PPS EN HET STATUUT VAN DE DOMEINGOEDEREN

Studiedag Publiek-Private Samenwerking
Instituut voor de Overheid
Leuven, 22 mei 2001

© Prof. dr. Eric Van Hooydonk

Advocaat aan de balie te Antwerpen
Deeltijds Hoofddocent UIA
Deeltijds docent UFSIA en Lessius Hogeschool

Emiel Banningstraat 23
B-2000 Antwerpen
tel. ++ 32 (0)3 238.67.14
fax ++ 32 (0)3 24.888.63
e-mail: eric.vanhooydonk@skynet.be

INHOUDSTAFEL

1. BELANG VAN EEN VERSOEPELING VAN HET DOMEINRECHT VOOR PPS 4

1.1. BELANG VAN DE DOMEINGOEDEREN IN PPS-OPERATIES 4
1.2. PRINCIPES VAN HET ACTUEEL DOMEINRECHT 6
1.3. GEBREKEN VAN HET DOMEINRECHT 7
1.3.1. Inleiding 7
1.3.2. Vaagheid van de indeling tussen openbaar en privaat domein 8
1.3.3. Onzekerheid van de juridische basis van het domeinrecht 15
1.3.4. Belemmering van valorisering van het domein, inz. bij PPS-transacties 22
1.4. BESLUIT 30

2. STELSELS VAN FLEXIBEL DOMEINBEHEER 32

2.1. DE CONCESSIES VAN OPENBARE WERKEN 32
2.2. WETTELIJKE REGELING VAN DE BESLAGBAARHEID VAN OVERHEIDSGOEDEREN 38
2.3. DE PRAKTIJK IN DE ANTWERPSE HAVEN 41
2.3.1. Problematiek 41
2.3.2. Huidige praktijk i.v.m. hypotheken 43
2.3.3. Praktijk i.v.m. onroerende leasing 45
2.3.4. Praktijk m.b.t. haven- en industriegronden in de Waaslandhaven 47
2.4. DE WAALSE DECREETGEVING BETREFFENDE SOFICO 48
2.5. DE FRANSE WETGEVING 51
2.5.1. Belang 52
2.5.2. Het gemeen recht inzake privatieve bezetting van het openbaar domein 52
2.5.3. De wet nr. 88-13 van 5 januari 1988 betreffende de administratieve erfpacht 53
2.5.3.1. Achtergrond 53
2.5.3.2. Wettekst 53
2.5.3.3. Commentaar 55
2.5.4. De wet nr. 94-631 van 25 juli 1994 betreffende de vestiging van zakelijke rechten en onroerende leasing-rechten op het openbaar domein 58
2.5.4.1. Achtergrond 58
2.5.4.2. Wettekst 58
2.5.4.3. Commentaar 60
2.6. DE NEDERLANDSE WETGEVING 65
2.7. HET COMMON LAW 67
2.8. BESLUIT 69

3. BEVOEGDHEID VAN DE VLAAMSE DECREETGEVER INZAKE DOMEINRECHT 71

3.1. PROBLEEMSTELLING 71
3.2. GRONDSLAGEN VAN DE BEVOEGDHEID VAN GEMEENSCHAPPEN EN GEWESTEN 71
3.2.1. Instrumentele bevoegdheid inherent aan materiële bevoegdheden 71
3.2.2. Bevoegdheid inzake de infrastructuur (art. 8 BWHI) 73
3.2.3. Bevoegdheid inzake overgedragen roerende en onroerende goederen 74
3.2.4. Bevoegdheid inzake het recht van voorkoop 74
3.2.5. Bijzondere bevoegdheid inzake land- en waterwegenis 75
3.3. BEPERKINGEN VAN DE GEWESTELIJKE BEVOEGDHEID 77
3.3.1. Federale bevoegdheid inzake rijkscomptabiliteit 77
3.3.2. Federale bevoegdheid inzake burgerlijk recht 78
3.3.3. Federale bevoegdheid inzake gerechtelijk recht, i.h.b. beslagrecht 79
3.3.4. Federale bevoegdheid inzake overheidsopdrachten 80

3.4. BESTAANDE VLAAMSE DOMEINDECRETEN 81
3.5. BESLUIT 82

4. BESLUITEN 83

4.1. WENSELIJKHEID VAN DECREETGEVENDE VERSOEPELINGEN INZAKE DOMEINBEHEER 83
4.1.1. Algemene voordelen van PPS-wetgeving 83
4.1.2. Specifiek nut van PPS-regelgeving inzake domeinbeheer 84
4.2. MOGELIJKE VERSOEPELINGSTECHNIEKEN 84

1. BELANG VAN EEN VERSOEPELING VAN HET DOMEINRECHT VOOR PPS

1.1. Belang van de domeingoederen in PPS-operaties

1. Een belangrijke potentiële belemmering voor PPS-operaties is de klassieke domeintheorie. Het beheer van overheidsgoederen van het openbaar (en in mindere mate ook van het privaat) domein is onderworpen aan beperkende regelen. Weliswaar is het Belgische bestuursrecht terzake minder rigied dan het Franse, waaruit de domeinleer afkomstig is, maar toch lijkt ook onze domeinleer voor ingrijpende modernisering vatbaar.

Voor PPS-toepassingen is de domeinregeling vrij belangrijk, om de eenvoudige reden dat talrijke PPS-projecten betrekking hebben op overheidseigendommen, vaak op openbare verkeersinfrastructuur en op constructies op, boven of onder openbare ruimten (bijv. een ondergrondse parkeergarage onder een plein). Inz. de vrijheid van de overheid om terzake gemeenrechtelijke beheers- en exploitatietechnieken aan te wenden, wordt door de domeinleer beperkt. Als men in een bepaald dossier de nadruk legt op het openbaar domein-karakter van de bouwgrond, worden de aanwendbare juridische samenwerkingstechnieken erg beperkt. Een analyse van rechtstechnieken recent aangewend bij de bouw van nieuwe parkeerinfrastructuur heeft aangetoond hoe divers de rechtstechnieken zijn die worden gebruikt voor de realisatie van een in wezen steeds identiek project[1]. Men kan dit interpreteren alsof het huidige rechtskader partijen grote creativiteit laat. Eerder bestaat echter de indruk dat publieke en private partners in werkelijkheid onzeker zijn over de meest geschikte formule, en in het bestaande rechtskader geen houvast vinden. Niet zelden ontstaan in de praktijk bijvoorbeeld principiële discussies over de mogelijkheid om op bepaalde onroerende goederen betrokken in een PPS-project hypothecaire zekerheden te vestigen. Dit beïnvloedt de kredietverlening, de financierbaarheid en dus de slaagkans van projecten. Private investeringen op, boven of onder openbaar domein-goederen worden wezenlijk ontmoedigd door het precair en het persoonlijk karakter van het gebruiksrecht, wat immers ook overdracht van de opgerichte constructies belet. Het komt zelfs voor dat buitenlandse banken niet wensen mee te werken aan de financiering van infrastructuurinvesteringen in België omdat het Belgisch domeinrecht (in hun perceptie althans) de vestiging van behoorlijke zekerheden in de weg staat. Succesvolle PPS berust op een voor alle partners interessante risicoverdeling. Overal waar PPS van overheidswege wordt aangemoedigd stelt men vast dat de financierbaarheid ("bankability") en dus de beschikbaarheid van gepaste zekerheden een cruciale factor is[2]. Bij het opzetten van PPS rijst zelfs de fundamentele vraag of

---

[1] Zie *infra*, nr. 9.

[2] Zie bijv. Loncle, J.-M., "La *Private Finance Initiative* anglaise", *R.D.A.I.*, 1999, (865), 871-873; zie ook Vandomme, L., "*"To time, to budget, to specification"*: l'allocation des risques

een particulier niet even goed eigenaar kan zijn of worden van bepaalde openbare infrastructuren die klassiek tot de openbaar domein-goederen worden gerekend (wegen, waterwegen, havens, etc.). Hieronder zal blijken dat in Frankrijk steeds meer stemmen opgaan om met de klassieke domeinrechtelijke opvattingen te breken. Ook ten onzent blijkt inzake het juridisch statuut van overheidsgoederen een fundamentele versoepeling en verduidelijking noodzakelijk, en kan men zich afvragen of de domeinleer - die grotendeels op rechtspraak en rechtsleer berust - op bepaalde punten niet op Vlaams niveau kan worden terzijde geschoven en worden vervangen door een meer moderne regeling.

2. Uitgangspunt is, dat de overheidsgoederen een van de meest belangrijke en aanlokkelijke 'inbrengen' van de overheid in een PPS-constructie zouden moeten kunnen zijn. Hierbij is het vermeldenswaard dat de oude domeinleer, welke teruggaat op elementen van Romeins en Oudfrans[3] recht en vooral werd gekristalliseerd in de napoleontische codificaties (Code civil en daarvóór Code domanial) en in de negentiende-eeuwse Franse rechtsleer, in Nederland reeds lang geleden terzijde werd geschoven. De 'openbare zaken' zijn er principieel onderworpen aan het privaatrecht[4]. In Frankrijk werden de jongste jaren wetgevende maatregelen getroffen om het beheer van overheidsgoederen meer op privaatrechtelijke leest te schoeien, en i.h.b. om de financierbaarheid van private investeringen op het openbaar domein te bevorderen door de vestiging van zakelijke rechten, hypotheken en onroerende leasing-rechten mogelijk te maken[5]. Men komt er meer en meer tot het besef dat het openbaar domein niet alleen dient voor het organiseren van openbare diensten, maar dat het ook een patrimoniale waarde heeft en de overheid opbrengsten kan opleveren[6]. Op Belgisch vlak bestaat gespecialiseerde en kritische rechtsliteratuur over de domeinleer en inz. over het verband met 'alternatieve financiering' van overheidsprojecten[7]. De Belgische rechtsleer (en ten dele de rechtspraak) geeft overigens al langer

---

pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT", *R.D.A.I.*, 1999, (875), 879-880.

[3] Bij hun troonsbestijging zwoeren de Franse koningen de kroongoederen niet te zullen vervreemden. De onvervreemdbaarheid werd bevestigd in de Ordonnance de Moulins. Zij is dus geen traditie eigen aan het republikeins recht (Lavialle, C., "La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat", *R.F.D.Adm.*, 1994, (1106), 1109).

[4] Zie o.m. Hennekens, H.Ph.J.A.M., *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, inz. 1-13.

[5] Zie *infra*, nrs. 44 e.v.

[6] Vgl. voor België Flamme, M.-A., *Droit administratif*, II, Brussel, Bruylant, 1989, 1028, nr. 413.

[7] Zie inz. Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs ?", *J.T.*, 1991, 441-454.

blijk van een meer pragmatische zienswijze dan de Franse. Orianne stelde in het moderne domeinrecht een tendens vast naar het uitsluiten van apriorismen en dogma's; men mag zich het openbaar domein niet voorstellen als een geheel van patrimoniale goederen waarop een taboe rust[8].

3. In wat volgt worden achtereenvolgens behandeld:
- het actueel domeinrecht;
- de gebreken van het domeinrecht;
- enkele meer soepele stelsels uit binnen- en buitenland;
- de bevoegdheid van de Vlaamse decreetgever om het domeinrecht te versoepelen;
- de technische uitwerking van de versoepeling van het domeinrecht.

1.2. Principes van het actueel domeinrecht

4. Het past vooraf het onderzoeksgebied af te bakenen. Het geheel van de roerende en onroerende goederen die deel uitmaken van het patrimonium van de publiekrechtelijke rechtspersonen, en van de zakelijke rechten op die goederen, wordt het "domein" genoemd. Het domein omvat evenwel niet alle bestandelen van het vermogen van publiekrechtelijke rechtspersonen. Schuldvorderingen, rechtsvorderingen, financiële middelen uit belastingopbrengsten, leningen e.d.m. worden meestal niet tot het domein gerekend. Deze vermogensbestanddelen worden beheerst door het fiscaal recht en door het recht van de openbare financiën[9]. Zij blijven in wat volgt buiten beschouwing. Het fiscaal statuut van de domeingoederen en de desbetreffende overeenkomsten worden in deze nota evenmin behandeld.

5. De domeingoederen worden ingedeeld in goederen van het openbaar domein en goederen van het privaat domein.

---

[8] Orianne, P., *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, Larcier, 1961, 40, nr. 30.

[9] Peeters, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1989, 182, nr. 178; Van Neste, F. en Snaet, S., "Domeingoederen", in *Het onroerend goed in de praktijk*, Kluwer, losbl., I.B.1-1 (mei 1996).

In principe behoren domeingoederen tot het privaat domein[10]. De domeingoederen die bestemd zijn voor het gebruik door allen of die noodzakelijk zijn voor een openbare dienst behoren tot het openbaar domein. Alle andere domeingoederen zijn privaat domein-goederen.

Het statuut en het beheer van de domeingoederen zijn onderworpen aan bijzondere rechtregelen die afwijken van het burgerlijk recht. Voor openbaar domein-goederen gelden fundamentele afwijkingen. Men neemt in principe aan dat goederen van het openbaar domein onvervreemdbaar zijn, en dat zij het voorwerp kunnen zijn noch van zakelijke rechten, zoals vruchtgebruik, erfpacht- en opstalrechten, erfdienstbaarheden of hypothekering, noch van verkrijgende verjaring, verhuring of beslag. Goederen van het privaat domein zijn in principe onderworpen aan het burgerlijk recht, maar werden tot voor kort ook onbeslagbaar geacht[11].

1.3. Gebreken van het domeinrecht

1.3.1. Inleiding

---

[10] Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, Die Keure, 1994, 417, nr. 397.

[11] Voor algemene overzichten van het domeinrecht, zie o.m. Buttgenbach, A., *Manuel de droit administratif*, I, Brussel, Larcier, 1966, 367 e.v., nrs. 385 e.v.; Cambier, C., *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 326 e.v.; Dembour, J., *Droit administratif*, Luik/Den Haag, Faculté de droit/Martinus Nijhoff, 1970, 326 e.v., nrs. 245 e.v.; Flamme, M.-A., *Droit administratif, o.c.*, II, 1027 e.v., nrs. 413 e.v.; Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M. en Vande Lanotte, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Antwerpen, Kluwer rechrswetenschappen, 1999, 257 e.v., nrs. 253 e.v.; *R.P.D.B.*, v° Domaine; *R.P.D.B.*, Compl. II, v° Concession; Van Neste, F., *Zakenrecht*, I, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, V, Brussel, E. Story-Scientia, 1990, 155 e.v., nrs. 83 e.v.; Vranckx, A.W., Coremans, H. en Dujardin, J., *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge, Die Keure, 1997, 1 e.v., nrs. 1 e.v.; zie ook D'Hooghe, D., "Overeenkomsten met de overheid", in Storme, M., Merchiers, Y. en Herbots, J. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, (127), 147-148; Van Gerven, W. en Wyckaert, M., "Overeenkomsten met de overheid", *T.P.R.*, 1987, (1709), 1721-1722; specifiek vanuit de uitvoeringsimmuniteit, zie Peeters, B., *De continuïteit, o.c.*, 180 e.v., nrs. 176 e.v.; specifiek omtrent bezitsbescherming, zie Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming, o.c.*, 415 e.v., nrs. 395 e.v.; specifiek omtrent havens, zie Van Hooydonk, E., *Beginselen van havenbestuursrecht*, Brugge, Die Keure, 1996, 240 e.v., nrs. 110 e.v.

6. Na een analyse van het Belgische en het Franse domeinrecht kwam Ph. Flamme tien jaar geleden tot het besluit dat het Belgisch positief recht nauwelijks obstakels inhoudt voor de private financiering van publieke investeringen, zoals het toen recente voorbeeld van de Liefkenshoektunnel illustreerde[12]. Dezelfde auteur herinnerde er ook aan dat overheidseigendom in principe privaatrechtelijke eigendom is. Artikel 537 B.W., dat bepaalt dat goederen die niet aan bijzondere personen toebehoren, worden beheerd en alleen kunnen worden vervreemd "met inachtneming van de vormen en overeenkomstig de regels die daarvoor in het bijzonder bepaald zijn", sluit vervreemdbaarheid niet uit, maar maakt alleen voorbehoud omtrent een bijzondere rechtsbescherming voor overheidsgoederen in functie van hun bestemming voor het publiek gebruik of een openbare dienst[13]. Toch ontwaarde ook Flamme belangrijke gebreken in het actuele domeinrecht[14].

In wat volgt worden een aantal fundamentele gebreken van het actueel domeinrecht uitgediept. Daarbij wordt het accent gelegd op de algemene principes, en niet op de juridische techniciteit van concrete rechtsregelen.

1.3.2. Vaagheid van de indeling tussen openbaar en privaat domein

7. Het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein is en blijft allesbehalve duidelijk[15]. De bepalingen van het burgerlijk wetboek hierover zijn verwarrend en slechts gedeeltelijk bruikbaar. Alle commentatoren erkennen dat het onderscheid geen algemene wettelijke basis heeft, maar slechts een vinding is van rechtsleer en rechtspraak[16]. Niet alleen de

---

[12] Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 453, nr. 50.

[13] Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 453, nr. 52.

[14] Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 453-454, nr. 52.

[15] "La plus grande confusion règne dans la doctrine et la jurisprudence sur la nature du principe qui doit servir à séparer le domaine public du domaine privé" (*R.P.D.B.*, v° Domaine, nr. 54) en de controversen duren voort (Hansenne, J., *Les biens. Précis*, I, Luik, Faculté de droit, 1996, 137, nr. 117; Verheyden-Jeanmart, N., Coppens, Ph. en Mostin, C., "Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens", *R.C.J.B.*, 2000, (59), 86, nr. 16).

[16] Zie o.m. Buttgenbach, A., *Manuel de droit administratif, o.c.*, I, 369, nr. 386; Dembour, J., *Droit administratif, o.c.*, 327, nr. 247; Flamme, M.-A., *Droit administratif, o.c.*, II, 1027, nr. 413; Floor, D.-B., "L'aliénation d'immeubles domaniaux et sa pratique administrative: une cause d'aléas pour le promoteur ?", noot onder Rb. Brussel, 9 januari 1992, *T.Aann.*, 1996, (186), 198, nr. 10; Peeters, B., *De continuïteit, o.c.*, 182, nr. 177; Van Neste, F., *o.c.*, 162, nr. 85; Van Neste,

onderscheidings*criteria* zijn dus onzeker, maar ook het onderscheid *zelf* is niet stevig gegrondvest. Hierbij moet wel de nuance worden aangebracht, dat verschillende latere bijzondere wetten en decreten het bestaan van het onderscheid hebben bevestigd. De jurisprudentieel en doctrinaal uitgewerkte domeintheorie heeft in bijzondere regelgeving m.a.w. erkenning en bekrachtiging gevonden.

Het Hof van Cassatie beschouwt als goederen van het openbaar domein, de goederen die door de wet expliciet in het openbaar domein zijn opgenomen, en de goederen die ingevolge een ondubbelzinnige beslissing van de overheid bestemd zijn voor het gebruik door allen zonder onderscheid des persoons[17]. Deze criteria stuiten sedert lang op kritiek in de rechtsleer, die de definitie van het openbaar domein door het hoogste Hof te eng vindt, en een onderscheid suggereert op basis van het openbare dienst-begrip. Vele Belgische auteurs sloten zich min of meer aan bij de opinie van de Franse auteur Waline, die schreef:

> "Fait partie du domaine public tout bien appartenant à une personne administrative qui soit à raison de sa configuration naturelle, soit à raison d'un aménagement spécial, soit peut être même à raison de son importance historique ou scientifique, est nécessaire à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public, et ne saurait être remplacé par aucun autre dans ce rôle"[18].

Hoewel sommigen stellen dat tussen rechtspraak en rechtsleer geen echte tegenstelling, maar slechts een communicatiestoornis bestaat[19], en ofschoon men vermoedt dat het Hof van Cassatie zich bij de rechtsleer (en een deel van de lagere rechtspraak) zou aansluiten wanneer het de gelegenheid zou hebben zich over de kwestie uit te spreken[20], is het onmiskenbaar dat omtrent het

---

F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.1-1 (mei 1996); Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming, o.c.*, 415, nr. 396.

[17] Zie o.m. Cass., 3 mei 1968, geciteerd *infra*, nr. 9, vn. 34. Voor een overzicht van de talrijke relevante cassatie-arresten, zie inz. Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-1-2 (oktober 2000).

[18] Waline, M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, Parijs, 1936, 523, geciteerd bij Vuye, H., *o.c.*, 420-421, nr. 399. Auteurs als Buttgenbach, Dembour en Wigny meenden dat het criterium van Waline moet worden aangevuld met de affectatie tot het rechtstreeks gebruik door het publiek. Zie o.m. Dembour, J., *o.c.*, inz. 334-337, nrs. 254-255; Flamme, M.-A., "Des notions de concession de service public et de domaine public", noot onder Bergen, 24 maart 1987, *A.P.T.*, 1988, (169), 175; Flamme, M.-A., *Droit administratif, o.c.*, II, 1029-1032, nr. 414; Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M. en Vande Lanotte, J., *o.c.*, 258-261, nrs. 254-255; Van Neste, F., *o.c.*, 163-166, nr. 87; Vranckx, A.W., Coremans, H. en Dujardin, J., *o.c.*, 1 e.v., nrs. 1 e.v.

[19] Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming, o.c.*, 421, nr. 400.

[20] Zie o.m. Flamme, M.-A., "De la domanialité publique des "halles et marchés"", noot onder Bergen, 17 december 1979, *A.P.T.*, 1979-80, (255), 262, nr. 6; Peeters, B., *De continuïteit,*

precieze onderscheidingscriterium momenteel onzekerheid blijft bestaan. Dergelijk criterium zoeken is volgens sommigen zelfs een geheel ijdele onderneming[21]. In het raam van een PPS-aanmoedigend beleid is deze toestand moeilijk aanvaardbaar, omdat het onderscheid zeer verregaande consequenties heeft.

7. De Franse theorie over het onderscheid tusen openbaar en privaat domein lijkt op het eerste gezicht een iets vastere vorm te hebben aangenomen dan de Belgische. In Frankrijk worden duidelijk alleen die goederen tot het openbaar domein gerekend, die zijn bestemd voor het publiek gebruik of die het (o.m. door Waline gepropageerde) "aménagement spécial" hebben ondergaan om te dienen voor een openbare dienst. De reductie van het openbaar domein door de eis van het "aménagement spécial" heeft in de praktijk een eerder geringe impact, omdat het begrip (zoals de notie openbare dienst zelf) zeer breed wordt uitgelegd[22]. Bovendien worden ook de goederen die materieel onlosmakelijk verbonden zijn met dergelijke goederen of die er functioneel nuttig voor zijn, of eraan complementair, tot het openbaar domein gerekend[23]. Al bij al zijn ook deze Franse onderscheidingen erg vaag, en leiden zij tot rechtsonzekerheid en bemoeilijking van PPS[24].

8. Tot de onzekerheid van het Franse domeinrecht wordt verder bijgedragen door het hanteren van de (in België als dusdanig onbekende[25]) notie van het "virtueel" of "anticipatief" openbaar domein. Daarvan maken de goederen deel uit, die nog niet het "aménagement spécial" hebben ondergaan, maar dit pas in de toekomst zullen doen. De Conseil d'Etat oordeelde dat een goed reeds tot het openbaar domein behoort van zodra de overheid de toekomstige bestemming voor het openbaar gebruik of een openbare dienst, dus *na* de uitvoering van het "aménagement spécial", heeft vastgelegd[26]. Deze redenering beoogt tegen te gaan dat de overheid beslissingen

---

o.c., 187, nr. 184.

[21] Putzeys, J., "L'évolution de la domanialité publique", in *Liber amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant/Presses universitaires de louvain, 1992, (331), 339.

[22] de Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *Traité de droit administratif*, II, Parijs, L.G.D.J., 1998, 71-72, nrs. 91-92.

[23] Zie o.m. de Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *o.c.*, 72-76, nrs. 94-97; Lignières, P., *Partenariats public privés*, Parijs, Litec, 2000, 269-270, nr. 558.

[24] Lignières, P., *o.c.*, 268-269, nr. 557.

[25] Vgl. Rb. Luik, 10 oktober 1996, *Jur.Liège*, 1986, 651.

[26] Conseil d'Etat, 6 mei 1985, Ass. Eurolat-Crédit foncier de France, *A.J.D.A.*, 1985, 620,

neemt die strijdig zouden zijn met het toekomstig statuut van het goed[27]. De rechtsleer wijst er echter op dat het concept vaag is en dat de consequenties onzeker zijn, omdat niet duidelijk is welke regelen van het domeinrecht precies op het virtueel openbaar domein van toepassing zijn[28]. Gecombineerd met de reeds gesignaleerde brede uitlegging van het begrip "aménagement spécial" en de aanmerking als openbaar domein-goederen van de accessoire goederen, leidt de theorie van het virtueel openbaar domein bovendien tot een "hypertrofie" van het openbaar domein[29]. De gestrengheid van de theorie van het virtueel openbaar domein heeft mede geleid tot de hieronder besproken wetgevende versoepelingen van het Franse domeinrecht.

9. Terugkerend naar België stelt men vast dat tegenover de relatieve onzekerheid omtrent de definitie van het openbaar en het privaat domein, op het eerste gezicht een vrij grote vrijheid staat van het bestuur om zelf goederen tot het openbaar domein te affecteren en ze eruit te desaffecteren. In de praktijk worden vaak PPS-constructies op touw gezet waarbij zakelijke rechten en/of onroerende leasingrechten worden gevestigd op goederen waarvan men, op basis van de gangbare criteria, het openbaar domein-karakter zou aannemen, maar die zogezegd worden gedesaffecteerd, ofschoon aan de publieke bestemming niets verandert[30]. M.b.t. de concessies van openbare werken heeft de Belgische regelgever ter voorbereiding van de uitvoering van infrastructuurwerken precies een desaffectatie van de ondergrond opgelegd[31]. Dergelijke operaties doen twijfelen aan het nut van de gehele openbaar domein-leer. Als het bestuur een onbeperkte vrijheid geniet om zelf de bestanddelen van zijn openbaar domein aan te duiden, naar gelang het er al dan niet zakelijke rechten op wil toestaan, komt men uiteindelijk voor de situatie waar het openbaar domein eenvoudig bestaat uit de goederen waarop de overheid géén zakelijke rechten heeft willen vestigen, en waar de overheid op al haar goederen om het even welk recht kan vestigen. Het openbaar domein-statuut van een goed is dan geen normatief begrip meer waaruit beperkende rechtsregelen volgen, maar het is dan een slechts een gevolg van de concrete

---

met noot J. Moreau en E. Fatome; zie o.m. de Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *o.c.*, II, 76-78, nrs. 98-101.

[27] In een tweede betekenis wijst de notie virtueel openbaar domein op goederen die de bezetter van het openbaar domein heeft opgericht, en die bij het einde van het bezettingsrecht eigendom kunnen worden van de overheid (zie nader Lignières, P., *o.c.*, 270-271, nr. 559).

[28] Lignières, P., *o.c.*, 271, nr. 559, omlijnde tekst.

[29] de Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *Traité, o.c.* II, 45, nr. 51.

[30] Voor een voorbeeld m.b.t. delen van de passagiersluchthaven te Zaventem, zie Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 450, nr. 42 en inz. vn. 159 en Putzeys, J., *o.c.*, 336-337.

[31] Zie *infra*, nrs. 22 e.v.

beheersdaden die het bestuur m.b.t. een deel van zijn patrominium wenste te stellen, en het vertoont zelf geen enkel positiefrechtelijk belang meer. Het openbaar domein wordt zo slechts een academische verzamelnaam van de goederen waarop het bestuur geen zakelijke rechten opportuun of nodig achtte.

