

VU Research Portal

Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I)

Huisman, P.J.

published in

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Huisman, P. J. (2018). Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I): Huidige positionering en recente ontwikkelingen. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2018(7181), 141-151.
https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20180271812/g-IMPRWPNR-20180271812

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I)

Huidige positionering en recente ontwikkelingen

1. Inleiding

De Staat, provincies, gemeenten en waterschappen kunnen eigenaar zijn van zaken die een openbare bestemming of functie hebben.¹ In dit verband valt bijvoorbeeld te wijzen op eigendom van de openbare weg. Ten aanzien van overheidseigendom van openbare zaken bevat titel 5.3 BW enige bepalingen die in het bijzonder van belang zijn (zie in dit verband de art. 5:25 tot en met 5:28 BW). Daarnaast zijn publiekrechtelijke regels van belang bij dit type zaken, zoals publiekrechtelijke wet- en regelgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Hoewel het eigendom van openbare zaken niet exclusief van de overheid is – ook particulieren kunnen eigendom van openbare zaken hebben² – doen zich hier vanwege de samenloop van publiek- en privaatrecht specifieke vragen voor die in het bijzonder de aandacht vragen.³ Hoe moet deze eigendom worden gezien? Hoe wordt deze vorm van eigendom genormeerd? En, in hoeverre staat het de overheid vrij om burgers de privaatrechtelijke toestemming te weigeren van een openbare zaak gebruik te maken dan wel deze aan voorwaarden te verbinden? Gezien de specifieke karakteristieken die aan overheidseigendom van openbare zaken worden toegedacht, wordt herhaaldelijk gepleit voor de ontwikkeling van een andere vorm van toebehoren⁴ dan wel een publiekrechtelijke eigendomsfiguur.⁵ Dit zou een breuk betekenen met het thans geldende recht.

De rechtsontwikkeling met betrekking tot openbare zaken in overheidseigendom is volop in beweging. Met name blijkt de interactie tussen publiek- en privaatrecht daarbij in het bijzonder van belang. Betrekkelijk recent heeft de Hoge Raad zich in verschillende arresten uitgelaten over de vraag of de overheid als eigenaar de toestemming tot het gebruik van grond mag weigeren, nadat het wel reeds een publiekrechtelijke toestemming in de vorm van een vergunning of



Mr. dr. P.J. Huisman*

1. Zie ten aanzien van openbare zaken met name: G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 546-552, A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 40-47, G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Monografieën BW nr. A26b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 7-9, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/3, 3a en 102 e.v. en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer, hoofdstuk 12 (te verschijnen).
2. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 550 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/107.
3. Zie ten aanzien van het grensgebied van publiek- en privaatrecht en de algemene leerstukken op dit terrein met name: G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Monografieën BW nr. A26a), Deventer: Kluwer 2011, M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht* (Handboeken Staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2013 en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer (te verschijnen).
4. Waaronder ook in dit tijdschrift: zie G.E. van Maanen, 'Van de vogelen des hemels en de stranden der zee. Publiek domein en ander overheidseigendom', *WPNR* 1992/6074, p. 970 e.v.
5. Zie met name: J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 121 e.v. en 241 e.v. en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht, 's-Gravenhage*: VUGA Uitgeverij 1997, p. 225 e.v. Zie bijvoorbeeld recentelijk C.P. Hageman, 'Overheidseigendom van (onroerende) openbare zaken: tijd voor een publiekrechtelijk eigendomsrecht?', *TBR* 2013/173 en C.P. Hageman, 'Overheidseigendom van zaken met een publieke bestemming. Nut en noodzaak van een eigendomsfiguur aan de publiekrechtelijke zijde van de magische lijn', in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening* (Lubach-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 149 e.v. Niet iedereen is voorstander van een publiekrechtelijke eigendomsfiguur, zie bijvoorbeeld recentelijk G.A. van der Veen, 'Openbare zaken en de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 833 e.v. en 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: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 341 e.v.

* Universitair docent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit.

onthefing had verleend.⁶ Mede gezien de recente ontwikkelingen rijst de vraag of het tijd is om te komen tot een herpositionering van openbare zaken op het grensvlak tussen publiek- en privaatrecht.

In deze bijdrage, die uit twee delen bestaat, is de centrale vraag hoe overheidseigendom met betrekking tot openbare zaken is gepositioneerd en of en hoe deze positionering aanpassing behoeft. In dit eerste deel wordt ingegaan op de vraag hoe publiek- en privaatrecht naar geldend recht met elkaar interfereren bij openbare zaken die in eigendom zijn van de overheid. Nadat is ingegaan op de reikwijdte van de term ‘openbare zaak’ (paragraaf 2), komt het rechtskarakter van openbare zaken en het daarop toepasselijke recht aan de orde (paragraaf 3). Vervolgens wordt nader ingegaan op het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik van openbare zaken en de mogelijkheden voor de overheid om burgers de privaatrechtelijke toestemming tot het gebruik te weigeren dan wel deze aan voorwaarden te verbinden (paragraaf 4). Voorts wordt stilgestaan bij de mogelijkheden voor de overheid om via publiek- en/of privaatrecht handhavend op te treden (paragraaf 5). Dit deel wordt afgesloten met een korte beschouwing waarin de tussenbalans wordt opgemaakt (paragraaf 6). In het tweede deel komt de vraag aan bod of het wenselijk is om openbare zaken in eigendom van de overheid te herpositioneren op het grensvlak tussen publiek- en privaatrecht. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de vraag of aanpassing van algemene wetgeving (Awb en BW) dan wel bijzondere wet- en regelgeving is gewenst.

2. Afgrenzing: wat wordt onder de term ‘openbare zaak’ verstaan?

2.1. Inleiding

Het begrip ‘openbare zaak’ roept reeds de nodige vraagtekens op. Dit komt doordat het geen duidelijk wettelijk afgebakend begrip is en ook in de juridische literatuur eenstemmigheid ontbreekt over de invulling daarvan. Het BW bevat in titel 5.3 BW weliswaar enige bepalingen die in het bijzonder van belang zijn voor eigendom van openbare zaken (zie met name de art. 5:25 tot en met 5:28), maar het begrip ‘openbare zaak’ vindt in deze wet geen nadere regeling.⁷ Alvorens dieper in te gaan op openbare zaken is het daarom eerst nodig scherper te krijgen wat precies onder dat begrip valt, aan de hand van een nadere analyse van de termen ‘zaak’ en ‘openbaar’.

2.2. Zaak

Het begrip ‘openbare zaken’ heeft alleen betrekking op zaken in de zin van het BW. Volgens art. 3:2 BW zijn zaken de voor menselijke beheersing

vatbare stoffelijke objecten. Deze omschrijving omvat een aantal elementen, en daarmee een aantal begrenzings.

