door een uitdrukkelijke beslissing van de overheid of door een handeling die noodzakelijk dergelijke beslissing veronderstelt.³³ Ook in de lagere rechtspraak is de stilzwijgende desaffectatie reeds herhaaldelijk aanvaard.³⁴

De stilzwijgende desaffectatie wordt in de regel wel maar aanvaard door de rechtspraak indien de wil van de overheid om het goed uit het openbaar domein te halen ondubbelzinnig vaststaat.³⁵ Om die reden is reeds geoordeeld dat het loutere feit dat het goed niet meer openbaar wordt gebruikt,³⁶ niet volstaat. Hetzelfde geldt

28. A. Vandeburie, ‘Les biens du domaine public sont ceux destinés à l’usage de tous, même lorsque cette destination n’a pas encore été exécutée—précision ou revirement de jurisprudence?’, *APT* 2015, p. 507-509.
29. O.a. P. Jongbloet, ‘In en uit het openbaar domein’, in: *Openbaar domein*, in: *CROW*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 59-60; V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2021, p. 243-244; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 96-97.
30. A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 431; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 98.
31. Zie daarover kritisch S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 98.
32. C. Cambier, *Droit administratif*, Brussel: Larcier 1968, p. 339; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Association Intercommunale de Mécénographie 1978, p. 388-389; zie ook V. Sagaert, *Goederenrecht*, in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2021, p. 245.
33. Cass. 3 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1100; Cass. 1 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 130.
34. O.a. Rb. Hoei 31 maart 1980, *JL* 1980, 249; Vred. Hamoir 21 maart 1991, *JLMB* 1991, 784.
35. Zie ook A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 476.
36. Rb. Brugge 12 december 1990, *T.Not.* 1991, 103.

bijvoorbeeld ook voor het loutere feit dat dat het goed in een administratieve akte vermeld staat als behorend tot het privaat domein³⁷ en voor het loutere feit dat het goed verhuurd wordt³⁸ (wat in principe onverenigbaar is/was met het statuut van openbaar domein). Desalniettemin is de rechtspraak wat dit punt betreft niet geheel voorspelbaar. Zo heeft een bodemrechter ook reeds geoordeeld dat de desaffectatie uit een voorstel tot verkoop kan worden afgeleid.³⁹

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

Vraag 3. Gevolgen openbare bestemming voor eigenaar

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

PARAGRAAF I. Klassiek uitgangspunt: openbaar domein is onvervreemdbaar, onbeschikbaar en onverjaarbaar

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

16. Traditioneel werd aangenomen dat het openbaar domein volledig buiten de handel was. Het openbaar domein is volgens die traditionele zienswijze onvervreemdbaar, onbeschikbaar en onverjaarbaar. Geen enkel privaat vermogensrecht

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

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

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

40. N. Van Damme, 'Het openbaar domein: volstaat een louter intentionele affectatie? Over de verdere labyrinthisering van het Belgische domeingoederenrecht', *RW* 2015, afl. 27, p. 1070.

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

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

kon toegestaan worden op een openbaar domeingoed. Alleen preciaire administratieve rechten — domeinconcessies en domeinvergunningen — waren mogelijk.⁴³

Daarnaast was volgens de klassieke zienswijze het openbaar domein ook nog onbeslagbaar.⁴⁴ Sinds de invoering van artikel 1412bis Gerechtelijk Wetboek is het statuut van openbaar domein niet meer bepalend voor de beslagbaarheid.⁴⁵ We gaan er om die reden niet verder op in.

PARAGRAAF II. Opening in de rechtspraak voor private rechten

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

18. In 2007 heeft het Hof van Cassatie vervolgens geoordeeld dat een recht van opstal eveneens verzoenbaar kan zijn met het openbaar domein. Het Hof oordeelde als volgt:

‘Behoort een goed tot het openbare domein en is het zodoende bestemd tot het gebruik van allen, dan kan niemand een privaatsrecht verwerven dat het bedoelde gebruik zou kunnen belemmeren en dat afbreuk zou kunnen doen aan het recht van de overheid om het te allen tijde, gelet op dat gebruik, te regelen. Voor zover evenwel

43. Zie A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Brussel: Larcier 1966, p. 374 e.v.; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Association Intercommunale de Mécénographie 1978, p. 395 e.v.; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 121 e.v.

44. Zie A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Brussel: Larcier 1966, p. 374 e.v.; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Association Intercommunale de Mécénographie 1978, p. 395 e.v.

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

46. De wettelijke afstanden voor beplantingen zijn nog steeds niet verzoenbaar met het openbaar domein. Hetzelfde geldt, althans volgens een deel van de rechtsleer en rechtspraak, voor de erfdienstbaarheden ontstaan door verkrijgende verjaring. Zie daarover T. Leys & V. Sagaert, ‘Het gebruik van het openbaar domein door particulieren’, in: R. Palmans, T. Leys & J. Toury (red.), *Openbaar domein*, in: *CROW*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 84-85.

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

*een privaat recht van opstal voormelde bestemming niet verhindert, kan het worden gevestigd op een goed van het openbare domein.*⁴⁸

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

19. Het is dan ook opmerkelijk dat het Hof van Cassatie in een arrest van 15 maart 2018⁵⁰ toch lijkt te aanvaarden dat een erfpachtrecht precair kan zijn en dus verzoenbaar kan zijn met openbaar domein. Het Hof oordeelde, zij het evenwel op grond van artikel 191 Gemeentedecreet (een wettelijke uitzondering die nu vervangen is door art. 292 lid 1 Decreet Lokaal Bestuur; zie infra, nr. 20), dat:

*‘een gemeente, via een extern verzelfstandigd agentschap onder de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk in de zin en onder de voorwaarden van het Gemeentedecreet, een openbaar domeingood dat bestemd is voor het gebruik van allen kan bezwaren met een erfpacht voor zover daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan haar recht om te allen tijde dat gebruik te regelen. Het onderdeel dat aanvoert dat door de toekenning van een erfpacht op een onroerend goed dat in eigendom toebehoort aan de Staat, de provinciën of gemeenten, aan een instelling die niet afhangt van de Natie, onvermijdelijk een desaffectatie van dat onroerend goed ontstaat, dat de wil impliceert om het onroerend goed zijn openbare bestemming te ontnemen en het onroerend goed door de toekenning van een erfpacht haar statuut als domeingood verliest, faalt naar recht.*⁵¹

Dat het Hof van Cassatie een voorwaarde koppelt aan het vestigen van een erfpacht op het openbaar domein en daarna overweegt dat het vestigen van een erfpacht op het openbaar domein niet automatisch een desaffectatie inhoudt, doet immers vermoeden dat die voorwaarde ook effectief vervuld kan worden.

Ook de conclusie van advocaat-generaal Van der Fraenen bij het arrest bevestigt dat. Hij stelt namelijk:

‘Een recht van erfpacht lijkt op het eerste gezicht onverenigbaar te zijn met dit principe van de veranderlijkheid van de openbare dienst, gelet op de minimumduur van 27 jaar. Evenwel dient in voorliggend geval m.i. het statuut van verweerster in

48. Cass. 18 mei 2007, C.06.0086.N.

49. Zie daarover uitgebreid T. Leys & V. Sagaert, ‘Het gebruik van het openbaar domein door particulieren’, in: R. Palmans e.a. (red.), *Openbaar domein*, in: CROW, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 90-97.

50. Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N.

51. Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N.

*acht genomen als een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm overeenkomstig de artikelen 245-247 van het Gemeentedecreet, namelijk als vereniging zonder winstoogmerk waarin de gemeente steeds een meerderheid van de stemmen heeft in de algemene vergadering, de meerderheid van de leden van de raad van bestuur voordraagt en de vertegenwoordigers van de gemeente in de algemene vergadering handelen overeenkomstig de instructies van de gemeenteraad.*⁵²

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

PARAGRAAF III. Wettelijke uitzonderingen van voor het nieuwe goederenrecht⁵⁴

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

Zo kan verwezen worden naar artikel 10 en 11 PPS-decreet, artikel 185 Provinciedecreet, artikel 9^{ter} Havendecreet en artikel 292,⁵⁵ 473⁵⁶ en 486⁵⁷ Decreet Lokaal Bestuur. Die bepalingen geven de Vlaamse regering, de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en de publiek- en privaatrechtelijke vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, de provincies en autonome provinciebedrijven, de havenbedrijven, de gemeentes en autonome gemeentebedrijven, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (OCMW's), de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid, en de welzijnsverenigingen en autonome verzorgingsinstellingen op algemene wijze⁵⁸ de mogelijkheid om op voorwaarde van bijzondere en omstandige motivering, alle (beperkte) zakelijke rechten te vestigen op openbare domeingoederen voor zover de gevestigde

52. Cass. 15 maart 2018, F.16.0141.N, concl. Adv. Gen. Van der Fraenen, 3.

53. Zie ook T. Leys & V. Sagaert, ‘Het gebruik van het openbaar domein door particulieren’, in: R. Palmans e.a. (red.), *Openbaar domein*, in: CROW, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 97-99 waarop deze passage over het cassatiearrest van 15 maart 2018 gebaseerd is.