Rechtspraak en rechtsleer houden nochtans vast aan het principe dat niet zomaar kan worden aangenomen dat de overheid een goed wenste te desaffecteren wanneer zij op het goed een recht heeft gevestigd dat niet met het openbaar domein-statuut te rijmen valt. Het verkopen of verhuren van een openbaar domein-goed volstaat niet om te concluderen dat het goed werd gedesaffecteerd[32]; het vooronderstelt wel een desaffectatie, waartoe de wil van de overheid echter moet kunnen worden aangetoond[33]. Een goed kan zijn karakter van openbaar domein-goed slechts verliezen door een uitdrukkelijke beslissing van de overheid, waardoor de bestemming tot het gebruik van alleen aan het goed wordt ontnomen of door een handeling die noodzakelijk dergelijke beslissing in hoofde van die overheid veronderstelt[34]. In dit verband verdedigt de rechtsleer het parallellisme der vormen: werd het goed destijds uitdrukkelijk als openbaar domein-goed geaffecteerd, dan moet de desaffectatie dezelfde uitdrukkelijke vorm aannemen[35]. Vele commentatoren blijven alleszins terughoudend om stilzwijgende of impliciete desaffectaties te aanvaarden. Zij zijn er zich van bewust dat het concept van de stilzwijgende desaffectatie geheel de domeinleer hoe dan ook op losse schroeven zet[36], en dat het principieel vervreemdingsverbod erg zwak is wanneer de desaffectatiebevoegsheid en de vervreemdingsbevoegdheid bij dezelfde overheid berusten[37]. Sommigen besloten dat men voor de

---

[32] Zie bijv. Vred. Hamoir, 21 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 784; Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-18, met meer verwijzingen.

[33] Vgl. *R.P.D.B.*, v° Domaine, nr. 295.

[34] Zie inz. Cass., 3 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1033, *Arr.Cass.*, 1968, 1100, *R.W.*, 1968-69, 409, met noot X, *R.C.J.B.*, 1969, 5, met noot Mast, A., "Comment les biens d'une personne administrative acquièrent-ils et comment perdent-ils le caractère de bien du domaine public ?"; vgl. bijv. Rb. Hoei, 31 maart 1980, *Jur.Liège*, 1980, 249.

[35] Ze o.m. Buttgenbach, A., *o.c.*, I, 379, nr. 393; Cambier, C., *o.c.*, 338-339 en inz. vn. 1 op p. 339; Van Neste, F., *o.c.*, 180-181, nr. 97; Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-18 (oktober 2000).

[36] Flamme schrijft bijv.: "A peine de vider la théorie de la domanialité publique de sa substance, la désaffectation tacite ne peut se déduire que de circonstances d'où résultent de manière certaine la volonté de l'autorité publique de ne plus affecter le bien à l'usage de tous" (Flamme, M.-A., *Droit administratif*, *o.c.*, II, 1038, nr. 420). Dezelfde houding werd eerder o.m. reeds aangenomen door Dembour (Dembour, J., *o.c.*, 350-351, nr. 267) en was geïnspireerd door de Franse rechtspraak.

[37] Flamme, M.-A., *Droit administratif, o.c.*, II, 1041, nr. 421.

stilzwijgende desaffectatie dan maar "plus sévère" moest zijn dan voor de uitdrukkelijke, zonder dit nochtans nader te concretiseren[38].

Anderzijds werd in recente rechtsleer gesuggereerd om de opname door de overheid van openbaar domein-goederen op de in artikel 1412*bis* Ger.W. bedoelde lijst van beslagbare goederen[39], op zich als een stilzwijgende desaffectatie te beschouwen[40]. Bedoelde wetsbepaling heeft het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein alleszins erg gerelativeerd[41]. Vraag is echter of de stilzwijgende desaffectatie die bij opname van openbaar domein-goederen op de lijst zou worden verondersteld, op haar geldigheid moet worden getoetst aan de in de rechtspraak voor dergelijke desaffectatie gestelde voorwaarden, dan wel of opname op de lijst sowieso een geldige desaffectatie uitmaakt. De tweede oplossing is o.i. de juiste. De opname op de lijst van beslagbare goederen moet op zich worden beschouwd en heeft in feite niets met een domeinrechtelijke desaffectatie te maken. Indien opname op de lijst een desaffectatie zou uitmaken of veronderstellen, zou het de overheid voortaan vrij staan om elk openbaar domeingoed dat zij bijv. wil verkopen, verhuren of in erfpacht wil geven, op de lijst van beslagbare goederen te plaatsen. Artikel 1412*bis* Ger.W. zou dan leiden tot een uitholling van het gehele domeinrecht, wat nu precies expliciet niet de bedoeling van de wetgever was[42].

Dit neemt niet weg dat de gehele leer van de stilzwijgende desaffectatie erg oncomfortabel blijft aanvoelen. De geldende cassatierechtspraak moet ongetwijfeld zo worden geïnterpreteerd, dat een desaffectatie maar kan worden aangenomen wanneer zij daadwerkelijk berust op een (uitdrukkelijke of stilzwijgende) beslissing om de *feitelijke* bestemming van het goed tot het publiek gebruik te beëindigen[43]. In geval van geschil zal soms een gerechtelijk plaatsbezoek

---

[38] Dembour, J., *o.c;*, 351, nr. 267; vgl. Hansenne, J., *o.c.*, 145, nr. 126; Vuye, H., "Overheid en eigendom herbekeken in het licht van artikel 1412*bis* Ger.W.: over uitvoeringsimmuniteit, rechtstreekse en onrechtstreekse uitvoering", in De Gryse, L. e.a., *Eigendom*, Brugge, Die Keure, 1990, (239), 264, nr. 21, vn. 137, waar wordt genoteerd dat de stilzwijgende desaffectatie door rechtspraak en rechtsleer "strikt" wordt geïnterpreteerd.

[39] Zie *infra*, nrs. 31 e.v.

[40] Vuye, H., "Overheid en eigendom herbekeken", *o.c.*, 263-264, nr. 21.

[41] Zie *infra*, nr. 33.

[42] Zie *infra*, nr. 32.

[43] Dit was blijkbaar ook de struikelsteen in Cass., 1 oktober 1976 (*Arr.Cass.*, 1976, 130), waar een weide in pacht werd gegeven ofschoon zij een nieuwe bestemming van openbaar nut had gekregen i.v.m. de ring om Brussel. Voor een gelijkaardig geval waar de toekenning van een opstalrecht werd vernietigd omdat het sloeg op gronden die een openbare bestemming moesten blijven behouden, zie R.v.St., Loos, nr. 33.732, 9 januari 1990, *Verz.Arr.R.v.St.*, 1990, op nr. en kort in *A.P.M.*, 1990, 15. De buitengebruikstelling en ontmanteling van een spoorweg duiden wél

aangewezen zijn om de werkelijke toestand te kunnen beoordelen[44]. Het is in alle geval het publiek gebruiksrecht of de publieke bestemming die wordt beschermd. Op zich lijkt dat plausibel. Toch kan men aan vijf zwakke punten niet voorbij.

Ten eerste is en blijft het onderscheid tussen openbaar en privaat domein onzeker, en de leer van de desaffectatie dus ook.

Ten tweede aanvaarden rechtspraak en rechtsleer bepaalde afwijkingen van het normaal statuut van openbaar domein-goederen, wanneer de erop gevestigde rechten aan de bestemming geen afbreuk doen[45]. De vraag rijst of het vereiste van een desaffectatie dan nog iets bijbrengt. In Nederland aanvaardt men eveneens vestiging van privaatrechtelijke rechten op zaken met een publieke bestemming in de mate dat dit geen afbreuk doet aan die bestemming[46], maar bestaat geen leer van affectatie en desaffectatie.

Ten derde heeft de regelgever zelf een desaffectatie georganiseerd om de oprichting van publieke infrastructuurwerken via concessies van openbare werken mogelijk te maken, en doet hij zo zelf afbreuk aan het domeinrecht[47].

Ten vierde is het niet logisch dat de overheid geen hypotheek zou kunnen (laten) vestigen voor de financiering van een nieuwe weg of de uitbreiding van een bestaande weg, omdat het domeinrecht dat verbiedt, terwijl datzelfde domeinrecht haar in principe wel onbeperkt toelaat om bestaande wegen af te schaffen en te desaffecteren. De desaffectatiebevoegdheid zelf wordt immers niet aan banden gelegd. Welke zin heeft een bescherming van het openbaar domein via domeinrechtelijke beheersbeperkingen, wanneer de overheid ongebreideld het bestaande openbaar domein kan ontmantelen ?

Ten vijfde worden in de praktijk vaak publieke projecten gerealiseerd waarbij aan het domeinrecht volledig wordt voorbijgegaan. Volgens rechtspraak en rechtsleer behoren openbare parkings die aan de overheid toebehoren, tot het openbaar domein[48]. In de praktijk werden op initiatief van de overheid openbare parkings gerealiseerd en in exploitatie gegeven via allerhande juridische constructies:

---

op een stilzwijgende desaffectatie: R.v.St., Belgische Staat, nr. 58.400, 23 februari 1996, *J.T.*, 1996, 437.

[44] Zie bijv. Vred. Fexhe-Slins, 9 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 244.

[45] Zie *infra*, nr. 12.

[46] Zie *infra*, nr. 64.

[47] Zie *infra*, nr. 30.

[48] Zie o.m. Vranckx, A.W. e.a., *o.c.*, 21, nr. 20.

- de erfpacht voor de bouw van een ondergrondse parking (uitbreiding parking Zand te Brugge);
- de ondererfpacht van een terrein dat het stadsbestuur in erfpacht heeft van de N.M.B.S., voor de bouw van een bovengrondse parkeergarage (parking station te Brugge);
- de concessie van openbare dienst met beding omtrent de bouw van een nieuwe parking op privé-terrein (Lier);
- de concessie van openbare dienst (parkings Zilverpand, Biekorf, Zand en Bogaerde te Brugge);
- de concessie van openbare werken met voorafgaande desaffectatie van de ondergrond en toekenning van een recht van opstal aan de concessionaris (parking Kouter te Gent);
- de verkoop van de ondergrond van een plein voor de bouw en de exploitatie van een parkeergarage (parking Mijnplein te Oostende);
- de bruikleen van stadsgrond voor de exploitatie van een parking (parking Pandreitje te Brugge);
- de "bezettingsvereenkomst" voor de bouw van een ondergrondse parking in grond van de N.M.B.S. (bouw en exploitatie parking Berchem-station).

Deze voorbeelden tonen aan dat de openbare parkings in de praktijk niet zelden worden gerealiseerd met gebruikmaking van privaatrechtelijke rechtstechnieken en dat het principiële openbaar domein-statuut van openbare parkings en de gronden waarop of waarin zij worden gerealiseerd, weinig relevant is. Aan de leer van affectatie en desaffectatie storen de partijen zich niet al te erg. De bestuurlijke praktijk heeft het onderscheid tussen openbaar en privaat domein voorbijgestreefd. In een enkel geval heeft een gemeenteraad een erfpacht voor de bouw van een ondergrondse parking onder een plein gecorrigeerd en veranderd in een concessie[49]. In andere gevallen kan met Putzeys een "contorsionnisme juridique" worden vastgesteld: in plaats van het domeinrecht ingrijpend bij wet te wijzigen, "on utilise des trucs et des bouts de ficelle surtout lorsqu'il s'agit de faire fonctionner le service public sans bourse délier"[50].

1.3.3. Onzekerheid van de juridische basis van het domeinrecht

10. De concrete rechtsregelen waaraan het beheer van de overheidsgoederen is onderworpen, zijn eveneens het voorwerp van rechtsonzekerheid, in de eerste plaats omdat ook zij meer berusten op warrige rechtsleer en verspreide rechterlijke uitspraken dan op duidelijke en consistente wetgeving. Er bestaat geen bevredigend globaal rechtskader dat PPS-partners voldoende rechtszekerheid biedt.

---

[49] Luik, 7 juni 1989, *F.J.F.*, 1989, 422, *Fisc.Koerier*, 1990, 214 (bespreking J.P. Nemery de Bellevaux).

[50] Putzeys, J., *o.c.*, 339.

De afwezigheid van duidelijke globale regelgeving staat in contrast met de Franse situatie. In Frankrijk heeft de wetgever een gesystematiseerd en overzichtelijk wetboek betreffende het staatsdomein vastgesteld (*Code du domaine de l'Etat*)[51]. Bijzondere aspecten zijn in bijkomende wetgeving geregeld (bijv. *Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure*[52], wet nr. 63-1178 van 28 november 1963 "relative au domaine public maritime", etc.). Paradoxaal lijkt deze wetgevende aanpak niet te leiden tot grotere rechtszekerheid. Franse juristen beklagen zich over de grote onduidelijkheid van het domeinrecht. De (administratieve) rechtspraak speelt bij de interpretatie van de wetgeving een belangrijke rol, is niet altijd eenduidig en verraadt vaak een vrij doctrinaire, weinig flexibele zienswijze. De rechtsleer verwijt de rechtspraak een buitensporige rigiditeit[53]. De wetgevende versoepelingen uit 1988 en 1994 hebben het domeinrecht in zekere zin nog complexer gemaakt[54].

De gehechtheid van vele Franse juristen aan de klassieke domeinleer vindt een sprekende illustratie in de stelling van de *Conseil constitutionnel* in 1994, dat artikel 17 van de "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" van 1789 betreffende de onschendbaarheid van het eigendomsrecht, zich verzet tegen het duurzaam vestigen van zakelijke rechten op het openbaar domein zonder aangepaste tegenprestatie, gelet op de waarde van het openbaar domein en zijn affectatie tot doeleinden van openbare dienst[55]. Het behoeft geen betoog dat deze sacralisering van het domeinrecht geheel in de lijn ligt van deze van het openbare dienst-begrip, die de Fransen pogen door te drukken tot in de Europese verdragen toe[56]. Zoals hieronder uiteengezet, pleiten verschillende Franse auteurs voor een afschaffing van het domeinrecht. C. Lavialle meent dat dergelijke ingreep ongrondwettig zou zijn omdat de *Conseil constitutionnel* aan het domeinrecht een grondwettelijke waarde zou hebben toegekend, en omdat de afschaffing van het domeinrecht de continuïteit van de openbare dienst zou aantasten, ja zelfs tot de verdwijning van de openbare diensten zou leiden[57].

Dat het Belgische domeinrecht weinig wetgeving omvat, is niet noodzakelijk een nadeel. Door de afwezigheid van stringente wettelijke bepalingen, en de minder rigide rechtspraak, lijkt het

---

[51] Décrets nrs. 62-298, 62-299 en 62-300 van 14 maart 1962.

[52] Décret nr. 56-1033 van 13 oktober 1956.

[53] Linotte, D. en Cantier, B., ""Shadow Tolls": le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels", *A.J.D.A.*, 2000, (863), 864.

[54] Zie *infra*, nr. 63.

[55] De David Beauregard-Berthier, O., *Droit administratif des biens, o.c.*, 78-79.

[56] Cfr. art. 16 (ex 7 D) EG-Verdrag.

[57] Lavialle, C., *o.c.*, 1109.

Belgische domeinrecht veel pragmatischer en flexibeler dan het Franse. De *in se* beperkende principes van het domeinrecht worden in België vaak afgezwakt of genuanceerd. Toch lijdt ook het Belgische domeinrecht duidelijk onder rechtsonzekerheid, en is de rechtspraak niet altijd consistent te noemen. De beschikbare wetteksten worden wel eens veronachtzaamd.

11. Het is in dit verband nuttig terug te komen op artikel 537 B.W., dat luidt:

> "Bijzondere personen beschikken vrij over de hun toebehorende goederen, behoudens de door de wetten gestelde beperkingen.
> Goederen die niet aan bijzondere personen toebehoren, worden beheerd en kunnen alleen worden vervreemd met inachtneming van de vormen en overeenkomstig de regels die daarvoor in het bijzonder bepaald zijn".

Volgens de meeste auteurs viseert het tweede lid alle domeingoederen, zowel deze van het openbaar domein, als deze van het privaat domein[58]. De opstellers van het Burgerlijk Wetboek stelden de opstelling in het vooruitzicht van een "Code de droit public, ou de lois administratives", waarin het beheer van de overheidsgoederen zou worden geregeld[59]. Voor België is een globaal regelgevend kader zoals gezegd nooit tot stand gekomen. Welnu, artikel 537, tweede lid B.W. kan bezwaarlijk anders worden uitgelegd dan in de zin dat, indien geen bijzondere regelen zijn opgelegd, het beheer van overheidsgoederen is onderworpen aan het gemeen recht[60]. Bovendien leert men dat de overheid in principe ook gebruik kan maken van privaatrechtelijke rechtstechnieken (tweewegen-leer en doorkruisingsleer)[61]. Het is vanuit deze

---

[58] Buttgenbach, A., *Manuel, o.c.*, I, 369, nr. 386; Dembour, J., *o.c.*, 328, nr. 248; Putzeys, J., *o.c.*, 333; *R.P.D.B.*, v° Domaine, nr. 53; *contra* T'Kint, F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 31, nr. 43, die stelt dat de tekst alleen goederen van het openbaar domein beoogt.

[59] Zie o.m. Cambier, C., *o.c.*, 330; Van Neste, F., *o.c.*, 160-161, nr. 83.

[60] Zie o.m. van Hooydonk, E., *o.c.*, 273-274, nr. 118.

[61] Zie o.m. Baeten, S., "Variaties op verzelfstandigingsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996", *C.D.P.K.*, 1999, 83-102; D'Hooghe, D., "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.*, 1995, (75), 77-87; Leus, K. en Baeten, S., "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen", in van Eeckhoutte, W., *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149), 159-164, nrs. 10-13; Peeters, B., *De continuïteit, o.c.,* 389 e.v., nrs. 433 e.v.; Van Gerven, W., "Beleidsovereenkomsten", in *Academiae Analecta*, 1984, nr. 5, (37), 55 e.v.; Van Hooydonk, E., *o.c.*, 274, nr. 118. Voor Nederland, zie recent Cleton, R., "Gebruik door de overheid van het privaatrecht. Twee nieuwe arresten van de Hoge Raad inzake de

laatste optiek dat men in Nederland beoordeelt of bijvoorbeeld erfpacht- en opstalrechten kunnen worden gevestigd op overheidsgoederen[62]. Een soepeler interpretatie van het domeinrecht zou in alle geval meer aansluiten bij het hedendaagse bestuursrecht.

12. Men dient er wel rekening mee te houden dat wel enkele specifieke beperkende regelen zijn opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Zo bepaalt artikel 1128 B.W. dat alleen zaken die in de handel zijn, het voorwerp van overeenkomsten kunnen uitmaken. Artikel 1598 B.W. bepaalt dat alles wat in de handel is, kan verkocht worden wanneer geen bijzondere wetsbepalingen de vervreemding ervan verbieden. Artikel 1712 B.W. bepaalt dat de verhuring van de goederen van de Staat, van de gemeenten en van de openbare instellingen aan bijzondere reglementen is onderworpen; het zou echter alleen gelden voor het privaat domein[63]. Artikel 2229 B.W. bepaalt dat men door verjaring de eigendom niet kan verkrijgen van zaken die buiten de handel zijn. Artikel 45 Hyp.W. bepaalt dat voor hypotheek alleen vatbaar zijn de onroerende goederen die in de handel zijn, en de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal, gevestigd op dezelfde goederen, zolang die rechten duren.

Uit deze wetteksten volgt dat het belangrijk is te weten of een overheidsgoed al dan niet buiten de handel is. Het is nu precies onduidelijk of goederen van het openbaar domein noodzakelijk of altijd buiten de handel zijn. Vele auteurs poneren dat het openbaar domein buiten de handel is[64], maar anderen nuanceren dat en stellen dat het openbaar domein alleen buiten de handel is voor zover de bestemming dat vereist[65]. Dat was al in 1941 de visie van De Page en Dekkers, die

---

'doorkruisingsleer'", *Tijdschrift Vervoer & Recht*, 2000, 116-120.

[62] Zie *infra*, nr. 64.

[63] Zie De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1972, 501-506, nr. 491.

[64] Cambier, C., *o.c.*, 341; Dembour, J., *o.c.*, 328, nr. 248; Peeters, B., *De continuïteit, o.c.*, 188, nr. 186.

[65] Dembour stelde dat de regels van onvervreemdbaarheid en onverjaarbaarheid niet absoluut gelden en concretiseerde dit als volgt: "Les actes de gestion ou de disposition qui ne sont pas contraires à l'affectation du bien sont permis. En d'autres termes, les dépendances du domaine public ne sont hors du commerce que dans la mesure nécessaire à leur destination à l'utilité publique" (Dembour, J., *o.c.*, 359, nr. 273; vgl. Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming, o.c.*, 442, nr. 418). Maar verderop schijnt Dembour dat dan weer erg af te zwakken door zich te verzetten tegen de vestiging van zakelijke rechten (*o.c.*, 359-361, nr. 273). Van Neste en Snaet stellen dat het openbaar domein niet zonder meer buiten de handel is, maar dat niemand enig recht op deze goederen kan verkrijgen dat onverenigbaar zou zijn met het gebruik van deze goederen door het publiek of met de openbare dienst waarvoor het bestemd is (Van neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-

pleitten voor een meer realistische, passende en billijke opvatting van het statuut van het openbaar domein[66]. Precies hetzelfde vraagstuk werd behandeld in de negentiende-eeuwse Nederlandse rechtsleer. Ook daar stelde men vast dat het Burgerlijk Wetboek niet aangaf welke zaken buiten de handel zijn, en dat men niet in het algemeen kon beweren dat zaken met een openbare bestemming buiten de handel staan. Door von Reecken werd opgemerkt dat voor de openbare dienst bestemde zaken slechts "gedeeltelijk" buiten de handel waren, m.n. voor zover ze voor het publiek gebruik bestemd zijn; van daaruit is het Nederlands recht geëvolueerd naar een verlating van het domeinrecht en naar een principiële toepassing op het beheer van overheidsgoederen van het privaatrecht[67].

Dat men over openbaar domein-goederen niet vrij kan beschikken, betekent ook volgens een deel van de Belgische rechtsleer niet dat deze goederen zonder meer buiten de handel zijn, maar wel dat niemand op deze goederen enig recht kan verkrijgen, noch bij overeenkomst, noch door verjaring, dat onverenigbaar zou zijn met het gebruik van deze goederen door het publiek, of met de openbare dienst waarvoor deze goederen bestemd zijn[68], of dat afbreuk zou doen aan de macht van het bestuur om het gebruik van deze goederen volgens de behoeften en het belang van de burger in het algemeen te regelen en te wijzigen[69]. Volgens de rechtsleer is de concrete consequentie dat de overheid de openbare domeingoederen "normaal niet" kan bezwaren met zakelijke rechten, zoals vruchtgebruik, erfpacht en opstal[70]. Het voorbehoud uitgedrukt in het bijwoord "normaal" is echter weer illustratief voor de rechtsonzekerheid. Deze blijkt ook uit de rechtsleer die stelt dat het openbaar domein "in beginsel" onvervreemdbaar etc. is[71]. Wat uiteindelijk kan, en wat niet, blijft in het ongewisse.

---

19 (oktober 2000)).

[66] De Page, H. en Dekkers, R., *Traité élémentaire de drout civil belge*, Brussel, Bruylant, 1941, 703-704, nr. 807.

[67] Zie Milo, M., "Publiek domein in privaatrecht en administratiefrecht. Een negeniende-eeuwse discussie in gescheiden circuits", in Vanhemelryck, F., *Recht ende justicie*, Handelingen van het XIIIe Belgisch-Nederlands Rechtshistorisch Congres, K.U. Brussel 1 en 2 december 1994, 225-256, omtrent zaken buiten de handel inz. 232-234, 245, 249 en 251.

[68] Van Neste, F., *o.c.*, 181, nr. 98; zie ook D'Hooghe, D., "Overeenkomsten met de overheid", *o.c.*, 147.

[69] Vranckx, A.W. e.a., *o.c.*, 28, nr. 22.

[70] Vranckx, A.W. e.a., *o.c.*, 28, nr. 22.

[71] Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-19 (oktober 2000).

Conclusie is dan ook dat een teruggrijpen naar de aangehaalde artikelen over goederen buiten de handel opgenomen in het Burgerlijk Wetboek geen soelaas biedt, want er is onzekerheid over welke goederen nu precies buiten de handel staan, en over wat daar de concrete consequenties van zijn.

13. Het is voorts merkwaardig dat het verbod van hypothekering van het openbaar domein in de rechtsleer werd verklaard als een gevolg van de onbeslagbaarheid, die op haar beurt een corrolarium is van de onvervreemdbaarheid; hypothekering zou immers veronderstellen dat gedwongen verkoop mogelijk is[72]. Deze zienswijze is merkwaardig omdat zij voorbij gaat aan de uitdrukkelijke *wetsbepaling* van artikel 45 Hyp.W. die uitmaakt welke goederen wel en welke niet voor hypotheek vatbaar zijn: het illustreert nogmaals dat het domeinrecht vooral berust op vage algemene theorieën, die een eigen leven gaan leiden naast de wetgeving. Maar dezelfde opinie is bovendien inconsistent. Als de niet-hypothekeerbaarheid zou volgen uit de onbeslagbaarheid, dan had men het privaat domein ook niet-hypothekeerbaar moeten verklaren, want dit werd - tot voor de nieuwe wetgeving over beslag op overheidsgoederen - eveneens onbeslagbaar geacht[73]. Toch verdedigde niemand dat het privaat domein niet vatbaar was voor hypothekering[74]. De opeenstapeling van algemene domeinrechtelijke principes leidde ook tot kringredeneringen. De rechtsleer die destijds de uitvoeringsimmuniteit van de overheid aanvocht, putte een argument uit de hypothekeerbaarheid van het privaat domein: omdat het privaat domein hypothekeerbaar is, is het ook beslagbaar[75]. Voor het *openbaar* domein werd de niet-hypothekeerbaarheid gezien als gevolg van de onbeslagbaarheid. Welk beginsel oorzaak is, en welk gevolg, is dus absoluut niet

---

[72] Dembour, J., *o.c.*, 363-364, nr. 276.

[73] Zie o.m. Buttgenbach, A., *o.c.*, I, 376, nr. 391; Dembour, J., *o.c.*, 364, nr. 276; Hansenne, J., *o.c.*, I, 150, nr. 131; anders *R.P.D.B.*, v° Domaine, nr. 67; voorbeeld van de andere zienswijze in de rechtspraak: Rb. Hasselt, 7 februari 1989, *T.B.B.R.*, 1991, 93.

[74] Zie bijv. Van Volsem, F. en Van Heuven, D., "Heeft het beginsel van de absolute uitvoeringsimmuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen nog een toekomst ?", *R.W.*, 1987-88, (209), 210.

[75] Baert redeneerde als volgt: "Goederen van het privaat domein kunnen bezwaard worden met een hypotheek. Wanneer de publieke schuldenaar in gebreke blijft zijn verbintenissen na te komen, kan de hypothecaire schuldenaar dit goed dan niet laten verkopen ? M.a.w. vinden de regelen inzake uitvoerend beslag op onroerend goed hier geen toepassing ? Wanneer men aanvaardt dat hypotheekstelling mogelijk is, dan dient men o.i. ook te aanvaarden dat in deze gevallen uitvoerend beslag mogelijk is. Het gaat niet aan dat de schuldeiser eerst zou dienen te wachten om zijn rechten te kunnen uitoefenen tot de overheid dit goed vrijwillig vervreemd heeft" (Baert, K., "De uitvoeringsimmuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen", *R.W.*, 1976-77, (2369), 2376, nr. 14).

duidelijk. De domeintheorie lijkt soms een blokkendoos van beginselen waar eenieder zijn eigen constructie mee kan opzetten; de stevigheid van deze constructies is navenant.

14. Een bijzondere factor van onzekerheid is voorts dat de rechter zelf de precieze kwalificatie van de m.b.t. het openbaar domein gesloten overeenkomsten zal vaststellen. Hij zal daarbij niet alleen de werkelijke bedoeling van partijen onderzoeken, maar hij zal in de eerste plaats de aard van het goed nagaan. Als het goed een openbaar domein-goed blijkt te zijn, zal hij een terminologisch als huur gekarakteriseerde overeenkomst desnoods herkwalificeren als een concessie[76]. Dit kan tot rechtsonzekerheid leiden. Het is immers mogelijk dat partijen bij een PPS-constructie doelbewust een huur-, opstal- of erfpachtrecht wensten te vestigen, maar dat dit in geval van geschil door de rechter als een concessierecht zal worden beschouwd, afhankelijk van de omstandigheid of de rechter over de definitie en het rechtsstatuut van het openbaar domein enge of ruime opvattingen huldigt. Nog problematischer is de toestand wanneer de partijen duidelijk een precair bezettingsrecht in het leven wilden roepen m.b.t. een goed dat de rechter als een goed van het privaat domein aanmerkt. Op basis van de wil van partijen moet de rechter dan een kunstgreep uithalen om de dwingend-rechtelijke handelshuurwetgeving buiten toepassing te laten[77]. Het laatste redmiddel is natuurlijk om de bezetting van het privaat domein te kwalificeren als een overeenkomst *sui generis*, die elementen bevat van een concessie én van een huurovereenkomst[78]. Partijen mogen zich vaak nog gelukkig prijzen dat de rechter tot herkwalificatie overgaat, en niet de nietigheid van de gehele overeenkomst uitspreekt[79].

