



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2005, October 5). *De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht. Meijers-reeks*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4301>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4301>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

19 | Actieve legitimatie, passieve legitimatie en verjaring

19.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal een aantal onderwerpen worden behandeld die verband houden met de mogelijkheid om de moderne *actio negatoria* in te stellen. In § 19.2 komt de vraag naar de actieve legitimatie tot de moderne *actio negatoria* aan de orde, dat wil zeggen de vraag wie de moderne *actio negatoria* kan instellen. In § 19.3 wordt de vraag behandeld tegen wie de moderne *actio negatoria* kan worden ingesteld (passieve legitimatie). Tot slot wordt in § 19.4 stilgestaan bij de verjaring van de moderne *actio negatoria*.

19.2 ACTIEVE LEGITIMATIE TOT DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA*

De moderne *actio negatoria* vormt tezamen met de revindicatie de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht.¹ Zij is de goederenrechtelijke actie waarmee de eigenaar kan optreden tegen niet met deposedering gepaard gaande inbreuken op zijn eigendomsrecht. Hieruit volgt dat in de eerste plaats de eigenaar actief gelegitimeerd is tot de moderne *actio negatoria*. Met deze vaststelling zal hier echter niet worden volstaan. Er zal worden ingegaan op een aantal gevallen die vragen op kunnen roepen met betrekking tot de actieve legitimatie tot de moderne *actio negatoria*. Allereerst komt het geval aan de orde waarin sprake is van mede-eigendom: gekeken wordt naar de positie van de mede-eigenaar en in het verlengde hiervan naar die van de appartementseigenaar. Daarna wordt aandacht besteed aan gevallen waarin een zaak bezwaard is met een beperkt goederenrechtelijk recht: wat is in dat geval de positie van de bloot-eigenaar en van de verschillende beperkt goederenrechtelijk gerechtigden? Vervolgens komt de positie aan de orde van degenen die krachtens een persoonlijk recht bevoegd zijn tot het gebruik van een zaak: staat aan persoonlijk gerechtigden, in het geval van een niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht, een rechtsvordering ter beschikking om de inbreuk ongedaan te maken? Tot slot wordt aandacht besteed aan de positie van een bezitter niet-eigenaar.

¹ De uitdrukking ‘rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht’ is ontleend aan C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (Trechsel/Laméris).

19.2.1 De positie van de mede-eigenaar en de appartementseigenaar

a. De positie van de mede-eigenaar

Volgens art. 3:171 BW is iedere deelgenoot als regel bevoegd tot het instellen van rechtsvorderingen ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak ten behoeve van de gemeenschap. Dit betekent dat een mede-eigenaar bevoegd is om met de moderne *actio negatoria* op te treden wanneer een derde inbreuk maakt of dreigt te maken op het gemeenschappelijke eigendomsrecht. Daarnaast kan de ene mede-eigenaar ook met de moderne *actio negatoria* optreden tegen een andere mede-eigenaar die inbreuk maakt of dreigt te maken op het mede-eigendomsrecht van de eerstgenoemde mede-eigenaar. Een dergelijke inbreuk op het mede-eigendomsrecht kan zich voordoen wanneer een mede-eigenaar een bepaald gebruik maakt van de gemeenschappelijke zaak waartoe hij jegens een andere mede-eigenaar niet bevoegd is. Het antwoord op de vraag of een mede-eigenaar tot een bepaald gebruik bevoegd is, hangt in eerste instantie af van hetgeen de mede-eigenaars hierover hebben afgesproken.² Wanneer de mede-eigenaars geen regeling hebben getroffen met betrekking tot het gebruik van de gemeenschappelijke zaak, dan geldt volgens art. 3:169 BW dat iedere mede-eigenaar bevoegd is tot het gebruik van de gemeenschappelijke zaak, voorzover dit gebruik met het recht van de overige mede-eigenaars te verenigen is.

b. De positie van de appartementseigenaar

De basis van de aan het appartementsrecht ten grondslag liggende constructie wordt gevormd door de rechtsfiguur van mede-eigendom.³ Een appartementsrecht is volgens art. 5:106 lid 3 BW een *aandeel* in de eigendom⁴ van een gebouw. De bijzonderheid van een gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw is dat het aandeel in het gebouw de bevoegdheid omvat tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw.⁵ Als een mede-appartementseigenaar of een derde, zonder toestemming, op enigerlei wijze gebruik maakt van deze gedeelten, dan vormt dit een inbreuk op het exclusieve gebruiksrecht van de appartementseigenaar waartegen deze met de moderne *actio negatoria* kan optreden. Wanneer de inbreuk bestaat in het door de ene aan de andere appartementseigenaar toebrengen van hinder door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, dan is in beginsel de regel van art. 5:37 BW van toepassing. Omdat het toebrengen van een