De woorden ‘voor menselijke beheersing vatbaar’ brengen een eerste begrenzing met zich. De ‘stoffelijke voorwerpen, die de mens niet in die mate kan beheersen, dat zij in de bijzondere machtssfeer van een beheerster treden als de lucht [en] de zee’ zijn volgens de Toelichting Meijers bij het BW geen zaken.⁸ Daarmee wordt door deze toelichting overigens bedoeld op de lucht en (het water van) de zee als zodanig.⁹

In de woorden ‘stoffelijk object’ is een tweede begrenzing te vinden. Hiermee is bedoeld dat een object concreet en waarneembaar moet zijn.¹⁰ Het milieu, dan wel het zorgdragen daarvoor, wordt weliswaar als een taak van de overheid gezien, maar valt daardoor niet onder de omschrijving van een zaak in de zin van art. 3:2 BW.¹¹

De overheid kan zowel ten aanzien van onroerende als roerende zaken eigendom hebben; een begrenzing vloeit hier niet uit voort. Zo is de overheid eigenaar van onroerende zaken als gronden en gebouwen. Daarnaast is de overheid eigenaar van diverse roerende zaken, zoals kantoorbenodigdheden, kunstwerken en vervoersmiddelen.

2.3. Openbaar

Hoewel in het BW enige bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot openbare onroerende zaken (zie bijvoorbeeld de art. 5:27 en 5:28 BW, waarin uitdrukkelijk de term ‘openbaar’ wordt gebruikt),¹² geeft het geen nadere uitwerking aan de term ‘openbaar’. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat de toelichting Meijers hier wel enige woorden aan besteedde. Volgens deze

6. 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) en HR 9 november 2012, NJ 2012/639, AB 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (Hoogheemraadschap/Götte).
7. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/3a.
8. T.M., PG Boek 3 BW, p. 64.
9. Lucht en (zee)water zijn in beginsel dus geen zaken. Lucht opgeslagen in een tank en water in een fles zijn overigens wel voor menselijke beheersing vatbaar en zijn wel aan te merken als zaken. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 6 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/5.
10. PG Boek 3 BW, p. 64-66. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, nr. 6.
11. Zie hierover uitvoerig Van der Veen 1997, p. 97 e.v.
12. Zie bijvoorbeeld ook art. 5:22 BW, waarin de term ‘openbare weg’ voorkomt.

toelichting is aan het vereiste van openbaarheid voldaan 'als de zaak feitelijk openbaar is, d.w.z. dat in beginsel een ieder van de zaak gebruik kan maken'.¹³ Als voorbeelden van openbare zaken worden genoemd: openbare wegen, zeestranden, openbare wateren, parken en havens. Bij gebrek aan een wettelijke uitwerking en daarmee een gebrek aan zekerheid, wordt de term 'openbaar' in de literatuur ingevuld. De wijze waarop dit gebeurt loopt sterk uiteen.

In de literatuur wordt de term 'openbaarheid' door sommige auteurs ruim opgevat. Openbaarheid duidt volgens hen op een functie ten behoeve van het openbare of het publieke belang.¹⁴ Criterium lijkt te zijn dat het algemeen belang wordt gediend door de zaak in kwestie. Consequentie van deze benadering is dat de groep van openbare zaken erg groot en ongelijksoortig is. Hieronder vallen bijvoorbeeld de openbare wegen, de bodem van de territoriale zee en de Waddenzee, de stranden der zee, de openbare vaarwateren, gemeentehuizen, openbare musea, bibliotheken, ziekenhuizen, openbaar vervoermiddelen, militaire benodigdheden, kunstwerken etc.

Anderen huldigen de beperktere opvatting dat slechts die zaken openbaar zijn die bestemd zijn voor een direct gebruik door het publiek. Met direct gebruik wordt bedoeld dat er geen toestemming voor dit gebruik van de eigenaar nodig is.¹⁵ De eigenaar heeft het gewone gebruik van de zaak door het publiek te dulden. Het gevolg van deze benadering is dat hieronder uitsluitend de volgende – onroerende – zaken vallen: openbare wegen, de bodem van de territoriale zee en de Waddenzee, de (zee)stranden en de gronden waarop zich de openbare (vaar)wateren bevinden. Buiten deze opvatting van het begrip 'openbare zaken' vallen bijvoorbeeld gemeentehuizen. Hoewel delen van deze gebouwen voor het publiek opengesteld (kunnen) worden, is de toegankelijkheid daarvan afhankelijk van een vorm van toestemming. Opengestelde delen van het gebouw mag men bijvoorbeeld niet zonder meer bezoeken, maar alleen gedurende openingstijden.

Het is naar mijn mening het meest zuiver en vruchtbaar om een beperkte opvatting van wat onder de term 'openbare zaken' valt te huldigen. In deze benadering wordt namelijk een groep zaken in overheidseigendom met dezelfde juridisch relevante kenmerken op heldere wijze afgebakend. Dit lijkt overigens ook aan te sluiten bij de toelichting Meijers op dit punt. In het vervolg van deze bijdrage zal daarom de aandacht uitgaan naar deze groep van openbare zaken.

3. Rechtskarakter en toepasselijk recht

3.1. Algemeen

Overheidseigendom van openbare zaken wordt naar geldend recht opgevat als gewoon eigendom in privaatrechtelijke zin.¹⁶ Dit brengt met zich dat ook overheidseigendom van openbare zaken primair onderworpen is aan het privaatrecht. Daarnaast zijn uiteraard ook publiekrechtelijke normen van belang.

3.2. Toepasselijk privaatrecht

Op overheidseigendom zijn de regels van het BW van toepassing. Te denken valt aan de algemene vermogensrechtelijke bepalingen (Boek 3), de bepalingen over zakelijke rechten (Boek 5), de algemene verbintenissenrechtelijke regels (Boek 6) en de regels ten aanzien van koop en huur (zoals opgenomen in Boek 7).

Titel 5.3 BW bevat enige bepalingen die in het bijzonder van belang zijn voor overheidseigendom van openbare zaken. In dit verband valt te wijzen op de art. 5:25 tot en met 5:28 BW.¹⁷ In deze BW-artikelen wordt geregeld wie van bepaalde openbare zaken eigenaar is dan wel wie wordt vermoed eigenaar te zijn. Zo is bepaald dat de Staat eigenaar is van de bodem van de territoriale zee en van de Waddenzee (art. 5:25 BW). De Staat wordt bijvoorbeeld vermoed eigenaar te zijn van de zeestranden (art. 5:26 BW).