---

[76] Zie bijv. Bergen, 24 maart 1987, *A.P.T.*, 1988, 169, met noot Flamme, M.-A., "Des notions de concession de service public et de domaine public"; Rb. Mechelen, 2 maart 1987, *R.W.*, 1988-89, 1378; Kh. Luik, 6 oktober 1994, *T.B.H.*, 1995, 978; vgl. ook Rb. Brussel, 29 maart 1996, *J.T.*, 1996, 680; Vred. Hamoir, 21 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 784.

[77] Zie bijv. Rb. Luik, 10 oktober 1996, *Jur.Liège*, 1986, 651.

[78] Vred. Brussel, 5 april 1988, *T.Vred.*, 1997, 105 en Rb. Brussel, 13 april 1994, *ibid.*, 108.

[79] Omtrent het rechterlijk toezicht op de totstandkoming van overeenkomsten met de overheid, zie D'Hooghe, D., "Overeenkomsten met de overheid", *o.c.*, 149-153.

1.3.4. Belemmering van valorisering van het domein, inz. bij PPS-transacties

15. De ongerechtvaardigde inhoudelijke belemmeringen die voor PPS-operaties uit de klassieke domeinleer voortvloeien, werden vooral in de *Franse rechtsliteratuur* aan de kaak gesteld. Een financier van een goed dat wordt opgericht op het openbaar domein zal zijn schuldvordering willen gewaarborgd zien door een zakelijk recht op het gerealiseerde goed. Dat is nu precies onmogelijk wanneer het goed wordt opgericht op het openbaar domein, dat onvervreemdbaar is en waarop derhalve geen zakelijke rechten kunnen worden gevestigd. Bovendien brengt het onvervreemdbaarheidsprincipe mee dat het gebruiksrecht op het openbaar domein altijd precair van aard is. De onvervreemdbaarheid (en de onverjaarbaarheid) vindt haar rechtvaardiging in de gedachte dat het openbaar domein moet worden beschermd tegen private toeëigening welke zou kunnen resulteren uit langdurig gebruik. Op zijn beurt wordt deze idee gemotiveerd door de noodzaak om de bestemming tot het openbaar nut van de goederen te vrijwaren[80].

In Frankrijk sluit het klassieke domeinrecht diverse rechtstechnieken die in een PPS-operatie nuttig kunnen zijn, uit wanneer het gaat om de valorisering van het openbaar domein, zoals de hypothekering, de onroerende leasing, de vestiging van erfdienstbaarheden, en de toepassing van de handelshuurwetgeving[81]. Met het openbaar domein-statuut van een goed zijn ook mede-eigendom[82] en inpandgeving[83] overenigbaar.

Goederen van het privaat domein worden in Frankrijk eveneens onbeslagbaar geacht, zodat ze ook niet het voorwerp kunnen zijn van een hypotheek, want de hypothecaire schuldeiser kan het gehypothekeerde goed niet doen verkopen[84].

16. Voor *België* valt nogmaals terug te grijpen naar de studie van Ph. Flamme over de private financiering van publieke investeringen[85]. De precariteit van de tijdelijke privatieve bezettingsrechten is een zinloos concept geworden wanneer het gaat om commerciële activiteiten

---

[80] Zie Lignières, P., *o.c.*, 268, nr. 555.

[81] Lignières, P., *o.c.*, 268, nr. 556.

[82] Lignières, P., *o.c.*, 271, nr. 560.

[83] Lignières, P., *o.c.*, 262, nr. 546.

[84] Lignières, P., *o.c.*, 271, nr. 561.

[85] Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 453-454, nr. 52. De auteur maakt in dit randnr. geen duidelijk onderscheid tussen het Belgisch en het Frans recht.

die op het openbaar domein worden uitgevoerd na zware investeringen. Dergelijke operaties noodzaken immers stabiliteit en rechtszekerheid. De onoverdraagbaarheid van de bezettingstitels strookt niet alleen niet met het dagelijkse handelsgebruik, maar is ook een nutteloze bescherming van het openbaar domein, want wanneer de affectatie of het voortbestaan van het domeingoed in het gedrang komt, zal de overheid toch tot beëindiging van het recht kunnen overgaan. De beweerde onverenigbaarheid van het openbaar domein-statuut van een goed met mede-eigendom is eveneens voorbijgestreefd. Ten vierde moet de vestiging van zakelijke en hypothekeerbare rechten op het openbaar domein worden mogelijk gemaakt, met dien verstande dat de overheid moet blijken beschikken over het recht om tot wijziging of beëindiging van de bezetting te beslissen, onder voorbehoud van het recht van de bezetter op schadevergoeding. Putzeys pleitte kort en krachtig voor een diepgaande hervorming van het domeinrecht "dans lequel les biens de l'Autorité ne sont plus grevés de servitudes totalement incompatibles avec les nécessités économiques et financières actuelles"[86].

17. Alleszins stelt men vast dat reeds het actueel Belgisch domeinrecht berust op een veel soepeler zienswijze dan het Franse. In het *Overzicht* van Mast wordt terecht in herinnering gebracht dat het bijzonder rechtsstatuut van het openbaar domein in de eerste plaats wordt verantwoord door de eis de bestemming die aan het openbaar domein gegeven is, door iedereen te doen eerbiedigen. De Belgische rechtspraak heeft de regel van de onvervreemdbaarheid in haar verschillende aspecten dan ook gemilderd wanneer aan die eis voldaan is. De omstandigheid dat een goed tot het openbaar domein behoort, verbiedt dan alleen de vestiging of het behoud van een erfdienstbaarheid, wanneer deze onverenigbaar is met de bestemming van het goed. De onbeschikbaarheid van het openbaar domein betekent dus dat particulieren op die goederen geen rechten kunnen verkrijgen waardoor afbreuk kan gedaan worden aan hun bestemming of aan de bevoegdheid van het bestuur om het gebruik van het goed volgens de behoeften en het belang van de burgers in het algemeen te regelen en te wijzigen[87]. Met het behoud van de bestemming ervan kan een goed van het openbaar domein echter aan een andere rechtspersoon overgedragen worden. Zo kan een gemeente aan het Gewest of aan de Gemeenschap een weg respectievelijk een museum overdragen[88]. De Raad van State stelde dat de goederen van het openbaar domein het

---

[86] Putzeys, J., *o.c.*, 339.

[87] Over erfdienstbaarheden op het openbaar domein, zie o.m. Cass., 6 december 1957, *Pas.*, 1958, I, 366, *Arr.Cass.*, 1958, 210; Cass., 11 september 1964, *Pas.*, 1965, I, 29, *R.W.*, 1965-66, 494, *J.T.*, 1965, 213, *Res Jura Imm.*, 1965, 193, nr. 4.137; Cass., 27 september 1990, *Pas.*, 1991, I, 78, *Arr.Cass.*, 1990-91, 84, *R.W.*, 1990-91, 852; *J.T.*, 1991, 634, *Rev.Not.B.*, 1991, 49; zie voorts o.m. Van Neste, F., *o.c.*, 184-185, nr. 98; Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-23-24 (oktober 2000); Verheyden-Jeanmart, N., Coppens, Ph. en Mostin, C., "Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens", *R.C.J.B.*, 2000, (59), 89, nr. 19; Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming, o.c.*, 456, nr. 437.

[88] Mast, A. e.a., *Overzicht, o.c.*, 264-265, nr. 257.

voorwerp kunnen zijn van privatieve ingebruikneming, "voor zover deze niet onverenigbaar [is] met de bestemming van die goederen, en "dat zulk een ingebruikneming onder meer kan resulteren uit een domeinconcessie"[89], wat andere terbeschikkingstellingsformules openhoudt. In een zaak betreffende de verlening van een recht van opstal op een goed met een openbare bestemming stelde de Raad "dat met het karakter van openbaar domein in beginsel onverenigbaar is het verlenen van een niet steeds herroepbaar recht, met name omdat, overeenkomstig de wet van de veranderlijkheid van de openbare dienst, de overheid steeds de regels betreffende het gebruik van het openbaar domein te allen tijde ongehinderd moet kunnen wijzigen". De Raad vernietigde de toekenning van het opstalrecht omdat "in de tekst van de overeenkomst [...] geen waarborgen zijn ingebouwd die de uitoefening van dat recht op een behoorlijke wijze verzekeren"[90]. Ook auteurs als Van Neste leggen erg de klemtoon op de relativiteit van de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein en haar gevolgen. De goederen zijn slechts onvervreemdbaar inzoverre de bestemming dit eist. Zo is de verkoop van de ondergrond van een weg, of van de oevers van een kanaal, aan een particulier mogelijk, op voorwaarde dat de uitoefening van dit eigendomsrecht het openbaar gebruik van de weg of het kanaal niet hindert[91]. Die regels gaan terug op oude cassatierechtspraak[92]. Onduidelijk is of de expliciet op vaste cassatierechtspraak berustende regel dat erfdienstbaarheden op het openbaar domein mogelijk zijn mits overeenstemming met de bestemming, geldt voor andere zakelijke en persoonlijke rechten[93]. Een deel van de rechtsleer oppert al lang dat ook huur van openbaar domeingoederen mogelijk is voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan de openbare bestemming[94], maar in de rechtspraak heeft deze stelling nog geen weerklank gevonden[95].

---

[89] R.v.St., Seaport Terminals, nr. 48.082 van 21 juni 1994, overw. 2.1.4.4.

[90] R.v.St., Loos, nr. 33.732, 9 januari 1990, *Verz.Arr.R.v.St.*, 1990, op nr. en kort in *A.P.M.*, 1990, 15. De vraag of het bestuur zich in een opstalovereenkomst wettig het recht zou kunnen voorbehouden om het recht te beëindigen of de voorwaarden te wijzigen in het belang van de openbare dienst, blijft hier buiten beschouwing.

[91] Van Neste, F., *o.c.*, 182-183, nr. 98; Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c;*, I.B.2-7 (mei 1996) en I.B.20 (oktober 2000); in dezelfde zin Delva, J., "Draagwijdte van de immuniteit der openbare besturen inzake gedwongen tenuitvoerlegging (slot)", *T.B.P.*, 1964, (79), 80.

[92] Zie o.m. Cass., 18 juni 1891, *Pas.*, 1891, I, 179.

[93] In de principepsarresten omtrent verhuring ontbreekt de versoepelingsclausule omtrent de overeenstemming met de bestemming van het goed: zie bijv. Cass., 9 maart 1950, *R.W.*, 1949-50, 1447; Cass., 4 januari 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 486; Cass., 2 september 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, 1; zie voorts Verheyden-Jeanmart, N., Coppens, Ph. en Mostin, C., "Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens", *R.C.J.B.*, 2000, (59), 91-92, nr. 21.

[94] Vaak wordt het voorbeeld van haventerreinen aangehaald. Zie vooral Wigny, P., *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1953, 244, nr. 320, mogelijk geïnspireerd door Alibert, R., "Les contrats passés sur le domaine public", noot onder Tribunal des Conflits, 5 maart 1934, *Sirey*,

Het algemeen besluit is dus dat er fundamentele onzekerheid bestaat over de geoorloofdheid van de vestiging van persoonlijke en zakelijke rechten van gemeen recht op het openbaar domein.

18. Op goederen van het openbaar domein worden klassiek domeinconcessies toegekend, die worden beschouwd als administratieve contracten[96] en door bijzondere bestuursrechtelijke regelen worden beheerst. In navolging van de Franse auteur Hauriou werd door Belgische schrijvers als Orianne[97] voorgesteld het recht van de concessionaris als een administratief zakelijk recht ("droit réel administratif") te beschouwen. Falys bestreed deze zienswijze maar opperde dan weer dat de concessionaris die op het openbaar domein constructies opricht, dit doet op basis van een gemeenrechtelijk recht van opstal[98] - wat in sommige rechtspraak werd bevestigd en in de rechtsleer werd aanvaard op voorwaarde dat de duurtijd van het opstalrecht beperkt is tot die van de concessie[99], maar wat niet strookt met de gangbare praktijk zoals bijvoorbeeld toegepast in de Antwerpse haven[100] en wat juridisch zeker ook niet noodzakelijk is[101]. De techniciteit van de aard

---

1938, III, 57). De versoepelende zienswijze werd voorts gepropageerd in De Beus, P., *Overzicht van het burgerlijk recht*, Turnhout, J. Van Mierlo-Proost, 1965, 438, nr. 432A; Derine, R., "Overzicht van rechtspraak (1965-1968). Zakenrecht", *T.P.R.*, 1969, (681), 688, nr. 6; Van Hooydonk, E., *Beginselen van havenbestuursrecht, o.c.*, 299-304, nr. 137; Van Neste, F., *o.c.*, 186, nr. 98; Van Neste, F. en Snaet, S., *o.c.*, I.B.2-21 (oktober 2000); Vranckx, A.W. e.a., *o.c.*, 30, nr. 23.

[95] Zie o.m. Cass., 4 januari 1974, *Arr.Cass.,* 1974, 486, *Pas.*, 1974, I, 455; impliciet Cass., 1 oktober 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 130, *Pas.*, 1977, I, 133; Cass., 2 september 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, 1, *Pas.*, 1983, I, 1, *Rev.Not.B.*, 1982, 536, *R.W.*, 1982-83, 2255; Kh. Brussel, 28 januari 1985, *J.T.*, 1985, 307; zie ook de rechtspraak geciteerd *infra*, nr. , vn.

[96] Aldus o.m. Flamme, M.-A., *Droit administratif, o.c.*, II, 1050, nr. 426; zie ook *R.P.D.B.*, Compl. II, v° Concession, nrs. 30 en 36.

[97] Orianne, P., *o.c.*, 48-52, nrs. 40-44.

[98] Falys, J., "Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public", *Ann.Dr.*, 1960, 59-90.

[99] Zie Luik, 7 juni 1989, *F.J.F.*, 1989, 422, *Fisc.Koerier*, 1990, 214 (bespreking J.P. Nemery de Bellevaux); Rb. Brugge, 20 december 1993, *Act.dr.*, 1996, 807, met noot Demoulin, A., "Accession et superficie: réflexions pour la perception des droits d'enregistrement"; Verheyden-Jeanmart, N., Coppens, Ph. en Mostin, C., "Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens", *R.C.J.B.*, 2000, (59), 90-91, nr. 20.

[100] Zie *infra*, nrs. 34 e.v.

van het recht van de concessionaris om te bouwen op andermans grond blijft hier buiten beschouwing[102]; de fundamentele discussie omtrent de aard van dit recht is echter weer illustratief voor de onduidelijkheid van het domeinrecht. De heersende opvatting over de aard van het recht van de concessionaris is dat de concessie een gemengd reglementair-contractueel karakter heeft, en dat de concessionaris beschikt over een persoonlijk en roerend recht maar geenszins over een zakelijk recht[103]. Het Hof van Cassatie stelt dat de domeinconcessiehouder het goed niet houdt krachtens een overeenkomst van burgerlijk recht[104]. Maar recent werd gesuggereerd om de domeinconcessie als een "gewoon civielrechtelijk contract" te beschouwen. In navolging van het Nederlandse recht (waar het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein is verlaten) zou men kunnen aannemen dat ook goederen met een publieke bestemming het voorwerp kunnen uitmaken van een burgerrechtelijke overeenkomst, voorzover daardoor aan de bestemming van algemeen belang van die goederen geen afbreuk wordt gedaan. Het recht op schadevergoeding is dan een gewone toepassing van de civielrechtelijke regels inzake contractuele aansprakelijkheid. Bij toepassing van die regels zou - steeds volgens de bedoelde suggestie - wel rekening moeten worden gehouden met de bijzondere rol van de overheid[105]. Dit voorstel ligt in de lijn van de Franse oproep om het domeinrecht te versoepelen of zelfs af te schaffen. In alle geval toont het aan dat ook het recht m.b.t. een zo belangrijke rechtsfiguur als de domeinconcessie, eerder onzeker is.

19. Volgens de heersende leer is niet alleen het openbaar domein niet vatbaar voor hypotheek, maar ook het recht van een domeinconcessionaris. Dit recht wordt toegekend *intuitu personae* en is in principe niet overdraagbaar[106].

---

[101] R.v.St., 2 februari 1993, nr. 41.878, Seaport Terminals, *T.Aann.*, 1993, 146, met verslag auditeur J. Stevens, *T.B.P.*, 1993, 349.

[102] Voor een algemene zakenrechtelijke analyse, zie recent Van Sinay, Th., "Bouwen op andermans grond - in het algemeen en in enkele bijzondere gevallen - vergoedingsregeling - enkele bedenkingen", in De Gryse, L. e.a., *Eigendom*, Brugge, Die Keure, 1996, 321-371.

[103] Zie Quintin, J.-M., "Les utilisations privatives du domaine public", in *L'entreprise dans la cité*, Luik / Den Haag, Faculté de droit/Martinus Nijhoff, 1967, (61), 94-98; zie o.m. ook *R.P.D.B.*, Compl. II, v° Concession, nr. 13; Vancoillie, J., "Recente contractvormen in het bouwrecht", in Storme, M., Merchiers, Y. en Herbots, J. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, (247), 267.

[104] Cass., 27 mei 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 926.

[105] Zie D'Hooghe, D., *o.c.*, 148.

[106] Quintin, J.-M., *o.c.*, 98.

Het erfpachtrecht is daarentegen wel hypothekeerbaar[107]. De hypotheek strekt zich uit tot de door de erfpachter opgerichte opstallen[108]. De door de erfpachter toegestane hypotheek verdwijnt in principe wanneer zijn erfpachtrecht een einde neemt, maar meestal wordt aangenomen dat het recht van de hypothecaire schuldeiser door zaakvervanging overgaat op de eventuele vergoedingen die door de eigenaar aan de erfpachter verschuldigd zijn voor de door deze laatste tot stand gebrachte gebouwen en beplantingen[109].

Het opstalrecht en de door de opstalhouder tot stand gebrachte gebouwen kunnen eveneens met hypotheek worden bezwaard[110].

Uit het klassieke verbod van vervreemding en van de vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein, volgt dat erfpachtrechten op dat domein niet mogelijk zijn[111]. Paradoxaal kenden de erfpacht- en opstalrechten een heropleving in het raam van het door de (inz. lokale) overheden gevoerde grondbeleid en van PPS-projecten. Van Oevelen beschrijft dit als volgt:

> "Openbare besturen die eigenaar zijn van gronden, maar niet over de nodige financiële middelen beschikken om projecten van algemeen belang (culturele centra, zwembaden, e.d.m.) uit te voeren, kunnen een recht van erfpacht of van opstal toekennen aan ondernemingen, die zich ertoe verbinden op die gronden gebouwen op te richten waarvan de aard, het uitzicht en de afmetingen bij overeenkomst worden vastgesteld. In de overeenkomst zal meestal ook bedongen zijn dat bij het verstrijken van de voorziene duur van het recht van erfpacht of van opstal deze gebouwen eigendom zullen worden van het openbaar bestuur dat eigenaar is van de grond.
> Voor de overheid biedt dit procédé het voordeel dat werken van algemeen belang kunnen worden uitgevoerd en plannen van aanleg kunnen worden gerealiseerd zonder dat belangrijke financiële middelen moeten worden vrijgemaakt, terwijl ze het eigendomsrecht op de grond behoudt en zichzelf ook het recht voorbehoudt om de gebouwen later in eigendom te verwerven. Voor huisvestigingsdoeleiden is deze formule evenwel minder

---

[107] Art. 45, eerste lid, 2° Hyp.W.; art. 6 Erfpachtwet.

[108] Art. 45, tweede lid Hyp.W.

[109] Van Oevelen, A., "Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal", in *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1992, (321), 332-333, nr. 8 en de verwijzingen aldaar.

[110] Artt. 45, eerste lid, 2° en 45bis Hyp.W.; art. 2, eerste lid Opstalwet.

[111] Verheyden-Jeanmart, N., Coppens, Ph. en Mostin, C., "Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens", *R.C.J.B.*, 2000, (59), 478, nr. 216.

geschikt, omdat het eigendomsrecht op een woning bij het grote publiek nog altijd zeer gevoelig ligt en moeilijk 'vervangbaar' is door een recht van erfpacht"[112].

Bovendien houdt de heropleving van erfpacht en opstal verband met de opkomst van de onroerende leasing[113]. Het recht van opstal wordt vaak gehanteerd in het raam van het woningbouwbeleid van de overheid, en voor de oprichting van torengebouwen, elektriciteitscabines of ondergrondse parkeerruimten[114]. Opstalrechten worden ook toegekend bij de realisering van infrastructuur via concessies van openbare werken[115]. Hierboven werden ook enkele voorbeelden van erfpacht- en opstalconstructies aangehaald m.b.t. de bouw van openbare parkeerinfrastructuur[116].

Een en ander geeft blijk van pragmatisme en vooral van een duidelijke belangstelling voor erfpacht- en opstalrechten bij publieke projecten met privé-inbreng. Het komt dan ook aangewezen voor mogelijke bezwaren op grond van de oude domeintheorie met het oog op PPS-realisaties weg te nemen.

20. In Belgische rechtspraak en rechtsleer wordt zelden aandacht besteed aan de toepassing van *onroerende leasing* of *financieringshuur* m.b.t. domeingoederen. Onroerende leasing wordt doorgaans op touw gezet middels erfpacht- en opstalconstructies. De leasingnemer (lessee) zal aan de leasinggever (lessor) vaak een zakelijk erfpacht- of opstalrecht verlenen op zijn grond. Het erop opgerichte gebouw kan door de leasinggever in huur maar ook in erfpacht worden gegeven aan de leasingnemer[117]. Onroerende leasing wordt door de overheid frequent toegepast en vaak zelfs aangemoedigd met investeringssubsidies[118]. Bezwaren geput uit het domeinrecht komen

---

[112] Van Oevelen, A., "Actuele ontwikkelingen", *o.c.*, 342-343, nr. 16, en de verwijzingen aldaar; vgl. Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *Zakenrecht*, II, B, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 929 e.v., nrs. 1035 e.v.

[113] Zie Van Oevelen, A., "Actuele ontwikkelingen", *o.c.*, 343-344, nr. 17.

[114] Van Oevelen, A., "Actuele ontwikkelingen", *o.c.*, 371, nr. 38.

[115] Zie *infra*, nrs. 22 e.v.

[116] Zie *supra*, nr. 9.

[117] Zie nader o.m. Charlier, A., "Onroerende leasing", *T.P.R.*, 1983, 457-477.

[118] Zie bijv. Decr.Vl.R. 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden (*B.S.*, 1 juni 1994), inz. na de wijzigingen bij Decr.Vl.P. 16 maart 1999 (*B.S.*, 27 april 1999). Art. 2, 16° van dit decreet definieert het begrip "leasing" als volgt: "een onopzegbare overeenkomst waarbij een financier, op specifieke aanwijzing van de initiatiefnemer en tegen een

blijkbaar zelden aan de oppervlakte. Allicht is dit mede te verklaren doordat veel van de via leasing gerealiseerde gebouwen, zoals ziekenhuizen, serviceflats, rusthuizen, sociale woningen, sportcentra of administratieve gebouwen, dikwijls geen typische openbaar domein-goederen zijn.

De problematiek van onroerende leasing m.b.t. openbaar domein-goederen is grotendeels te herleiden tot de algemene problematiek van de vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein. Men dient er rekening mee te houden dat de fiscale wetgeving ervan uitgaat dat de leasinggever op de goederen die het voorwerp zijn van de overeenkomst, zakelijke rechten heeft die de leasingnemer bij het einde van het contract moet kunnen overnemen[119]. Met een onroerende leasingoperatie zijn sowieso steeds zakelijke rechten gemoeid: een privaat eigendomsrecht en daarnaast mogelijk ook nog erfpacht- en opstalrechten[120]. Onroerende leasing staat ook op gespannen voet met de niet-overdraagbaarheid van het openbaar domein en met het persoonlijk karakter van het bezettingsrecht[121].

---

bepaalde prijs, zorgt voor de nieuwbouw, uitbreiding of verbouwing van een onroerend goed op een grond die eigendom is van de initiatiefnemer en waarop voor de duur van de overeenkomst een recht van opstal wordt gevestigd, met de verplichting om de nieuwbouw, uitbreiding of verbouwing aan de initiatiefnemer in gebruik te geven gedurende de duur van de overeenkomst, en waarbij het recht van opstal uitdooft op het einde van de overeenkomst zodat de initiatiefnemer zonder enige bijkomende vergoeding eigenaar wordt van het onroerend goed". Voor andere voorbeelden, zie Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 452, nr. 46. M.b.t. het lokaal bestuursniveau, zie o.m. Anthierens, G., "Lokale overheidsopdrachten en onroerende leasing", *T.Gem.*, 1992-93, 164-174; Haex, F., ""Onroerende leasing" als financieringsformule voor gemeentelijke investeringen", *De Gem.*, 1980, 94-102. Omtrent onroerende leasing als promotie-overeenkomst in het raam van de overheidsopdrachtenwetgeving, zie o.m. Delvaux, A. en Moïses, F., *Droit bancaire et financement des marchés publics*, Brussel, Larcier, 2000, 37.

[119] Zie inz. art. 1, 3° K.B. nr. 30 van 29 december 1992 met betrekking tot de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde op de onroerende financieringshuur (*B.S.*, 31 december 1992).

[120] Vgl. Van Oevelen, A., "De zekerheidsfunctie van het eigendomsrecht bij leasing", in De Gryse, L. e.a., *Eigendom*, Brugge, Die Keure, 1996, (13), 19, nr. 5.

[121] Zie, wat het Franse recht betreft, *infra*, nrs. 50 en 62.

1.4. Besluit

21. In zijn handboek van Frans administratief zakenrecht schrijft Ph. Godfrin dat men meer en meer inziet dat het openbaar domein een bron van inkomsten is, een economisch belang vertoont en goed moet worden beheerd. Privatief gebruik is normaal en moet worden aangemoedigd, in de mate dat het voor de overheid baten oplevert en bijdraagt tot de algemene economische ontwikkeling. De bezetter van het openbaar domein wordt dan een economische partner die bijdraagt tot de valorisering van het domein en tot de verhoging van de overheidsinkomsten. Bezetter en overheid moeten in een evenwichtig juridisch regime een 'win-win-situatie' vinden. Tot voor kort werd het domein in het Franse recht echter overbeschermd, met averechtse effecten[122].

De Franse PPS-specialist P. Lignières stelt zonder omwegen dat behoud van het domeinrecht, wat de goederen van het kunstmatig openbaar domein betreft, niet meer gerechtvaardigd is, en hij verwijst daarbij naar de hoofdzakelijk Angelsaksische rechtsstelsels waar de overheidsgoederen geen speciale juridische bescherming genieten[123]. Het Franse domeinrecht wordt zowel door praktizijnen als door academici bekritiseerd als archaïsch en nodeloos belemmerend voor de private financiering van openbare infrastructuur. De beperkende regelen worden fundamenteel in vraag gesteld. De klassieke motivering van de onvervreemdbaarheid en de onverjaarbaarheid, te weten de noodzaak om in het algemeen belang de publieke bestemming van het openbaar domein te vrijwaren, door ontmanteling met het oog op verkoop of afwending tot een andere bestemming onmogelijk te maken, is niet echt relevant. Deze risico's zijn voor de grote infrastructuren immers slechts virtueel: havens, autostrades en spoorwegen kunnen praktisch gezien niet worden ontmanteld om te worden verkocht, en de enige oplossing bij financiële moeilijkheden is de verdere exploitatie. Dat is hun enig mogelijke nuttige bestemming. Bovendien kunnen de risico's worden opgevangen door aangepaste contractuele afspraken. Daarom is het domeinrecht overbodig om de publieke bestemming van het openbaar domein te verzekeren. Afschaffing ervan zou de investeringen vergemakkelijken en toelaten klassieke zekerheidsmechanismen aan te wenden[124].

