

Water: een openbare zaak

Prof.mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens

In deze bijdrage wordt nagegaan of water een zaak is in de zin die ons privaatrecht daaraan toekent, waarbij ook een vluchtige blik wordt geworpen op wat het Duitse en Franse recht in dit opzicht leren. Daarna krijgt de vraag naar openbaarheid van water aandacht. Duidelijk is dat water verschillende functies vervult. Vanuit die functies wordt de relatie gelegd met het begrip openbaarheid en de gevolgen die het recht daaraan verbindt. Openbaarheid blijkt zowel publiek- als privaatrechtelijk gewaardeerd te worden, waarbij de publiekrechtelijke regelen in toenemende mate het water zijn gaan beheersen. Ook wordt weer even gekeken naar het Franse en het Duitse recht om met enkele conclusies af te sluiten.

1 Inleiding

De vraag of water een openbare zaak is, valt uiteen in twee componenten. De ene component is of water een zaak is in de zin die aan dit begrip in rechte wordt toegekend. Het bestuursrecht kent geen zaakbegrip, terwijl het privaatrecht van oudsher dit begrip gehanteerd en gedefinieerd heeft. Reeds om deze reden is het nodig bij het civiele recht te rade te gaan. Het openbaarheidselement — de tweede component — is daarentegen noch in het privaatrecht noch in het bestuursrecht uitgewerkt, terwijl duidelijk het algemeen belang van water maatschappelijk hoog gewaardeerd wordt. Water is niet zo maar een zaak, water vervult een levensfunctie voor het bestaan en voortbestaan van het leven van planten, dieren en mensen. Het is niet een louter privaatrechtelijke aangelegenheid binnen welke het water rechtens aandacht verdient. Water is een zaak van algemeen, dus ook van overheidsbelang. Daarmee komt de publiekrechtelijke sfeer in beeld.

Behalve naar het Nederlandse recht wordt ook met een vluchtige blik naar het Duitse en Franse recht gekeken, omdat leerzaam is te bezien hoe in andere rechtsstelsels gereageerd is op zo'n belangrijk gegeven als water is. Interessant is te zien dat, hoe die rechtsstelsels ook ingericht zijn en wat voor rechtssystematisch uitgangspunt ook gekozen is, de openbare betekenis die water heeft niet minder gewaardeerd wordt. De historische ontwikkeling in de rechtsregelingen betreffende water in ons land laat bovendien zien hoezeer het publiekrecht is opgerukt ten koste van het privaatrecht. Tevens is duidelijk dat met betrekking tot de openbaarheid van water ons rechtssysteem nog niet volgroeid is. Men kan nog steeds vragen stellen over water als een openbare zaak.

2 Water: een zaak?

2.1 Nederlands recht

Naar Nederlands recht is een zaak een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk voorwerp (artikel 3:2 BW). Geheel in abstracto bezien voldoet water aan deze omschrijving. Dit zegt overigens weinig over vragen die zich juist met betrekking tot water in ons recht aandienen. In concreto dringen zich vragen op naar de plaats waar (het) water zich bevindt en in welke constellatie water zich manifesteert. Denkt men aan regen die zich in het luchtruim bevindt, dan kan men als vanzelfsprekend de vraag stellen of dit soort water onder de definitie van artikel 3:2 BW valt. Het antwoord zal ontkennend luiden, om-



Rotterdamse watertaxi

dat dit soort water niet voor menselijke beheersing vatbaar is. Bevindt zich daarentegen water in een fluitketel, waterleiding of zwembad, dan zal men daarvoor het zaakbegrip wel van toepassing achten.

Moelijker ligt het in die gevallen waarin het over water in de bodem gaat. Maakt dit evenals planten en delfstoffen deel uit van die bodem? Of moet men dat water als een zelfstandige zaak beschouwen, los van de bodem waarin zich dit bevindt? Onze wetgever heeft voor dit laatste gekozen. Anders dan bij delfstoffen ziet hij water als een zaak die geen deel uitmaakt van die bodem en die daarom ook roerend is en niet eerst roerend wordt door het water aan de bodem te onttrekken. Ook het water in rivieren en beken, het op de bodem stromende water derhalve, kan gezien worden als een roerende zaak. Dus, zo lijkt, als een zaak in de zin die artikel 3:2 BW aan dit begrip geeft. Toch zij men hier voorzichtig. Met 'voor menselijke beheersing vatbaar' wordt beoogd uitdrukking te geven aan het individualiseringsbeginsel: het stoffelijk voorwerp moet aan een individu kunnen toekomen. Hier van uitgaande is het stromende water in rivieren en beken geen zaak. De stelling dat water op de grond een roerende zaak is, verdraagt zich dan overigens niet met het standpunt dat stromend water geen zaak is. Spreekt men van een *res nullius* dan duidt men mijns inziens op een zaak (*res*) die aan niemand toebehoort, doch zaak is, althans wordt geacht te zijn in de zin van artikel 3:2 BW. Geheel consistent is ons BW dan ook niet, want wat niet voor individualisering in aanmerking komt is immers geen zaak.