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

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

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

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

58. Behoudens voor de provincies, autonome provinciebedrijven, havenbedrijven, gemeenten, autonome gemeentebedrijven en OCMW's is de toepasselijkheid van de versoepeling steeds gekoppeld aan het voorhanden zijn van een (lokaal) PPS-project in de zin van het PPS-decreet. Gelet op de zeer ruime definitie van ‘PPS-projecten’ in art. 2, 1° van het PPS decreet (projecten die door publiek- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband worden gerealiseerd om een meerwaarde voor die partijen tot stand te brengen), vormt dit geen grote beperking van het toepassingsgebied van de versoepeling.

zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen. Deze decreten vereisen niet (uitdrukkelijk) dat het recht precair is.

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

PARAGRAAF IV. Nieuwe goederenrecht: een paradigmashift?

21. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe goederenrecht, is op algemene wijze in het Burgerlijk Wetboek verankerd dat het openbaar domein niet geheel onbeschikbaar is. Artikel 3.45 lid 2 BW bepaalt immers dat een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingoed kan bestaan in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat. Het nieuwe goederenrecht veralgemeent de hierboven aangehaalde cassatierechtspraak voor alle persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten en lijkt ze ook, zoals de meer specifieke wettelijke uitzonderingen, te versoepelen door niet te vereisen dat het toegekende gebruiksrecht ook precair moet zijn. Artikel 3.45 lid 2 BW bepaalt uitsluitend dat het persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht verzoenbaar moet zijn en blijven met de openbare bestemming.

Of die bepaling en de andere wettelijke bepalingen die vereisen dat het recht verenigbaar moet zijn met de openbare bestemming, werkelijk een versoepeling inhouden, is evenwel nog onzeker. Bepaalde rechtsleer is namelijk van oordeel dat het precariteitsvereiste vervat zit in de voorwaarde dat het recht verenigbaar moet

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

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

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

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

zijn met de openbare bestemming.⁶³ Bovendien lijkt het Hof van Cassatie die opvatting in zijn arrest van 15 maart 2018 ook reeds impliciet te hebben bijgetreden. Niettegenstaande het gegeven dat de gemeente in die zaak het goed in erfpacht had gegeven aan een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap op grond van artikel 191 Gemeentedecreet (nu vervangen door art. 292 lid 1 Decreet Lokaal Bestuur), een decretale uitzondering die geen melding maakt van het precariteitsver-eiste maar wel vereist dat het recht kennelijk verenigbaar is met de openbare bestemming, oordeelde het Hof van Cassatie toch dat een erfpacht slechts gevestigd kan worden op openbaar domein voor zover de erfpacht geen afbreuk doet aan het recht van de overheid om het gebruik te allen tijde volgens de behoeften en het belang van alle burgers te regelen en te vrijwaren.^{64, 65}

22. Daarnaast zou op het eerste gezicht ook nog gedacht kunnen worden dat artikel 3.45 lid 2 BW de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein versoepelt. Artikel 3.45 BW bepaalt immers niet op algemene wijze dat openbare domeingoederen onvervreemdbaar zijn. Het tweede lid van artikel 3.45 BW bepaalt alleen dat openbare domeingoederen niet vatbaar zijn voor verkrijgende verjaring, natrekking of een andere vorm van oorspronkelijke eigendomsverkrijging. Het artikel bepaalt niet dat overdrachten ten bijzondere titel zoals een verkoop of schenking, niet mogelijk zijn. Daaruit mag evenwel niet afgeleid worden dat er geen algemeen vervreemdingsverbod meer is. Bij stilzwijgen moet aangenomen worden dat de wetgever niet wilde afwijken van de publiekrechtelijke regels.⁶⁶

Vraag 4 en 5. Publiek gebruik van openbaar domein

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

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

63. S. Van Garsse & M. Lernout, 'Erfpacht en opstal & de overheid', in: *Erfpacht en opstal*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 229-230.

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

65. Zie ook T. Leys & V. Sagaert, 'Het gebruik van het openbaar domein door particulieren' in: R. Palmans e.a. (red.), *Openbaar domein*, in: CROW, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 101-102.

66. In dezelfde zin A. Lemmerling, 'Openbaar domein', in: *Het nieuwe goederenrecht*, in: *Property Law Series*, Antwerpen: Intersentia 2021, p. 125.

23. Openbare domeingoederen staan in de regel ten dienste van de collectiviteit. Het gewone gebruik van openbaar domein is collectief.⁶⁷ De privatieve ingebruikname van het openbaar domein is de uitzondering. Privatieve ingebruikname kan maar op basis van een administratief, persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht.⁶⁸

Hierboven hebben we de voorwaarden beschreven waaronder dergelijke rechten toegekend kunnen worden op het openbaar domein. Vanzelfsprekend zal een administratief of privaat gebruiksrecht op het openbaar domein vaak niet gratis toegekend worden. In het geval dat het om een contractueel gebruiksrecht gaat, kan de vergoeding in de overeenkomst opgenomen worden.

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

Met vrij gebruik wordt bedoeld dat eenieder het openbaar domeingood in overeenstemming met zijn bestemming mag gebruiken. Het vrij gebruik houdt dus niet in dat de burger het openbaar domeingood naar eigen goeddunken mag gebruiken.⁷⁰ Het vrij gebruik dat dus reeds beperkt is door de bestemming van het goed, kan in principe nog verder beperkt worden door de overheid. De overheid kan, voor zover ze een wettelijke grondslag vindt en voor het overige ook niet onwettig handelt, het gebruik regelen en beperken. Aangezien daarvoor geen globale wettelijke regeling bestaat, zal dat steeds *in concreto* beoordeeld moeten worden.⁷¹ Gelet op dat alles zal het vrij gebruik niet steeds veel voorstellen. Zo zal bijvoorbeeld het gebruik van een vliegveld dat tot het openbaar domein behoort, sterk ingeperkt zijn.

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

67. A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Brussel: Larcier 1966, p. 380; M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1989, p. 1045; P. Wigny, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1962, p. 239.

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

69. J. De Staercke, 'Het collectief gebruik van het openbaar domein, en de openbare wegen', *CDPK* 2006, afl. 3, p. 745; M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1989, p. 1045; F. Wastiels, *Administratief goederenrecht*, Gent: Story Scientia 1983, p. 202-203.

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

71. J. De Staercke, 'Het collectief gebruik van het openbaar domein, en de openbare wegen', *CDPK* 2006, afl. 3, p. 745-747; A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel: die Keure/la Charte 2013, p. 574.

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

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

Vraag 6. Handhaving van de openbare bestemming

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

25. Wat de handhaving van de openbare bestemming betreft, is vanuit publiekrechtelijke invalshoek in de eerste plaats het bestuurlijk toezicht noemenswaardig. Het bestuurlijk toezicht is een vorm van toezicht dat wordt uitgeoefend door een toezichthoudende overheid ten aanzien van een gedecentraliseerde overheid die van de eerstgenoemde overheid afhangt. Zo staan de gemeenten van het Vlaamse gewest bijvoorbeeld onder toezicht van de Vlaamse regering en de provinciegouverneur handelend namens de Vlaamse regering. Het bestuurlijk toezicht is meestal repressief van aard. De toezichthoudende overheid kan reeds genomen beslissingen die in strijd zijn met de wet of — althans in de regel⁷⁴ — het algemeen belang binnen een vervaltermijn schorsen en/of vernietigen. In verschillende gevallen die in de wetgeving zijn bepaald, is het evenwel eerder preventief van aard. De toezichthoudende overheid moet dan een advies, machtiging of goedkeuring verlenen alvorens een beslissing genomen of uitgevoerd kan worden. Uitzonderlijk kan de toezichthoudende overheid tot slot dwangmaatregelen nemen.⁷⁵

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

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

74. Zie A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Kluwer 2021, p. 120 e.v.

75. Zie voor een uitgebreide bespreking van het bestuurlijk toezicht I. Opdebeek & S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 305 e.v.

76. Zie ook D. D'Hooghe & M. Van Den Langenbergh, 'Naar de opheffing van het leerstuk van het openbaar domein?', in: *Openbaar domein*, in: CROW, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 262.

77. S. Lierman, P. Van De Weyer & K. Vandormael, 'Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht', *TPR* 2016, afl. 2, p. 548-551.

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

27. Daarnaast kan handhaving van de openbare bestemming natuurlijk ook via de rechter verlopen. Afhankelijk van het werkelijk voorwerp van het geschil en de partij waartegen het beroep wordt ingesteld, zal de Raad van State of de gewone rechter bevoegd zijn. De Raad van State is bevoegd voor beroepen tot nietigverklaring (en schorsing) ingesteld tegen een eenzijdige beslissing (bijvoorbeeld een beslissing tot desaffectatie of tot contractsluiting) van een administratieve overheid voor zover het werkelijk voorwerp van het beroep geen subjectief recht betreft. Voor de andere geschillen zijn de hoven en rechtbanken bevoegd.⁷⁹ In geen geval mag de Raad van State of een andere rechter de opportuniteit van een overheidsbeslissing toetsen.⁸⁰

Vraag 7. Evaluatie

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

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

29. Het nieuwe goederenrecht heeft daar niet heel veel verandering in gebracht. Vooreerst zijn slechts enkele aspecten van het openbaar domein geregeld in het nieuwe goederenrecht. De wetgever heeft zich beperkt tot die aspecten die volgens hem binnen het Burgerlijk Wetboek vallen.⁸² De aspecten die geregeld zijn, sluiten vervolgens niet steeds elke controverse uit. Zo hebben we gezien dat hoewel het nieuwe goederenrecht het openbaar domein koppelt aan publieke goederen, er

78. Zie daarover S. Boullart, 'Handhaving in het Decreet Gemeentewegen', in: *Gemeentewegen*, in: CROW, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 347-381.