Een analoge kritiek werd geformuleerd door D. Linotte en B. Cantier in een studie over schaduwtollen. De rechtsregelen m.b.t. het beheer van het kunstmatig openbaar domein zijn volgens hen niet meer dan een archaïsme, dat nog wordt versterkt door de overdreven rigiditeit van de rechtspraak. Vergeleken met andere landen, wordt PPS in Frankrijk in onredelijke en onverantwoorde mate belemmerd. In dat verband is behoud van het domeinrecht voor

---

[122] Godfrin, Ph., *Droit administratif des biens*, Parijs, Armand Collin, 1997, 109-110.

[123] Lignières, P., *o.c.*, 275-276, nr. 566.

[124] Lignières, P., *o.c.*, 276, nr. 566.

infrastructuurgoederen moeilijk te rechtvaardigen. De verhindering van PPS is uiteindelijk schadelijk voor de Franse economie, omdat zij leidt tot belasting van de openbare financiën, vooral m.b.t. de aanleg van transportinfrastructuur waarvan de kostprijs zeer hoog en vaak onzeker is, en de exploitatie risicovol. Men moet zijn toevlucht nemen tot klassieke overheidsopdrachten die voor de overheid dikwijls minder voordelig zijn. Soms worden de nodige infrastructuurwerken laattijdig of zelfs helemaal niet aangelegd. Private financiering wordt bemoeilijkt doordat geen passende zekerheidsrechten kunnen worden gecreëerd. Ofschoon de Frans geaarde concessie op zich een geschikte rechtstechniek voor PPS zou kunnen zijn, blijkt zij in de praktijk niet aantrekkelijk, en gewaagt men van "[l]a crise du système des concessions à la française"[125].

Het valt op dat deze harde kritiek werd geformuleerd *na* de hieronder besproken wetgevende versoepelingen van het Franse domeinrecht. Blijkbaar wordt deze Franse wetgeving door velen dus wezenlijk onvoldoende geacht. Zij hopen op verdere modernisering[126].

De Franse rechtsleer wijst er ook op dat de Wereldbank, zich bewust van de belemmeringen voortvloeiend uit het domeinrecht, het aannemen van specifieke versoepelende wetgeving over infrastructuurconcessies heeft aanbevolen in de landen met een Franse juridische traditie[127]. Daaronder valt ook België, dat de Franse domeinrechtelijke begrippen heeft overgenomen.

Weliswaar werd opgemerkt dat men bij de versoepeling van het domeinbeheer ook niet in het andere uiterste mag vervallen, en het beheer van het openbaar domein niet puur vanuit patrominiaal of zelfs mercantiel oogpunt mag benaderen, omdat het openbaar domein wezenlijk voor het publiek gebruik en de openbare diensten is bestemd[128], maar uit wat voorafgaat blijkt dat ook de Belgische domeinleer erg onduidelijk en verward, soms inconsistent, deels nutteloos en achterhaald door de praktijk is. Wanneer private investeerders door deze toestand worden afgeschrikt, terwijl de overheid PPS juist wil aanmoedigen, dringt een regelgevende tussenkomst zich op.

Vanuit dit tussentijds besluit worden hieronder enkele meer flexibele stelsels uit binnen- en buitenland onderzocht.

---

[125] Linotte, D. en Cantier, B., *o.c.*, 864-865.

[126] Zie bijv. Fournier, A. en Jacquot, H., "Un nouveau statut pour les occupants du domaine public", *A.J.D.A.*, 1994, (759), 779.

[127] Linotte, D. en Cantier, B., *o.c.*, 864.

[128] Godfrin, Ph., *o.c.*, 154.

2. STELSELS VAN FLEXIBEL DOMEINBEHEER

2.1. De concessies van openbare werken

22. De Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 definieert de "concessieovereenkomst voor openbare werken" als:

> "de schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel door dewelke een [...] aanbestedende overheid aan een ander privaatrechtelijk of publiekrechtelijk persoon, de concessiehouder genoemd, het recht toekent om de werken of het werk uit te baten, zo nodig vergezeld van een prijs, waarvoor de concessiehouder hetzij de verbintenis aanging ze uit te voeren, hetzij gezamenlijk de conceptie en de uitvoering ervan op zich te nemen, hetzij ze te doen uitvoeren met eender welk middel"[129].

Het bijzonder stelsel van de concessies van openbare werken is belangrijk in het raam van een PPS-aanmoedigend beleid. Het stemt grotendeels overeen met de figuur van de BOT[130]-contracten en aanverwante overeenkomsten gehanteerd in Angelsaksische rechtsstelsels.

23. Het koninklijk besluit van 26 september 1996 "tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken"[131] bevat de volgende nadere bepalingen omtrent de zaken- en domeinrechtelijke aspecten van concessies van openbare werken[132].

De terreinen waarop de concessiehouder allerlei werken moet oprichten die onmisbaar of alleen maar nuttig zijn voor de uitbating van de concessie en die deel uitmaken van het openbaar domein, moeten voorafgaandelijk het voorwerp uitmaken van een desaffectatiebeslissing van de bevoegde aanbestedende overheid (art. 31, ∋ 1, eerste lid).

---

[129] Art. 24, tweede lid W. 24 december 1993.

[130] Build, Operate, Transfer.

[131] *B.S.*, 18 oktober 1996.

[132] Omtrent het regime opgenomen in het oude K.B. van 14 november 1979, zie o.m. Flamme, Ph., "Crise ou cure de jouvence", *o.c.*, 451-452, nr. 45.

De concessiehouder geniet gedurende de hele duur van de concessie een recht van opstal op de uit het openbaar domein gedesaffecteerde terreinen. Hij geniet evenwel niet de rechten welke vermeld zijn in de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal (art. 31, ∋ 1, tweede lid). Het gaat om het recht van de opstalhouder om de gebouwen en werken weg te nemen, om het recht om betaling te ontvangen van de gebouwen en werken die bij het einde van het opstalrecht eigendom van de grondeigenaar worden, en om het retentierecht tot aan de betaling.

Doordat de aanbestedende overheid gedurende de hele duur van de concessie van de natrekking afziet, beschikt de concessiehouder over de volle eigendom van het werk tot de concessie afloopt. Vanaf dit ogenblik wordt het eigendomsrecht op dit werk vrij van enigerlei zakelijk recht overgedragen en behoort het automatisch en van rechtswege toe aan de aanbestedende overheid, zonder dat deze tot enige vergoeding verplicht is. Hetzelfde geldt voor de andere bouwwerken die de concessiehouder gedurende de duur van de concessie zou hebben opgericht en waarvan de aanbestedende overheid de afbraak niet zou hebben geëist (art. 31, ∋ 2, eerste lid).

Gedurende de duur van de concessie kan het werk, zonder de instemming van de aanbestedende overheid, met geen enkele hypotheek worden bezwaard (art. 31, ∋ 2, tweede lid).

Het kan bovendien niet met enige erfdienstbaarheid worden bezwaard (art. 31, ∋ 2, derde lid).

Indien de concessie impliceert dat de concessiehouder op de terreinen die hem toebehoren allerlei werken moet oprichten die onontbeerlijk zijn voor de uitbating van de concessie, dan worden deze terreinen en werken vrij van enigerlei recht, na afloop van de concessie eigendom van de aanbestedende overheid, zonder dat ze tot betaling van enigerlei vergoeding verplicht is (art. 31, ∋ 3, eerste lid). Wanneer de werken opgericht door de concessiehouder op de terreinen waarvan hij eigenaar is alleen maar dienstig zijn voor de uitbating van de concessie, blijven ze na afloop van de concessie de eigendom van de concessiehouder (art. 31, ∋ 3, tweede lid). Het onderscheid tussen de twee soorten werken moet duidelijk blijken uit het bestek. Bovendien moet dit de waarde nader bepalen van de terreinen van de concessiehouder waarop de voor de uitbating van de concessie onontbeerlijke werken dienen te worden opgericht (art. 31, ∋ 3, derde lid).

De concessiehouder kan zijn rechten en plichten die uit de concessie voortvloeien, slechts met de schriftelijke en voorafgaande instemming van de aanbestedende overheid overdragen. In geen geval is de aanbestedende overheid ertoe gehouden een overdracht van concessie te aanvaarden die zou leiden tot een opdeling van de concessie (art. 31, ∋ 4).

24. Op de reglementering van de concessies van openbare werken werd recent fundamentele kritiek uitgebracht door A. Delvaux en F. Moïses. Deze berust op de vaststelling dat de prerogatieven van de aanbestedende overheid, die niet het financiële risico van de operatie op zich neemt, onverzoenbaar kunnen blijken met de noden van de banken en de financiële instellingen

waarvan de zekerheden door de bedoelde reglementering worden verzwakt ("fragilisées")[133]. De belangrijkste kritische bedenkingen van de genoemde auteurs worden hieronder besproken.

25. Een eerste punt van kritiek betreft de borgtocht, die de verbintenissen van de concessiehouder dekt voor de hele duur van de concessie (art. 30, tweede lid). Het bestek kan wel bepalen dat de borgtocht geheel of gedeeltelijk wordt vrijgegeven na uitvoering en oplevering van de op de concesiehouder rustende werken, maar slechts voor zover de aanbestedende overheid op de opgerichte constructies een hypothecaire inschrijving van eerste rang kan verkrijgen waarvan het bedrag ten minste gelijk is aan de borgtocht of met het vrij te geven gedeelte van de borgtocht (art. 30, derde lid). Deze regeling kan de zoektocht van de concessionaris naar financiële partners bemoeilijken wanneer het bedrag van de borgtocht bijzonder hoog is[134].

26. Ten tweede wordt opgemerkt dat het opstalrecht dat de concessionaris gedurende de gehele duur van de concessie geniet, ontdaan is van zijn belangrijkste prerogatieven, omdat de concessionaris niet kan beschikken over de werken en omdat hij geen enkel recht op vergoeding heeft wanneer de werken na afloop van de concessie eigendom worden van de aanbestedende overheid[135]. Het gaat dus om een "zeer beperkt" recht van opstal[136].

27. De regel dat de concessionaris het werk met geen enkele hypotheek kan bezwaren zonder de instemming van de aanbestedende overheid, wijkt ook af van het gemeen recht, dat een opstalhouder toelaat zijn recht vrij te hypothekeren[137]. Het recht tot hypotheekvestiging is dus ook beperkt[138].

---

[133] Delvaux, A. en Moïses, F., *Droit bancaire et financement des marchés publics*, Brussel, Larcier, 2000, 24.

[134] Delvaux, A. en Moïses, F., *o.c.*, 24.

[135] Delvaux, A. en Moïses, F., *o.c.*, 24.

[136] Vancoillie, J., *o.c.*, 268 (over het oude regime van het K.B. van 14 november 1979).

[137] Delvaux, A. en Moïses, F., *o.c.*, 25 en inz. vn. 36 aldaar betreffende de gevolgen van de vestiging van een hypotheek zonder instemming van de aanbestedende overheid.

[138] Vancoillie, J., *o.c.*, 268 (over het oude regime).

28. Een vierde kritiek betreft de aantasting van de efficiëntie en de duurzaamheid van de mogelijk toch door het bestuur toegestane zekerheden.

De rechten van de hypothecaire schuldeiser van de concessionaris worden verzwakt door de bepalingen i.v.m. de voortijdige beëindiging van de concessie, omdat deze meteen de zakelijke rechten van de concessionaris, waarop de zekerheden zijn gestut, precair maken.

Ten eerste kan - indien de duur van de concessie dertig jaar overtreft[139] - het contract voorschrijven dat iedere partij na het verstrijken van deze periode aan de concessie een einde kan maken zonder vergoeding, mits in een vooropzeg van minstens een jaar voorzien wordt. In dat geval verwerft de aanbestedende overheid het eigendomsrecht van de werken op de datum waarop de concessie afloopt (art. 40, ∋ 1). Deze regeling is moeilijk te verzoenen met de basiskenmerken van het recht van opstal, dat in principe niet voortijdig kan worden beëindigd (behoudens wanprestatie)[140].

De aanbestedende overheid kan eveneens voortijdig een einde maken aan de concessie wanneer de concessiehouder ernstig zou tekortkomen aan de verplichtingen die uit de concessie voortvloeien, zowel jegens de aanbestedende overheid als jegens de gebruikers van de dienst die hij moet verzekeren (art. 40, ∋ 3, eerste lid). In dit geval heeft de concessiehouder recht op betaling, binnen de termijn van een jaar, van een vergoeding overeenstemmend met een deel, uitgedrukt door een breuk, van de helft van de kostprijs van de door hem uitgevoerde werken (desgevallend verhoogd met de in het contract bepaalde waarde van de over te dragen terreinen) (art. 40, ∋ 3, tweede lid). Deze financiële sanctionering wordt bijzonder zwaar geacht. In geval van grote infrastructuurwerken, zoals een wegtunnel, verkrijgt de aanbestedende overheid een aanzienlijk voordeel[141].

A. Delvaux en F. Moïses besluiten dat de besproken reglementering m.b.t. concessies van openbare werken het verkrijgen van noodzakelijke kredieten voor de financiering van de werken en van de exploitatie, sterk kan bemoeilijken omdat het opstalrecht wordt uitgehold, omdat het risico bestaat van het verlies van de helft van de waarde van het werk, en omdat de blijvende exploitatie-opbrengst gedurende de volle overeengekomen duurtijd onzeker is[142].

---

[139] De maximumduur is 50 jaar (art. 29, tweede lid K.B. 26 september 1996).

[140] Delvaux, A. en Moïses, F., *o.c.*, 26.

[141] Delvaux, A. en Moïses, F., *o.c.*, 26.

[142] Delvaux, A. en Moïses, F., *o.c.*, 26.

29. Eerder schetste Vancoillie de beperkingen van de hypothekeerbaarheid als volgt:

> "De mogelijkheid om het bouwwerk, en dan nog tijdens de duur van de concessie met een hypotheek te bezwaren (en dan nog met het accoord van het bestuur) is slechts een zeer zwakke bescherming van de geldschieter van de concessiehouder. Bij niet-betaling kan hij weliswaar de verkoop van de werken uitlokken maar dan zal er nog moeten voor gezorgd worden dat de koper ook de exploitatie verderzet (het behoud en het instand houden van de bouwwerken, het zich onthouden van het aanbrengen van wijzigingen van bestemming, enz., m.a.w. alle verplichtingen van de concessiehouder moeten aan de koper worden overgedragen).
> Wanneer nu precies het in gebreke blijven van de concessiehouder veroorzaakt werd door een economisch niet-haalbare exploitatie zal er nooit een koper gevonden worden m.a.w. de bouwwerken zijn in het kader van een gedwongen verkoop praktisch waardeloos, tenzij het bestuur b.v. een wijziging van de concessievoorwaarden zou willen aanvaarden"[143].

Het stelsel van de concessie van openbare werken heeft in de praktijk slechts een beperkt succes, mogelijk ook omdat zich eerder weinig projecten aandienden die voor de techniek in aanmerking kwamen.

Men zou de geldende reglementering eenvoudig maar ingrijpend kunnen versoepelen door afwijkingen mogelijk te maken voor zover de bijzondere eisen van de opdracht dit noodzakelijk maken[144].

30. In alle geval berust de huidige reglementering m.b.t. het opstalrecht van de concessiehouder op een markante en fundamentele contradictie. Zoals gezien wordt het goed waarop het werk wordt opgericht, door de overheid gedesaffecteerd. De goederen waarover de concessionaris zijn "heerschappij" uitoefent, behoren dus tot het privaat domein[145]. De voorafgaande desaffectatie van het openbaar domeingoed werd in de praktijk o.m. toegepast bij de concessie van de bouw van de Liefkenshoektunnel[146]. In dat geval werd naar verluidt een uitdrukkelijke desaffectatiebeslissing getroffen om een deel van de bedding of ondergrond van de Schelde uit het openbaar domein te lichten. Vanuit een klassieke opvatting van de domeintheorie is dergelijke

---

[143] Vancoillie, J., *o.c.*, 268.

[144] Vgl. art. 3, ə 1 K.B. 26 september 1996 omtrent afwijkingen van de algemene aannemingsvoorwaarden.

[145] Vuye, H., *Bezit en bezitsbescherming, o.c.*, 470, nr. 449.

[146] Vuye, H., *Beziten bezitsbescherming, o.c.*, 469, nr. 448.

werkwijze vatbaar voor kritiek. Men leert immers dat rivierbeddingen, die behoren tot het "natuurlijk" openbaar domein[147], in principe alleen ingevolge natuurlijke gebeurtenissen kunnen worden gedesaffecteerd, zoals wanneer zij droogvallen[148]. Wegen, waaronder hun bedding, behoren in principe ook tot het openbaar domein[149]. Volgens de rechtspraak kan op een weide bestemd voor de aanleg van een ringautosnelweg geen pachtovereenkomst worden gevestigd, en kan in dergelijk geval geen geldige desaffectatie worden aangenomen[150]. M.b.t. concessies van openbare werken legt de regelgever precies dergelijke desaffectatie van voor infrastructuurwerken bestemde gronden op, teneinde er een opstalrecht op te vestigen. Om een bepaald terrein te kunnen bestemmen tot de oprichting van een werk waarop of waarmee een openbare dienst zal worden verzekerd, wat normaal, *ipso facto,* een *affectatie* impliceert, legt de regelgever een *desaffectatie* op. Deze kunstgreep versoepelt het klassieke domeinrecht, maar stelt er meteen de zin van in vraag.

Door P. Lejeune werd zelfs de vraag gesteld, of de reglementering m.b.t. de concessies van openbare werken (en meteen het verleende opstalrecht) niet *onwettig* is, omdat ze tegen het domeinrecht indruist, en of de rechter - en mogelijk het bestuur zelf - deze mogelijke onwettigheid niet kan of moet opwerpen. Dat de geschetste contradictie ook weer niet bijdraagt tot de rechtszekerheid bij PPS-operaties, behoeft geen betoog. Weliswaar werden op intiatief van de financiële sector een aantal clausules uitgedacht om de financierbaarheid van bouwwerken door de concessionaris bevorderen, maar ook Lejeune kwam tot het besluit dat een wetgevende ingreep naar Frans model, waarbij eenvoudig en uitdrukkelijk de creatie wordt mogelijk gemaakt van zakelijke rechten en hypotheken op het openbaar domein, verkieslijk is[151].

---

[147] Van Neste, F., *o.c.,* 172, nr. 92.

[148] Dembour, J., *o.c.*, 349, nr. 266.

[149] Zie o.m. Van Neste, F., *o.c.*, 169 en 170, nr. 90.

[150] Zie *supra*, nr. 9, vn. 43.

[151] Lejeune, P., "Interférence de normes ou principes "extérieurs" avec les solutions contenues dans la réglementation sur les marchés publics", in Commission droit et vie des affaires, *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1997, (223), 239-253, nrs. 18-32.

2.2. Wettelijke regeling van de beslagbaarheid van overheidsgoederen

31. De beslagbaarheid van overheidsgoederen werd nieuw geregeld door de wet van 30 juni 1994[152] die een artikel 1412*bis* heeft ingevoegd in het Gerechtelijk Wetboek. Deze bepaling luidt:

> "ϋ 1. De goederen die toebehoren aan de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de provincies, de gemeenten, de instellingen van openbaar nut en, in het algemeen, aan alle publiekrechtelijke rechtspersonen, zijn niet vatbaar voor beslag.
> ϋ 2. Onverminderd het bepaalde in artikel 8, tweede lid, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, zijn echter wel vatbaar voor beslag:
> 1° de goederen ten aanzien waarvan de in ϋ 1 bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen verklaard hebben dat ze inbeslaggenomen kunnen worden. Deze verklaring moet uitgaan van de bevoegde organen. Ze moet worden neergelegd op de plaatsen die door artikel 42 zijn bepaald voor de betekening van de gerechtelijke akten.
> De Koning bepaalt de wijze waarop deze neerlegging geschiedt[153];
> 2° bij gebreke van een dergelijke verklaring of wanneer de tegeldemaking van de erin opgenomen goederen niet volstaat tot voldoening van de schuldeiser, de goederen die voor deze rechtspersonen kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of voor de continuïteit van de openbare dienst.
> ϋ 3. De in ϋ 1 bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen wier goederen overeenkomstig ϋ 2, 2°, in beslag genomen worden, kunnen verzet doen. Ze kunnen aan de beslagleggende schuldeiser andere goederen ter beslagneming aanbieden. Het aanbod is bindend voor de beslagleggende schuldeiser indien het goed op het Belgisch grondgebied gelegen is en de tegeldemaking volstaat tot voldoening van de schuldeiser.
> Indien de beslagleggende schuldeiser aanvoert dat niet is voldaan aan de in het vorige lid bedoelde voorwaarden inzake de vervanging van het in beslag genomen goed, wendt de meest gerede partij zich tot de rechter onder de in artikel 1395 gestelde voorwaarden.
> ϋ 4. Verzet kan alleen worden gedaan bij exploot te betekenen aan de beslaglegger, samen met een dagvaarding om te verschijnen voor de beslagrechter. De eis schorst de tenuitvoerlegging en moet, op straffe van verval, worden ingesteld binnen een maand te rekenen van het beslagexploot betekend aan de schuldenaar.
> Het vonnis kan niet bij voorraad ten uitvoer worden gelegd. Het is niet vatbaar voor verzet. De termijn om hoger beroep in te stellen is een maand te rekenen van de betekening van het vonnis. De rechter in hoger beroep doet uitspraak met voorrang boven alle andere zaken. Tegen een bij verstek gewezen arrest kan geen verzet worden gedaan".

---

[152] *B.S.*, 21 juli 1994, err. *B.S.*, 4 oktober 1994.

[153] Zie K.B. 5 april 1995 tot uitvoering van artikel 1412bis van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.*, 19 mei 1995.

32. In deze nieuwe regeling wordt geen onderscheid meer gemaakt tusen goederen die tot het openbaar domein behoren en de private domeingoederen, maar volgens sommigen is het evident dat de goederen die tot het openbaar domein behoren door de betrokken rechtspersoon niet op de lijst kunnen worden ingeschreven van de goederen die in aanmerking komen voor beslag en, bij gebrek aan een lijst, vatbaar zijn voor beslag daar die openbare domeingoederen in normale omstandigheden kennelijk wel nuttig zijn voor de taakuitoefening of de continuïteit van de openbare dienst[154].

Deze zienswijze is niet te rijmen met de bedoeling van de wetgever. De wetgever speelde aanvankelijk met de gedachte om bij het relativeren van de uitvoeringsimmuniteit, het onderscheid tussen openbaar en privaat domein te hanteren. Maar precies omdat dit onderscheid vaag en soms kunstmatig is, en omdat er in de rechtsleer en de rechtspraak uiteenlopende opvattingen over bestaan, werd het onderscheid niet aangehouden. In de parlementaire voorbereidingswerken werd er wel uitdrukkelijk op gewezen dat het opheffen van het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein enkel gold voor het beslagrecht. Als dusdanig wenste men aan het algemene administratiefrechtelijk leerstuk m.b.t. de domeingoederen geen afbreuk te doen[155]. Goederen van het openbaar en het privaat domein zijn bij gebrek aan lijst van beslagbare goederen dus beslagbaar wanneer ze "kennelijk niet nuttig" zijn voor de uitoefening van de overheidstaak of voor de continuïteit van de openbare dienst[156].

---

[154] Zie o.m. Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M. en Vande Lanotte, J., *Overzicht, o.c.*, 264, nr. 257.

[155] Peeters, B., "Dwanguitvoering op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412*bis* Ger.W.", *T.B.P.*, 1995, (67), 70, nr. 14; in dezelfde zin Brijs, S., "Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmuniteit van de overheid doorbroken", *R.W.*, 1994-95, (625), 629-630, nr. 13; Vuye, H., "Overheid en eigendom herbekeken in het licht van artikel 1412*bis* Ger.W.: over uitvoeringsimmuniteit, rechtstreekse en onrechtstreekse uitvoering", in De Gryse, L. e.a., *Eigendom*, Brugge, Die Keure, 1990, (239), 263-264, nr. 21; zie ook Nyssens, C., "Le principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics assoupli par le législateur", *R.R.D.*, 1994, (299), 303-304.

[156] Vuye, H., "Overheid en eigendom herbekeken", *o.c.*, 267-268, nr. 25. Voor een praktische toepassing, waarbij alleen de "rechtstreekse" nuttigheid in aanmerking werd genomen, zie Beslagr. Verviers, 12 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 477 en in dezelfde zaak Luik, 13 juni 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1650.

33. De vraag rijst welke weerslag de nieuwe beslagregeling voor overheidsgoederen heeft op Vlaamse decreetgeving tot versoepeling van het domeinbeheer.

Met anderen stelt Vuye dat de goederen van het openbaar domein ook na de invoering van artikel 1412*bis* Ger.W. in principe niet-vervreemdbaar, onverjaarbaar en niet vatbaar voor de vestiging van burgerlijke rechten blijven. Hij merkt op dat de nieuwe regeling wel een eigenaardige constructie vormt, o.m. omdat bepaalde goederen van het privaat domein, die wel vervreemdbaar, verjaarbaar en vatbaar voor burgerlijke rechten zijn, toch onbeslagbaar kunnen zijn[157]. Brijs stelde o.i. terecht dat de nieuwe wettelijke regeling ook buiten het beslagrecht "gevolgen kan hebben en afbreuk zal doen aan het klassieke stelsel van openbare en private domeingoederen"[158]. Dirix en De Corte menen dat wanneer door de overheid een hypotheek zou worden gevestigd op een van haar (private domein)goederen, dat kan dat worden uitgelegd als een beslissing van het bestuur om het goed in het raam van artikel 1412*bis* Ger.W. aan de uitvoeringsimmuniteit te onttrekken, alleszins als het verwekken van het rechtmatig vertrouwen dat dit het geval is[159]. Stranart en Goffaux betreurden dat de wetgever de gelegenheid niet heeft benut om een wettelijke definitie vast te stellen van de zo controversiële begrippen openbaar en privaat domein en drukten de hoop uit dat de rechter en de regelgever middels het criterium van de nuttigheid voor de openbare dienst, alsnog opheldering zullen brengen[160].

Ondertussen is het onmiskenbaar dat de nieuwe beslagregeling het onderscheid tussen openbaar en privaat domein verder heeft uitgehold. Ook is duidelijk dat de beslagbaarheid van de overheidsgoederen een onmiddellijk effect heeft op de vestiging van zakelijke rechten op deze goederen en bijgevolg ook op de financierbaarheid van PPS-projecten waarin dergelijke goederen betrokken zijn. Decreetgeving tot versoepeling van het domeinrecht moet met het nieuwe beslagregime hoe dan ook rekening houden. De decreetgever kan dit nieuwe regime niet wijzigen. Concreet zal dit erop neerkomen dat wanneer de overheid ingevolge versoepelende decreetgeving bijvoorbeeld een hypotheek op een openbaar domeingoed zou toestaan, ditzelfde goed in principe beslagbaar zal moeten worden geacht. Uiteraard zal de realiseerbaarheid van de hypothecaire zekerheid in de verhouding tussen overheid, gebruiker en financier nader kunnen worden gemoduleerd. In dit verband is het nuttig de praktijk in de Antwerpse haven te bestuderen.

---

[157] Vuye, H., "Overheid en eigendom herbekeken", *o.c.*, 280-281, nr. 38.

[158] Brijs, S., *o.c.*, 630, nr. 13.

[159] Dirix, E. en De Corte, R., *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XII, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, 421, nr. 611.

[160] Stranart, A.-M. en Goffaux, P., "L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412*bis* du Code judiciaire", *J.T.*, 1995, (437), 445.

2.3. De praktijk in de Antwerpse haven

2.3.1. Problematiek

34. De praktijk van het domeinbeheer in de haven van Antwerpen is interessant omdat in de haven sedert lang belangrijke private investeringen op het openbaar domein van het havenbestuur worden verricht. Ook buiten de havensector worden de er toegepaste juridische constructies vaak als richtinggevend beschouwd bij het organiseren van private investeringen op overheidsgrond m.m.v. fnanciële instellingen. Een derde reden waarom de problematiek in de havens een bijzonder belang vertoont, is dat deze in Frankrijk aanleiding heeft gegeven tot een meer algemene wetgevende versoepeling van het domeinrecht, die op bepaalde punten bij het Antwerpse regime blijkt aan te sluiten[161].

Tot 1996 maakte het grootste deel van de Antwerpse haveninfrastructuur deel uit van het openbaar domein van de Stad Antwerpen; thans is ze eigendom van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, een autonoom gemeentebedrijf met rechtspersoonlijkheid.

