lijkheid om toegang te hebben tot de bestaande onderwijssystemen niet dwarsboomt. Hiervan was in het onderhavige geval geen sprake. Dit neemt niet weg dat dit in andere zaken mogelijk anders ligt. Steeds zal dan ook moeten worden gekeken naar de specifieke omstandigheden van het geval. Tot slot is niet ondenkbaar dat de Nederlandse wetgever mogelijk in de toekomst (weer) andere keuzes gaat maken met betrekking tot de bekostiging van onderwijs in en van een bepaalde taal in het primair onderwijs, waardoor het speelveld (weer) anders wordt.

H. van Essen

Gst. 2017/36

Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, nr. 200.163.916_01
(Mrs. H.A.G. Fikkers, W.J.J. Beurskens en G.A.M. Peper)
m.nt. U.T. Hoekstra[1]

(Art. 3:105 BW jo. art. 3:306 BW)

ECLI:NL:GHSHE:2016:4680

Particulier gebruik van publieke eigendom: in de regel gedoogd, geen inbezitneming! (Boxtel)

Het hof overweegt in dit verband dat de onderhavige zaak er één is van vele, waarin een strook grond die eigendom is van een gemeente en die grenst aan een particulier perceel, in gebruik wordt genomen door de particulier.
In veel gevallen zal dat gebruik plaatsvinden zonder een aanwijsbare juridische basis daarvoor, waarna de desbetreffende gemeente dat gebruik vervolgens gedoogt. In dit verband zal een rol spelen dat de bevoegdheid van de eigenaar tot het exclusieve gebruik van zijn eigendom ten aanzien van de hier bedoelde stroken publieke grond minder sterk op de voorgrond treedt dan de exclusieve gebruiksbevoegdheid van een particulier ten aanzien van zijn perceel.
Het particuliere gebruik van de stroken publieke grond zal in de regel dan ook niet op bezwaren van de eigenaar (de gemeente) stuiten, zo lang dat gebruik (bijvoorbeeld) niet afdoet aan de verkeersveiligheid en het ook niet verhindert dat de gemeente toegang heeft tot de strook grond als dat vanuit haar overheidstaak nodig is (zoals in de situatie dat dieper in de grond leidingen van nutsvoorzieningen en dergelijke lopen).
Het particulier gebruik van de hier bedoelde stroken grond kan zelfs leiden tot een situatie die voordelig is, voor zowel de eigenaar van het belendende perceel als voor de gemeente. Dat – bijvoorbeeld – een particulier niet alleen zijn tuin, maar ook de aangrenzende strook van de gemeente onderhoudt en eventueel zelfs met planten verfraait, zal bijdragen aan het genot van de eigen woning met tuin. De gemeente kan het onderhoud en de verfraaiing van de strook positief opvatten, als een particuliere bijdrage aan het openbaar groen in de gemeente, en zal het waarschijnlijk ook op prijs stellen dat zij de strook niet behoeft te onderhouden.
Dat de gemeente niet optreedt tegen particulier gebruik van stroken als hier bedoeld mag daarom niet snel worden uitgelegd als een blijk van desinteresse van de gemeente voor haar eigendommen, ook niet als de gemeente gebruik gedoogt dat een particuliere eigenaar niet van zijn buurman zou dulden.
Als in situaties als deze het gedogen té snel het risico in zich bergt dat het leidt tot verlies van eigendom aan de zijde van de gemeente, kan dat de uitoefening van overheidstaken waarvoor de toegang tot de strook en/of het gebruik ervan noodzakelijk is, bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken. Deze consequentie zou voor de gemeente ook aanleiding kunnen zijn om dat gebruik – en vergelijkbaar gebruik in alle andere gevallen – voortaan niet meer te gedogen. Particulier én gemeente missen dan de beperkte, maar niet te verwaarlozen voordelen van het tot dan toe gedoogde gebruik van de strook publieke grond.
Het is mede tegen deze achtergrond dat het hof juist voorkomt dat, waar in het algemeen bij onroerende zaken al niet snel een intentie tot het houden voor zichzelf door een niet-rechthebbende pleegt te worden aangenomen, dit des te meer geldt bij stroken publieke grond als de onderhavige.

Arrest
In de zaak van:
De gemeente Boxtel,
zetelend te Boxtel,
appellante
tegen
X
Wonende te
Geïntimeerde,

(...)

3. **De beoordeling**

De feiten

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a) De Gemeente is voornemens om enkele straten in de villawijk bij het natuurgebied [natuurgebied] te [plaats 1] te reconstrueren. Het betreft de straten [straatnaam 1], [straatnaam 2] en [straatnaam 3]. De reconstructie betreft het vervangen van de riolering, de verharding en de nutsvoorzieningen. De Gemeente wil hiervoor hoofdzakelijk gebruik maken van de (niet verharde) grond tussen de geasfalteerde wegen door de wijk en de percelen van de bewoners.

b) Bewoners uit de wijk hebben hierop de Commissie Reconstructie Buurtvereniging [natuurgebied] (hierna: de Commissie) ingesteld. De Commissie heeft zich bij brief van 9 november 2009 jegens de Gemeente op het standpunt gesteld dat zij niet tegen de reconstructie is, maar dat het aanleggen van de diverse voorzieningen dient te geschieden onder het wegdek. De Commissie heeft daarbij tot uitgangspunt genomen dat de meeste

1 Rikkert Hoekstra is advocaat bij Adriaanse van der Weel advocaten.

bewoners door verjaring eigenaar zijn geworden van de aan hun percelen grenzende stroken grond, omdat zij – al dan niet tezamen met hun rechtsvoorgangers – gedurende meer dan 20 jaar onafgebroken bezit hebben gehad van die stroken.

c) De Gemeente heeft daarop bij brief van 22 juni 2010 aan de Commissie bericht dat zij geen bezwaar heeft tegen het gebruik van de stroken grond, zowel in het verleden als in de toekomst. Zij heeft verder bericht dat zij er wel bezwaar tegen heeft dat bewoners de stroken als eigenaar in bezit nemen, omdat de stroken als wegbermen een belangrijke functie hebben als kabel- en leidingstrook voor nutsvoorzieningen.

d) In overlegvergaderingen tussen de Gemeente en de Commissie in november 2010 en februari 2011 heeft de Gemeente voorgesteld dat de bewoners die het aangaat onder voorwaarden de stroken grond kunnen huren voor het bedrag van € 20,- per jaar.

e) Bij brief van 24 april 2012 heeft de Commissie de Gemeente meegedeeld dat zij negatief adviseert over de huurovereenkomst, maar dat zij de bewoners vrij laat in het accepteren van de voorwaarden. Zij heeft tevens meegedeeld dat de Commissie zal worden opgeheven.

f) Bij brieven van 7 augustus 2012 heeft de advocaat van de Gemeente de individuele bewoners benaderd en meegedeeld dat de Gemeente voornemens is hen in rechte te betrekken, hetgeen zij kunnen voorkomen door te erkennen dat de Gemeente eigenaar is van de stroken grond en waarbij de Gemeente bereid is een huurovereenkomst met betrekking tot die stroken aan te gaan. Voor het geval de eigendom van de Gemeente niet wordt erkend, heeft de advocaat van de Gemeente meegedeeld dat de brief dient te worden opgevat als een stuitingshandeling met betrekking tot de lopende verjaring.

g) X is eigenaar van het perceel aan de [straatnaam] [huisnummer 2] te [plaats 1], kadastraal bekend als Gemeente Boxtel, [sectieletter], nummer [sectienummer] (hierna: perceel [perceel]). Op perceel [perceel] is een woning (hierna: de woning) gebouwd.

h) X heeft niet erkend dat de Gemeente eigenaar is van de strook grond tussen zijn perceel en de openbare weg, de [straatnaam 2] .

