

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en preciaire erfpachten (noot onder Cass. 15 maart 2018)

Reference:

De Winter Samuel.- Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en preciaire erfpachten (noot onder Cass. 15 maart 2018)
Tijdschrift voor bouw recht en onroerend goed - ISSN 1781-989X - 4(2019), p. 308-314
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1626260151162165141>

NOOT – Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en preciaire erfpachten

Het belang van het geannoteerde arrest is tweëerlei. Vooreerst wijzigt het Hof van Cassatie zijn definitie van het openbaar domein. Verder gaat het in op de (on)mogelijkheid om een recht van erfpacht toe te kennen op dit domein. Beide rechtsvragen en de wijze waarop ons hoogste rechtscollege ze beantwoordt, worden hieronder achtereenvolgens geanalyseerd en kritisch geëvalueerd. Eerst volgt een inleiding, waarin de essentialia van het domeingoeederenrecht beknopt worden opgefrist. Terloops bekijken we hoe een en ander geregeld wordt in het boek Goederenrecht van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (hierna: 'NBW').

I. Inleiding

De overheid bekleedt een uitzonderingspositie. Anders dan particulieren, die hun private belang op het oog hebben, behartigt de overheid het algemeen belang. Die uitzonderingspositie uit zich ook op zakenrechtelijk vlak.¹ Bepaalde goederen van de overheid² zijn namelijk onderworpen aan een van het gemene zakenrecht afwijkend regime. Die goederen vormen het openbaar domein. Anders dan goederen van het privaat domein, die de overheid in principe³ zoals een particulier kan beheren en vervreemden⁴, is het openbaar domein volgens de klassieke visie buiten de handel.⁵ Het is dus belangrijk⁶ om te weten waaruit dit openbaar domein precies bestaat.

II. Definitie openbaar domein

De bestemming tot het gebruik door allen: een oud en bekritiseerd criterium

Volgens vaststaande cassatierechtspraak behoort een goed tot het openbaar domein indien het van rechtswege⁷ of door een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing⁸ van de bevoegde overheid bestemd is tot het gebruik door allen, zonder onderscheid van de persoon.⁹ Het Hof heeft voor deze definitie de mosterd gehaald bij de Franse rechtsgeleerde Pierre-Joseph Proudhon.¹⁰ Het lijkt inmiddels bon ton om deze definitie te bekritisieren. Volgens een meerderheid van de rechtsleer¹¹, bijgetreden door de advocaat-generaal in zijn conclusie bij het geannoteerde arrest¹², is het criterium van de bestemming tot het gebruik door allen (hierna: 'oud criterium') te eng om het openbaardomeinstatuut van bepaalde goederen te verklaren. Gevangenissen en kerncentrales worden hierbij steevast als voorbeelden aangehaald.¹³ Zij staan niet rechtstreeks doch onrechtstreeks ter beschikking van het publiek, door tussenkomst van een openbare dienst. Daarom schuift deze rechtsleer, daarin gevolgd door enkele feitenrechtters¹⁴, een criterium naar voren, ontleend aan een andere Franse rechtsgeleerde, namelijk Marcel Waline: het openbaar domein omvat ook die goederen die nodig zijn voor de werking van een openbare dienst en in die functie niet vervangbaar zijn door andere goederen.¹⁵

Het 'nieuwe' criterium: de bestemming voor een openbare dienst

Ondanks de kritiek weigerde het Hof van Cassatie decennialang zijn klassieke definitie aan te passen.¹⁶ Het geannoteerde arrest brengt daarin verandering. Aan dit arrest ligt een fiscaal geschil ten grondslag. Op 23 december 2009 gaf de gemeente Roeselare een bibliotheek waarvan zij eigenaar was, in erfpacht aan een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap (hierna 'GEVA') in privaatrechtelijke vorm, opgericht bij gemeenteraadsbesluit van 20 oktober 2008. Het statutair doel van de vzw-erfpachtster werd in artikel 3 van haar statuten omschreven als "de ontwikkeling van een kennis- en leercentrum voor 'LEVENSLANG en LEVENSBREED LEREN' door binnen de onderwijsregio Roeselare een geïntegreerde open onderwijs- en vormingsruimte in te richten en te coördineren met inbegrip van alle bibliothecaire voorzieningen", waartoe ze "schoolse en naschoolse, culturele,

recreatieve, wetenschappelijke en andere activiteiten” zou inrichten. Vanwege de bestemming van het gebouw tot deze activiteiten van algemeen nut vroeg de vzw op grond van artikel 253, eerste lid, 3° WIB92 een vrijstelling van de onroerende voorheffing, die overeenkomstig artikel 11 WIB92 te haren laste valt. Die vrijstelling vereist o.m. dat het betrokken onroerend goed als ‘nationaal domeingood’ kan worden gekwalificeerd.¹⁷ Het is deze kwalificatie die ter discussie stond. Het Vlaamse Gewest, eiser in cassatie, betoogde in het eerste onderdeel van zijn enige middel dat de toekenning van een erfpacht ‘aan een instelling die niet afhangt van de Natie’ de wil impliceert om aan dat onroerend goed zijn openbare bestemming te ontnemen, minstens dat het onroerend goed daardoor zijn statuut van domeingood verliest. Het Hof van Cassatie verwerpt dit onderdeel, na achtereenvolgens de hierboven aangehaalde rechtsvragen te beantwoorden: wat is een openbaar domeingood en kunnen particulieren hierop een recht van erfpacht verkrijgen? Op de eerste vraag antwoordt het Hof dat een goed tot het openbaar domein behoort ‘wanneer het door de bevoegde overheid uitdrukkelijk of stilzwijgend bestemd wordt tot het gebruik van allen of voor een openbare dienst’ (overw. 2). In navolging van het advies van de advocaat-generaal sluit het Hof zich dus aan bij de strekking Waline. Inmiddels heeft ook de wetgever zich hierbij aangesloten. Artikel 3.59, eerste lid NBW definieert openbare domeingoederen namelijk als “goederen die uitdrukkelijk of impliciet worden bestemd tot het gebruik van allen of tot een openbare dienst”.