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

80. *Ibid.*, 306.

81. Zie bijvoorbeeld H. De Page e.a., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1975, p. 663.

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

nog steeds discussie bestaat over de vraag of goederen van particulieren tot het openbaar domein kunnen behoren. Verder hebben we eveneens gezien dat desondanks het feit dat het nieuwe goederenrecht bepaalt dat persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten kunnen bestaan op openbaar domein voor zover ze verzoenbaar zijn met de openbare bestemming, het niet zeker is of daaruit volgt dat het recht ook precair moet zijn.

Daarmee is evenwel niet gezegd dat de situatie niet verbeterd is. Het nieuwe goederenrecht heeft op bepaalde vlakken voor meer rechtszekerheid gezorgd door in een uitdrukkelijke wettelijke basis te voorzien. Zo is er nu een uitdrukkelijke wettelijke basis voor het feit dat goederen tot het privaat domein behoren tenzij ze zijn bestemd tot het openbaar domein, voor het feit dat het openbaar domein onverjaarbaar is en niet vatbaar is voor enige wijze van oorspronkelijke verkrijging, en voor het feit dat private gebruiksrechten op openbaar domein kunnen bestaan ook al kan er nog discussie bestaan over de precieze voorwaarden.

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

Nicolas Carette en Samuel De Winter*

Samenvatting

1. In deze bijdrage worden de essentialia van het Belgische domeingoederenrecht besproken. Daarbij komen zowel materieelrechtelijke als procedurele aspecten aan bod. De materieelrechtelijke aspecten betreffen onder meer de definitie van het openbaar domein, de verhouding ten opzichte van het privaat domein, het onderscheid en de graduele vervaging tussen beide. De procedurele aspecten hebben onder andere betrekking op de (des)affectedatie van openbare domeingoederen en de rechtsbescherming inzake het openbaar domein voor zowel de overheid als de burger.

2. Uit de bespreking hieronder zal blijken dat, samengevat, twee woorden het Belgische domeingoederenrecht typeren: een conflictueus en een verkokerd recht.

3. Met 'conflictueus' doelen we op de vaststelling dat het Belgische domeingoederenrecht wordt gekenmerkt door tegenstellingen, zowel tussen het algemeen en het privaat belang enerzijds als tussen theorie en praktijk anderzijds. Langs de ene kant vallen bepaalde goederen van de overheid, meer bepaald die van het openbaar domein, in theorie nog steeds buiten het 'gemene' vermogensrecht. Dit is nog steeds het (weliswaar recent afgezwakte) uitgangspunt in de wetgeving, de rechtspraak en de rechtsleer. In de praktijk daarentegen hebben de wettelijke en jurisprudentiële uitzonderingen op de extracommercialiteit van het openbaar domein voor een dusdanig forse dijkbreuk gezorgd dat men zich kan afvragen of het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein nog wel als een 'dijk' boven water staat. Zou het niet allemaal gemakkelijker en juister zijn om te stellen dat de overheid in beginsel zoals een andere particulier haar goederen beheert en erover beschikt, tenzij het algemeen belang daardoor in het gedrang zou komen? Het algemeen belang is immers het *Leitmotiv* dat al het doen en laten van de overheid beheerst of zou moeten beheersen.

4. Met 'verkokerd' doelen we op het gegeven dat naar Belgisch recht de rechtsbescherming voor een burger en de precieze gevolgen die een affectatie voor zijn goed heeft, van sector tot sector bekeken moeten worden. Het valt te overwegen om een overkoepelende wet in te voeren, waarin de genoemde aspecten van het domeingoederenrecht uniform geregeld worden. Het nieuwe artikel 3.45 BW biedt hiertoe weliswaar een aanzet, maar komt als vrij lacuneus en dus weinig bevredi-

* Prof. dr. N. (Nicolas) Carette is hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen, onderzoeksgroep Persoon & Vermogen, advocaat-vennoot bij Equator Advocaten Antwerpen/Brussel en co-algemeen directeur bij ICBO.

Drs. S. (Samuel) De Winter is notarieel jurist, drs. UA – onderzoeksgroepen Persoon & Vermogen-Overheid & Recht en professor VUB – Vakgroep Privaat- en Economisch Recht.

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

Vraag 1

Onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein

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

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

Artikel 3.45 BW luidt integraal:

‘Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd.

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

1. Zie bijv. het oude art. 538, 539 en 541 BW.

2. R. Dekkers & E. Dirix, *Handboek Burgerlijk Recht, II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 32; P.-J. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. I, Dijon: Lagier 1845, p. 63, nr. 47; A. Buttgenbach, *Modes de gestion des services publics*, Brussel: Larcier 1952, nr. 106 et seq.; J. De Staercke, *Juridisch statuut van overheidsgoederen*, Gent: Larcier 2007, p. 94; D. Déom, P.-Y. Erneux, D. Lagasse & M. Pâques, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, in: *Rep. not.*, t. XIV, I. VII/1, Brussel: Larcier 2008, nr. 77; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Faculté de Droit UCL 1970, nr. 250 et seq.; P. Wigny, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1962, nr. 303; P. Bouvier, R. Born, B. Cuvelier & F. Piret, *Éléments de droit administratif*, Brussel: Larcier 2013, p. 227.

3. Zie de verwijzingen bij S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 119, nr. 233.

Verhouding tussen het privaat en het openbaar domein

7. Wat het nieuwe artikel 3.45 BW thans uitdrukkelijk verankert, is het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein en meer bepaald de precieze verhouding tussen beide. Deze bepaling bevestigt het meerderheidsstandpunt uit de rechtsleer⁴ dat het privaat domein de regel is en het openbaar domein de uitzondering. Het is dus van belang om eerst stil te staan bij de definitie van het openbaar domein. In de mate dat een goed niet aan die definitie beantwoordt, valt het in het privaat domein, waarop in principe (behoudens verderop uitgewerkte nuanceringen) het gemeen vermogensrecht van toepassing is. Dit betekent concreet dat wanneer de overheid bijvoorbeeld een goed verwerft, waartoe zij over bijzondere, door het algemeen belang ingegeven instrumenten zoals de onteigening en de opeising beschikt, dit goed in eerste instantie aan het private domein toekomt. Pas in tweede instantie kan het goed worden geaffecteerd tot het openbare domein, waarop we later terugkomen.

Definitie van het openbaar domein

Geen wettelijke definitie

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

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

9. Een definitie van het openbaar domein is vooral de verdienste geweest van het hoogste gerechtelijke rechtscollege van België, met name het Hof van Cassatie. Anders dan met betrekking tot het verderop te bespreken rechtsregime van het openbaar domein toonde het Hof zich wat die definitie betreft opvallend standvastig. Afgezien van enkele terminologische variaties bleef dit rechtscollege het openbaar domein decennialang op dezelfde manier omschrijven. Meer bepaald omvat de

4. I. Opdebeeck & S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 222, nr. 483.

5. Zie Wetsontwerp houdende invoeging van boek 3 'Goederen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek nr. 3348/001, *Parl.St.* 2018-19.

6. Zie de verwijzingen bij A. Lemmerling, 'Openbaar domein', in: J. Baeck, N. Carette, A. Wylleman e.a. (red.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2021, p. 119.

definitie die het Hof hanteert, een formeel en een materieel criterium. Op het formele criterium komen we later terug. Het materieel criterium behelst dat een goed slechts tot het openbaar domein behoort voor zover het, zonder onderscheid van de persoon, bestemd is tot het *gebruik door allen*.⁷

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

Recent: de bestemming voor een openbare dienst als alternatief criterium

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

In een arrest van 2018, dat verder nog ter sprake komt, ging het Hof van Cassatie, na decennialang de boot te hebben afgehouden, uiteindelijk toch overstag en stelde het zijn definitie van het openbaar domein bij door er het openbare diensten-criterium aan toe te voegen. Mogelijk beoogde het Hof hier een anticipatieve toepassing van het voormelde voorgestelde artikel 3.59 lid 1 BW. Het arrest spreekt van openbare dienst, zonder enig bijkomend vereiste. Anders dan wat in de rechtsleer voorheen werd gesuggereerd, werd/wordt bijvoorbeeld niet bijkomend vereist dat het goed bijzonder is aangepast aan die openbare dienst of dat het goed noodzakelijk zou zijn voor die openbare dienst.¹⁰

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

7. Cass. 2 juni 1898, *Pas.* 1898, I, 219, concl. Melot; Cass. 2 oktober 1924, *Pas.* 1924, I, 530; Cass. 30 maart 1933, *Pas.* 1933, I, 185, concl. P. Leclercq; Cass. 9 maart 1950, *Pas.* 1950, I, 485; Cass. 3 mei 1968, *Pas.* 1950, I, 485.

8. Bijv. N. Carette & R. Jansen, *Handboek Goederenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, nr. 569.

9. A. Buttgenbach, *Modes de gestion des services publics*, Brussel: Larcier 1952, nr. 106 *et seq.*; D. Déom, P.Y. Erneux, D. Lagasse & M. Pâques, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, in *Rep. not.*, t. XIV, l. VII/1, Brussel: Larcier 2008, nr. 77; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: Faculté de Droit UCL 1970, nr. 250 *et seq.*; P. Wigny, *Droit administratif*, Brussel: Bruylant 1962, nr. 303.