De eerste aanleg

3.2.1. In de onderhavige procedure heeft de Gemeente in eerste aanleg, na wijziging van eis, ... gevorderd dat de rechtbank bij vonnis

a) voor recht verklaart dat de Gemeente eigenaar is van de stroken grond, zoals met (licht)blauw weergegeven op de als productie 25 bij de dagvaarding overgelegde kaarten, dan wel voor recht verklaart dat de Gemeente eigenaar is van de door de rechtbank in goede justitie te bepalen stroken grond,

b) de bewoners veroordeelt de onder a) bedoelde grond met al de hunnen te ontruimen, te verlaten, ontruimd te houden en ter vrije beschikking te stellen van de Gemeente, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- voor iedere dag, dat de bewoners hiermee in gebreke blijven, en met machtiging aan de Gemeente om, indien de bewoners nalatig blijven aan het voormelde te voldoen, dit zelf te doen uitvoeren op kosten van de bewoners, zo nodig met behulp van de sterke arm van politie en justitie, en desgewenst onder zodanige voorwaarden als de rechtbank zal oordelen

c) de bewoners hoofdelijk veroordeelt in de kosten van het geding, de nakosten daaronder begrepen, met rente.

(...)

Bij eindvonnis van (22 oktober 2014) heeft de rechtbank in de zaak jegens X de vorderingen van de Gemeente afgewezen, onder veroordeling van de Gemeente in de door X gemaakte proceskosten, de nakosten daaronder begrepen, met rente.

(...)

De verjaring, algemeen

3.6.1. Het hof stelt in verband met de beoordeling van de grieven voorop dat de vorderingen van de Gemeente zijn gebaseerd op haar eigendomsrecht van de strook en dat [geïntimeerde] tegen die vorderingen uitsluitend verweer voert met een beroep op de eigendomsverkrijging door verjaring zoals geregeld in de artikelen 3:105 BW jo. 3:306 BW.

Op grond van artikel 3:105 BW komt de eigendomsverkrijging vast te staan als X – of een rechtsvoorganger – bezitter was van de strook op het moment dat de verjaring van de door de Gemeente in te stellen rechtsvordering strekkende tot beëindiging van dat bezit werd voltooid.

De verjaring treedt op grond van artikel 3:306 BW in door verloop van twintig jaren. Zij begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden van de strook/stroken (of de onmiddellijke opheffing gevorderd kan worden van de onrechtmatige toestand waarvan dit bezit de voortzetting vormt, welke grond in de onderhavige zaak – en anders dan bijvoorbeeld in HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463 – geen rol heeft gespeeld). De verjaringstermijn loopt door zolang een derde bezitter is.

Niet van belang is hoeveel opvolgende bezitters er zijn geweest en hoe zij hun bezit hebben verkregen. Niet van belang is verder of het bezit door ieder van de bezitters al dan niet te goeder trouw is verkregen. Vereist is wél dat op het moment van de *voltooiing* van de verjaringstermijn ondubbelzinnig sprake is van bezit.

3.6.2. Of dit laatste het geval is, moet worden beoordeeld op grond van de verkeersopvattingen, met inachtneming van de wettelijke bepalingen inzake het bezit en overigens op grond van uiterlijke feiten (artikel 3:108 BW).

Het hof overweegt in dit verband dat de onderhavige zaak er één is van vele, waarin een strook grond die eigendom is van een gemeente en die grenst aan een particulier perceel, in gebruik wordt genomen door de particulier.

In veel gevallen zal dat gebruik plaatsvinden zonder een aanwijsbare juridische basis daarvoor, waarna de desbetreffende gemeente dat gebruik vervolgens gedoogt. In dit verband zal een rol spelen dat de bevoegdheid van de eige-

naar tot het exclusieve gebruik van zijn eigendom ten aanzien van de hier bedoelde stroken publieke grond minder sterk op de voorgrond treedt dan de exclusieve gebruiksbevoegdheid van een particulier ten aanzien van zijn perceel.
Het particuliere gebruik van de stroken publieke grond zal in de regel dan ook niet op bezwaren van de eigenaar (de gemeente) stuiten, zo lang dat gebruik (bijvoorbeeld) niet afdoet aan de verkeersveiligheid en het ook niet verhindert dat de gemeente toegang heeft tot de strook grond als dat vanuit haar overheidstaak nodig is (zoals in de situatie dat dieper in de grond leidingen van nutsvoorzieningen en dergelijk lopen).
Het particulier gebruik van de hier bedoelde stroken grond kan zelfs leiden tot een situatie die voordelig is, voor zowel de eigenaar van het belendende perceel als voor de gemeente. Dat – bijvoorbeeld – een particulier niet alleen zijn tuin, maar ook de aangrenzende strook van de gemeente onderhoudt en eventueel zelfs met planten verfraait, zal bijdragen aan het genot van de eigen woning met tuin. De gemeente kan het onderhoud en de verfraaiing van de strook positief opvatten, als een particuliere bijdrage aan het openbaar groen in de gemeente, en zal het waarschijnlijk ook op prijs stellen dat zij de strook niet behoeft te onderhouden.
Dat de gemeente niet optreedt tegen particulier gebruik van stroken als hier bedoeld mag daarom niet snel worden uitgelegd als een blijk van desinteresse van de gemeente voor haar eigendommen, ook niet als de gemeente gebruik gedoogt dat een particuliere eigenaar *niet* van zijn buurman zou dulden.
Als in situaties als deze het gedogen té snel het risico in zich bergt dat het leidt tot verlies van eigendom aan de zijde van de gemeente, kan dat de uitoefening van overheidstaken waarvoor de toegang tot de strook en/of het gebruik ervan noodzakelijk is, bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken. Deze consequentie zou voor de gemeente ook aanleiding kunnen zijn om dat gebruik – en vergelijkbaar gebruik in alle andere gevallen – voortaan niet meer te gedogen. Particulier én gemeente missen dan de beperkte, maar niet te verwaarlozen voordelen van het tot dan toe gedoogde gebruik van de strook publieke grond.
Het is mede tegen deze achtergrond dat het het hof juist voorkomt dat, waar in het algemeen bij onroerende zaken al niet snel een intentie tot het houden voor zichzelf door een niet-rechthebbende pleegt te worden aangenomen, dit des te meer geldt bij stroken publieke grond als de onderhavige.
3.6.3. Het tot 1 januari 1992 geldende BW kende de op artikel 3:105 BW gebaseerde wijze van eigendomsverkrijging niet. Dat sluit niet uit dat bij de toepassing van artikel 3:105 BW rekening wordt gehouden met een bevrijdende verjaring waarvan de termijn is aangevangen vóór 1 januari 1992. In dat geval zijn mogelijk relevant de artikelen 73 en 93 Overgangswet NBW, die een uitgestelde werking van één jaar vanaf 1 januari 1992 tot gevolg hebben en op grond waarvan de eigendomsverkrijging niet eerder dan op 1 januari 1993 kan hebben plaatsgevonden.
3.6.4. Het beroep op verjaring is een zelfstandig verweer van [geïntimeerde] tegen het door de Gemeente gevorderde. Stelplicht en bewijslast ter zake liggen daarom bij [geïntimeerde].
3.6.5. [geïntimeerde] heeft niet gesteld op welk moment de verjaringstermijn van twintig jaar ex artikel 3:306 BW in zijn ogen is aangevangen of voltooid. Uit zijn stellingen volgt wel dat hij zich op het standpunt stelt dat de eigendomsverkrijging ten gevolge van de extinctieve verjaring heeft plaatsgevonden in de periode dat hij eigenaar is van perceel [perceel]. [geïntimeerde] heeft onbetwist gesteld dat dit het geval is sinds 2 juli 1982.
3.6.6. Partijen zijn het er over eens dat de Gemeente een eventueel lopende verjaring ex artikel 3:306 BW heeft gestuit bij brief van 7 augustus 2012 (zie r.o. 3.1, onder f). Dit betekent dat, wil sprake zijn van de verjaring van de rechtsvordering van de Gemeente strekkende tot beëindiging van het bezit, de verjaringstermijn van twintig jaren uiterlijk op 7 augustus 1992 moet zijn aangevangen.