Beoordeling van het nieuwe criterium: weinig meerwaarde t.o.v. het oude criterium

Biedt het criterium van de bestemming voor een openbare dienst (hierna: ‘het nieuwe criterium’) een meerwaarde? Wij hebben hierbij gemengde, overwegend negatieve gevoelens.

Eenzijds sluit het nieuwe criterium beter aan bij de ratio legis van het zakenrechtelijke uitzonderingsregime van het openbaar domein, met name het continuïteitsbeginsel.¹⁸ Volgens dit algemene rechtsbeginsel¹⁹ moet een openbare dienst, wanneer en zolang de overheid oordeelt dat zij beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang, regelmatig en zonder onderbreking worden verstrekt.²⁰ De goederen die deze dienst daarvoor nodig heeft, verdienen bijgevolg een bijzondere bescherming, o.m. tegen schuldeisers van de overheid. Daarom bepaalt artikel 1412bis, § 2 Ger.W. dat goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet in beslag genomen kunnen worden. Dit principe lijdt o.m. uitzondering indien deze goederen “kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of de continuïteit van de openbare dienst”. Anderzijds zien we ook enkele bezwaren tegen het nieuwe criterium. Anders dan Waline en co. beweren, heeft het oude criterium o.i. geen aanvulling nodig. Nemen we opnieuw het voorbeeld van een gevangenis. In theorie is zij wel degelijk (potentieel) bestemd om door het publiek te worden gebruikt. Alleen is dit gebruik in de praktijk om veiligheidsredenen beperkt. Dit is bij om het even welk ander openbaar domeingood niet anders. Dat een openbaar domeingood, zoals een openbare weg, principieel²¹ bestemd is voor collectief gebruik, verhindert uiteraard niet dat de overheid dit gebruik bij wet (bv. De Wegcode) of reglement kan regelen.²² Het Hof van Cassatie erkent dit overigens met zoveel woorden wanneer het overweegt dat “het gebruik (van het openbaar domein) geen afbreuk mag doen aan het recht van de overheid om het te allen tijde volgens de behoefte en het belang van alle burgers te regelen en te vrijwaren” (overw. 2). Ook de vindingrijkheid van de rechtsleer maakt de behoefte aan een nieuw criterium minder prangend. Voor de gevallen waarin een goed niet volgens het oude criterium tot het openbaar domein kan worden gerekend, zijn twee vangnetten ontwikkeld om het daar toch onder te brengen, namelijk de *théorie de l’accessoire* en de *théorie de la domanialité publique globale*.²³ Een andere vraag die ons interesseert, is hoe het nieuwe en het oude criterium zich ten opzichte van elkaar verhouden. In de conclusie van de advocaat-generaal, wiens advies het Hof aldus volgt, lezen we hierover het volgende: “De bestemming van een goed voor dit soort openbare diensten ten bate of in het belang van allen zou m.i. in overweging kunnen genomen worden ter

aanvulling van het criterium ‘gebruik van allen’ (overw. 2.4, p. 3, eigen onderstreping).” Hiermee²⁴ is het alleszins duidelijk dat het nieuwe criterium het oude niet vervangt.²⁵ Het is echter minder duidelijk welke functie het nieuwe criterium dan wel heeft. Biedt het een volwaardig alternatief voor het oude criterium of is dit laatste nog steeds een noodzakelijke voorwaarde opdat een goed tot het openbaar domein zou behoren? Wij opteren voor de tweede opvatting. In zijn derde overweging concludeert het Hof namelijk dat de bibliotheek van de stad Roeselare tot het openbaar domein behoort omdat ze bestemd is tot het gebruik door allen. Het Hof past m.a.w. gewoon het oude criterium toe. Wij zien nochtans geen pertinent verschil tussen een voor onderwijsdoeleinden ingerichte bibliotheek en een penitentiaire inrichting. Gaat het in beide gevallen niet om goederen bestemd voor een ‘openbare dienst’? Volgens de appelrechters wel²⁶, maar volgens het Hof van Cassatie kennelijk niet. Minstens vindt het Hof dat de bibliotheek ook bestemd is tot het gebruik door allen. Daarmee geeft het de indruk dat de bestemming voor een openbare dienst geen voldoende voorwaarde is en dat het oude criterium nog steeds een *conditio sine qua non* is opdat een goed tot het openbaar domein zou behoren.²⁷ Als die indruk klopt, dringt de vaststelling zich op dat het nieuwe criterium weinig toegevoegde waarde heeft. We zien dus niet onmiddellijk een reden om het oude criterium aan te vullen, en als men het dan toch doet, dan liefst met een criterium dat meer houvast biedt dan het vage²⁸ ‘bestemd zijn voor een openbare dienst’. Als men het openbaar domein per se wil definiëren aan de hand van een begrip uit het bestuurlijke organisatierecht²⁹, verdient een wettelijk erkend begrip³⁰ dan niet de voorkeur? Het begrip administratieve overheid bijvoorbeeld wordt gebruikt in belangrijke bestuursrechtelijke wetten en voor de invulling ervan hebben de hoogste rechtscolleges bruikbare maatstaven ontwikkeld.³¹ Kortom, niet alleen lijkt het nieuwe criterium onnodig maar ook onwenselijk wegens de afbakeningsproblemen waarmee het in de praktijk gepaard kan gaan.

III. Erfpacht op openbaar domein

De klassieke visie: geen zakelijke rechten op openbaar domein

Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of de bevoegde overheid een openbaar domeingood waarvan zij eigenaar is, kan bezwaren met een recht van erfpacht. Volgens de klassieke visie, waarop het Vlaamse Gewest zich in het geannoteerde arrest beroept om te betogen dat de VZW niet in aanmerking komt voor een vrijstelling van de onroerende voorheffing, moet deze vraag in abstracto negatief worden beantwoord.³² Uit het principe dat het openbaar domein buiten de handel is, een principe dat geacht wordt de openbare orde te raken³³, zou o.a.³⁴ voortvloeien dat particulieren daarop onder geen beding private gebruiksrechten kunnen verkrijgen (cf. art. 1128 BW).³⁵ Die gevolgtrekking is echter achterhaald door zowel wetgeving als rechtspraak.