Dat op openbare zaken privaatrecht van toepassing is wordt door sommigen ter discussie gesteld. De opvatting doet de ronde dat zaken met een openbare bestemming wezenlijk andere

13. T.M., PG Boek 5 BW, p. 141.

14. Zie bijvoorbeeld Hennekens 2001, p. 7 en P. Memelink, 'Een sluitende regeling voor schoon water', *NTBR* 2011/3, nr. 16, p. 126.

15. Zie bijvoorbeeld Van der Veen 1997, p. 56 en 72. Zie ook recentelijk A.E. van Rooij, *Orde in het semipublieke domein. Particuliere en publiek-private orderegulering in juridisch perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 55-58.

16. Zie HR 19 januari 1962, *NJ* 1962/151 m.nt. J.H. Beekhuis, *ARB* 1962, p. 540 (Staat/Huizen). Zie in dit verband voorts HR 15 februari 1918, *NJ* 1918/p. 386 (Souburg), HR 19 januari 1968, *NJ* 1968/166 m.nt. G.J. Scholten (Eindhoven/Staals) en HR 22 juni 1973, *NJ* 1973/503 m.nt. K. Wiersma (Hengelsport).

17. Zie onder meer Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 546 e.v. en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/104 e.v. waarin uitvoeriger op de art. 5:25 tot en met 5:28 BW wordt ingegaan.

kenmerken hebben dan de gewone privaatrechtelijke zaken, hetgeen met zich brengt dat hierop primair het publiekrecht van toepassing is.¹⁸ Zij wijkt af van het thans geldende recht: het eigendom dat de overheid van openbare zaken heeft, wordt niet primair en/of uitsluitend door publiekrechtelijke regels genormeerd. Dit staat er overigens niet aan in de weg dat publiekrechtelijke normen wel degelijk van belang kunnen zijn.

3.3. Toepasselijk publiekrecht

Uit de schakelbepalingen art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb volgt dat de privaatrechtelijk handelende overheid ook geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels – waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in acht moet nemen. Dit geldt uiteraard ook als de overheid optreedt in de hoedanigheid van eigenaar van een openbare zaak. Ten aanzien van eigendom bevat art. 5:1 lid 2 BW zelfs een specifieke bepaling die relevant is op dit punt. Dit artikellid bepaalt dat het de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrijstaat van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen. Hieruit volgt dat ook publiekrechtelijke regels een beperking in het gebruik van de eigendom met zich kunnen brengen.¹⁹

In publiekrechtelijke wet- en regelgeving zijn specifieke regels met betrekking tot openbare zaken opgenomen. In dit verband kan gedacht worden aan wetgeving in formele zin. Zo valt te wijzen op de Wegenwet, waarin voor openbare wegen bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot het ontstaan en eindigen van openbaarheid van de weg en het beheer van openbare wegen. De Wegenwet is overigens niet de enige wet in formele zin die relevant is met betrekking tot het beheer van openbare wegen. Te denken valt in dit verband ook aan de Waterstaatswet 1900 en de Wet herziening wegenbeheer. Ook decentrale regelgeving kan specifieke regels bevatten op het terrein van openbare zaken. Te denken valt bijvoorbeeld aan Algemene Plaatselijke Verordeningen, waarin regels zijn opgenomen met betrekking tot het beheer van openbare wegen.

Het voorgaande illustreert dat op openbare zaken niet alleen een mix van privaot- en publiekrechtelijke regels wordt toegepast, maar dat er eveneens een cocktail van verschillende publiekrechtelijke regels van toepassing is. Op plaatsen, bijvoorbeeld ten aanzien van openbare wegen, is sprake van verbrokkelde regulering met betrekking tot het beheer. Dit komt de overzichtelijkheid van het toepasselijke objectieve recht niet ten goede.

4. Gewoon en bijzonder gebruik

4.1. Algemeen

Een kernvraag bij gebruik van openbare zaken is in hoeverre het de eigenaar van deze zaak vrijstaat om zijn eigendomsrechten uit te oefenen en in hoeverre burgers het recht hebben om van deze zaak gebruik te maken. In dit verband wordt onderscheid gemaakt tussen gewoon en bijzonder gebruik.²⁰ *Gewoon gebruik* van een openbare zaak houdt in dat het publiek zonder meer gewoon of normaal gebruik van deze zaak mag maken. Of, anders gezegd, het gewone gebruik is het gebruik overeenkomstig de openbare bestemming. Hiervoor is geen toestemming van de eigenaar vereist. Voor ander gebruik dan het gewone of normale gebruik door het publiek, het zogenoemde *bijzondere gebruik*, is wel toestemming van de eigenaar nodig.²¹ Bijzonder gebruik valt op te vatten als het bezetten van een openbare zaak waardoor het aan de gebruiksmogelijkheden van anderen wordt onttrokken.²²

De overheid als eigenaar van een openbare zaak moet het *gewone* gebruik toelaten en kan dit niet verbieden of aan voorwaarden verbinden via zijn *privaatrechtelijke* bevoegdheden. Er geldt een *duldplicht*. Die wijkt af van het uitgangspunt dat de eigenaar vrijelijk over zijn zaak kan beschikken (art. 5:1 BW). De duldplicht is over het algemeen niet expliciet in de wet vermeld en berust op ongeschreven recht.²³ Een uitzondering vormt art. 14 Wegenwet, waarin is bepaald dat bij openbare wegen verkeersgebruik moet worden geduld. Dat er een duldplicht is staat er niet aan in de weg dat ook het gewone gebruik beperkt kan worden, zij het dat dit alleen kan als daar een basis voor te vinden is in het *publiekrecht*.

18. Zie bijvoorbeeld Van Maanen 1992, p. 970 e.v., Teunissen 1996, p. 121 e.v., Tak 1997, p. 225 e.v. en Hageman 2013, p. 1126 e.v.

19. Zie in deze zin ook Van Maanen 1992, p. 977 noot 80.

20. Van der Veen 1997, p. 161 wijst erop dat van oudsher het onderscheid wordt gemaakt tussen gewoon en bijzonder gebruik. In de literatuur worden ook wel andere termen gebruikt in plaats van de term 'gewoon gebruik', zoals 'normaal gebruik' en 'algemeen gebruik'. Zie bijvoorbeeld Hennekens 2001, p. 51 en M.H.W.C.M. Theunisse, *De praktijk van de tweewegenleer. Nieuwe perspectieven op de privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid*, Amstervoort: Celsus juridische uitgeverij 2015, p. 97. Hoewel het om verschillende termen gaat hebben zij betrekking op hetzelfde en worden zij in dezelfde betekenis gebruikt.