De strook, algemeen

3.7.1. De rechtbank heeft ten aanzien van de strook overwogen en beslist:
(1) dat de strook in 1982-1983 in bezit is genomen door [geïntimeerde], door deze bij het erf te trekken,
(2) dat [geïntimeerde] op de grens van de bestrating van de [straatnaam 2] en de strook een hoge coniferenhaag heeft geplaatst,
(3) (...)
(4) dat de coniferenhaag het erf voor een groot deel afsluit van de [straatnaam 2] en dat die haag het voor derden onmogelijk maakt om de strook vanaf de [straatnaam 2] te betreden,
(5) dat X heeft gesteld (a) dat de coniferenhaag er staat vanaf 1990 en dat zij toen al zo hoog was als tijdens de descente in oktober 2014, (b) dat de haag tijdens de verbouwing van de woning tijdelijk een gat heeft vertoond, en (c) dat de haag in 2000 is gerepareerd en herplant,
(6) dat in het verharde deel van de strook vier hoge bomen staan en dat [geïntimeerde] heeft verklaard dat hij deze in 1983-1984 heeft geplant,
(7) dat de Gemeente heeft gesteld dat uit luchtfoto's uit 1986 en 1993 blijkt dat de coniferenhaag verder van de bestrating stond en dat daarin een gat zichtbaar is, maar dat de Gemeente deze stellingen onvoldoende heeft gemotiveerd (doordat zij de desbetreffende luchtfoto's niet heeft overgelegd en doordat zij niet heeft gesteld hoe ver de coniferenhaag van de bestrating van de [straatnaam 2] af heeft gestaan c.q. dat de coniferenhaag op het erf van X heeft gestaan),
(8) dat de rechtbank aanneemt dat de genoemde uiterlijke omstandigheden reeds meer dan twintig 20 jaren aanwezig zijn, nu de Gemeente de desbetreffende stellingen van X onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken,
(9) dat de Gemeente er op grond van deze uiterlijke omstandigheden op bedacht moest zijn dat zij haar eigendom zou gaan verliezen (in welk verband de rechtbank herhaalt dat [geïntimeerde] de strook met de coniferen-

haag zó heeft afgeschermd van de [straatnaam 2] dat de Gemeente de strook niet meer kan betreden), en dat [geïntimeerde] daarmee de eigendom van de strook op grond van verjaring heeft verkregen.

3.7.2. De Gemeente maakt in hoger beroep onderscheid tussen de feitelijke en juridische situatie met betrekking tot de strook die grenst aan de *voortuin* op perceel [perceel] (waaronder te verstaan: het deel van de strook dat is verhard en dat in een open verbinding staat met de openbare weg) en de twee delen van de strook die grenzen aan de achtertuin (waaronder te verstaan: de twee gedeelten van de strook waarop onmiddellijk aan de openbare weg een coniferenhaag staat).

X verzet zich tegen het maken van dit onderscheid en stelt daartoe dat de strook als één geheel moet worden gezien, omdat de strook door de wijze waarop deze door de opvolgende eigenaren van perceel [perceel] is verhard/beplant één geheel is gaan vormen met de tuin op het perceel.

Het hof volgt X niet in dit standpunt. Zoals reeds overwogen in r.o. 3.6.2. komt bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van bezit groot belang toe aan de uiterlijke situatie ter plaatse. Als sprake is van verschillen in feitelijke gesteldheid en/of gebruik dan kunnen die verschillen, lettend op de verkeersopvattingen, tot gevolg hebben dat ten aanzien van het ene deel van de strook wél en ten aanzien van het andere deel van de strook níet wordt geoordeeld dat sprake is van bezit. Het door [geïntimeerde] gestelde doet hieraan niet af.

Het hof zal hierna eerst ingaan op het deel van de strook dat grenst aan de voortuin en daarna op de twee delen van de strook die grenzen van de achtertuin op perceel [perceel].

De strook voor zover grenzend aan de voortuin

(...)

3.8.3. Het hof is van oordeel dat uit het door [geïntimeerde] gestelde *niet* kan volgen dat hij in de relevante periode, waarin de verjaringstermijn van artikel 3:306 BW in zijn ogen is voltooid (zie r.o. 3.6.5), bezitter is geweest van de strook bij zijn voortuin.

Uit de eigen stellingen van [geïntimeerde] volgt namelijk dat de strook bij de voortuin voor een deel was verhard en dat deze voor het overige was beplant met lage struiken. Uit de eigen stellingen van [geïntimeerde] volgt verder – en dit blijkt ook uit enkele door hem overgelegde foto's – dat de strook bij de voortuin steeds en in de volle breedte ervan bereikbaar is gebleven vanaf de openbare weg. Uit deze uiterlijke omstandigheden hoefde de Gemeente naar verkeersopvatting niet af te leiden dat [geïntimeerde] de strook bij de voortuin voor zichzelf hield, zodat de Gemeente bevreesd moest zijn dat zij haar eigendom ter plaatse zou verliezen.