Nuancering van de klassieke visie: preciaire rechten wel toegestaan op openbaar domein

Een wettelijke toepassing³⁶ vinden we in het geannoteerde arrest. De gemeente Roeselare had de door haar opgerichte VZW een erfpacht toegekend op grond van artikel 191 Gemeentedecreet.³⁷ Deze bepaling, inmiddels vervangen door artikel 292 van het Decreet Lokaal Bestuur³⁸, machtigt gemeenten om mits bijzondere en omstandige motivering hun openbare domeingooderen te bezwaren met zakelijke rechten, ongeacht het type zakelijk recht, maar wel op voorwaarde dat dit recht “niet kennelijk onverenigbaar is met de bestemming” van het goed.³⁹ Veel problemen zal deze voorwaarde in de praktijk evenwel niet opleveren, vermits zelfs de klassieke visie domeinconcessies en -vergunningen reeds aanvaardde als uitzonderingen op het principiële collectieve gebruik van het openbaar domein. Bovendien wijst het woord ‘kennelijk’ in artikel 191 Gemeentedecreet op een marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter.⁴⁰ Ook in de rechtspraak is de klassieke visie verlaten. Erfdienstbaarheden⁴¹ en zelfstandige⁴² opstalrechten⁴³ zijn volgens het Hof van Cassatie

namelijk verenigbaar met het openbaar domein, doch enkel onder bepaalde voorwaarden, die het Hof gaandeweg soepeler heeft geformuleerd.⁴⁴ Tot vóór het geannoteerde arrest werd uit de rechtspraak van het hoogste rechtscollege over het algemeen afgeleid dat een particulier een opstalrecht en bij uitbreiding ieder zakelijk recht⁴⁵ op het openbaar domein kan verkrijgen, als dat recht in concreto⁴⁶: – de openbare bestemming niet belemmert ('compatibiliteitsvoorwaarde'⁴⁷); – geen afb reuk doet aan de bevoegdheid van de overheid om dit recht steeds te regelen volgens het belang en de behoeften van de gemeenschap ('precariteitsvoorwaarde'⁴⁸). De compatibiliteitsvoorwaarde lazen we in andere, prima facie soepelere⁴⁹ bewoordingen al in artikel 292 van het Decreet Lokaal Bestuur. Ook de precariteitsvoorwaarde komt niet uit de lucht gevallen. Zij vloeit voort uit het veranderlijkebeginsel, waarnaar verwezen wordt in de conclusie bij het geannoteerde arrest.⁵⁰ Krachtens dit algemene rechtsbeginsel⁵¹ moet het bestuur zijn beleid steeds kunnen aanpassen aan de wisselende eisen van het algemeen belang, en dit op eenzijdige wijze, d.w.z. zonder instemming van de bestuurde.⁵² Administratieve gebruiksrechten toegekend via een domeinconcessie of -vergunning zijn per se precair.⁵³ Onder voorbehoud van eventuele schadeloosstelling en de beginselen van behoorlijk bestuur⁵⁴ kan de overheid deze rechten steeds beëindigen als het algemeen belang dit vereist.⁵⁵ Precies daarom werden ze volgens de klassieke visie al aanvaard.⁵⁶

Erfpacht precair genoeg?

Totaal anders is de situatie bij private gebruiksrechten, inzonderheid een recht van erfpacht. Dit recht is per definitie niet precair. Integendeel: het is het meest uitgebreide beperkte zakelijke recht⁵⁷, met een minimumduur van 27⁵⁸ jaar (art. 2 Erfpachtwet) als wezenskenmerk.⁵⁹ Anders dan de erfpachtgever, die gebaat is bij een zo kort mogelijke duur (een maximumduur), hetzij om de ontwaarding van zijn eigendomsrecht te voorkomen, hetzij, bij een publieke erfpachtgever, om te kunnen beantwoorden aan de wisselende eisen van het algemeen belang, heeft de erfpachter er immers belang bij dat zijn recht voldoende lang duurt om gedane investeringen te kunnen recupereren.⁶⁰ Daarom is de minimumduur volgens een minderheid van dwingend recht en volgens een meerderheid zelfs van openbare orde.⁶¹ Het water tussen beide strekkingen is echter minder diep dan men prima facie zou denken. In beide gevallen mogen partijen immers bij de contractsluiting in principe (cf. infra) niet van de duur afwijken (art. 17 Erfpachtwet).⁶² Doen zij dat toch, dan moet de erfpacht volgens een meerderheid worden geconverteerd in huur; volgens een minderheid bestaat de sanctie dan in de partiële nietigheid van de clause die de minimumduur miskent, waardoor de duur opgetrokken wordt tot 27 jaar.⁶³ Ook het belang van deze discussie is in casu beperkt, want het hoeft weinig betoog dat beide sancties een doorn in het oog zijn van de overheid. De vraag of een openbaar domeingoed verhuurd kan worden, heeft het Hof van Cassatie laatst⁶⁴ immers negatief beantwoord, en de verbintenis van de overheid om de termijn van 27 jaar volledig uit te zitten lijkt ons bezwaarlijk verzoenbaar met het veranderlijkebeginsel.⁶⁵ Daarom is in het verleden verdedigd, onder meer door het Hof van Cassatie zelf⁶⁶, dat erfpacht op openbaar domein nog steeds in abstracto uitgesloten is, daar waar andere zakelijke rechten sedert het cassatiearrest van 18 mei 2007 een beoordeling in concreto genieten.⁶⁷

Erfpacht in casu intrinsiek precair

In het geannoteerde arrest komt het Hof daarop terug. Het oordeelt namelijk 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 domeingoed dat bestemd is voor het gebruik van allen kan bezwaren met een erfpacht voor zover daarmee geen afb reuk wordt gedaan aan haar recht om te allen tijde dat gebruik te regelen" (overw. 3, al. 1). In deze passus zien we in tweevoudig opzicht een opvallend coulant Hof van Cassatie. Vooreerst verbindt het Hof maar