2.2 Duits recht

In het Duitse recht geeft paragraaf 90 *Bundesgesetzbuch* (*BGB*) een definitie van *Sachen*: 'Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände'. Het Duitse recht stelt, evenals het Nederlandse, bepaalde criteria om te bepalen of een voorwerp als *Sache* aangemerkt kan worden. Het begrip *Sache* in het Duitse recht duidt op een in het maatschappelijk verkeer erkend, op zichzelf staand lichamelijk voorwerp.¹ Het niet opgeslagen of in een meer opgesloten grondwater is evenals sneeuw geen zaak, omdat vaste begren-

zing ontbreekt.² *Sachen* moeten naar hun aard verhandelbaar zijn, hetgeen niet mogelijk is voor de open lucht en het water in de zee of rivieren. Een stuwmeer of visvijver beantwoordt wel aan de eis van verhandelbaarheid.³

Men zij erop bedacht dat hier niet bedoeld wordt op die wateren die als *öffentliche Gewässer* bekend staan. Daarom trent zullen hierna (onder 3) enkele opmerkingen volgen. Duidelijk is dat er geen gelijke benadering bestaat tussen het Nederlandse en het Duitse recht waar het gaat om de vraag of water een zaak is. Waar in het Duitse recht geen sprake is van *eine Sache*, zou in het Nederlandse recht aangenomen worden dat het wel een 'zaak' is.

2.3 Frans recht

In Frankrijk gaat de voor dit onderwerp relevante regeling ten principale terug op de *Code civil* (Cc) van Napoléon, waarvan de laatste tekst officieel is vastgesteld op 30 augustus 1816. Ons voormalig BW was daarop geënt. Hierna zal ik enkele citaten geven van hetgeen in grote lijnen op water betrekking heeft. Regenwater wordt als *res nullius* aangemerkt totdat het op de grond gevallen is, waardoor het eigendom wordt van de grondeigenaar. Dit is bepaald in artikel 641 Cc (Loi du 8 avril 1898). De grondeigenaar heeft ten principale ook de eigendom van het bronwater dat ontspringt in zijn grond, waarop enkele uitzonderingen in de *Code civil* zijn vastgelegd (artikel 642 en 643 Cc),⁴ eveneens sinds 1898. De Franse wetgeving geeft een uitgebreide regeling voor vijvers (*étangs*) en meren. Deze zijn niet altijd vatbaar voor particulier eigendom. 'Les étangs salés qui communiquent avec la mer' maken deel uit van het *domaine public* en kunnen daarom uitsluitend aan een overheidsinstantie in eigendom toebehoren. Zoetwatermeren worden onderscheiden in die welke afhankelijk zijn van stromende wateren en hun bestaan danken aan een natuurlijke of kunstmatige dam en die welke gevoed worden door bron- en regenwater. De eerstgenoemde zijn 'domaniale' vijvers, de tweede soort behoren niet tot het publiek domein en kunnen niet aangemerkt worden als waterlopen. Deze laatste behoren dan ook in eigendom toe aan de eigenaar van de bodem waarop het water

1 *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1993, (3.Auflage) p. 703.

2 *A.w.*, p. 704.

3 *A.w.*, p. 709. Zie overigens paragraaf 4.1.

4 In het Duitse recht wordt privé-eigendom van een stromende bron niet aanvaard: Frits Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, (14.Auflage) p. 265.

zich bevindt.⁵ Ook ieder door mensenhand gegraven kanaal komt in eigendom toe aan hem, op wiens grond het zich bevindt.⁶ De stromende wateren worden in Frankrijk onderverdeeld in enerzijds *les cours d'eau et les lacs domaniaux*, behorende tot het publiek domein en *les cours d'eau non domaniaux*, waarvan de rechtsregels te vinden zijn in de *Code civil* en in de *Code rural* (artikel 97 e.v.). In dit geval is de rivierbedding eigendom van privaatrechtelijke aard en het water onderworpen aan een gebruiksrecht ten behoeve van aanliggende erven. Verder kent men *les cours d'eau mixtes*: 'qui ont été classés dans cette catégorie par décret en Conseil d'Etat (...). Leur régime tient à la fois de celui des cours d'eau domaniaux et celui des cours d'eau non domaniaux'.⁷

Dat het Franse recht weer een andere kijk heeft op water als zaak (*bien*, dat trouwens een meer omvattende, doch in dit verband niet direct ter zake doende, betekenis heeft) dan ons recht en het Duitse recht, blijkt reeds uit de hier gegeven zeer summiere weergave van enkele hoofdtrekken. De verschillen in benadering laten zien dat een complexe materie aan de orde is, waarbij de waardering van feiten samengaat met een bepaalde visie op maatschappelijke verhoudingen. De wijze waarop water in rechte een rol speelt kan men niet scheiden van de rechtscultuur van dat land. Daarnaast dient water het algemeen belang in zo grote mate dat de civielrechtelijke betekenis er minder toe doet. Het bestuursrecht heeft veel meer invloed op de bepaling van de juridische posities van water dan het civiele recht, ook al blijkt dat in ons land en in andere Europese landen het civiele recht water als een eigen object van rechtsregeling kent.