21. Van der Veen 1997, p. 161.

22. Van der Veen 2010, p. 837 en Van der Veen 2014, p. 343-344.

23. Van der Veen 2010, p. 837-839 en Hageman 2013, p. 1131 noot 33. Zie over de duldplicht bijvoorbeeld ook Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2016/8a.

Ten aanzien van *bijzonder* gebruik ligt dit anders en kan de overheid als eigenaar wel privaatrechtelijke bevoegdheden aanwenden. Als er sprake is van bijzonder gebruik dan kan de eigenaar in beginsel:

- dit gebruik verbieden of toestaan op grond van de eigenaarsbevoegdheid (privaatrechtelijke toestemming tot gebruik);
- privaatrechtelijke regels stellen voor dit gebruik;
- via het privaatrecht vragen om een financiële vergoeding als tegenprestatie voor dit gebruik.

Naast de hiervoor genoemde privaatrechtelijke toestemming tot bijzonder gebruik, is het mogelijk voor de overheid om bepaalde activiteiten afhankelijk te stellen van een publiekrechtelijke toestemming in de vorm van een vergunning of ontheffing. Zo mag men in veel gemeenten doorgaans slechts een standplaats innemen met een kraam als (eveneens) de op grond van de lokale regelgeving, zoals de Verordening op de Straathandel, vereiste standplaatsvergunning is verkregen.

In het kader van de beantwoording van de vraag of het de overheid is toegestaan om het gebruik van een openbare zaak via het privaatrecht te beperken, moet aldus eerst bekeken worden van wat voor type gebruik sprake is. Hierna wordt dieper ingegaan op het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik en de bevoegdheden die de overheid op grond van het privaatrecht en publiekrecht heeft.

4.2. Gewoon gebruik versus bijzonder gebruik

Voor het antwoord op de vraag wat als gewoon gebruik van een openbare zaak heeft te gelden komt het aan op het karakter van de bestemming dan wel de functie van de betreffende openbare zaak en de concrete situatie.²⁴

Soms bevat de bijzondere wet algemene uitgangspunten met betrekking tot het gewone gebruik van een openbare zaak. Art. 14 Wegenwet schijnt hierop enig licht voor openbare wegen. In dit artikel is bepaald dat de rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een weg alle verkeer op de weg hebben te dulden (behoudens de uitzondering van art. 6). Hieruit valt (indirect) een gebruiksrecht voor eenieder af te leiden, namelijk dat eenieder de openbare weg mag gebruiken voor het verkeer.²⁵ Dat dit in art. 14 Wegenwet is verankerd, neemt niet weg dat er geschillen kunnen zijn over de precieze reikwijdte van het gebruiksrecht dat uit dit artikel voortvloeit. Het gewone gebruik van een openbare weg is overigens ook ruimer dan het gebruik voor het verkeer; daarmee behoort ook ander gebruik

dan het gebruik dat is omschreven in art. 14 Wegenwet onder het gewone gebruik van de openbare weg. Zo valt ook het spelen door kinderen op straat onder de reikwijdte van het gewone, normale gebruik waarvoor geen overheidstoestemming is vereist.²⁶

Alleen voor openbare wegen bevat de wet aanknopingspunten. Bij andere openbare zaken, zoals (de bodem van) openbare wateren, komt het aan op de omstandigheden van het geval en de bestemming of functie die de zaak heeft of bepaald gebruik 'gewoon' is. Meer nog dan bij openbare wegen zal aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval bekeken moeten worden wat de openbare bestemming precies is en welk gebruik gewoon dan wel normaal is. Een terugkerende vraag in de jurisprudentie is bijvoorbeeld of het rondvaren met een rondvaartboot behoort tot het gewone gebruik van een openbaar water. Het antwoord hierop hangt sterk af van de concrete situatie. In Giethoorn behoort het varen met een rondvaartboot in de grachten tot het gewone gebruik en is hiervoor geen privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar nodig.²⁷ In de IJ-haven daarentegen behoort het varen met een rondvaartboot niet tot het gewone gebruik (daaronder valt louter het laden en lossen van schepen), waardoor de gemeente bevoegd is om langs privaatrechtelijke weg de vaart voor deze boten te beperken.²⁸

De kwalificatie van gebruik van een openbare zaak als gewoon of bijzonder staat los van de vraag of er voor het gebruik een publiekrechtelijke toestemming – bijvoorbeeld een publiekrechtelijke vergunning of ontheffing – nodig is. Het publiekrechtelijk vergunde gebruik bepaalt niet de omvang van de openbare bestemming. Het gewone gebruik, en daarmee de duldplicht van

24. 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*, VNG: Den Haag 2010, p. 49.

25. H. van der Linden, *Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja, welke?* (preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 192.

26. Dit voorbeeld is ontleend aan L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. 1. Systeem. Bevoegdheid. Bevoegdheidsuitoefening. Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 617.

27. HR 18 juni 1965, NJ 1966/474 m.nt. J.H. Beekhuis (Giethoornse grachten).

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

de eigenaar, wordt niet opgerekt door publiekrechtelijke vergunningverlening.²⁹ In dit verband valt te wijzen op het arrest Hoogheemraadschap/Götte. In deze zaak was door het bestuur van het Waterschap een ontheffing verleend voor het aanleggen van een steiger. Het was de vraag of het Waterschap de privaatrechtelijke toestemming tot gebruik van de waterbodem afhankelijk mocht maken van een financiële vergoeding. De Hoge Raad overweegt als volgt: ‘Het Waterschap was niet reeds op grond van het verlenen van de ontheffing gehouden om privaatrechtelijke toestemming tot dat bijzondere gebruik te geven, nu de ontheffing slechts geweigerd kan worden in verband met de waterstaatkundige belangen die door het betrokken verbod van de Keur beschermd worden. Genoemd onderscheid brengt dan ook mee dat een verleende ontheffing niet zonder meer een privaatrechtelijke toestemming tot een bepaald bijzonder gebruik impliceert.’³⁰ De verklaring voor het feit dat het gewone gebruik niet wordt opgerekt door een publiekrechtelijke toestemming is dat de publiekrechtelijke regeling waarin de publiekrechtelijke toestemming haar grondslag vindt zich (in beginsel) niet uitlaat over het karakter of de aard van de openbare bestemming.³¹

4.3. Privaatrechtelijke toestemming

Het is de overheid in beginsel toegestaan om op basis van haar eigendomsrecht de toestemming tot het bijzondere gebruik van openbare zaken te weigeren. Het staat de overheid echter niet vrij om in alle gevallen haar privaatrechtelijke bevoegdheden te gebruiken. Er zijn twee situaties te onderscheiden, namelijk de situatie waarin de privaatrechtelijke toestemming op zichzelf staat en de complexere situatie waarin sprake is van samenloop van een privaatrechtelijke en een publiekrechtelijke toestemming.