één voorwaarde aan de vestiging van erfpacht op het openbaar domein: dit recht moet voldoende precair zijn.⁶⁸ Aangenomen mag worden dat het Hof andere zakelijke rechten onder dezelfde voorwaarde eveneens toelaatbaar acht op het openbaar domein.⁶⁹ Binnen het specifieke kader van de wettelijke bepalingen die een privaat gebruik van het openbaar domein mogelijk maken, waaronder artikel 292 van het Decreet Lokaal Bestuur, moet deze jurisprudentiële precariteitsvoorwaarde wel nog worden samen gelezen met een compatibiliteitsvoorwaarde, maar die laatste is zoals aangegeven a fortiori vervuld indien de precariteitsvoorwaarde vervuld is. Het Hof toont zich eveneens coulant door te oordelen dat ook erfpacht, ondanks zijn minimumduur, precair genoeg kan zijn. Dit is opmerkelijk⁷⁰, aangezien er in casu geen aanwijzingen zijn dat de vestigingsovereenkomst uitdrukkelijk⁷¹ voorzag dat de erfpacht te allen tijde, ook voor het verstrijken van de minimumduur, in het algemeen belang kon worden beëindigd. Zo'n 'precario-beding'⁷² is nochtans in de regel vereist om een zakelijk recht te verzoenen met het veranderlijkebeginsel.⁷³ De reden waarom dit beding in casu niet werd geëist, lezen we in de volgende passage van de conclusie van de advocaat-generaal: "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 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" (overw. 2.5, laatste alinea; wij onderstrepen). We staan hier m.a.w. voor een geval van 'zakelijke schizofrenie', waarin de gemeente Roeselare a.h.w. zowel eigenaar als erfpachtster is van haar bibliotheek. In zijn derde overweging verwijst het Hof uitdrukkelijk naar de organieke band⁷⁴ tussen de erfpachtgevende gemeente en de erfpachtster-VZW. Die band verklaart o.i. waarom de erfpacht in casu per se, zonder uitdrukkelijk beding, de precariteitstoets van het Hof van Cassatie doorstaat. Dat de erfpachtster formeel een private rechtsvorm aanneemt⁷⁵, neemt niet weg dat zij materieel een openbare dienst en dus net als de erfpachtgevende gemeente het algemeen belang behartigt. Een voortijdige beëindiging in het algemeen belang heeft dan wellicht een minnelijk karakter en komt dus niet in strijd met de minimumduur van erfpacht.⁷⁶ Een clause die deze beëindigingsmogelijkheid bevestigt, is mogelijk maar niet noodzakelijk ingevolge artikel 1134 BW.

Erfpacht in andere gevallen slechts precair mits precario-beding

Buiten de specifieke context van het geannoteerde arrest, m.a.w. wanneer de erfpachter wel een 'echte' particulier is, is zijn belang tegenstrijdig aan dat van de overheid, die de erfpacht eenzijdig moet kunnen beëindigen voor het verstrijken van de minimumduur. De veiligste⁷⁷ manier om dergelijke eenzijdige, voortijdige beëindigingsmogelijkheid gestalte te geven zonder artikel 2 Erfpachtwet te miskennen, bestaat erin deze mogelijkheid te formuleren als een gemengd potestatieve ontbindende voorwaarde.⁷⁸

Vestiging erfpacht op openbaar domein geen stilzwijgende desaffectatie

Hierboven is gebleken dat de overeenkomst waarbij op het openbaar domein een onvoldoende precair of geprecariseerd privaat gebruiksrecht wordt gevestigd, door absolute nietigheid wordt getroffen. Een laatste vraag die ons interesseert, is of er naast dit burgerrechtelijke gevolg nog een publiekrechtelijk gevolg verbonden is aan de vestiging van een dergelijk recht. Heeft zij tot gevolg dat het betrokken goed stilzwijgend wordt overgeheveld van het openbaar naar het privaat domein? De argumentatie van het Vlaamse Gewest, eiser in cassatie, is volledig gestoeld op een positief

antwoord op deze vraag. Aangezien de erfpacht in de concrete omstandigheden van het geval voldoende precair werd geacht, hoeft het niet te verbazen dat het Hof van Cassatie die vraag uiteindelijk negatief beantwoordt en de argumentatie van de eiser verwerpt. Maar wat indien de omstandigheden anders zijn? Quid indien de erfpachter een 'echte' particulier is? In dat geval is de erfpacht slechts voldoende precair als een conventionele beëindigingsmogelijkheid uitdrukkelijk is bedongen. In voorkomend geval maakt de toekenning van dit recht uiteraard geen stilzwijgende desaffectatie uit. Maar ook zonder dergelijk beding kan o.i. uit het enkele feit dat een onvoldoende precaire erfpacht is toegestaan, geen stilzwijgende desaffectatie worden afgeleid. Een dergelijke affectatie, voor zover zij al mogelijk wordt geacht⁷⁹, wordt namelijk restrictief geïnterpreteerd. Daarvan is slechts sprake indien de overheid een handeling stelt die noodzakelijk haar wil veronderstelt om aan een goed zijn bestemming tot het gebruik van allen of voor een openbare dienst te ontnemen (cf. art. 3.59, derde lid NBW).⁸⁰ O.i. moet deze voorwaarde dusdanig worden begrepen dat van een stilzwijgende desaffectatie pas sprake is indien dit stilzwijgen omstandig is. Een eenmalige rechtshandeling, zoals een verkoop⁸¹ of de toekenning van een niet-precair recht, kan op zichzelf niet gelijkgesteld worden met een stilzwijgende desaffectatie. De tegenovergestelde visie zou de bijzondere bescherming die aan het openbaar domein toekomt, immers volledig uithollen doordat de overheid dan via een achterpoortje toch vrij zou kunnen beschikken over het openbaar domein.⁸² Om dergelijke louter formalistische desaffectaties te vermijden, moet o.i. aan een stilzwijgende desaffectatie en bij uitbreiding aan iedere desaffectatie de eis worden gesteld dat er in de feiten iets wijzigt aan de bestemming van het goed, doordat het ofwel niet meer door allen wordt gebruikt ofwel niet langer bestemd is voor een openbare dienst.