3 Water en openbaarheid

Spreekt men van 'openbaar', dan kan dit begrip op verschillende manieren verstaan worden. Met 'openbaar belang' wordt geduid op het algemene belang, het belang dat eenieder raakt. Van water kan men ruwweg zeggen dat het eenieder aangaat. Water is van levensbelang en een onmisbaar gegeven in ons bestaan. De algemene functie die water in ons leven vervult houdt overigens niet in dat reeds daarom geen privaat-

rechtelijke relaties tot water zouden kunnen bestaan. Voedsel vervult evenzeer een algemene functie, doch de wijze waarop dat rechtens aandacht krijgt is, normaliter, niet van een specifieke aard. Van belang is dat water een product van de natuur is, het is onderdeel van die natuur en het ontleent zijn bestaan in wezen niet aan menselijk ingrijpen. Vanuit dit gegeven valt er iets voor te zeggen het in de natuur voorkomende water niet te individualiseren, maar het ten algemene nutte te doen strekken. Maar ook hier is nuancering mogelijk en nodig. Ook de aarde is van nature gegeven en ook zij is onmisbaar voor ons bestaan. Zij geeft ons letterlijk vaste grond onder de voeten. Toch aanvaardden wij dat stukken aarde geïndividualiseerd worden en dat iemand over 'zijn stuk aarde' persoonlijke zeggenschap heeft. Het gebruik van de aarde door eenieder dient overigens voor een gedeelte in elk geval mogelijk te zijn zonder dat dit afhankelijk is van interpersoonlijke relaties. Aarde dient evenzeer een openbaar belang als water doet, zij het op een andere wijze en in een andere mate. In beide gevallen ziet men dat via het bestuursrecht maatregelen en voorzieningen getroffen worden, welke onderling overigens van zeer uiteenlopende aard zijn.

3.1 Water is gebruiks- en verbruiksvoorwerp

Het water als voorwerp van verbruik

Als verbruiksvoorwerp — consumptie-artikel — kan het water object van handel worden en is het voor menselijke beheersing vatbaar. Het wordt gewonnen of verkregen uit de natuur en vervolgens aan de man gebracht. Als consumptie-artikel speelt het een belangrijke rol, zozeer dat watervoorziening aparte aandacht van de wetgever heeft gekregen: woningen dienen van drinkwater voorzien te zijn (artikel 36 Bouwbesluit). De wetgever heeft een reeks van maatregelen getroffen om de drinkwatervoorziening te garanderen, zowel in kwantitatieve als in kwalitatieve zin. Men spreekt dan ook van een *openbare* drinkwatervoorziening. 'Openbaar' duidt hier op het algemene belang dat iedereen heeft bij drinkwater. Dit neemt evenwel niet weg dat er privaatrechtelijke verhoudingen in geding zijn in de relatie tussen de leverancier en distributeur van drinkwater en de consument. Dit water wordt ver- en gekocht en is een belangrijke factor van economische bedrijvig-

5 Pierre Raymond, *Droit civil. Les biens*. Sirey, Paris 1980, (2e édition) p. 157.

6 *A.w.*, p. 158.

7 *A.w.*, p. 166.

heid. De zorg voor de kwaliteit, vereiste hoeveelheid en het transport van water is er een die door middel van wettelijke regelingen gegarandeerd is (men zie de Waterleidingwet van 6 april 1957 en het daarop gebaseerde Waterleidingbesluit van 7 juni 1960). De uitvoering van die bedrijvigheid ligt in handen van bedrijven, waarin overheden financieel participeren. Het behoeft evenwel niet uitgesloten te zijn dat particuliere ondernemingen met waterwinning, -bewerking en -distributie belast zijn. Dit is een kwestie van keuzes, die per land kunnen verschillen, doch het algemeen belang dat met de drinkwatervoorziening gepaard gaat, is van dien aard dat dit in West-Europa aan overheidsmaatregelen onderworpen is. De privaatrechtelijke kant is daarbij niet bepalend, slechts volgend. Een privaatrechtelijke regeling inzake grondwater treft men daarnaast nog aan in artikel 5:39 BW.

Ook de waterwinning is in ons recht een aanleggenheid van overheidszorg. Gaat het om grondwater dat gewonnen wordt, dan zal de Grondwaterwet van zich doen spreken. Gaat het om het onttrekken van water aan openbare wateren — behalve de zee — dan komen bepalingen van privaatrechtelijke en van publiekrechtelijke aard in beeld. Wat de publiekrechtelijke kant betreft kan gewezen worden op de Wet op de waterhuishouding (artikel 24), terwijl het BW in artikel 5:40 nog een regeling geeft. Voor niet openbaar oppervlaktewater geldt ook de Wet op de waterhuishouding wat de publiekrechtelijke kant betreft en artikel 5:39 BW wat de privaatrechtelijke regeling aangaat.

