



**Gemeente
Rucphen**

Grondje (mee)pikken

**Afstudeeronderzoek betreffende het onrechtmatig gebruik van
grond van de gemeente Rucphen door derden**

Naam: Renske van Dongen

Studentnummer: 2048055

**Afstudeerorganisatie: gemeente
Rucphen**

**Onderwijsinstelling: Juridische
Hogeschool Avans-Fontys**

Rucphen, januari 2015

Grondje (mee)pikken

**Afstudeeronderzoek betreffende het onrechtmatig gebruik
van grond van de gemeente Rucphen door derden**

Naam: Renske van Dongen
Studentnummer: 2048055

Afstudeerorganisatie: gemeente Rucphen, afdeling Middelen
Afstudeermentoren: mevrouw P.J.M. van Overveld en mevrouw A. Rens

Opleiding: HBO-Rechten
Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Eerste afstudeerdocent: mevrouw mr. M. Soysüren
Tweede afstudeerdocent: mevrouw mr. T. Wielders
Afstudeerperiode: September 2014 t/m januari 2015
Classificatie: Intern

Voorwoord

In het kader van mijn afstudeerperiode van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg, heb ik stage bij de afdeling Middelen van de gemeente Rucphen gelopen. Deze scriptie is het eindresultaat van het onderzoek dat ik heb verricht betreffende het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden.

Het verrichten van het onderzoek en het schrijven van deze scriptie is niet altijd makkelijk geweest. Ik ben dan ook dankbaar voor de steun en hulp die ik tijdens deze periode heb mogen ontvangen. In het bijzonder bedank ik mijn afstudeermentoren, mevrouw Petra van Overveld en mevrouw Angela Rens. Gedurende het onderzoek hebben ze me uitstekend begeleid en ondersteund. Ze zijn altijd bereid geweest om mee te denken en hun kritische blik te geven.

Daarnaast wil ik ook graag mijn afstudeerdocente mevrouw Meryem Soysüren bedanken, voor haar goede begeleiding en feedback.

Renske van Dongen

Roosendaal, januari 2015

Inhoud

Samenvatting	
Afkortingenlijst	
1. Inleiding	11
1.1. Afstudeerorganisatie	11
1.2. Aanleiding onderzoek	11
1.3. Probleembeschrijving	12
1.4. Vraagstelling	12
1.5. Doelstelling	13
1.6. Verantwoording bronnen en methoden	13
1.7. Validiteit	14
1.8. Leeswijzer	14
2. Wanneer is er sprake van onrechtmatig grondgebruik?	15
2.1. Rechtmatig gebruik van grond	15
2.1.1. Overdracht	17
2.2. Houder versus bezitter	18
2.2.1. Bezit	18
2.2.2. Houderschap	19
2.2.3. Interversie	19
2.3. Verjaring	20
2.3.1. Verkrijgende verjaring	21
2.3.2. Bevrijdende verjaring	22
2.3.3. Schematische weergave van de verkrijgende en bevrijdende verjaring	22
2.4. Hoe kan een lopende verjaring worden gestuit?	23
3. Inventariseren	24
4. Welke publiekrechtelijke mogelijkheden heeft de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeenteground door derden?	25
4.1. Grondslagen publiekrechtelijk handhaven	25
4.1.1. Apv	26
4.1.2. Bestemmingsplan	28
4.2. Publiekrechtelijke handhaving	28
4.2.1. Last onder bestuursdwang	28
4.2.2. Last onder dwangsom	29
4.2.3. Bestuurlijke boete	31
4.3. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	31
5. Welke privaatrechtelijke mogelijkheden heeft de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeenteground door derden?	32
5.1. Legalisatie	32
5.1.1. Verkoop	32
5.1.2. Verhuur	33
5.1.3. Bruikleenovereenkomst	33
5.2. Revindicatie	34
5.3. Onrechtmatige daad	34
5.4. Algemene beginselen behoorlijk bestuur	34
6. Is de privaatrechtelijke weg toegestaan als er ook publiekrechtelijk kan worden gehandhaafd?	35
7. Wat is de huidige gang van zaken met betrekking tot het aanpakken van onrechtmatig gebruik van gemeenteground door derden?	37
7.1. Casus 1	37
7.2. Casus 2	37
7.3. Casus 3	38
8. Welke afdeling is het meest geschikt om het nieuwe beleid uit te voeren?	40
Gemeentewinkel	40
Ruimte en Openbare Werken	40

Middelen.....	40
Facilitair bedrijf	40
Samenleving	40
8.1. Slotsom	41
9. Conclusie	42
10. Aanbevelingen.....	46
Literatuurlijst.....	47
Jurisprudentielijst.....	48
Bijlagen	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

Samenvatting

De gemeente Rucphen beschikt op dit moment niet over gedegen beleid om onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden aan te pakken. Op dit moment wordt ad-hoc opgetreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond. Om dit in de toekomst te kunnen veranderen, zijn de juridische mogelijkheden en aanbevelingen uitgewerkt.

Het optreden tegen onrechtmatig grondgebruik kan via de privaats- dan wel de publiekrechtelijke weg. Bij de privaatrechtelijke weg staat het eigendomsrecht van de gemeente centraal; de gemeente handelt als eigenaar van de grond. Wanneer de publiekrechtelijke weg wordt bewandeld, dan staat de publiekrechtelijke functie van de grond centraal.

De privaatrechtelijke weg dient te worden bewandeld als het eigendomsrecht van de gemeente wordt geschaad. De onrechtmatig grondgebruiker heeft in dat geval de gemeentegrond in bezit genomen. Er zijn twee vormen van bezit: bezit te kwader trouw en bezit te goeder trouw. Een bezitter te kwader trouw houdt moedwillig grond van de gemeente voor zichzelf en pretendeert op deze wijze eigenaar te zijn. Een bezitter is te goeder trouw als hij de grond in bezit heeft genomen, maar zich redelijkerwijze als rechthebbende mocht beschouwen. Een bezitter te goeder trouw wordt na verloop van tien jaren op grond van bevrijdende verjaring eigenaar. Een bezitter te kwader trouw wordt na verloop van twintig jaren eigenaar, dit wordt verkrijgende verjaring genoemd. Bovenstaande vormt een belangrijke drijfveer voor de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig grondgebruik: grondverlies moet immers worden voorkomen. De gemeente dient een stuitingshandeling te verrichten om grondverlies door verjaring te voorkomen.

Het privaatrecht kent verscheidende mogelijkheden om tegen onrechtmatig grondgebruik op te treden. Allereerst kan worden gekozen om de onrechtmatige situatie te legaliseren, door middel van een verkoop-, verhuur- of bruikleenovereenkomst af te sluiten met de onrechtmatig grondgebruiker. Als dit geen optie is voor de gemeente is, dan dient ze te revindiceren. De gemeente is bevoegd om tegen onrechtmatig grondgebruik privaatrechtelijk te handhaven. Het doel bij deze vorm van handhaving is het beschermen van haar eigendom door in gebruik genomen grond terug te vorderen en grondverlies door verjaring te voorkomen. Dit is publiekrechtelijk niet geregeld, waardoor de doorkruisingsleer niet in het geding komt.

Onrechtmatig gebruik van gemeentegrond kan ook inhouden dat de publiekrechtelijke functie van de gemeentegrond wordt aangetast. Dit houdt in dat de openbare buitenruimte en daarmee de leefomgeving van andere bewoners van de gemeente Rucphen niet meer vrij toegankelijk is. Wanneer er geen eigendomspretentie bij de onrechtmatig grondgebruiker is, dan kan publiekrechtelijk worden opgetreden op grond van de APV en het bestemmingsplan. Handhaving geschiedt het legaliseren van de onrechtmatige situatie, of door een last onder dwangsom dan wel last onder bestuursdwang op te leggen.

Op dit moment wordt de grond van de gemeente Rucphen zodanig in kaart gebracht, dat onrechtmatig gebruik van gemeentegrond kan wordenesignaleerd. Dit wordt door de afdeling Ruimte en Openbare Werken gedaan. Deze afdeling speelt een belangrijke rol in de aanpak tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond: zij heeft de capaciteiten om publiek- en privaatrechtelijk te handhaven. De afdeling Middelen kan adviseren in de privaatrechtelijke procedure. Wanneer gekozen wordt voor publiekrechtelijke legalisering, dan dient de afdeling Gemeentewinkel de vergunning te verlenen.

Afkortingenlijst

Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
APV	Algemeen Plaatselijke Verordening
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
College	College van Burgemeester & Wethouders
De raad	de gemeenteraad
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
WION	Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten
Wvo	Wet verontreiniging oppervlaktewateren
WWV	Wegenverkeerswet 1994
Ww	Woningwet

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een korte beschrijving van de afstudeerorganisatie gegeven. Vervolgens wordt de aanleiding van het onderzoek uiteengezet, alsmede de probleembeschrijving. Hierna volgen de centrale vraag, de deelvragen en de doelstelling. Ten slotte worden de bronnen en methoden van onderzoek verantwoord en is een leeswijzer opgenomen.

1.1. Afstudeerorganisatie

De gemeente Rucphen, gelegen in de provincie Noord-Brabant, bestaat uit de dorpen: Rucphen, Schijf, Sprundel, Sint Willebrord en Zegge. De gemeente Rucphen telde op 1 januari 2014 22.180 inwoners. De gemeente Rucphen profileert zich graag als de Wielergemeente van Nederland. Met name het dorp Sint Willebrord kent een lange wielershistorie.



De gemeente wordt tevens gekenmerkt door het promotionele label: 'Puur Rucphen'. Via dit label wordt het authentieke Brabantse leven met daarbij de rust en de ruimte onder de aandacht gebracht. In Rucphen valt nog te genieten op een intense (pure) manier. Het label richt zich op drie thema's: Toerisme & Recreatie, Wonen & Werken en Algemene dienstverlening.¹

De organisatiestructuur kent een directie, bestaande uit de algemeen directeur/gemeentesecretaris en een directeur bedrijfsvoering. Laatstgenoemde is tevens 1^e loco-secretaris is. De directie wordt ondersteund door een concernstaf voor beleidsmatige- en controletaken op het gebied van financiën, informatievoorziening, dienstverlening, organisatie en algemeen bestuurlijk juridische zaken (zoals integrale veiligheid en strategische communicatie) en projectcoördinatie. Ook de secretariële ondersteuning van het college en de directie behoort tot de staf. Verder telt de organisatie vijf afdelingen: de afdeling Gemeentewinkel, Ruimte en Openbare Werken, Middelen, Facilitair Bedrijf en Samenleving.² Het organogram van de beschreven structuur is terug te vinden in bijlage 1.

De opdrachtgever van dit onderzoek is de afdeling Middelen. Deze afdeling richt zich op de interne advies- en uitvoerende taken op het gebied van bedrijfsvoering. Taakvelden die hieronder vallen zijn onder meer financiën, communicatie, juridische zaken, inkoop en personeelszaken.³

1.2. Aanleiding onderzoek

De aanleiding voor deze afstudeerscriptie is het ontbreken van goed beleid betreffende het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden in de gemeente Rucphen. Op verschillende manieren kan duidelijk worden dat er sprake is van onrechtmatig grondgebruik. Het kan zijn dat een burger de gemeente Rucphen een brief stuurt, met daarin het gegeven dat hij zich op verjaring beroept, met als gevolg dat hij eigenaar is geworden van een stuk grond. Het kan ook zijn dat de gemeente een weg wil aanleggen, maar constateert dat een burger een gedeelte van de grond die nodig is voor de weg bij zijn eigen perceel heeft getrokken. De gemeente kan in dit soort situaties niet stil blijven zitten en heeft dus behoefte aan duidelijk beleid. De afdeling Middelen van de gemeente Rucphen heeft de wens uitgesproken om deze afstudeerscriptie te kunnen gebruiken als richtlijn, waarin de juridische mogelijkheden betreffende het optreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond wordt weergegeven.

¹ Gemeentegids Rucphen 2014-2015, p. 30 t/m 32.

² Gemeentegids Rucphen 2014-2015, p. 56.

³ Gemeentegids Rucphen 2014-2015, p. 57.

1.3. Probleembeschrijving

De gemeente Rucphen wordt regelmatig geconfronteerd met burgers die gemeentegrond in bezit hebben genomen, zonder dat hiervoor toestemming is verkregen. De gemeente beschikt op dit moment niet over goed beleid omtrent het optreden tegen dit onrechtmatige grondgebruik. Er is wel een beleidsnotitie 'Beheer gemeentegrond' aanwezig, wat deels over het optreden tegen onrechtmatig grondgebruik gaat.⁴ In de praktijk wordt hier echter niet veel mee gedaan.

Er is sprake van onrechtmatig grondgebruik als een stuk grond in gebruik wordt genomen zonder dat daarvoor een geldige titel is verkregen. Om effectief tegen onrechtmatig grondgebruik op te kunnen treden en iedere situatie gelijk te kunnen behandelen, is het wenselijk om een duidelijk beleid te hanteren. Hoe moet dit beleid eruit gaan zien? Hoe kan het beleid na de totstandkoming het beste worden geïmplementeerd? Het doel van het beleid is kunnen vaststellen of er inderdaad sprake is van onrechtmatig grondgebruik en hoe er dan tegen op kan worden getreden. Welke afspraken kan de gemeente Rucphen met burgers maken? Als de situatie jarenlang in stand wordt gehouden, dan kunnen burgers een beroep doen op verjaring, waardoor de gemeente de grond definitief kwijtraakt. Tijdig ingrijpen is dus noodzakelijk. In dit onderzoek worden de publiekrechtelijke- en privaatrechtelijke opties onderzocht.

De gemeente heeft de keuzevrijheid om haar belangen zowel via het publiekrecht als via het privaatrecht te behartigen. Deze keuzevrijheid wordt de tweewegenleer genoemd.⁵ Van welke weg kan de gemeente Rucphen het beste gebruikmaken? Tot hoever reikt deze keuzevrijheid?

Op dit moment worden kwesties betreffende onrechtmatig grondgebruik ad-hoc opgelost, maar dit kost onevenredig veel tijd. Omdat er geen goed en duidelijk beleid is, is er op dit moment ook geen aangewezen persoon of afdeling die kwesties over onrechtmatig gebruik van gemeentegrond in behandeling neemt. Hoe kan nieuw beleid organisatorisch het best worden geïmplementeerd?

1.4. Vraagstelling

Uit de probleembeschrijving volgt onderstaande centrale vraag, die sturend voor dit onderzoek is:

Welke aanbevelingen zijn er te geven met betrekking tot de aanpak van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden in de gemeente Rucphen, gelet op de huidige werkwijze en getoetst aan de beschikbare privaatrechtelijke en publiekrechtelijke instrumentaria, waarbij wordt aangegeven onder welke omstandigheden welke instrumentaria bruikbaar zijn?

Deze centrale vraag wordt beantwoord aan de hand van de onderstaande deelvragen. Het is de bedoeling dat de antwoorden op de deelvragen tezamen het antwoord vormen op de centrale vraag. Onderstaande deelvragen worden gebruikt om sturing en structuur aan te brengen in het onderzoek.

1. Wanneer is sprake van onrechtmatig grondgebruik?
2. Welke publiekrechtelijke mogelijkheden heeft de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden?

⁴ Deze beleidsnota is opgenomen in bijlage 2.

⁵ 'Publiekrecht vs. Privaatrecht', Verjaringsadvies.nl.

3. Welke privaatrechtelijke mogelijkheden heeft de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden?
4. Is de privaatrechtelijke weg toegestaan als er ook publiekrechtelijk kan worden gehandhaafd?
5. Wat is de huidige gang van zaken met betrekking tot het aanpakken van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden?
6. Welke afdeling is het meest geschikt om het nieuwe beleid uit te voeren?

1.5. Doelstelling

De praktische relevantie wordt weergegeven in onderstaande doelstelling:

Op 12 januari 2015 zal een onderzoeksrapport aan mevrouw Rens en mevrouw Van Overveld van de afdeling Middelen van de gemeente Rucphen worden overhandigd, met daarin adviezen ten aanzien van toekomstig beleid met betrekking tot onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden, zodat dit op een zo efficiënt mogelijke wijze kan worden georganiseerd en de gemeente daarna een eenduidige aanpak kan hanteren om onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden tegen te gaan.