IV. Besluit

In het geannoteerde arrest zorgt het Hof van Cassatie in tweevoudig opzicht voor een versoepeling van de domeinleer. Ten eerste wordt de definitie van het openbaar domein bijgesteld. Een goed behoort tot het openbaar domein wanneer het bestemd is tot het gebruik door allen (oud criterium) of voor een openbare dienst (nieuw criterium). De noodzaak en de wenselijkheid van het nieuwe criterium kunnen echter in vraag worden gesteld. Ten tweede herleidt het Hof van Cassatie de voorwaarden waaronder particulieren op het openbaar domein een privaat gebruiksrecht kunnen verkrijgen, tot één voorwaarde: dit recht moet voldoende precair zijn om de overheid toe te laten het te allen tijde te regelen in functie van de veranderlijkheid van de openbare dienst. Het Hof bevestigt de meerderheidsopvatting in de rechtsleer dat de vraag of die voorwaarde vervuld is, in concreto moet worden beantwoord, rekening houdend met de concrete omstandigheden van het geval. In dit geval zijn die omstandigheden zo bijzonder dat het Hof van Cassatie een recht van erfpacht, dat by default verre van precair is, op openbaar domein toelaat zonder dat dit recht in de vestigingstitel uitdrukkelijk werd 'geprecariseerd'. Buiten dit specifieke geval verdient een expliciet beëindigingsbeding wel aanbeveling, want anders is de vestigingsovereenkomst absoluut nietig. Better safe than sorry ...

Samuel De Winter

1 I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 219, nr. 475.

2 Het is betwist of goederen die eigendom zijn van particulieren, ook tot het openbaar domein kunnen behoren. Zie hierover B. Demarsin, "Openbaar domein, privaat domein en de private

eigendom van openbaar domein” in J. Ackaert e .a. (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253 e.v.

3 Onder voorbehoud van wettelijke uitzonderingen (bv. art. 1712 BW) en algemene (rechts)beginselen (van behoorlijk bestuur) zoals het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Zie hierover I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 228-230, nrs. 498499.

4 R. Dekkers en E. Dirix, *Handboek Burgerlijk Recht, II*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 36, nr. 83.

5 D. Batselé, T. Mortier en M. Scarcez, *Algemeen administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 484, nr. 674.

6 Dit belang moet worden genuanceerd doordat de regel van de extracommercialiteit van het openbaar domein in zowel wetgeving als rechtspraak talrijke uitzonderingen lijdt, waardoor de rechtsregimes van openbaar en privaat domein convergeren: A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 357, nr. 366.

7 Zie bv. art. 538 BW. Volgens de oud(st)e rechtspraak van het Hof van Cassatie kon enkel de wetgever een goed opnemen in het openbaar domein: Cass. 11 november 1886, Pas. 1886, I, 401; Cass. 21 januari 1926, Pas. 1926, I, 187. Nadien is dit formele criterium versoepeld.

8 Het is de beslissing die telt, niet de uitvoering ervan: Cass. 17 oktober 2014, RW 2015-16, 1066-1071, noot N. Van Damme.

9 Cass. 2 juni 1898, Pas. 1898, I, 219, concl. MÉLOT; 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. 8 maart 1951, Pas. 1951, I, 461; Cass. 3 mei 1968, Pas. 1950, I, 485.

10 P.-J. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. I, Dijon, Lagier, 1845, 63, nr. 47.

11 A. Buttgenbach, *Modes de gestion des services publics*, Brussel, Larcier, 1952, nrs. 106 e.v.; D. Déom, P.-Y. Erneux, D. Lagasse en M. Pâques, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics in Rép.not.*, t. XIV, I. VII/1, Brussel, Larcier, 2008, nr. 77; J. Dembour, *Droit administratif*, Luik, Faculté de Droit UCL, 1970, nrs. 250 e.v. ; P. Wigny, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 303.

12 Zie overw. 2.4, p. 3 concl. Adv. Gen. Van Der Fraenen.

13 P. Bouvier, R. Born, B. Cuvelier en F. Piret, *Éléments de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2013, 227, nr. 175.

14 Gent 19 mei 2011, NJW 2012, 25, noot J. Del Corral; Brussel 8 februari 2011, RABG 2012, 286, noot S. Van Garsse; Bergen 17 december 1969, APT 1980, 255; Luik 24 juni 1981, JL 1982, 205; Rb. Luik 10 oktober 1986, JL 1986, 651; Rb. Brugge 12 december 1990, T.Not. 1991, 103; Vred. Lier 13 juli 1971, T.Vred. 1973, 222.

15 M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Parijs, Sirey, 1952, 508.

16 S. Verlinden, “Het vestigen van zakelijke rechten op openbaar domein bij PPS-projecten”, *Notariaat* 2010, 2. Zie recent bv. Cass. 17 oktober 2014, RW 2015-16, 1066-1071, noot N. Van Damme.

17 M. De Jonckheere, “De ‘belastingvrijdom van de Staat’ ten aanzien van lokale belastingen: 130 jaar later” (noot onder Cass. 23 februari 2018), TFR 2018, 879.

18 P.-O. De Broux, “La continuité du service public: l’étonnante destinée d’un principe élémentaire”, JT 2014, 642. Sommigen verantwoordden 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 en J. Vande Lanotte, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Mechelen, Kluwer, 2017, 351, nr. 360. Die (vermeende) voorrang is echter geen algemeen rechtsbeginsel: Cass. 23 mei 1991, Arr.Cass. 1990-91, 943, Bull. 1991, 827, concl. Liekendael, Pas. 1991, I, 827, concl. Liekendael, RNB 1991, 604, JT 1992, 267 en RCJB 1992, 179, noot J. Hansenne; H. Vuye en S. Stijns, “Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?” in D. Heirbaut en G. Martyn (eds.), Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België, Mechelen, Kluwer, 2005, 189-190.

19 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 (o.a. V. Vuylsteke en S. De Somer, “Le principe de continuité du service public. Th e show must go on ...” in S. Ben Messaoud en F. Viseur (eds.), Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques, Brussel, Larcier, 2017, 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.

20 V. Vuylsteke en S. De Somer, “Le principe de continuité du service public. Th e show must go on ...” in S. Ben Messaoud en F. Viseur (eds.), Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques, Brussel, Larcier, 2017, 239, nr. 13.

21 A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Mechelen, Kluwer, 2017, 360, nr. 370.

22 I. Opdebeek en S. De Somer, Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen, Antwerpen, Intersentia, 2017, 230, nr. 501.