Gebruiksmogelijkheden van water

Water is als gebruiksvoorwerp voor een groot gedeelte van algemeen belang. Sommige wateren zijn naar Nederlands recht 'openbare wateren'. Hiermee wordt bedoeld dat zij openstaan voor enig gebruik door het publiek. De wetgever heeft zich, ook aangaande bestuursrechtelijke regelingen op dit terrein, onthouden van een integrale regelgeving in zoverre het betreft vragen naar inhoud en omvang van dat gebruik, soorten van gebruik, mate van algemeenheid en het rechtskarakter van die algemeenheid. Weliswaar treft men in ons recht enige regelingen of bepalingen aan die mede het karakter van die algemeenheid tot uitdrukking brengen, maar er is geen sprake

van een systematisch concept van waaruit openbare wateren voorwerp van wetgeving zijn. Om enig inzicht te geven, volgt hier een korte rubricering van het onderhavige vraagstuk.

Openbaar water leent zich van nature voor verschillende en uiteenlopende mogelijkheden van gebruik van wateren. Bekend zijn de *vaarwateren*, waarvan met zoveel woorden sprake is in artikel 5:27 BW. Naar algemeen aanvaard is, kan eenieder met zijn vaartuij van dat water ten behoeve van verplaatsing van de ene naar de andere plaats gebruik maken. Openbaarheid brengt alsdan te weeg dat eenieder ten principale aanspraak kan maken om over dat water in de lengterichting te varen. Men spreekt dan van het algemeen gebruik van dat vaarwater. Dat uitsluitend aan varen in de lengterichting is gedacht blijkt onder meer uit de Verenwet, die een voortzetting garandeert van privaatrechtelijke overzettingen. Hiermee wordt te kennen gegeven dat zo'n overzetting niet een als algemeen gebruik van het openbaar water erkende aangelegenheid is. Het is een wijze van bijzonder gebruik.

Naast het gegeven dat over vaarwater gevaren kan worden blijkt water ook voor andere doeleinden gebruikt te kunnen worden. Van oudsher is gebruikelijk dat op dit water ook geloosd wordt. Houdt de openbaarheid van water nu in dat daarop geloosd mag worden? Weliswaar heeft de wetgever sinds 1969 een wettelijke regeling betreffende verontreiniging van oppervlaktewateren in het leven geroepen, doch daarmee is niet beantwoord de vraag of ten principale lozen op water een aan het openbaarheidskarakter van stromend water inherent gegeven is. De Hoge Raad heeft in het Huizense rioleringsarrest⁸ uitgemaakt dat de Staat als (toenmalig) eigenaar van het IJsselmeer niet zou behoeven te accepteren een door de Staat niet in het leven geroepen bestemming van dat meer tot het opnemen van rioolwater. De Hoge Raad sprak van 'een door de Staat in het leven geroepen bestemming', hoewel het de vraag is of de Staat hier wat voor bestemming dan ook in het leven had geroepen. De Staat zal ook niet de bestemming tot vaarwater in het leven hebben geroepen. Het betreft een situatie welke van nature 'bestemd' is en door rechtsregels mogelijk nader bepaald wordt. Verdedigbaar is dat de openbaarheid van dit water zich niet verzet tegen lozen op dat water,⁹ aan-

8 HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151 m.nt. J.H.B.

9 Dit is trouwens naar huidige recht een *res nullius* zodat de vraag rijst wie zich langs civielrechtelijke weg, be-

houdens ingevolge het bepaalde van artikel 5:39 BW, daartegen zou kunnen verzetten.

gezien dit een vorm van algemeen gebruik ingevolge die openbaarheid impliceert, doch dat dit gebruik niet het recht inhoudt om het water te *vervuilen*. Juist in het vervuilende karakter is dan het bepalend element gelegen dat zich tegen lozing verzet, doch niet in het lozen als zodanig. De Wet verontreiniging oppervlaktewateren van 1969 vindt dan ook haar rechtvaardiging en doelstelling in het feit dat *verontreiniging* van (openbaar) oppervlaktewater niet aanvaardbaar is. Tegen het lozen op zich pleegt vanuit het openbaar karakter van water in beginsel geen bezwaar te bestaan. Daarnaast is duidelijk dat de Wet op de waterhuishouding, waar zij ter regulering van de waterstand in het leven is geroepen, impliciet ervan uitgaat dat het lozen van niet-verontreinigd water op zichzelf niet ingevolge de openbaarheid van dat water verboden is. Het gaat in die wet om andere belangen welke lozing kunnen tegengaan (artikel 24 lid 2).

Een andere vorm van gebruik van openbaar water betreft recreatief gebruik als zwemmen, surfen en dergelijke meer. Ook voor dit gebruik leent zich in beginsel het openbaar vaarwater. Van oudsher heeft iedereen het openbaarheids-element ruimer opgevat dan uitsluitend ten behoeve van het gaan per schip van de ene naar de andere plaats. Het recreatieve element kan beperkt worden door eisen van veiligheid of gezondheid, doch dit neemt niet weg dat uit zijn aard het openbare water geschikt is om voor ontspanning gebruikt te worden. Verboden tot recreatief gebruik worden gesteld bij gemeentelijke verordening vanuit de zorg voor het ordelijk verloop en ter voorkoming van gevaar voor gezondheid of veiligheid — verwezen kan worden naar artikel 5.3.1 en 5.3.7-model APV — voor zover de beheerder van het openbaar water geen voorschriften op dat terrein heeft gegeven. In dit verband kan gedacht worden aan het Binnenwaartpolitierglement, aan de Wet beheer rijks-waterstaatswerken, aan provinciale reglementen en aan waterschapskeuren. De Hoge Raad heeft overigens in het Hengelsportarrest¹⁰ uitgemaakt dat ankeren in het openbare vaarwater De Grevelingen voor recreatief gebruik niet als algemeen gebruik aangemerkt kon worden. Dat het hier om vissers ging, bleef in cassatie buiten beschouwing, terwijl dit de reden voor het ankeren was. De Hoge Raad toetste of het ankeren geschiedde voor een gebruik als waterverkeersweg;

nu dit niet het geval was kon dit soort ankeren niet als normaal gebruik, dat voor iedereen uit de openbaarheid van het vaarwater voortvloeit, aanvaard worden.