De jongste decennia wordt de uitbouw van de suprastructuur van de haven (kaaibevloering, loodsen, magazijnen, administratiegebouwen, kranen, etc.) overgelaten aan de private havenbedrijven die op het openbaar domein een domaniale concessie verkrijgen.

Dergelijke investeringen waren maar mogelijk indien de private ondernemingen een krediet konden bekomen. Daarbij was het wenselijk dat de bedrijven de door hen opgerichte installaties in hypotheek konden geven. Dit werd echter belet doordat de installaties werden opgericht op het openbaar domein. De concessie-akten legden de concessionaris de verplichting op om zelf de door hem opgerichte gebouwen te exploiteren. Hypothekering zou kunnen leiden tot verkoop van deze gebouwen, wat meteen een schending van de overeenkomst zou uitmaken, die tot beëindiging ervan zou leiden. Het gevolg van de beëindiging zou zijn dat de gebouwen (1) hetzij verenigd worden met het openbaar domein en eigendom worden van de Stad, waardoor de hypotheek zou vervallen, (2) hetzij moeten worden afgebroken door de concessionaris, waardoor de hypotheek nog slechts zou dragen op het afbraakmateriaal. In de concessie-overeenkomsten van de Stad werd bovendien uitdrukkelijk bepaald dat het de concessionarissen verboden is hun instellingen te hypothekeren in het voordeel van anderen dan de Stad Antwerpen. Dit alles betekende dat de havenbedrijven werden achteruitgesteld bij de bedrijven die hun installaties

---

[161] Bijzondere dank is verschuldigd aan de heren D. de Kort, G. Vandewal en S. Corthout van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen voor het ter beschikking stellen van informatie en voor gedachtenwisselingen over de concessie- en hypotheekproblematiek in de haven.

konden oprichten op eigen grond buiten de haven. Daarom werd gezocht naar een passende oplossing. In 1948 werd een eerste dossier behandeld als een principepszaak.

Uitgangspunt hierbij was dat de gebouwen die de concessionaris opricht op het openbaar domein, hem in eigendom toebehoren en onroerend van nature zijn. Welnu, cassatierechtspraak uit 1914 leerde reeds dat het wezenlijk precair en bijgevolg herroepbaar karakter van een concessie op het openbaar domein, slechts tot gevolg heeft dat op dit domein geen rechten kunnen worden gevestigd die strijdig zijn met de aard van het betrokken goed, m.a.w. dat er geen lasten op kunnen worden gelegd die het vrije beschikkingsrecht van de overheid zouden aantasten. De concessie kent aan de houder ervan hoe dan ook een burgerlijk vermogensrecht toe[162].

De oplossing die werd uitgedokterd kwam erop neer dat de Stad tussenkwam in de akte van kredietopening met een bijzondere bepaling, luidens welke (1) de bank verklaarde kennis te hebben van de concessie-overeenkomst tussen de Stad en het havenbedrijf, (2) de Stad toelating geeft aan het havenbedrijf om de door dit bedrijf opgerichte goederen te hypothekeren voor een termijn van rechtswege eindigend op de einddatum van de leningstermijn, (3) de bank verplicht is handlichting van de hypothecaire inschrijving te geven ten laatste op de einddatum van de concessie (eventueel door vroegtijdige beëindiging), en (4) de toelating verleend door de Stad geen verzaking meebrengt door de Stad aan om het even welke rechten en voordelen, die de concessie-overeenkomsten haar kunnen verlenen. Indien de gebouwen bij vroegtijdige beëindiging van het contract geen eigendom worden van de Stad, verbindt deze zich ertoe, indien de havenonderneming dit verlangt, om elke andere door de kredietmaatschappij voorgestelde firma als nieuwe concessionaris te aanvaarden, ten einde het onzekere karakter van de borg te milderen. Dit stelt de kredietmaatschappij in staat haar hypotheek werkelijk te realiseren. De Stad heeft harerzijds een concessionaris die de exploitatie aan dezelfde voorwaarden voortzet. Indien de gebouwen bij beëindiging echter eigendom worden van de Stad, heeft de hypotheek geen waarde, omdat zij dan worden geïntegreerd in het openbaar domein. De bank heeft tegenover de Stad echter dit risico aanvaard. Ten einde de Stad te vrijwaren tegen elk mogelijk verlies, bijvoorbeeld ingevolg een onderbreking van betalingen, bedingt zij bovendien een garantie ten bedrage van minstens twee jaar concessierechten[163]. Het kwam ook voor dat de bank zich tegenover de Stad solidair borg stelde voor de goede uitvoering van de rechten en voordelen toebehorend aan de Stad en voortvloeiend uit de concessie[164].

---

[162] Cass., 5 februari 1914, *Pas.*, 1914, I, 91.

[163] Zie Verheyen, H., *Het juridisch aspect der concessies in de haven van Antwerpen*, Brugge, Die Keure, 1956, 31-38; zie ook Van Hooydonk, E., *o.c.*, 296-297, nr. 132.2°.

[164] Dit was m.n. het geval bij het allereerste dossier dat zich voordeed (concessie "Belgische Petroleum Raffinaderij": *Gemeenteblad*, 4 oktober 1948, 283 e.v., nr. 6).

2.3.2. Huidige praktijk i.v.m. hypotheken

35. De werkwijze thans toegepast door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen is in wezen ongewijzigd.

Administratief werd een vereenvoudiging doorgevoerd doordat het Havenbedrijf met de banken een "raamovereenkomst m.b.t. de vestiging van hypothecaire inschrijving en/of hypothecaire volmacht" sluit. Deze geldt voor alle hypothecair gewaarborgde kredieten die de bank aan een bepaalde concessionaris verleent.

58. De raamovereenkomst moet worden samengelezen met volgend beding opgenomen in artikel 5 van de algemene concessievoorwaarden van het Havenbedrijf[165]:

> "Behoudens voorafgaande en schriftelijke toestemming van het gemeentelijk havenbedrijf Antwerpen is het de concessionaris verboden de op te richten konstrukties, met aanhorigheden en uitrusting, te hypothekeren ten voordele van anderen dat het gemeentelijk havenbedrijf Antwerpen, of enige daad te stellen die tot gevolg zou kunnen hebben dat derden er enig voorrecht of kontraktueel recht op zouden verkrijgen; ingeval van toestemming moeten de door het gemeentelijk havenbedrijf Antwerpen op te leggen voorwaarden nageleefd worden en moet de hypotheek of het voorrecht uiterlijk vervallen bij het einde of het verbreken van de concessie".

Hierbij valt te vermelden dat niet in alle gevallen een toelating tot hypotheekvestiging wordt gegeven. In geval van constructies die niet kunnen worden bestemd voor algemeen gebruik, wordt vaak een waarborg gevraagd in functie van de afbraakkosten (en eventuele milieukosten). Het weigeren van de toelating tot hypothekeren gebeurt in alle geval nooit onredelijk of zonder bijzondere motivering.

36. De belangrijkste bepalingen van de raamovereenkomst kunnen als volgt worden samengevat.

In deze raamovereenkomst verklaart de bank kennis te hebben van het feit dat zij geen rechtsgeldige hypothecaire inschrijving en/of hypothecaire volmacht kan vestigen op constructies op concessiegronden zonder de voorafgaandelijke schriftelijke toestemming van het Havenbedrijf. De bank verbindt er zich toe om bij vestiging van een hypothecaire inschrijving en/of

---

[165] Algemene voorwaarden voor concessies in het havengebied, laatste versie in werking getreden op 1 november 1997.

hypothecaire volmacht op constructies op concessiegronden of omzetting van een hypothecaire volmacht in een hypothecaire inschrijving gebruik te maken van de aan de raamovereenkomst gehechte modelakten. De bank verbindt zich ertoe aan het einde van de termijn waarvoor de toestemming tot hypothekering door het Havenbedrijf wordt gegeven, handlichting te geven van de hypothecaire inschrijving en/of hypothecaire volmacht vrij te geven. De bank erkent dat het Havenbedrijf door zijn toelating in geen geval verzaakt aan om het even welke rechten en voordelen die haar door de concessievoorwaarden worden verleend. De toelating geldt bovendien slechts "mits de hypotheekgelden worden besteed voor de financiering van investeringen, commerciële kredieten en aanvullend bedrijfskapitaal voor activiteiten in het havengebied van Antwerpen" (art. 1).

Het Havenbedrijf verklaart dat, indien de hypothecaire inschrijving zou dienen gerealiseerd, het voor de verdere voortzetting van de concessie, aan dezelfde voorwaarden diegene zal aanvaarden die door de bank zal worden voorgesteld, op voorwaarde dat (1) het om een havengebonden bedrijf met een havengebonden activiteit gaat, (2) de nieuwe concessionaris de wijzigingen aanvaardt die, in voorkomend geval, aan de concessievoorwaarden dienen aangebracht ingevolge een wijziging van bestemming, (3) alle bedragen die nog uit hoofde van de concessie aan het Havenbedrijf verschuldigd zouden blijven, volledig worden vereffend, en (4) de nieuwe concessionaris voor het Havenbedrijf, volgens zijn discretionaire beoordeling, de vereiste waarborgen biedt en als aanvaardbaar voorkomt. Indien het Havenbedrijf wegens niet-naleving van de verplichtingen door de concessionaris aan de concessie vroegtijdig een einde wenst te stellen, zal het de bank hiervan (binnen een redelijke termijn) op voorhand verwittigen. Teneinde het verval van de concessie te voorkomen, ingevolge een vroegtijdige beëindiging van de concessie-overeenkomst, faillissement of ontbinding van de concessionaris, heeft de bank het recht, hetzij aan de verplichtingen zelf te voldoen in naam en voor rekening van de in gebreke zijnde concessionaris, hetzij aan het Havenbedrijf een kandidaat-overnemer voor te stellen die bereid is de verplichtingen van de vorige concessionaris over te nemen en die door het Havenbedrijf aanvaard zal worden als nieuwe concessionaris, mits naleving van hoger vermelde voorwaarden. Bij voortijdige beëindiging om welke reden ook, verbindt het Havenbedrijf er zich toe om de vergoeding voor de constructies en de schadevergoeding die het Havenbedrijf eventueel verschuldigd zou zijn overeenkomstig de "Algemene voorwaarden voor concessies in het havengebied", aan de bank in haar hoedanigheid van hypothecaire schuldeiser te betalen volgens de rang van haar bevoorrechte schuldvordering. De bank kan als hypothecaire schuldeiser op grond van de zakelijke subrogatie aanspraak maken op deze vergoedingen (art. 2).

Ingeval de bank haar krediet opzegt en tot uitwinning van de hypotheek beslist, dient zij het Havenbedrijf hiervan (binnen een redelijke termijn) op voorhand te verwittigen bij aangetekende brief. Alsdan zullen de bank en het Havenbedrijf samen de voorwaarden bepalen, waaronder de gehypothekeerde constructies opgericht op de concessiegrond zullen worden verkocht. Alleszins zal de koper voor het Havenbedrijf, volgens haar discretionaire beoordeling, de vereiste waarborgen moeten bieden en aanvaardbaar zijn. De koper van de constructies, zal de originele concessieovereenkomst en de erin vervatte bepalingen voortzetten, behoudens de wijzigingen die het Havenbedrijf alsdan aan de concessieovereenkomst wil aanbrengen (art. 3).

De bank verbindt zich ertoe bij de omzetting van een hypothecaire volmacht in een hypothecaire inschrijving het Havenbedrijf hiervan binnen de twee werkdagen na het verlijden van de notariële akte te verwittigen bij aangetekende brief. Tevens verbindt de bank zich ertoe het Havenbedrijf een kopie te bezorgen van de geregistreerde akte (art. 4).

Wanneer het Havenbedrijf bij het verlenen van de toelating tot het vestigen van een hypothecaire inschrijving en/of hypothecaire volmacht van mening is dat een bankwaarborg dient afgeleverd te worden, verbindt de bank zich ertoe, vóór het verlijden van de akte tot hypothecaire inschrijving en/of hypothecaire volmacht, een belofte te ondertekenen dat de bankwaarborg binnen de week na het verlijden van de akte zal worden afgeleverd (art. 5).

2.3.3. Praktijk i.v.m. onroerende leasing

37. In een kleine minderheid van de gevallen wordt bij private investeringen in suprastructuur in de haven een onroerende leasing-formule toegepast i.p.v. een hypothekering.

Het Havenbedrijf hanteert hierbij "Bijzondere voorwaarden voor onroerende leasing" waarbij de financiële instelling die optreedt als leasinggever, als solidaire concessionaris wordt beschouwd samen met de private havenonderneming-leasingnemer. Het valt op te merken dat dit regime aansluit bij het optreden van de lessor als co-titularis van het bezettingsrecht op het openbaar domein, zoals dat in de Franse rechtsleer wordt beschreven[166].

De belangrijkste afspraken in het Antwerpse stelsel kunnen als volgt worden samengevat.

Het Havenbedrijf neemt kennis van de leasingovereenkomst en geeft er zijn toestemming voor (art. 1). Omgekeerd verklaart de leasinggever kennis te hebben van de concessie-overeenkomst (art. 2).

De solidaire concessie wordt gegeven voor een initiële duur van 15 jaar en zes maanden. Het Havenbedrijf kent aan de leasinggever een optie tot verlenging van de solidaire concessie toe tot maximaal de duur van de concessie-overeenkomst met de leasingnemer. De optie tot verlenging zal door de leasinggever alleen worden uitgeoefend indien blijkt dat niet alle door de leasinggever gefinancierde sommen (inclusief rente en kosten) binnen de leasingovereenkomst zijn terugbetaald tijdens de leasingperiode en de eventuele aanvullende verhuring (art. 3).

---

[166] Fatôme, E. en Terneyre, Ph., "Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations ?", *A.J.D.A.*, 1995, (905), 917.

Het Havenbedrijf erkent de exclusieve eigendomsrechten van de leasinggever op de in het kader van de overeenkomst op te richten gebouwen en constructies (art. 4).

I.v.m. vroegtijdige beëindiging van de concessie-overeenkomst ten laste van de leasingnemer wegens niet-naleving van de concessievoorwaarden geldt het volgende. Het Havenbedrijf zal tot dergelijke beëindiging niet overgaan dan na een verwittiging van de leasingnemer en de leasinggever 30 kalenderdagen op voorhand, met opgave van de tekortkomingen en de eventueel achterstallige bedragen. De leasinggever heeft het recht, teneinde voortijdige beëindiging van de concessieovereenkomst te voorkomen, om zelf aan de verplichtingen van de leasingnemer te voldoen in diens naam en voor diens rekening, en de eventueel verschuldige bedragen aan te zuiveren. De leasinggever zal hierover vooraf overleg plegen met de leasingnemer. In het geval het Havenbedrijf de concessie-overeenkomst eenzijdig beëindigt ten laste van de leasingnemer, tast deze beëindiging de eigendomsrechten van de leasinggever op de gebouwen en de constructies niet aan. In dat geval zal het Havenbedrijf toestaan dat de leasinggever de solidaire concessie tijdelijk verderzet tot een nieuwe concessionaris door het Havenbedrijf wordt aanvaard. Deze bedingen blijven onverminderd gelden bij faillissement of ontbinding van de leasingnemer. De leasinggever kan in geen geval rechtstreeks of onrechtstreeks worden aangesproken voor eventuele schadevergoedingen ten laste van de leasingnemer omwille van de verbreking van de concessieovereenkomst. De schadevergoedingen blijven exclusief ten laste van de leasingnemer. Het Havenbedrijf verbindt zich ertoe de leasinggever op de hoogte te houden van het in gebreke blijven van de leasingnemer (art. 5).

Het Havenbedrijf heeft steeds het recht om een kandidaat-overnemer of kandidaat-leasingnemer voor te stellen. De leasinggever heeft steeds het recht om bij de verbreking van de concessieovereenkomst ten laste van de leasingnemer aan het Havenbedrijf een kandidaat-overnemer of kandidaat-leasingnemer voor te stellen. Deze kandidaat zal door het Havenbedrijf worden aanvaard als nieuwe concessionaris op voorwaarde dat (1) het om een havengebonden bedrijf en een havengebonden activiteit gaat, (2) de nieuwe concessionaris de wijzigingen aanvaardt die, in voorkomend geval, aan de concessievoorwaarden dienen aangebracht ingevolge een wijziging van bestemming, (3) alle bedragen (inclusief intresten), met uitzondering van schadevergoedingen ten laste van de leasingnemer, die nog uit hoofde van de concessie aan het Havenbedrijf verschuldigd zouden blijven, volledig worden vereffend, en (4) de nieuwe concessionaris voor het Havenbedrijf de vereiste waarborgen biedt en als aanvaardbaar voorkomt. In dit geval staat het de leasinggever volledig vrij alle voorwaarden en modaliteiten van een eventuele verkoop of onroerende leasing met de nieuwe kandidaat overeen te komen, in de mate dat die kandidaat voldoet aan de door het havenbedrijf opgelegde voorwaarden. De prijs die in voorkomend geval voortvloeit uit de verkoop of het opnieuw inleasinggeven van de opgerichte gebouwen zal volledig vrij door de leasinggever naar eigen oordeel kunnen worden vastgesteld en zal aan haar toekomen tot aanzuivering van zijn schuldvorderingen op de leasingnemer.
In de tussentijd die verloopt tussen voormelde verbreking en de aanvaarding door het Havenbedrijf van een nieuwe concessionaris, kan het Havenbedrijf aan de leasinggever toestaan dat hij met derden een precaire bezetting ten bezwarende titel regelt. Het Havenbedrijf zal deze

toelating nooit ongemotiveerd kunnen weigeren. De leasinggever en het Havenbedrijf zullen alles in het werk stellen om een nieuwe concessionaris te vinden. De financiële voorwaarden ten aanzien van de nieuwe concessionaris met betrekking tot de aankoop of huur van het gebouw, eigendom van de leasinggever, zullen steeds en uitsluitend door de leasinggever worden bepaald (art. 6).

Bij verbreking van de onroerende leasingovereenkomst door de leasinggever brengt deze laatste het Havenbedrijf op de hoogte. Het Havenbedrijf kan de concessieovereenkomst dan beëindigen (art. 7).

Indien de leasingnemer in toepassing van de leasingovereenkomst de aankoopoptie licht, draagt de leassinggever zijn eigendomsrechten op de gebouwen en constructies evenals de erop verleende zakelijke en persoonlijke rechten, over aan de leasingnemer. Het Havenbedrijf zal dan de solidaire concessie met de leasinggever beëindigen en de concessie verderzetten met de leasingnemer (art. 8). Wanneer de leasingnemer de aankooptie niet uitoefent, tast de beëindiging van de onroerende leasing de eigendomsrechten van de leasinggever op de gebouwen en constructies en de haar erop verleende zakelijke en persoonlijke rechten niet aan (art. 9). Indien de huuroptie door de leasingnemer wordt gelicht, sluit deze met de leasinggever een huurovereenkomst (art. 9.1). Indien de huuroptie niet wordt gelicht, gelden dezelfde principes als hierboven uiteengezet i.v.m. het zoeken, voorstellen en aanvaarden van een nieuwe gebruiker (art. 9.2).

De leasinggever verbindt zich ertoe om aan de leasingnemer of aan eventuele derden geen rechten toe te staan die de einddatum van de concessie zouden overstijgen (art. 11).

Uitsluitend de leasingnemer is verantwoordelijk "voor de exploitatie van de solidaire concessie en het naleven van de algemene voorwaarden voor concessies in het havengebied" en voor de betaling van eventuele schadevergoedingen wegens het niet naleven van de concessievoorwaarden (art. 12).

2.3.4. Praktijk m.b.t. haven- en industriegronden in de Waaslandhaven

38. Voor de concessionering van industriegronden en de daarbij horende hypotheekvestigingen in de Waaslandhaven past de Maatschappij voor het Grond- en Industrialisatiebeleid van het

Linkerscheldeoevergebied een analoog stelsel toe als het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen[167].

Ook valt te vermelden dat de Staat en het Gewest vroeger[168] erfpachten hebben toegestaan op talrijke achter de voorkaai gelegen havengronden in de Waaslandhaven[169], kennelijk omdat de bevoegde aankoopcomités een engere omschrijving van het openbaar domein in de haven voorstonden. Vanuit een bredere opvatting over de uitgestrektheid van het openbaar domein, passen de Stad en het Havenbedrijf in de Waaslandhaven het concessieregime toe.

2.4. De Waalse decreetgeving betreffende Sofico

39. Bij Waals decreet van 10 maart 1994[170] werd de "Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures" opgericht, afgekort Sofico.

Sofico is een publiekrechtelijke rechtspersoon die aanvankelijk werd belast met de financiering en de realisatie van bepaalde infrastructuurwerken, en thans ook uitdrukkelijk met de terbeschikkingstelling ervan aan de gebruikers ten bezwarende titel. In Sofico kunnen ook private rechtspersonen participeren; het Waals Gewest dient echter altijd minstens 51 % van het kapitaal te bezitten. Sofico kan zelf samenwerken met andere publiek- of privaatrechtelijke personen en kan daarbij overgaan tot contractuele zowel als participatieve PPS (zie artt. 1-3 van het decreet).

---

[167] Zie art. 10 van de "Algemene voorwaarden waaronder de Maatschappij voor het Grond- en Industrialisatiebeleid de gronden of terreinen in concessie kan geven in het Linkerscheldeoevergebied ter hoogte van Antwerpen", vastgesteld als bijlage bij de overeenkomst tussen het Vlaams Gewest en de Maatschappij van 31 juli 1991, goedgekeurd bij Besl.Vl.Ex. 10 juli 1991 (*B.S.*, 8 februari 1992).

[168] M.n. vóór de Stad Antwerpen in dit havengebied de havenbestuurlijke bevoegdheden uitoefende.

[169] Zie Van Hooydonk, E., *Beginselen van havenbestuursrecht, o.c.*, 305, nr. 138.

[170] Decr. C.R.W. 10 maart 1994 (*B.S.*, 1 april 1994), gewijzigd bij Decr. 8 februari 1996 (*B.S.*, 21 februari 1996) en Decr. 4 februari 1999 (*B.S.*, 16 februari 1999).

40. Luidens het aanvankelijk decreet kon het Waals Gewest aan Sofico het beheers-, gebruiks- en genotsrecht overdragen op delen van het gewestdomein die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdrachten van de instelling (art. 8). De desbetreffende tekst werd in 1996 gewijzigd en luidt thans (in vertaling):

> "Op de binnen de interventieomtrek gelegen goederen kan de Regering de maatschappij om niet elk tijdelijk zakelijk onroerend recht verlenen dat haar maatschappelijk doel kan helpen verwezenlijken, met inbegrip van de eigendom van de op te richten gebouwen en installaties, alsook de verplichtingen en lasten die eraan verbonden zijn. Deze machtiging is van toepassing op de goederen die tot het openbaar domein behoren, voor zover de aard van de aan de maatschappij verleende rechten verenigbaar is met de domaniale bestemming" (art. 8, ə 2, eerste lid[171]).

Op grond van deze bepaling kan het Gewest aan Sofico o.m. een opstalrecht of de eigendom van gebouwde of te bouwen werken overdragen[172].

41. In 1999 werd aan het oprichtingsdecreet nog een bepaling toegevoegd die (in vertaling) luidt als volgt:

> "ə 1. De Regering is ertoe gemachtigd de maatschappij alle zakelijke rechten om niet af te staan en alle concessies te doen op de onderstaande onroerende goederen, waarvan ze de lijst op voorhand bepaalt:
> 1° de gedeelten van het wegen- en autosnelwegendomein die vatbaar zijn voor privatief gebruik van commerciële aard, met name de exploitatie van:
> a. servicestations of rustplaatsen;
> b. reclameborden;
> c. telecommunicatienetten;
> 2° de waterkrachtcentrales;
> 3° het beheer van sluizen, van de trafieken en de scheepvaartstatistieken in Wallonië, alsook van de op de waterwegen gelegen waarnemingsposten[173];
> 4° andere onroerende goederen die vatbaar zijn voor een commerciële exploitatie in rechtstreeks verband met het wegen- of autosnelwegennet of de binnenwaterwegen die van het Gewest afhangen.

---

[171] Gewijzigd bij art. 2 Decr. 8 februari 1996.

[172] *Gedr.St.*, P.W., 1995-96, nr. 97/1, 3.

[173] Bedoeld zijn inningskantoren voor de scheepvaartrechten ("postes de perception").

Deze machtiging geldt ook voor goederen die aan het openbaar domein toebehoren[174], voor zover de aard van de aan de maatschappij verleende rechten verenigbaar is met de domaniale bestemming.
ϋ 2. De akten van overdracht en concessie bepalen de exploitatienormen waaraan de maatschappij moet voldoen en de lasten die ze moet dragen.
Wat betreft de goederen die aan het openbaar domein toebehoren[175], is het Gewest alleen bevoegd voor het politietoezicht en het domaniale beheer. De maatschappij kan haar rechten op deze goederen slechts afstaan aan rechtspersonen waarin ze een overwegende participatie heeft, mits goedkeuring van de Regering.
[...]" (art. 8bis[176]).

In de Memorie van Toelichting werd hieromtrent het volgende verklaard:

"Le Gouvernement doit arrêter préalablement la liste des biens immobiliers concernés compris dans les secteurs précités et qu'il s'avère malaisé de lister dans le cadre d'un décret. Il déterminera, également, la nature et l'étendue des droit réels y afférents dans l'acte de cession, moyennant le respect de l'affectation domaniale, du moins pour les parties qui relèvent du domaine public.
Pour exercer son activité, la société doit pouvoir disposer de droits réels immobiliers, tels un droit de superficie ou d'emphythéose, voire la propriété du tréfonds. A cet effet, le paragraphe 1er autorise le Gouvernement à accorder à titre gratuit à la société pareils droits.
[...]
Au surplus, le texte de l'article 8 bis, ϋ 2, impose de déterminer de manière précise les charges qui seront imputées au cessionnaire (gros entretien, réparations, etc.). En outre, il permet de confirmer l'affectation des biens en question au service du public: la SOFICO ne pourrait évidemment pas les détourner de leur finalité originaire.
La formule concernant les biens du domaine public est calquée sur les dispositions de l'actuel article 8. Le but recherché est en effet de permettre à la SOFICO de poser tous les actes concernant la gestion proprement dite, et donc les relations avec les permissionnaires ou concessionnaires. En revanche, la Région reste seule compétente pour toutes les décisions concernant l'aménagement de la voirie, et c'est à elle qu'il appartient, par exemple, d'imposer la résiliation de la concession pour des motifs de cette nature"[177].

---

[174] Bedoeld is: "die behoren tot".

[175] Zie vorige vn.

[176] Ingevoegd bij art. 6 Decr. 4 februari 1999.

[177] *Gedr.St.*, P.W., 1998-99, nr. 426/1, 4.

De Raad van State had tegen deze regeling geen bezwaren en heeft uitdrukkelijk aanvaard dat op de sluizen en de inningskantoren ten behoeve van Sofico zakelijke rechten worden gevestigd[178].

De bedoelde goederen zijn aangeduid bij regeringsbesluit van 6 mei 1999[179].

42. De decreetgeving betreffende Sofico voorziet niet expliciet dat ook private partners in een PPS-operatie of gebruikers zakelijke rechten kunnen verkrijgen op de betrokken infrastructuurgoederen.

Wel volgt uit deze decreetgeving dat Sofico zelf alle zakelijke rechten op openbaar domein-goederen kan verkrijgen die verenigbaar zijn met de bestemming ervan, en dat Sofico, mits goedkeuring door de Regering, dergelijke rechten kan overdragen aan andere ondernemingen waarin zij een overwegend belang bezit. Dit laatste kan slaan op participatieve PPS-operaties.

De parlementaire voorbereiding bevestigt dat de Waalse decreetgever de nadruk legde op de nood aan flexibel beheer van de infrastructuurgoederen die behoren tot het openbaar domein, op voorwaarde dat de publieke bestemming ervan wordt geëerbiedigd. Onder dit voorbehoud ziet de decreetgever geen beletsel voor de vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein.

43. Het belangrijkste besluit is dat de Waalse decreetgeving betreffende Sofico voor de aanleg en de exploitatie van openbare infrastructuren niet alleen een alternatieve financiering, een alternatief beheer en PPS-operaties mogelijk maakt, maar dat zij in dat verband ook een zeer soepele opvatting van de domeinleer hanteert, door de vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein mogelijk te maken ten gunste van gemengd publiek-private rechtspersonen waarin Sofico een overwegend belang heeft, op voorwaarde dat zulks verenigbaar is met de publieke bestemming van de goederen.