23 Zie hierover S. Van Garsse, De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Brugge, die Keure, 2007, 112-115.

24 Ook het voegwoord ‘of’ in de formulering van het Hof van Cassatie wijst in die richting.

25 Sommigen hebben die vervanging nochtans bepleit. Zie de verwijzingen bij A. Vandeburie, Propriété et domanialité publiques en Belgique, Brugge, die Keure, 2018, 452, nr. 395.

26 Zie overw. 2.6 van de conclusie van de advocaat-generaal: “In het bestreden arrest stellen de appelrechters vast en oordelen zij dat (...) de omstandigheid dat de dienst van de bibliotheek verzorgd wordt door een extern verzelfstandigd agentschap onder vorm van een vereniging zonder winstoogmerk aan de bibliotheek niet haar werkelijke functie van openbare dienst ontnemt” (wij onderstrepen).

27 Sommige pleitbezorgers van het openbardienstcriterium vullen het op dezelfde manier in: A. Vandeburie, “Défi nir le domaine public, permettre sa valorisation: une entreprise impossible?” (noot onder Cass. 18 mei 2007), RCJB 2012, 482.

28 P.-O. De Broux, “Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen” in H. Dumont e.a. (eds.), Le service public: passé, présent et avenir, Brugge, die Keure,

2009, 3, nr. 1: “La notion de service public n’en demeure pas moins une des notions les plus floues ou imprécises de notre système juridique.”

29 Over dit begrip zie I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 17, nr. 16.

30 Openbare dienst is geen wettelijk begrip: I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 320, nr. 704.

31 S. De Somer, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story”, *RW* 2011-12, 1614 e.v.

32 V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 129.

33 P.-Y. Erneux, “La liberté contractuelle et les biens du domaine”, *Jurim Pratique* 2015, 113, nr. 7.

34 Naast de onvervreemdbaarheid, de onbeslagbaarheid en de onmogelijkheid van particulieren om door verjaring of natrekking rechten te verkrijgen op het openbaar domein. Zie hierover respectievelijk J. De Staercke, “De onvervreemdbaarheid van het openbaar domein. Een rechtsvergelijkende studie”, *TBP* 2003, 87, private nr. 37; I. Dupont, “L’article 1412bis du Code judiciaire a-t-il saisi les autorités publiques? Examen de la mise en application de cet article par les personnes morales de droit public et autres tempéraments à l’immunité d’exécution”, *APT* 2004, 60, nr. 4; J. Van De Voorde, *De verkrijgende verjaring. De nalatenschap van Rome heroverwogen*, Brugge, die Keure, 2019, 231, nr. 601. 35 F. Wastiels, *Administratief goederenrecht*, Gent, Story-Scientia, 1983, 198, nr. 279; F. Van Neste en S. Snaet, “Domeingoederen” in *Onroerend Goed in de Praktijk*, Mechelen, Kluwer, losbl., I.B.2 – 19. 36 Een identieke regeling vinden we terug in art. 185 Decr.VI. 9 december 2005 (Provinciedecreet). Een gelijkaardige regeling is neergelegd in art. 10 Decr.VI. van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking (PPS-decreet).

37 Decr.VI. 15 juli 2005, BS 31 augustus 2005. 38 Decr.VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, BS 15 februari 2018.

39 Art. 3.59, tweede lid NBW stelt dezelfde eis maar formuleert ze op een andere manier: een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht is bestaanbaar op een openbaar domeingoed “in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat”.

40 S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 174, nr. 326.

41 Cass. 6 december 1957, Arr.Cass. 1958, 210; Cass. 11 september 1964, *RW* 1965-66, 494; Cass. 27 september 1990, Arr.Cass. 199091, 84, *RW* 1990-91, 852.

42 Accessoire opstalrechten werden al langer toegestaan: Luik 7 juni 1989, *Fisc.Koer.* 1990, 214, noot J.p. Nemery De Bellevaux; Rb. Brugge 20 november 1993, *FJF* 1994, 276; D. Lagasse, “La gestion active du domaine public. Rapport no. 2: quel est le régime des ouvrages réalisés sur le domaine public?”, *APT* 2003, 108.

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

44 S. Van Garsse en M. Lernout, “Erfpacht en opstal & de overheid” in N. Carette (ed.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 228, nr. 17.

45 W. Rasschaert, “Zakelijke rechten op openbaar domein” (noot onder Cass. 18 mei 2007), NJW 2007, 655; D. LAGASSE, “La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique” in La promotion immobilière, Jurim Pratique, 2008/1, nr. 6.

46 R. Barbaix en N. Carette, Privaat (vermogens)recht, Antwerpen, Intersentia, 2018, 168; P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, A., R. Popa en E. Jadoul, “Chapitre I – Distinction des biens” in Y.-H. Leleu (ed.), Chroniques notariales, vol. 66, Brussel, Larcier, 2017, 87; J. De Staercke, “De valorisatie van het openbaar domein”, TBO 2005, 191, nr. 13.

47 D. Lagasse, “La promotion et les exigences de la domanialité publique”, Jurim Pratique 2008, 45; D. Renders en B. Gors, Les biens de l’administration, Brussel, Bruylant, 2014, 115.

48 D. Renders en B. Gors, “La précarité des titres d’occupation privative du domaine public”, Jurim Pratique 2015, 148, nr. 3; D. Lagasse, “La promotion et les exigences de la domanialité publique”, Jurim Pratique 2008, 45; D. Renders en B. Gors, Les biens de l’administration, Brussel, Bruylant, 2014, 115.

49 In de meest recente cassatierechtspraak wordt bv. niet verwezen naar de marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter, die in het Decreet Lokaal Bestuur wel tot uiting komt in het woord ‘kennelijk’.

50 Overw. 2.4, laatste alinea.

51 RvS 2 december 2014, nr. 229.409, S.A. Immoel.

52 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 en F. Viseur (eds.), Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques, Brussel, Larcier, 2017, 313, nr. 7.