De aanwezigheid van de bomen doet aan dit oordeel niet af, nu, zoals uit de stellingen van partijen en de overgelegde foto's blijkt, de hele buurt [natuurgebied] bijzonder rijk is aan bomen en het planten en hebben van enkele bomen – zonder nadere toelichting, die [geïntimeerde] niet heeft gegeven – daarom niet een uiterlijk feit is dat een speciaal belang toekomt bij het beantwoorden van de vraag naar de (al dan niet) aanwezigheid van bezit. Om deze reden kan in het midden blijven door wie en wanneer de bomen zijn geplant. Het door [geïntimeerde] gedane bewijsaanbod is waar het de strook bij de voortuin betreft niet voldoende specifiek en/of niet ter zake dienend, zodat het hof daaraan voorbijgaat.

3.8.4. Nu het hof tot het oordeel komt dat [geïntimeerde] op het moment dat de verjaringstermijn ex artikel 3:306 BW in zijn ogen is voltooid geen bezitter was van het deel van de strook bij de voortuin op perceel [perceel], kan met betrekking daartoe geen sprake zijn van eigendomsverkrijging op grond van artikel 3:105 BW.

3.9. De grieven 1 en 2 slagen in zoverre.

(...)

De strook voor zover grenzend aan de achtertuin

3.10.1. Perceel [perceel] is gelegen in een scherpe bocht van de [straatnaam 2], waardoor de openbare weg aan beide zijkanten van de achtertuin van [geïntimeerde] loopt. De strook bij de voortuin loopt, bezien vanuit de straatkant, door naar links én naar rechts (hierna: het linker c.q. het rechter deel van de strook bij de achtertuin).

Zowel op het linker als op het rechter deel van de strook bij de achtertuin staat op dit moment, onmiddellijk tegen de grens met de verharde openbare weg, een coniferenhaag.

3.10.2. In verband met de beide delen van de strook bij de achtertuin betwist de Gemeente in hoger beroep dat de coniferenhagen aldaar staan sinds 1990 (zoals X heeft gesteld in eerste aanleg en de rechtbank ten grondslag heeft gelegd aan haar beslissing). De Gemeente doet in dit verband een beroep op een tweetal door haar in het geding gebrachte luchtfoto's (...). Volgens de Gemeente dateert de eerste luchtfoto uit 1986 en de tweede uit 1993. Op de foto uit 1986 is volgens de Gemeente een haag te zien. Deze staat echter veel verder van de openbare weg dan op dit moment het geval is, en derhalve óp perceel [perceel], aldus de Gemeente. Op de luchtfoto uit 1993 is volgens de Gemeente een andere haag te zien, nu veel dichter op de openbare weg. De Gemeente betwist dat deze wijziging – die volgens haar kan hebben bestaan uit het verplaatsen van de bestaande haag of het planten van een nieuwe haag – heeft plaatsgevonden vóór 7 augustus 1992. Verder stelt de Gemeente dat op beide foto's zichtbaar is dat sprake is geweest van een groot gat in het linker deel van de haag, zodat deze, zowel in 1986 als in 1993, de achtertuin niet volledig afsloot.

3.10.3. X voert in hoger beroep nader aan dat de coniferenhaag inderdaad is verplaatst. Volgens X is de haag geplant medio jaren tachtig van de vorige eeuw, waarschijnlijk in 1984, en stond zij toen – aan beide kanten – op de kadastrale grens tussen de achtertuin op perceel [perceel] en de strook. Daarna is de haag – opnieuw aan beide kanten – verplaatst naar de grens met de bestrating op de [straatnaam 2]. Deze verplaatsing is volgens X geschied vóór 1990. [geïntimeerde] onderbouwt deze stelling door overlegging van een schriftelijke verklaring (...) van een voormalige buurvouw, ..., die erop neerkomt dat de haag enkele jaren na 1987, maar vóór 1990, naar de wegrand is verplaatst, en voorts met enkele foto's (...).

X stelt verder dat de woning in 2000 is gerenoveerd en dat toen tijdelijk een gat is gemaakt in de haag om een caravan in de achtertuin te kunnen plaatsen, maar dat dit gat ook weer is gedicht met nieuwe coniferen.
X stelt ten slotte dat de Gemeente ten onrechte aanvoert dat op de luchtfoto's uit 1986 en 1993 een groot gat in het linker deel van de haag zichtbaar is. Volgens X staat daar een lariks, die een lichtere kleur heeft dan de haag, waardoor bij het bekijken van de luchtfoto's de gedachte kan opkomen dat sprake is van een gat in de haag; [geïntimeerde] bestrijdt echter dat zulks het geval is (geweest).
3.10.4. (...) Het hof overweegt verder dat de Gemeente de stelling van [geïntimeerde] inzake de lariks niet heeft weersproken. Het hof gaat er daarom, met [geïntimeerde], van uit dat zowel het linker deel als het rechter deel van de haag de achtertuin vanaf enig moment volledig heeft afgeschermd van de openbare weg. Dat dit het geval is geweest, volgt ook uit de stellingen van [geïntimeerde] inzake de caravan, die kennelijk alleen in de achtertuin kon worden geplaatst als daarvoor een gat in de coniferenhaag werd gemaakt. De Gemeente heeft dit laatste niet betwist.
Dit betekent dat de beide delen van de strook die hier aan de orde zijn sedert het verplaatsen van de coniferenhaag volledig dienstbaar zijn gemaakt aan X als eigenaar van perceel [perceel]. Dit geldt voor de ondergrond van de haag, zowel links als rechts, maar ook voor de beide daarachter gelegen delen van de strook, die immers uitsluitend nog vanaf perceel [perceel] konden worden bereikt.
Op basis van deze uiterlijke feiten oordeelt het hof dat X vanaf het moment van het planten van de haag bezitter is geweest van de hier aan de orde zijnde delen van de strook. Door dit planten manifesteerde [geïntimeerde] zich zozeer als houder voor zichzelf van de beide delen van de strook bij zijn achtertuin, dat de Gemeente zich had moeten realiseren dat zij haar eigendomsrecht daarvan bij voortgezet stilzitten zou kunnen verliezen.
Gesteld noch gebleken is dat sinds het planten van de hagen op de grens met de [straatnaam 2] wijziging is gekomen in de situatie ter plaatse. Dit betekent dat ook op 6 augustus 2012 (zijnde de uiterste datum waarop de verjaringstermijn van twintig jaren ex artikel 3:306 BW moet zijn voltooid, wil sprake kunnen zijn van eigendomsverkrijging door X, ...) sprake is geweest van het bezit door X van de beide delen van de strook die grenzen aan de achtertuin op perceel [perceel].
3.10.5. Het hof merkt, terzijde, op dat hetgeen hij heeft overwogen onder 3.6.2. niet afdoet aan het onmiddellijk voorgaande. Dat op goede gronden een duidelijke mate van terughoudendheid wordt betracht alvorens aan te nemen dat een niet-rechthebbende stroken publieke grond als de onderhavige voor zichzelf houdt, wil niet zeggen dat een beroep op artikel 3:105 BW is uitgesloten. De regeling is van toepassing op stroken grond zoals hier aan de orde en als de uiterlijke feiten ter plaatse zonder twijfel duiden op het houden van de strook voor zichzelf door de eigenaar van het belendende perceel, dan stelt de duur van de toepasselijke verjaringstermijn de Gemeente ruimschoots in staat om – als zij dat wil – op te treden tegen de aantasting van haar eigendomsrecht op de desbetreffende strook. Aldus kan de Gemeente ook waken voor de belangen in verband waarmee zij zich, wellicht, de eigendom van de strook heeft voorbehouden.
3.10.5. Nu het hof, ..., tot het oordeel komt dat [geïntimeerde] op 6 augustus 2012 bezitter is geweest van de beide delen van de strook die grenzen aan zijn achtertuin, *kan* met betrekking tot deze delen van de strook sprake zijn van eigendomsverkrijging op grond van artikel 3:105 BW. Voorwaarde daarvoor is dat de verjaringstermijn met betrekking tot de rechtsvordering strekkende tot de beëindiging van X bezit uiterlijk op dezelfde dag is voltooid, wat betekent dat deze termijn uiterlijk op 7 augustus 1992 moet zijn aangevangen.
X heeft gemotiveerd gesteld dat dit laatste het geval is geweest. De Gemeente heeft de desbetreffende stellingen van [geïntimeerde] voldoende gemotiveerd betwist. Dit betekent dat het aan [geïntimeerde] is om, conform zijn voldoende gespecificeerde bewijsaanbod, te bewijzen dat de rechtsvordering strekkende tot de beëindiging van [geintimeerde] bezit (uiterlijk) op 6 augustus 2012 is verjaard.
3.10.7. Als X erin slaagt om het gevraagde bewijs te leveren, zal het hof partijen in staat stellen om zich nader uit te laten over de precieze afgrenzing van de delen van de strook die grenzen aan de voortuin respectievelijk de achtertuin.
3.11. Het hof zal de zaak verwijzen naar de rol in verband met de te bevelen bewijslevering. In afwachting daarvan zal het hof iedere verdere beslissing aanhouden.