10. N. Carette, 'Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2018', in: R. Barbaix & N. Carette (red.), *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 73 e.v.

11. Cass. 15 maart 2018, *APT* 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. Van Der Fraenen, *LRB* 2018, 51, *TBO* 2019, 305, concl. J. Van Der Fraenen, noot S. De Winter en *T.Gem.* 2019, 87, noot S. De Winter.

11. Het openbare diensten-criterium lijkt hetzelfde manco te hebben als het criterium van het gebruik door allen: men kan een openbare dienst waarschijnlijk wel herkennen wanneer men ermee geconfronteerd wordt, maar een waterdichte omschrijving blijkt geen sinecure. Dit was overigens ook de reden waarom de indieners van het hierboven besproken amendement bij (de oorspronkelijke versie van) artikel 3.45 BW geen definitie wilden opnemen in het BW: dit zou (louter) een zaak zijn voor de bestuursrechtsleer. Volgens die rechtsleer heeft het begrip openbare dienst zowel een organieke als een functionele betekenis. Organiek verwijst het naar een rechtspersoon die een taak van algemeen belang behartigt, functioneel naar een taak van algemeen belang zelf.¹² Het beeld is duidelijk: voor een omschrijving van het al bij al vrij vage begrip openbare dienst wordt vaak teruggegrepen naar een al bijna even vaag begrip: het algemeen belang, een notie die zich evenmin makkelijk laat definiëren. Dat blijkt alleen al uit het feit dat het nu eens in het enkelvoud ('het' algemeen belang), dan weer in het meervoud ('algemene belangen') wordt gebruikt. De moeilijke afbakening heeft wellicht te maken met de niet zuiver juridische doch deels politieke aard van dit begrip. Het is een blanco en evolutieve norm, die ingevuld wordt naargelang de tijd en plaats waar(in) men zich bevindt. Pogingen tot definities betreffen bijvoorbeeld 'het abstract ideëel doel van het politiek handelen' of 'het concreet te realiseren welzijn van de gemeenschap'.¹³

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

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

12. Over het begrip openbare dienst, zie uitgebreid V. Demertzis, 'Politiek-institutionele uitwerkingen van de openbare diensten', *CIRIEC* 2016/09.

13. P. Luypaers m.m.v. S. Brouwers, 'Algemeen belang — openbare orde', in: B. Goossens, Y. Loix & F. Sebreghs (red.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghs*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 252 *et seq.*

14. D. Van Heuven, 'Pleidooi voor het primaat van het algemeen belang', in: B. Goossens, Y. Loix & F. Sebreghs (red.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghs*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 417.

15. E. Lanckswert, 'Naar een andere constructie van het algemeen belang', *TBP* 2011, 103.

deel moeten houden aan politieverordeningen en bijzondere wetgeving, op straffe van administratieve of strafrechtelijke sancties.¹⁶

Openbare bestemming staat los van het eigendomsstatuut

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

15. Hoewel dit soms wordt betwist of minstens bekritiseerd, verhindert het feit dat een particulier eigenaar is van het goed, dus in principe niet dat het tot het openbaar domein kan behoren. Dit wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk bevestigd met betrekking tot gemeentewegen, die gedefinieerd worden als ‘openbare wegen die onder het rechtstreekse en onmiddellijke beheer van de gemeente vallen, *ongeacht de eigenaar van de grond*’ (art. 2 sub 6° Gemeentewegendecreet, cursivering auteurs).¹⁸ Ook onroerend erfgoed kan tegelijkertijd eigendom zijn van een particulier en deel uitmaken van het openbaar domein.¹⁹ De openbare domanialiteit vormt hier voor de particuliere eigenaar een zogenaamde erfdienstbaarheid van openbaar nut.

Vraag 2

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

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

16. Zie hierover uitgebreid S. De Winter, ‘Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en preciaire erfpachten’, (noot onder Cass. 15 maart 2018), *TBO* 2019, 309.

17. MvT wetsontwerp houdende invoeging van boek 3 ‘Goederen’ in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-2019, nr. 3348/001, 111.

18. Decr.VI. 3 mei 2019 houdende de gemeentewegen, *BS* 12 augustus 2019.

19. Zie hierover B. Demarsin, ‘Openbaar domein, privaat domein en de private eigendom van openbaar domein’, in: J. Ackaert e.a. (red.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 253 *et seq.*

20. Zie bijv. art. 538 BW. Cass. 11 november 1886, *Pas.* 1886, I, 401; Cass. 21 januari 1926, *Pas.* 1926, I, 187.

21. Zie de verwijzingen bij V. Sagaert, ‘Goederenrecht’, in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen: Kluwer 2014, p. 126, nr. 150.

de beslissing²² waarbij zij dat doet, noemt men de affectatie (kunstmatig openbaar domein).²³

17. De beslissing waarbij het goed het openbaar domein (weer) verlaat, noemt men de desaffectatie. Aan de vraag welke overheid voor dergelijke desaffectatie bevoegd is, besteedt de rechtsleer nauwelijks aandacht. In het algemeen, dat wil zeggen behoudens andersluidende wettelijke regeling, dient onzes inziens te worden aangenomen dat het de overheid, eigenaar van de openbare zaak, is die zelf tot desaffectatie beslist.²⁴ Zo is de gemeenteraad op grond van artikel 40, § 1, Decreet Lokaal Bestuur (volheid van bevoegdheid van de gemeenteraad)²⁵ bevoegd voor de desaffectatie van goederen die de gemeente toebehoren. Hierop bestaan wel specifieke uitzonderingen, zoals inzake presbyteria. Een presbyterium is een pastorie van voor de negentiende eeuw, die genationaliseerd werd in de Franse revolutionaire periode, niet vervreemd, en dan in 1802 opnieuw de bestemming van pastorie gekregen heeft. Een dergelijk presbyterium kan slechts een nieuwe bestemming krijgen nadat het werd gedesaffecteerd door de Vlaamse regering, na advies van de bisschoppelijke overheid (art. 275 lid 1 Eredienstendecreet²⁶).

18. Bij goederen met openbare bestemming waarvan particulieren eigenaar zijn (over de discussie of zulks überhaupt mogelijk is, zie infra nr. 36 e.v.), is de bevoegde overheid voor (affectatie en) desaffectatie degene aan wie het administratief beheer van het goed wettelijk werd toevertrouwd. Deze 'regel' — voor zover daarvan al sprake kan zijn — volgt niet uit de rechtsleer of rechtspraak maar lijkt te kunnen worden geïnduceerd uit specifieke wettelijke regelingen. Bij gemeentewegen bijvoorbeeld is de voor desaffectatie bevoegde overheid de gemeente op wiens grondgebied de weg gelegen is (art. 8 Gemeentewegendecreet) en bij bepaalde erfgoederen is dat het Vlaamse Gewest (art. 6.1.1 Onroerenderfgoeddecreet). Volgens de omzendbrief domeinbeheer²⁷ geschiedt de desaffectatie bij eenvoudige ministeriële beslissing en vloeit deze dus impliciet voort uit de door de functioneel bevoegde minister getekende terbeschikkingstelling.

19. Vrij unaniem neemt de rechtsleer aan dat de affectatie zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan gebeuren.²⁸ Meestal is die uitdrukkelijk: een monument wordt bijvoorbeeld opgenomen in het openbaar domein door een besluit van de Vlaamse Regering op grond van het Onroerenderfgoeddecreet (art. 6.1.4).²⁹ Een gemeenteweg wordt opgenomen in het openbaar domein door de opname ervan in een gemeen-

22. Het is de beslissing die telt, niet de uitvoering ervan: Cass. 17 oktober 2014, RW 2015-16, 1066-1071, noot N. Van Damme. Met andere woorden een goed kan tot het openbaar domein behoren zodra de bevoegde overheid beslist om het tot het gebruik door allen of voor een openbare dienst te bestemmen, ook al zijn de stappen om zo'n gebruik in de praktijk mogelijk te maken (bijv. wegverharding) nog niet gestart.

23. Cass. 8 maart 1951, Pas. 1951, I, 461.

24. J. De Staercke, *Juridisch statuut van overheidsgoederen*, Gent: Larcier 2007, p. 29, nr. 25.

25. Decr.VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, BS 15 februari 2018.

26. Decr.VI. 7 mei 2004 betreffende de materiële organisatie en werking van de erkende erediensten, BS 6 september 2004.

27. VR 2017/42 van 12 mei 2017.

28. Cass. 15 maart 2018, APT 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. Van Der Fraenen, LRB 2018, 51, TBO 2019, 305, concl. J. Van Der Fraenen, noot S. De Winter en T.Gem. 2019, 87, noot S. De Winter.