2.5. De Franse wetgeving

---

[178] *Ibid.*, 9.

[179] B.W.Reg. 6 mei 1999, *B.S.*, 3 juli 1999.

2.5.1. Belang

44. Aan de mogelijkheden van Publiek-Private Samenwerking wordt in het Franse overheidsbeleid en bijgevolg in het Franse publiekrecht sedert lange tijd aandacht besteed. Vele recente infrastructuurprojecten zijn via PPS tot stand gebracht (Stade de France, tolring rond Lyon, autostrade A 86). Franse juristen worden echter vaak geconfronteerd met belemmeringen van PPS-operaties die voortvloeien uit het eerder archaïsch en rigied karakter van het Franse bestuursrecht. Een van de grootste knelpunten is zoals gezegd het klassieke Franse domeinrecht. De contraintes die daaruit voortvloeien doen meteen vragen rijzen omtrent de geschiktheid van het evenzeer klassieke Franse concessieregime. De kritiek van rechtsleer en rechtspraktizijnen heeft geleid tot wetgevende versoepelingen in 1988 en 1994. Daar het Belgische domeinrecht historisch gezien rechtstreeks van het Franse werd afgeleid, is deze recente PPS-faciliterende Franse wetgeving een interessant ijkpunt voor het Vlaamse regelgevingsbeleid. Hierboven werd al opgemerkt, dat in Frankrijk ondanks de wettelijke ingrepen, de indruk blijft bestaan dat het domeinrecht onaangepast is, en dat inz. de juridische aanpak van PPS in Engeland veel flexibeler is en meer buitenlandse navolging kent[180]. Uit het Franse voorbeeld kan dus meteen ook praktijkervaring inzake de effecten van wetgevende ingrepen worden geput.

2.5.2. Het gemeen recht inzake privatieve bezetting van het openbaar domein

45. Uit het principe van de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein vloeit voort dat aan de privatieve bezetter slechts precaire rechten kunnen worden toegekend. Men maakt klassiek een onderscheid tussen de stationeervergunning en de wegvergunning of -concessie, al naargelang de bezetting al dan niet in de grond is ingewerkt. Volgens het gemeenrechtelijk regime kunnen dergelijke bezettingsrechten op het openbaar domein slechts voor korte duur worden toegekend. De wetgeving inzake huur en handelshuur is niet van toepassing. Zo heeft de bezetter geen recht op hernieuwing. De domeinbeherende overheid kan het bezettingsrecht steeds beëindigen, zelfs buiten elke fout vanwege de bezetter, met dien verstande dat de concessionaris recht heeft op vergoeding. De precariteit van het bezettingsrecht is een obstakel voor de valorisering van het openbaar domein, omdat de investeerders geen zekerheid hebben hun economische activiteit te kunnen voortzetten, en omdat het gebrek aan stabiliteit ook de financiers afschrikt. Hieraan is ten dele tegemoet gekomen door de recente wetgeving inzake de verlening van zakelijke rechten op het openbaar domein[181].

---

[180] Zie Lignières, P., *o.c.*, 9, nr. 24 en 16, nr. 30.

[181] Lignières, P., *o.c.*, 55, nr. 117.

2.5.3. De wet nr. 88-13 van 5 januari 1988 betreffende de administratieve erfpacht

2.5.3.1. Achtergrond

46. Bij wet nr. 88-13 van 5 januari 1988 (de "wet-Galland") heeft de Franse wetgever een specifieke publiekrechtelijke variant van de civielrechtelijke erfpacht ingevoerd.

In Frankrijk kent de civielrechtelijke erfpacht van onroerende goederen aan de erfpachter een zakelijk recht toe dat overdraagbaar is alsook vatbaar voor hypotheek en onroerend beslag. De duurtijd is tussen 18 en 99 jaar, en kan niet stilzwijgend worden verlengd. De erfpacht wordt gekarakteriseerd als een bijzondere en langdurige huur, met, in het licht van de investeringen die de erfpachter zal verrichten, gebruikelijk een eerder lage huurprijs (canon). Bij het einde van het contract worden de erfpachter opgerichte constructies eigendom worden van de erfverpachter. Het zakelijk recht van de erfpachter op de opgerichte constructies is vatbaar voor hypotheek[182].

Gelet op de financiële moeilijkheden van de lokale besturen en de rigiditeit van het klassieke domeinrecht - o.m. uitgedrukt in de leer van het virtueel openbaar domein -, werd de erfpachtformule door de vermelde wet van 5 januari 1988 getransponeerd naar het publiekrecht[183]. Een laatste aansporing daartoe was een streng arrest van de Conseil d'Etat waardoor een erfpacht werd vernietigd die een lokaal bestuur had toegekend op zijn privaat domein, dat was bestemd om na afloop van de operaties deel uit te maken van het openbaar domein. De erfpacht druiste dus "virtueel" in tegen het openbaar domein-statuut van de grond[184].

2.5.3.2. Wettekst

47. Artikel 13 van de wet van 5 januari 1988 beoogt de domeinregelen toepasselijk op infrastructuur- en uitrustingswerken van de lokale besturen te versoepelen. De wettekst bevestigt

---

[182] Zie o.m. Bergel, J.-L., Bruschi, M. en Cimamonti, S., *Traité de droit civil*, Les biens, Parijs, L.G.D.J., 2000, 296-297, nr. 291.

[183] Lignières, P., *o.c.*, 63, nr. 134.

[184] Conseil d'Etat, 6 mei 1985, Association Eurolat-Crédit, *A.J.D.A.*, 1985, 620, met noot Fatome, E. en Moreau, J.; Lignières, P., *o.c.*, 63, nr. 135.

het principe dat de goederen van het openbaar domein onvervreemdbaar en onverjaarbaar zijn[185] maar bepaalt dan:

> "Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence.
> Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien, résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion de ce bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de grande voirie"[186].

De bedoelde erfpachten moeten voldoen aan de volgende voorwaarden:

> "1° Les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, avec l'agrément de la collectivité territoriale, qu'à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général;
> 2° Le droit réel conféré au titulaire du bail de même que les ouvrages dont il est propriétaire sont susceptibles d'hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué.
> Ces emprunts sont pris en compte pour la détermination du montant maximum des garanties et cautionnements qu'une collectivité territoriale et autorisée à accorder à une personne privée.
> Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité territoriale;
> 3° Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail.
> La collectivité territoriale a la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables. Elle peut également autoriser la cession conformément aux dispositions du 1 ci-dessus;
> 4° [...]"[187].

---

[185] Art. 1311-1 van de 'Code général des collectivités territoriales'.

[186] Art. L. 1311-2.

[187] Art. L. 1311-3.

2.5.3.3. Commentaar

48. De geciteerde wettekst houdt toch nog belangrijke beperkingen in.

Het toepassingsgebied is duidelijk beperkt tot de lokale besturen en hun openbare instellingen en verenigingen[188]. De wet kan niet worden toegepast door de Staat of ervan afhangende instellingen zoals de SNCF[189].

De erin voorziene zgn. administratieve erfpacht wordt door commentatoren "finalisé" genoemd in de zin dat hij alleen kan worden gesloten voor projecten die verband houden met een openbare dienst of het algemeen belang, en niet voor projecten van privaat belang waarin het belang van het bestuur niet voldoende duidelijk is of waarin de erfpachter geen openbare dienst-verplichtingen draagt. Op de naleving van deze voorwaarde wordt toegezien door de administratieve rechter. Deze heeft aanvaard dat de formule wordt aangewend met het oog op het realiseren van werken die het bestuur zelf zal gebruiken, zoals de uitbreiding van een stadhuis[190]. Zij kan ook worden toegepast voor allerlei openbare diensten, en in verband met het lokaal werkgelegenheids- en industriebeleid[191].

De administratieve erfpacht kan in alle geval worden gesloten voor projecten op het openbaar en het privaat domein van het lokaal bestuur, dus voor alle projecten i.v.m. het lokaal onroerend patrimonium[192]. De wettekst verbiedt dit echter voor aanhorigheden van het openbaar domein die onder toepassing vallen van de "contravention de grande voirie" (een in het Belgisch recht onbekende notie). Concreet wordt hiermee bedoeld dat de administratieve erfpacht niet kan slaan op goederen die behoren tot het (lokaal) openbaar domein van de wegen, de zee- en binnenscheepvaartwegen en de havens, de spoor- en tramwegen en de luchthavens[193]. Daaruit

---

[188] Zie art. L. 1311-4. Men plaatst i.v.m. de nieuwe wet vraagtekens bij de bevoegdheid van het lokaal bestuur om te contracteren (zie Lignières, P., *o.c.*, 64, nr. 137).

[189] Auby, J.-M. en Bon, P., *Droit administratif des biens*, Parijs, Dalloz, 1995, 91, nr. 76; De Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *Traité de droit administratif*, II, Parijs, L.G.D.J., 1998, 132-133, nr. 197; Peiser, G., *Droit administratif des biens*, Parijs, Dalloz, 2000, 60.

[190] Zie o.m. de Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *Traité de droit administratif*, *o.c.*, II, 133, nr. 197; Lignières, P., *o.c.*, 65-66, nr. 143.

[191] Lignières, P., *o.c.*, 273, nr. 564.

[192] Lignières, P., *o.c.*, 274, nr. 564.

[193] De David Beauregard-Berthier, O., *Droit administratif des biens*, Parijs, Gualino, 2000,

vloeien belangrijke beperkingen voort. Zo werd geoordeeld dat de administratieve erfpacht niet kan worden toegepast voor het bouwen van een bowling op een parkeerterrein dat werd geacht deel uit te maken van de gemeentelijke wegenis[194]. In het algemeen valt alle lokale verkeersinfrastructuur buiten het toepassingsgebied van de wet. Het behoeft geen betoog dat op deze domeinen precies veel PPS-projecten denkbaar zijn. De uitsluiting van verkeersinfrastructuur is een van de redenen van het relatief geringe succes van de wet en werd dan ook in vraag gesteld[195]. De wet kan wel worden toegepast voor de bouw en het beheer van rusthuizen, sportinfrastructuur, zuiveringsstations en dagverblijven[196].

49. Het hoofddoel van de wet van 5 januari 1988 was het creëren van grotere zekerheden bij private investeringen op het openbaar domein van de lokale besturen. De administratieve erfpacht maakt normaal deel uit van een "montage contractuel complexe", en zal met name gepaard gaan met een exploitatie-overeenkomst met gelijke duur als de erfpacht[197]. De administratieve erfpacht blijft hoe dan ook een "administratief contract". Het is een specifieke contractsvorm, die niet overeenkomt met een civielrechtelijke erfpacht of een overheidsopdracht voor aannerming van werken[198]. Tijdens de duur van het contract kan de bezetter ten volle zijn rechten uitoefenen op de domaniale ondergrond, maar toch blijft het bestuur over belangrijke prerogatieven beschikken. Zo kan het de erfpacht steeds eenzijdig beëindigen, hetzij bij wijze van sanctie, hetzij - mits vergoeding - om redenen van algemeen belang[199]. Dit laatste betekent dat de erfpacht hoe dan ook slechts precaire, dus weinig stabiele rechten toekent. De motivering op grond van het algemeen belang wordt in de rechtspraak overigens nogal breed geïnterpreteerd[200]. In de rechtsleer werd daarom geconcludeerd dat de wet voor private investeerders te weinig aantrekkingskracht heeft[201].

75; Lignières, P., *o.c.*, 274, nr. 564.

[194] Zie o.m. Lignières, P., *o.c.*, 64, nr. 138; Morand-Deviller, J., *Cours de droit administratif des biens*, Parijs, Montchrestien, 1999, 189.

[195] Lavialle, C., *o.c.*, 1111.

[196] Morand-Deviller, J., *o.c;*, 189.

[197] Lignières, P., *o.c.*, 65, nr. 142.

[198] Lignières, P., *o.c.*, 273, nr. 564; omtrent de toepasselijkheid van de Franse overheidsopdrachtenwetgeving, zie *ibid.*, 273-274, nr. 564 en 66, nr. 144.

[199] Lignières, P., *o.c.*, 64-65, nrs. 139-140.

[200] Debbasch, C., Bourdon, J., Pontier, J.-M. en Ricci, J.-C., *Droit administratif des biens*, Parijs, P.U.F., 1999, 137-138.

[201] Debbasch, C. e.a., *o.c.*, 138-139.

Ook de beperking van het toepassingsgebied tot projecten i.v.m. een openbare dienst of het algemeen belang, en het vereiste dat het bestuur instemt met een hypotheek en een overdracht - wat indruist tegen de principiële en essentieel geachte vrije overdraagbaarheid van een gemeenrechtelijke erfpacht[202] -, leiden tot het besluit dat de begunstigde van een administratieve erfpacht merkelijk minder bewegingsvrijheid geniet dan de civielrechtelijke erfpachter[203]. Dat inmiddels toch een duizendtal administratieve erfpachten schijnt te zijn gesloten[204], weerhoudt commentatoren niet om te gewagen van een "relatif échec"[205].

50. De wet van 5 januari 1988 bepaalt niets i.v.m. de mogelijkheid om de goederen die door de erfpachter op het openbaar domein worden opgericht te financieren via onroerende leasing. De rechtsleer ziet geen obstakels. De lessor is tijdelijk eigenaar van de goederen die het voorwerp zijn van de leasing; zijn bezettingsrecht op het openbaar domein moet hij kunnen overdragen. De wet laat precies toe dat de bezetter zijn uit de erfpacht voortvloeiende rechten, mits goedkeuring van het lokaal bestuur, overdraagt aan een persoon "subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant du bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général". In de praktijk zal het volstaan dat de bezetter zijn rechten en plichten gedeeltelijk overdraagt, en zal hij de openbare dienst-verplichtingen die verbonden zijn met de erfpacht zelf blijven vervullen[206].

51. Uit de wettekst blijkt duidelijk dat de hypotheek zowel kan slaan op de opgerichte onroerende goederen, als op het zakelijk erfpachtrecht zelf[207]. Bewarende en uitvoerende maatregelen kunnen slechts door de hypothecaire schuldeisers worden genomen nadat het lokaal bestuur de mogelijkheid heeft gehad zich voor de leninglast in de plaats van de bezetter te stellen, door de erfpacht en eventuele bijhorende contracten te beëindigen of te wijzigen. Zo de overheid daartoe

---

[202] Bergel, J.-L. e.a., *o.c.*, 296, nr. 291.

[203] Morand-Deviller, J., *Droit administratif des biens*, Parijs, Montchrestien, 1994, 74.

[204] Peiser, G., *o.c.*, 60.

[205] de David Beauregard-Berthier, O., *o.c.*, 77; Godfrin, Ph., *o.c.*, 143.

[206] Lignières, P., *o.c.*, 68-69, nr. 149.

[207] Lignières, P., *o.c.*, 274, nr. 564.

niet overgaat, kan ze de overdracht van de erfpacht toestaan[208]. Uiteraard kan de hypotheek nooit rechtstreeks slaan op het openbaar domein zelf. Dit kan nooit worden vervreemd[209].

2.5.4. De wet nr. 94-631 van 25 juli 1994 betreffende de vestiging van zakelijke rechten en onroerende leasing-rechten op het openbaar domein

2.5.4.1. Achtergrond

52. De wet nr. 94-631 van 25 juli 1994[210] heeft, als voorbode van een mogelijk diepgaandere hervorming van het Franse domeinrecht[211], de vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein van de Staat mogelijk gemaakt. De wet beantwoordde vooral aan een vraag vanuit de zeehavensector[212], maar heeft een algemeen toepassingsgebied. Door de wet kunnen de titularissen van tijdelijke bezettingsrechten op het openbaar domein zakelijke rechten genieten op de goederen die zij voornemen op het openbaar domein op te richten. Hoofddoel was de creatie van zekerheidsrechten mogelijk te maken, nodig voor de bezetter van het openbaar domein om investeringskredieten te bekomen[213].

2.5.4.2. Wettekst

53. Het principe van de vestiging van het zakelijk recht is als volgt in de wetgeving verwoord:

> "Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et

---

[208] Zie Lignières, P., *o.c.*, 274, nr. 564.

[209] De David Beauregard-Berthier, O., *o.c.*, 76.

[210] *J.O.*, 26 juli 1994, *Recueil Dalloz Sirey*, 1994, Législ., 392.

[211] Zie Godfrin, Ph., *o.c.*, 142.

[212] Zie Dewèvre-Fourcade, M. en Rézenthel, R., "La réforme du régime de la domanialité publique et le développement économique des ports", *D.M.F.*, 1995, 419-450.

[213] Godfrin, Ph., *o.c.*, 142.

installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre.
Ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire.
Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans"[214].

54. De wet regelt voorts o.m. de onoverdraagbaarheid van de onroerende rechten en gebouwen, en de vestiging van hypotheekrechten. M.b.t. dit laatste aspect is bepaald:

"Les droits, ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.
Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens mentionnés au présent article.
Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application des articles L. 34-1 et L. 34-4, quels qu'en soient les circonstances et le motif"[215].

55. Onroerende leasing werd uitdrukkelijk mogelijk gemaakt door de volgende wetsbepaling:

"Dans le cadre des titres d'occupation prévus par les articles L. 34-1 et L. 34-5, la réalisation des ouvrages, constructions et installations, à l'exclusion de ceux affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public ainsi que des travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général, peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail par le titulaire du droit d'occupation"[216].

---

[214] Art. L. 34-1 Code du domaine de l'Etat.

[215] Art. L 34-2, derde tot vijfde lid.

[216] Art. 34-7, eerste lid.

2.5.4.3. Commentaar

56. Vooreerst dient het toepassingsgebied van het nieuwe regime te worden verduidelijkt.

De wet geldt voor de Staat en een aantal ervan afhangende instellingen, en in principe niet voor de lokale besturen[217].

Het regime geldt ook voor overeenkomsten die de bezetting van het openbaar domein toestaan. Wanneer het bezettingsrecht voortvloeit uit een concessie van openbare dienst of een concessie "d'outillage public", moest het lastenboek bijzondere voorwaarden bepalen m.b.t. de eisen van de openbare dienst[218]. Uit de wettekst valt voorts af te leiden dat het nieuwe regime alleen geldt voor bezettingen met het oog op de oprichting van bouwwerken[219].

Hoewel de wetgever een vermoeden wenste te vestigen dat de bezetter een zakelijk recht geniet, en dus een *automatische* toekenning van het zakelijk recht beoogde[220], bepalen de uitvoeringsregelen dat de bezetter zijn zakelijk recht uitdrukkelijk moet aanvragen[221]. De overheid zou de toekenning van het zakelijk recht slechts kunnen weigeren op basis van ernstige motieven, zoals de onvoldoende technische of financiële capaciteit van de aanvrager of de noodzaak het domeingoed snel en zonder hoge kosten te kunnen reaffecteren[222].

Voor "les ouvrages, constructions ou installations [qui] sont nécessaires à la continuité du service public" (wat een vaag begrip is[223]) geldt het nieuwe regime slechts na beslissing van de Staat[224]. Voor de andere bezettingen die onder de wet vallen, is het nieuwe regime voortaan het gemeenrechtelijk bezettingsregime[225]. Het geldt niet voor de goederen van het natuurlijk openbaar

---

[217] Art. L. 34-8, eerste lid; zie De Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *o.c.*, II, 133-134, nr. 198; Godfrin, Ph., *o.c.*, 142-143, met bespreking van de vraag of de wet geldt voor door de lokale besturen beheerde havens.

[218] Art. L 34-5.

[219] Godfrin, Ph., *o.c.*, 144.

[220] Zie o.m. Godfrin, Ph., *o.c.*, 144.

[221] Art. R 57-3; zie o.m. de David Beauregard-Berthier, O., *o.c.*, 77.

[222] Godfrin, Ph., *o.c.*, 146.

[223] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 92, nr. 76-1.

[224] Art. L. 34-4.

[225] Godfrin, Ph., *o.c.*, 144.

domein zoals de zeeoevers, die de Franse wetgever ook door andere maatregelen bijzonder wenst te beschermen en waarvan de economische valorisering ongewenst en onnodig is[226]. Het zou dientengevolge ook niet kunnen worden toegepast voor de constructie van infrastructuur voor zee- of binnenhavens[227].

57. De maximale duurtijd van zeventig jaar is een compromis tussen de voorstanders van aansluiting bij het erfpachtrecht en de verdedigers van het traditioneel domeinrecht, die stelden dat een langere duur afbreuk zou doen aan de fundamentele principes van de openbaar domeintheorie. De duurtijd is in alle geval langer dan deze van traditionele bezettingsrechten, die beperkt is tot dertig of vijftig jaar. Vrijwel alle investeringen zouden binnen de maximale duurtijd moeten kunnen worden afgeschreven. De concrete duur wordt discretionair bepaald door de overheid in functie van de aard van de activiteiten en de werken, en van het belang van deze laatste. De in de wet voorziene onbeperkte verlenging van het zakelijke recht nadien werd door de Conseil constitutionnel ongrondwettig verklaard[228].

58. De precieze aard van het toegekende recht is niet geheel duidelijk. De wet kent de bezetter een zakelijk recht toe op "les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'l réalise", en dit recht verleent de houder "les prérogatives et obligations du propriétaire". De wettekst schijnt dus alleen een zakelijk recht te vestigen op de gebouwen en constructies, niet op het openbaar domein zelf. Dergelijke interpretatie zou de hervorming echter alle inhoud ontnemen, want de oprichter van constructies en gebouwen op het openbaar domein werd reeds voorheen beschouwd als eigenaar van die constructies en gebouwen. Toch was de wet ook in dit opzicht nuttig om rechtszekerheid te creëren[229]. Uit de uitvoeringsbepalingen blijkt dat wel degelijk ook een zakelijk recht op het openbaar domein zelf werd gecreëerd. De bezetter beschikt over een "quasi-droit de propriété". Hij kan de werken en het bezettingsrecht overdragen, en bij voortijdige beëindiging door de overheid heeft hij recht op schadevergoeding zoals een onteigende[230]. Hij draagt de normale eigenaarsverplichtingen inzake onderhoud, verzekeringen en

---

[226] Art. L 34-9; zie Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 92, nr. 76-1; Godfrin, Ph., *o.c.*, 142-143. Voor een afwijzende kritiek, zie Lavialle, C., *o.c.*, 1110-1111.

[227] Lignières, P., *o.c.*, 272, nr. 563.

[228] Conseil constitutionnel, 21 juli 1994, nr. 94-346 DC, *A.J.D.A.*, 1994, 786, met noot G. Gondouin; zie ook Godfrin, Ph., *o.c.*, 146-147.

[229] Zie Lavialle, C., *o.c.*, 1114.

[230] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 92, nr. 76-1; Godfrin, Ph., *o.c.*, 148; zie ook Fournier, A. en Jacquot, H., "Un nouveau statut pour les occupants du domaine public", *A.J.D.A.*, 1994, (759),

fiscaliteit[231]. Het recht is tegenstelbaar aan derden en aan de overheid zelf. Maar toch blijven er belangrijke verschillen met het civielrechtelijk eigendomsrecht: het zakelijk recht op het openbaar domein is slechts tijdelijk, het kan alleen worden overgedragen mits erkenning van de overnemer door de overheid, en het zakelijk recht heeft een bepaalde finaliteit, t.w. een welbepaald gebruik en de verwezenlijking van welbepaalde werken. Ook hier gewaagt men van een "droit réel administratif"[232].

59. De overdraagbaarheid is inderdaad beperkt. Ten eerste kan het bezettingsrecht slechts worden overgedragen voor de resterende duurtijd. Ten tweede moet de overnemer door de overheid zijn erkend met het oog op een gebruik dat verenigbaar is met de affectatie van het bezette domeingoed. De kandidaat-overnemer moet een volledig dossier indienen. Indien dezelfde activiteit wordt voortgezet, kan het bestuur de erkenning alleen weigeren op basis van motieven i.v.m. de technische en financiële capaciteit van de overnemer. Bij verandering van activiteit beslist de overheid op basis van motieven in verband met het goed beheer van het domein in het algemeen[233]. Het vereiste van erkenning van de overnemer strookt met een traditie van het domeinrecht[234].

60. Bij niet-naleving van de voorwaarden kan de bezetting worden beëindigd met een opzegtermijn van twee maanden, maar zonder schadevergoeding. In andere gevallen van voortijdige beëindiging is een schadevergoeding verschuldigd. Het zakelijk recht bezit dus geen absolute stabiliteit, en volgens Godfrin is dit onvermijdelijk omdat de grondwet vrijwaring eist van de continuïteit van de openbare dienst "dont le domaine public est le siège"[235]. Volgens dezelfde auteur zijn de precariteit van de bezetting en haar nadelen in het nieuwe regime echter afgezwakt doordat de schadevergoeding bij voortijdige beeindiging als regel wordt gesteld[236] en

---

770.

[231] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 93, nr. 76-1.

[232] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 92, nr. 76-1; Godfrin, Ph., *o.c.*, 150-151.

[233] Godfrin, Ph., *o.c.*, 148-149.

[234] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 93, nr. 76-1.

[235] O.i. is dit een betwistbare redenering: privatieve bezetting van het openbaar domein gebeurt vaak niet om een openbare duenst te verstrekken. Alleen het beheer zelf van het openbaar domein door de overheid is een openbare dienst.

[236] Godfrin, Ph., *o.c.*, 150.

doordat een langere duurtijd mogelijk is[237]. Toch wordt het basisprincipe van de precariteit gehandhaafd[238].

61. De hypotheek die de bezetter kan bekomen verschilt ook van de gemeenrechtelijke hypotheek. De duurtijd ervan staat immers in functie van het bezettingsrecht op het openbaar domein, en dooft uit bij de beëindiging ervan. Bovendien kan de hypotheek alleen als zekerheid dienen voor welbepaalde investeringen op het openbaar domein. Op zich vormt dit een bijkomende waarborg voor de schuldeiser die geen rekening moet houden met mogelijke andere hypothecaire schuldeisers. Bij voortijdige beëindiging gaat de hypotheek over op de uitwinningsvergoeding. De hypothecaire schuldeisers moeten door het bestuur worden verwittigd van het voornemen tot beëindiging wegens niet-naleving van de voorwaarden over te gaan, zodat ze tijdig een vervangende bezetter kunnen voorstellen[239]. Wegens dit bijzonder regime beschouwt men ook de hypotheek als een "droit réel administratif"[240]. Het valt op dat dit wettelijk regime van de hypotheek in verschillende opzichten erg lijkt op de praktijk in de Antwerpse haven[241].

62. Wat betreft de de onroerende leasing, valt te herinneren aan de bezwaren die de Conseil d'Etat eerder had geuit tegen de toepassing van deze financieringstechniek bij de aanleg van de TGV Sud-Est. De Conseil d'Etat had met name een uitdrukkelijke wettelijke basis geëist om af te wijken van het principe van de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein en om het mogelijk te maken dat spoorinfrastructuur tijdens de duurtijd van het contract deel uitmaakt van het patrimonium van een kredietmaatschappij[242]. Toepassing van onroerende leasing werd belemmerd door de onoverdraagbaarheid en het persoonlijk karakter van de traditionele bezettingsrechten.

Het nieuwe regime maakt onroerende leasing mogelijk voor de financiering van "équipements privés", maar niet voor de verwezenlijking van werken en installaties "affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public" en voor de "travaux exécutés

---

[237] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 92, nr. 76-1.

[238] Auby, J.-M. en Bon, P., *o.c.*, 93, nr. 76-1.

[239] Godfrin, Ph., *o.c.*, 151-152.

[240] Lavialle, C., *o.c.*, 1116.

[241] Zie *supra*, nrs. 34 e.v.

[242] Tekst van het *Avis* van de algemene vergadering van de Conseil d'Etat van 30 maart 1989 o.m. in Morand-Deviller, J., *o.c.*, , 79-80; zie ook Flamme, Ph., *o.c.*, 450-451, nr. 43.

par une personne publique dans un but d'intérêt général". Autosnelwegen, spoorwegen en luchthavens kunnen dus niet via onroerende leasing worden gefinancierd[243].