1.6. Verantwoording bronnen en methoden

Voor beantwoording van de deelvragen wordt gebruik gemaakt van twee verschillende onderzoeksstrategieën.

Voor de eerste vier deelvragen wordt de onderzoekstrategie 'naar het recht' toegepast, door middel van rechtsbronnen- en literatuuronderzoek.

De wet, jurisprudentie alsmede literatuur zijn hierbij de belangrijke bronnen. Het geldende recht wordt geïnterpreteerd. De literatuur die hiervoor wordt gebruikt is gezaghebbend, relevant en actueel. De inhoud van deze literatuur wordt getoetst op betrouwbaarheid, waarbij bewust wordt gekozen voor literatuur geschreven door verschillende gerenommeerde auteurs. Over de betrouwbaarheid van de wet en jurisprudentie hoeft verder niet te worden gespeculeerd.

De methode van onderzoek is de inhoudsanalyse. Er wordt gebruik gemaakt van bestaand materiaal, namelijk de wet, jurisprudentie en literatuur. De relevante informatie wordt geselecteerd, geïnterpreteerd en vervolgens gestructureerd.

Om tot beantwoording van de vijfde deelvraag te komen, wordt de onderzoeksstrategie 'onderzoek naar de praktijk' uitgevoerd. De toegepaste methode is de casestudy. Er worden hiervoor drie dossiers betreffende onrechtmatig gebruik bestudeerd. Tevens wordt hier een oordeel over worden gegeven. De casestudy wordt met nog een methode gecombineerd, namelijk een interview. Dit interview wordt met de juridisch adviseurs van de afdeling Middelen gehouden, die de drie dossiers in behandeling hebben (genomen).

Er wordt gebruik van de bron 'documenten' gemaakt. De lopende dossiers, maar ook dossiers die al zijn afgewikkeld zijn hiervoor van belang. Van de bron 'personen' is tevens gebruik gemaakt. De juridisch adviseurs van de afdeling Middelen treden op als informant. Zij kunnen informatie over de huidige gang van zaken verschaffen. De gegevens zijn betrouwbaar, het gaat immers om dossiers die nog lopen, of zijn afgewikkeld.

Ook voor beantwoording van de laatste deelvraag is gebruik gemaakt van onderzoek naar de praktijk, door middel van een casestudy en een interview. Het antwoord op de laatste deelvraag geeft weer welke afdeling het beleid het beste kan uitvoeren. Qua bronnen wordt

gebruik gemaakt van ‘documenten’ en ‘personen’. De taakbeschrijving van iedere afdeling is van belang, om te bekijken welke afdeling kan toezien op de uitvoering van het beleid. Aan de hand van de taakbeschrijving wordt bepaald welke personen worden geïnterviewd. Het is onzinnig om van iedere afdeling personen te interviewen, wanneer deze niets te maken hebben met het signaleren van en het optreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond.

De uitwerkingen van deze deelvragen zijn adequaat en effectief, omdat ze aansluiten op de onderzoeksvraag.

1.7. Validiteit

De validiteit van het onderzoek wordt gewaarborgd door regelmatig tussentijds de onderzoeksresultaten te bespreken en te laten controleren door de afstudeermentoren, beiden juridisch adviseur bij de gemeente Rucphen. Gedurende het onderzoeksproces worden verkregen onderzoeksresultaten continu geselecteerd op basis van juridische relevantie. De resultaten moeten tevens relevant zijn om tot beantwoording van de deelvragen te komen. Resultaten die niet tot dat doel leiden, worden weggelaten. Op deze wijze is het onderzoek goed afgebakend. De relevante juridische gegevens worden op zodanige wijze verzameld en gestructureerd, dat er uiteindelijk antwoord kan worden gegeven op de centrale vraag.

1.8. Leeswijzer

Deze leeswijzer geeft de indeling van dit rapport weer.

Hoofdstuk 1 bevat de inleiding, waarin onder meer de aanleiding en de vraagstelling van het onderzoek worden weergegeven. Hoofdstuk 2 gaat in op de vraag wanneer sprake van onrechtmatig grondgebruik is. Hierin wordt onder meer aandacht besteed aan bezitter versus houder en aan verjaring. Hoofdstuk 3 besteedt aandacht aan het inventariseren, hoe kan de omvang van het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond het beste in kaart worden gebracht? Vanaf dat punt kan er doelmatig worden opgetreden. Hoofdstuk 4 bespreekt de publiekrechtelijke wijze waarop onrechtmatig gebruik van gemeentegrond kan worden aangepakt en hoofdstuk 5 de privaatrechtelijke wijze. In dit hoofdstuk wordt tevens uitgewerkt of de privaatrechtelijke weg is toegestaan als er ook een publiekrechtelijke maatregel is. In hoofdstuk 6 wordt uitgewerkt of de privaatrechtelijke weg is toegestaan, als er ook bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. Hoofdstuk 7 beschrijft de huidige gang van zaken met betrekking tot het aanpakken van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden. In hoofdstuk 8 komt naar voren welke afdeling het meest geschikt is om nieuw beleid uit te voeren. Hoofdstuk 9 is de conclusie van het onderzoek opgenomen en in hoofdstuk 9 de aanbevelingen. Vervolgens volgen respectievelijk de literatuurlijst, de jurisprudentielijst en de bijlagen.

2. Wanneer is er sprake van onrechtmatig grondgebruik?

De uitwerking van dit hoofdstuk geeft de reikwijdte van dit onderzoek weer. Hierdoor wordt de grondslag van het toekomstige beleid dat de gemeente Rucphen gaat hanteren om op te treden tegen onrechtmatig grondgebruik verduidelijkt. Het begrip 'onrechtmatig grondgebruik' is niet letterlijk in de wet te vinden. Het is daarom van belang om dit begrip duidelijk te omschrijven.

Een eigenaar maakt in principe altijd rechtmatig gebruik van zijn grond. In principe, omdat er situaties kunnen voorkomen waarbij een eigenaar wel onrechtmatig gebruik maakt van zijn grond. Dit is bijvoorbeeld het geval als een bouwwerk wordt gebouwd, zonder dat een omgevingsvergunning voor de activiteit 'bouwen' is afgegeven krachtens art. 2.1 lid 1 onder a Wabo. Dit onderzoek gaat over het onrechtmatig gebruik van *gemeentegrond* door derden. Er wordt daarom niet nader ingegaan op situaties waarbij de eigenaar onrechtmatig gebruik maakt van zijn *eigen* grond.

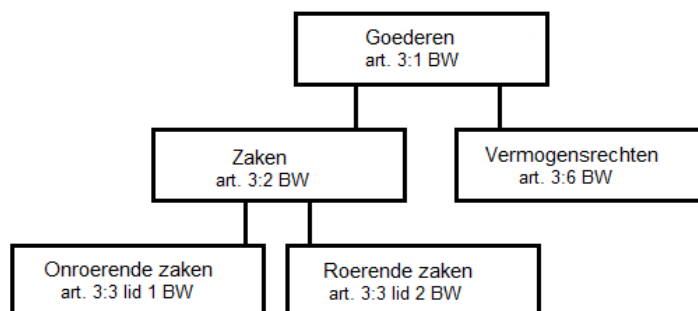
Als duidelijk is wanneer sprake is van rechtmatig gebruik van grond, dan kan ook worden vastgesteld in welke situaties sprake is van een onrechtmatigheid. Deze restcategorie bevat de situaties waarin er sprake is van onrechtmatig grondgebruik.

2.1. Rechtmatig gebruik van grond

Om het rechtmatig gebruik van grond te duiden, is het van belang te weten wanneer men eigenaar van grond genoemd mag worden. De relevante wetsartikelen omtrent het eigendomsrecht zijn te vinden in het privaatrecht. Krachtens art. 5:1 lid 1 BW is het eigendomsrecht het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat eigendom alleen op *zaken* mogelijk is. De definitie van 'zaken' wordt gegeven in art. 3:2 BW: voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Zaken zijn onder te verdelen in twee categorieën. Enerzijds zijn er onroerende zaken, anderzijds roerende zaken. Wat onder deze laatste categorie valt is makkelijk in woorden uit te drukken; roerende zaken zijn namelijk alle zaken die niet onroerend zijn.⁶ Spannender is de definitie van onroerende zaken. Deze wordt in art. 3:3 lid 1 BW gegeven. Onder onroerende zaken valt:

- de grond;
- de nog niet gewonnen delfstoffen;
- de met de grond verenigde beplantingen;
- de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd.

De grond van de gemeente Rucphen is volgens de wet dus een onroerende zaak te noemen.



Figuur 1

⁶ Art. 3:3 lid 2 BW.

Om duidelijkheid te scheppen in verschillende termen die aan bod komen in dit hoofdstuk, bijvoorbeeld 'zaken' en 'goederen', is figuur 1 opgenomen. Zo wordt duidelijk hoe bepaalde termen zich tot elkaar verhouden.

Art. 5:1 BW bepaalt niet enkel dat het eigendomsrecht het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben; hem komt ook het exclusieve recht toe om met uitsluiting van een ieder vrij gebruik van de zaak te maken. Dit gebruik van de onroerende zaak mag echter niet in strijd met rechten van anderen zijn, maar ook niet in strijd met de wet of met regels van het ongeschreven recht.⁷ Hieronder volgen respectievelijk een paar voorbeelden van beperkingen van het eigendomsrecht. Als de gemeente Rucphen een huurovereenkomst betreffende een stuk grond met een ander sluit, dan verkrijgt de wederpartij rechten, waardoor de gemeente geen vrij gebruik meer kan maken van de onroerende zaak. De wederpartij geniet namelijk huurbescherming, waardoor de gemeente de huurders niet zonder meer 'op straat kan gooien', omdat zij de grond zelf weer nodig heeft. Het recht van anderen wordt in dit geval geschaad. De wet kan de eigenaar ook in zijn bevoegdheid beperken. Zo wordt iedere eigenaar geacht om rekening te houden met bijvoorbeeld de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Monumentenwet. Ten slotte valt er bij regels van ongeschreven recht te denken aan het gewoonterecht.

Het eigendomsrecht kent een absolute werking. Dit betekent dat de eigenaar zijn recht kan handhaven tegenover derden die hem de rechtmatige uitoefening van zijn recht beletten.⁸ De mogelijkheden die de eigenaar heeft in het geval hij niet meer in de mogelijkheid verkeert om vrij gebruik van zijn zaak te maken, worden in de navolgende hoofdstukken besproken.

Onroerende zaken kunnen onder algemene en onder bijzondere titel worden verkregen. Bij verkrijging onder algemene titel zet de verkrijger de rechtspositie van zijn voorganger voort. De opvolging in diens gehele vermogen of een evenredig deel daarvan voltrekt zich krachtens wettelijk voorschrift zonder dat een bijzondere rechtshandeling daartoe nodig is.⁹ De wijzen waarop een overdracht onder algemene titel kan plaatsvinden, staan limitatief opgesomd in art. 3:80 lid 2 BW. Een verkrijging onder algemene titel kan plaatsvinden door erfopvolging, boedelmenging, fusie¹⁰, splitsing¹¹ en door goedkeuring van een overdrachtsplan.¹² Voor dit onderzoek is de verkrijging onder algemene titel verder niet van toepassing, waardoor er niet verder op dit onderwerp wordt ingegaan.

Iedere verkrijging die niet onder algemene titel plaatsvindt, betreft een verkrijging onder bijzondere titel. Bij een verkrijging onder bijzondere titel is geen sprake van opvolging in een geheel of evenredig deel van een vermogen. Het betreft de verwerving van een bepaald goed. Dit goed kan daarvoor onderdeel van een ander vermogen hebben uitgemaakt, maar dat hoeft niet.¹³ Art. 3:80 lid 3 BW geeft aan op welke wijzen verkrijging onder bijzondere titel kan plaatsvinden. Dit kan door overdracht, door verjaring en door onteigening geschieden, maar ook op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkrijging. Voorbeelden daarvan zijn de eigendomsverkrijging van roerende en onroerende zaken die in titel 2 en 3 van boek 5 BW zijn geregeld (o.a. natrekking, vermenging, vruchttrekking), de ontstaansgronden van verbintenissen (o.a. overeenkomst, onrechtmatige daad), de wijzen van overgang van verbintenissen (o.a. subrogatie, contractsoverneming) en de vestiging van beperkte rechten.¹⁴

⁷ Art. 5:1 lid 2 BW.

⁸ Reehuis 2010, p. 13.

⁹ Rank-Berenschot 2013 (T&C BW), art. 3:80 BW.

¹⁰ Fusie als bedoeld in art. 2:309 BW.

¹¹ Splitsing als bedoeld in art. 2:334a BW.

¹² Goedkeuring van een overdrachtsplan als bedoeld in de artt. 3:159l, 3:159p en 3:159s Wft.

¹³ Reehuis 2010, p. 28.

¹⁴ Rank-Berenschot 2013 (T&C BW), art. 3:80 BW.

2.1.1. Overdracht

De overdracht is geregeld in Boek 3 afdeling 3.4.2. van het Burgerlijk Wetboek. Alleen overdraagbare goederen ex art. 3:83 lid 1 BW zijn vatbaar voor overdracht. Om een overdracht tot stand te laten komen, moet voldaan zijn aan de drie vereisten van art. 3:84 lid 1 BW:

- Er moet sprake van een levering zijn;
- Krachtens een geldige titel;
- De overdracht van een goed moet zijn verricht door degene die bevoegd is om over het goed te beschikken.

Als aan één van bovenstaande vereisten niet is voldaan, dan komt een overdracht in principe niet tot stand. In principe, omdat de wet meestal uitzonderingen kent. Zo kan een verkrijger bijvoorbeeld in bepaalde gevallen worden beschermd tegen een beschikkingsonbevoegde vervreemder ingevolge de artt. 3:86 BW en 3:88 BW.

De definitie 'overdracht' wordt niet omschreven in de wet. Uit art. 3:84 lid 1 BW valt wel af te leiden dat overdracht het resultaat is van een levering krachtens een geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. 'Overdracht' is hier dus het rechtsgevolg van een handeling die 'levering' wordt genoemd. Dit rechtsgevolg bestaat erin dat het goed dat eerst aan de vervreemder toebehoorde, in de verkrijger een nieuwe rechthebbende heeft.¹⁵

Geconcludeerd kan worden dat gemeentegrond een onroerende zaak is, welke overgaat door verkrijging onder bijzondere titel. De gemeente speelt een actieve rol als er sprake is van overdracht. Er moet namelijk een notariële akte van levering worden opgemaakt op grond van art. 3:89 lid 1 BW.

Een onroerende zaak kent nog een belangrijk aspect: volgens art. 3:10 j° art. 3:89 BW zijn alle onroerende zaken registergoederen.

Het feit dat alle onroerende zaken registergoederen zijn, brengt met zich mee dat voor de overdracht van een onroerende zaak de leveringsakte moet worden ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers. Het privaatrecht kent een aantal openbaar toegankelijke registers, waarin gegevens ter zake van bepaalde rechtsfeiten worden gepubliceerd. Iedereen die informatie wenst te verkrijgen kan daar terecht. Voorbeelden van deze registers zijn: het curateleregister, huwelijksgoederenregister en de registers voor registergoederen.¹⁶ De wettelijke bepalingen betreffende de inschrijvingen in de openbare registers zijn te vinden in afdeling 1.2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast is bovendien van groot belang de Kadasterwet, want daarin is ex art. 3:16 lid 2 de nadere regeling van de registers en de inschrijvingen vervat.¹⁷ Naast de privaatrechtelijke openbare registers voor registergoederen, bestaat er ook een publiekrechtelijke registratie, namelijk een kadastrale registratie voor onroerende zaken plus een daaraan ten grondslag liggend kaartenbestand. Het kadaster is een van overheidswege bijgehouden overzicht van de rechtstoestand van registergoederen. In de praktijk van het privaatrechtelijke rechtsverkeer in onroerende zaken is het gebruikelijk geworden te volstaan met een onderzoek in de kadastrale registratie. Het kadaster is diensgevolge nauw verbonden met de civielrechtelijke openbare registers. Zo zeer zelfs dat ook beide instanties tezamen, althans wat betreft onroerende zaken en de daarbij behorende beperkte rechten, vaak als 'het kadaster' worden aangeduid.¹⁸

De verplichting om een overdracht alsmede ieder ander feit dat voor de rechtstoestand van het registergoed van belang is vast te leggen in de openbare registers¹⁹ is ten behoeve van

¹⁵ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 68.