53 Het preciaire karakter van een domeinconcessie vloeit voort uit de definitie van dit contract door het Grondwettelijk Hof: “Een domeinconcessie is een administratieve overeenkomst waarbij de overheid een persoon het recht verleent om een deel van het openbaar domein tijdelijk en op een wijze die het recht van anderen uitsluit, in gebruik te nemen, en die om redenen ontleend aan het algemeen belang eenzijdig kan worden beëindigd” (GwH 10 december 2014, nr. 183/2014, overw. B.6.1, wij onderstrepen).

54 T. Leys, “De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?”, TBP 2017, 192 e.v.

55 K. Wauters en A. Vanwinsen, “Domeingoederen – welke contractuele rechten?” in J. Ackaert e.a. (eds.), Liber Amicorum Anne Mie Draye, Antwerpen, Intersentia, 2015, 354.

56 S. Van Garsse, “De contractuele ingebruikname van het openbaar domein”, Huur 2004, 127, nr. 10.

57 V. Sagaert, Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 551, nr. 684.

58 Art. 3.184 NBW herleidt deze termijn tot 15 jaar.

59 I. Durant, Droit des biens, Brussel, Larcier, 2017, 366.

60 M. Muylle, "Hervormen of niet? Bedenkingen bij enkele geplande wijzigingen in het goederenrecht" in Liber Amicorum Aloïs Van den Bossche, Brugge, die Keure, 2019, 501-502.

61 M. Muylle, De duur en de beëindiging van zakelijke rechten, Antwerpen, Intersentia, 2012, 519-520 en de verwijzingen aldaar.

62 J. Narmanskiy, "Het openbare orde-karakter van de maximumduur van beperkt zakelijke rechten in vraag gesteld" in Notariële actualiteit 2015. Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen, Brugge, die Keure, 2016, 13.

63 M. Muylle, De duur en de beëindiging van zakelijke rechten, Antwerpen, Intersentia, 2012, 519-520 en de verwijzingen aldaar.

64 Cass. 25 september 2000, TBO 2003, 95. Het Hof bevestigde daarmee een lange traditie van vaststaande rechtspraak: Cass. 5 maart 1896, Pas. 1896, I, 104, concl. MESDACH DE TER KIELE; Cass. 9 maart 1950, Pas. 1950, I, 485; Cass. 4 januari 1974, Pas. 1974, I, 455; Cass. 2 september 1982, Pas. 1983, I, 1. Sommige feitenrechtspraak is in dezelfde zin gevestigd: Rb. Brussel 8 mei 2009, T.Gem. 2010, 32. Op grond van een 'qui peut le plus, peut le moins-redenering' wordt deze rechtspraak soms achterhaald genoemd door het arrest van 18 mei 2007 waarin het Hof van Cassatie zelfstandige opstalrechten voorwaardelijk verenigbaar met het openbaar domein bevond: V. Sagaert, Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 134-135, nr. 156. Dit standpunt kan echter niet overtuigen. De contractvrijheid onder de Opstalwet is immers groter dan onder de Handelshuurwet (eveneens onderkend door V. Sagaert, Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 600, nr. 751). Zo blijft het dwingendrechtelijke/openbare-orde-karakter van de Opstalwet beperkt tot de maximumduur van het opstalrecht (art. 4 jo. art. 8 Opstalwet) en zijn conventionele beëindigingsmechanismen die vóór deze duur uitwerking hebben, geoorloofd, terwijl bv. de Handelshuurwet o.a. ook de opzegmotieven en -termijnen dwingend vastlegt. Delen onze terughoudendheid of zijn zonder meer afwijzend t.a.v. huur op openbaar domein: S. Van Garsse en M. Lernout, "Erfpacht en opstal & de overheid" in N. Carette (ed.), Erfpacht en opstal, Antwerpen, Intersentia, 2018, 227, nr. 13; P. Lecocq, Manuel du droit des biens, Brussel, Larcier, 2012, 24; K. Vanhove, "Het private gebruik van overheidsgoederen" in Th emis – Goederenrecht, Brugge, die Keure, 2008, 19; H. Vuye en A. Vandeburie, "Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in)certitudes ... (?)", TBBR 2010, 121.

65 D. Renders en B. Gors, Les biens de l'administration, Brussel, Bruylant, 2014, 117, nr. 170.

66 Cass. 1 oktober 1976, Arr.Cass. 1977, 130 en RW 1976-77, 1335.

67 Bergen 24 maart 1987, APT 1988, 169; J.-M. Chandelle, RPDB, Complément VII, v° Superficie, 1155, nr. 202; B. Lombaert en O. Di Giacomo, "Les titres d'occupation du domaine public", Jurim Pratique 2015, 44-45; P. Flamme, "Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?", JT 1991, 446; J. Kokelenberg, T. Van Sinay en H. Vuye, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1989- 1994)", TPR 1995, 540; H. Vuye en A. Vandeburie, "Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in)certitudes ... (?)", TBBR 2010, 126, nr. 20; N. Verheyden-Jeanmart, P. Coppens en C. Mostin, "Examen de jurisprudence. Les biens (1989-1998)", RCJB 2000, 90, nr. 20 en 478, nr. 216; A. Culot, B. Goffaux, C. Mostin et H. Vangindertael, "Emphytéose et superficie", Rép.not., t. II, boek VI, 2004, 75, nr. 7; A.w. Vranckx, H. Coremans en J. Dujardin, Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen, Brugge, die Keure, 2005, 28. Zien in erfpacht op openbaar domein geen graten: S. Van Garsse, "De gemeentelijke goederen en de goederen van de extern verzelfstandigde gemeentelijke agentschappen", T.Gem. 2007, 133, nr. 14; E. Van Hooydonk, Beginselen van havenbestuursrecht,

Brugge, die Keure, 1996, 304-306, nr. 138; L. De Boel, "Dan toch zakelijke rechten op het openbaar domein?" (noot onder Cass. 18 mei 2007), T.Gem. 2008, 74-75; V. Sagaert en R. Jansen, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", RW 2011-12, 69. Sommigen spreken zich niet expliciet uit over de (on)mogelijkheid van erfpacht op openbaar domein maar raden het wel af, gelet op de grote rechtsonzekerheid: S. Van Garsse en M. Lernout, "Erfpacht en opstal & de overheid" in N. Carette (ed.), Erfpacht en opstal, Antwerpen, Intersentia, 2018, 240, nr. 38. Een eigenaardig standpunt lezen we bij M. Von Kuelgen, "L'évolution de la domanialité publique à la lumière des divisions horizontales et verticales de la propriété – Constats et perspectives", Jurim Pratique 2008, 85, nr. 16, die meent dat erfpacht op openbaar domein mogelijk is, maar dan een intrinsiek precare erfpacht, ontdaan van zijn kenmerkende minimumduur. Dit standpunt lijkt ons in strijd met het numerus claususbeginsel, met name het Typenfixiering-principe.