63. Op de wet van 1994 is de kritiek uitgebracht dat hij verwarring heeft gecrëeerd. Zoals gezien werden bezetters van het openbaar domein reeds vóór de wet immers beschouwd als eigenaars van de constructies en installaties die zij erop aanbrachten. De nieuwe wet werd gemotiveerd doordat de bezetters geen eigenaar waren van hun constructies en vertrok dus deels van een verkeerd postulaat. De rechtsleer vraagt zich af of de rechtstoestand van deze klassieke bezetters van het openbaar domein door het nieuwe regime is beïnvloed[244].

Belangrijker is de kritiek dat de wet van 1994, zoals de wet van 1988 voor de lokale besturen, te strikt heeft vastgehouden aan de precariteit van het recht van de bezetter van het openbaar domein, door de eenzijdige beeindiging door het bestuur om redenen van algemeen belang mogelijk te houden. De toegekende zakelijke rechten zijn slechts "des *droit réels administratifs*". Men besluit:

> "Cette solution est regrettable car la possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public était surtout dominée par le souci de faciliter les investissements privés destinés à relayer des fonds publics qui font défaut. Mais pour attirer ces investisseurs il faut leur assurer une grande sécurité juridique sur le long terme. Le maintien - intangible - du principe de précarité, même assorti d'une indemnisation n'est évidemment pas de nature à les attirer ou à les rassurer"[245].

Het nut van de innovaties wordt volgens sommigen tenietgedaan door het conservatisme dat nog steeds in de wetgeving verscholen zit: er werden zakelijke rechten in het leven geroepen die er in feite geen zijn[246].

Een andere kritiek is dat de wetten van 1988 en 1994 niet op elkaar zijn afgestemd. Bovendien kwamen zij naast de bestaande klassieke bezettingsregimes te staan en wordt een onderscheid ingevoerd tussen het natuurlijk en het kunstmatig openbaar domein. Dit alles leidt tot verregaande

---

[243] Zie Godfrin, Ph., *o.c.*, 153-154.

[244] Zie inz. Fatôme, E. en Terneyre, Ph., "La loi du 25 juillet 1994: observations complémentaires", *A.J.D.A.*, 1994, 780-785; zie ook De Laubadère, A. en Gaudemet, Y., *o.c.*, II, 136-137, nr. 201.

[245] Debbasch, C. e.a., *o.c.*, 138-139.

[246] Lavialle, C., *o.c.*, 1118.

diversificatie en "onleesbaarheid" van het domeinrecht[247]. Op termijn kan de creatie van verschillende domeinrechten in de plaats van één nationaal domeinrecht leiden tot het volledig verdwijnen van het domeinrecht - wat door sommigen, maar niet door allen wordt gewenst[248].

2.6. De Nederlandse wetgeving

64. In het Nederlandse burgerlijk recht werd aanvankelijk eveneens met de openbaar domein-notie gewerkt. Onder invloed van kritische rechtsleer en latere nieuwe redacties van het burgerlijk wetboek is het concept echter verdwenen. Toch bleven sommigen in de negentiende eeuw stellen dat de zaken van de overheid buiten de handel stonden en volledig aan het privaatrecht waren onttrokken. Men gewaagde van een publiekrechtelijke eigendom, die naast de privaatrechtelijke stond en er volledig van verschilde. Gaandeweg is men het onderscheid tussen overheidsgoederen in en buiten de handel gaan relativeren en eerder een verschil in graad gaan ontwaren[249]. De moderne Nederlandse opvatting kent wel zaken buiten de handel, maar laat op deze zaken alle rechten van derden toe, die met de aanwending der zaak ten openbaren dienste niet in strijd zijn[250].

Een typisch voorbeeld van de onderwerping van de overheidsgoederen aan het gemeen recht, biedt de praktijk van terbeschikkingstelling van gronden in de Rotterdamse haven, waar men op

---

[247] Godfrin, Ph., *o.c.*, 154.

[248] Afwijzend tegenover dergelijke evolutie Lavialle, C., *o.c.*, 1111-1112 en ook 1118.

[249] Zie inz. Milo, M., *o.c.*, 225-256. Over het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke eigendom schreef de gezaghebbende jurist Pitlo: "De juristengeneraties van honderd jaar geleden trokken de grenzen in het recht met aanmerkelijk minder begrip voor de relativiteit der dingen dan de huidige generatie dit pleegt te doen. En niet alleen, dat men de grenzen scherper durfde te trekken, men was ook spoedig bereid wat links van de grens lag wit en wat rechts daarvan lag zwart te noemen. Wij hebben een geoefender oog voor de betrekkelijkheid, wij stellen niet spoedig schrille tegenstellingen, wij zijn minder absolutistisch, minder apodictisch in onze beweringen. De ware intellectueel van heden is gemakkelijk bereid het gelijk van zijn tegenstander in te zien, zonder dat hij daarbij nochtans het eigen gelijk behoeft prijs te geven" (Pitlo, A., *Het zakenrecht*, in *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, II, Arnhem, Gouda Quint, 1980, 52).

[250] Pitlo, A., *o.c.*, 53.

grote schaal huur- en erfpachtcontracten toepast ("industriële erfpacht")[251]. Erfpacht speelt ook een rol in het stedelijk woningbouwbeleid ("stedelijke erfpacht"). Hier wordt voor erfpacht geopteerd om een planmatige ontwikkeling mogelijk te maken, om speculatie tegen te gaan, om na verloop van tijd terug de beschikking over de grond te hebben, en om de gemeente te laten genieten van de waardestijging van de grond, door de hoogte van de canon aan de grondwaarde te koppelen[252]. De toelaatbaarheid van de vestiging van erfpacht- en opstalrechten door de overheid wordt in Nederland bekeken vanuit de gekende tweewegen- en doorkruisingsleer: de overheid mag privaatrechtelijke rechtstechnieken aanwenden in de mate dat daardoor geen publiekrechtelijke regelingen doorkruist worden[253].

Behoudens contractuele uitsluiting van dit recht, kunnen de eigenaar en de erfpachter de erfpacht opzeggen mits een opzeggingstermijn van tenminste een jaar in acht te nemen. Daarnaast hebben partijen het recht om de erfpacht te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden. Een andere beëindigingswijze is de vervallenverklaring op vordering van de eigenaar[254]. In vele algemene erfpachtvoorwaarden wordt bepaald dat de erfpacht eenzijdig door de overheid kan worden beëindigd in het algemeen belang[255]. In de haven van Rotterdam kan door het Havenbedrijf de vervallenverklaring worden uitgesproken indien het gebruik van het terrein indruist tegen de door de gemeente gewenste havenpolitiek[256]. Mits akkoord van partijen én de hypotheekhouder kunnen de voorwaarden worden herzien[257].

In het Nederlands recht wordt klassiek aangenomen dat goederen buiten de handel niet vatbaar zijn voor hypothecaire bezwaring. Daaronder kunnen uitsluitend bepaalde goederen met een publieke bestemming vallen. Sommige van die goederen zijn echter wel degelijk vatbaar voor hypotheek. De reden is precies dat zaken die voor de publieke dienst bestemd zijn, niet aan het privaatrecht zijn onttrokken, doch dat rechten van bijzondere personen op zodanige zaken alleen

---

[251] Zie o.m. Haumont, F., *Les instruments juridiques de la politique foncière*, Brussel, E. Story-Scientia, 1990, 303, nr. 442.

[252] Er is ook nog "agrarische erfpacht". Voor een overzicht van de drie toepassingen, zie de Vries, A.E. en Pleysier, A.J.H., *Erpacht en opstal*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, 9-21.

[253] Zie o.m. de Vries, A.E. en Pleysier, A.J.H., *o.c.*, 26-33.

[254] Zie o.m. de Jong, J., *o.c.*, 71.

[255] Zie Haumont, F., *L'emphythéose au service de l'aménagement du territoire*, Leuven/Parijs/Brussel, Oyez, 1976, 129 en 134.

[256] Zie Van Hooydonk, E., *Beginselen van havenbestuursrecht, o.c.*, 306, nr. 138; zie ook Haumont, F., *L'emphythéose, o.c.*, 138.

[257] Haumont, F., *L'emphythéose, o.c.*, 138.

toelaatbaar zijn voor zover de publieke bestemming zich niet tegen het ontstaan van die rechten verzet. Weliswaar is hypotheekverlening op aan de overheid toebehorende goederen zeldzaam. Wel komt het vaak voor dat de aan de overheid toebehorende grond in erfpacht of opstal wordt uitgegeven, en vervolgens het aldus ontstane erfpachts- of opstalrecht met hypotheek wordt bezwaard[258]. Hier is het zaak een voor de overheid en voor de financier bevredigende uitwerking van het contract te bereiken. In het algemeen zijn de hypotheekhouders beducht voor de mogelijkheid dat de erfpacht onverwacht en tussentijds kan worden beëindigd, wat in sommige algemene erfpachtsvoorwaarden dan ook vrijwel wordt uitgesloten[259]. De wetgeving bepaalt o.m. dat een opzegging van de erfpacht wegens wanbetaling door de erfpachter, aan de hypotheekhouder moet worden betekend, die dan alsnog aan de verplichtingen van de erfpachter kan voldoen, zijn zekerheid behoudt, en wordt gesubrogeerd[260].

Conclusie is dat in Nederland in alle geval geen stroef domeinrecht geldt. Op het beheer van overheidsgoederen vindt in beginsel het privaatrecht toepassing. Men ziet geen principieel bezwaar tegen de vestiging van zakelijke rechten op overheidsgoederen. Evenmin bestaat een uitgewerkte leer omtrent affectatie en desaffectatie. De bevoegdheid om zakelijke rechten te creëren op zaken met een publieke bestemming wordt bekeken vanuit het algemeen leerstuk van de bevoegdheid van de overheid om gebruik te maken van privaatrechtelijke technieken. Er wordt dan ook zeer pragmatisch gewerkt. PPS schijnt geen typisch domeinrechtelijke moeilijkheden te ondervinden.

2.7. Het common law

65. Het Engelse recht kent geen specifiek domeinrecht. Zoals hierboven reeds aangehaald, wordt de afwezigheid van beperkende rechtsregelen voor het beheer van overheidsgoederen gezien als een van de grote voordelen van het Engelse recht boven het Franse waar het op PPS-toepassingen aankomt. Het Engelse voorbeeld inspireerde P. Lignières tot een pleidooi voor de afschaffing van het klassieke Franse domeinrecht:

---

[258] Stein, P.A., *Zekerheidsrechten. Hypotheek*, Kluwer, Deventer, 1986, 36; omtrent de rechten van opstal en erfpacht als onderpand, zie *ibid.*, 44-47.

[259] de Jong, J., *Erfpacht en opstal*, Kluwer, Deventer, 1986, 60.

[260] de Vries, A.E. en Pleysier, A.J.H., *o.c.*, 23-24.

> "En effet, la nécessité d'un régime de protection spécial de la propriété publique n'est pas universellement admise: si de telles règles existent, sous des formes diverses, dans la majeure partie des systèmes juridiques de code civil, ainsi que dans la plupart des pays anciennement socialistes, il n'en va pas de même dans la plupart des pays de *common law*: ainsi, à titre d'exemple, il convient de rappeler que des pays tels que le Royaume-Uni, le Canada ou les Etats-Unis ne connaissent pas l'existence de règles posant des restrictions à la détention, par des personnes privées, de biens d'infrastructures publiques tels qu'autoroutes, voies ferrées ou même prisons"[261].

Dezelfde auteur stelt voor een onderscheid te maken tussen goederen die uit hun aard alleen maar een publieke bestemming kunnen hebben, en andere goederen:

> "Un alignement sur les règles du droit anglo-saxon pourrait donc s'avérer préférable à un maintien du régime actuel de domanialité publique en ce qui concerne les biens du domaine public artificiel, même amendé en vue d'améliorer son efficacité. Toutefois, une telle solution ne semble enviseagable que pour les infrastructures dont la seule utilisation possible consiste en l'affectation à un service public. En outre, ces principes semblent devoir continuer de régir la situation de certaines dépendances du domaine public, en particulier, celles du domaine public naturel. Dans ces cas, il est possible de soumettre ces dépendances à des règles d'effet équivalent aux principes de la domanialité publique, mais dénuées de portée générale et ne bénéficiant pas d'une autorité absolue"[262].

Linotte en Cantier doen een analoge vaststelling:

> "Dans les pays de Common Law, le régime de protection spécial des biens publics ne s'applique le plus souvent qu'aux biens relevant en France de la catégorie du domaine public artificiel, tels que autoroutes, voies ferrées, ports et aéroports, peuvent fréquemment, dans ces pays, faire l'objet d'appropriation privée, ce qui permet de multiplier les sources de financement des projets ainsi que les montages juridiques et fiscaux"[263].

---

[261] Lignières, P., *o.c.*, 276, nr. 566, vn. 132.

[262] Lignières, P., *o.c.*, 276-277, nr. 566.

[263] Linotte, D. en Cantier, B., *o.c.*, 864, vn. 9.

2.8. Besluit

66. Uit wat voorafgaat blijkt vooreerst dat het klassieke Belgische domeinrecht door de regelgever zelf progressief wordt uitgehold en gerelativeerd. Goede illustraties zijn de recente regelen inzake concessies van openbare werken, beslag op overheidsgoederen en het beheer van land- en waterwegen in het Waals Gewest. Versoepelende PPS-regelgeving inzake domeinbeheer op Vlaams niveau zou dus aansluiten bij binnenlandse precedenten. Voorts valt lering te halen uit het Franse voorbeeld, waar de wetgever het domeinrecht ingrijpend heeft versoepeld specifiek met het oog op PPS. Er werd ook genoteerd dat Frans geïnspireerde domeinrechtstelsels een PPS-beleid structureel bemoeilijken vergeleken met de toestand in Nederland en Engeland, waar geen eigenlijk domeinrecht bestaat.

In het bijzonder is gebleken dat de bestaande, relatief onaantrekkelijke reglementering inzake concessies van openbare werken zou kunnen worden versoepeld door afwijkingen mogelijk te maken. Daarvoor is echter een federaal koninklijk besluit vereist.

Verder werd duidelijk dat de praktijk m.b.t. hypothekeringen van constructies opgericht op het openbaar domein, uitgedokterd in de haven van Antwerpen, gelijkenissen vertoont met de stelsels toegepast in Frankrijk. Private financiering van projecten op het openbaar domein berust zowel bij hypothekering als bij onroerende leasing op zekerheden toegekend op de opgerichte constructies. Die zekerheden kunnen maar worden gerealiseerd wanneer een geschikte nieuwe bezetter of exloitant van het domeingoed kan worden gevonden. De overnemer van de constructies moet onvermijdelijk de bezetting of de exploitatie voortzetten. De financier en de overheid die bij exploitatieproblemen in samenloop komen, hebben uiteindelijk een geheel gelijklopend belang bij de hervatting of voortzetting van de exploitatie. Bij probleemgevallen in de haven van Antwerpen stelt men vast dat deze twee partijen dan ook constructief samenwerken om een nieuwe concessionaris te vinden[264]. In andere dossiers buiten de haven komt het naar verluidt nog wel voor dat het bestuur principieel weigert om hypothekering van constructies op het openbaar domein te aanvaarden. Dit is in alle geval een achterhaald standpunt. De overheid heeft belang bij een goede financiering van het project en bij de aanwezigheid van een financiële partner die bij problemen mee naar een voortzetting van de exploitatie zal zoeken. Financiers worden anderzijds wel eens afgeschrikt door de onzekerheid van het domeinrecht.

Het is dus aangewezen om in de Vlaamse regelgeving expliciet te bevestigen dat, onder bepaalde voorwaarden, zakelijke rechten en zakelijke zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd op de constructies die op het openbaar domein worden opgericht.

---

[264] Naar verluidt is men nog nooit overgegaan tot een openbare verkoping van op het openbaar domein opgerichte constructies.

Tegelijk is het aan te bevelen om ook de vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein zelf binnen bepaalde perken mogelijk te maken, of op zijn minst om de beletsels die voortvloeien uit het actuele domeinrecht weg te werken, naar analogie met de situatie in Frankrijk, Nederland en Engeland.

3. BEVOEGDHEID VAN DE VLAAMSE DECREETGEVER INZAKE DOMEINRECHT

3.1. Probleemstelling

67. De vraag rijst of een regelgevende versoepeling van het domeinrecht tot de bevoegdheid behoort van de Vlaamse decreetgever dan wel van de federale Belgische wetgever.

Zoals hieronder blijkt, kan deze vraag niet met een eenvoudig ja of neen worden beantwoord omdat het domeinrecht in de brede zin van het woord zowel gewestelijke als federale bevoegdheidsgebieden beslaat. Het eindbesluit zal zijn dat de juridische regeling van het beheer van overheidsgoederen tot de gewestelijke bevoegdheid behoort, maar dat enkele randaspecten federale materie uitmaken.

3.2. Grondslagen van de bevoegdheid van Gemeenschappen en Gewesten

68. Het domeinrecht is een aangelegenheid die eerstens kan worden vastgeknoopt aan verschillende bevoegdheden die toekomen aan Gemeenschappen en Gewesten.

3.2.1. Instrumentele bevoegdheid inherent aan materiële bevoegdheden

69. Uit eerdere adviezen van de Raad van State zijn argumenten te halen voor de stelling, dat de decreetgever volledig bevoegd is om binnen zijn materiële bevoegdheden het statuut van overheidsgoederen te regelen. Het gaat om een bij uitstek instrumentele bevoegdheid, die impliceert dat op Vlaams vlak de affectatie en de ingebruikgeving van domeingoederen kunnen worden geregeld, inbegrepen de toewijzing van concessies. Zonder daarbij te verwijzen naar een specifieke bepaling in de Bijzondere wet tot hervorming der instellingen, stelde de Raad van State over een wetsvoorstel betreffende domeinconcessies verleend door openbare besturen:

> "De federale wetgever kan een verplichte procedure inzake de toewijzing van concessies van openbaar-domein-goederen enkel voorschrijven aan de federale openbare besturen, niet aan de Gemeenschappen of de Gewesten noch aan de openbare instellingen die afhangen van deze laatste.
> De federale overheid kan zich ter zake niet beroepen op haar residuaire bevoegdheid om regelen van burgerlijk recht en inzonderheid de pachtwetgeving vast te stellen: de regeling inzake de concessies van tot het openbaar domein van de onderscheiden overheden behorende goederen heeft immers geen uitstaans met de pachtwetgeving.
> De bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten om met betrekking tot de hun overgedragen goederen de regelingen vast te stellen inzake affectatie aan de openbare dienst of desaffectatie en inzake de concessie van tot hun openbaar domein behorende goederen, moet worden aangemerkt als "instrumentele" bevoegdheid die een corollarium vormt van het geheel van de hun toegewezen bevoegdheden.
> De voorgestelde regeling kan dus niet worden geacht toepassing te vinden op de Gemeenschappen en de Gewesten, noch op de openbare instellingen waarvan zij, op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht regelen"[265].

Samengevat stelt de Raad van State expliciet dat de vaststelling van de regelingen betreffende de affectatie en de desaffectatie van domeingoederen, en de domeinconcessies (o.m. de toewijzing ervan), tot de bevoegdheid behoort van de Gemeenschappen en de Gewesten, ook wat betreft de publiekrechtelijke instellingen die ervan afhangen.

Dat de Gewesten bevoegd zijn inzake affectatie en desaffectatie, is zonder meer evident. Algemeen wordt immers aangenomen dat de bijzondere rechtsregeling van de openbare domeingoederen enkel en alleen bestaat door de bestemming die aan die goederen wordt gegeven. Hieruit wordt dan afgeleid dat de bijzondere rechtsregeling van openbare domeingoederen slechts geldt tot de desaffectatie door de bevoegde overheid[266]. Welnu, de macht tot het geven van een bestemming aan bestanddelen van het overheidspatrimonium is inherent aan de materiële bevoegdheden van Gemeenschappen en Gewesten. Een gewestelijk wegenbeleid is onmogelijk wanneer het Gewest niet zou kunnen beslissen over de bouw van een weg op een gewestterrein. Een museumbeleid is ondenkbaar wanneer niet kan worden beslist om een bepaald gebouw tot museum te bestemmen. Op grond van hun materiële bevoegdheden en hun algemene

---

[265] *Gedr.St.*, Kamer, 1992-93, nr. 1170, 5-6. Zie in dezelfde zin, wat betreft het regelend optreden m.b.t. concessies, het advies van de Raad van State over een ontwerp van bijzondere gewest- en gemeenschapswet, in *Gedr.St.*, Kamer, B.Z. 1979, nr. 261, 21. Zie ook, met erkenning van de decreetgevende bevoegdheid inzake "het beheer van de domeingoederen" van het Gewest, het advies van 14 juni 1991 over een voorstel van jachtdecreet, *Gedr.St.*, Vl.R., 1990-91, nr. 481/8, 9-10.

[266] Zie o.m. Peeters, B., *De continuïteit, o.c.*, 189, nr. 187.

decreetgevende bevoegdheid, is het dus niet meer dan normaal dat de Gemeenschappen en de Gewesten domeinrechtelijke regelingen kunnen vaststellen.

3.2.2. Bevoegdheid inzake de infrastructuur (art. 8 BWHI)

70. Artikel 8 B.W.H.I. luidt:

> "Tot de bevoegdheden van de Raden in de aangelegenheden opgesomd in de artikelen 4, 5, 6 en 7 behoort het aannemen van bepalingen en andere maatregelen betreffende de infrastructuur die noodzakelijk is voor de uitoefening van die bevoegdheden".

Deze bevoegdheid is een van de zgn. instrumentele bevoegdheden, m.a.w. om een bevoegdheid inzake middelen die nodig zijn om de uitoefening van de materiële bevoegdheden daadwerkelijk tot stand te brengen[267].

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de term "infrastructuur" "niet begrensd" is en dat er alles in begrepen is "wat te maken heeft met een passende infrastructuur"[268]. Het begrip infrastructuur moet in de ruimste zin worden verstaan[269].

Het is merkwaardig dat de uitdrukkelijk aan de Gemeenschappen en Gewesten toegekende bevoegdheid inzake infrastructuur zelden of nooit wordt vermeld als basis voor decreetgeving m.b.t. het beheer van de (materiële) overheidsgoederen die deel uitmaken van het domein. Het begrip infastructuur duidt, in eerste instantie in de militaire context, op de "onderbouw van de logistieke organisatie, omvattende de blijvende, onroerende voorzieningen, als wegen, bruggen, opslagplaatsen, vliegvelden, oefenterreinen, pijpleidingen". Het woord wordt echter ook buiten de militaire sfeer gebruikt. Met de infrastructuur van een streek wordt de toestand m.b.t. de verbindingen te land en te water, de energievoorziening en andere werken van openbaar nut bedoeld[270]. Wanneer men het begrip "infrastructuur" in de zin van artikel 8 B.W.H.I. in de ruimste zin moet interpreteren, dan moet men vast en zeker de overheidsgoederen van het openbaar en het privaat domein daaronder begrijpen: dit zijn de infrastructurele middelen bij uitstek die worden aangewend om de materiële gewest- en gemeenschapsbevoegdheden uit te oefenen. Uit dezelfde

---

[267] Velaers, J., *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 810.

[268] *Gedr.St.*, Senaat, 1979-80, nr. 434/2, 215.

[269] Velaers, J., *o.c.*, 811.

[270] *van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 1976, v° infrastructuur.

bijzondere wetsbepaling volgt dan, dat de decreetgevers bevoegd zijn tot "het aannemen van bepalingen en andere maatregelen" betreffende deze overheidsgoederen. Bijgevolg biedt de bepaling een grondslag voor het aannemen van nieuwe regelen inzake domeinrecht.

3.2.3. Bevoegdheid inzake overgedragen roerende en onroerende goederen

71. Artikel 12 BWHI bepaalt:

> "De roerende en onroerende goederen van de Staat, zowel van het openbaar als van het privaat domein, die onmisbaar zijn voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Gewesten en de Gemeenschappen, worden aan deze zonder schadeloosstelling overgedragen.
> De voorwaarden en de nadere regelen van die overdracht worden bepaald bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit".

De in deze bepaling geregelde overdracht had tot gevolg dat de Gewesten en de Gemeenschappen eigenaar werden van deze goederen en dat ze er de verdere bestemming van konden bepalen[271].

3.2.4. Bevoegdheid inzake het recht van voorkoop

72. Artikel 14 BWHI luidt:

> "Binnen de grenzen van de bevoegdheden van de Gewesten en de Gemeenschappen, kunnen de decreten een recht van voorkoop invoeren, voor zover dit recht van voorkoop geen afbreuk det aan een op de dag van de inwerkingtreding van dit artikel bestaand recht van voorkoop.
> Enerzijds kan het decreet geen recht van voorkoop invoeren op de goederen van het federale openbaar of privaat domein; anderzijds kunnen enkel de Gemeenschappen en de Gewesten een recht van voorkoop invoeren op de goederen van hun eigen openbaar of privaat domein".

[271] Velaers, J., *o.c.*, 837.

Deze regeling ligt logisch in de lijn van de interpretatie van de bevoegdheidsverdeling in de zin dat de Gewesten en Gemeenschappen uitsluitend bevoegd zijn om het beheer van hun eigen patrimonium te regelen.

3.2.5. Bijzondere bevoegdheid inzake land- en waterwegenis

73. Artikel 6, ∋ 1, X, 2°bis BWHI merkt als gewestbevoegdheid aan:

> "het juridisch stelsel van de land- en waterwegenis welke ook de beheerder ervan zij, met uitzondering van de spoorwegen beheerd door de nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen".

Deze tekst werd aan de bijzondere wet toegevoegd in 1993 en moet worden verstaan tegen de achtergrond van het vroegere standpunt van de Raad van State over de onbevoegdheid van de Gewesten om het statuut van gemeente- en provinciewegen te regelen[272]. De Raad stelde in 1992 dat de Gewesten aan hun materiële bevoegdheid inzake de wegen niet de bevoegdheid ontleenden om "eigendomsproblemen te regelen die verband houden met het wegennet", noch deze om de "openbaar domeinregeling" vast te stellen[273].

De verantwoording bij de nieuwe wettekst vertrok inderdaad van de vaststelling dat sommigen zouden hebben kunnen menen dat de bestaande tekst van de bijzondere wet niet de gewenste duidelijkheid verschafte voor wat betreft de gewestelijke bevoegdheid om het juridisch statuut van de wegenis te regelen[274]. De wijziging beoogde aldus een "leemte" op te vullen "door

---

[272] Omtrent de besproken bepaling, zie nader Van Hooydonk, E., "Goederenvervoer algemeen", 2.1 Algemeen beleid en regelgeving", in *Transportgids*, Diegem, Kluwer Editirial, losbl., 2.1.3.5.43-44; Theunis, J., *De bevoegdheidsverdeling in het federale België. openbare werken en verkeer*, Brugge, Die Keure, 1999, 46-47, nrs. 10-11; Velaers, J., *o.c.*, 786-787.

[273] Zie R.v.St., afd. wetg., 22 juni 1992, L. 21.550/9, vermeld in Seutin, B. en Van Haegendoren, G., *De nieuwe bevoegdheden van Gemeenschappen en Gewesten,* Brugge, Die Keure, 1994, 97 en Velaers, J., *o.c.*, 786.

[274] In de rechtsleer werd m.b.t. art. 6, ∋ 4, 3° BWHI betreffende de betrokkenheid van de gewestregeringen bij het ontwerpen van de regels van de algemene politie en de reglementering op het verkeer en het vervoer reeds vóór de wetswijziging van 1993 ontkend "que les dispositions relatives à l'utilisation des voies de communication ou à l'affectation de leurs abords, ayant un autre objet que d'assurer la sécurité des comunications et des transports, tombent ici dans la compétence nationale"; daarbij werd verwezen naar de bepalingen betreffende de rooilijnen en de

duidelijk te bevestigen dat de bevoegdheid van de Gewesten op het vlak van de wegenis een bevoegdheid is die de gehele wegenis omvat, zonder afbreuk te doen aan de verschillende administratieve statuten die het momenteel bezit (gewestelijk, provinciaal, gemeentelijk statuut of statuut van de agglomeratie)". De bepaling "wil de Gewesten bovendien niet enkel in de mogelijkheid stellen regels aan te nemen betreffende de rangschikking maar tevens voor wat betreft de regeling van het beheer van de wegenis in de meest ruime zin van het woord, en niet uitsluitend voor wat betreft de zuiver patrimoniale aspecten ervan". Verder werd in de verantwoording verklaard:

> "Het is niet de bedoeling de Gewesten te belasten met de openbare werken op de gemeentelijke of provinciale wegenis, maar wel om deze in de mogelijkheid te stellen om de wetgevingen te wijzigen of één te maken, die het statuut van de wegenis regelen (begrenzing, rangschikking, beheer, domanialiteit, vergunningen voor privé-gebruik, bestraffing van de inbreuken, enz.). Momenteel wordt dit statuut geregeld door de gemeentewet, de provinciewet of door specifieke wetten (wet van 10 april 1841 op de lokale wegenis, wet van 9 augustus 1948 tot wijziging van de wetgeving op de landwegenis, de wet van 12 juli 1956 tot bepaling van het statuut van de autosnelwegen, enz.).
> Het is bovendien duidelijk dat de nieuwe bepaling de Gewesten toelaat op coherente wijze decreten of ordonnanties te maken voor wat betreft de wegenis maar deze hiertoe niet verplicht, zodat de bovengenoemde wetgevingen van toepassing blijven zolang ze door het Gewest niet gewijzigd worden"[275].