29. Decr.VI. 12 juli 2013 betreffende het onroerend erfgoed, BS 17 oktober 2013.

telijk rooilijnplan (art. 8 Gemeentewegendeceet). Uitzonderlijk kan een goed ook stilzwijgend tot het openbaar domein worden geaffecteerd. Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin een gemeente besluit een braakliggend, nog niet voor het publiek toegankelijk terrein aan te leggen als park. Vanaf deze beslissing kan het park, ook zonder uitdrukkelijke clausulering in het besluit zelf, als behorende tot het openbaar domein worden beschouwd, ook al is de uiteindelijke bestemming nog niet in de feiten gerealiseerd (bijv. nog niet verhard, etc.).³⁰

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

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

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

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

30. Voor een gelijkaardig geval, zie Cass. 17 oktober 2014, RW 2015-16, p. 1066-1071, noot N. Van Damme.

31. J. Dembour, *Droit administratif*, Luik: 1978, p. 387-388, nr. 267.

32. Zie de verwijzingen bij V. Sagaert, 'Goederenrecht', in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen: Kluwer 2021, p. 245.

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

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

22. Naast de goederen die op zichzelf aan het materiële en het formele criterium voor het openbaar domein voldoen, rijst de vraag of het openbaar domein ook goederen omvat op grond van de *théorie de l'accessoire* en de *théorie de la domanialité publique globale*.³⁴ Beide theorieën, verwant met de accessoriteitsregel in het Belgische vermogensrecht (*accessorium sequitur principale*; art. 3.9 BW),³⁵ zijn ontwikkeld in (door) de Franse administratieve rechtspraak als vangnetten om goederen die volgens de klassieke criteria op zich niet noodzakelijk tot het openbaar domein behoren, daar wel onder te laten ressorteren. Het verschil tussen beide theorieën schuilt in de mate waarin de goederen die ze tot het openbaar domein rekenen, van deze klassieke criteria verwijderd zijn: bij de *théorie de la domanialité publique globale* is de afstand ten opzichte van de klassieke domeinleer groter.

23. De *théorie de l'accessoire* bepaalt dat goederen die een fysieke en functionele band met het openbaar domein hebben, daar zelf ook toe behoren. Men denke bijvoorbeeld aan de signalisatie en treinsporen in het raam van de spoorwegen. Op grond van de *théorie de la domanialité publique globale* worden goederen die geïncorporeerd zijn in en dus nagetrokken worden door het openbaar domein niet alleen eigendom van de overheid maar nemen ze ook (onmiddellijk) het voor het openbare domein kenmerkende rechtsregime over, in afwijking van de regel dat goederen van de overheid in principe tot het privaat domein behoren. Dit laatste om te vermijden dat eenzelfde onroerend geheel opgesplitst zou zijn in verschillende compartimenten met een verschillend zakenrechtelijk statuut, wat het beheer ervan niet ten goede zou komen. Vooral de theorie van de *domanialité publique globale* wordt echter kritisch bekeken, omdat die op gespannen voet staat met het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein, dat restrictief moet worden ingevuld. Op grond daarvan zou het uitgangspunt moeten zijn dat goederen slechts tot het openbaar domein kunnen behoren voor zover ze op zichzelf aan het materiële en formele criterium daartoe beantwoorden.³⁶

Rechtsbescherming

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

34. Zie hierover S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 112-115 en S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 87 en 419 et seq.

35. Zie hierover K. Swinnen, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia 2014, XXIV, 546 p.

36. Bijv. S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 117, nr. 231; S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 77, nr. 73.

Rechtsbescherming voor de burger

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

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

27. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om de precieze verhouding tussen deze drie rechtsgronden exhaustief te bespreken, maar we willen wel wijzen op het volgende. Het Belgische Grondwettelijk Hof leest artikel 16 Grondwet en de tweede norm van artikel 1 EP EVRM samen, waardoor zowel formele als feitelijke onteigeningen in principe onderworpen zijn aan de plicht van voorafgaande en integrale schadeloosstelling. Het ‘probleem’ is echter dat het Grondwettelijk Hof, naar het voorbeeld van het EHRM, het begrip feitelijke of ‘de facto-onteigening’ behoorlijk restrictief invult, waardoor vooral de derde norm van artikel 1 EP EVRM en de lastengelijkheid overblijven. De toegevoegde waarde van dit laatste beginsel,

37. GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, *Amén*. 2016, 99, APT 2016, 44, BS 22 oktober 2015, 65194, NJW 2016, 856, noot J. Toury, RW 2015-16, 397, RW 2016-17, 57, noot A.M. Draye, TMR 2016, 47, noot G. Van Hoorick & L. Vandenhende en T.Gem. 2016, 37, noot L. Vandenhende.

38. Over deze laatste vergoedingsgrond, zie S. De Winter, ‘Property Restrictions in the Public Interest in Light of the Equality of Citizens Before Public Burdens’, in: B. Akkermans & J. Robbie (red.), *Property Law Perspectives VII*, Den Haag: Eleven International Publishing 2021, p. 87-100.

met grondwettelijke waarde (uitvloeisel van het algemene beginsel van gelijkheid en non-discriminatie voor de wet, neergelegd in artikel 10 en 11 Gw), is zijn toepassingsgebied ten opzichte van dat van artikel 1 EP EVRM. Zo oordeelde het Hof van Cassatie nog niet zo lang geleden dat vorderingen tot het verkrijgen van een onroerend eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de niet-uitoefening van een publiek voorkooprecht *niet* beschermd worden op grond van artikel 1 EP EVRM.³⁹

Onroerend erfgoed

28. In het objectief contentieux kan gewezen worden op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 1 oktober 2015.⁴⁰ Centraal in een vernietigingsberoep tegen het Onroerenderfgoeddecreet stond de grief van een vereniging van erfgoedeigenaars dat het decreet hun de voornoemde lasten oplegt zonder in een formeelwettelijke vergoedingsregeling te voorzien. Het Grondwettelijk Hof verwierp dit beroep echter, enerzijds omdat krachtens het uitvoeringsbesluit allerlei premies en subsidies toegekend kunnen worden, anderzijds omdat de wettekst ook niet uitsluit dat de eigenaar de overheid voor de burgerlijke rechter dagvaardt, met name op grond van het voornoemde beginsel der lastengelijkheid.

Gemeentewegen

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

30. De door het Hof toegepaste evenredigheidstoets neemt zijn gebruikelijke vorm aan. Eerst kwalificeert het Hof het opleggen, door een gemeentelijk rooilijnplan, van een publiekrechtelijke erfdiensbaarheid van doorgang, met een daaruit volgende bouwverbod, als een inmenging in het eigendomsrecht. Vervolgens overweegt het Hof dat een dergelijke inmenging een billijk evenwicht moet vertonen tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van het recht op het ongestoord genot van de eigendom. Er moet een redelijk verband van evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel. Daarna herhaalt het Hof voor de zoveelste keer dat een eigendomsbeperking door de overheid *an sich* geen principieel vergoedingsrecht met zich brengt voor de eigenaar van het lijdende erf. Het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang beperkingen

39. Cass. 8 maart 2018, RW 2018-19, 857 en TBO 2018, 422.

40. GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, *Amén*. 2016, 99, APT 2016, 44, BS 22 oktober 2015, 65194, NJW 2016, 856, noot J. Toury, RW 2015-16, 397, RW 2016-17, 57, noot A.M. Draye, TMR 2016, 47, noot G. Van Hoorick & L. Vandenhende en T.Gem. 2016, 37, noot L. Vandenhende.

41. GwH 7 oktober 2021, nr. 130/2021, TROS 2021, 375.

van het eigendomsrecht oplegt, heeft niet tot gevolg dat zij tot schadeloosstelling is gehouden. Uit de vestiging van een door of krachtens een wettelijke bepaling opgelegde beperking van het eigendomsrecht in het algemeen belang vloeit aldus in beginsel voor de eigenaar van het bezwaarde onroerend goed geen recht op vergoeding voort. Ter onderbouwing van dit principe verwijst het Hof zoals vanouds naar dezelfde arresten van het Belgische Hof van Cassatie⁴² en het EHRM.⁴³

31. Zoals bekend omvat artikel 1 EP EVRM drie normen, naargelang het type eigendomsbeperking waarover een eigenaar zich beklaagt. In een volgend onderdeel van het alhier besproken arrest verduidelijkt het Hof welke norm van artikel 1 EP EVRM in het geding is. Volgens het Hof is dit de derde norm, de zogenaamde gebruiksreglementeringen van eigendom. Voor een dergelijke reglementering, aldus het Hof, is de aan- of afwezigheid van vergoeding — anders dan onder de tweede norm — één van de factoren waarmee de proportionaliteit beoordeeld moet worden, en niet per se een doorslaggevende factor. Volgens het Hof komt het de decreetgever toe te bepalen of en zo ja in welke mate vergoeding aan de orde is, met dien verstande dat het Hof zich de genoemde evenredigheidsstoets voorbehoudt.

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

42. Cass. 16 maart 1990, *Arr.Cass.* 1989-1990, nr. 427.

43. EHRM 25 juni 2015 (*Couturon t. Frankrijk*) § 34-43.

eventuele impact op de gemeentelijke financiën betreft, te beslissen over de vaststelling van dat plan.

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

Vraag 3

Verantwoording van het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein

34. Klassiek wordt het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein verantwoord op grond van het verschillende rechtsregime dat op beide domeinen van toepassing is. Oorspronkelijk werden openbare domeingoederen 'buiten de handel' geacht: dit is het zogenaamde 'principe', dat van openbare orde wordt geacht, van de extracommercialiteit van het openbaar domein.⁴⁴ Omtrent goederen die buiten de handel zijn, kan (nog steeds) niet worden gecontracteerd (art. 5.48 BW).