4 De uitspraak

Het hof laat X toe om feiten en omstandigheden te bewijzen die kunnen leiden tot het oordeel dat de rechtsvordering strekkende tot de beëindiging van [geïntimeerde] bezit van de beide delen van de strook die grenzen aan zijn achtertuin (uiterlijk) op 6 augustus 2012 is verjaard;

Naschrift

1. De casuspositie die aanleiding tot deze uitspraak geeft, komt vrij algemeen voor: aangrenzende woningeigenaren leggen hun voortuin aan op de gemeentelijke wegberm, tot aan het weglichaam. Na verloop van tijd wil de gemeente op haar voormalige berm activiteiten ontplooien; in dit geval wil zij in het kader van een reconstructie de berm/tuin gebruiken voor de aanleg van een nieuwe riolering. De woningeigenaren verzetten zich daartegen door te verlangen dat de riolering onder het weglichaam wordt aangelegd. Dit geschil leidt tot de rechtsvraag: is de wegberm door omwonenden in bezit genomen? Zo ja, is de eigendom van de gemeente na verloop van 20 jaar verjaard, zodat de gemeente niet meer over haar berm kan beschikken. Zo nee, is het recht van eigendom van de gemeente in stand gebleven, zodat de tuin van omwonenden door de werkzaamheden verloren gaat. Het gaat hierom extinctieve verjaring ex art. 3:105 BW: hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de rechtsvordering tot beëindiging van de onrechtmatige bezitstoestand van de pretense eigenaar verjaart, wordt

eigenaar van dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. Dit is een originaire eigendomsverkrijging. Kernvraag is dus: wanneer is gebruik bezit?

2. In essentie dezelfde casus deed zich voor in een arrest van het hof Den Haag 23 februari 2010 (*BR* 2010/101, m.nt. C.N.J. Kortmann, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL5289). De aangrenzende woningeigenaar had door aanplant van struikgewas/groenblijvers de berm bij zijn tuin getrokken. Dergelijk feitelijk gebruik hoefde volgens het hof echter geen signaal te zijn dat deze de eigendom van de gemeente betwistte en dat hijzelf pretendeerde eigenaar te zijn, zodanig dat de gemeente tegen deze pretenties ten strijde moest trekken op straffe van verlies van haar eigendomsrecht. "Dit (volgens de Gemeente gedoogde) gebruik verdraagt zich immers naar verkeersopvattingen evengoed met louter gebruiksaanspraken zonder eigendom te pretenderen", aldus het hof Den Haag. Het gaat "er bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van extinctieve verjaring, niet om of de Gemeente had moeten kenbaar maken dat zij eigendomspretenties had – deze bleken overigens al uit de openbare registers – maar, zoals uit het voorgaande voortvloeit, juist om de vraag of de eigendomspretenties van [geïntimeerde] voor de Gemeente voldoende kenbaar waren. Dit is ook logisch, omdat de Gemeente haar eigendom door deze vorm van verjaring zou kunnen verliezen. Zij moet wel (redelijkerwijs) dienen te begrijpen dat er reden is om op te treden." Feitelijk gebruik wijst nog niet op een eigendomspretentie, aldus samengevat dit oordeel.

3. In een arrest van de Hoge Raad 18 september 2015 (*NJ* 2016/78, m.nt. F.M.J. Verstijlen, ECLI:NL:HR:2015:2743) ging het om een aangrenzende woningeigenaar die een gemeentelijke strook grond had gebruikt voor de aanleg van een pad en daarop een stenen bord met huisnummer had geplaatst. Dat kan ook duiden op een gebruik als huurder, dus wijst dit gebruik niet op een eigendomspretentie, aldus het hof. Ten onrechte, oordeelt de Hoge Raad:

> "De theoretische mogelijkheid dat ook een huurder op deze wijze de feitelijke macht over de bewuste strook grond kon uitoefenen, leidt nog niet tot ontkennende beantwoording van de vraag of [eiser] c.s. deze strook grond in bezit hebben genomen. Die mogelijkheid is pas van belang indien er – in het bijzonder voor de Gemeente als rechthebbende – objectieve aanwijzingen waren om de machtsuitoefening door [eiser] ook daadwerkelijk als die van een huurder aan te merken. Bovendien moet de Gemeente zich daarop hebben beroepen."

Samengevat: feitelijk gebruik wijst in principe wel op de pretentie van eigendom, tenzij er een reden is om te veronderstellen dat de gebruiker als bijvoorbeeld huurder of erfpachter gebruikt.