Openbaar water heeft zich van oudsher geleend voor het innemen van verblijfplaats met woonboten. Daarvoor is weliswaar een wettelijke regeling tot stand gebracht in de Wet op woonwagens en woonschepen van 1918, maar die wet ging uit van het beginsel dat woonschepen in beginsel op openbaar water een plaats konden innemen. Zij was juist bedoeld om aan provinciale en gemeentelijke regelingen welke die mogelijkheid frustreerden een einde te maken. De regelingen die op het verblijven van woonschepen in openbare wateren betrekking hebben, zien op (een vorm van) regulering van dat verblijf uit oogpunt van veiligheid, ruimtelijke indeling, voorzieningen etc. Men treft ze aan in wettelijke regelingen van het Rijk, provincies, gemeenten en waterschappen. De vraag kan overigens gesteld worden of de Hoge Raad vanuit het uitgangspunt, dat hij heeft gekozen in de arresten betreffende het beoefenen van de hengelsport in de Grevelingen en het hierna te vermelden arrest inzake het parlevinken op het Merwede-kanaal, ook het gebruik van openbare vaarwateren ten behoeve van het verblijf houden met woonboten zou hebben aangemerkt als een algemeen uit de openbaarheid voortvloeiend gebruik.

De Hoge Raad heeft in het Parlevinkerarrest¹¹ geoordeeld dat de openbaarheid van het Merwede-kanaal niet het algemeen gebruik inhoudt om ligplaats op dat water in te nemen voor het drijven van handel. Hoewel hier een openbaar vaarwater in geding was, gaat het toch met name om de vraag naar het karakter van de openbaarheid van dat water. Parlevinken pleegt nu eenmaal op vaarwater te geschieden. De parlevinkende schipper, Verschoor, had een vergunning op grond van het Algemeen reglement van politie voor rivieren en Rijkswateren om met twee vaartuigen handel ter plaatse te drijven, maar de Staat claimde als *eigenaar* van dit water dat Verschoor overeenkomsten sloot om krachtens privaatrecht tot die handel gerechtigd te zijn. Nu water, ook openbaar vaarwater, sinds 1 januari 1992 als *res nullius* wordt aangemerkt, zou een dergelijk beroep op de eigendom van het water reeds om die reden niet meer kunnen slagen. Doch principieel dient zich de vraag aan of in het

10 HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 503 m.nt. K.W. en A.A. XXIII, p. 175 e.v. m.nt. P.A.S.

11 HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, 644 en *AB Klassiek*, 3e druk 1997, nr. 9 m.nt.dzz.

algemeen de openbaarheid van vaarwater zich verzet tegen, dan wel niet toelaat dat met een boot handel wordt gedreven op openbaar vaarwater. De Hoge Raad heeft dit handeldrijven gezien als een vorm van bijzonder gebruik, zulks in tegenstelling tot het algemeen gebruik tot varen over dat water dat eenieder toekomt. Openbaarheid reikt in die benadering van de Hoge Raad niet verder dan het aan eenieder toekomend algemeen gebruik, op het bijzonder gebruik van het water ziet die openbaarheid niet. Men vergelijk dit arrest met dat van 5 juni 1992,¹² waarin de Hoge Raad het gebruik van het openbare water — Spanish Water te Curaçao — voor het exploiteren van een plezierboot als algemeen gebruik aanmerkte. Het doel waartoe over water gevaren wordt, treft niet de openbaarheid als zodanig, ook niet als vaarwater. Het verschil met het Parlevinkerarrest is overigens niet groot. Bij het handeldrijven met een boot op openbaar vaarwater zou men kunnen stellen dat niet het varen, maar het verkopen van waar het doel is. Doch doet dit ertoe voor de openbaarheid? Zou men regulering nodig vinden vanwege ordening van het verkeer te water, dan is dit onafhankelijk van het openbaarheidskarakter en niet relevant voor het gebruik als zodanig. Beperkt men het openbaarheidskarakter tot uitsluitend dat gebruik dat een varen van de ene plaats naar de andere in de lengterichting inhoudt, dan wordt het openbare karakter eng geïnterpreteerd. Het 'openbare' duidt dan uitsluitend op het algemene gebruik tot het varen in de lengterichting op vaarwateren en niet op enig ander gebruik.

3.2 Openbaarheid een relatief begrip

Openbaarheid in een privaatrechtelijk kader

Uit het vorenstaande zal duidelijk zijn geworden dat de wijze waarop de openbaarheid van water in rechte gewaardeerd wordt van een relatieve benadering getuigt. De toelichting bij boek 5 titel 3 BW stelt dat 'openbaar water' in het Burgerlijk Wetboek duidt op een water dat voor *enig* gebruik door het publiek openstaat. Zo vlug als er voor het publiek — dus voor eenieder; men denke aan de vroeger in ons recht gehanteerde en ook nu nog in andere rechtsstelsels bekende term *res omnium communis*, welke in wezen overigens overeenstemt met het nu gekozen uitgangspunt *res nullius* — ook maar enige vorm

van gebruik mogelijk is, is er in deze visie sprake van openbaarheid.

Beziet men de wijze waarop de Hoge Raad in een aantal arresten het begrip openbaarheid van water geïnterpreteerd heeft, dan zou men daaruit tot een zeer enge kijk kunnen concluderen op hetgeen volgens hem openbaarheid inhoudt. Hierbij passen enkele kanttekeningen. De Hoge Raad heeft steeds te maken gehad met gevallen waarin de *eigenaar* van het openbare water een beroep deed op zijn eigendomsrecht. Daarbij kwam dan naar voren de vraag in hoeverre uit het openbare karakter van dat bepaalde water, dat in eigendom aan iemand toebehoorde, een bepaald aan eenieder toekomend gebruik van dat water toegestaan was. Het blijkt dat de Hoge Raad dat eigendomsrecht min of meer in bescherming nam door het algemeen gebruik zo eng mogelijk te interpreteren. Vanuit de gedachte dat de eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben en dat inbreuk op dat recht een rechtvaardiging behoeft en niet groter dient te zijn dan noodzakelijk, komt dan vanzelfsprekend naar voren dat het algemene, aan eenieder zonder meer toekomend gebruik op dat water niet méér dient te omvatten dan nodig is om het karakter van dat specifieke openbare water te respecteren. Eigendom en openbaarheid zijn dan de twee kanten van het recht — de ene kant het privaatrecht en de andere kant het publiekrecht — welke met elkaar in botsing komen en binnen welke uiteinden de rechter moet aangeven wat *de iure* aan het ene en aan het andere deel toekomt. Dat vanuit een eigendomsrechtelijke visie binnen een bepaalde maatschappelijke rechtscultuur de keuze voor de openbaarheid eng uitvalt, is begrijpelijk. Alvorens op de nieuwe ontwikkeling in ons recht in te gaan, lijkt het mij overigens tevens nodig hierbij op te merken dat de eigendom van openbare wateren noch rechtens noch maatschappelijk de functie kende welke de eigendom als het meest volledige recht in het privaatrecht normaliter toekwam. De eigendom was in gevallen van openbare wateren niet het vertrekpunt van de juridische positie, maar juist andersom: de eigendom was nodig om als juridische beschermingsmantel van het openbare karakter te dienen. Deze eigendom was, zoals ik ook in mijn boek *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht* uiteengezet heb,¹³ van een *dominium serviens*. Of de

12 HR 5 juni 1992, *NJ* 1992, 539 en *Gst* 1992, 6952, 5 m.nt.dzz.

13 Tjeenk Willink, Zwolle 1993, p. 18.

Hoge Raad daarvoor voldoende oog heeft gehad kan men betwijfelen. In het Franse recht, waarvan ons oud BW toch een kopie genoemd mocht worden op dit terrein, is de (overheids)eigendom van openbaar water juist gezien om daardoor openbare belangen te kunnen beschermen.¹⁴

Openbaarheid in een publiekrechtelijk kader

Door twee ontwikkelingen van recente aard is de waardering in rechte van openbare wateren veranderd ten opzichte van hetgeen zojuist is gesteld. Vooreerst valt daarbij te wijzen op de keuze welke in het privaatrecht door de invoering van enige boeken in het BW per 1 januari 1992 is gemaakt, waarbij openbaar water als *res nullius* is aangemerkt en daarbij tevens als een *roe-rende zaak*. Er kunnen bij die keuze vraagtekens geplaatst worden, omdat als men louter vanuit het privaatrecht deze keuze beziet het water een 'vrije rechtsvogel' zou zijn: omdat het van niemand is kan eenieder er zijn 'nut' mee doen. Anderzijds is deze keuze begrijpelijk omdat de publiekrechtelijke waterwetgeving — de tweede ontwikkeling — zich in hoge mate naar omvang en inhoud 'ontfermd' heeft over het water. De hierboven onder 3 en 3.1 gegeven beschrijving getuigt daarvan.

Merkwaardig is in dit geheel dat de openbaarheid van het water in wezen is blijven 'liggen'. Zij ligt als het ware verborgen en is soms meer, soms minder expliciet het stille uitgangspunt van regelingen. Wat het karakter van de openbaarheid is en hoe dit, eventueel naar soort water bezien, rechtens gewaardeerd moet worden is geen voorwerp van wettelijke regeling. Het is een aangelegenheid die zich aan het verplaatsen is van het privaatrecht naar het publiekrecht, doch waarvan niet duidelijk is hoe die grens precies loopt noch of het privaatrecht dient ter ondersteuning van het bewaken van en de zorg voor het openbaarheidskarakter. Het openbaarheidskarakter zelf wordt niet door het publiekrecht ten behoeve van het gebruik door het publiek geregeld, zodat men toch in het privaatrecht te rade dient te gaan.

Het bepaalde in artikel 5:25 BW dat de *bodem* van de territoriale zee en van de Waddenzee *eigendom* van de Staat is, zegt van zijn kant niets over de eigendom van het water. Het bepaalde in artikel 5:20 BW dat het water dat zich op de grond bevindt en niet in open gemeenschap staat

met water op eens anders erf — 'erf' is een begrip dat trouwens bepaald niet duidelijk is in het BW — behoort tot de eigendom van degene die die grond in eigendom heeft, zegt ook niet veel. Dit geldt niet voor de zee. Artikel 5:21 lid 1 BW stelt dat de bevoegdheid van de eigenaar van de grond om deze te gebruiken, ook de bevoegdheid omvat tot gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte en dit geldt weer wel voor de eigenaar van de zeebodem. Dat lid 2 daarop een uitzondering maakt zegt niets over de openbaarheid als zodanig en geldt trouwens niet voor het zeewater. Al met al biedt de privaatrechtelijke regeling ons ook hier geen afdoende oplossingen. Daarnaast zijn er verschillende regelen van verdragsrechtelijke aard en in publiekrechtelijke wetten welke van toepassing zijn op het zeewater, waarop nu niet ingegaan wordt. Men treft hier een situatie aan die ten principale niet anders is als voor de hierboven beschreven openbare wateren.

Voor openbare vaarwateren geeft het BW ook een eigendomsregeling. Ingevolge artikel 5:27 BW wordt de grond waarop deze zich bevinden vermoed eigendom van de Staat te zijn, tenzij het onderhoud van die *wateren* door een ander openbaar lichaam geschiedt (a) of geschiedde (b). Nu blijkt het water zelf een aangrijpingspunt te bieden in civielrechtelijke verhoudingen, hoewel het *res nullius* is. Ook dit is niet consistent.

4 Openbaarheid van wateren in Duitsland en Frankrijk

4.1 Enkele trekken van het Duitse recht

In het Duitse recht is privaatrechtelijke eigendom van water bekend.¹⁵ Deze heeft voornamelijk betrekking op de bedding. De *Bund* is eigenaar van *Bundeswasserstrassen* (artikel 89 I *Grundgesetz* (*Gg*)). De daarna in belangrijkheid volgende wateren zijn eigendom van de *Länder*, de onbelangrijke wateren behoren aan de oever-eigenaren toe.¹⁶ Het grondwater maakt geen deel uit van de grondeigendom.

Openbare zaken ten behoeve van gebruik door het publiek zijn naar hun aard de vaarwateren. De bevaarbare wateren zijn volgens de wet in dubbele zin voor openbare doeleinden bestemd: behalve als verkeersaders ook voor economische doeleinden. Op grond van artikel 75 I nr. 4 *Gg*

14 Verwezen zij naar het gestelde in paragraaf 4.2.

15 H.-J. Papier, *Recht der öffentlichen Sachen*. De Gruyter,

Berlin, New York 1998, (3. Auflage) pp. 25-26.

16 *A.w.*, pp. 60-61.

beschikt de *Bund* over de bevoegdheid tot kaderwetgeving inzake de waterhuishouding. Hieraan heeft de Bond gebruik gemaakt door vaststelling van het *Wasserhaushaltsgesetz* in het leven te roepen, waaraan de *Länder* uitvoering hebben gegeven met betrekking tot water-economisch gebruik in hun *Landeswassergesetzen*.

Voor het varen op vaarwateren is de wetgevingsbevoegdheid anders geregeld. De Bond heeft het recht tot wetgeving in concurrentie met de *Länder* (artikel 74 I nr. 21 Gg).¹⁷ Ingevolge de paragrafen 5 en 6 van het door de Bond vastgestelde *Wasserstrassengesetz* is een ieder gerechtigd die wateren te bevaaren met inachtneming van de geldende scheepvaartregelen. Voor andere bevaarbare wateren hebben de *Länder* soortgelijke regels vastgesteld. Volgens de heersende leer zou voor openbare wateren ook het economisch gebruik daarvan door het publiek mogelijk zijn. Aldus wordt over het hoofd gezien dat volgens de wetgeving van *Bund* en *Länder* elke wezenlijke aanwending van dat water voor economische doeleinden niet ten algemene gebruik is, maar slechts aangewend kan worden als bijzonder gebruik, waartoe de publiekrechtelijk bevoegde instantie een begunstigend besluit dient te nemen.¹⁸

De verhouding tussen publiek- en privaatrecht blijkt in Duitsland per saldo niet veel te verschillen met de situatie in ons land, hoewel er toch belangrijke verschillen in uitgangspunt zijn. Daar komt bij dat de specifieke relatie tussen de *Bund* en de diverse *Länder* haar eigen problematiek teweegbrengt. Bovendien zijn er ook verschillen tussen de *Länder* onderling, waarbij met name Baden-Württemberg vermelding verdient. Dit land kent publieke eigendom van wateren zoals dat ook in Frankrijk bekend is.¹⁹

4.2 De situatie in Frankrijk in het kort

Het Franse recht kent wateren die behoren tot het *domaine public* en die welke deel uitmaken van het *domaine privé*.²⁰ De idee van het *domaine public* gaat uit van een eenheid die vooral van belang is voor het bestaan van een rechtsregiem voor het *domaine public* dat men kan stellen tegenover het *domaine privé*. De regels voor publieke rechtspersonen gelden ten opzichte van hun *domaine public*

zoals bij *privé* eigendom de gewone eigendomsregels van toepassing zijn. Het onderscheid tussen die rechtsregiems is uitgangspunt. Frankrijk kent als van nature tot het *domaine public* behorend de bevaarbare wateren met hun oevers en de eilanden en platen die daarin opkomen evenals de havens (men zie artikel 538 Cc, waaruit ons artikel 577 oud BW stamt). Ook de zoutwatermeren worden tot het *domaine public* gerekend. Het water zelf wordt aangemerkt als *res communis*. De eilanden worden van de waterbedding onderscheiden en gerekend tot het *domaine privé* van de Staat, tenzij het door een wijziging van de waterloop ontstaan is. Dan komt het aan de oorspronkelijke oevereigenaar toe.

Het *domaine public* kan uitsluitend in eigendom zijn bij publiekrechtelijke rechtspersonen (*personnes publiques*). Voor bepaalde wateren kent men het *domaine privé*. Dit laatste omvat sinds de wetten van 1963 en 1986 met name de aanwas en afslag welke teruggaat tot vóór de wet van 1963. De niet bevaarbare meren die ook overigens geen functie vervullen ten behoeve van de menselijke behoeften behoren tot het *domaine privé*, evenals de eilanden die boven de hoge waterlijn plegen uit te komen. Over het algemeen wordt tot het *domaine privé* van de Staat gerekend de aanwas en afslag van meren en kunstmatige wateren indien niet specifiek ten openbare dienst bestemd. Aan de lokale overheden kunnen behoren die meren en vijvers welke als niet bevaarbaar gekwalificeerd zijn.

5 Afsluitende opmerking

In de bovenstaande uiteenzetting kon slechts een zeer summier schets gegeven worden van de betekenis die het water in publiek- en privaatrecht heeft. Duidelijk moge zijn dat, ongeacht de benadering die men kiest, de betekenis van het water in rechte niet minder groot is dan de waarde die dit natuurproduct in het maatschappelijk leven heeft. De dienstbaarheid van het water aan ieders bestaan en voortbestaan — of men dit nu *res nullius* noemt of *res communis* maakt in wezen geen verschil — is zo groot dat de overheidszorg ervoor niet mag ontbreken. Of men die

17 A.w., pp. 20-21.

18 A.w., pp. 21-23.

19 A.w., p. 61.

20 Zie voor het Franse recht: Christian Lavalley, *Droit administratif des biens*. Presses universitaires de France

1996 en André de Laubadère, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 2. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992, (9e édition) pp. 209-210.

zorg tot uiting laat komen door middel van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke regelingen is een kwestie van methodiek en niet wezenlijk voor het bestaan ervan. Vroeger zat ons land voornamelijk op de benadering die men nu nog in Frankrijk aantreft, waar overigens sinds de 19e eeuw uitdrukkelijk de administratieve rechter als enige bevoegde rechterlijke instantie werd aangemerkt om te oordelen over het *domaine public*, reeds steun vindend in een wet van 22 september 1789. Momenteel hebben publiekrechtelijke regelingen in het Nederlandse recht verreweg de overhand verworven op het privaatrecht omtrent de overheidszorg voor water. Het Windmill-arrest²¹ waarin de Hoge Raad door zijn algemene formulering de pretentie aan de dag legde als zou hij een nieuw leerstuk formuleren en dat dientengevolge bij vele gelegenheden — soms wel, soms minder, soms niet ter zake — geciteerd wordt, ging over water. Juist het feit dat in de

loop der jaren een omslag tot stand was gebracht waarbij van civiel- naar publiekrechtelijke regelingen was overgestapt, moest ertoe leiden dat het civielrecht niet meer toonzettend is en in casu ook niet meer bepalend was noch kon zijn voor de inhoud van die overheidszorg. In dat kader wekt het enige verbazing dat het element openbaarheid van water voor de publiekrechtelijke regelingen niet tot uitgangspunt heeft gediend, maar dat onderdelen van dat openbaarheidskarakter slechts voor specifieke gevallen regeling hebben gekregen. In Frankrijk is het *publieke* karakter *via het privaatrecht* aan zijn trekken gekomen waarbij de overheidseigendom vertrekpunt is. In Duitsland heeft het publiekrecht meer aan invloed gewonnen. Hoe verschillend de benadering in verschillende rechtsstelsels ook moge zijn, duidelijk is dat de waardering die het water verdient in elk van die landen rechtens terdege inhoud krijgt.

21 HR 26 januari 1990, AB 1990, 408 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991, 393 m.nt. MS onder 394 en AB *Klassiek*, 3e

druk, 1997 m.nt.dzz.