35. Dat het openbaar domein in principe buiten het gemeen vermogensrecht valt, werd van oudsher onderbouwd op grond van het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst.⁴⁵ Volgens dit algemeen rechtsbeginsel⁴⁶ moet een openbare dienst, wanneer en zolang de overheid oordeelt dat zij beantwoordt aan een behoefte

44. D. Batselé, T. Mortier & M. Scarcez, *Algemeen administratief recht*, Brussel: Bruylant 2012, p. 484, nr. 674.

45. P.-O. De Broux, 'La continuité du service public: l'étonnante destinée d'un principe élémentaire', *JT* 2014, 642. Sommigen verantwoorden het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein mede op grond van de voorrang van het algemeen op het privaat belang: A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Kluwer 2017, p. 351, nr. 360. Die (vermeende) voorrang is echter geen algemeen rechtsbeginsel: Cass. 23 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 943, *Bull.* 1991, 827, concl. Liekendaal, *Pas.* 1991, I, 827, concl. Liekendaal, *RNB* 1991, 604, *JT* 1992, 267 en *RCJB* 1992, 179, noot J. Hansenne; H. Vuye & S. Stijns, 'Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?', in: D. Heirbaut & G. Martyn (red.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen: Kluwer 2005, p. 189-190.

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

van algemeen belang, regelmatig en zonder onderbreking worden verstrekt.⁴⁷ De goederen die deze dienst daarvoor nodig heeft, verdienen bijgevolg een bijzondere bescherming, onder meer tegen schuldeisers van de overheid. Daarom bepaalt art. 1412bis, § 2 Ger.W. dat goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet in beslag genomen kunnen worden. Dit principe lijdt onder meer uitzondering indien deze goederen ‘kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of de continuïteit van de openbare dienst’.

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

37. De zogenaamde administratieve gebruiksrechten vormen van oudsher een belangrijke uitzondering op het principe van de extracommercialiteit van het openbaar domein. Een dergelijk recht kan op twee manieren worden verleend: via een vergunning of via een domeinconcessie.⁴⁸ In het ene geval gaat het om een eenzijdige, bestuurlijke rechtshandeling, in het tweede om een contract. In beide gevallen stelt de overheid een deel van haar openbaar domein voor een bepaalde tijd exclusief ter beschikking van de titularis van het recht. Kenmerkend voor beide types administratieve gebruiksrechten is hun preciaire aard: de overheid kan het toegestane gebruik steeds, dus ook vóór het verstrijken van de vooraf bepaalde of overeengekomen duurtijd, beëindigen in functie van de noodwendigheden van het algemeen belang. In het geval van een domeinconcessie kan zij dat, gelet op de contractuele aard van het toegekende recht (art. 5.69 BW), echter niet zonder vergoeding doen. Bij de intrekking of wijziging van een vergunning geldt het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (art. 8.22 BW) als relevante toetsingsnorm of er al dan niet schadevergoeding vereist is.

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

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

47. V. Vuylsteke & S. De Somer, ‘Le principe de continuité du service public. The show must go on...’, S. Ben Messaoud & F. Viseur (red.), *Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques*, Brussel: Larcier 2017, p. 239, nr. 13.

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

zich niet tegen een revindicatievordering door de Kerkfabriek verweren door verkrijgende verjaring in te roepen.

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

Nuancering van het onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein

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

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

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

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

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

...inzake erfdiensbaarheden en accessoire opstalrechten

44. Het startschot voor deze evolutie werd gegeven eind jaren 50 van de vorige eeuw met betrekking tot erfdiensbaarheden. Niet geheel toevallig, want erfdiensbaarheden zijn één van de weinige private gebruiksrechten die hun titularis een bijzonder en niet-exclusief gebruiksrecht verschaffen. Het bijzonder karakter van

49. J. De Staercke, *Juridisch statuut van overheidsgoederen*, Gent: Larcier 2007, p. 84, nr. 85.

50. A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer 2021, p. 350, nr. 348.

51. I. Opdebeek & S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 80, nr. 136.

een erfdienstbaarheid impliceert dat de eigenaar van het heersende erf slechts die handelingen mag stellen die uitdrukkelijk in de vestigingstitel zijn overeengekomen (evenals de daarin geïmpliceerde handelingen). Het niet-exclusief karakter van een erfdienstbaarheid houdt in dat de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf en die van het lijdende erf (per hypothese de overheid) mekaar niet uitsluiten: het feit dat A bijvoorbeeld een recht van overgang toestaat aan B, verhindert uiteraard niet dat A nog steeds van (dit deel van) zijn erf (waarover B een recht van doorgang heeft) gebruik mag maken.⁵² Anders dan de klassieke benadering, waarbij niet-administratieve gebruiksrechten *in abstracto* uitgesloten werden op het openbaar domein, zette het Hof van Cassatie de deur op een (grote) kier voor een benadering *in concreto*, waarbij erfdienstbaarheden wel op het openbaar domein ten gunste van burgers gevestigd kunnen worden, voor zover ze (i) niet onverenigbaar zijn met de openbare bestemming van dat domein; (ii) geen beletsel vormen voor het openbaar gebruik en (iii) geen afbreuk doen aan het recht van het bestuur om dat gebruik volgens de noden en het belang van de gemeenschap aan te passen.⁵³

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

...inzake zelfstandige opstalrechten...

46. In 2007 kregen ook zelfstandige opstalrechten (dat wil zeggen opstalrechten die op zichzelf (kunnen) bestaan) groen licht van het Hof van Cassatie: ook zij kunnen, voor zover ze het gebruik door allen niet belemmeren (i) noch afbreuk doen aan het recht van de overheid om ze te allen tijde, gelet op dat gebruik, te regelen (ii), ten gunste van burgers op het openbaar domein gevestigd worden.⁵⁵ Merk op dat van de oorspronkelijke drie voorwaarden het Hof er toen nog maar twee stelde voor de vestiging van een opstalrecht op het openbaar domein. Bij nader inzien kan deze 'shift' nochtans niet baanbrekend worden genoemd, omdat de verenigbaarheid met de openbare bestemming (eerste oorspronkelijke voorwaarde) in de praktijk natuurlijk grotendeels zal afhangen van de afwezigheid van beletsels voor het publieke gebruik (tweede oorspronkelijke voorwaarde).⁵⁶ Men zou dan ook kunnen stellen dat het Hof van Cassatie één overkoepelende voorwaarde formuleert, namelijk de verenigbaarheid met de publieke bestemming.

52. V. Sagaert, *Goederenrecht*, V, Mechelen: Kluwer 2021, p. 685, met enkele actuele nuancerings van deze traditionele kenmerken van erfdienstbaarheden.

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

54. Zie hierover uitgebreid M. Reynebeau, 'Concessies en accessoire opstalrechten — leidraad voor het notariaat', *NFM* 2020, p. 86-109. Voor een toepassing, zie GwH 10 december 2014, nr. 183/2014, 10 december 2014, *BS* 20 januari 2015, 2651, *FJF* 2015, 163 en *LRB* 2014, 69, besproken door N. Carette, 'Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2014', in: R. Barbaix & N. Carette (red.), *Tendensen Vermogensrecht* 2015, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 45.

55. Cass. 18 mei 2007, *RW* 2007-08, 736, noot V. Sagaert en *NJW* 2007, 652, noot W. Rasschaert.

56. S. Van Garssse & M. Lernout, 'Erfpacht en opstal & de overheid', in: N. Carette (red.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 229, nr. 18.

...inzake erfpacht (!)...

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

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

...quid andere private gebruiksrechten?...

49. Een heikele vraag is of deze rechtspraak met betrekking tot erfdienstbaarheden, opstalrechten en erfpachtrechten, waarin een benadering *in concreto* voorop staat, geëxtrapoleerd kan worden naar andere private gebruiksrechten. In 2000 oordeelde het Hof van Cassatie nog uitdrukkelijk dat, in onze eigen bewoordingen, een handelshuur en openbaar domein niet samengaan: het recht van de handelshuurder is veel te sterk en dwingendrechtelijk geregeld dan toelaatbaar in het licht van de verplichte precariteit van rechten op het openbaar domein.⁵⁹ Men mag ervan uitgaan dat deze uitspraak nog steeds opgaat voor andere dwingende huurregimes zoals woninghuur. Inzake gemene huur zou opnieuw een beoordeling van geval tot geval mogelijk moeten zijn.

57. Cass. 15 maart 2018, *APT* 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. Van Der Fraenen, *LRB* 2018, 51, *TBO* 2019, 305, concl. J. Van Der Fraenen, noot S. De Winter en T.Gem. 2019, 87, noot S. De Winter.

58. Zie hierover uitgebreid S. De Winter, 'Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en precaire erfpachten' (noot onder Cass. 15 maart 2018), *TBO* 2019, 313.

59. Cass. 25 september 2000, *TBO* 2003, 95.

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

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

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

52. Met het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, in werking getreden op 1 september 2021, heeft de vraag in welke mate de rechtspraak van het Hof van Cassatie geëxtrapoleerd kan worden naar gevallen waarover het Hof zich niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken, aan belang ingeboet. Het nieuwe artikel 3.45 BW laat immers zonder (verder) onderscheid de vestiging van een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingood toe, in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat. De wetgever sluit dus uitdrukkelijk aan bij het overkoepelende en centrale criterium van de verenigbaarheid met de openbare bestemming, dat het Hof van Cassatie bijvoorbeeld ook al formuleerde in het voornoemde arrest van 18 mei 2007. Cruciaal instrument in het verenigbaar maken met de publieke bestemming van sommige gebruiksrechten is het zogenaamde ‘*precario*-beding’: met name zakelijke rechten zijn per definitie *niet* precair doch integendeel gericht op duurzaamheid en stabiliteit. Deze rechten moeten dus, voor zover dwingend recht dit toelaat, geprecariseerd worden middels een beëindigingsclausule in de vestigingstitel. Of een dergelijke clausule ook stilzwijgend, dat wil zeggen zonder uitdrukkelijk als dusdanig geformuleerd te zijn, begrepen mag worden geacht in vestigingstitels van zakelijke rechten op openbaar domein, is betwist, maar voorzichtigheidshalve gaat men maar beter uit van een negatief antwoord (zie hierover ook *infra*, nr. 72).

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

60. Decr.VI. 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens, BS 8 april 1999.

61. Decr.VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, BS 15 februari 2018.

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

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

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

GwH 12 oktober 2017, nr. 115/2017

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

62. N. Carette & K. Swinnen, 'Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2011-2012', in: R. Barbaix & N. Carette (red.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 58; S. Stijns & H. Vuye, *Burenhinder Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 421 *et seq.*

63. Cass. 20 juni 1872, *Pas.* 1872, 352, concl. Mesdach De Ter Kiele en *Bj* 1872, 854.

64. J. Toury, 'Het openbaar domein en het Veldwetboek' (noot onder GwH 12 oktober 2017), *T.Not.* 2018, 932.

de gelijkheidsbeginsel (art. 10 en 11 Gw en art. 14 EVRM) en eigendomsrecht (art. 16 Gw en art. 1 EP EVRM).

56. Het gelijkheidsbeginsel acht het Grondwettelijk Hof alvast niet geschonden gelet op de afwezigheid van voldoende vergelijkbare gevallen ten aanzien waarvan een discriminatie werd aangevoerd. Bermbeplantingen op openbare wegen onderscheiden zich vanwege hun aard en bestemming van beplantingen op private eigendommen. Ze dienen immers het leefmilieu, de landinrichting en de ruimtelijke ordening, kortom het algemeen belang.⁶⁵ Bijgevolg acht het Hof het niet zonder redelijke verantwoording dat de gemeenrechtelijke regeling betreffende afstand van beplantingen zoals neergelegd in artikel 36 e.v. Veldwetboek, die slechts de rechtsbetrekkingen tussen private naburen in goede banen beoogt te leiden, daarop niet van toepassing is.⁶⁶

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

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

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

66. J. Theunis & N. Appermont, 'Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom', in: *Themis – Publiekrecht*, Brugge: die Keure 2018, p. 205.

GwH 21 oktober 2021, nr. 148/2021

59. Eind 2021 moest het Grondwettelijk Hof zich uitspreken over de gewijzigde bepalingen inzake afstand van beplantingen in het nieuwe goederenrecht. Zoals voorheen bevat de tekst van deze bepalingen geen uitdrukkelijke uitzonderingen op de geëiste afstanden voor het openbaar domein: volgens de letter van de wet zouden deze afstanden ook op het openbaar domein gerespecteerd moeten worden. Een natuurvereniging maakte zich daar zorgen over. Sommige straten, in het bijzonder in de stadscentra, zijn zo smal dat de wettelijk geëiste afstanden amper gerespecteerd kunnen worden. Ook op het platteland zijn talrijke bomenrijen aangeplant in de nabijheid van de erfgrans. Door niet in uitzonderingen op deze afstanden voor openbaar domein te hebben voorzien, zou de wetgever volgens de natuurvereniging de openbare groene ruimte geweld aandoen. Meer bepaald voerde zij een discriminatie doordat ongelijke gevallen (openbaar domein en private eigendom) door de wetgever gelijk behandeld zouden worden. Het Grondwettelijk Hof veegde dit argument echter van tafel, overwegende dat de vordering tot het snoeien of rooien van beplantingen die de wettelijke afstanden niet respecteren, de toets aan rechtsmisbruik moet kunnen doorstaan. Aangezien dit onveranderlijk geldt voor zowel beplantingen op private eigendom als op openbaar domein, is er geen sprake van een gelijke behandeling, antwoordt het Hof enigszins laconiek.⁶⁷

Eigendomsbeperkingen bij private goederen met openbare bestemming

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

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

67. GwH 21 oktober 2021, nr. 148/2021, MER 2022, 36, noot C. Borucki en TMR 2022, 71, noot J. Van De Voorde.

68. M.-S. De Clippele, 'Erfgoedeigenaar: een vergiftigd geschenk?', in: R. Palmans & W. Verrijdt (red.), *Erfgoed en eigendomsbescherming*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 78, nr. 58.

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

62. De lasten opgelegd door het Gemeentewegendecreet zijn openbare erfdienstbaarheden van doorgang.⁷⁰ Deze zijn vereist opdat een weg waarvan de bedding geen eigendom is van de gemeente maar van een particulier, als openbare weg en bijgevolg als gemeenteweg kan worden gekwalificeerd.⁷¹ Hoewel een particulier dus eigenaar kan zijn van de zate van een gemeenteweg⁷², maakt de openbare erfdienstbaarheid van doorgang dit eigendomsrecht vleugellam.⁷³ Het is zonder voorafgaand akkoord van de gemeenteraad immers verboden een gemeenteweg te wijzigen, te verplaatsen of op te heffen, hem volledig of gedeeltelijk in te nemen op een wijze die het gewone gebruiksrecht overstijgt, de toegang tot een gemeenteweg of het gebruik en beheer ervan te belemmeren, te hinderen of onmogelijk te maken. Het is zonder voorafgaande toestemming van het college van burgemeester en schepenen of zijn gemachtigde ook verboden op of in gemeentewegen werkzaamheden uit te voeren of gemeentewegen op welke wijze ook te beschadigen (art. 38 Gemeentewegendecreet). Op gemeentewegen opgenomen in een rooilijnplan⁷⁴ rust bovendien een erfdienstbaarheid *non aedificandi*.⁷⁵ Het college van burgemeester en schepenen kan immers in principe geen vergunning verlenen voor het bouwen, verbouwen, herbouwen of uitbreiden van een constructie op een stuk

70. *I.e. species* van het *genus* 'wettelijke erfdienstbaarheden van openbaar nut' of kortweg 'openbare erfdienstbaarheden'. Deze worden door de Napoleontische wetgever niet gedefinieerd. Hij alludeert in art. 649 BW wel op hun bestaan, geeft in art. 650, eerste lid BW enkele voorbeelden en omschrijft in art. 650, tweede lid BW het toepasselijke juridische regime als "bijzondere wetten of verordeningen", waarmee hij bedoelt dat ze anders dan private erfdienstbaarheden door het bestuursrecht en niet door het burgerlijk recht worden beheerst.
71. Het Gemeentewegendecreet definieert de wegen die onder zijn toepassingsgebied vallen, als *openbare wegen* die onder het rechtstreekse en onmiddellijke *beheer van de gemeente* staan, ongeacht de eigenaar van de grond (art. 2, 6°). Beheer van een gemeenteweg wordt op zijn beurt gedefinieerd als 'het onderhoud, de vrijwaring van de toegankelijkheid en de verbetering van een gemeenteweg, alsook de nodige maatregelen tot herwaardering van in onbruik geraakte gemeentewegen' (art. 2, 2° Gemeentewegendecreet). Over het begrip openbare weg kan men een boompje opzetten. De wetgever definieert dit begrip niet. De rechtspraak doet dat wel maar niet altijd even consistent. Vaststaat dat de eigendom van de bedding hiervoor niet relevant is, wel de vraag of de weg al dan niet voor openbaar verkeer bestemd is en gebruikt wordt. Onder openbaar verkeer verstaat men een verkeer dat een zuiver privaat verkeer overstijgt. Privaat verkeer is een verkeer dat enkel geschiedt door aangelanden en hun diverse bezoekers: voorstel van decreet (L. Jans e.a.) houdende gemeentewegen, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, 1847, nr. 1, 44. Aangelanden worden gedefinieerd als 'de eigenaars van percelen die palen aan een gemeenteweg of die door een gemeenteweg worden doorkruist' (art. 2, 1° Gemeentewegendecreet).
72. Wat nog steeds het geval is bij heel wat voormalige buurtwegen: conceptnota (L. Jans e.a.) voor nieuwe regeling betreffende een kaderdecreet Gemeentewegen, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, 806, nr. 1, 22. Het decreet verplicht gemeenten niet om de bedding van deze wegen in eigendom te verwerven: voorstel van decreet (L. Jans e.a.) houdende gemeentewegen, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, 1847, nr. 1, 29.
73. V. Sagaert, 'Goederenrecht', in: *Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen: Kluwer 2014, p. 538, nr. 671.
74. Het Gemeentewegendecreet definieert een gemeentelijk rooilijnplan als het 'grafisch verordenend plan waarbij de huidige en toekomstige grenzen van een of meer gemeentewegen worden bepaald. Het gemeentelijk rooilijnplan geeft een openbare bestemming aan de gronden die in de gemeenteweg opgenomen zijn of opgenomen zullen worden' (art. 2, 5° Gemeentewegendecreet).
75. Wat in het licht van art. 11, §1 Gemeentewegendecreet de regel is.

grond dat door een rooilijn⁷⁶ of een achteruitbouwstrook⁷⁷ is getroffen (art. 4.3.8, § 1 Vlaamse codex ruimtelijke ordening (VCRO)).⁷⁸

Vraag 4

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

64. Het collectieve gebruik van openbare domeingoederen wordt gereguleerd in bijzondere wetgeving, politieverordeningen, reglementen, interne richtlijnen en omzendbrieven.⁷⁹ Enkel de eerste drie categorieën kunnen verplichtingen opleggen aan onbepaalde derden. Interne richtlijnen binden twee enkel de actuele gebruikers

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

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

78. Zie hierover uitgebreid S. De Winter, 'Het Vlaamse Gemeentewegendecreet: een eerste wettelijke verankering van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten', *T.Gem.* 2020, p. 78-83.

79. Cf. A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Kluwer 2021, p. 350, nr. 349, die enkel spreken over 'reglementaire bepalingen ter zake'.

en medewerkers van de openbare dienst, terwijl omzendbrieven enkel de bevoegde overheid zelf binden.

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

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

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

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

80. I. Opdebeeck & S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 229.

81. Zie hierover B. Indekeu, ‘Vormvoorschriften bij verkoop van gemeentelijk onroerend goed in het nieuwe Decreet Lokaal Bestuur. Een gemiste kans om klare wijn te schenken’, *T.Gem.* 2019, 22-31 en *err. T.Gem.* 2019, 48.

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

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

In de praktijk zal het vaak bij handhaving in het kader van bestuurlijk toezicht (en dus niet voor de burgerlijke rechter) blijven. De omzendbrief over de transacties van onroerende goederen door lokale en provinciale besturen en door besturen van de erkende erediensten⁸⁶ schrijft namelijk voor dat deze transacties moeten beantwoorden aan de beginselen van gelijkheid en vrije mededinging. Nochtans laat de omzendbrief wel toe dat van deze mededinging in een concreet geval kan worden afgeweken, wat het bestuur dan wel terdege moet motiveren, op straffe van een eventuele vernietiging in het kader van bestuurlijk toezicht, waarnaar de omzendbrief eveneens verwijst.

Vraag 5

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

83. F. Peeraer, 'De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht', *TPR* 2013, (2705), nr. 40.

84. Zie hierover ook I. Opdebeek & S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 611, nr. 1335.

85. Voor een recent toepassingsgeval, zie Cass. 22 januari 2021, *NJW* 2021, 348, noot M. Meirlaen, *OOO* 2021, 118, *RW* 2021-22, 998, noot D. Willems, *T.Aann.* 2021, 260, R. Mortier, noot en *TBO* 2021, 266, noot A. Verschave.

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

87. J. Theunis, 'Het gelijkheidsbeginsel', in I. Opdebeek & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 220-221.

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

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

Vraag 6

Handhaving van het uitzonderingsstatuut van het openbaar domein

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

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

74. Dat de hierboven besproken beperkingen op de beschikkingsbevoegdheid omtrent het openbaar domein in dit verband maar beter *au sérieux* worden genomen, blijkt uit een arrest van deze Raad uit 1990.⁸⁹ In dit arrest, dat onzes inziens *mutatis mutandis* geëxtrapoleerd kan worden naar andere private gebruiksrechten, vernietigde de Raad van State, die kennis kon nemen van het geschil op grond van de

88. S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007, p. 308, nr. 573.

89. RvS 9 januari 1990, nr. 33.732, *Loos, Pas*. 1992, IV, 167.

leer inzake de zogenaamde afsplitsbare rechtshandeling,⁹⁰ de beslissing van een overheid tot sluiten van een opstalcontract omdat zij zich daarin, volgens het oordeel van de Raad, onvoldoende uitdrukkelijke beëindigingsmogelijkheden in het algemeen belang had voorbehouden. Een dergelijke contractuele beëindigingsmogelijkheid wordt soms ook wel een ‘precario-beding’ genoemd.⁹¹

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

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

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

91. Voor een toepassing, zie S. De Winter, ‘Erfpacht op openbaar domein’, in R. Barbaix & N. Carette (red.), *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 339-353.

92. H. Vuye & A. Vandeburie, ‘Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in)certitudes...(?), *TBBR* 2010, 124, nr. 18; S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, 427; S. Van Garsse & M. Lernout, ‘Erfpacht en opstal & de overheid’, in: N. Carette (red.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 237, nr. 32; 173; D. Deom, ‘Le régime juridique du domaine public et du domaine privé’, in: *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Brussel: Bruylant 2008, p. 173; B. Gors, ‘Du changement à la mutabilité, en passant par l’adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l’action administrative en général’, in: S. Ben Messaoud & F. Viseur (red.), *Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques*, Brussel: Larcier 2017, p. 388, nr. 127.

Vraag 7

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

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

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 Snijders, 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’. Snijders 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 privaatrecht 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 consistenter. 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 erfdienstbaarheid, een erfpacht, etc.)?

Dialoog

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 erfdienstbaarheid. 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 erfdienstbaarheid 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 erfdienstbaarheid. In België althans is een erfdienstbaarheid op een roerende zaak moeilijk te concipiëren, omdat we erfdienstbaarheden 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 erfdienstbaarheid hetzelfde wordt beoogd als in Nederland met een gedoogplicht. Dezelfde Belgische deelnemer reageert op de vraag van Sluysmans. Een publiekrechtelijke erfdienstbaarheid 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 erfdienstbaarheid. Aan die erfdienstbaarheid 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 geproblematiseerd. 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.

Dialogoog

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 Rijnvaartpolitierglement 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.

Dialog

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 wielerspoor 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 erfdienstbaarheid 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 wegenis 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 aangeven 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 erfdienstbaarheid 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.

Dialogoog

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.

Dialogoog

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.

Dialogoog

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 ge-functionaliseerd: 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 *'afgegleden'* 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 voortvloeide 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 wel 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 openbaardomeingoederen.

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 gemeenteground kunnen tegengaan.

Een volgende Nederlandse deelnemer bevestigt het in de dialogoog 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 dialogoog 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 dichterbij 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 Carrette 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!

Platform publiek- en privaatrecht in dialoog

Lijst deelnemers expertmeeting van 30 september 2022

Nederland

- Mr. J.L.W. (Hans) Aerts, senior raadsheer College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)
- Mr. J. (Jack) van Beers, advocaat Holla Legal & Tax
- Mr. drs. A. (Annette) Divis-Stein, advocaat/jurist – Rijkswaterstaat
- Mr. J.J. (Joost) van der Helm, senior raadsheer gerechtshof Den Haag
- Mr. A.H.J. (Anouk) Hofman, advocaat Boels Zanders Advocaten
- Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman, universitair hoofddocent Vrije Universiteit Amsterdam
- Prof. mr. G. (Gerdy) Jurgens, Staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
- Mr. O. (Olaf) Kwast, Wetgevingswerken
- Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam
- Mr. M. (Maarten) Peters, advocaat Holla Legal & Tax
- Mr. dr. M. (Mandy) van Rooij, senior wetgevingsjurist Ministerie van BZK
- Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema, advocaat en hoogleraar civiel recht EUR
- Prof. mr. J. (Jacques) Sluysmans, advocaat Van der Feltz advocaten en bijzonder hoogleraar onteigeningsrecht Radboud Universiteit
- Mr. G. (Gerbrant) Snijders, advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht
- Mr. N. (Nikky) van Triet, advocaat BarentsKrans
- Prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen, advocaat AKD Rotterdam en hoogleraar milieurecht Rijksuniversiteit Groningen
- Mr. J.L. (Hans) Verbeek, senior raadsheer College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)
- Prof. mr. F.M.J. (Frank) Verstijlen, hoogleraar privaatrecht i.h.b. goederenrecht Rijksuniversiteit Groningen
- Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en staatsraad advocaat-generaal voor bestuursrecht
- Mr. dr. L.F. (Lidy) Wiggers-Rust, voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)

België

- Prof. dr. Nicolas Carette, professor Goederenrecht en Bijzondere overeenkomsten en advocaat Equator
- Mevr. Marie DeCock, docent Bestuursrecht, UMaastrecht en postdoctoraal onderzoeker, UHasselt

- Mr. Jürgen De Staercke, advocaat De Staercke
- Drs. Samuel De Winter, notarieel jurist, drs. UA — onderzoeksgroepen Persoon & Vermogen-Overheid & Recht en professor VUB — Vakgroep Privaat- en Economisch Recht
- Mr. Joris Geens, GSJ advocaten
- Drs. Thomas Leys, referendaris bij het Grondwettelijk Hof en doctoraatsstudent KU Leuven
- Prof. dr. Steven Lierman, professor bestuursrecht en medisch recht KU Leuven
- Prof. dr. Frederik Peeraer, professor rechtstheorie en rechtsmethodologie UGent
- De heer Eddy Storms, Eerste voorzitter Dienst voor Bestuursrechtscolleges
- Dr. Johan Van de Voorde, gastprofessor Universiteit Antwerpen
- Mr. Johan Verbist, advocaat Omega Law

Verslaglegging

Nederland: J. (Jorrit) Peters, werkstudent Pels Rijcken

België: Dra. L. (Lise) van den Eynde, doctoraatsonderzoeker (Instituut voor Contractenrecht, KU Leuven)