4. Betekent dit nu dat iemand die een gemeentelijke strook grond of wegberm in gebruik neemt, in principe 'dus' een eigendomspretentie heeft? Dit arrest van het hof 's-Hertogenbosch maakt helder dat dit niet het geval is.
Tot nu toe ging het om de vraag: wijst een bepaald gebruik op de pretentie van eigendom, zodanig dat de gebruiker – dus – bezitter is? In art. 3:113 BW is immers bepaald dat men een goed in bezit neemt door zich daarover feitelijke macht te verschaffen.

5. Thans slaat het hof een andere juridische weg in: gedoogd gebruik leidt niet tot bezit. Gedoogd gebruik betekent dat er geen onrechtmatig gebruik is. De consequentie daarvan is dat de rechtsvordering tot beëindiging van de onrechtmatige (bezits)toestand als bedoeld in art. 3:105 en 3:314 BW niet ontstaat, laat staan verjaart. Nota bene: in het bestuursrecht zijn gedoogde handelingen illegaal, met dien verstande dat om moverende redenen niet wordt gehandhaafd. In het civiele recht levert een gedoogde handeling geen inbreuk op, zodat juist geen onrechtmatige of illegale situatie ontstaat.
Wanneer leidt feitelijke machtsuitoefening tot onrechtmatig bezit? Er zijn twee manieren om dit te benaderen:

- Heeft iemand zonder recht macht uitgeoefend? De Franse benadering gaat uit van een op derden rustende 'obligation passive universelle'. Het eigendomsrecht creëert een (sluimerende) verbintenis tussen de eigenaar te ener zijde en alle andere mensen te andere zijde, met als inhoud dat ieder ander van de zaak moet afblijven. In die benadering is voor de inbezitneming relevant of iemand een toestand heeft gecreëerd die niet op zijn recht berust.
- Heeft iemand door zijn machtsuitoefening de rechthebbende gestoord? De Duits-Nederlandse benadering gaat uit van het recht van de eigenaar: door storing in het eigendomsrecht ontstaat een onrechtmatige situatie waartegen de eigenaar zich te weer kan stellen.

Dit verschil in benadering leidt tot verschillende uitkomsten. Stel dat de bewoner van een woonboot een klimrek plaatst op de groenstrook langs het water, welke groenstrook aan de gemeente toebehoort. In het geval de gemeente heeft geconstateerd dat het klimrek op de groenstrook staat, doch verder geen actie onderneemt, zou de betrokken gemeente desgevraagd zoiets zeggen als 'dat ter plaatse een gedoogsituatie bestaat'.

- De Franse benadering leidt tot de conclusie dat er een inbreuk op het bezit is doordat de woonbootbewoner heeft gehandeld zonder recht. In Frankrijk zijn gedoogde handelingen, handelingen die worden verricht met stilzwijgende toestemming van de eigenaar.
- In de Duits-Nederlandse benadering gaat het niet om wat anderen hadden moeten nalaten, maar gaat het om de vraag of de eigenaar in zijn recht is gestoord. Immers, pas door de storing ontstaat voor de eigenaar op grond van art. 5:2 BW het recht om de zaak op te eisen onder degene, die haar zonder recht onder zich houdt. Doordat het klimrek de gemeente niet stoort, ontstaat de rechtsvordering tot verwijdering daarvan niet, laat staan dat deze verjaart. Het klimrek staat er rechtmatig, zo lang de gemeente niet gaat 'piepen'. (zie a. HR *NJ* 1996/501, b. 'Kan een eigenaar van een onroerende zaak tegen zijn eigen houder de revindicatie instellen?', mr. A.J.H. Pleysier in *WPNR* 2001/6437, p. 261 en c. 'Rechtsgevolgen van bezit en houderschap', prof. mr. A.C. van

Schaick, *Monografieën BW A14*, Kluwer, 2014, nr. 21 'Gedoogde handelingen'.)

De woorden 'gedoogde handeling' suggereren taalkundig in het Nederlands ten onrechte dat de rechthebbende stilzwijgend iets zou (moeten) goedvinden, zoals in Frankrijk. In Nederland gaat het er rechtens om of de handeling de eigenaar heeft gestoord. 'Gedogen' staat voor het niet-optreden door de eigenaar tegen een handeling van een derde (omdat) die hem niet stoort. Wellicht wordt zo'n handeling door hem zelfs op prijs gesteld: het hof onderkent sub 3.6.2 dat een gemeente door het handelen van de aangrenzende eigenaar terzake van het onderhoud kan worden ontlast. Het verschil tussen een gedoogde handeling en een storende bezitshandeling wordt door de Hoge Raad in navolging van het Italiaanse recht gezocht in de – kenbare – intentie waarmee de handeling door de inbreukmaker wordt verricht: heeft de handeling de kenbare intentie een eigen recht tot uitdrukking te brengen, zodanig dat deze de rechthebbende stoort c.q. wel moet storen? De intentie van de inbreukmaker moet als een onmiskenbare inbezitneming kunnen worden gekwalificeerd, dus een voor de werkelijke eigenaar duidelijke betwisting van zijn recht, die de eigenaar aanleiding behoort te geven ter bewaring van zijn recht op te treden. Niet te snel kan worden aangenomen dat een geringe storing/inbreuk waartegen niet wordt opgetreden, meer is dan een gedoogde handeling.

6. Eerder had het hof 's-Hertogenbosch in een arrest van 21 april 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1487) geoordeeld dat het aanbrengen van paaltjes met gaas of draad in een groenstrook met de intentie om de bewegingsvrijheid van honden en kinderen te beperken, geen bezitsdaad oplevert. Betrokkene had daarmee geen – kenbare – intentie om tot uitdrukking te brengen dat hij naar zijn mening eigenaar was, dan wel om zich de strook wederrechtelijk toe te eigenen. Ook in dat arrest oordeelde het hof dat niet snel een intentie tot inbezitneming door een niet-rechthebbende mag worden aangenomen, gevolgd door de volgende overweging:

> "Dat geldt naar het oordeel van het hof temeer bij stroken publieke eigendom die grenzen aan percelen die aan privépersonen in eigendom toebehoren. Dat eigenaren of huurders en/of andere gebruikers van belendende privépercelen gebruik maken van dergelijke stroken grond en/of deze onderhouden ter verhoging van het genot van hun privé-percelen is niet ongebruikelijk. Enige ondubbelzinnige blijk van enige pretentie van de niet-rechthebbende om de strook grond voor zichzelf te houden en zich deze toe te eigenen, kan daar niet zonder meer in gelegen worden geacht."

In haar conclusie heeft A-G mr. E.B. Rank-Berenschot naar aanleiding van deze overweging het volgende gesteld (ECLI:NL:PHR:2016:198):

> "De hiertegen gerichte klacht (...) zal moeten falen, omdat het hof met zijn hier bedoelde overweging slechts tot uitdrukking heeft willen brengen dat voor inbezitneming meer nodig is dan enkel gebruik of onderhoud van een strook publieke eigendom ter verhoging van het genot van het privéperceel."