68 Voor de vraag hoe deze voorwaarde in de praktijk het best in de vestigingstitel vervuld kan worden, zie mijn bijdrage in R. Barbaix en N. Carette (eds.), Tendensen Vermogensrecht 2019, Antwerpen, Intersentia, 2019, te verschijnen.

69 Men ziet immers moeilijk in waarom andere zakelijke rechten strenger behandeld zouden moeten worden dan erfpacht, temeer daar dit laatste recht het meest uitgebreide beperkte zakelijke recht is. In dezelfde zin m.b.t. een gebeurlijk onderscheid tussen huur en erfdienstbaarheden: H. Vuye en S. Stijns, "Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?" in D. Heirbaut en G. Martyn (eds.), Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België, Mechelen, Kluwer, 2005, 193. Omtrent persoonlijke gebruiksrechten hebben we hierboven echter de caveat geformuleerd dat de precariteitsvoorwaarde onder de dwingendrechtelijke huurregimes in de praktijk wellicht niet vervuld kan worden.

70 Het Hof gaat immers in tegen de verwachtingen: T. Sion, "Les droits privés d'occupation confrontés au domaine public", Ann. dr.Lg. 2017, 107, nr. 26: "La Cour de cassation ne s'est, à ce jour, pas encore prononcée sur la légalité de l'octroi d'un droit d'emphytéose sur une parcelle du domaine public. Il est toutefois à parier que si l'octroi d'un tel droit devait être déféré à sa censure, la Cour de cassation conclurait à son illégalité."

71 Dat de beëindigingsmogelijkheid niet uitdrukkelijk genoeg bedongen kan worden, blijkt uit RvS 9 januari 1990, nr. 33.732, Loos, Pas. 1992, IV, 167. In dit arrest, dat o.i. mutatis mutandis geëxtrapoleerd kan worden naar andere private gebruiksrechten, bevond de Raad van State een opstalcontract absoluut nietig bij gebrek aan beding waaraan de opstalgevende overheid een eenzijdig beëindigingsrecht kon ontleen. Een dergelijk beding zou volgens sommigen nochtans niet noodzakelijk zijn. Zij argumenteren dat aangezien het openbaar domein buiten de handel is, partijen bij de toekenning van een privaat gebruiksrecht op dit domein stilzwijgend hebben afgeweken van de privaatrechtelijke bepalingen die afb reuk doen aan de bevoegdheid van de overheid om het toegekende recht te allen tijde te regelen, ook zonder clause die deze bevoegdheid expliciet bevestigt: H. Vuye en 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 en M. Lernout, "Erfpacht en opstal & de overheid" in N. Carette (ed.), Erfpacht en opstal, Antwerpen, Intersentia, 2018, 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, 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 general" in S. Ben Messaoud en F. Viseur (eds.), Les principes généraux de droit administratif – Actualités et applications pratiques, Brussel, Larcier, 2017, 388, nr. 127. Dit standpunt lijkt ons echter niet correct. Vooreerst blijft die impliciete afwijking

van het privaatrecht, voor zover men ze al aanvaardt, beperkt tot bepalingen van aanvullend recht. O.a. de bepalingen in verband met de duur van zakelijke rechten daarentegen zijn minstens van dwingend recht. Bovendien kan zo'n stilzwijgende beëindigingsmogelijkheid ten voordele van de overheid hoogstens aanvaard worden in zogenaamde contrats administratifs. Typevoorbeeld is de domeinconcessie. (Enkel) hier wordt 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. Zie hierover K. Wauters en A. Vanwinsen, "Domeingoederen – welke contractuele rechten?" in J. Ackaert e.a. (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 340-341 en I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 143, nr. 293.

72 N. Van Damme, "Erfdienstbaarheden op het openbaar domein" in V. Sagaert (ed.), *De betekenis van erfdienstbaarheden bij vastgoedtransacties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 279, nr. 21.

73 I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 228, nr. 496; P.-Y. Erneux, "La liberté contractuelle et les biens du domaine", *Jurim Pratique* 2015, 131, nr. 38; S. Verlinden, "Het vestigen van zakelijke rechten op openbaar domein bij PPSprojecten", *Notariaat* 2010, 6.

74 S. De Somer, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van een never ending story", *RW* 2011-2012, 1614, vn. 9.

75 De omschrijving door het Vlaamse Gewest, eiser in cassatie, van de erfpachter als 'een instelling die niet afhangt van de Natie' (overw. 3, § 2), moet vanuit die formele optiek begrepen worden: een EVA in private rechtsvorm is inderdaad niet onderworpen aan bestuurlijk toezicht: S. Van Garsse, "De gemeentelijke goederen en de goederen van de extern verzelfstandigde gemeentelijke agentschappen", *T.Gem.* 2007, 135, nr. 28.

76 S. Snaet en M. Muylle en S. Snaet, "Burgerrechtelijke beginselen erfpacht en opstal" in N. Carette (ed.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 4849, nr. 6364.

77 D.w.z. de minst potestatieve. Zie in een andere maar vergelijkbare context: V. Sagaert, "Groen licht voor aanwasbedingen die gekoppeld zijn aan de duurtijd van de relatie" (noot onder Cass. 21 oktober 2016), *T.Not.* 2017, 59.

78 Voor een voorbeeld van hoe een dergelijk beding er in de praktijk kan uitzien, zie onze bijdrage in R. Barbaix en N. Carette (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, te verschijnen.

79 Wijst die mogelijkheid bv. af: J. Dembour, *Droit administratif*, Luik, 1978, 387-388, nr. 267.

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

81 Contra Rb. Brugge 12 december 1990, *RW* 1990-91, 994.

82 V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 127-128.