Het is duidelijk dat artikel 6, ∋ 1, X, 2°bis voor de land- en waterwegenis ten overvloede de gewestelijke bevoegdheid inzake het domeinrecht (in het Frans "le régime de la domanialité"[276]) ondersteunt[277].

---

aanplakkingen langs de wegenis, die vallen onder de gewestelijke bevoegdheid inzake ruimtelijke ordening en stedebouw (Jadot, B., "La réforme de l'Etat. - VI. Les compétences régionales dans les matières autres que celles qui concernent l'économie", *J.T.*, 1989, (178), 178-179, nr. 4 en vn. 14 aldaar).

[275] *Gedr.St.*, Senaat, 1992-93, nr. 558/5, 412-413.

[276] Déom, D., "L'organisation communale", in Delpérée, F. (dir.), *La Belgique fédérale*, Brussel, Bruylant, 1994, (278), 295.

[277] De Raad van State heeft wel geopperd dat de invoering van de bepaling impliciet de beperkte draagwijdte bevestigde van de bevoegdheidsoverdracht die in 1988 m.b.t. de wegenis had plaatsgevonden (*Gedr.St.*, 1994-95, nr. 716/1, 65).

3.3. Beperkingen van de gewestelijke bevoegdheid

3.3.1. Federale bevoegdheid inzake rijkscomptabiliteit

74. Belangrijke bepalingen omtrent het domeinrecht zijn opgenomen in de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit[278].

Artikel 87 bepaalt:

> "De minister van Financiën wordt gemachtigd de onroerende goederen van alle aard hetzij openbaar, hetzij uit de hand of bij wijze van ruiling te vervreemden.
> De minister van Financiën wordt gedeeltelijk gemachtigd om elk zakelijk onroerend recht te vestigen of te vervreemden.
> Behoudens in geval van openbare verkoping of wanneer onteigening ten algemenen nutte wettelijk is uitgevaardigd, moeten de vervreemdingen bedoeld in dit artikel en in de artikelen 88 en 89, die betrekking hebben op goederen waarvan de geschatte waarde 50 miljoen frank te boven gaat, door de wetgever worden goedgekeurd.
> [...]".

De vervreemdingen moeten worden openbaar gemaakt door passende publiciteitsmaatregelen (zie art. 88).

De voorwaarden van vervreemding of overdracht van de onroerende goederen die deel uitmaken van het patrimonium dat voor de behoeften van een ministerie noodzakelijk is, worden vooraf bepaald, in gemeen overleg tussen de minister van Financiën en de beherende minister. De opbrengst van de vervreemding of van de overdracht van die onroerende goederen wordt ter beschikking gesteld van de minister die de onroerende goederen beheert, met het oog op het herstel of de rationalisatie van het aan zijn beheer toevertrouwde onroerende patrimonium (art. 89).

75. Ingevolge artikel 71, э 1 van de Bijzondere Financieringswet zijn "de bepalingen inzake Rijkscomptabiliteit" van overeenkomstige toepassing op de Gemeenschappen en de Gewesten. Hiermee werd inzonderheid verwezen naar de wetten van 15 mei 1846 en 28 juni 1963 op de rijkscomptabiliteit. Nochtans zijn niet *alle* bepalingen van deze wetten op de Gemeenschappen en Gewesten van toepassing, maar alleen deze "inzake de rijkscomptabiliteit" in de eigenlijke zin. De

---

[278] K.B. 17 juli 1991, *B.S.*, 21 augustus 1991.

Raad van State stelde terecht dat de loutere omstandigheid dat bepalingen van de domaniale wetten in de gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit werden opgenomen, niet determinerend is voor de interpretatie van het vermelde artikel 71, э 1 van de Bijzondere financieringswet. De Raad heeft m.b.t. verschillende bepalingen van de domaniale wetten, die nu zijn geïntegreerd in de gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit, o.m. deze betreffende de vervreemding van onroerende domeingoederen, expliciet en herhaaldelijk verklaard dat ze niet van overeenkomstige toepassing zijn op de Gemeenschappen en Gewesten, en dat de decreetgevers bevoegd zijn om die wetsbepalingen zelf van toepassing te verklaren en om regelingen vast te stellen die afwijken van de bedoelde wetsbepalingen[279].

76. Uit een en ander valt te concluderen dat de federale bevoegdheid inzake rijkscomptabiliteit in principe geen beletsel vormt voor Vlaamse decreetgeving inzake domeinrecht. Een vaste adviespraktijk van de Raad van State wijst uit dat de decreetgever zelf bepalingen kan vaststellen betreffende de vervreemding van en de vestiging van zakelijke rechten op domeingoederen. Ook de rechtsleer gaat hiervan uit en stelt dat de decreetgevers bevoegd zijn om eigen bepalingen aan te nemen voor de verkrijging en de vervreemding van onroerende goederen[280].

3.3.2. Federale bevoegdheid inzake burgerlijk recht

77 Het burgerlijk recht is niet als zodanig een aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheid. Het wordt beschouwd als behorend tot de residuaire bevoegdheid van de federale wetgever. De Gemeenschappen en Gewesten kunnen in decreten of ordonnanties slechts

---

[279] Zie vooral het advies van 12 juli 1994 over een voorontwerp van Vlaams decreet "tot regeling van de invordering van niet-fiscale schuldvorderingen voor het Vlaamse Gewest en de instellingen die eronder ressorteren" (*Gedr.St.*, Vl.R., 1994-95, 655/1, 10 e.v. en nr. 656/1, 10 e.v.) en het advies van 19 november 1996 over een regeringsamendement op het ontwerp van decreet "houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1997" (*Gedr.St.*, Vl.R., 1996-97, nr. 428/10, 9-10); zie ook een advies van 13 september 1990 (*Gedr.St.*, C.C.F., 1990-91, nr. 167/1, 7; zie impliciet doch zeker in dezelfde zin reeds het advies van 5 en 6 oktober 1989 (*Gedr.St.*, Vl.R., 1989-90, nr. 265/1, 46). Begrotingsrechtelijke principes van de wetten op de rijkscomptabiliteit kunnen uiteraard niet door de Gewesten worden aangetast (advies van 7 april 1999, *Gedr.St.*, P.W., 1998-99, nr. 517/1, 7).

[280] Zie Vranckx, A.W. e.a., *o.c.*, 58-59, nrs. 53-54, met verwijzing naar art. 94 BWHI.

burgerrechtelijke bepalingen opnemen, hetzij wanneer deze inherent zijn aan de toegewezen bevoegdheid die ze uitoefenen, hetzij op grond van de zgn. impliciete bevoegdheden[281].

Zo behoort het eigendomsrecht in principe tot de residuaire federale bevoegdheid, en komt het in principe aan de federale wetgever toe om te bepalen welke rechten en plichten aan de houders van zakelijke rechten toekomen[282]. De Gemeenschappen en Gewesten kunnen niet afwijken van de hypotheekwetgeving[283].

Hierboven werd uiteengezet dat de opstellers van het Burgerlijk Wetboek in artikel 537 voor het statuut van de overheidsgoederen precies verwijzen naar publiekrechtelijke regelgeving[284]. Ofschoon sommige handboeken van zakenrecht gedeeltelijk het domeinrecht behandelen, is het niet voor betwisting vatbaar dat het domeinrecht op zich niet behoort tot het burgerlijk recht, maar wel tot het bestuursrecht[285]. Een versoepeling van het domeinrecht is in beginsel dus mogelijk zonder op het terrein van het burgerlijk recht te komen. Dat het Burgerlijk Wetboek zelf beperkende regelen formuleert m.b.t. goederen buiten de handel[286], is geen bezwaar. Het Burgerlijk Wetboek zelf bepaalt immers niet welke overheidsgoederen al dan niet in de handel zijn[287]. Dat laatste kan voor de goederen van Gemeenschappen en Gewesten in principe worden uitgemaakt bij decreet.

3.3.3. Federale bevoegdheid inzake gerechtelijk recht, i.h.b. beslagrecht

78. Het procesrecht valt in principe onder de bevoegdheid van de federale wetgever. Voor de organisatie en de bevoegdheid van de rechtscolleges wordt dit afgeleid uit artikel 146 G.G.W. De vaststelling van de procedureregels valt gewoon onder de residuaire bevoegdheid van de federale

---

[281] Velaers, J., *o.c.*, 242-243.

[282] Velaers, J., *o.c.*, 244-245.

[283] Velaers, J., *o.c.*, 249.

[284] Zie *supra*, nr. 11.

[285] Zie o.m. Hansenne, J., *o.c.*, I, 136, nr. 116.

[286] Zie *supra*, nr. 12.

[287] Zie nogmaals *supra*, nr. 12.

wetgever[288]. De decreetgever kan bijvoorbeeld ook niet de bevoegdheid van de beslagrechter bepalen[289]. Wel kunnen de decreetgevers in voorkomend geval gebruik maken van hun impliciete bevoegdheden[290].

Hierboven werd de impact van de beslagbaarheidsregeling vervat in artikel 1412*bis* Ger.W. op het domeinrecht bekeken. Er werd genoteerd dat decreetgeving tot versoepeling van het domeinbeheer aan deze federale wetsbepaling geen afbreuk kan doen[291].

3.3.4. Federale bevoegdheid inzake overheidsopdrachten

79. Luidens artikel 6, ∋ 1, VI, vierde lid, 1° is de federale overheid bevoegd om "algemene regels" te stellen inzake "de overheidsopdrachten". Daaronder valt ook het vaststellen van de algemene aannemingsvoorwaarden. De Gewesten kunnen inzake overheidsopdrachten enkel aanvullende regels stellen[292].

Hierboven werden de federale regelen toegelicht m.b.t. de rechten en plichten van concessionarissen van openbare werken[293]. Gaat men ervan uit dat deze regelen werden vastgesteld binnen de grenzen van de federale bevoegdheden, dan moet men besluiten dat ze niet kunnen worden gewijzigd op het niveau van Gewesten of Gemeenschappen, tenzij mits gebruikmaking van de zgn. impliciete bevoegdheden. Deze laatste hypothese buiten beschouwing gelaten, kan men alleen vaststellen dat de bevoegdheidsverdeling inzake rechten en plichten van concessionarissen bijzonder onlogisch en inconsistent is. Omdat de concessies van openbare werken zijn onderworpen aan de overheidsopdrachtenwetgeving, worden de rechten en plichten van de concessionaris van openbare werken federaal vastgesteld. De rechten en plichten van houders van een domeinconcessie of een concessie van openbare dienst, kunnen door Gemeenschappen en Gewesten worden bepaald. Dit is weinig logisch wanneer men vaststelt dat de drie soorten concessies in de praktijk dikwijls erg gelijkend zijn.

---

[288] Zie Velaers, J., *o.c.*, 479.

[289] Velaers, J., *o.c.*, 481, met onduidelijke verwjzing echter.

[290] Zie nader Velaers, J., *o.c.*, 480-481.

[291] Zie *supra*, nr. 33.

[292] Zie Velaers, J., *o.c.*, 763-764.

[293] Zie *supra*, nrs. 22 e.v.

De conclusie is dat PPS-faciliterende decreetgeving m.b.t. overheidsgoederen op Vlaams niveau niet kan slaan op de rechten en plichten van de partijen bij een concessie van openbare werken zoals die zijn vastgelegd op federaal niveau. Voor het overige vloeien uit de federale bevoegdheid inzake overheidsopdrachten geen beperkingen voort.

Zoals eerder uiteengezet, kan de Vlaamse regering aan de federale overheid voorstellen richten om de bedoelde regelgeving inzake concessies van openbare werken te versoepelen, bijvoorbeeld door een afwijkingsmogelijkheid in te voeren voor zover de aard van het werk een afwijking gebiedt.

3.4. Bestaande Vlaamse domeindecreten

80. De Vlaamse decreetgever heeft van zijn regelgevende bevoegdheid inzake domeinbeheer reeds herhaaldelijk gebruik gemaakt.

Zo werd bij decreet van 20 december 1989[294] de domaniale wet van 31 mei 1923[295] van toepassing verklaard op de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest. Deze wet regelt o.m. de vervreemding van domeingoederen en de vestiging en vervreemding van zakelijke rechten erop. Versoepelende decreetgeving inzake domeinbeheer wordt bij voorkeur allicht uitgewerkt door een wijziging van de wet van 31 mei 1923.

Ook de andere Gemeenschappen en Gewesten hebben eigen domeinregelen tot stand gebracht; de rechtsleer ziet hierin kennelijk geen bevoegdheidsproblemen[296].

---

[294] Art. 22 Decr. Vl.R. 20 december 1989 houdende bepalingen tot uitvoering van de begroting van de Vlaamse Gemeenschap (*B.S.*, 30 december 1989, err. *B.S.*, 21 april 1990).

[295] W. 31 mei 1923 betreffende de vervreemding van onroerende domeingoederen (*B.S.*, 3 juni 1923).

[296] Zie o.m. Floor, D.-B., "L'aliénation d'immeubles domaniaux et sa pratique administrative: une cause d'aléas pour le promoteur ?", noot onder Rb. Brussel, 9 januari 1992, *T.Aann.*, 1996, (186), 203, nr. 16.

3.5. Besluit

81. Uit wat voorafgaat blijkt dat een versoepeling van het domeinrecht op Vlaams niveau niet stuit op bezwaren i.v.m. de bevoegdheidsverdeling. Vlaamse decreetgeving kan worden gesteund op de algemene instrumentele bevoegdheid inzake domeinbeheer, en verder op de bepalingen van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen betreffende de infrastructuur, de overdracht van goederen, het recht van voorkoop en het juridisch statuut van de land- en waterwegenis. De federale bevoegdheden inzake rijkscomptabiliteit, burgerlijk recht, gerechtelijk recht (inz. beslagrecht) en overheidsopdrachten leveren randvoorwaarden op, maar geen beletselen.

4. BESLUITEN

4.1. Wenselijkheid van decreetgevende versoepelingen inzake domeinbeheer

4.1.1. Algemene voordelen van PPS-wetgeving

82. Het uitvaardigen van specifieke regelgeving inzake PPS heeft op zich al voordelen. Lignières onderkent drie redenen waarom dergelijke regelgeving PPS-initiatieven en -investeringen kan aanmoedigen. Ten eerste lokt regelgeving een publiek debat uit. Ten tweede klaart de regelgeving enkele juridische problemen uit. Ten derde bevestigt de regelgeving de betrokken operatoren de politieke wil om PPS aan te moedigen. Een van deze drie redenen volstaat al om regelgeving tot stand te brengen. Dergelijke regelgeving mag door de ondernemingen niet worden aangevoeld als een geheel van bijkomende juridische beperkingen, maar moet integendeel nieuwe opportuniteiten openen[297].

83. Vooral inzake PPS is het belangrijk dat de regelgeving de rechtsonderhorigen, i.h.b. de private investeerders, rechtszekerheid en stabiliteit biedt (wat bijv. volgens Franse juristen niet het geval is met hun wetgeving). Met het oog op internationale investeringen is het ook belangrijk dat de regelgeving toegankelijk en leesbaar is[298]. De juridische omgeving bepaalt immers mee de aantrekkingskracht van een land voor investeerders in PPS-projecten[299]. Daarom werkt de UNCITRAL bijvoorbeeld internationale richtsnoeren uit voor wetgeving omtrent privaat gefinancierde infrastructuurprojecten (BOT-projecten en aanverwante).

---

[297] Lignières, P., *o.c.*, 12, nr. 27.

[298] Lignières, P., *o.c.*, 15, nr. 29 en vn. 56 aldaar.

[299] Lignières, P., *o.c.*, 17, nr. 32.

4.1.2. Specifiek nut van PPS-regelgeving inzake domeinbeheer

84. Als besluit van zijn hoger besproken studie over de private financiering van overheidsinvesteringen, betwijfelde Ph. Flamme of met het oog op een versoepeling van het domeinrecht een wetgevende tussenkomst opportuun was. Hij spoorde de bestuurders en de rechtbanken aan om in hun contracten resp. vonnissen "toute l'audance imaginative" aan te wenden "qu'autorise cette constatation de bon sens que ce n'est jamais le domaine public qui est inaliénable, mais seulement son affectation"[300]. Dergelijke aanbeveling is o.i. onvoldoende. Hierboven werd aangetoond dat het domeinrecht tot rechtsonzekerheid leidt precies omdat het berust op deels inconsistente en evolutieve rechtspraak, en omdat er geen wettelijk houvast is. Een pleidooi om de rechtspraak te wijzigen, kan deze rechtsonzekerheid nooit helemaal wegwerken, en zal ze mogelijk zelfs nog vergroten. De rechtsonzekerheid duurt overigens te lang voort om ze nog verder te dulden. Meer dan veertig jaar geleden al betreurde de rechtsleer de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de meningsverschillen over het precieze afbakeningscriterium tussen het openbaar en het privaat domein[301]. In 1974 stelde Procureur-Generaal Ganshof van der Meersch vast dat de rechtspraak op dat moment geen absolute zekerheid bood omtrent de precieze betekenis van het begrip openbaar domein[302]. Meer dan een kwarteeuw later stelt men vast dat de rechtspraak niet bij machte is geweest om duidelijkheid te brengen. In 2001 nog alle heil verwachten van jurisprudentiële en doctrinale opheldering, lijkt dus niet erg realistisch.

4.2. Mogelijke versoepelingstechnieken

85. De wenselijke versoepeling van het domeinrecht kan op verschillende wijzen worden doorgevoerd.

Deze worden hieronder overlopen.

---

[300] Flamme, Ph., *o.c;*, 454, nr. 53.

[301] "On doit bien constater, dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, un désaccord sur l'adoption d'un critère précis de la domanialité publique qui constitute une source et un état d'insécurité juridique regrettable" (Buttgenbach, A., *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1959, 344, nr. 388; zie voorts editie 1966*, o.c.*, I, 372, nr. 388).

[302] Concl. Proc.-Gen. Ganshof van der Meersch voor Cass., 16 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, (954), 956.

86. Een eerste werkwijze zou erin kunnen bestaan om het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein volledig af te schaffen. Het onderscheid is in de praktijk moeilijk te hanteren, en de consequenties zijn onzeker en botsen met met de feitelijke noden. In Frankrijk werd eveneens een afschaffing van het onderscheid bepleit. In Nederland en Engeland bestaat het onderscheid niet (of toch niet in dergelijke absolute termen). De federale Belgische wetgever heeft het onderscheid reeds verlaten in het nieuwe stelsel van beslag op overheidsgoederen. Voor de afschaffing van het onderscheid in Vlaanderen kunnen dus goede redenen worden aangevoerd.

Toch komt het ons voor dat de drastische afschaffing van het onderscheid tussen openbaar en privaat domein op dit ogenblik een te abrupte en mogelijk onvoorzichtige maatregel zou zijn. Zoals hierboven vermeld, werd de geldigheid van het onderscheid immers bevestigd in tal van bijzondere wetten, decreten en besluiten. Ook de bestuurlijke praktijk berust nog steeds op dit onderscheid. Het is niet uit te sluiten dat men op termijn tot een afschaffing van het onderscheid kan komen. Daarvoor lijkt echter grondig bijkomend studiewerk en overleg met de betrokken administraties noodzakelijk, alsook het herzien van de bestaande, verspreide wet- en decreetgeving over het beheer van overheidsgoederen. Binnen het specifieke raam van het PPS-aanmoedigend beleid kunnen in alle geval even goede resultaten worden bereikt zonder dergelijke revolutionaire ingreep.

87. Een tweede optie is de domeinbeherende overheden een onbeperkt recht toe te kennen om goederen te affecteren en te desaffecteren. Men laat de twee categorieën openbaar en privaat domein dan bestaan, met hun eigen rechtsregime, maar de overheid zou een onbeperkte vrijheid bekomen om goederen van de ene categorie naar de andere over te hevelen, inz. zonder acht te slaan op het feitelijke gebruik of de feitelijke bestemming van het goed. Zulks zou in de lijn liggen van de bestaande federale regelgeving inzake concessies van openbare werken, waarin een terrein bestemd voor de aanleg van een infrastructuurwerk, door de overheid wordt gedesaffecteerd om er vervolgens een opstalrecht op te vestigen.

Deze werkwijze komt in feite ook neer op het afschaffen van het onderscheid tussen het openbaar en het privaat domein. Het onderscheid verliest dan immers elke inhoud. De nadelen zijn in wezen dan ook dezelfde als besproken bij de vorige optie.

88. Een derde optie is het creëren van een nieuwsoortig bezettingsrecht naar analogie met de Franse wetgeving. Men zou een administratieve erfpacht of een gelijkaardig nieuw zakelijk recht in het leven kunnen roepen, dat de belangen van de overheid op een evenwichtige wijze verzoent

met deze van de uitvoerders en financiers van PPS-projecten. Hierbij kan nuttig gebruik worden gemaakt van de ervaring met en de kritieken op het Franse voorbeeld.

Deze optie stuit echter op bezwaren i.v.m. de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de Gemeenschappen en Gewesten. Het belangrijkste probleem is dat er m.b.t. zakelijke rechten een numerus clausus bestaat. De rechtsonderhorigen kunnen zelf geen nieuwsoortige zakelijke rechten in het leven roepen. Alleen de wetgever kan nieuwe zakelijke rechten tot stand brengen[303]. Zonder twijfel is de bevoegde wetgever uitsluitend de federale wetgever. Creatie door de decreetgever van een nieuw zakelijk recht, het weze een "administratief" zakelijk recht, schijnt daarom minstens gedeeltelijk de federale bevoegdheid inzake het burgerlijk recht te schenden. Bovendien werden in de besproken Franse wetgeving bepalingen opgenomen betreffende de beslagbaarheid van de betrokken goederen. In de Belgische staatsrechtelijke context is dit ook federale materie. Eventueel zou de decreetgever zich kunnen beroepen op de impliciete bevoegdheden. Dergelijk hulpmiddel is echter onzeker en dient in een PPS-beleid zoveel mogelijk te worden vermeden, omdat aan de PPS-partners precies rechtszekerheid moet worden geboden.

Conclusie is dat de creatie van een nieuwsoortig bezettingsrecht naar Frans voorbeeld, op Vlaams niveau geen passende oplossing is. De kwestie kan eventueel wel worden aangebracht op federaal niveau. Vraag is of het besproken alternatief het meest afdoende is. Zoals eerder opgemerkt, werd in Frankrijk opgemerkt dat de creatie van een nieuw administratief zakelijk bezettingsrecht dat geen volwaardig zakelijk recht is, geen goede oplossing is[304].

89. Een vierde optie is het meer bruikbaar maken van het bestaande recht, door onder bepaalde voorwaarden de vestiging van zakelijke rechten mogelijk te maken op het openbaar domein en de erop opgerichte constructies.

Ten eerste zou de decreetgever kunnen bepalen dat de Vlaamse regering op de goederen van het openbaar domein van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaams Gewest zakelijke rechten en zakelijke zekerheidsrechten kan vestigen, voor geen afbreuk wordt gedaan aan het publiek gebruik of de noden van de openbare dienst. Dergelijke mildering zou dus niet beperkt zijn tot PPS-toepassingen. Inhoudelijk zou zij aansluiten bij het nieuwe regime van de beslagbaarheid van overheidsgoederen, opgenomen in artikel 1412*bis* Ger.W. en bij de versoepelende strekkingen in de domeinrechtelijke rechtspraak en rechtsleer.

Ten tweede zou de decreetgever kunnen bepalen dat zakelijke rechten en zakelijke zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd op de gebouwen en constructies die door bezetters op

---

[303] Zie Van Neste, F., *o.c.*, 59-60, nr. 30.

[304] Zie Lavialle, C., *o.c.*, 1118.

het openbaar domein worden opgericht. Zulks zou een regelgevende basis bieden voor bestaande werkwijzen zoals o.m. toegepast in de haven van Antwerpen. Het zou ook aansluiten bij de federale regelgeving inzake concessies van openbare werken.

De zakelijke rechten zullen in de praktijk rechten van erfpacht en rechten van opstal zijn. Daarnaast zouden uiteraard eenzijdige vergunningen en domeinconcessies mogelijk blijven. Anders dan in de nieuwe Franse wetgeving, zou niet worden bepaald dat de bezetter van het openbaar domein in principe, altijd en automatisch een zakelijk recht geniet. Het principe blijft toekenning van een vergunning of een concessie, en slechts uitzonderlijk en door een uitdrukkelijke beslissing zal een zakelijk recht kunnen worden gevestigd[305]. Wanneer wordt geopteerd voor erfpacht of opstal, zal men moeten onderzoeken in hoeverre de voorwaarden niet moeten worden aangepast aan de bijzondere situatie van de overheid. Het 'precariseren' van een erfpachtrecht door bijvoorbeeld een eenzijdige beëindiging in het algemeen belang mogelijk te maken, analoog aan het recht m.b.t. concessies, lijkt echter problematisch in de mate dat daardoor de wettelijke minimumduur van 27 jaar in het gedrang zou kunnen komen[306]. De overheid zal van geval tot geval moeten afwegen welke rechtstechniek het meest aangewezen is; daarbij lijkt het evident dat zij de private partner een groter investerings- en exploitatierisico kan toeschuiven, of een hogere gebruiksvergoeding kan opleggen[307], wanneer zij deels afziet van haar klassieke domeinrechtelijke prerogatieven. Doel van de decreetgeving is dus helemaal niet om de overheid een bepaalde nieuwe rechtstechniek op te dringen, maar wel om een ruimer scala aan mogelijkheden ter beschikking te stellen en om een aantal bestaande praktijken, zoals de hypothekering van private constructies op het openbaar domein, uitdrukkelijk als rechtsgeldig te erkennen, zodat financiers niet worden afgeschrikt. Een bijkomend voordeel is dat financiële instellingen vaak beter vertrouwd zijn met de privaatrechtelijke rechtstechnieken zoals erfpacht en opstal, en daar dus ook psychologisch meer door worden aangelokt dan door allerhande onzekere publiekrechtelijke constructies zonder duidelijke wettelijke grond. Het beschreven vierde alternatief is o.i. het optimale.

---

[305] In de Franse rechtsleer werd gesteld dat de Franse wetgever beter het bestaande vergunnings- en concessiestelsel als principe had gehandhaafd, en de vestiging van zakelijke rechten als een mogelijke afwijking had uitgewerkt (Lavialle, C., *o.c.*, 1114).

[306] De wettelijke minimumduur van de erfpacht wordt in Frankrijk onverenigbaar geacht met de precariteit van de bezetting van het openbaar domein (zie o.m. Fatome, E. en Moreau, J., noot onder Conseil d'Etat, 6 mei 1985, *A.J.D.A.*, 1985, (620), 622). Vgl. echter voor Nederland *supra*, nr. . Voor België, zie Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *Zakenrecht*, II, B, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 852, nr. 999 en 855, nr. 1000, inz. vn. 36. Erfpacht kan altijd ten einde komen door onteigening (*ibid.*, 885, nr. 1016 en, voor opstal, 927, nr. 1033), wat voor de overheid uiteraard minder interessant is. Eventueel kan een bijkomende grond van vervallenverklaring worden gecreëerd (*ibid.*, 888, nr. 1017).

[307] Vgl. voor Frankrijk Fournier, A. en Jacquot, H., "Un nouveau statut pour les occupants du domaine public", *A.J.D.A.*, 1994, (759), 768.