Zij onderschreef de visie die tot dit oordeel heeft geleid:

> "Aangezien voor de eigendomsverkrijging van onroerende zaken – die naar hun aard niet kunnen worden meegevoerd – in de regel een notariële akte vereist is die – met het oog op de rechtszekerheid in het rechtsverkeer – wordt ingeschreven in de openbare registers, is het niet onjuist om als uitgangspunt te hanteren dat naar verkeersopvatting bij onroerende zaken niet snel een intentie tot het houden voor zichzelf door een niet rechthebbende valt aan te nemen."

Met toepassing van art. 81 RO heeft de Hoge Raad cassatieberoep verworpen (ECLI:NL:HR:2016:1469). Dit strookt met de benadering dat het er niet om gaat of de aangrenzende burger zijn recht te buiten gaat, de Franse benadering, maar dat het erom gaat of de aangrenzende burger blijkens zijn handelingen de intentie heeft eigenaar te zijn van de publieke strook grond, dus om zich deze strook zonder recht – wederrechtelijk – toe te eigenen.

7. Indien een pretense bezitter de door de eigenaar aan een stuk grond gegeven bestemming niet aantast maar daarmee in overeenstemming handelt, heeft de eigenaar geen aanleiding om zich in zijn eigendomsrecht gestoord te voelen. Indien een nieuwe buurman in de veronderstelling dat het tot zijn tuin behoort, een naastgelegen gazon gaat maaien en onderhouden, levert dat naar Nederlands recht daarom geen bezit op. Dat wordt anders indien hij een deel van het grasveld vervangt door rododendrons, op een ander deel een schuur plaatst, om de grond bij wege van erfafscheiding een hek plaatst en daarmee de rechtmatige eigenaar de toegang tot diens grond ontzegt. Deze reeks van daden van machtsuitoefening leidt wel tot inbezitneming op de grond dat deze combinatie van machtsuitoefening aan de rechtmatige eigenaar helder maakt dat de buurman de pretentie heeft om rechthebbende te zijn (zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Kluwer, 2012, blz. 275). Hij geeft de grond dan namelijk een andere bestemming dan die, welke daaraan door de werkelijke eigenaar was gegeven. Tegen deze achtergrond moet de uitgebreide, principiële overweging 6.2 in bovenstaand arrest van het hof 's-Hertogenbosch in bovenstaande uitspraak worden verstaan: beplanting in een berm stoort een publieke eigenaar als een gemeente niet, althans niet noodzakelijkerwijs, want deze beplanting c.q. dit particulier gebruik is niet in strijd met de door de gemeente als eigenaar gegeven bestemming.

> "Dat de gemeente niet optreedt tegen particulier gebruik van stroken als hier bedoeld mag daarom niet snel worden uitgelegd als een blijk van desinteresse van de gemeente voor haar eigendommen, ook niet als de gemeente gebruik gedoogt dat een particuliere eigenaar niet van zijn buurman zou dulden."

8. Anders dan de rechtbank had gedaan, maakt het hof onderscheid of het gebruik van de gemeentelijke strook grond grenzend aan de voortuin en of ook het gebruik van de strook grenzend aan de achtertuin tot bezit had geleid, dan wel slechts gedoogd was. Het aanbrengen van beplanting aan de voorzijde had niet tot bezit geleid. Een deel van die strook was verhard. Naar aanleiding daarvan wijs ik op art. 14 Wegenwet. Dit schrijft voor dat uitwegen over gemeentelijke wegbermen geduld moeten worden; een verharding ten behoeve van een uitweg is een vorm van wettelijk toegestaan gebruik van deze publieke strook. Een uitweg is rechtmatig.

9. Als afscheiding van de achtertuin was een coniferenhaag aangeplant. Hier eindigt, aldus het hof, de rechtsfiguur 'gedogen'. De haag was geplant met de kennelijke intentie om de toegang te ontzeggen aan de gemeente en aan het publiek dat van de wegberm gebruik zou willen maken. Dat is een intentie om de bestemming die door de gemeente aan de strook was gegeven, te wijzigen en daarmee de macht van de gemeente te breken. Deze intentie geeft blijk van de wil van deze strook eigenaar te (willen) zijn en stoort daarmee de gemeente in haar recht.

10. Een door een burger aangeplante haag hoeft niet noodzakelijkerwijs te leiden tot de conclusie dat de groenstrook daarmee door de aangrenzende woningeigenaar in bezit was genomen. In een arrest van het hof 's-Hertogenbosch 1 september 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:3422, *NJF* 2015/445) ging het om een haag die door de aangrenzende woningeigenaar werd aangeplant in een gemeentelijke groenstrook. Overwogen werd:

> "Een enkel gebruik van het goed zoals dat ook met (stilzwijgend) gedogen van de rechthebbende kan plaatsvinden, is als blijk van in bezitneming met eigendomspretenties onvoldoende. (...) Dat de strook grond door de daarop aangebrachte beplanting niet meer vrij voor een ieder toegankelijk is, maakt dit niet anders. Dat zou die strook ook niet zijn als de gemeente zelf daar de haag op had geplant."

De gemeentelijke groenstrook had nu juist de bestemming om de openbare ruimte af te scheiden van de daarachter gelegen particuliere tuin. Dat de beplanting/haag in dit geval door de tuineigenaar was aangeplant, stoorde de gemeente niet omdat de groenstrook niet de bestemming had voor een ieder toegankelijk te zijn, zoals wel een wegberm.

11. Het hof heeft de principiële overwegingen uit dit arrest ook gegeven in arresten van 11 en 18 oktober en 22 november 2016. Uiteraard verschillen de feiten in deze uitspraken. Te leren valt dat de aanleg van parkeerplaatsen in de berm niet leidt tot bezit, omdat niet gesteld was dat de woningeigenaar erop toe zag dat deze exclusief door deze eigenaar en zijn bezoekers werd gebruikt. Het bord *'Het is uw hond, maar mijn tuin'* is volgens het hof kennelijk bedoeld om honden van buurtgenoten uit de voortuin te weren, zodat dit niet geldt als tegenspraak van de eigendom van de gemeente (ECLI:NL:GHSHE:2016:4559, ECLI:NL:GHSHE:2016:4676 o.m. over het bord, ECLI:NL:GHSHE:2016:4677, ECLI:NL:GHSHE:2016:4679 o.m. over de parkeerplaatsen, ECLI:NL:GHSHE:2016:4680 en ECLI:NL:GHSHE:2016:5202). Tegen deze uitspraken is geen beroep in cassatie ingesteld en dat zal ook niet gebeuren. Ook in de geannoteerde zaak zal geen cassatie volgen, zo heeft navraag geleerd.