¹⁶ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 25.

¹⁷ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 26.

¹⁸ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 27.

¹⁹ Art. 3:16 lid 1 j° art. 3:17 lid 1 BW.

de rechtszekerheid: de rechtstoestand van een registergoed moet zoveel mogelijk uit de openbare registers kunnen worden afgeleid. Met rechtstoestand wordt de goederenrechtelijke rechtstoestand bedoeld, bijvoorbeeld wie de eigenaar is.

De gemeente is eigenaar van alle onroerende zaken die ze heeft aangekocht, of door middel van onteigening heeft verkregen. Over deze grond kan ze dus vanzelfsprekend het eigendomsrecht uitoefenen.

2.2. Houder versus bezitter

Het is van belang om te weten wat het verschil tussen een houder en bezitter is, gezien de aanspraken die gemaakt kunnen worden. Alleen een bezitter kan bijvoorbeeld eigenaar worden van een onroerende zaak door verjaring.

De wettelijke bepalingen van houder en bezitter staan in titel 5 van boek 3 BW. De term 'houden' speelt een prominente rol in deze titel. Wanneer men zegt dat iemand een goed houdt, dan geeft dat slechts aan dat hij de feitelijke macht over het goed uitoefent. Er kan echter onderscheid worden gemaakt tussen houden voor zichzelf en houden voor een ander.

2.2.1. Bezit

De wet geeft krachtens art. 3:107 lid 1 BW aan dat bezit het houden van een goed voor zichzelf is. Een nadere omschrijving voor het begrip houden wordt niet gegeven. Of iemand een goed houdt voor zichzelf of voor een ander, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van wettelijke regels en op grond van uiterlijke feiten.²⁰ Naar verkeersopvatting wil zeggen naar algemeen gangbare maatstaven. De verwijzing naar de uiterlijke feiten maakt duidelijk dat aan de wil om een goed voor zichzelf te houden slechts betekenis toekomt voor zover deze in die uiterlijke feiten tot uitdrukking komt. Tot die feiten behoren gedragingen die normaliter alleen de rechthebbende op dat goed verricht. Deze gedragingen worden bezitsdaden genoemd.²¹

Art. 3:109 BW geeft een wettelijk vermoeden van bezit: Wie een goed houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden en derhalve bezitter daarvan te zijn. Of er echt sprake is van bezit, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De aard van het goed, de wijze waarop de uitoefening van de feitelijke macht plaatsvindt en de wijze waarop de macht over het goed is verkregen, spelen ter beantwoording van deze vraag een belangrijke rol. Er zijn krachtens art. 3:112 BW verscheidene wijzen om bezitter te worden.

De eerste wijze is inbezitneming, welke is geregeld in art. 3:113 BW. Men neemt een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen. Die macht moet van dien aard zijn dat zij naar verkeersopvatting als bezit, het houden voor zichzelf, is aan te merken.²² Van verkrijging door inbezitneming is minder snel sprake indien iemand anders het goed al in zijn bezit had. De inbezitneming moet zich in dat geval openbaren in een dusdanige macht over het goed, dat daarmee naar verkeersopvatting het bezit van de ander teniet is gegaan. Bezit door de één sluit -behoudens ingeval van medebezit- bezit door een ander uit.²³ Wanneer een goed in het bezit van een ander is, zijn krachtens art. 3:113 lid 2 BW enkele opzichzelfstaande machtsuitoefeningen niet voldoende voor verkrijging door inbezitneming.²⁴ Voor anderen moet zichtbaar zijn dat de uitoefening van de macht over de onroerende zaak zodanig is, dat daaruit de pretentie van eigendom blijkt.²⁵ Ook de 'echte eigenaar' moet uit de gedragingen van de bezitter niets anders kunnen afleiden dan dat de

²⁰ Art. 3:108 BW.

²¹ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 273.

²² Art. 3:108 BW j^o art. 3:107 BW.

²³ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 271.

²⁴ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 274.

²⁵ HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601.

bezitter pretendeert eigenaar te zijn.²⁶ Per casus moet naar de omstandigheden van het geval worden gekeken. Doorgaans wordt in de jurisprudentie het aanbrengen van beplanting niet als een handeling beschouwd die zelfstandig duidt op eigendomspretentie en dus bezit.²⁷ Het plaatsen van een hek zal doorgaans wel duiden op eigendomspretentie.²⁸

De tweede wijze die art. 3:112 BW noemt is de bezitsoverdracht. Een bezitter draagt zijn bezit over door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen.²⁹ Bezitsoverdracht vindt doorgaans plaats in het kader van de door art. 3:84 BW voor overdracht van een goed vereiste levering. Bij levering van onroerende zaken gaat doorgaans met de inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers ook het bezit over.³⁰

De laatste wijze van bezitsverwerving is opvolging onder algemene titel. De opvolger onder algemene titel treedt in alle opzichten in de plaats van zijn of haar rechtsvoorganger.

2.2.2. Houderschap

Het houden voor een ander wordt detentie genoemd, wegens het ontbreken van een aparte term in het Burgerlijk Wetboek. De houder is de detentor. Zoals in de voorgaande paragraaf al werd aangegeven, geeft de wet krachtens art. 3:107 lid 1 BW aan dat bezit het houden van een goed voor zichzelf is. Wordt het goed voor een ander gehouden, dan is er sprake van houderschap.

Art. 3:110 BW bevat een van de wettelijke regels die de vraag beantwoordt of er sprake is van bezit of houderschap. Ten eerste moet er sprake zijn van een rechtsverhouding, die de strekking heeft dat hetgeen de ene partij op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de andere zal worden gehouden. Of er sprake van een rechtsverhouding met deze strekking is, wordt mede bepaald door de verkeersopvatting. Ten tweede moet de verkrijging plaatsvinden ter uitvoering van de rechtsverhouding: het verband tussen de verkrijging en de rechtsverhouding moet vast staan. Indien is voldaan aan beide vereisten, dan ontstaat het houderschap van rechtswege.³¹

2.2.3. Interversie

Als de houder bezitter wordt, of de bezitter houder, dan is er sprake van interversie. Een bezitter kan houder worden op grond van art. 3:115 onder a BW. De wet geeft aan dat een houder zichzelf niet zomaar tot bezitter kan maken. In beginsel blijft de houder onder dezelfde titel houden. De houder kan slechts wijziging aanbrengen in de titel van zijn houderschap indien dit uit de wet voortvloeit. Art. 3:111 BW geeft twee mogelijkheden: enerzijds door een handeling van degene voor wie men houdt³², anderzijds een tegenspraak van diens recht. Een tegenspraak van het recht van de rechthebbende impliceert dat de houder de rechthebbende meedeelt dat hij zichzelf voortaan als bezitter beschouwt. Daarnaast is vereist dat de tegenspraak van het recht van de rechthebbende wordt geuit in daden.

Als voorbeeld wordt een casus geschetst, waarover het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch uitspraak heeft gedaan.³³ In deze casus werd in 1988 een perceel aan de gemeente verkocht, terwijl het gebruik door de verkoper (hierna: appellant) vervolgens jarenlang

²⁶ HR 15 januari 1993, NJ 1993, 178.

²⁷ Zie bijvoorbeeld Rb Arnhem 11 augustus 2014, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2986 en Hof 's-Gravenhage 16 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL4886.

²⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR3041 en Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL7859.

²⁹ Art. 3:114 BW.

³⁰ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 276.

³¹ Rank-Berenschot 2013 (T&C BW), art. 3:110 BW.

³² Art. 3:115 onder b BW.

³³ Hof 's-Hertogenbosch, 11 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6266.

doorging. De gemeente verkoopt het perceel 2,5 jaar later aan een projectontwikkelaar. Deze projectontwikkelaar spreekt de appellant aan op het gebruik, waarop de appellant vervolgens een beroep op verjaring doet. Door de verkoop was appellant niet langer te duiden als bezitter. Dat hij vervolgens langer gebruik maakte van het perceel, deed hij in principe in de hoedanigheid van houder. De vraag die speelt is of er sprake is van interversie: is de houder bezitter geworden? Zoals hierboven al duidelijk werd, kan een houder niet zomaar een bezitter worden. Een zodanige verandering in de rechtsverhouding moet voor beide partijen duidelijk zijn, omdat de promotie van houder naar bezitter vergaande consequenties kan hebben voor de eigenaar: die raakt namelijk zijn bezit kwijt en kan door tijdsverloop ook nog het eigendom kwijtraken. Ergens in de geschiedenis van het gebruik moet dus een moment of feit zijn te markeren, waarin de houder zichzelf promoveert naar bezitter. Wanneer dat moment niet is aan te wijzen, dan kan er ook geen sprake van verjaring zijn.³⁴ De houder is in dat geval immers nooit bezitter geworden en bij houderschap gaat geen verjaringstermijn lopen. Het Hof gaat beide mogelijkheden van interversie na ex art. 3:111 BW. In deze casus is geen sprake van de eerste mogelijkheid: een handeling van degene voor wie de appellant houdt. Er wordt een nadere invulling gegeven voor de tweede optie: een houder die bezitter wil worden, moet zijn interversie zowel in daden als in woord geven. Aan de eerste eis is voldaan, appellant heeft tweemaal in 2010 een beroep op verjaring gedaan, waardoor de eigenaar schriftelijk is medegedeeld dat appellant zich voortaan als bezitter beschouwt. Aan de tweede eis is niet voldaan. Daden die appellant heeft verricht op het perceel, waren vóór het peilmoment van de verkoop en levering aan de gemeente en dus niet voor de gewenste interversie. Daden die wel zijn verricht na verkoop en levering aan de gemeente, vindt het Hof van onvoldoende gewicht. Het is appellante niet gelukt de rechter te overtuigen van zijn poging om via interversie als bezitter een beroep te doen op verjaring.³⁵

2.3. Verjaring

Verjaring is een belangrijk aspect bij onrechtmatig gebruik van gemeentegrond. Belangrijk, omdat het een zeer nadelig effect voor de gemeente kan hebben. Als er niet (tijdig) wordt opgetreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond, dan verjaart de rechtsvordering van de eigenaar om te kunnen revindiceren, waardoor het eigendomsrecht na verloop van tijd over gaat aan degene die de grond onrechtmatig in gebruik nam.

Ergens is dit krom te noemen, onrechtmatig grondgebruik betreft namelijk een situatie in strijd met het recht, welke echter rechtmatig wordt als de verjaringstermijn is voltooid. Het onrechtmatige handelen wordt op deze wijze 'beloond' met de eigendomsverkrijging van het stuk grond dat in bezit is genomen. Aan de andere kant; de oorspronkelijke eigenaar heeft tien of zelfs twintig jaren³⁶ de tijd gehad om te signaleren dat er onrechtmatig gebruik van zijn grond werd gemaakt en had dus maatregelen kunnen treffen.

De verjaring van goederen is geregeld in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Net als overdracht is verjaring een verkrijging onder bijzondere titel. Zowel voor de overdracht van goederen als voor de vestiging van beperkte rechten moet er door een beschikkingsbevoegde worden geleverd krachtens een geldige titel.³⁷ Wordt aan een van deze eisen niet voldaan, dan komt in principe geen overdracht of vestiging tot stand. Art. 3:99 lid 1 BW bewerkstelligt dat iemand die te goeder trouw rechthebbende denkt te zijn geworden, maar dat niet is als gevolg van een gebrek, na verloop van tijd door verkrijgende verjaring toch nog rechthebbende wordt. De tijd heelt alle wonden, want ook de bezitter die

³⁴ Van Leijen Academie 2013, p. 17.

³⁵ Van Leijen Academie 2013, p. 8.

³⁶ Afhankelijk van de vorm van verjaring, zie 2.2.1. en 2.2.2.

³⁷ Art. 3:84 lid 1 BW jo art. 3:98 BW.

weet dat er bij zijn verkrijging sprake was van een gebrek, kan ingevolge art. 3:105 lid 2 BW het goed verkrijgen.³⁸

De helende functie van verkrijging door verjaring bij gebrekkige verkrijgingen is niet de enige functie van verjaring. Er zit namelijk ook een belangrijk bewijsrechtelijk aspect aan de verkrijging door verjaring. Aan de hand van verjaring kan de bezitter na een bepaald tijdsverloop altijd bewijzen ook de rechthebbende te zijn, zonder dat hij de geldigheid van de verkrijgingen door zijn voorgangers hoeft te staven. Het is op die manier het ultieme bewijsmiddel van recht.³⁹

Er zijn dus twee categorieën van verjaring te onderscheiden, namelijk de verkrijgende verjaring en de bevrijdende verjaring. In de navolgende subparagrafen komen deze vormen aan de orde.

2.3.1. Verrijdende verjaring

De regeling betreffende verkrijgende verjaring is te vinden in art. 3:99 BW. Verrijdende verjaring wordt ook wel acquisitieve verjaring genoemd. Op grond van dit artikel kan een bezitter door tijdsverloop een goed verkrijgen. Er zijn echter wel bepaalde vereisten waaraan moet worden voldaan.

Degene die een beroep op de verkrijgende verjaring doet, moet ten eerste bezitter zijn. De wet bepaalt krachtens art. 3:107 lid 1 BW dat een bezitter een goed voor zichzelf houdt. Aan het begrip 'bezitter' wordt in hoofdstuk 2.3. meer aandacht besteed. De verkrijgende verjaring is beperkt tot de bezitter van een goed. Iemand die een goed (voor een ander) houdt, wordt als houder *nooit* door verkrijgende verjaring rechthebbende.⁴⁰

Ten tweede moet het bezit onafgebroken hebben plaatsgevonden. Vanaf het moment dat de verjaring is begonnen, dient de bezitter het goed onafgebroken in zijn bezit te hebben. Verliest de bezitter zijn bezit, dan stuit dit de onder hem lopende verjaring, dat wil zeggen: breekt deze af. Art. 3:117 lid 1 BW ziet op de vraag wanneer van bezitsverlies sprake is. Een bezitter verliest zijn goed door het kennelijk prijsgeven ervan en door het verkrijgen van het bezit door een ander. Art. 3:103 BW bevat een uitzondering. Onvrijwillig bezitsverlies onderbreekt de loop van de verjaring niet, mits het bezit wordt teruggekregen binnen één jaar, of ten gevolge van een binnen een jaar ingestelde rechtsvordering.

Als derde eis geldt dat de bezitter te goeder trouw moet zijn. Een bezitter is te goeder trouw, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen. Verder wordt goede trouw vermoed aanwezig te zijn en moet het ontbreken daarvan worden bewezen.⁴¹ Er kan geen beroep worden gedaan op de goede trouw indien de bezitter zich beroept op onbekendheid met feiten die hij door raadpleging van de registers had kunnen kennen. Het gaat er mitsdien niet om of men de registers feitelijk heeft geraadpleegd, maar wat men had kunnen weten indien men aan zijn onderzoeksplicht zou hebben voldaan.⁴² Deze onderzoeksplicht staat vastgelegd in art. 3:23 BW. Bij inbezitneming is niet snel sprake van goede trouw van de bezitter, omdat men normaliter er rekening mee dient te houden dat een goed aan iemand toebehoort.⁴³

Ten slotte moet een bepaalde termijn zijn verlopen om een geslaagd beroep te kunnen doen op verkrijgende verjaring. In art. 3:99 BW worden twee verjaringstermijnen gegeven. Voor de verkrijgende verjaring van rechten op roerende zaken die niet-registergoederen zijn en

³⁸ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 270.

³⁹ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 271.

⁴⁰ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 280.

⁴¹ Art. 3:118 BW.

⁴² Huijgen 2013 (T&C BW), art. 3:23 BW.

⁴³ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 279.

rechten aan toonder of order, geldt een onafgebroken bezit te goeder trouw van drie jaren. Voor alle andere goederen is een termijn van tien jaren onafgebroken bezit vereist. Deze termijnen beginnen te lopen met aanvang van de dag na het begin van het bezit.⁴⁴ Gemeenteground valt in de laatste categorie; het is namelijk een onroerend goed. Onroerende goederen zijn altijd registergoederen. Voor de overdracht of vestiging van onroerend goed is inschrijving in de openbare registers noodzakelijk.⁴⁵

2.3.2. Bevrijdende verjaring

Wanneer de goede trouw ontbreekt, kan het artikel van de verkrijgende verjaring niet worden aangesproken. Een bezitter die niet te goeder trouw is, kan nooit eigenaar op grond van art. 3:99 BW worden. De bezitter is dan aangewezen op de regeling van verkrijging voor bevrijdende verjaring, ook wel extinctieve verjaring genoemd.⁴⁶ De wet bepaalt dat 'hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, dat goed verkrijgt, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw'. Voorgaande zin bepaalt uitdrukkelijk dat de verkrijging door verjaring ook van toepassing is indien de bezitter wist of kon weten dat hij niet de rechthebbende was. De wetgever acht de rechtszekerheid die erbij is gediend dat uiteindelijk bezit en recht niet uit elkaar blijven lopen, van doorslaggevend belang.⁴⁷

Na twintig jaar is de verjaringstermijn voltooid en wordt de bezitter die niet te goeder trouw is eigenaar op grond van art. 3:306 BW. De termijn van de bevrijdende verjaring begint ingevolge art. 3:314 lid 2 BW met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt.

2.3.3. Schematische weergave van de verkrijgende en bevrijdende verjaring

Onderstaand schema geeft de overeenkomsten en verschillen van de verjaringsvormen weer.

Verkrijgende verjaring	Bevrijdende verjaring
Bezitter	Bezitter
Tien jaar onafgebroken bezit van de grond	Twintig jaar onafgebroken bezit van de grond
De bezitter is te goeder trouw	De bezitter is <u>niet</u> te goeder trouw

Figuur 2

⁴⁴ Art. 3:101 BW.

⁴⁵ Art. 3:10 BW.

⁴⁶ Art. 3:105 BW.

⁴⁷ Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 293.

2.4. Hoe kan een lopende verjaring worden gestuit?

Bij een verjaring verjaart de rechtsvordering van de eigenaar om te kunnen revindiceren. De bezitter verkrijgt op deze wijze van rechtswege het eigendom van de grond. Om dit tegen te gaan, is het van belang om op tijd te stuiten. Een lopende verjaringstermijn wordt op deze wijze gestopt.

Het eigendom van de grond is tijdens de verjaringstermijn nog altijd in handen van de gemeente Rucphen. Wat ontbreekt is het bezit. De feitelijke macht over de grond wordt uitgeoefend door de onrechtmatig grondgebruiker, welke daardoor de grond in bezit heeft genomen. Het is dus belangrijk dat de gemeente de lopende verjaringstermijn stuit. Deze stuiting kan op verscheidende wijzen plaatsvinden.

Wanneer de grond vrijwillig wordt teruggegeven aan de gemeente, dan is er sprake van vrijwillig bezitsverlies. De lopende verjaring wordt hierdoor definitief beëindigd. De gemeente moet wel het bezit over het betreffende stuk grond terugnemen. Wanneer de grond binnen één jaar na de ontruiming opnieuw in gebruik wordt genomen, dan is de verjaringstermijn die liep namelijk niet gestuit.⁴⁸

De verjaringstermijn kan ook worden gestuit, als de gemeente een aanmaning/mededeling naar de onrechtmatig grondgebruiker stuurt. Hierin moet de gemeente ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehouden ingevolge art. 3:317 BW. Binnen zes maanden moet een gerechtelijke procedure bij de civiele rechter worden gestart. Om deze te starten, moet de gemeente de onrechtmatig grondgebruiker dagvaarden.⁴⁹

Ten slotte kan er worden gestuit door erkenning ingevolge art. 3:318 BW. De onrechtmatig grondgebruiker erkent het eigendom van de gemeente. Dit kan schriftelijk of mondeling worden gedaan.⁵⁰ Nadat een bezitter het recht van de eigenaar erkent, is er niet alleen sprake van stuiting van de verjaringstermijn. De bezitter moet na deze erkenning namelijk worden gezien als houder.⁵¹ Er kan hierna dus geen nieuwe verjaringstermijn beginnen te lopen, aangezien er geen sprake meer is van bezit, maar van houderschap.

Wanneer de verjaring is gestuit, dan begint er meteen een nieuwe verjaringstermijn te lopen. De nieuwe verjaringstermijn begint nadat er is gestuit, te lopen met de aanvang van de volgende dag. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke, maar niet langer dan vijf jaren. De verjaring treedt in geen geval in op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.⁵²

⁴⁸ Art. 3:103 BW.

⁴⁹ Vng.nl (zoek op verjaring en grondzaken).

⁵⁰ Vng.nl (zoek op verjaring en grondzaken).

⁵¹ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1763.

⁵² Art. 3:319 BW.

3. Inventariseren

Om het probleem van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond goed aan te pakken, dient allereerst gedegen onderzoek te worden verricht naar de omvang hiervan. De gemeente Rucphen is hier momenteel mee bezig; alle gronden van de gemeente worden in kaart gebracht door de afdeling Ruimte en Openbare Werken. Dit onderzoek wordt gedaan aan de hand van luchtfoto's. Deze zijn opgenomen in het programma Nedbrowser. Dit programma biedt de mogelijkheid om aan het beeld kadastrale lijnen toe te voegen, waardoor je ziet of er verschil is tussen de situatie op de luchtfoto's en hetgeen het kadaster aangeeft. Hierdoor wordt onrechtmatig gebruik van gemeentegrond gesignaleerd. In dit programma kan je luchtfoto's van verschillende jaartallen naast elkaar leggen, waardoor zichtbaar wordt of er verandering is opgetreden in de mate van overschrijding en/of van het gebruik. Deze oudere luchtfoto's kunnen van groot belang zijn als een gebruiker een beroep op verjaring doet. Om deze reden is het aanleggen van een archief verstandig, bij voorkeur over de afgelopen twintig jaar.⁵³

Enkel digitaal inventariseren werkt niet, er zullen situaties bestaan waarbij onduidelijk is of er een stuk grond in gebruik is genomen. Luchtfoto's en kadastrale grenzen zijn namelijk projecties. Vervormingen zijn dus altijd mogelijk. Het vliegtuig dat de foto maakt, neemt de foto meestal een beetje schuin waardoor de foto later gecorrigeerd moet worden. Concreet kan dit betekenen dat er een foutmarge optreedt. Bij grote overschrijdingen van eigendomsgrenzen zal geen twijfel optreden, dit is goed te zien vanaf een luchtfoto. Kleinere overschrijdingen zijn wat moeilijker met zekerheid vast te stellen. Om deze reden moet de situatie dus ook altijd vanaf de grond worden bekeken. In geval van twijfel kan het Kadaster worden ingeschakeld voor een nameting.⁵⁴

Wanneer het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond in kaart is gebracht, moet worden gecontroleerd of de gemeente een huur- of bruikleenovereenkomst met de gebruiker heeft afgesloten. Mocht deze er zijn, dan is van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond geen sprake.

⁵³ 'Inventarisatie van illegaal grondgebruik: luchtfoto's', illegaalgrondgebruik.nl.

⁵⁴ 'Inventarisatie van illegaal grondgebruik: luchtfoto's', illegaalgrondgebruik.nl.

4. Welke publiekrechtelijke mogelijkheden heeft de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden?

De juridische organisatie van de gemeente is nader omschreven in de Gemeentewet. In elke gemeente is een raad, een college en een burgemeester.⁵⁵ Bij deze drie hoofdorganen berust de gemeentelijke bestuurstaak.

4.1. Grondslagen publiekrechtelijk handhaven

Het is van belang te beseffen dat de publiekrechtelijk weg niet de aangewezen weg is in het geval van gepretendeerd eigendom. De publieke functie is bij publiekrechtelijk handhaven de grondslag. In gevallen waarbij geen sprake is van eigendomspretenties, kan in beginsel publiekrechtelijk worden opgetreden.

In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de grondslagen die er zijn om publiekrechtelijk te kunnen handhaven. De gemeente mag niet zomaar handhaven, het legaliteitsbeginsel ex art. 5:4 lid 2 Awb eist dat zowel de overtreding als de sanctie voorafgaand aan die gedragingen bij of krachtens wettelijk voorschrift zijn omschreven.⁵⁶

Voor het publiekrechtelijk handhaven geldt een beginselplicht tot handhaving. In de jurisprudentie wordt deze beginselplicht tot handhaving als volgt uitgelegd:

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.⁵⁷

Er kan dus van handhaving afgezien worden, wanneer concreet zicht op legalisatie bestaat, of wanneer handhavend optreden zodanig onevenredig zou zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.

In 2011 heeft de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State aanleiding gezien om de rechtspraak inzake handhaving van wettelijke voorschriften te preciseren:

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het

⁵⁵ Art 6 Gemw.

⁵⁶ Zie als voorbeeld ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5897. In deze casus werd in strijd gehandeld met het legaliteitsbeginsel. In deze zaak werd door het college van B&W van de gemeente Den Haag een last onder dwangsom opgelegd, maar de bevoegdheid om hiertoe over te gaan stond niet vastgelegd in een wettelijke bepaling en kon niet uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid. Een bestuurlijke sanctie kan dus slechts worden opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.

⁵⁷ Zie als voorbeeld: ABRvS, 31 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4743, r.o. 6.

*bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat, of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien.*⁵⁸

Wanneer de gemeente dus een redelijk beleid voert waarbij de overtreder eerst wordt gewaarschuwd en in de gelegenheid tot herstel wordt gesteld, dient ze zich in beginsel aan dit beleid te houden. Het mag echter niet leiden tot een situatie waarbij ze helemaal niet meer optreedt.

4.1.1. Apv

De APV kan een grondslag vormen om publiekrechtelijk te kunnen handhaven, Uit een uitspraak van de Raad van State omtrent een kwestie in de gemeente Alkmaar is gebleken dat met wat creativiteit de APV gebruikt kan worden om succesvol op te kunnen treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond.⁵⁹ Wethouder Binnendijk van de gemeente Alkmaar zei destijds het volgende over privaatrechtelijke weg:

*“Het komt in de eerste plaats nogal onsympathiek over, wanneer een gemeente overgaat tot dit middel. Een bewoner krijgt een strenge brief dat hij moet ontruimen, en binnen de kortste keren sta je samen voor de rechter. Het civielrechtelijke traject kent daarnaast vele valkuilen. Zo loop je het risico dat je burgers ongelijk behandelt. Ook kan er sprake zijn van bevrijdende verjaring, waardoor bewoners na twintig jaar aanspraak kunnen maken op het stuk grond. Daarnaast kan een civiele procedure vele jaren duren, waardoor er pas laat duidelijkheid ontstaat. In het privaatrecht is de grondslag het grondeigendom: van wie is nu de grond. Bij het publiekrecht praat je samen over het publieke belang, waar bewoners sneller begrip voor krijgen. Dat is een groot verschil. Het maakt de APV-manier sympathieker, en ook transparant en fatsoenlijker. Het was voor ons ook de vraag of deze juridische insteek geoorloofd was. Een inwoner van onze gemeente vocht deze aanpak aan tot aan de Raad van State. De uitspraak van de Raad was voor ons dan ook de lakmoesproef of dit middel is toegestaan. Ja, oordeelde de Raad op 30 juli.”*⁶⁰

Bovengenoemde uitspraak van de Raad van State ging over de volgende kwestie. Een inwoner van de gemeente Alkmaar had in 1997 een huis gekocht. De achtertuin van dit huis grenst aan een groenstrook van de gemeente. Deze groenstrook bevat een wandelpad welke voor iedereen toegankelijk is. De vorige bewoners hadden de achtertuin al uitgebreid door in de groenstrook een zitkuil met bielzen te maken. De huidige huiseigenaar richtte de groenstrook verder in door het plaatsen van een schuurtje, alsmede bestrating en beplanting. Op grond van de APV Alkmaar trad de gemeente Alkmaar tegen de huiseigenaar op. In de APV stond dat het verboden was om zonder vergunning van het college de weg of een weggedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de publieke functie daarvan. Onder de weg werd niet enkel de weg als bedoeld in art. 1, lid 1 onder b WVV bedoeld, maar onder andere ook de al dan niet met enige beperking voor het publiek toegankelijke pleinen en open plaatsen, parken en plantsoenen.

De Alkmaarder vond niet dat hij de APV had overtreden, omdat de uitbreiding van de tuin niet onder het begrip ‘weg’ valt en dat de groenstrook niet voor het publiek toegankelijk was. De Raad stelde hem in het ongelijk en oordeelde dat ook op basis van de APV opgetreden kan worden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond. De gemeente heeft de publieke toegankelijkheid gerealiseerd, waardoor de groenstrook als ‘weg’ kan worden aangemerkt en

⁵⁸ ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683, r.o. 2.3.

⁵⁹ ABRvS 30 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8901.

⁶⁰ Van Trigt, VNG Magazine, afl. 21/22, p. 14-16.

de APV van toepassing is. De Alkmaarder gebruikte de strook anders dan de bedoeling was (zonder vergunning), wat de publieke functie van de grond in de weg stond.

Aan deze uitspraak van de Raad van State kunnen de volgende criteria worden ontleend. Aan deze criteria moet zijn voldaan om met succes te kunnen handhaven op grond van de APV:

1. De gemeente moet voor de strook grond publieke toegankelijkheid hebben beoogd en gerealiseerd, het onrechtmatig gebruik van deze grond door derden belemmert het doelmatig beheer en onderhoud ervan;
2. De strook grond wordt door de onrechtmatig grondgebruiker anders gebruikt dan de publieke functie;
3. Er is geen concreet uitzicht op legalisatie;
4. Handhaven is niet onevenredig.

Onderzoek naar de huidige APV van Alkmaar leverde op dat de bepalingen waardoor ze publiekrechtelijk kon optreden zijn aangepast. Het APV-model van de VNG met betrekking tot het woord 'weg' wordt gevolgd. In dit model wordt 'weg' verengd tot 'weg in de zin van de Wegenverkeerswet'. De VNG vond eerder het begrip 'weg' veel te breed, waardoor er teveel onder dit begrip viel. Het doel is namelijk voornamelijk de verkeersveiligheid, vandaar dat er niet zomaar voorwerpen op, aan, of boven een weg worden geplaatst.⁶¹ De gemeente Alkmaar gebruikt in plaats van de bepaling 'weg' nu de bepaling 'openbare plaats' om publiekrechtelijk op te kunnen treden.⁶²

Verder onderzoek naar het APV-model van de VNG leverde op dat de publiekrechtelijke mogelijkheid van optreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond niet is opgenomen. De VNG geeft geen toelichting op het artikel 'Het plaatsen van voorwerpen op, aan, of boven een *openbare plaats* in strijd met de publieke functie ervan'. Er wordt enkel een toelichting gegeven op het artikel 'Het plaatsen van voorwerpen op, aan, of boven een openbare *weg*'. Onder 'de weg' wordt enkel 'de weg in de zin van de Wegenverkeerswet' verstaan. Bovenstaande keuze is bewust gedaan door de VNG. De visie van de VNG is dat de aanpak van publiekrechtelijk optreden succesvol kan zijn, maar dat een belangrijk aspect ongeregeld blijft. Dat is namelijk het eigendom. Publiekrechtelijk optreden kan daarom niet in iedere situatie worden toegepast, omdat de overtreder vaak zal terugvallen op het gepretendeerde eigendom en op verjaring. De privaatrechtelijke aanpak is in dat geval de aangewezen weg. Mocht bij publiekrechtelijke handhaving de zaak voor de bestuursrechter komen, dan kan hij omtrent het eigendom geen oordeel vellen. Het publiekrecht ziet namelijk niet toe op de eigendomskwestie en dus ook niet op verjaring.⁶³

De gemeente Rucphen kan via de huidige APV enigszins publiekrechtelijk handhaven. In art. 2:10 lid 1 staat dat het verboden is om de weg of een weggedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de publieke functie daarvan:

- indien het gebruik schade toebrengt of kan toebrengen aan de weg, de bruikbaarheid van de weg belemmert of kan belemmeren, dan wel een belemmering vormt of kan vormen voor het beheer of onderhoud van de weg; of
- het gebruik niet voldoet aan redelijke eisen van welstand.

Er kan dus publiekrechtelijk worden gehandhaafd als de weg anders dan de publieke functie wordt gebruikt. Onder de weg worden alle voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden met inbegrip van de daarin liggende bruggen en duikers en de tot die wegen behorende paden en bermen of zijkanten verstaan. Wanneer een burger een berm grenzend

⁶¹ Op 2 december jl. heeft er telefonisch contact met een juridisch adviseur van de VNG plaatsgevonden, de naam van de juridisch adviseur is bij de auteur bekend.

⁶² Art. 1.1 onder a j° art. 2.1.5.1 lid 1 APV Alkmaar.

⁶³ De visie van de VNG is besproken tijdens eerder genoemd telefonisch contact met een juridisch adviseur van de VNG.

aan zijn perceel zodanig gebruikt dat het de publieke functie in de weg staat, dan kan handhavend worden opgetreden.

4.1.2. Bestemmingsplan

Naast de APV kan een andere grondslag voor publiekrechtelijk handhaven worden gevonden in het bestemmingsplan. De gemeente Rucphen is onderverdeeld in meerdere gebieden, welke allemaal hun eigen bestemmingsplan hebben. In deze bestemmingsplannen is steeds dezelfde verbodsbepaling opgenomen: *Het is verboden de in dit plan begrepen gronden, gebouwen en andere bouwwerken te gebruiken, te doen of laten gebruiken op een wijze of tot een doel strijdig met de in dit plan aan de grond gegeven bestemming.*⁶⁴

Deze verbodsbepaling laat zien dat de gemeente enkel kan optreden tegen burgers die een stuk grond anders gebruiken dan het bestemmingsplan voorschrijft. Als er onrechtmatig grond in gebruik is genomen, maar er wordt wel met deze grond omgegaan zoals het bestemmingsplan voorschrijft, dan kan er niet op deze grond publiekrechtelijk worden opgetreden. Wanneer geconstateerd wordt dat een stuk grond strijdig met het bestemmingsplan wordt gebruikt, dan hoeft dit niet meteen te betekenen dat er gehandhaafd moet worden. Art. 26 van voormeld bestemmingsplan bepaalt namelijk dat er vrijstelling kan worden verleend, als strikte toepassing van artikel 25 zou leiden tot een beperking van het meest doelmatige gebruik dat niet door dringende reden wordt gerechtvaardigd. Op basis van het bovenstaande kan worden gesteld dat publiekrechtelijk optreden maar beperkt toepasbaar is. Niet iedere situatie van onrechtmatig grondgebruik die zich leent voor het publiekrechtelijke traject, kan hiermee worden opgelost, waardoor het maar in beperkte mate doeltreffend kan zijn.

4.2. Publiekrechtelijke handhaving

Publiekrechtelijke handhaving kan ingevolge hoofdstuk 5 van de Awb bestaan uit een bestuurlijke boete of herstelsancties. Onder herstelsancties worden last onder dwangsom en bestuursdwang verstaan. Art. 5:4 Awb bepaalt dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts bestaat voor zover zij bij of krachtens wet is verleend. In de volgende paragrafen worden de publiekrechtelijke handhavingsopties nader uitgewerkt. Voordat wordt overgegaan op publiekrechtelijke handhaving, dient eerst te worden gekeken of de overtreding kan worden gelegaliseerd. Wanneer dit niet mogelijk blijkt, dan moet worden bekeken welk middel het minst bezwarend is om aan de overtreding een einde te maken. Een bekend voorbeeld uit de jurisprudentie is het arrest van het Loosdrechtse botenhuis.⁶⁵ Hierin oordeelde de rechter dat het laten afbreken van een drijvend botenhuis op een illegale ligplaats een te zwaar middel is, als het botenhuis ook naar een legale plaats kan worden versleept.⁶⁶

4.2.1. Last onder bestuursdwang

Onder een last onder bestuursdwang wordt krachtens art. 5:21 onder a Awb de herstelsanctie verstaan, inhoudende een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding. De overtreding moet worden geconstateerd en schriftelijk worden vastgelegd.⁶⁷ Een herstelsanctie kan ook worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt.⁶⁸ Bij een last onder bestuursdwang heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen, indien de last niet of

⁶⁴ Een voorbeeld van een bestemmingsplan van de gemeente Rucphen is te vinden op: Ruimtelijkeplannen.nl, Bestemmingsplan "Kom Sprundel", art. 24 lid 1.

⁶⁵ HR 3 april 1947, NJ 1947, 381.

⁶⁶ Visscher 2008, p. 141.

⁶⁷ Art. 5:4 lid 2 j° art. 5:9 Awb.

⁶⁸ Art. 5:7 Awb.

niet tijdig wordt uitgevoerd.⁶⁹ De last onder bestuursdwang omschrijft de te nemen herstelmaatregelen, alsmede de termijn waarbinnen zij moet worden uitgevoerd.⁷⁰

Verder is in de Awb geregeld dat de kosten van de toepassing van bestuursdwang in beginsel worden verhaald op de overtreder, tenzij dit redelijkerwijs niet of niet geheel van de overtreder kan worden verlangd. De last onder bestuursdwang vermeldt in hoeverre de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder zullen worden gebracht. Tot deze kosten behoren de kosten van voorbereiding van bestuursdwang, voor zover deze zijn gemaakt na het verstrijken van de termijn waarbinnen de last had moeten worden uitgevoerd. Hiervan is sprake als de overtreder niet op tijd de grond in oorspronkelijke staat heeft teruggegeven, waardoor de gemeente zelf actie heeft moeten ondernemen om de overtreding op te heffen. Mocht het niet zo ver komen, omdat de overtreder zelf de overtreding heeft opgeheven, dan komen de kosten van voorbereiding van bestuursdwang alsnog voor rekening voor hem. De uiteindelijke hoogte van de verschuldigde kosten wordt door het bestuursorgaan vastgesteld.⁷¹

Het gemeentebestuur is bevoegd tot toepassing van de last onder bestuursdwang krachtens art. 125 Gemw. Indien de toepassing van bestuursdwang dient tot handhaving van regels welke het gemeentebestuur uitvoert, dan wordt de bestuursdwang uitgeoefend door het college. De burgemeester kan ook bestuursdwang uitoefenen, indien de toepassing van bestuursdwang dient tot handhaving van regels welke hij uitvoert.

4.2.2. Last onder dwangsom

Een last onder dwangsom is net als de last onder bestuursdwang een herstelsanctie. Het houdt een last in tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, alsmede de verplichting tot betaling van een geldsom, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.⁷² Het eerste element van de definitie van last onder dwangsom is een bevel (de last) tot het herstel van de overtreding. Het tweede element is de verplichting tot betaling van een geldsom. Deze verplichting heeft een voorwaardelijk karakter. Zij ontstaat pas als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. De bedoeling van een last onder dwangsom is immers dat de verschuldigdheid van de dwangsom wordt voorkomen, doordat de dreiging daarvan bewerkstelligt dat de overtreder de overtreding stopt.⁷³ Een goed voorbeeld van publiekrechtelijk handhaven door middel van een last onder dwangsom is te vinden in de jurisprudentie.⁷⁴

Een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, kan krachtens art. 5:31 lid 1 Awb in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat voor een last onder dwangsom niet mag worden gekozen, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet. Verder laat de wet de keuze aan het bevoegde bestuursorgaan om te kiezen voor een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Het gelijktijdig opleggen van een last onder dwangsom en een last onder bestuursdwang is ingevolge art. 5:32 lid 1 Awb niet toegestaan. Na elkaar kan dit wel.

Ook bij deze sanctie dienen de te nemen herstelmaatregelen te worden omschreven. Bij een last onder dwangsom die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren, zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.⁷⁵

⁶⁹ Art. 5:21 onder b Awb.

⁷⁰ Art. 5:24 Awb.

⁷¹ Art. 5:25 Awb.

⁷² Art. 5:31d Awb.

⁷³ Schippers 2013, p. 284.

⁷⁴ ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5842.

⁷⁵ Art. 5:32a Awb.

Het bestuursorgaan kan de dwangsom van te voren al vaststellen op een bepaald bedrag, of op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last. Er moet tevens een maximum bedrag worden vastgesteld, boven dit bedrag kan geen dwangsom meer worden verbeurd. De bedragen moeten in verhouding staan tot het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom.⁷⁶ Een verbeurde dwangsom moet krachtens art. 5:33 Awb binnen zes weken nadat zij van rechtswege is verbeurd, worden betaald. Het verschil met de last onder bestuursdwang is dat het bestuursorgaan bij de last onder dwangsom niet de mogelijkheid heeft om de overtreding zelf te herstellen. Mocht de dwangsom zijn verbeurd en de onrechtmatige situatie nog steeds bestaan, dan kan alsnog de last van bestuursdwang worden opgelegd.⁷⁷

⁷⁶ Art. 5:32b Awb.

⁷⁷ Visscher 2008, p. 143.

4.2.3. Bestuurlijke boete

Een bestuurlijke boete is geen herstelsanctie, maar een bestraffende sanctie. Het houdt een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom in.⁷⁸

De hoogte van de boete is afhankelijk van wat de wet bepaalt inzake een bepaalde overtreding. Mocht de wet geen uitsluitel bieden, dan kan het bestuursorgaan de bestuurlijke boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze de overtreder kan worden verweten, tenzij de hoogte al bij wettelijk voorschrift is vastgesteld. Indien dat het geval is, dan kan het bestuursorgaan een lagere bestuurlijke boete opleggen, indien de overtreder aannemelijk kan maken dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.

In een situatie waarbij sprake is van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond waarbij de publieke functie wordt aangetast, is de bestuurlijke boete geen goede optie. Art. 154b Gemw voorziet in de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen, bij overtreding van een gedraging die strafbaar is gesteld door een door de raad opgestelde verordening. Hieruit blijkt dat enkel de gedraging wordt bestraft, maar de situatie niet terugbrengt in de oorspronkelijke staat. Hierin onderscheidt de bestuurlijke boete zich van de bestuurlijke dwangsom. De bestuurlijke dwangsom wordt namelijk opgelegd met als doel het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie.⁷⁹ Het straffen blijft bij de last onder dwangsom aanhouden, totdat de onrechtmatigheid is weggenomen.

4.3. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Voor het handelen van de gemeente gelden algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zijn fatsoensnormen die in acht moeten worden genomen bij publiekrechtelijk handelen. Deze normen zijn in de loop der tijd ontstaan door jurisprudentie. De meeste abbb zijn inmiddels zo uitgekristalliseerd en algemeen geworden, dat ze als rechtsregel zijn opgenomen in de Awb. Hieronder volgt een opsomming van de abbb.

- Zorgvuldigheidsbeginsel: bij de voorbereiding van een besluit, moet het bestuursorgaan de nodige kennis vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.⁸⁰
- Motiveringsbeginsel: een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering ingevolge art. 3:46 Awb. De motivering moet de inhoud van het besluit ondersteunen.
- Fair play beginsel: art. 2:4 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan zijn taak moet vervullen zonder vooringenomenheid.
- Beginsel van formele rechtszekerheid: burgers moeten kunnen vertrouwen op het recht en moeten weten waar zij aan toe zijn betreffende de overheid.⁸¹
- Verbod van détournement de pouvoir: het bestuursorgaan mag geen misbruik van zijn bevoegdheid maken, dit staat vastgelegd in art. 3:3 Awb.
- Verbod van willekeur: het bestuursorgaan moet conform art. 3:4 lid 1 Awb de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afwegen, om tot een goed besluit te komen. Tevens moet het besluit op een redelijke manier zijn genomen en moet rekening met de mogelijke gevolgen van het besluit worden gehouden.
- Gelijkheidsbeginsel: het bestuursorgaan moet gelijke gevallen op gelijke wijze behandelen.⁸²
- Vertrouwensbeginsel: Burgers moeten zeker kunnen zijn van de inhoud van hun rechten en plichten. Besluiten dienen derhalve zo helder mogelijk worden verwoordt, terechte verwachtingen bij de burger moeten worden waargemaakt.⁸³

⁷⁸ Art. 5:40 Awb.

⁷⁹ Schippers 2013, p. 295.

⁸⁰ Art. 3:2 Awb.

⁸¹ Schippers 2013, p. 94.

⁸² Dit vloeit voort uit het discriminatieverbod, art. 1 Gw.

⁸³ Visscher 2008, p. 100.

5. Welke privaatrechtelijke mogelijkheden heeft de gemeente om op te treden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden?

Het privaatrecht regelt de onderlinge verhouding tussen burgers en bedrijven. Het college is bevoegd om het besluit te nemen tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling.⁸⁴

Met privaatrechtelijke handhaving kan de gemeente de aan haar in het privaatrecht toegekende bevoegdheden gebruiken om de naleving van rechtsregels te bevorderen. De gemeente treedt bij deze vorm van handhaving op als privaatrechtelijk rechtspersoon: als eigenaar en rechthebbende van de grond. De gemeente heeft verscheidende privaatrechtelijke mogelijkheden om op te treden tegen onrechtmatig grondgebruik, welke hieronder staan uitgewerkt.

5.1. Legalisatie

Het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond kan worden gelegaliseerd. Er zijn drie opties die leiden tot legalisatie. De gemeente kan de grond verkopen aan de gebruiker, maar ook verhuren. Tevens is een gebruiksovereenkomst een optie. Per situatie zal bekeken moeten worden welke mogelijkheid het meest geschikt is. In bijlage 3 is een schema opgenomen, waarin de voor- en nadelen van de verschillende legalisatiemogelijkheden zijn weergegeven.

5.1.1. Verkoop

Bij verkoop van de grond, gaat de eigendom over naar de gebruiker. Er kunnen bepaalde voorwaarden worden verbonden aan de verkoopovereenkomst, bijvoorbeeld dat het stuk grond moet grenzen aan het perceel dat de gebruiker al in eigendom heeft.

De koopovereenkomst wordt in de wet geregeld in art. 7:1 BW e.v. De overdracht vindt plaats conform art. 3:84 BW, welke reeds nader is uitgewerkt in hoofdstuk 2.1.1. In bijlage 4 zijn de grondprijzen van 2015 te vinden. Voor reststrookjes en groenstroken gelegen achter de voorgevellijn wordt een prijs gehanteerd van vijftig procent van de bouwgrondprijs (is €114,- per m²) en voor percelen voor de voorgevellijn een prijs van vijftientwintig procent van de bouwgrondprijs (is €57,- per m²).

De notitie 'Beheer gemeentegrond' geeft aan welke grond absoluut niet mag worden verkocht. Dit is het geval in de volgende situaties:

- Er staan waardevolle bomen die via de 'Groene kaart' worden beschermd;
- Uit een 'klic-melding' blijkt dat er ondergrondse kabels en leidingen liggen. Iedereen die machinale graafwerkzaamheden gaat of laat verrichten, is op grond van de WION verplicht dit van te voren te melden bij het Kadaster. Er wordt dan informatie verstrekt over de plaats van ondergrondse kabels en leidingen;⁸⁵
- De grond is bestemd en in gebruik als openbaar groen, én een reconstructie aan deze grond is minder dan tien jaar geleden uitgevoerd;
- De grond is opgenomen in het Groenstructuurplan;
- Er is sprake van beeldbepalend of verkeersbegeleidend groen;
- Er is sprake van een afschermende functie;
- Er is sprake van een waterafvoerende functie, zoals sloten en dergelijke;
- Verkoop of verhuur zou leiden tot een sociaal- of verkeersonveilige situatie, dan wel aantasting van het straatbeeld;
- Er ontstaat zodanige versnippering, waardoor het algemeen onderhoud wordt bemoeilijkt. Hiervan kan sprake zijn in het geval van een stuk aaneengesloten groen, dat door meerdere gebruikers wordt gebruikt. Als een deel daarvan tot koop

⁸⁴ Art. 160 lid 1 onder e Gemw.

⁸⁵ 'Graafmelding-KLIC', Kadaster.nl

overgaat, maar een ander deel de grond teruggeeft aan de gemeente, dan is sprake van versnippering.

- Als naar verwachting grond binnen een redelijke termijn beschikbaar moet zijn voor ruimtelijke ontwikkeling.

Mocht sprake zijn van één van bovenstaande situaties, dan kan niet worden overgegaan tot verkoop van de grond en zal er een andere oplossing moeten worden gevonden.

Wanneer overeenstemming is bereikt over de verkoop van het stuk grond aan de gebruiker, dan kan de gemeente in feite haar handen ervan af trekken. Er hoeft geen rekening meer gehouden te worden met verjaringstermijnen en dergelijke. De eigendom is overgegaan en de gemeente heeft ervoor betaald gekregen.

5.1.2. Verhuur

Allereerst is het van belang te vermelden dat de opsomming in de vorige paragraaf ook van toepassing is voor verhuur. Mocht er sprake zijn van één van die situaties, dan is het geen optie om een huurovereenkomst af te sluiten.

De verhuurovereenkomst wordt geregeld vanaf art. 7:201 BW. De gemeente staat de huurder bij deze legalisatievorm het gebruik van de gemeentegrond toe. De huurder moet als tegenprestatie huur aan de gemeente betalen. Uit art. 7:201 BW valt af te leiden dat de huurder het stuk grond voor de gemeente gaat houden. Er hoeft geen vrees voor verjaring te bestaan, omdat de huurder voor de gemeente houdt en derhalve geen bezitter is.

Verhuur kan voor de gemeente handig zijn, bijvoorbeeld als de gemeente in de toekomst plannen heeft met het stuk grond. Er dient echter wel rekening te worden gehouden met het feit dat bij verhuur van een groot stuk grond, waarvan stukjes door meerdere gebruikers gehuurd wordt, het probleem kan ontstaan dat er naar verloop van tijd sprake is van versnippering. Hiervan is sprake als enkele gebruikers de huurovereenkomst opzeggen. De gemeente dient dan zelf weer voor het onderhoud te zorgen. Dit is niet handig als het stuk grond moeilijk bereikbaar is geworden, doordat de daaromheen liggende stukjes nog zijn verhuurd.

Wanneer de looptijd van de huurovereenkomst is verstreken, dan dient de gemeente na afloop van deze periode opnieuw in actie te komen. Een mogelijkheid is het verlengen van de huurovereenkomst. De rechtsverhouding tussen de gemeente en de gebruiker betreffende de grond dient in ieder geval te allen tijde goed vastgelegd te zijn. De huurovereenkomst is persoonsgebonden, bij verhuizing van de huurder dienen nieuwe afspraken te worden gemaakt met de nieuwe bewoner. In de huurovereenkomst dient onder andere een bepaling te worden opgenomen dat de huur opgezegd moet worden en dat aanspraken vervallen bij verhuizing.

5.1.3. Bruikleenovereenkomst

Ten slotte kan de gemeente legaliseren door een bruikleenovereenkomst af te sluiten met de gebruiker. De bruikleenovereenkomst staat uitgewerkt in art. 7A:1777 BW. Het woord zegt het al: bij een bruikleenovereenkomst mag de gebruiker gebruik maken van de grond. Het levert de gemeente financieel niets op, als ze er een vergoeding voor zou krijgen, dan is het namelijk een huurovereenkomst. Een bruikleenovereenkomst is persoonlijk, als de gebruikers gaan verhuizen, geldt de overeenkomst niet voor de rechtsopvolgers. Door de grond in bruikleen te geven, ontstaat geen discussie over verjaring. Voor verjaring moet de gebruiker immers bezitter zijn. Bij een bruikleenovereenkomst houdt de gebruiker de grond voor de gemeente.

5.2. Revindicatie

Mocht legalisatie geen optie zijn, of mocht de onrechtmatig grondgebruiker niet mee willen werken, dan kan de gemeente als eigenaar en rechthebbende overgaan tot het revindiceren (opeisen) van de grond, ingevolge art. 5:2 BW. Dit kan in situaties waarbij de gemeente niet het eigendom is verloren vanwege verjaring. Door revindicatie wordt niet het eigendom, maar het bezit van de zaak teruggevorderd. Eigenaar is de gemeente immers al die tijd geweest.

Door middel van revindicatie kan de eigenaar van iedere bezitter of houder afgifte vorderen. De gemeente moet schriftelijk aan de onrechtmatig grondgebruiker laten weten dat ze haar eigendom opeist. In deze brief wordt verzocht de grond voor een bepaalde datum te ontruimen. Dit kan meteen worden gezien als stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 BW. Dit moet dan echter wel binnen zes maanden worden gevolgd door een daad van rechtsvervolgning.

Mocht de onrechtmatig grondgebruiker de grond niet ontruimen binnen de gestelde termijn, dan dient de gemeente een gerechtelijke procedure bij de civiele rechter te starten. Om deze procedure te starten, moet de gemeente een dagvaarding naar de onrechtmatig grondgebruiker sturen.

Wanneer er is gerevindiceerd en de gemeente weer bezitter is van de grond, moet ze ervoor waken dat de grond niet binnen 'één jaar opnieuw in gebruik wordt genomen door de ex-onrechtmatig grondgebruiker. Wanneer dat het geval is, dan is de verjaringstermijn niet gestuit ingevolge art. 3:103 BW. De verjaringstermijn die al liep, is in dat geval niet afgebroken. Om deze reden moet in het eerste jaar nadat de gemeente haar grond heeft opgeëist, extra worden gecontroleerd. Op deze wijze wordt verjaring voorkomen.

5.3. Onrechtmatige daad

Naast revindicatie kan de gemeente ook een rechtsvordering uit onrechtmatige daad instellen, ingevolge art. 6:162. Deze privaatrechtelijke optie kan alleen worden ingesteld als de onrechtmatig grondgebruiker een onrechtmatige daad jegens de gemeente heeft gepleegd. Er wordt inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van de gemeente, maar de gemeente moet hierdoor ook schade hebben geleden, welke is toe te rekenen aan de onrechtmatig grondgebruiker. De onrechtmatig grondgebruiker kan worden veroordeeld tot vergoeding van de schade of herstel in de oude toestand.⁸⁶

Handhaving met privaatrechtelijke middelen is alleen toegestaan als de publiekrechtelijke weg hierdoor niet wordt gefrustreerd. Als met publiekrechtelijke handhavingsmogelijkheden tot een vergelijkbaar eindresultaat kan worden bereikt, dan moet voor de publiekrechtelijke weg worden gekozen.⁸⁷

5.4. Algemene beginselen behoorlijk bestuur

De Hoge Raad heeft in 1987 bepaald dat de abbb ook van toepassing zijn op privaatrechtelijke rechtshandelingen die de gemeente doet.⁸⁸ Inmiddels is dit wettelijk vastgelegd in art. 3:12 BW. De gemeente dient er derhalve voor te zorgen dat ook bij privaatrechtelijk optreden de abbb in acht moeten worden genomen.

⁸⁶ Philips 2009, p. 55.

⁸⁷ Dit wordt de Windmilloctrine genoemd. Hoofdstuk 6 gaat hier verder op in.

⁸⁸ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565.

6. Is de privaatrechtelijke weg toegestaan als er ook publiekrechtelijk kan worden gehandhaafd?

Zoals uit de voorgaande hoofdstukken naar voren is gekomen, is de gemeente op juridisch gebied 'een geval apart'. Er zijn haar privaats- en publiekrechtelijke bevoegdheden toegekend. Het staat de gemeente niet zonder meer vrij om gebruik te maken van deze bevoegdheden. In het verleden was de algemene opvatting dat het privaatrecht gold als het algemene recht. Dit werd de gemene rechtsleer genoemd. Deze gemene rechtsleer werd opgevolgd door de gemengde rechtsleer: het privaats- en publiekrecht zijn gelijkwaardige rechtsgebieden, die elkaar kunnen aanvullen. Dit riep echter de vraag op of de gemeente vrij is om te kiezen voor het gebruik van een privaatrechtelijk instrument om een bestuurlijk doel te dienen. Het Kruseman-arrest gaf hier antwoord op: het gebruik van de privaatrechtelijke weg mocht niet in strijd zijn met de wet. De gemeente mocht geen misbruik maken van haar bevoegdheden of van een feitelijke machtspositie.⁸⁹ Dit werd later bevestigd door het arrest Eindhoven/Staals: de gemeente heeft voor de uitoefening van haar bestuurlijke taken de keuze tussen het publiek- en privaatrecht, tenzij de wet de publiekrechtelijke weg voorschrijft.⁹⁰ De keuzevrijheid voor privaats- dan wel bestuursrechtelijk optreden wordt de tweewegenleer genoemd.⁹¹

De tweewegenleer is in de literatuur niet onbesproken gebleven. Er zijn diverse bezwaren geuit, welke hieronder zijn samengevat.

- 1) Publiekrechtelijke regelingen kennen in beginsel openbare procedures en er is vaak voorzien in verplichte advisering en inspraak. Als het privaatrecht wordt gehanteerd, dan hoeft bovenstaande niet het geval te zijn.
- 2) Bij het volgen van de bestuursrechtelijke weg, is in beginsel ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming aanwezig. Deze vorm van rechtsbescherming biedt het privaatrecht niet.
- 3) Door het gebruik van de privaatrechtelijke weg kan de overheid in sommige gevallen meer rechten en bevoegdheden verkrijgen, dan wanneer gebruik wordt gemaakt van de publiekrechtelijke weg.⁹²

Onder meer door bovenstaande bezwaren, heeft de Hoge Raad de tweewegenleer aangevuld met het doorkruisingsverbod. Dit werd in het Windmill-arrest gedaan.

Het bedrijf Windmill loosde afvalgips in de Nieuwe Waterweg, waarvoor het de benodigde vergunningen had. De Staat, eigenaar van de Nieuwe Waterweg, vroeg in ruil voor het mogen lozen een vergoeding. Deze privaatrechtelijke toestemming van de Staat, had echter ook publiekrechtelijk kunnen worden geregeld. De Wet verontreiniging oppervlaktewateren maakt het namelijk mogelijk om een financiële vergoeding voor lozingen te vragen. De Hoge Raad bepaalde dat voor de publiekrechtelijke weg moet worden gekozen, wanneer het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.⁹³

Door het Windmill-arrest is de keuzevrijheid in belangrijke mate beperkt.

Het arrest geeft aan dat eerst moet worden gekeken of de wet een uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of de privaatrechtelijke weg is toegestaan. Een publiekrechtelijke regeling kan expliciet aangeven dat de privaatrechtelijke weg is uitgesloten.⁹⁴ Mocht er geen uitsluitel in de publiekrechtelijke regeling worden gevonden, dan is beslissend of het gebruik

⁸⁹ HR 13 april 1962, NJ 1964, 366.

⁹⁰ HR 19 januari 1968, NJ 1968, 166, m.nt. G.J. Scholten.

⁹¹ Visscher 2008, p. 205-206.

⁹² Duijkersloot 2010, p. 12.

⁹³ HR 26 januari 1990, NJ 1990, 393, AB 1990, 408, m.nt. G.P. Kleijn.

⁹⁴ Een voorbeeld hiervan is art. 122 Ww.

van privaatrechtelijke bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.

Om af te kunnen leiden of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling, wordt in het Windmill-arrest een aantal criteria genoemd. Er moet worden gelet op de inhoud en de strekking van de regeling, de wijze waarop en de mate waarin de belangen van burgers zijn beschermd. Dit moet worden gezien tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels. Wanneer de gemeente door gebruikmaking van de privaatrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van een publiekrechtelijke regeling, dan moet altijd worden gekozen voor de publiekrechtelijke weg. Dit wordt onderschreven door het arrest Staat/Magnus.⁹⁵

Door de theorie in dit hoofdstuk kan worden bepaald wat voor de gemeente Rucphen geldt in het geval van optreden tegen onrechtmatig grondgebruik. In de voorgaande hoofdstukken zijn de privaot- en publiekrechtelijke mogelijkheden omschreven. Bij privaatrechtelijke handhaving treedt de gemeente op als eigenaar van de grond. Het doel van privaatrechtelijke handhaving is het beschermen van haar eigendom, door in bezit genomen gronden terug te vorderen en grondverlies door verjaring te voorkomen. Publiekrechtelijk is niets geregeld over het eigendomsrecht van de gemeente. Derhalve kan de toepassing van de privaatrechtelijke weg geen publiekrechtelijke weg doorkruisen, omdat deze er niet is.

Publiekrechtelijk optreden tegen onrechtmatig grondgebruik heeft niets te maken met het eigendomsrecht van de gemeente, omdat de focus op de publieke functie van de gemeentegrond ligt. De grond is onttrokken aan de publieke functie doordat het onrechtmatig in gebruik is genomen en die onrechtmatige situatie moet worden opgeheven. Geconcludeerd kan worden dat bij privaat- of publiekrechtelijk handelen zoals hierboven is omschreven, er geen sprake van een onaanvaardbare doorkruising is. Dit komt omdat het doel van de twee verschillende wegen anders is, waardoor het elkaar niet 'bijt'.

⁹⁵ HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1107.

7. Wat is de huidige gang van zaken met betrekking tot het aanpakken van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden?

In de nota 'Beheer gemeentegrond' wordt summier uitgelegd hoe tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond opgetreden dient te worden. Er wordt afgeraden om te revindiceren als de grond voor 1 januari 2012 in gebruik is genomen, omdat het risico bestaat dat men met recht een beroep op verjaring doet. Dit is merkwaardig, omdat juist deze gevallen prioriteit moeten krijgen. De gemeente kan namelijk wat doen tegen een lopende verjaringstermijn: stuiten. Wanneer tegen onrechtmatig grondgebruik wordt opgetreden, dan moet er geen onderscheid worden gemaakt door het toepassen van een peildatum. Alle situaties van onrechtmatig grondgebruik moeten worden aangepakt, anders wordt in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld.

De gemeente Rucphen treedt tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond op dit moment nog ad-hoc op. In de volgende paragrafen worden drie casussen van onrechtmatig grondgebruik besproken.

7.1. Casus 1

In deze casus wordt een strook gemeentegrond onrechtmatig gebruikt.⁹⁶ Er zijn paaltjes in de berm geplaatst, wat de doorgang van het verkeer kan bemoeilijken. De gemeente heeft vervolgens actie ondernomen door de bewoners die de paaltjes hebben geplaatst aan te schrijven. De privaatrechtelijke weg wordt in deze casus bewandeld: de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW is de grondslag. Het doel van deze aanpak is om de paaltjes te laten verwijderen. Dit doel kan echter ook worden gebruikt door toepassing van art. 1:1 j° art. 2:10 lid 1 Apv Rucphen. De publieke functie van de weg, waar deze berm ook onder valt, is namelijk aangetast. Omdat met de publiekrechtelijke weg hetzelfde resultaat kan worden bereikt, dient de APV als grondslag worden gebruikt. De privaatrechtelijke weg wordt bewandeld indien sprake van eigendomspretentie is. Dat is in dit geval zeker niet aan de orde, daar het stuk gemeentegrond niet bij het eigen perceel is getrokken.

De gemeente had eerst moeten controleren of dat het laten staan van de paaltjes wenselijk is. Het zal niet zonder reden zijn gedaan; het kan zijn dat er op die weg zodanig hard wordt gereden, dat de bewoners dachten dat paaltjes in de berm dat enigszins konden verminderen. Het kan ook zijn dat er veel in de berm wordt geparkeerd, waardoor de bewoners hinder ondervinden. Dat de burgers zijn overgegaan tot eigenrichting is natuurlijk nooit goed, maar wellicht is hier een plausibele reden voor. Het kan in dit geval helpen om met de bewoners in gesprek te gaan. Mocht het geen optie zijn om de paaltjes te laten staan, dan zijn ze eerder geneigd mee te werken als ze het gevoel hebben gekregen dat er wel naar hun verhaal is geluisterd. Als deze aanpak niet blijkt te werken, dan zal een voormelding van een last onder bestuursdwang dan wel een last onder dwangsom worden verzonden. Mocht dit nog geen effect hebben, dan moet worden gehandhaafd.

7.2. Casus 2

Deze casus betreft een gedeelte gemeentegrond van ongeveer 56m², dat bij de voortuin is getrokken. In 2007 is het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond geconstateerd en is gepoogd om het stuk grond aan de toenmalige eigenaar te verkopen. Het bleek echter niet mogelijk om met de toenmalige eigenaar tot een akkoord te kunnen komen. Het dossier is toen een tijd blijven liggen, tot 2010. In de tussentijd is de toenmalige eigenaar elders gaan wonen, waarop de huidige eigenaren werden aangeschreven. In de brief wordt uitgelegd dat er onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van gemeentegrond. De gemeente biedt hen een

⁹⁶ Zie bijlage 5.

koopovereenkomst aan, waardoor de situatie wordt gelegaliseerd. Deze koopovereenkomst is al bij de brief gevoegd. De eigenaren dienen deze koopovereenkomst binnen één maand na verzending van de brief te ondertekenen en retour te sturen naar de gemeente. Dit doen ze niet, in plaats daarvan wordt een advocaat ingeschakeld. In de brief die de gemeente van deze advocaat krijgt, wordt gesteld dat ze het eigendom over de strook gemeentegrond op grond van art. 3:105 BW hebben verkregen. Ingevolge art. 3:306 BW verjaart een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van een onroerende zaak door verloop van twintig jaar. Er is een luchtfoto uit 1986 bijgevoegd, waaruit blijkt dat de rechtsvoorgangers van de huidige eigenaren het perceel in ieder geval reeds sinds 1986 in gebruik hebben. De rechtsvordering van de gemeente tot beëindiging van het bezit is derhalve verjaard in 2006, waardoor het eigendom destijds is overgegaan.

De gemeente heeft in 2007 geprobeerd om de grond aan de toenmalige eigenaar proberen te verkopen, terwijl de gemeente haar eigendom over het stuk grond toen al was verloren. Het dossier eindigt met een brief vanuit de gemeente, dat ze na toetsing aan de artt. 3:105 BW, 3:106 BW en 3:314 BW inderdaad tot de conclusie is gekomen, dat het verzoek om verjaring niet kan worden gestuit. Er is een verklaring inzake verjaring bijgevoegd, welke notarieel gepasseerd kan worden.

Er is actief opgetreden in deze zaak, echter te laat. Deze casus laat zien hoe belangrijk het is om als gemeente zijnde te weten waar je mee bezig bent. Nu is er veel moeite gestoken in het optreden tegen onrechtmatig grondgebruik, terwijl er al sprake was van verjaring.

7.3. Casus 3

Deze casus betreft een conflict tussen de gemeente Rucphen en een familie die in deze gemeente woont. Vanwege de voorgenomen aanleg van een nieuwe weg, heeft het Kadaster een meting gedaan. Bij deze meting is gebleken dat de familie een stuk gemeentegrond bij haar perceel heeft betrokken. Het perceel is deels voorzien van een hekwerk, er is beplanting op aangebracht en een gedeelte wordt gebruikt als stortplaats voor tuinafval. De familie is uitgenodigd voor een gesprek, maar is niet op deze uitnodiging ingegaan. Tevens heeft de gemeente al een brief gestuurd met het verzoek de grond te ontruimen en het bezit over te dragen. Ook hier is niet op ingegaan.

In deze casus is verkrijgende verjaring niet aan de orde, daar de familie uit de openbare registers had kunnen afleiden dat de gemeente eigenaar is van het stuk grond. Derhalve moet rekening worden gehouden met bevrijdende verjaring. Hiervoor moet sprake van bezit zijn en moet twintig jaar zijn verstreken sinds de rechthebbende het bezit van het goed heeft verloren. Het plaatsen van een hek duidt doorgaans op eigendomspretentie. In samenhang met de aangebrachte beplanting alsmede het storten van tuinafval op het perceel, kan worden geconcludeerd dat de familie bezitter is.

Om te bepalen vanaf wanneer de grond in bezit is genomen, zijn drie stukken in het dossier van belang. Op een luchtfoto van 1994 is zichtbaar dat het perceel van de familie en dat van de gemeente zijn gescheiden door een bomenrij. Deze bomenrij lijkt overeen te komen met de kadastrale grens. Op de luchtfoto van 1999 is te zien dat de huidige inrichting van de tuin destijds nog niet was gerealiseerd. Wel is de bomenrij verdwenen. In 1998 heeft de familie een aanvraag voor een bouwvergunning gedaan. De tekening die bij deze aanvraag hoort, is door de familie zelf opgesteld. Hieruit is op te maken dat de familie zelf er destijds vanuit ging dat hun perceel eindigde bij de daadwerkelijke perceelgrens. Gezien het bovenstaande kan niet worden opgemaakt sinds wanneer de familie bezitter is, maar wel dat de twintigjarige verjaringstermijn nog niet is verlopen.

Eind 2016 heeft de gemeente de grond nodig voor de realisering van de nieuwe weg. Om deze reden is verkoop van het stuk grond aan de familie geen optie. Aangezien de weg niet op zeer korte termijn wordt gerealiseerd, kan de gemeente het gebruik tot 30 september 2016 legaliseren door middel van een huur- of bruikleenovereenkomst. In dit geval kan een bruikleenovereenkomst worden voorgesteld aan de familie. Tot nu toe blijkt ze niet mee te wilt werken. Stel dat een huurovereenkomst wordt voorgesteld en ze reageert afwijzend, dan moet de gemeente de komende twee jaren de grond zelf onderhouden. Onderhoud kost de gemeente geld. Een bruikleenovereenkomst gaat de familie verder niets kosten, zolang ze zich netjes aan de voorwaarden houdt. Als ze niet akkoord gaat met de bruikleenovereenkomst, dan moet de gemeente een gerechtelijke procedure opstarten om de grond te revindiceren. De familie moet inzien dat ze het bezit van de grond hoe dan ook kwijtraakt. De gemeente is derhalve heel redelijk naar de familie toe om voor de resterende tijd tot 2016 een bruikleenovereenkomst aan te bieden.

Er moet nu een brief naar de familie worden gestuurd, met daarin het voorstel van de bruikleenovereenkomst. Hierin moet ook een datum worden genoemd, bijvoorbeeld 31 januari 2015. Voor deze datum moet de familie dan hebben laten weten of ze akkoord gaat met de bruikleenovereenkomst. Zo niet, dan moet de gemeente de gerechtelijke procedure opstarten middels een dagvaarding.

8. Welke afdeling is het meest geschikt om het nieuwe beleid uit te voeren?

De organisatiestructuur kent een directie, bestaande uit de algemeen directeur/gemeentesecretaris en een directeur bedrijfsvoering. Laatstgenoemde is tevens 1^e loco-secretaris is. De directie wordt ondersteund door een concernstaf voor beleidsmatige- en controletaken op het gebied van financiën, informatievoorziening, dienstverlening, organisatie en algemeen bestuurlijk juridische zaken (zoals integrale veiligheid en strategische communicatie) en projectcoördinatie. Ook de secretariële ondersteuning van het college en de directie behoort tot de staf.

Buiten de directie en de staf kent de gemeente Rucphen vijf afdelingen. Iedere afdeling kent een aanzienlijke hoeveelheid van verschillende werkzaamheden. Deze zijn niet allemaal van belang voor de vraag welke afdeling het meest geschikt is om het nieuwe beleid uit te voeren. Om deze reden wordt van iedere afdeling de essentie weergegeven. Afdelingen die een rol kunnen spelen in de uitvoering van nieuw beleid worden nader toegelicht.

Gemeentewinkel

De afdeling Gemeentewinkel kan worden beschouwd als het visitekaartje en het gezicht van de gemeente Rucphen. Het is het eerste aanspreekpunt voor burgers; zij kunnen met alle vragen terecht bij deze afdeling. De werkzaamheden van deze afdeling zijn voornamelijk gericht op de één op één dienstverlening aan burgers, bedrijven en (maatschappelijke) instellingen. De Gemeentewinkel levert de producten en diensten die onder deze één op één dienstverlening vallen. Ze is verantwoordelijk voor burgerzaken, zoals de afgifte van rijbewijzen, paspoorten, verklaringen en dergelijke. Tevens handelt de Gemeentewinkel de procedures betreffende vergunningen, uitkeringen en subsidies af.

Ruimte en Openbare Werken

De afdeling Ruimte en Openbare Werken is primair gericht op de (beleids)ontwikkelingen in de openbare ruimte. Onder deze afdeling vallen onder meer ruimtelijke ordening, economische zaken, milieu, verkeer & vervoer, toerisme & recreatie en handhaving. Tevens is de afdeling Ruimte en Openbare Werken gericht op het zo goed mogelijk bedienen van de burger als gebruiker van de openbare ruimte. Wegen, water, riolering, groen en afvalbeheer staan hierbij centraal.

Middelen

De afdeling Middelen richt zich vanuit de dienstverleningsgedachte primair op de interne klant. Hiermee worden de overige afdelingen, de concernstaf, de directie en het bestuur bedoeld. De interne advies- en uitvoerende taken op het gebied van de bedrijfsvoering zijn bij de afdeling Middelen ondergebracht. Taakvelden die hieronder vallen zijn financiën (inclusief belastingen), communicatie, juridische zaken, inkoop en personeelszaken.

Facilitair bedrijf

Het Facilitair Bedrijf richt zich met name op de interne ondersteuning van de eigen organisatie. Hiertoe behoren onder meer interne informatievoorziening, post- en archief, huishoudelijke dienst, intern gebouwenbeheer en automatisering/informatie- en systeembeheer.

Samenleving

De afdeling Samenleving houdt zich bezig met de maatschappelijke ontwikkeling van de gemeente. Taakvelden van deze afdeling zijn onder meer welzijn, sociale zaken, onderwijs, sport, maatschappelijke ondersteuning, volksgezondheid en cultuur.⁹⁷

⁹⁷ Gemeentegids Rucphen 2014-2015, p. 56-57.

8.1. Slotsom

Om meer informatie over de afdelingen te verkrijgen die een belangrijke rol kunnen spelen bij de uitvoering van nieuw beleid betreffende het optreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond, is een interview afgenomen met de twee juridisch adviseurs van de afdeling Middelen en de afdelingsmanager van de afdeling Ruimte en Openbare werken. De belangrijkste punten uit dit interview worden hieronder vermeld.

Het signaleren van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond wordt momenteel gedaan door de afdeling Ruimte en Openbare Werken. Deze afdeling is het meest geschikt, omdat zij de kennis in huis heeft betreffende de inrichting van de openbare ruimte en kadastrale grenzen. Er kan worden geconcludeerd dat de afdeling Middelen is belast met het beheer van het vermogen van de gemeente Rucphen. Zij adviseert de afdeling Ruimte en Openbare werken over aan- en verkopen van (gemeente)grond. De uiteindelijke aan- en verkoop van (gemeente)grond doet de afdeling Ruimte en Openbare Werken zelf, de afdeling Middelen adviseert dus enkel. De privaatrechtelijke kant van het optreden tegen onrechtmatig grondgebruik kan derhalve het beste door de afdelingen Ruimte en Openbare Werken worden uitgevoerd. De afdeling Ruimte en Openbare werken voert de uitvoerende taken uit en de afdeling Middelen geeft hierbij advies. Wanneer publiekrechtelijk wordt opgetreden, dan is daar het team Handhaving uitermate geschikt voor. Dit team is onderdeel van de afdeling Ruimte en Openbare werken. Mocht er gelegaliseerd worden door middel van een vergunning, dan is het verlenen van deze vergunning de taak van de afdeling Gemeentewinkel.

9. Conclusie

In dit hoofdstuk komen de antwoorden van alle deelvragen samen, om zo de centrale vraag te kunnen beantwoorden. De centrale vraag die centraal staat in dit onderzoek is:

Welke aanbevelingen zijn er te geven met betrekking tot de aanpak van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond door derden in de gemeente Rucphen, gelet op de huidige werkwijze en getoetst aan de beschikbare privaats- en publiekrechtelijke instrumentaria, waarbij wordt aangegeven onder welke omstandigheden welke instrumentaria bruikbaar zijn?

Allereerst dient te worden geconcludeerd dat op dit moment geen duidelijk beleid voorhanden is dat wordt gebruikt om onrechtmatig gebruik van gemeentegrond tegen te gaan dan wel aan te pakken. In de praktijk houdt dit in dat ad-hoc wordt opgetreden. Gelet op het feit dat er burgers zijn die wel netjes een stuk grond bij de gemeente Rucphen hebben gekocht, of over een stuk grond huur betalen, is het onacceptabel dat burgers die grond onrechtmatig in bezit hebben genomen hiermee weg komen. Zij worden op deze wijze beloond, wat ongelijkheid meebrengt ten opzichte van burgers die zich wel aan de regels houden. Het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond is zeker iets dat speelt binnen de gemeente Rucphen. Op dit moment wordt onderzoek verricht naar alle gronden binnen de gemeente Rucphen. Op deze wijze komt aan het licht hoe groot het probleem van onrechtmatig grondgebruik daadwerkelijk is.

Dit onderzoek is verricht met als doel de gemeente Rucphen handvatten te kunnen bieden om een goede aanpak tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond te realiseren. Deze aanpak zal expliciet toezien op gemeentegrond dat onrechtmatig in gebruik is genomen door derden.

Er is sprake van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond als een burger gemeentegrond in bezit neemt en daarover de feitelijke macht gaat uitoefenen. Voor anderen moet zichtbaar zijn dat de uitoefening van de macht over de onroerende zaak zodanig is, dat daaruit de pretentie van eigendom blijkt.⁹⁸ Ook de 'echte eigenaar' moet uit de gedragingen van de bezitter niets anders kunnen afleiden dan dat de bezitter pretendeert eigenaar te zijn. Er zijn twee vormen van bezit: bezit te kwader trouw en bezit te goeder trouw. Een bezitter te kwader trouw houdt moedwillig grond van de gemeente voor zichzelf en pretendeert op deze wijze eigenaar te zijn. Een bezitter is te goeder trouw als hij de grond in bezit heeft genomen, maar zich redelijkerwijze als rechthebbende mocht beschouwen op grond van art. 3:118 BW. Per situatie moeten altijd de omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen, om te bepalen welke vorm van bezit van toepassing is.

Het inbreuk maken op het eigendomsrecht van de gemeente is niet de enige wijze van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond. Hiervan is namelijk ook sprake wanneer de publieke functie van de gemeentegrond wordt aangetast door burgers, waardoor de grond aan de openbaarheid is onttrokken.

Indien er sprake is van aantasting van de publieke functie van de gemeentegrond, dan kan publiekrechtelijk worden opgetreden. De onrechtmatig grondgebruiker moet dan geen eigendomspretentie hebben en er moet geen concreet zicht op legalisatie van de onrechtmatige situatie bestaan.

Op grond van een uitspraak van de Raad van State heeft de gemeente de mogelijkheid om via de APV op te treden.⁹⁹ Door dit arrest was het geoorloofd dat gemeentes het begrip 'weg'

⁹⁸HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601.

⁹⁹ABRvS, 30 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8901.

zodanig oprekten dat onder andere voor het publiek toegankelijke open plaatsen, parken en plantsoenen eronder vielen. Door dit artikel te combineren met een verbod om zonder vergunning van het college de weg of een weggedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de publieke functie daarvan, is een grondslag ontstaan om publiekrechtelijk op te kunnen treden. De VNG was echter niet gelukkig met de uitbreiding van het begrip 'weg', daar het zo'n ruime definiëring is. In principe kan heel de openbare ruimte er dan onder vallen. Om deze reden wordt tegenwoordig onder het begrip 'weg' enkel een weg, als bedoeld in art. 1, lid 1, onder b WVV verstaan. Om toch publiekrechtelijk op grond van de APV te kunnen handhaven, wordt in plaats van het begrip 'weg', tegenwoordig gekozen voor het begrip 'openbare plaats'.¹⁰⁰

De gemeente Rucphen hanteert in de huidige APV enkel het begrip 'weg'. In de huidige situatie kan dus enkel via de APV worden opgetreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond als een burger de publieke functie van bijvoorbeeld de berm aantast.

Naast de APV kan ook het bestemmingsplan een grondslag zijn om onrechtmatig grondgebruik publiekrechtelijk aan te pakken.

Publiekrechtelijk handhaven kan geschieden door het opleggen van een last onder bestuursdwang. Hier wordt de herstelsanctie onder verstaan, inhoudende een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding. De kosten hiervoor komen voor rekening van de onrechtmatig grondgebruiker. In plaats van een last onder bestuursdwang kan ook een last onder dwangsom worden opgelegd. Een last onder dwangsom is net als de last onder bestuursdwang een herstelsanctie. Het houdt een last in tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, alsmede de verplichting tot betaling van een geldsom, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.¹⁰¹ Het gelijktijdig opleggen van een last onder dwangsom en een last onder bestuursdwang is ingevolge art. 5:32 lid 1 Awb niet toegestaan. Na elkaar kan dit wel. Ten slotte is er nog een derde mogelijkheid om publiekrechtelijk te handhaven, door middel van een bestuurlijke boete. Een bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie. Het houdt een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom in.¹⁰² In een situatie waarbij sprake is van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond waarbij de publieke functie wordt aangetast, is de bestuurlijke boete geen goede optie. Art. 154b Gemw voorziet in de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen, bij overtreding van een gedraging die strafbaar is gesteld door een door de raad opgestelde verordening. Hieruit blijkt dat enkel de gedraging wordt bestraft, maar de situatie niet terugbrengt in de oorspronkelijke staat.

Om onrechtmatig grondgebruik privaatrechtelijk aan te pakken, moet de gemeente de aan haar in het privaatrecht toegekende bevoegdheden gebruiken. De gemeente treedt bij privaatrechtelijk handelen als eigenaar en rechthebbende van de grond op. Wanneer de burger eigendomspretenties heeft, moet er privaatrechtelijk worden gehandhaafd. Wanneer dit niet wordt gedaan, kan verjaring optreden. Een bezitter te goeder trouw wordt na onafgebroken bezit van het stuk grond na tien jaar eigenaar. Indien sprake is van een bezitter te kwader trouw, dan gaat het eigendom van de gemeentegrond na twintig jaar over op de bezitter. Om te voorkomen dat de verjaringstermijn verstrijkt, dient de gemeente te stuiten. Deze stuiting kan op verscheidende wijzen plaatsvinden.

Wanneer de grond vrijwillig wordt teruggegeven aan de gemeente, dan is er sprake van vrijwillig bezitsverlies. De lopende verjaring wordt hierdoor definitief beëindigd. De gemeente moet wel het bezit over het betreffende stuk grond terugnemen. Wanneer de grond binnen één jaar na de ontruiming opnieuw in gebruik wordt genomen, dan is de verjaringstermijn die

¹⁰⁰ De uitleg van het begrip 'openbare plaats' wordt in art. 1 lid 1 WOM gegeven. Volgens de memorie van toelichting is het vereist dat een openbare plaats openstaat voor publiek. Eenieder is vrij er te komen, te vertoeven en te gaan.

¹⁰¹ Art. 5:31d Awb.

¹⁰² Art. 5:40 Awb.

liep namelijk niet gestuit.¹⁰³ De verjaringstermijn kan ten slotte worden gestuit, als de gemeente een aanmaning/mededeling naar de bezitter stuurt. Hierin moet de gemeente ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehouden ingevolge art. 3:317 BW. Binnen zes maanden moet er een gerechtelijke procedure worden gestart.¹⁰⁴ Ten slotte kan er worden gestuit door erkenning ingevolge art. 3:318 BW. De onrechtmatig grondgebruiker erkent het eigendom van de gemeente. Dit kan schriftelijk of mondeling worden gedaan.¹⁰⁵ Nadat een bezitter het recht van de eigenaar erkent, is er niet alleen sprake van stuiting van de verjaringstermijn. De bezitter moet na deze erkenning namelijk worden gezien als houder.¹⁰⁶ Er kan hierna dus geen nieuwe verjaringstermijn beginnen te lopen, aangezien er geen sprake meer is van bezit, maar van houderschap. De nieuwe verjaringstermijn begint nadat er is gestuit, te lopen met de aanvang van de volgende dag. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke, doch niet langer dan vijf jaren. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.¹⁰⁷

De gemeente kan het onrechtmatig gebruik van gemeentegrond legaliseren, waardoor de onrechtmatigheid wordt opgeheven. Per situatie zal moeten worden bekeken welke optie het meest geschikt is. Wanneer legalisatie geen optie is, moet de gemeente de grond revindiceren. De gemeente moet hierbij schriftelijk aan de onrechtmatig grondgebruiker laten weten dat ze haar eigendom opeist. In deze brief wordt verzocht de grond voor een bepaalde datum te ontruimen. Dit kan meteen worden gezien als stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 BW. Dit moet dan echter wel binnen zes maanden worden gevolgd door een daad van rechtsvervolgning.

Mocht de onrechtmatig grondgebruiker de grond niet ontruimen binnen de gestelde termijn, dan dient de gemeente een gerechtelijke procedure bij de civiele rechter te starten. Om deze procedure te starten, moet de gemeente een dagvaarding naar de onrechtmatig grondgebruiker sturen.

Wanneer er is gerevindiceerd en de gemeente weer bezitter is van de grond, moet ze ervoor waken dat de grond niet binnen één jaar opnieuw in gebruik wordt genomen door de ex-onrechtmatig grondgebruiker. Wanneer dat het geval is, dan is de verjaringstermijn niet gestuit ingevolge art. 3:103 BW. De verjaringstermijn die al liep, is in dat geval niet afgebroken. Om deze reden moet in het eerste jaar nadat de gemeente haar grond heeft opgeëist, extra worden gecontroleerd. Op deze wijze wordt het voltooiën van de verjaringstermijn voorkomen.

Het staat de gemeente niet zonder meer vrij om gebruik te maken van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke bevoegdheden. De wet kan uitdrukkelijk antwoord geven op de vraag of de privaatrechtelijke weg is toegestaan. De publiekrechtelijke weg kan expliciet aangeven dat de privaatrechtelijke weg niet is toegestaan. Mocht er geen uitsluitel in de publiekrechtelijke regeling worden gevonden, dan is beslissend of het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Als privaatrechtelijk wordt gehandhaafd, dan treedt de gemeente op als de eigenaar van de grond. Het doel is hierbij het beschermen van haar eigendom door in gebruik genomen gronden terug te vorderen en grondverlies door verjaring te voorkomen. Dit is voor de gemeente niet publiekrechtelijk geregeld, waardoor de doorkruisingsleer niet in het geding komt. Bij het publiekrechtelijk optreden ligt de focus niet op het eigendom, maar op de publieke functie. De grond is onttrokken aan de publieke functie doordat het onrechtmatig in gebruik is genomen en die onrechtmatige situatie moet worden opgeheven.

¹⁰³ Art. 3:103 BW.

¹⁰⁴ Vng.nl (zoek op verjaring en grondzaken).

¹⁰⁵ Vng.nl (zoek op verjaring en grondzaken).

¹⁰⁶ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1763.

¹⁰⁷ Art. 3:319 BW.

Bij privaat- of publiekrechtelijk handelen zoals hierboven is omschreven, is geen sprake van een onaanvaardbare doorkruising. Dit komt omdat het doel van de twee verschillende wegen geen botsende werking heeft.

Op dit moment zijn de taken betreffende het signaleren van en het optreden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond niet onderverdeeld bij afdelingen. Na onderzoek van alle afdelingen kan geconcludeerd worden dat de afdeling Ruimte en Openbare werken het meest geschikt is om onrechtmatig grondgebruik te signaleren. Als blijkt dat de situatie zich leent voor de publiekrechtelijke weg, dan blijft het dossier bij die betreffende afdeling. Wanneer publiekrechtelijk wordt gelegaliseerd, dan wordt het dossier overgedragen naar de afdeling Gemeentewinkel. Wanneer privaatrechtelijk optreden is vereist, dan kan het dossier voor advies worden overgedragen naar de afdeling Middelen. De verdere uitvoering van de privaatrechtelijke werkzaamheden wordt door de afdeling Ruimte en Openbare werken gedaan.

De hoofdconclusie van dit onderzoek is dat er geen eenduidig antwoord kan worden gegeven op de vraag welke weg het beste kan worden bewandeld, daar dit per situatie verschillend kan zijn. Als er geen sprake is van eigendomspretentie en er verder geen verjaringskwestie speelt, dan is publiekrechtelijk optreden het meest verstandig. Mocht een gang naar de rechter noodzakelijk zijn, dan is de publiekrechtelijke procedure minder kostbaar, omdat de gemeente geen advocaat hoeft in te schakelen. Mocht de overtreder tijdens de procedure toch menen dat verjaring wel een rol speelt, dan moet hij dit zelf zien te bewijzen, door zich tot de burgerlijke rechter wenden om een vonnis te verkrijgen. Wanneer sprake van eigendomspretentie is, dan is de privaatrechtelijke weg de enige optie om te volgen. Per situatie zal dan moeten worden gekeken of legalisatie een optie is voor het betreffende stuk grond, of dat er gerevindiceerd moet gaan worden.

Welke weg ook wordt bewandeld; goede communicatie naar de burger toe moet te allen tijde voorop staan! Door goed aan te geven waar je als gemeente mee bezig bent en door dit ook duidelijk naar de burger te communiceren, kan je eerder op begrip rekenen. De gemeente moet niet meteen dreigen met allerlei procedures, maar de burger eerst de tijd geven om zelf de onrechtmatigheid van de situatie te beëindigen.

10. Aanbevelingen

Aan de hand van dit onderzoek en de daaruit getrokken conclusies, kunnen een aantal aanbevelingen worden gedaan.

Inventariseren

Op dit moment is de gemeente Rucphen bezig om een overzicht van alle gronden in de gemeente Rucphen op te stellen. Dit wordt gedaan aan de hand van het programma Nedbrowser. Aanbeveling is om onduidelijke situaties die via dat programma naar voren komen te controleren in het veld. Wanneer het onderzoek naar alle gronden is afgerond, ontstaat er een compleet beeld over het onrechtmatig grondgebruik in de gemeente.

Actualiseren verhuur- en bruikleenovereenkomsten

Het is van belang om de huidige verhuur- en bruikleenovereenkomsten te actualiseren. Op dit moment bestaan deze lijsten wel, maar zijn niet bijgewerkt. Niet alles staat digitaal, fysieke documenten van oude overeenkomsten zijn in diverse dossiers opgeborgen, waardoor het huidige overzicht niet volledig is. Deze achterhaalde lijst bijwerken kost eenmalig moeite, daarna kan het goed worden bijgehouden. Geactualiseerde lijsten kunnen veel werk schelen. Wanneer onrechtmatig grondgebruik in Nedbrowser wordt gesignaleerd, dient er gecontroleerd te worden of er voor het betreffende perceel een verhuur- dan wel bruikleenovereenkomst is afgesloten. Mocht hiervan sprake zijn, dan hoeft er namelijk niet te worden opgetreden. De situatie is immers al eerder gelegaliseerd.

Aanpassen APV

Om beter publiekrechtelijk te kunnen handhaven, moet er een kleine wijziging van art. 2:10 lid 1 APV Rucphen plaatsvinden. Door het woord 'weg' te veranderen in 'openbare plaats', wordt het bereik van het artikel groter, waardoor sneller opgetreden kan worden tegen onrechtmatig gebruik van gemeentegrond via de publiekrechtelijke weg.

Toepassen van het stappenplan

Om het onrechtmatig grondgebruik aan te pakken, kan het stappenplan als hulpmiddel dienen.¹⁰⁸ Ontruimde stukken grond moeten in het eerste jaar extra worden gecontroleerd indien de privaatrechtelijke weg is bewandeld. Mocht de ex-grondgebruiker na ontruiming binnen een jaar opnieuw de gemeentegrond in bezit hebben genomen, dan is de loop van de verjaring niet gestuit. De verjaringstermijn die al liep, is in dat geval niet afgebroken. Op dit moment is er tijdelijk iemand aangenomen die alle grond van de gemeente Rucphen op zodanige wijze in kaart brengt, dat onrechtmatig grondgebruik wordt gesignaleerd. Wanneer dit overzicht klaar is, weet de gemeente tegen welke gevallen ze op kan treden. Wanneer dit is gedaan, wil dat niet zeggen dat er nooit meer sprake zal zijn van onrechtmatig gebruik van gemeentegrond. Daarom dient er om de zoveel jaar een nieuw onderzoek naar de gemeentegrond te worden verricht. Dit kan bijvoorbeeld om de vijf jaar zijn. Het is dan een optie om weer iemand tijdelijk aan te nemen die meteen alle grond van de gemeente Rucphen in kaart brengt, maar er kan ook met deelgebieden worden gewerkt. De percelen worden per deelgebied onderzocht door een medewerker van de afdeling Ruimte en Openbare Werken. Deze werkwijze verloopt minder snel, maar bespaart wel kosten. Er hoeft immers niemand extra voor aangenomen te worden.

Vervolgonderzoek

Het stappenplan moet in de praktijk worden toegepast en daarbij moet worden gekeken of er mogelijk tegen situaties wordt gelopen waar dit onderzoek geen aandacht aan heeft besteedt. Indien hiervan sprake is, moet het stappenplan worden aangepast.

¹⁰⁸ Zie bijlage 6.

Literatuurlijst

Van Ballegooij e.a. 2008

G.A.C.M. van Ballegooij, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Duijkersloot e.a. 2010

A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag: VNG 2010.

Gemeente Rucphen

Gemeente Rucphen, *Gemeentegids 2014-2015*, Den Helder: Akse Media bv 2014.

Huijgen 2013 (T&C BW)

W.G. Huijgen, 'Commentaar op art. 3:23 BW', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *T&C Burgerlijk Wetboek*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 01-02-2013.

Van Leijen Academie,

L. van Leijen, *Interversie*, Den Bosch: Van Leijen Academie 2013.

Michiels 2014

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Philips 2009

C. Philips, *Praktisch Goederenrecht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers bv 2009.

Rank-Berenschot 2013 (T&C BW)

E.B. Rank-Berenschot, 'Commentaar op art. 3:80 BW', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *T&C Burgerlijk Wetboek*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 01-02-2013.

Rank-Berenschot 2013 (T&C BW)

E.B. Rank-Berenschot, 'Commentaar op art. 3:110 BW', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *T&C Burgerlijk Wetboek*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 01-02-2013.

Reehuis 2010

W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo deel 3. Goederenrecht*. Deventer: Kluwer 2012.

Scheltema & Scheltema 2013

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Schippers 2013

H.A.G. Schippers, *Praktijkpocket Algemene wet bestuursrecht*, Zwolle: Langhekel Opleiding, Training & Advies 2013.

R. van Trigt, 'Alkmaar gaat 'landjepik' te lijf met APV. Raad van State bekrachtigt aanpak', VNG Magazine, afl. 21/22, p. 14-16.

Visscher 2008

Y.M. Visscher, *Praktisch bestuursrecht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers bv 2008.

VNG, Factsheet 'Privaatrechtelijke handhaving', 2010.

Jurisprudentielijst

HR 3 april 1947, NJ 1947, 381.

HR 13 april 1962, NJ 1964, 366.

HR 19 januari 1968, NJ 1968, 166, m.nt. G.J. Scholten.

HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565.

HR 26 januari 1990, NJ 1990, 393, AB 1990, 408, m.nt. G.P. Kleijn.

HR 15 januari 1993, NJ 1993, 178.

HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1107.

HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601.

ABRvS, 30 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8901.

ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5897

ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683, r.o. 2.3.

ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5842.

ABRvS, 31 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4743, r.o. 6.

Hof 's-Gravenhage 16 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL4886.

Hof 's-Hertogenbosch, 11 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6266.

Hof 's-Hertogenbosch, 10 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5986

Rb. Arnhem 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR3041

Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL7859.

Rb Arnhem 11 augustus 2014, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2986