Staat het geven van de privaatrechtelijke toestemming tot bijzonder gebruik *op zichzelf*, dan is er veel vrijheid voor de overheid om deze toestemming te weigeren. Dit neemt uiteraard niet weg dat de mogelijkheden om de toestemming te weigeren begrensd zijn. Zo kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met zich brengen dat het de overheid niet vrij staat om in een bepaald geval geen privaatrechtelijke toestemming te geven tot bijzonder gebruik. In het bijzonder het gelijkheidsbeginsel springt in het oog. Dit beginsel kan namelijk in de weg staan aan het weigeren van privaatrechtelijke toestemming in gelijke gevallen.³²

Het komt vaak voor dat *naast of in aanvulling op* een privaatrechtelijke toestemming (bijvoorbeeld de toestemming van de gemeente als eigenaar van de grond) een publiekrechtelijke

toestemming (bijvoorbeeld een vergunning of ontheffing) is vereist. In dit soort gevallen komt het leerstuk van misbruik van bevoegdheid in beeld (zie art. 3:13 BW). Het gaat dan om de vraag of, wanneer er al een publiekrechtelijke toestemming is gegeven, het daarna mogelijk is om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren. De Hoge Raad heeft zich hierover uitgelaten in het arrest Amsterdam/Geschiere.³³

In het arrest Amsterdam/Geschiere hanteert de Hoge Raad het uitgangspunt dat de vergunning de vergunninghouder in beginsel gerechtigd maakt tot het gebruik daarvan. Het door de overheid weigeren van de privaatrechtelijke toestemming levert in principe misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW op. Er wordt door de Hoge Raad echter uitdrukkelijk ruimte gelaten voor een uitzondering: wanneer sprake is van *zwaarwegende belangen* aan de zijde van de overheid, dan levert de weigering van de toestemming geen misbruik van bevoegdheid op. De hamvraag is natuurlijk wanneer de overheid dergelijke zwaarwegende belangen heeft. Uit het arrest blijkt dat met name moet worden gelet op: a.) het soort belang dat wordt aange dragen door de overheid voor de weigering van de privaatrechtelijke toestemming en b.) of en in hoeverre dit belang bij de publiekrechtelijke belangenafweging in het kader van de vergunningverlening reeds een rol speelt.³⁴ Kort gezegd

29. Zie in deze zin ook Van der Veen 2010, p. 839, Duijkersloot e.a. 2010, p. 49, G.T.J.M. Jurgens, ‘Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid? Een systematische benadering van de verhouding tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheids-handelen’, *O&A* 2011, p. 88, A.H.J. Hofman, ‘Vergoedingen voor het gebruik van overheidseigendommen: een uitweg door het doorkruisingslabyrint?’, *TBR* 2014/92, p. 500 en Theunisse 2015, p. 99-100.
30. HR 9 november 2012, *NJ* 2012/639, *AB* 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (Hoogheemraadschap/Götte), r.o. 3.4.1.
31. Van der Veen 2010, p. 839 en Hofman 2014, p. 500.
32. Vgl. HR 18 maart 2005, *NJ* 2005/163, *AB* 2005/408 m.nt. G.A. van der Veen & F.J. van Ommeren (Lichtenvoorde/Dusseldorp). Zie over dit arrest Scheltema & Scheltema 2013, p. 270 en 302 en Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2016/15c en 19a.
33. 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 ook HR 9 november 2012, *NJ* 2012/639, *AB* 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (Hoogheemraadschap/Götte).
34. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, ‘De bijzondere positie van de overheid in het Nederlands privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht’, in: D. Asser (red.), *Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2015), Den Haag: BJu 2015, p. 101.

is een belang dat in het publiekrechtelijke toetsingskader een rol speelt en niet heeft geleid tot een weigering van de publiekrechtelijke toestemming niet zwaarwegend genoeg om de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te kunnen dragen. Het publiekrechtelijke toetsingskader heeft, zo volgt uit het arrest Amsterdam/Geschiere, het primaat en is bepalend voor de ruimte die overblijft voor de privaatrechtelijke belangenafweging.³⁵

Het voorgaande kan nader worden toegelicht aan de hand van de casus van het arrest Amsterdam/Geschiere. Aan Geschiere was een vergunning verleend tot het innemen van een standplaats met een snackkar op de parkeerplaats naast de Amsterdam Arena. Deze vergunning – de publiekrechtelijke toestemming – was vereist op grond van de Verordening op de Straathandel. De gemeente Amsterdam weigerde Geschiere vervolgens op basis van haar eigendomsrecht de toestemming om de snackkar te plaatsen. Het betrof de weigering van de privaatrechtelijke toestemming tot bijzonder gebruik van de openbare weg. Voor de weigering van deze toestemming had de gemeente twee verschillende argumenten aangevoerd. In de eerste plaats had de gemeente belang bij voldoende beschikbare parkeerplaatsen in het gebied naast de Amsterdam Arena. Dit belang was volgens de Hoge Raad niet zwaarwegend genoeg om de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te kunnen dragen omdat de factoren die op de beschikbare parkeerruimte zouden kunnen drukken al op de voet van art. 7.1 lid 3 van de Verordening op de Straathandel waren meegewogen in de beslissing tot het verlenen van de publiekrechtelijke vergunning.³⁶ Heeft een belang een rol gespeeld bij de publiekrechtelijke belangenafweging dan is het, volgens de Hoge Raad, niet zwaarwegend genoeg om de weigering van de privaatrechtelijke toestemming te kunnen dragen. In de tweede plaats voerde de gemeente aan dat zij het voornemen had om de grond in de nabije toekomst uit te geven in erfpacht. De Hoge Raad overweegt ter zake: ‘Daarbij heeft het hof het door de Gemeente gestelde belang bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht in de toekomst, kennelijk en terecht als een belang van de Gemeente als eigenaar van de grond beschouwd ten aanzien waarvan de Verordening op de Straathandel geen regeling bevat en dus de Gemeente vrijlaat in de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden.’³⁷ Ten aanzien van dit belang bevat de gemeentelijke verordening geen regeling en daarmee zou dit belang op zich wel gebruikt kunnen worden om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren. In de zaak Amsterdam/Geschiere kon de gemeente echter niet aantonen dat zij ook echt een derge-

lijk belang had. Daardoor kon ook dit belang de privaatrechtelijke weigering niet dragen. In deze zaak hield de weigering van de privaatrechtelijke toestemming derhalve misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW in.

In het arrest Amsterdam/Geschiere is overigens eerst een publiekrechtelijke toestemming gegeven en daarna volgde de privaatrechtelijke. Het kan zich heel goed voordoen dat de volgorde anders is. Over wat dan rechtens is, bestaat – omdat het arrest zich over deze situatie niet uitlaat – geen duidelijkheid. Het komt mij voor dat ook al is de volgorde van de toestemmingen afwijkend, de belangen die een rol spelen in het publiekrechtelijke toetsingskader evengoed gebruikt kunnen worden om de privaatrechtelijke toestemming te dragen.³⁸ Het komt er immers in essentie op aan dat belangen die een rol spelen in het publiekrechtelijke toetsingskader niet gebruikt mogen worden bij het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming; welke toestemming eerder is, doet er dan niet toe.

Niet alleen het leerstuk van misbruik van bevoegdheid bevat in geval van samenloop met de publiekrechtelijke toestemming een grens voor het weigeren van privaatrechtelijke toestemming. Zo kan ook hier het privaatrechtelijk weigeren van de toestemming worden begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4.4. Privaatrechtelijke voorwaarden: in het bijzonder financiële voorwaarden

Het *gewone gebruik* van een openbare zaak is, zoals hiervoor geconstateerd, niet afhankelijk van een toestemming en moet geduld worden. Het is daarom ook niet mogelijk op grond van het privaatrecht om een financiële vergoeding te vragen. Dit neemt niet weg dat er in bepaalde gevallen wel via het publiekrecht een vergoeding

35. Zie ook Jurgens 2011, p. 86 en 93 en J.A.F. Peters, ‘De burgerlijke rechter en het primaat van het publiekrecht’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 528-530. Vgl. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Mon. BW nr. A26a) 2011/5e en Scheltema & Scheltema 2013, p. 282-283.

36. 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), r.o. 3.4.2.

37. 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), r.o. 3.4.2.

38. Enzo Jurgens 2011, p. 90.

kan worden verlangd.³⁹ Zo kan voor het parkeren van auto's – gewoon gebruik van de openbare weg – op grond van het privaatrecht geen financiële vergoeding worden verkregen, maar is het wel mogelijk via het publiekrecht een vergoeding te vragen. Art. 225 Gemeentewet maakt het bijvoorbeeld mogelijk om parkeerbelasting te heffen.

Het is voor de overheid in beginsel mogelijk om in ruil voor het geven van privaatrechtelijke toestemming tot *bijzonder gebruik* via het privaatrecht een financiële vergoeding te vragen.⁴⁰ De overheid kan bijvoorbeeld met een burger een huur- of gebruiksovereenkomst sluiten waarin in ruil voor een financiële vergoeding de toestemming tot bijzonder gebruik van een openbare zaak wordt gegeven. Onder omstandigheden zou het vragen van een dergelijke privaatrechtelijke financiële vergoeding echter een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht, misbruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid of strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op kunnen leveren.⁴¹

Een privaatrechtelijke vergoeding zou een *onaanvaardbare doorkruising* van het publiekrecht op kunnen leveren wanneer een financiële voorwaarde verbonden kan worden aan een publiekrechtelijke vergunning. Uit het arrest Haagse Bagger volgt in algemene zin dat het vragen van een vergoeding via de privaatrechtelijke weg een (onaanvaardbare) doorkruising *zou kunnen* opleveren van een uitdrukkelijke wettelijke regeling voor een publiekrechtelijke vergoeding of van de in de bestuursrechtelijke jurisprudentie aanvaarde mogelijkheid dat aan een beschikking financiële voorwaarden kunnen worden verbonden, die kort gezegd zijn gebonden aan het doel van het vergunningsvereiste.⁴² Of *daadwerkelijk* sprake is van een onaanvaardbare doorkruising hangt af van de toepassing van de ijkpunten van de doorkruisingsformule (zie het Windmill-arrest).⁴³ Het komt er dan bijvoorbeeld op aan of uit de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling volgt dat de publiekrechtelijke financiële voorwaarde exclusief is, hetgeen op dit terrein niet veel voorkomt.⁴⁴

Een andere publiekrechtelijke mogelijkheid om een vergoeding te vragen is het heffen van een belasting. Het enkele feit dat het mogelijk is om een belasting te heffen brengt ook niet met zich dat het langs privaatrechtelijke weg bedingen van een vergoeding voor het bijzondere gebruik van een openbare zaak een onaanvaardbare doorkruising met zich brengt van de regeling waarop de belasting is gebaseerd. Het komt er op aan of de publiekrechtelijke weg van belastingheffing als exclusief is bedoeld. Voor het

heffen van precariobelasting geldt bijvoorbeeld dat deze weg niet exclusief is, waardoor het verlangen van een privaatrechtelijke vergoeding geen onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling van precariobelasting oplevert.⁴⁵

Het vragen van een financiële vergoeding via het privaatrecht zou naar mijn mening in bepaalde gevallen *misbruik van bevoegdheid* op kunnen leveren (art. 3:13 BW). Het feit dat er een publiekrechtelijke toestemming, in de vorm van een vergunning of ontheffing, is gegeven voor een bepaald gebruik, staat er op zichzelf niet aan in de weg dat via privaatrechtelijke weg een vergoeding wordt gevraagd. Een financiële vergoeding kan in beginsel aan een privaatrechtelijke toestemming worden verbonden en levert geen misbruik van bevoegdheid op, zo volgt uit het arrest Hoogheemraadschap/Götte.⁴⁶ Onder omstandigheden zou het opnemen van een financiële voorwaarde in een overeenkomst wél misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW kunnen opleveren. Dit zou het geval kunnen zijn als de gevraagde vergoeding onredelijk hoog is, althans zodanig hoog is dat het gebruik waarvoor publiekrechtelijk toestemming is gegeven onmogelijk wordt gemaakt. Dit is (nog) niet expliciet overwogen door de Hoge Raad, maar valt te passen in de lijn van redeneren in de arresten Amsterdam/Geschiere en Hoogheemraadschap/Götte.⁴⁷

39. Zie ook Hofman 2014, p. 502.

40. Zo ook Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2016/8c.

41. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2016/8c en Scheltema & Scheltema 2013, p. 270-271.

42. HR 19 mei 2000, *NJ* 2000/639 m.nt. A.R. Bloembergen, *AB* 2000/428 m.nt. P.J.J. van Buuren (Haagse Bagger). Zie over dit arrest ook Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Mon. BW nr. A26a) 2011/5e en Sniijders 2016/8c.

43. HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 m.nt. M. Scheltema (onder *NJ* 1991/394), *AB* 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn (Windmill). Zie uitvoeriger over de doorkruisingsleer: Duijkersloot e.a. 2010, Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Mon. BW nr. A26a) 2011/5a-5h, Scheltema & Scheltema 2013, p. 262 e.v., Theunisse 2015 en Huisman & Van Ommeren 2015, p. 87 e.v.

44. Evenzo en uitvoeriger Duijkersloot e.a. 2010, p. 58-59.

45. Zie recent: Hof Den Haag 17 februari 2015, *AB* 2015/460 m.nt. G.A. van der Veen & A.H.J. Hofman.

46. HR 9 november 2012, *NJ* 2012/639, *AB* 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman & G.A. van der Veen (Hoogheemraadschap/Götte).

47. Zie in deze zin eveneens H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De verhouding publiek-/privaatrecht in zware storm', *Gst.* 2013/32, paragraaf 2.4, Hofman 2014, p. 504 en Huisman & Van Ommeren 2015, p. 120.

Voorts zijn de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* van belang bij het vragen van een vergoeding voor bijzonder gebruik via het privaatrecht. Deze beginselen kunnen restricties met zich brengen ten aanzien van de hoogte van de door de overheid te bedingen vergoedingen. Zo kan het gelijkheidsbeginsel in de weg staan aan het hanteren van verschillende tarieven in gelijke gevallen.⁴⁸

5. Handhaving

5.1. Inleiding

Handhaving en de instrumenten daartoe vormen een belangrijk onderwerp bij het beheer van openbare zaken. Ook hier interfereren publiek- en privaatrecht met elkaar. De vraag rijst of het voor de overheid mogelijk is om te handhaven via publiek- en/of privaatrecht en of er keuzevrijheid is tussen beide wegen.⁴⁹

5.2. Bestuursrechtelijk handhaven

Voor bestuursrechtelijke handhaving bevat de Awb een algemene regeling. Art. 5:4 Awb brengt tot uitdrukking dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie alleen bestaat voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend. Twee bestuurlijke sancties zijn relevant in dit kader, te weten de last onder bestuursdwang (art. 5:21 Awb) en de last onder dwangsom (art. 5:31d jo. 5:32 Awb). Uitsluitend op basis van een voldoende specifieke grondslag in wet- of regelgeving bestaat de bevoegdheid tot het opleggen van deze sancties.

Op basis van organieke wetgeving beschikken decentrale bestuursorganen over een algemene bestuursdwangbevoegdheid. Zo is op grond van art. 125 lid 1 Gemeentewet het gemeentebestuur bevoegd tot de oplegging van een last onder bestuursdwang. Hieraan koppelt de Awb de bevoegdheid om in plaats daarvan een last onder dwangsom op te leggen (art. 5:32 lid 1 Awb). De bevoegdheid om een van deze sancties op te leggen wordt door het college van burgemeester en wethouders uitgeoefend, indien de last dient tot handhaving van regels welke het gemeentebestuur uitvoert (zie art. 125 lid 2 Gemeentewet). Het college van burgemeester en wethouders houdt zich bijvoorbeeld bezig met de handhaving van de verbodsbepalingen waarvan het vergunning verleent. Ontbreekt een vereiste standplaatsvergunning, dan is art. 125 Gemeentewet in combinatie met de relevante verbodsbepaling in de gemeentelijke verordening voldoende om een last onder bestuursdwang of last onder dwangsom op te baseren.

De bestuursorganen van de centrale overheid beschikken niet over een algemene bestuursdwangbevoegdheid. Dit neemt niet weg dat in

bijzondere wetgeving bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden toegekend kunnen zijn (bijvoorbeeld art. 7 Wet beheer rijkswaterstaatswerken).

Algemene zorgplichten in publiekrechtelijke wetgeving kunnen niet dienen als een voldoende grondslag voor de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Dit volgt uit de uitspraak in de zaak Steenbergen. Art. 16 Wegenwet werd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet voldoende geacht om de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke sancties op te baseren. Of, in de woorden van de Afdeling: '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' (curs. dzz).⁵⁰ Als reactie op deze uitspraak zijn in veel Algemene Plaatselijke Verordeningen afdwingbare verbodsbepalingen opgenomen, met als doel bestuursrechtelijke handhaving mogelijk te maken op gemeentelijk niveau.

5.3. Privaatrechtelijk handhaven

Naast bestuursrechtelijke handhaving kan gedacht worden aan handhaving via het privaatrecht. De overheid zou (ook) op basis van haar eigendomsrecht kunnen handhaven. De bevoegdheden op grond van dit recht kunnen gebruikt worden om inbreuken van derden te weren. Bij privaatrechtelijke handhaving is het onderscheid tussen gewoon en bijzonder gebruik van een openbare zaak van belang. Hierin ligt namelijk al een belangrijke beperking besloten.

Het *gewone gebruik* dat van een zaak wordt gemaakt dient door de eigenaar te worden geduld en kan niet met een civielrechtelijke actie worden 'aangepakt'. Wordt een openbare weg gebruikt

48. Vgl. HR 18 maart 2005, NJ 2005/163, AB 2005/408 m.nt. G.A. van der Veen & F.J. van Ommeren (Lichtenvoorde/Dusseldorp) en Scheltema & Scheltema 2013, p. 270.

49. Soms 'transformeert' de bestuursrechter een privaatrechtelijke beheershandeling in een publiekrechtelijke: zie bijvoorbeeld ABRvS 10 april 1995, AB 1995/498 m.nt. G.A. van der Veen (Long Lin). Dit blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Zie ter zake uitvoerig Van der Veen 1997, p. 276 e.v.

50. ABRvS 7 februari 2007, AB 2007/91 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Steenbergen), r.o. 2.4. De Afdeling gaat in deze uitspraak 'om'. Eerder werd dit artikel uit de Wegenwet namelijk *wel* als een voldoende grondslag voor bestuurlijke handhaving aangemerkt. Zie ten aanzien van de oude jurisprudentie en de kritiek daarop Hennekens 2001, p. 186 e.v.

voor het rijden met een auto of het parkeren daarvan dan is handhaving in beginsel niet aan de orde.⁵¹

Tegen onwettig *bijzonder gebruik* van een openbare zaak zou de eigenaar (onder omstandigheden) het privaatrecht kunnen gebruiken om handhavend op te treden. Gedacht kan worden aan een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het is echter de vraag of er ruimte is om via een onrechtmatige daadsactie een einde te maken aan bijzonder gebruik waarvoor geen toestemming is gegeven. Er kan onderscheiden worden tussen twee typen gevallen, namelijk het geval waarin er naast de bevoegdheden op grond van het eigendomsrecht publiekrechtelijke voorschriften zijn die bestuursrechtelijk gehandhaafd kunnen worden en het geval waarin er alleen eigenaarsbevoegdheden kunnen worden gehanteerd door de overheid.⁵²

Het komt geregeld voor dat de overheid niet alleen als eigenaar bevoegdheden heeft om bepaald bijzonder gebruik te weren, maar dat ook het publiekrecht mogelijkheden biedt om handhavend op te treden. Publiekrechtelijke voorschriften kunnen namelijk het bijzondere gebruik reguleren en het is mogelijk dat de overheid bevoegd is deze voorschriften via het publiekrecht te handhaven. De ruimte voor een privaatrechtelijke onrechtmatige daadsactie is dan beperkt. Een onrechtmatige daadsactie op de grond dat sprake is van *strijd met een wettelijk voorschrift* levert namelijk een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht op. In het standaardarrest op dit gebied, het arrest Staat/Magnus, is overwogen dat als het bestuur kan handhaven via een last onder dwangsom, het handhaven via een civiele actie vanwege het vergelijkbare resultaat een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert.⁵³ Een andere titel voor de onrechtmatige daadsactie is bij openbare zaken denkbaar, namelijk de *inbreuk op het eigendomsrecht*. Ook met deze andere titel is er in beginsel geen dan wel zeer weinig ruimte voor een onrechtmatige daadsactie, aangezien al snel sprake zal zijn van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht of misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW.⁵⁴ In de situatie dat de belangen van de overheid als eigenaar en beheerder zijn ingevuld door het publiekrecht, levert het behartigen van deze belangen door de overheid in de vorm van een onrechtmatige daadsactie een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht op (vgl. het arrest Staat/Magnus). Alleen als de publiekrechtelijke regels betrekking hebben op andere belangen dan de belangen die met de privaatrechtelijke actie worden beoogd zou er ruimte kunnen zijn voor deze actie.⁵⁵ Het gebruik van het privaatrecht zou onder omstandigheden dan nog wel misbruik van

bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW kunnen opleveren. Het gebruik van het privaatrecht, meer in het bijzonder de eigenaarsbevoegdheid, om te handhaven in situaties waarin dat publiekrechtelijk is toegestaan, levert misbruik van bevoegdheid in de hiervoor genoemde zin op, tenzij sprake is van zwaarwegende belangen aan de kant van de overheid (vgl. het arrest Amsterdam/Geschiere).⁵⁶

In het geval er alleen op grond van het eigendomsrecht kan worden opgetreden en er geen publiekrechtelijke voorschriften zijn die het bijzondere gebruik reguleren tegen overtreding waarvan bestuursrechtelijk kan worden opgetreden, ligt het anders. Dan is het in beginsel mogelijk om op grond van een onrechtmatige daadsactie via de burgerlijke rechter handhaving af te dwingen door bijvoorbeeld deze rechter te vragen een civielrechtelijke dwangsom op te leggen.⁵⁷ In situaties waarin er een lacune is in de publiekrechtelijke handhaving, wordt dit dus opgevuld door de mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving. Men zou in dit verband kunnen spreken van de aanvullende werking van privaatrechtelijke handhaving.

51. Zie ook Duijkersloot e.a. 2010, p. 79-80. Wordt bij het gewone gebruik een wettelijk voorschrift overtreden dan kan handhaving wel aan de orde zijn. Is het mogelijk om door middel van een bestuursrechtelijke sanctie op te treden, dan is er in beginsel geen civielrechtelijke actie wegens strijd met de wet mogelijk. Het gebruik van het privaatrecht levert dan een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht op. Zie HR 22 oktober 1993, NJ 1995/717 m.nt. M. Scheltema, AB 1994/1 m.nt. G.A. van der Veen (Staat/Magnus).

52. Dit onderscheid, en de verdere indeling daarin, is ontleend aan Duijkersloot e.a. 2010, p. 82 e.v.

53. HR 22 oktober 1993, NJ 1995/717 m.nt. M. Scheltema, AB 1994/1 m.nt. G.A. van der Veen (Staat/Magnus). Zie over dit arrest bijvoorbeeld ook Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Mon. BW nr. A26a) 2011/5d.

54. Zo ook Duijkersloot e.a. 2010, p. 83.

55. Vgl. het arrest Heerde/Goudsmit, HR 7 mei 2004, NJ 2005/23 m.nt. P.C.E. van Wijmen, AB 2004/247 m.nt. G.A. van der Veen. In dit arrest was wel plaats voor het gebruik van de eigenaarsbevoegdheden om te handhaven, terwijl het ook mogelijk was om bestuursrechtelijk te handhaven. Het belang dat de publiekrechtelijke regeling behartigt (in het geval van dit arrest de Huisvestingswet) is anders dan het belang dat de gemeente behartigt via het eigendomsrecht. Overigens heeft dit arrest geen betrekking op overheidseigendom van een openbare zaak. Zie Duijkersloot e.a. 2010, p. 80 e.v. en p. 83. Zie ter zake ook Jurgens 2011, p. 92-93 en G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, 'De burgerlijke rechter en de handhaving van publiekrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 312-313.

56. 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 ook Duijkersloot e.a. 2010, p. 83.

57. Vgl. HR 18 september 2009, NJ 2009/566 m.nt. J.W. Zwemmer, Gst. 2010/5 m.nt. P.J. Huisman (Luxemburgse bankrekening).

Bovendien zou hiermee een publiekrechtelijk handhavingstekort gerelativeerd kunnen worden.

6. Tussenbalans

Bij openbare zaken die in eigendom zijn van de overheid zijn publiek- en privaatrecht met elkaar vervlochten. Naar geldend recht gaat het weliswaar om gewoon, privaatrechtelijk eigendom in de zin van art. 5:1 BW, maar hier doen zich enkele bijzonderheden voor omdat publiek- en privaatrecht met elkaar interfereren. Om te beginnen heeft de overheid het gewone gebruik, dat wil zeggen het gebruik overeenkomstig de openbare bestemming te dulden. Hierdoor is er in beginsel geen ruimte om eigenaarsbevoegdheden in te zetten om dit gebruik te weren. Bijzonder gebruik kan in beginsel wel via het privaatrecht

worden geweigerd, maar loopt vaak samen met een vorm van publiekrechtelijke toestemming. Het blijkt dat het toetsingskader bij de publiekrechtelijke toestemming het primaat heeft en bepalend is voor de ruimte die de overheid heeft om de privaatrechtelijke toestemming te weigeren. Het voorgaande doet de vraag rijzen of het overheidseigendom van openbare zaken nog wel aangemerkt moet blijven als privaatrechtelijke eigendom. Is de tijd rijp voor een afzonderlijke, publiekrechtelijke eigendomsfiguur? En, volstaat de huidige regelgeving – Awb, BW en bijzondere wet- en regelgeving – wel op dit vlak? In het tweede deel van deze bijdrage wordt op deze vragen nader ingegaan.

(wordt vervolgd)