12. Deze uitspraak is ook met annotatie van mr. drs. L. van Leijen gepubliceerd in Jurisprudentie Gemeenten (*JG* 2016/67). Zij noemt de veronderstelling van het hof dat de gemeente zou gedogen opmerkelijk; in de feiten is sub 3.1 onder c niet meer te vinden dan dat de gemeente in 2010 heeft geschreven geen bezwaar te hebben tegen het gebruik van de stroken grond, zowel in het verleden als in de toekomst, en verder dat zij er wel bezwaar tegen heeft dat bewoners de stroken als eigenaar in bezit nemen, omdat de stroken als wegbermen een belangrijke functie hebben als kabel- en leidingstrook voor nutsvoorzieningen. Volgens haar is voor gedogen meer nodig dan zo'n verklaring, nl. een bestemmingshandeling al dan niet in de vorm van een briefje. Zij betoogt dat, als iemand gemeentegrond in gebruik neemt en de gemeente niet optreedt, zij daarmee het bezitsverlies erkent, zodat de verjaring begint te lopen. Dit betoog is naar mijn mening onjuist, want berust op de Franse gedachte dat de gemeente met het gebruik door een derde zou moeten instemmen. Ik lees in de brief van de gemeente uit 2010 alleen maar de bevestiging dat de gemeente de tuinuitbreidingen niet heeft gezien als een verstoring in het genot van haar eigendom, omdat het haar enkel ging om het genot van de berm als kabel- en leidingstrook. Of er een stoornis is, moet voor het overige objectief worden beoordeeld, los van wilsuitingen van de eigenaar. Met haar conclusie dat actief optreden geboden is tegen een handeling van een derde die het genot van de eigenaar niet stoort, ben ik het daarom niet eens: waarom zou men van de eigenaar verlangen op straffe van verlies van eigendom, dat hij ter bewaring van recht optreedt tegen iets wat hem niet stoort? Tegen een omwonende die enkel de kennelijke intentie heeft om een strook publieke grond te gebruiken ter verhoging van het genot van het eigen perceel? Dat is mijns inziens iets anders dan de intentie om van deze strook grond eigenaar te zijn. Annotator Verstijlen schrijft (*NJ* 2016/78):

> "In zo'n situatie kunnen twee emoties om voorrang strijden: enerzijds gêne dat men jarenlang grond van een ander in gebruik heeft gehad zonder daar een cent voor te betalen en anderzijds teleurstelling dat die grond aan een ander blijkt toe te behoren, al dan niet gepaard gaand met de wens die grond te behouden."

In beginsel wil ik ervan uitgaan dat men zich in zo'n geval geneert, niet dat men al die jaren de intentie heeft gehad zich de grond wederrechtelijk toe te eigenen. Goede trouw moet worden verondersteld, ook (en misschien ook juist) indien men achteraf beweert een intentie tot toe-eigening te hebben gehad; tijdens de verjaringstermijn pleegt dit standaard te worden ontkend, zo leert in elk geval mijn ervaring.

13. Bovenstaand arrest leidt tot de conclusie dat veel particulier gebruik van stroken niet leidt tot bezits- en ei-

gendomsverlies van de gemeente. Dat beoogt het hof dan ook:

> "Als in situaties als deze het gedogen té snel het risico in zich bergt dat het leidt tot verlies van eigendom aan de zijde van de gemeente, kan dat de uitoefening van overheidstaken waarvoor de toegang tot de strook en/of het gebruik ervan noodzakelijk is, bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken. Deze consequentie zou voor de gemeente ook aanleiding kunnen zijn om dat gebruik – en vergelijkbaar gebruik in alle andere gevallen – voortaan niet meer te gedogen. Particulier én gemeente missen dan de beperkte, maar niet te verwaarlozen voordelen van het tot dan toe gedoogde gebruik van de strook publieke grond."

Dat is in mijn ogen een prima motivering, gebaseerd op een doorwrochte juridische grondslag.
Inmiddels zijn de principiële overwegingen vaste rechtspraak van het hof. De verwachting van mr. drs. Van Leijen dat de Hoge Raad bij een eventueel cassatieberoep hierover nog zijn staf zal breken, deel ik niet.

U.T. Hoekstra

Gst. 2017/37

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
26 oktober 2016, nr. 201507715/1/A3
(Mrs. D.A.C. Slump, C.M. Wissels en E.J. Daalder)
m.nt. A. Klap[1]

(Art. 4:84 Awb)

Omgevingsvergunning in de praktijk 2016/7371
BA 2016/290
NJB 2016/2329
ABkort 2016/408
AB 2016/447
ECLI:NL:RVS:2016:2840

Sluiting van woning voor duur van drie maanden op grond van art. 13b Opiumwet; afwijkingsbevoegdheid art. 4:84 Awb; bijzondere omstandigheden; wijziging jurisprudentie. (Breda)

De Afdeling is thans – anders dan voorheen en anders dan de burgemeester betoogt – van oordeel dat omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, niet reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten. In de praktijk blijkt dat ook al heeft het betrokken bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel deze omstandigheden bezien, het daarmee niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden. Het bestuursorgaan dient derhalve alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb die maken dat het handelen overeenkomstig de beleidsregel gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

Uitspraak op het hoger beroep van:
de burgemeester van Breda,
appellant,
tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant (hierna: rechtbank) van 27 augustus 2015 in zaak nrs. 15/5138 en 15/5139 in het geding tussen:
[wederpartij]
de burgemeester.

Procesverloop

Bij besluit van 3 februari 2015 heeft de burgemeester onder aanzegging van bestuursdwang gelast de woning aan de [locatie] in Breda (hierna: de woning) met ingang van 17 februari 2015 voor de duur van drie maanden te sluiten en gesloten te houden.
Bij besluit van 28 juli 2015 heeft de burgemeester het door [wederpartij] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.
Bij uitspraak van 27 augustus 2015 heeft de rechtbank het door [wederpartij] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 28 juli 2015 vernietigd, het besluit van 3 februari 2015 herroepen en dit vervangen door een waarschuwing als bedoeld in de "Beleidsregels artikel 13b Opiumwet niet gedoogde lokalen gemeente Breda", bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit en het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen. Deze uitspraak is aangehecht.
Tegen deze uitspraak heeft de burgemeester hoger beroep ingesteld.
[wederpartij] heeft bij brief van 16 december 2015 een stuk ingediend.
[wederpartij] heeft een verweerschrift ingediend.
De burgemeester en [wederpartij] hebben nadere stukken ingediend.
De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 augustus 2016, waar de burgemeester, vertegenwoordigd door drs. C.T.M. van Slingerland, werkzaam bij de gemeente, en [wederpartij], bijgestaan door mr. K. Blonk, advocaat te Rotterdam, zijn verschenen.

Overwegingen

De aanleiding

1. Op 2 december 2014 heeft de politie bij een doorzoeking in de schuur bij de woning in totaal 721 XTC-pillen

1 Arnout Klap is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam.