

# Inbezitneming van beperkte zakelijke genotsrechten

Is verkrijging door extinctieve verjaring (ex art. 3:105 BW) van nimmer gevestigde beperkte zakelijke genotsrechten in de praktijk mogelijk?

*Mr. L. van Egteren \**

## 1 Inleiding

Het leerstuk van de verkrijgende en bevrijdende verjaring is de afgelopen jaren aanleiding geweest voor een intensief en juridisch debat.<sup>1</sup> Dit debat spitst zich voornamelijk toe op onderwerpen als de ‘verjaringstermijn’, het ‘bezitsvereiste’ of de ‘goede trouw’. Onbesproken blijft veelal de basisvraag *welke* goederen voor verkrijging door middel van verjaring in aanmerking komen.

De wet bepaalt dat men ‘goederen kan verkrijgen door verjaring’ (art. 3:80 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Krachtens art. 3:1 BW zijn ‘goederen’ *alle zaken en vermogensrechten*. Beperkte rechten vallen binnen de categorie vermogensrechten en het lijkt daardoor alsof alle beperkte rechten door verjaring verkregen kunnen worden. Toch is die veronderstelling te simpel; het hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder het type verjaring en de functie van verjaring.

In de wet zijn twee typen van verjaring uitgewerkt. De eerste categorie is de acquisitieve (of verkrijgende) verjaring ex art. 3:99 BW. Hierbij verkrijgt een *bezitter te goeder trouw* vermogensrechten door een *onafgebroken bezit van tien jaren*. De tweede categorie van verjaring betreft de extinctieve (of bevrijdende) verjaring ex art. 3:105 BW.<sup>2</sup> Voor verkrijging van een vermogensrecht op grond van dit type verjaring is de goede trouw geen vereiste. Iemand verkrijgt in dit geval een goed indien hij het bezit heeft op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het

bezit wordt voltooid (art. 3:105 BW), en dat is krachtens art. 3:306 BW door verloop van twintig jaren.<sup>3</sup>

De functie van verjaring is gelegen in het verschaffen van rechtszekerheid; het recht dient zich na verloop van tijd weer bij de feiten aan te sluiten.<sup>4</sup> Dit heeft bijvoorbeeld betrekking op de situatie waarin partijen een beperkt recht wilden vestigen, maar daadwerkelijke vestiging van het beperkte recht nooit heeft plaatsgevonden, aangezien er een gebrek aan de vestiging kleefde.<sup>5</sup> Door verjaring kan de gebrekkige vestiging worden hersteld, waardoor de partij ten behoeve waarvan de (gebrekkige) vestiging had plaatsgevonden, na verloop van de verjaringstermijn alsnog het beperkte recht verkrijgt.<sup>6</sup>

Soms hebben partijen echter geen intentie om een beperkt recht te vestigen.<sup>7</sup> Is het in dit geval dan toch mogelijk om een beperkt recht te verkrijgen enkel door zich hierover de feitelijke macht te verschaffen? Dit wordt ook wel *inbezitneming* (art. 3:113 BW) genoemd.<sup>8</sup> Op het eerste oog lijkt dit wellicht uitzonderlijk, maar in de praktijk zijn diverse situaties denkbaar, bijvoorbeeld wanneer:

- iemand stelt een recht van erfdienstbaarheid te hebben verkregen doordat hij jarenlang gebruik heeft gemaakt van een pad op het naburige erf;
- een huurder of erfpachter stelt een opstalrecht te hebben verkregen na het bouwen van een recreatiewoning op een perceel onbebouwde grond;

\* Mr. L. van Egteren is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

Dit artikel is een bewerking van mijn masterscriptie (Universiteit Leiden) die ik heb geschreven onder begeleiding van mr. M.C.I.M. Duynstee. Mijn dank gaat uit naar mr. M.L. Tuil en mr. J.A. van der Weide voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1. Zie o.a. M.L. Tuil, Verrijgende verjaring, tussen rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid, *MvV* 2017, afl. 4, p. 143-150; R.M. van Opstal & E. Baljić, Verjaringsperikelen van overheden omtrent zakelijke rechten, *Gst.* 2016/82; A.A.J. Smelt, Verrijgende verjaring van onroerende zaken: aansluiting van het recht bij de feiten?, *NTBR* 2017/23, afl. 5, p. 158-164.
2. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/536.

3. Voor deze vorm van verjaring is niet vereist dat sprake is van ‘onafgebroken bezit’. Zie ook P.C. van Es, Verrijging door verjaring, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2011, onder 4.2 en W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Het goederenrecht* (Pitlo, deel 3), Deventer: Kluwer 2012/344.
4. Verjaring kent ook een bewijsfunctie. Zie hiervoor *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 417 (*MvA II*).
5. Bijv. een titelgebrek of een gebrek in de akte.
6. *Van Es* 2011, onder 1.3.
7. Zie voor vereisten van vestiging (art. 3:98 BW jo.) art. 3:89 lid 1 BW.
8. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 433 en Reehuis & Heisterkamp 2012/598. Inbezitneming van het beperkte recht dient te worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke situatie. Echter, het begrip ‘bezit’ is niet louter feitelijk van aard (*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 425).

- iemand stelt dat hij een recht van erfpacht heeft gekregen doordat hij jarenlang een perceel grond heeft onderhouden.

Deze bijdrage behandelt dan ook de mogelijkheden van extinctieve verjaring door inbezitneming van achtereenvolgens het recht van erfdiensbaarheid (par. 3), het recht van opstal (par. 4) en het recht van erfpacht (par. 5). Omwille van de omvang van deze bijdrage blijft het recht van vruchtgebruik buiten beschouwing. Bovendien kan het recht van vruchtgebruik, anders dan genoemde beperkte zakelijke genotsrechten, ook op een vermogensrecht rusten. Omdat het telkens gaat om het verkrijgen van een recht door inbezitneming, volgt eerst een toelichting op het bezitsvereiste ex art. 3:105 BW en de inbezitneming (par. 2). De acquisitieve verjaring ex art. 3:99 BW blijft in deze bijdrage verder onbesproken omdat algemeen wordt aangenomen dat verkrijgende verjaring van een beperkt recht door middel van louter inbezitneming niet of nauwelijks mogelijk is.<sup>9</sup> Immers, indien de (wettelijk vereiste) vestiging niet plaatsvindt, kan de (vermeend) beperkt gerechtigde zichzelf vrijwel nooit te goeder trouw als 'recht-hebbende' beschouwen conform art. 3:118 lid 1 BW.<sup>10</sup> Deze bijdrage sluit af met een korte samenvatting en een conclusie (par. 6).

## 2 Het bezitsvereiste en inbezitneming

Hoewel de wet verschillende vereisten stelt aan de verkrijging van beperkte rechten door middel van bevrijdende verjaring, is in het bijzonder het vereiste van *bezit* in deze bijdrage cruciaal. Alvorens in te gaan op het leerstuk van inbezitneming van beperkte rechten, volgt eerst kort een toelichting op het juridische bezitsvereiste.

Art. 3:107 lid 1 BW bepaalt dat bezit 'het houden van een goed voor zichzelf is. Bezit van een beperkt recht houdt dus in dat iemand (lees: de bezitter) macht uitoefent over het desbetreffende beperkte recht, enkel ten eigen bate.<sup>11</sup> Of iemand een goed daadwerkelijk voor zichzelf houdt, hangt af van de *verkeersopvatting en de uiterlijke feiten* (art. 3:108 BW) met inachtneming van art. 3:109-117 BW.<sup>12</sup> Hierbij spelen *alle omstandigheden van het geval* een rol, zoals de aard en de bestemming van het goed en hoe de relatie tot het goed is ontstaan.<sup>13</sup> Het gaat daarbij uitsluitend om de uiterlijk waarneem-

bare feiten en niet om de 'interne wil van de bezitter om als rechthebbende op te treden'.<sup>14</sup>

In de loop der tijd hebben zich wel veranderingen voorgedaan ten aanzien van het bezitsvereiste bij verjaring. In het Oud BW stond expliciet vermeld dat eigendom alleen door verjaring kon worden verkregen als er sprake was van *voortdurend* en *onafgebroken, ongestoord, openbaar* en *niet dubbelzinnig* bezit.<sup>15</sup> De begrippen 'openbaar' en 'niet dubbelzinnig' staan tegenwoordig niet meer expliciet in de wet, omdat deze vereisten eigenlijk al in het begrip 'bezit' besloten liggen. Onveranderd is gebleven dat het bezit niet het gevolg mag zijn van geweld, zuivere willekeur of eenvoudig gedogen.<sup>16</sup>

Voor een antwoord op de vraag of een goed in bezit genomen kan worden, is het dus allereerst van belang om na te gaan wat 'ondubbelzinnig bezit' precies inhoudt. Bij *ondubbelzinnig bezit* gedraagt de bezitter zich zodanig 'dat de eigenaar tegen wie de verjaring loopt, daaruit niet anders kan afleiden dan dat de bezitter pretendeert eigenaar te zijn'.<sup>17</sup> Dus als de machtsuitoefening over een goed 'evenzeer kan duiden op een gebruik als eigenaar als op een gebruik in andere hoedanigheid, zoals bijvoorbeeld die van gebruiker krachtens een persoonlijk of een beperkt recht', dan is er geen sprake van ondubbelzinnig bezit.<sup>18</sup> Het vereiste van ondubbelzinnig bezit stelt de eigenaar van een goed in staat om tijdig maatregelen te nemen, waardoor hij voorkomt dat een derde zijn goed verkrijgt door verjaring.<sup>19</sup> Het is dus noodzakelijk dat de eigenaar uit de gedragingen van de derde kan afleiden dat een derde pretendeert recht-hebbende te zijn van het betreffende goed.

Ook voor het bezit van beperkte rechten geldt dat er sprake dient te zijn van *ondubbelzinnig bezit*. Uit de literatuur blijkt dat dit vereiste 'een forse dam opwerpt tegen de verkrijging door verjaring'.<sup>20</sup> Immers, voor het ondubbelzinnig bezit van een beperkt recht dient te worden gesteld dat sprake is van het bezit van het *beperkte recht op de zaak* en niet het bezit van de *eigendom*. In veel gevallen is het van buitenaf echter bijzonder lastig waarneembaar of een feitelijke gedraging ziet op het bezit van een beperkt recht of op het bezit van het eigendoms-

9. Van Es 2011, onder 3.3.2.1; HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1634, RvdW 2009/383.

10. De uitzondering daargelaten dat een beperkt recht was gevestigd maar vanwege juridische feiten die zich later hebben voorgedaan, zoals verneming of opheffing, teniet is gegaan. Indien geen doorhaling heeft plaatsgevonden in de openbare registers, kan de verkrijger bij overdracht in de veronderstelling verkeren een recht van erfdiensbaarheid te hebben verkregen.

11. Reehuis & Heisterkamp 2012/352.

12. Zie bijv. ook Hof Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4014, onder 8.

13. Concl. A-G Rank-Berenschot bij HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6754, onder 2.9.

14. Parl. Gesch. Boek 3, p. 428; vgl. Hof Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4014, onder 8.

15. Art. 1992 BW (oud); HR 26 februari 1915, NJ 1915, p. 625 (Van der Vegte/Nederlandsche Hervormde Gemeente).

16. Art. 1993 BW (oud); vgl. art. 3:111 en 3:113 lid 2 BW; A.C. van Schaick, 'Wat is gebrekkig bezit?', NTBR 2011/25, p. 1.

17. HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0826, NJ 1993/178, onder 3.2 (Baayens-Frunt/Wijers); HR 7 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7496, NJ 1980/549 (Schellekens/Braam); concl. A-G Rank-Berenschot bij HR 22 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:692, onder 2.4.6.

18. HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601, NJ 2009/1 m.nt. Verstijlen, onder 5 (Duijf/Bolt).

19. Concl. A-G Rank-Berenschot bij HR 22 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:692, onder 2.4.6; concl. A-G Van Soest bij HR 7 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7496, NJ 1980/549 (Schellekens/Braam).

20. Van Es 2011, onder 3.2.1.2. Zie Reehuis & Heisterkamp 2012/598; concl. A-G Rank-Berenschot bij HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6754, onder 2.10.

recht.<sup>21</sup> Dat komt doordat een beperkt gerechtigde een *dualistische positie* inneemt: aan de ene kant is de beperkt gerechtigde *bezitter* van het beperkte recht, aan de andere kant is de beperkt gerechtigde *houder* van het eigendomsrecht. Dit levert in de rechtspraak verwarring op. In een groot aantal situaties kan van buitenaf niet worden waargenomen of een zaak wordt gebruikt uit hoofde van een beperkt recht, een contractuele afspraak,<sup>22</sup> een persoonlijk recht op gebruik,<sup>23</sup> een kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW) of een simpelweg gedogen door de eigenaar.<sup>24</sup> De crux van deze bijdrage is gelegen in het enkele gegeven dat 'bezit' van een beperkt recht hier betrekking heeft op 'een dusdanige macht over een bestaand (onroerend) [haakjes toegevoegd; LvE] goed dat naar verkeersopvatting gezegd kan worden dat men het goed als beperkt gerechtigde houdt'.<sup>25</sup>

Een tweede vraag die rijst met betrekking tot de inbezitneming van een beperkt recht is hoe een dergelijke inbezitneming daadwerkelijk kan worden verwezenlijkt. Volgens art. 3:113 BW 'neemt men een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen'. Van groot belang is dat 'enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen onvoldoende zijn' als een goed reeds in het bezit van een ander is (art. 3:113 lid 2 BW). Deze situatie doet zich per definitie voor bij onroerende zaken, aangezien deze altijd een eigenaar hebben (art. 5:24 BW).<sup>26</sup> Ook bij inbezitneming geldt dat de machtsuitoefening dusdanig moet zijn dat op grond van de verkeersopvatting en de uiterlijke feiten de oorspronkelijke bezitter niet meer als zodanig kan worden aangemerkt.

Kortom, bij de inbezitneming van een beperkt recht moet worden voldaan aan het ondubbelzinnig bezitsvereiste. Dit betekent dat iemand een beperkt recht enkel voor zichzelf moet houden. Daarbij gaat het nadrukkelijk om het bezit van het beperkte recht en niet om het bezit van het eigendomsrecht. Ook dienen de machtsuitoefeningen bij inbezitneming te zijn gericht op het bezit van het beperkte recht en niet op het bezit van het eigendomsrecht.

### 3 Inbezitneming van het recht van erfdiensbaaerheid

Het eerste beperkte zakelijke genotsrecht dat in deze bijdrage aan de orde komt, is het recht van erfdiensbaaerheid. De vraag luidt specifiek of het recht van erfdiensbaaerheid door bevrij-

dende verjaring ex art. 3:105 BW verkregen kan worden. In het huidige BW is expliciet opgenomen dat 'erfdiensbaaerheden kunnen ontstaan door verjaring' (art. 5:72 lid 1 BW). Geldt dat dan voor alle erfdiensbaaerheden? Om die vraag te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk helder te hebben wat het recht van erfdiensbaaerheid in het algemeen inhoudt.

Het recht van erfdiensbaaerheid is een last waarmee een onroerende zaak (het 'dienende erf') ten behoeve van een andere onroerende zaak (doorgaans het naburige 'heersende erf') is bezwaard (art. 5:70 lid 1 BW). Deze last ziet volgens art. 5:71 BW op de 'verplichting om op, boven of onder één der beide erven iets *te dulden of niet te doen*'. Erfdiensbaaerheden die zien op het 'niet doen' zijn bijvoorbeeld de erfdiensbaaerheid van uitzicht (art. 5:50 BW) of het verbod op bebouwing. Een erfdiensbaaerheid die ziet op het 'dulden' is bijvoorbeeld de erfdiensbaaerheid van overpad (of uitweg).

Ten aanzien van de categorie erfdiensbaaerheden die zien op het 'niet doen' van bepaalde handelingen lijkt het bezitsvereiste en daarmee ook de inbezitneming uiterst problematisch. Zo kan bijvoorbeeld het enkele feit dat nooit op een erf is gebouwd niet leiden tot het bezit van een erfdiensbaaerheid van niet-bebouwing,<sup>27</sup> omdat het bezit voor de buitenwereld toonbaar en niet heimelijk mag zijn.<sup>28</sup> Uit de lagere jurisprudentie komt verder naar voren dat bijvoorbeeld alleen het hebben van een raam op zichzelf nog niet inhoudt dat de eigenaar (van het eventueel toekomstige heersende erf) een erfdiensbaaerheid van uitzicht heeft.<sup>29</sup> In een dergelijk geval is namelijk geen sprake van het voor verjaring vereiste 'openbaar' en 'niet dubbelzinnig' bezit.<sup>30</sup> Daartoe is een 'zichtbare inbreuk op de eigendom van het naburige erf' noodzakelijk.<sup>31</sup> De parlementaire geschiedenis lijkt deze visie te ondersteunen omdat daarin termen als *handelingen, uitoefening en daden* voorkomen.<sup>32</sup> Als uitgangspunt lijken dus actieve/positieve gedragingen vereist te zijn van de vermeend beperkt gerechtigde. Naar mijn mening kunnen daarom erfdiensbaaerheden die zien op een 'niet doen' *niet* in bezit worden genomen en daardoor *niet* door middel van bevrijdende verjaring worden verkregen.

In tegenstelling tot wat geldt bij erfdiensbaaerheden die zien op het 'niet doen' is inbezitneming van erfdiensbaaerheden die zien op het 'dulden' van bepaalde gedragingen, zoals bijvoor-

21. Reehuis & Heisterkamp 2012/598.

22. Zie bijv. Rb. Amsterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:770. Sprake was van een (stilzwijgende) bruikleenovereenkomst.

23. Zie bijv. Rb. Overijssel 6 november 2013, ECLI:NL:ROBOE:2013:2878.

24. Zie ook J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011/154.

25. T.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht. Over de afschaffing van het begrip onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006/22 e.v.; zie ook Jansen 2011/150.

26. Concl. A-G Rank-Berenschot bij HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6754, onder 2.13. Dit in tegenstelling tot roerende zaken.

27. TM bij art. 3.5.7, Parl. Gesch. Boek 3, p. 433. Zie ook L.P.W. van Vliet, *Verrijdende verjaring van een erfdiensbaaerheid van overpad*, NTBR 2010/37, p. 2 e.v.

28. TM bij art. 3.4.3.1 en 5.6.3, Parl. Gesch. Boek 3, p. 433, alsmede Van Vliet 2010, p. 3.

29. Rb. Amsterdam 18 januari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AV1546, onder 4.6. Het hebben van het raam houdt mogelijk wel in dat sprake is van bezit van het recht om het raam ter plaatse te hebben.

30. Rb. Amsterdam 18 januari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AV1546.

31. L.P.W. van Vliet, *Verjaring en erfdiensbaaerheid*, NTBR 2004/5, p. 211; HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0261, NJ 2004/38.

32. TM bij art. 3.5.7, Parl. Gesch. Boek 3, p. 433 en TM bij art. 5.6.3, Parl. Gesch. Boek 5, p. 260; in gelijke zin Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/196.

beeld het hebben van een recht van overpad, beter denkbaar.<sup>33</sup> Toch zijn de mogelijkheden van verjaring beperkt<sup>34</sup> en is terughoudendheid met betrekking tot de aanname van beperkte rechten door verjaring geboden vanwege (1) vervuiling van de openbare registers<sup>35</sup> en (2) het verlies van het exclusieve genot van de eigendom van de eigenaar.<sup>36</sup> Dat beeld komt duidelijk naar voren in de volgende uitspraken over (primair) verkrijgende en (subsidiar) bevrijdende verjaring van het recht van erfdiensbaarheid met betrekking tot vermeende bezitshandelingen.<sup>37</sup>

Zo is in de lagere rechtspraak geoordeeld dat het enkele gebruik van een weg niet leidt tot het bezit van een recht van erfdiensbaarheid.<sup>38</sup> Dit oordeel hoeft niet per se te veranderen indien aanvullende gedragingen plaatsvinden, zoals het herstellen van straatwerk, het aanleggen van verlichting of het plegen van onderhoudswerkzaamheden, omdat sprake kan zijn van slechts incidentele machtsuitoefeningen of een simpelweg gedogen.<sup>39</sup> Ook blijkt uit de lagere rechtspraak dat er geen sprake is van een bezitsdaad als auto's meer dan sporadisch op het achterpad van een aantal woningen komen.<sup>40</sup> Sterker nog, zelfs het 'sinds mensenheugenis gebruik maken van een aangrenzend perceel' hoeft niet te leiden tot inbezit-

neming van het recht van erfdiensbaarheid.<sup>41</sup> Ook het 'reeds sedert mensenheugenis ter plaatse' hebben van bomen is onvoldoende om het bezit van een erfdiensbaarheid van het 'dulden van bomen en vensters binnen de verboden zone' (art. 5:42 en 5:50 BW) aan te nemen.<sup>42</sup> Wederom geldt dat uit de gedragingen en mededelingen van de nabuur moet blijken dat deze pretendeert het recht van erfdiensbaarheid te hebben.<sup>43</sup> In bovenstaande gevallen is dan ook telkens geoordeeld dat er geen sprake is van verkrijgende verjaring door inbezitneming.

Verkrijging door verjaring door inbezitneming van een recht van erfdiensbaarheid wordt daarentegen wel aangenomen, indien de eigenaren van percelen spreken over *het vergoeden van de schade* ten gevolge van het beëindigen van het gebruik van de weg, in plaats van *het vorderen van beëindiging van gebruik* van de weg.<sup>44</sup> In dit geval gedragen beide eigenaren zich zodanig dat er sprake lijkt te zijn van een recht van overpad tussen beide partijen, waarbij het dus niet gaat om een louter gedogen. Ook uit de 'plaatselijke gesteldheid' kan blijken dat de betrokken erven zich tot elkaar verhouden als heersend en dienend erf.<sup>45</sup> In de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 11 juni 2007 was sprake van een weg die diende als ingang naar een achtergelegen villa. Jarenlang was deze weg afsluitbaar door een houten poort en later door een ketting. Bovendien was er een (portiers)woning gebouwd om toezicht te houden. Daaruit werd door de rechtbank opgemaakt dat het dienende perceel voorzieningen heeft getroffen om van het heersende perceel gebruik te kunnen blijven maken. Het gebruik was op den duur zelfs zo vanzelfsprekend dat de gemeente de weg voorzag van verkeersborden, waardoor ze bewoners over deze weg voerde. Hierbij was naar het oordeel van de rechtbank tevens van belang dat de eigenaren van het dienende erf geen enkel profijt van de weg hadden en zelfs hun tuinen geheel afgescheiden hadden van de weg.<sup>46</sup>

Andere gedragingen die kunnen duiden op het bezit van het recht van erfdiensbaarheid zijn:

- het door partijen herhaaldelijk *gebruik* van de woorden 'recht van overpad';<sup>47</sup>

33. Zie o.a. Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:215; Rb. Den Haag 11 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA9678; Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2125; Rb. Arnhem 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP9080; Hof Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1019; Rb. Limburg 1 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2116; Rb. Overijssel 12 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2916.

34. Zie o.a. de uitspraken waarin verjaring ter discussie stond, maar niet werd aangenomen: Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:42; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1305; Rb. Gelderland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5297; Rb. Rotterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5181; Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3179; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5533; Rb. Rotterdam 13 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4090; Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2684; Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2388; Rb. Zeeland-West-Brabant 6 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5167; Rb. Rotterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5524; Rb. Rotterdam 21 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6107; Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4278; Rb. Gelderland 9 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6696; GiEA Curaçao 8 december 2016, ECLI:NL:OGECAC:2016:130; Hof Amsterdam 10 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:70.

35. Jansen 2011, onder 149 (wegens vervuiling registers).

36. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/196.

37. Uitzondering vormt het arrest Rb. Overijssel 12 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2916. In deze zaak lijkt de bevrijdende verjaring van het recht van overpad zeer eenvoudig te zijn aangenomen.

38. Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2216. Zie tevens Hof Den Haag 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:343; Rb. Midden-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:389.

39. Rb. Rotterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5181, onder 4.8.

40. Rb. Arnhem 19 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX3556, onder 4.8; vgl. ook Rb. Noord-Holland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5387 (bevestigd in Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2684).

41. Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:215, onder 12. Beide partijen gingen aanvankelijk ervan uit dat het recht van erfdiensbaarheid was gevestigd.

42. HR 3 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2060, NJ 1996/501 (Huizing/Andere Woonvormen); zie A.C. Wibbens-de Jong, Bomen over het burennrecht, WPNR 1997/6266, p. 266. Rb. Haarlem 14 november 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB9785; Rb. Breda 27 juli 2005, ECLI:NL:RBBRE:2005:AU2563, NJF 2005/309.

43. Zie o.a. HR 3 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2060, NJ 1996/501 (Huizing/Andere Woonvormen). Naar huidig recht geldt art. 5:42 lid 3 jo. art. 5:49 BW; Rb. Haarlem 14 november 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB9785.

44. Zie Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:215.

45. Rb. Den Haag 11 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA9678 (erfdienstbaarheid van weg bij Villa/Kasteel Oud Wassenaar).

46. Rb. Den Haag 11 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA9678, onder 4.11.

47. Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2125. Geen verjaring, want het bezit werd voor de verjaringstermijn beëindigd.



- het aanleggen van een symmetrische oprit (breedte van één personenauto over het midden van de erfgrans), waarbij een noodzaak voor beide partijen bestaat om over en weer de erfgrans te overschrijden om de achterliggende garages van beide erven te bereiken;<sup>48</sup>
- de aanwezigheid van een deur als noodzakelijk sequeel voor het gebruik van een grindpad;<sup>49</sup>
- het gebruik van een naastgelegen stukje grond voor het keren van een personenauto, waarvan nooit iets is gezegd.<sup>50</sup>

Resumerend, de vraag of het recht van erfdiensbaarheid door middel van bevrijdende verjaring kan worden verkregen, heeft een tweeledig antwoord. Indien het gaat om erfdiensbaarheden die zien op het ‘niet doen’ van bepaalde handelingen lijkt het antwoord te zijn dat inbezitneming niet mogelijk is. Het door middel van bevrijdende verjaring verkrijgen van een erfdiensbaarheid die ziet op het ‘dulden’ van bepaalde handelingen is daarentegen wel denkbaar, hoewel de mogelijkheden daartoe beperkt zijn.

#### 4 Inbezitneming van het recht van opstal

Ook bij het tweede beperkte zakelijke genotsrecht, het recht van opstal, is het de vraag of verkrijging door middel van bevrijdende verjaring via inbezitneming mogelijk is. Deze paragraaf vangt aan met een korte toelichting op het recht van opstal, waarna aan de hand van de rechtspraak dieper zal worden ingegaan op de onderzoeksvraag.

Het opstalrecht geeft de opstalgerechtigde de bevoegdheid om ‘in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen’ (art. 5:101 BW).<sup>51</sup> Dit betekent dat het opstalrecht de grond van de eigenaar op horizontale wijze splitst van de zich daarop bevindende onroerende zaak, zoals een gebouw of een gewas.<sup>52</sup> Het opstalrecht komt in twee vormen voor: in afhankelijke vorm en in zelfstandige vorm (art. 5:101 lid 2 BW).<sup>53</sup> Een afhankelijk opstalrecht is gekoppeld aan een ander (zakelijk) recht dat gevestigd is op de onroerende zaak, zoals een recht van erfpacht, en het eindigt tegelijk met het eindigen van het recht waaraan het is verbonden.<sup>54</sup> Als uitzondering kan het opstalrecht ook afhankelijk zijn van het persoonlijke recht van ‘huur’ en ‘pacht’ (art. 5:101 lid 2 BW). Een zelfstandig opstalrecht blijft bestaan, ongeacht het eindigen van een ander

recht op de ondergrond. Het onderscheid tussen deze twee vormen van het recht van opstal is in de praktijk van belang voor de rechtsgevolgen die hieraan verbonden zijn.<sup>55</sup> Naar mijn mening speelt dit onderscheid ook een rol bij de mogelijkheden tot verkrijging van het recht van opstal door middel van bevrijdende verjaring.

Het is voor een helder begrip van de materie cruciaal om zich te realiseren dat het uitdrukkelijk moet gaan om het *bezit van het recht van opstal* en niet om het *bezit van de opstal zelf*.<sup>56</sup> Zo is bijvoorbeeld het herbouwen en vervolgens te koop aanbieden van een recreatiewoning geen bezitsdaad ten aanzien van het *recht van opstal* maar ten aanzien van *de opstal zelf*.<sup>57</sup> Dit onderscheid blijkt in de rechtspraak onderwerp van discussie te zijn, zoals naar voren komt in de onderstaande uitspraken.

Een voorbeeld van een zaak waarin het bezit (en dus de bevrijdende verjaring) van het opstalrecht niet is aangenomen, is het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 november 2014.<sup>58</sup> In deze zaak had iemand een standplaats gehuurd en had hij de houten recreatiewoning gekocht die zich daarop bevond. De oorspronkelijke woning heeft hij vervolgens afgebroken om een grotere, deels stenen, recreatiewoning te bouwen.<sup>59</sup> De nieuwe, volledig afgebouwde recreatiewoning bood hij vervolgens (casco) te koop aan op internet.<sup>60</sup> De huurder van de standplaats stelde dat zowel hij als de voormalige huurder de woning voor zichzelf had gehouden en dat hij hierover tevens de feitelijke beschikkingsmacht had.<sup>61</sup> Het hof oordeelde dat de door huurder verrichte (bezits)handelingen onvoldoende blijken gaven van bezitshandelingen ten aanzien van het *recht van opstal* in tegenstelling tot bezitshandelingen ten aanzien van *de opstal zelf*.<sup>62</sup> Het hof merkte hierbij op dat het ‘zeer gebruikelijk is in de recreatiebranche’ om standplaatsen te verhuren waarop (on)roerende zaken worden gebouwd.<sup>63</sup> Ook is het gebruikelijk dat een huurder de woning

48. Rb. Arnhem 16 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP9080.

49. Hof Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1019. Zie tevens een vergelijkbare overweging in: HR 27 mei 1950, NJ 1951/197 m.nt. DJV (Closet) en HR 25 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4559, NJ 1984/144 m.nt. WMK.

50. Rb. Limburg 1 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2116.

51. Vgl. art. 5:20 BW.

52. Om deze reden is in de literatuur ook wel gesteld dat recht van opstal het enige zakelijke genotsrecht is dat zich daadwerkelijk door middel van een fysieke afbakening laat scheiden van het eigendomsrecht van het perceel, waardoor het een minder ‘theoretisch karakter’ heeft. Zie V. Sagaert, De verjaring van het opstalrecht, NTBR 2009/1.

53. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/243 en 250.

54. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/250.

55. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/250; zie ook art. 3:7, 3:81-83, 3:228 en 5:104 BW.

56. Rb. Almelo 30 augustus 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BR6426; zie ook HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601, NJ 2009/1 m.nt. Verstijlen (Duijf/Bolt).

57. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17, onder 3.13 en 3.14. Zie ook Rb. Noord-Holland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12183; Rb. Gelderland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4223, onder 5.14.

58. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17.

59. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17, onder 3.4.6. Notariële vestiging van het recht van opstal heeft niet plaatsgevonden.

60. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17, onder 3.4.12.

61. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17.

62. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17, onder 3.13 en 3.14. Een vergelijkbare overweging wordt aangetroffen in de uitspraak van Rb. Noord-Holland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12183.

63. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462, WR 2015/17, onder 3.14, eerste gedachtestreepje; vgl. Rb. Rotterdam 12 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4163, onder 5.15.

aan derden kan verkopen zonder dat sprake is van een recht van opstal.<sup>64</sup> Het feit dat medewerking van de verhuurder vereist is bij de verkoop van de recreatiewoning vormt een contra-indicatie voor het bezit van het recht van opstal.<sup>65</sup> Immers, de huurder kan in een dergelijk geval niet ongestoord het bezit van een vermeend recht van opstal uitoefenen.

Een ander voorbeeld van een zaak waarin geen sprake was van bevrijdende verjaring door middel van inbezitneming van het opstalrecht, is de situatie waarin in een bouwvergunning van een kiosk de gebruiker van de kiosk als 'eigenaar' stond vermeld.<sup>66</sup> De gemeente heeft daartegen geen bezwaar gemaakt. Toch is dat niet voldoende om de gebruiker van de kiosk als bezitter van het opstalrecht aan te merken. De Rechtbank Gelderland bevestigt daarmee dat de interne wil om het recht van opstal te verkrijgen, iemand nog geen 'bezitter' van het opstalrecht maakt.<sup>67</sup>

Er zijn echter ook enkele voorbeelden te noemen waarin de inbezitneming van het recht van opstal door middel van bevrijdende verjaring wél is aangenomen. Een van de eerste uitspraken waarin verkrijging van het recht van opstal door middel van verjaring inhoudelijk werd geadresseerd (en aangenomen), is een opvallend arrest van het Gerechtshof Leeuwarden (2011).<sup>68</sup> In deze zaak had de huurder van een perceel grond een recreatiewoning gekocht van de vorige huurder van de grond. In de huurovereenkomst was de bepaling opgenomen dat als de huurder de gebouwde woning wilde verkopen, hij deze eerst te koop moest aanbieden aan de verhuurder voor de taxatiewaarde.<sup>69</sup> Wanneer echter de verhuurder de recreatiewoning niet wilde kopen, mocht de huurder deze aan een derde verkopen. Deze derde moest naar het oordeel van de verhuurder dan wel aanvaardbaar zijn als nieuwe huurder. De huurder diende bij verkoop aan een derde een percentage van de 'meeropbrengst' van de taxatiewaarde aan de verhuurder te betalen. Het hof achtte het op grond van deze omstandigheden aannemelijk dat de huurder 'op een zodanige wijze de feitelijke macht over de recreatiewoning heeft dat hij naar de in het verkeer geldende opvattingen moet worden beschouwd als bezitter van het recht van opstal'<sup>70</sup> en daarnaast 'houder is van het perceel waarop de recreatiewoning staat'.<sup>71</sup> Splitsing tussen de eigendom van de grond en de daarop aanwezige recreatiewoning was daardoor evident. Dit arrest is echter uitzonder-

lijk in het licht van latere uitspraken. Om deze reden kan het arrest niet als vaste rechtspraak worden aangenomen.<sup>72</sup>

Onder het zojuist besproken arrest van het Gerechtshof Leeuwarden van 25 oktober 2011 noemt Ploeger in zijn annotatie omstandigheden waaronder hij verkrijging van een recht van opstal door bevrijdende verjaring denkbaar acht.<sup>73</sup> Het dient dan te gaan om (doorgaans relatief kleine) werken die een persoon zonder enig gebruiksrecht op of in de grond heeft gebouwd, waarbij die persoon zich ten aanzien van het gebouwde gedraagt als eigenaar zonder daarbij de eigendom van de grond na te streven.<sup>74</sup> Als voorbeeld noemt Ploeger een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 december 2009.<sup>75</sup> In deze uitspraak had eiser een perceel grond in eigendom met een aan het water grenzend gedeelte van een talud.<sup>76</sup> Naast dit perceel bevond zich een recreatiewoningcomplex waarvan gedaagde een perceel had geërfd.<sup>77</sup> Tussen het perceel van gedaagde en het talud bevond zich een taps toelopende strook grond die aan eiser in eigendom toebehoorde.<sup>78</sup> Deze strook grond stond onder andere aan gedaagde ter beschikking (om niet).<sup>79</sup> Gedaagde heeft vervolgens vanaf de betreffende strook een steiger gebouwd die gelegen was boven de eigendom van eiser. Gedaagde stelde onder meer dat hij 'een opstalrecht had verkregen ten aanzien van het aanhouden van de steiger'.<sup>80</sup> De rechtbank oordeelde dat het moment waarop de steiger werd gebouwd, gold als het moment waarop het bezit van het opstalrecht ontstond.<sup>81</sup> Oftewel, in de jaren na de bouw van de steiger was sprake van het bezit van een opstalrecht.<sup>82</sup>

Een andere uitspraak die aansluit bij de door Ploeger genoemde situatie is het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 26 januari 2016.<sup>83</sup> Daar had iemand een opstalrecht op een perceel grond waarop zich een woning bevond. Er is uitzicht op de achterwand van een ander pand (van geïntimeerden). In

- 
72. Rb. Rotterdam 12 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4163, onder 4.10; Rb. Gelderland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4223, onder 5.15.
73. Hof Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1889, WR 2013/67 m.nt. Ploeger.
74. Annotatie Ploeger bij Hof Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1889, WR 2013/67, onder 6.
75. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170.
76. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170, onder 2.1. De eiser sub 2 had aan eiser sub 1 de eigendom overgedragen met het daarbij behorende perceel.
77. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170, onder 2.2 en 2.3.
78. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170, onder 2.4.
79. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170, onder 2.9.
80. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170, onder 4.5. De overige stellingen blijven hier onbesproken.
81. Rb. Rotterdam 16 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL3170, onder 5.30 (derhalve vanaf 1 juli 1985).
82. Aangezien de verjaringstermijn werd gestuit, was het opstalrecht niet door bevrijdende verjaring verkregen.
83. Hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:229, RN 2016/44.

die wand bevond zich aanvankelijk een (nood)deur, maar die is dichtgemaakt.<sup>84</sup> Tussen beide panden is een strook van ongeveer vijf meter breed, een zogenaamde 'brandgang'.<sup>85</sup> Appellant heeft vervolgens de brandgang beplant en in gebruik genomen als tuin. Hij stelt daardoor het recht van opstal op de brandgang en de beplanting te hebben verkregen.<sup>86</sup> Het hof erkent in zijn uitspraak dat het opstalrecht door inbezitneming kan worden verkregen. Dit oordeel onderbouwt het hof zeer summier met de constatering dat uit onderzoek is gebleken dat de bomen sinds ongeveer 1989 aanwezig waren en dat appellant op het moment dat hij de woning betrok de beplanting in de brandgang in bezit heeft genomen.<sup>87</sup> Appellant heeft zich ten aanzien van de brandgang en de beplanting daarom gedragen als bezitter van het opstalrecht.

Tot slot dient als recent voorbeeld van een zaak waarin de inbezitneming van het recht van opstal door middel van bevrijdende verjaring wél is aangenomen, het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 20 juni 2017.<sup>88</sup> In deze zaak bevond zich een transformatorstation in een monumentaal pand. Het hof achtte het aannemelijk dat het 'de bestendige, gebruikelijke, praktijk was voor dergelijke inpandige transformatorstations een recht van opstal te vestigen'.<sup>89</sup> Daarnaast waren er geen aanwijzingen te vinden die duiden op een obligatoire overeenkomst. Het hof heeft op grond van de volgende omstandigheden overwogen dat (in casu) Liander de feitelijke macht heeft verkregen en naar de in het verkeer geldende opvattingen bezitter is geworden van het recht van opstal:

- Het transformatorstation bevond zich in een afgesloten ruimte in het pand.
- Deze ruimte kon enkel door middel van deuren aan de straatzijde worden betreden.
- De sleutel van deze ruimte was in het bezit van de (vermeend) beperkt gerechtigde (Liander).
- Op de deur stond de naam van Liander vermeld met het storingsnummer en een waarschuwing voor hoge spanning.
- De situatie is sinds 1955 onafgebroken zo geweest.
- De ruimte is voortdurend als transformatorstation gebruikt en is daarvoor speciaal ingericht.
- Het transformatorstation is door Liander regelmatig geïnspecteerd en onderhouden.<sup>90</sup>

84. Hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:229, RN 2016/44, onder 3.1.4.

85. Er bestaat geen gebruiksrecht. Appellant pretendeert niet rechthebbende te zijn van de strook grond.

86. Hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:229, RN 2016/44, onder 3.8.

87. Hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:229, RN 2016/44, onder 3.9 en 3.11.

88. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5178. De zaak betrof energieleverancier Liander en rechtsvoorganger.

89. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5178, onder 5.6. Dit was destijds ook de bedoeling van partijen.

90. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5178, onder 5.7 en 5.8. Het opstalrecht bestond uit het recht om in het pand een transformatorstation aanwezig te hebben.

Evenals bij het recht van erfdiensbaarheid lijkt bij het opstalrecht het antwoord op de vraag of verkrijging door bevrijdende verjaring mogelijk is, tweeledig. Uit de jurisprudentie blijkt dat verkrijging van een recht van opstal krachtens bevrijdende verjaring zeer uitzonderlijk is. Dit komt omdat het vereiste van 'ondubbelzinnig bezit' dikwijls niet kan worden vastgesteld. Dit lijkt met name het geval te zijn bij *afhankelijke opstalrechten*. Hoewel de rechtspraak ten aanzien van het antwoord op de vraag of het recht van opstal op grond van bevrijdende verjaring kan worden verkregen niet expliciet een onderscheid maakt tussen verschillende typen opstalrechten, kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat verkrijging van een opstalrecht eerder wordt aangenomen bij *zelfstandige* opstalrechten dan bij *afhankelijke* opstalrechten. Mogelijk heeft dit te maken met het feit dat bij de aanwezigheid van een bestaand gebruiksrecht het van buitenaf moeilijk waarneembaar is uit hoofde waarvan een persoon een bepaalde bezitshandeling verricht. Verrijking door middel van bevrijdende verjaring van *zelfstandige* opstalrechten lijkt derhalve wel degelijk mogelijk te zijn.

### 5 Inbezitneming van het recht van erfpacht

Het laatste beperkte zakelijke genotsrecht dat in deze bijdrage aan de orde komt, is het recht van erfpacht. Ook hierbij dient zich de vraag aan of het recht van erfpacht in bezit genomen kan worden. Hieronder volgt eerst een korte toelichting op het recht van erfpacht, gevolgd door een uitleg van de (on)mogelijkheid om dit beperkte zakelijke genotsrecht in bezit te nemen.

Het erfpachtrecht verschafft de erfpachter de bevoegdheid om andermans onroerende zaak voor zichzelf te houden en te gebruiken (art. 5:85 BW).<sup>91</sup> Waar bij het opstalrecht sprake is van horizontale splitsing tussen de eigendom van de grond en de zich daarop bevindende opstallen, is bij het erfpachtrecht geen sprake van een horizontale splitsing. Vergeleken met de hiervoor besproken zakelijke genotsrechten van erfdiensbaarheid en het recht van opstal kan het erfpachtrecht worden gezien als het 'zwaarst op de zaak drukkende genotsrecht'.<sup>92</sup> Het verschafft de erfpachter immers 'in beginsel hetzelfde genot als de eigenaar van de zaak'.<sup>93</sup> Dat maakt het lastig voor de beperkt gerechtigde om inbezitneming aan te tonen.<sup>94</sup>

De mogelijkheid tot inbezitneming van het recht van erfpacht is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de zaak in

91. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/209.

92. B. Berenschot, J.M. Hoekstra & J.B. Vegter, Eigendom en beperkte rechten naar BW en NBW, Deventer: Kluwer 1986, p. 108.

93. Berenschot e.a. 1986, p. 107; zie ook Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/247. Het erfpachtrecht en het opstalrecht vertonen veel verwantschap. Daarom zijn de regels van erfpacht van overeenkomstige toepassing verklaard op het recht van opstal (zie art. 5:104 en 5:103 lid 3 BW). Anders dan bij het opstalrecht wordt de erfpachter geen eigenaar van de opstallen. Derhalve is bij het opstalrecht een afwijking van de natrekingsregel gecreëerd (art. 5:20 lid 1 BW).

94. E. Jansen, Drie uitspraken over erfpacht, inbezitneming en art. 3:105 BW, MvV 2015, afl. 9, p. 255.

onderling verband bezien.<sup>95</sup> Zo kan bijvoorbeeld uit het betalen van een canon het bezit van het recht van erfpacht blijken, maar dit is op zichzelf niet allesbeslissend.<sup>96</sup> Een periodieke betaling kan namelijk ook geschieden uit hoofde van huur of grondrente.<sup>97</sup> Ook bij dit beperkte zakelijke genotsrecht geldt dat een enkele machtsuitoefening, zoals het gebruiken of onderhouden van een perceel grond of het plaatsen van een schutting, niet voldoende is om bezit aan te nemen.<sup>98</sup>

Aan de hand van de uiterlijke feiten is van buitenaf moeilijk waarneembaar op grond van welk recht (het eigendomsrecht of het recht van erfpacht) bezitsdaaden worden uitgeoefend. Mijns inziens is vrijwel geen bezitsdaad denkbaar die de erfpachter van buitenaf kan onderscheiden van de daadwerkelijke eigenaar van de onroerende zaak. Immers, ook de erfpachter beschikt over het volle genot van de onroerende zaak en het erfpachtrecht is een sterk op eigendom gelijkend recht. Zelfs de meest typerende handeling voor een erfpachter, de betaling van de canon, kan niet zonder meer worden aangemerkt als een bezitsdaad. Deze moet in ieder geval gepaard gaan met andere bijkomende handelingen die 'in onderling verband en samenhang' mogelijk de doorslag geven.<sup>99</sup> Om deze reden lijkt inbezitneming van het erfpachtrecht, buiten de gevallen van een gebrek in de vestiging van het recht, niet of nauwelijks denkbaar.<sup>100</sup>

Inbezitneming van het recht van erfpacht is beter denkbaar indien een erfpachter de reeds bestaande erfpacht uitbreidt en daardoor, bewust of onbewust,<sup>101</sup> een groter perceel in erfpacht gaat houden dan waarop de rechtsverhouding ziet.<sup>102</sup> In de rechtspraak, zoals bijvoorbeeld in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 3 juni 2015, is tot op heden geoordeeld dat erfpachters de grond als houders in gebruik hebben genomen, en dat er dus geen sprake is van het vereiste bezit ex art. 3:105 BW.<sup>103</sup> Echter, naast het feit dat de erfpachter *houder is van de grond* die in erfpacht is uitgegeven, is de erfpachter óók *bezitter van het recht van erfpacht*. Deze duale positie van de erfpachter is, ten onrechte, niet in de beoordeling van

de rechtbank meegenomen.<sup>104</sup> Waar de rechtbank wel ingaat op het erfpachtrecht ten aanzien van de eigendom van de grond, blijft het leerstuk van het bezit van het recht van erfpacht vooralsnog inhoudelijk onbesproken.<sup>105</sup>

De vraag of inbezitneming van het recht van erfpacht (bij uitbreiding van het reeds bestaande erfpachtrecht) mogelijk is, is dus vooralsnog onbeantwoord gebleven. Toch lijkt deze vraag, zij het met de nodige slagen om de arm, te kunnen worden beantwoord. Daartoe zou aansluiting kunnen worden gezocht bij rechtspraak die betrekking heeft op het huurrecht en het leerstuk van de directe verkrijging.<sup>106</sup> In deze rechtspraak is expliciet geoordeeld dat op grond van art. 3:107 lid 3 BW ook sprake kan zijn van 'middellijk bezit' van een verhuurder, waarbij de huurder het goed voor hem houdt.<sup>107</sup> Toepassing van de leer van de directe verkrijging heeft tot gevolg dat het handelen van de tussenpersoon aangemerkt dient te worden als het handelen van de vertegenwoordigde.<sup>108</sup> Daardoor verkrijgt de vertegenwoordigde hetzelfde recht als de tussenpersoon, mits de verkrijging binnen de uitvoering van de rechtsverhouding valt (vergelijk art. 3:110 BW).<sup>109</sup> Specifiek op huur gericht kan de huurder een goed in bezit nemen en dit krachtens de huurverhouding gaan houden voor de verhuurder. Als voorbeeld dient de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 mei 2011.<sup>110</sup> In deze uitspraak huurde eiser (hierna: de huurder) voor lange tijd percelen grond van zijn moeder (hierna: de verhuurder). Op een van de percelen bouwde de huurder zes bergingen. Deze bergingen werden echter voor een gedeelte gebouwd op het aangrenzende, en aan de gemeente toebehorende, perceel. Na het overlijden van de verhuurder werd de huurder gelegateerd. De huurder stelde onder meer dat hij door verjaring eigenaar was geworden van het stuk grond van de gemeente waarop de berging was gebouwd. Hiertegen voerde de gemeente aan dat verjaring was uitgesloten, aangezien de huurder enkel huurder – en aldus houder voor een ander – is geweest van het gedeelte van het perceel van de gemeente en derhalve nimmer het 'bezit' heeft gehad. De rechtbank oordeelde in casu dat op grond van art. 3:107 lid 3 BW ook sprake kan zijn van 'middellijk bezit'. De verhuurder heeft destijds, via de huurder, het bezit uitge-

95. Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1658, onder 4.27.

96. TM bij art. 3.5.4, Parl. Gesch. Boek 3, p. 430-431; vgl. Vonck, in: GS Zakelijke rechten, art. 5:7 BW, aant. 13. Immers, het is ook mogelijk een niet-canonplichtig recht van erfpacht te hebben (art. 5:85 lid 2 BW).

97. HR 26 februari 1915, NJ 1915, p. 625.

98. Rb. Amsterdam 6 oktober 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AH5067; Rb. Den Haag 6 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8611.

99. Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1658, onder 4.27.

100. Reehuis & Heisterkamp 2012/598.

101. Uit de wetgeschiedenis van art. 3:110 BW blijkt dat de subjectieve wil van betrokken partijen niet relevant is. Enkel de door de rechtsverhouding geobjectiveerde wil is van belang.

102. Zie ook TM bij art. 3.5.4, Parl. Gesch. Boek 3, p. 430 en MvA bij art. 3.5.4, Parl. Gesch. Boek 3, p. 431. Zie ook Rb. Rotterdam 3 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3944; concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, NJ 2016/309 m.nt. H.J. Snijders (Westendorp/Gemeente Arnhem).

103. Rb. Rotterdam 3 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3944. Zie ook HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, NJ 2016/309 m.nt. H.J. Snijders (Westendorp/Gemeente Arnhem).

104. Hetzelfde geldt voor de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij de uitspraak HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, NJ 2016/309 m.nt. H.J. Snijders (Westendorp/Gemeente Arnhem).

105. Zie ook concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, NJ 2016/309 m.nt. H.J. Snijders (Westendorp/Gemeente Arnhem).

106. Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5642; GS Vermogensrecht, art. 110 Boek 3 BW, aant. 6.

107. Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5642, onder 4.1.

108. In tegenstelling tot de doorleveringstheorie (ook wel het leerstuk van 'middellijke vertegenwoordiging' genoemd), waarbij de tussenpersoon in eigen naam handelt, maar voor rekening van de vertegenwoordigde. De middellijk vertegenwoordiger kan alleen voor zichzelf het bezit verkrijgen.

109. GS Vermogensrecht. 6. De leer der directe verkrijging, bij: BW Boek 3, art. 110.

110. Zie bijv. Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5642.



oefend over het gedeelte van het perceel van de gemeente.<sup>111</sup> Naar het oordeel van de rechtbank kan art. 3:110 BW immers met zich brengen dat indien één partij bij een rechtsverhouding een goed verkrijgt, deze het goed ter uitvoering van die rechtsverhouding gaat houden voor de andere partij bij die rechtsverhouding. Aldus is eiser het litigieuze perceel voor zijn moeder gaan houden, zodat zij het middellijk bezit van dit perceel had. Analoge toepassing van dit leerstuk zou betekenen dat ook de erfpachter – als houder van de grond en onmiddellijk bezitter van het erfpachtrecht – voor de erfverpachter het middellijk bezit van een aangrenzend perceel kan verkrijgen.<sup>112</sup> Tegelijkertijd is de erfpachter ook onmiddellijk bezitter van het recht van erfpacht. Theoretisch gezien zou de erfpachter dan op zijn beurt onmiddellijk bezitter kunnen worden van het recht van erfpacht over het extra gedeelte grond.<sup>113</sup> Deze analoge toepassing is tot op heden nog niet in de praktijk toegepast en berust vooralsnog op een theoretische aanname.

## 6 Conclusie

Aan het begin van deze bijdrage is de vraag gesteld of het mogelijk is om een beperkt zakelijk genotsrecht te verkrijgen door middel van bevrijdende verjaring ex art. 3:105 BW uitsluitend door zich hierover de feitelijke macht te verschaffen (*inbezitneming*). In paragraaf 2 zijn het bezitsvereiste en het leerstuk van inbezitneming uitgebreid uiteengezet. Gebleken is dat ook voor de verkrijging van beperkte rechten door middel van verjaring vereist is dat er sprake is van *ondubbelzinnig bezit*. Dit houdt in dat de bezitter zich zodanig dient te gedragen dat de eigenaar van het goed hieruit niets anders kan afleiden dan dat de bezitter pretendeert eigenaar te zijn. Indien de machtsuitoefeningen ook duiden op andere rechtsverhoudingen, dan kan er dus geen sprake zijn van ondubbelzinnig bezit. Deze beoordeling dient op grond van de verkeersopvatting met inachtneming van de uiterlijk waarneembare feiten plaats te vinden. Doordat de beperkt gerechtigde zowel bezitter is van het beperkte recht als houder van het eigendomsrecht, is het ondubbelzinnig bezit doorgaans moeilijk aan te tonen. Achtereenvolgens zijn de mogelijkheden van inbezitneming van het recht van erfdiensbaarheid, het recht van opstal en het recht van erfpacht onderzocht.

Ten aanzien van het recht van erfdiensbaarheid is in de wet expliciet opgenomen dat dit recht kan ontstaan door middel van verjaring (art. 5:72 lid 1 BW). Bevrijdende verjaring door middel van inbezitneming lijkt echter niet voor alle erfdiensbaarheden mogelijk te zijn. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen erfdiensbaarheden die zien op het ‘niet doen’ van bepaalde handelingen en erfdiensbaarheden die zien op het ‘dulden’ van bepaalde handelingen. De erfdiensbaarheden

die zien op het ‘niet doen’ van bepaalde handelingen lijken niet in bezit te kunnen worden genomen, en dus niet door middel van verjaring ex art. 3:105 BW te kunnen worden verkregen. Het bezit is doorgaans niet zichtbaar, waardoor aan de hand van de uiterlijke feiten niet waarneembaar is dat sprake is van bezit. De erfdiensbaarheden die zien op het ‘dulden’ kunnen wel door inbezitneming worden verkregen. Daarbij lijkt een vereiste te zijn dat sprake is van enige continuïteit van de uitoefening van het beperkte recht. Incidentele machtsuitoefeningen en sporadische handelingen zijn niet voldoende om het recht van erfdiensbaarheid in bezit te nemen. De plaatselijke gesteldheid kan daarentegen wel op een erfdiensbaarheid duiden.

Ook het antwoord op de vraag of inbezitneming van het recht van opstal mogelijk is, lijkt tweeledig te zijn. Inbezitneming van *afhankelijke* opstalrechten is moeizaam. Dit heeft vermoedelijk te maken met het feit dat op grond van de uiterlijk waarneembare feiten nauwelijks het ondubbelzinnig bezit van het (afhankelijke) opstalrecht kan worden vastgesteld. Inbezitneming van *zelfstandige* opstalrechten lijkt daarentegen wel mogelijk te zijn. De rechtspraak ziet tot op heden enkel op de situaties waarin een relatief klein werk is gebouwd op de eigendom van een derde zonder dat de vermeend opstalgerechtigde daarbij pretendeert enig gebruiksrecht of het eigendomsrecht van de ondergrond te verkrijgen.

Tot slot zijn de mogelijkheden tot inbezitneming van het recht van erfpacht onderzocht. Evenals bij de andere beperkte rechten geldt ook hierbij dat het bezit ondubbelzinnig moet zijn. Echter, het erfpachtrecht is van buitenaf een sterk op het eigendomsrecht lijkend recht. Typerend voor het erfpachtrecht is de canonverplichting van de erfpachter. Bij een eventuele afwezigheid van deze vergoeding is het praktisch onmogelijk om onderscheid te maken tussen de erfpachter en de eigendomsgerechtigde. Uit de rechtspraak is evenwel gebleken dat de betaling van een canon niet allesbeslissend is, omdat dit ook kan geschieden uit hoofde van bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Inbezitneming van een niet-gevestigd erfpachtrecht lijkt om deze reden vrijwel uitgesloten. Het is echter ook denkbaar dat een groter (dan het reeds gevestigde) erfpachtrecht in bezit genomen wordt. Mijns inziens kan, in een dergelijk geval, naar analogie aansluiting worden gezocht bij het huurrecht. In de rechtspraak met betrekking tot huurrecht is in de lagere rechtspraak geoordeeld dat de huurder, op grond van de leer van de directe verkrijging, het bezit van een aangrenzend gedeelte van een perceel kan verkrijgen voor de verhuurder door inbezitneming. De verhuurder wordt dan, krachtens de rechtsverhouding, middellijk bezitter van het door de huurder in bezit genomen gedeelte grond. Kan de verhuurder bezit verkrijgen door middel van machtsuitoefeningen van de huurder, dan zou, naar analogie, de erfverpachter ook (middellijk) bezit kunnen verkrijgen door middel van machtsuitoefeningen van de erfpachter. Aangezien de erfpachter niet alleen houder is van het eigendomsrecht van de erfverpachter, maar tevens bezitter van het erfpachtrecht, wordt de

111. Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5642, onder 4.1.

112. H.M.C. Duin & H.D. Ploeger, De ‘Arnhemse ex-erfpachter’ en openbaar en ondubbelzinnig verjaringsbezit, WPNR 2016/7115, p. 589.

113. Zie ook Jansen 2015, p. 258 en concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, NJ 2016/309 m.nt. H.J. Sniijders (Westendorp/Gemeente Arnhem).

erfpachter in dat geval zowel houder van het extra gedeelte grond als bezitter van het erfpachtrecht over het extra gedeelte grond.

Al met al komt in deze bijdrage het beeld naar voren dat verkrijging door middel van bevrijdende verjaring van beperkte zakelijke genotsrechten zeer uitzonderlijk is. Het (ondubbelzinnig) bezitsvereiste lijkt in dit verband inderdaad een forse dam op te werpen. Echter, inbezitneming van enkele specifieke categorieën van beperkte zakelijke genotsrechten is wel degelijk mogelijk. In het bijzonder lijken (1) erfdienstbaarheden tot een dulden, (2) zelfstandige opstalrechten en (3) erfpachtrechten die de omvang van het reeds bestaande (gevestigde) erfpachtrecht overschrijden, te kunnen worden verkregen door bevrijdende verjaring.