

## 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 moderatoren 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 Rule<sup>1</sup>, 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 Eynde<sup>2</sup> 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.<sup>1</sup> Dus van het stadhuis tot ontwikkelingsgelden<sup>2</sup> en bescheiden die deel uitmaken van een strafdossier.<sup>3</sup>

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 ontlenen? 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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 halen<sup>3</sup> – 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.<sup>4</sup>

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 eigenaar<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup> 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 erfdiensbaarheid, 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').<sup>8</sup>

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 huizen- en kabelnetten, ziekenhuizen, sanatoria, rusthuizen, groepshuizen, wijkcentra, culturele centra, overheids-dienstwoningen, begraafplaatsen, abattoirs, beschutte werkplaatsen, natuurrezervaten, 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 (...).'*<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup> 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*.<sup>11</sup> 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 overheidszaken. 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.