2 Zie art. 3:168 lid 1 BW.

3 Zie ook Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 343, p. 367.

4 Dan wel erfpachtsrecht of opstalrecht (zie art. 5:106 lid 1 BW).

5 Art. 5:106 lid 3 BW.

bepaalde mate van hinder zowel gezien kan worden als de uitoefening van het exclusieve gebruiksrecht van de ene appartementseigenaar, alsook als een inbreuk op het exclusieve gebruiksrecht van de andere appartementseigenaar, dient ergens een grens gesteld te worden. Bepalend is volgens art. 5:37 BW of de hinder wordt toegebracht in een mate of op een wijze die volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt.⁶ Bedacht moet worden dat het mogelijk is om in het reglement van splitsing de grens van art. 5:37 BW ten opzichte van de appartementseigenaars onderling te verschuiven. In het reglement kan het recht om een bepaalde mate van hinder toe te brengen ten opzichte van de wettelijke grens worden beperkt (te denken valt aan een verbod op het hebben van een parketvloer of een absoluut verbod op het bespelen van muziekinstrumenten) of uitgebreid.⁷

Een appartementseigenaar kan in alle gevallen waarin sprake is van een inbreuk op zijn exclusieve gebruiksrecht zelfstandig in rechte optreden. Daarnaast bestaat volgens art. 5:126 lid 3 BW de mogelijkheid dat de vereniging van eigenaars in rechte optreedt tegen appartementseigenaars die verplichtingen niet nakomen 'die voor de appartementseigenaars uit het bij of krachtens de wet en het reglement bepaalde jegens elkander voortvloeien'. Het bewandelen van deze laatste weg heeft het voordeel dat de proceskosten ten laste komen van de vereniging van eigenaars.⁸

19.2.2 De positie van de beperkt goederenrechtelijk gerechtigden

Een beperkt goederenrechtelijk gerechtigde ontleent aan een eigenaar bepaalde bevoegdheden die hij zelfstandig tegenover de eigenaar en tegenover derden kan handhaven. In het geval van een (dreigende) inbreuk op een beperkt goederenrechtelijk recht komt aan de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde een *eigen* goederenrechtelijke rechtsvordering toe, gebaseerd op *zijn* absolute subjectieve recht, in verbinding met art. 3:296 BW.⁹ Anders dan men in het BW van 1838 kon lezen, stelt de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde *niet* de rechtsvordering van de eigenaar in.¹⁰

Wanneer op een zaak een beperkt goederenrechtelijk recht rust, dan kan een bepaalde handeling of toestand zowel een inbreuk op het eigendomsrecht, als een inbreuk op het recht van de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde vormen. Met betrekking tot het recht van erfpacht en het recht van vrucht-

6 Zie uitgebreid p. 224-226 hierboven.

7 Zie art. 5:112 lid 4 BW.

8 Zie ook Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 557, p. 531-532.

9 Vgl. T.M. bij art. 3.8.17, PG Boek 3, p. 671.

10 Zie met betrekking tot de vruchtgebruiker art. 828 OBW, op welke bepaling Suijling (1940), p. 387-388 terecht kritiek uit.

gebruik bepalen art. 5:95 BW¹¹ respectievelijk art. 3:218 BW dat in dit soort gevallen zowel de eigenaar als de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde bevoegd is een rechtsvordering in te stellen, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.¹²

Een niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht vormt niet altijd tevens een inbreuk op een beperkt goederenrechtelijk recht waarmee de zaak is bezwaard. Te denken valt aan het geval waarin een zaak bezwaard is met een recht van erfdiensbaarheid. Stel dat B op grond van een erfdiensbaarheid bevoegd is om over het erf van A te gaan, en stel verder dat C zonder daartoe bevoegd te zijn, eveneens over het erf van A gaat. Het handelen van C vormt in dit geval een inbreuk op het eigendomsrecht van A, maar niet noodzakelijkerwijze óók op het recht van erfdiensbaarheid van B, die door het handelen van C immers niet in zijn eigen bevoegdheid wordt gestoord. Anders wordt het wanneer C de doorgang voor B blokkeert. In dat geval is er sprake van een inbreuk op zowel het eigendomsrecht van A als het recht van erfdiensbaarheid van B. De wet bevat voor dit soort gevallen, waarin een recht van erfdiensbaarheid in het geding is, geen bijzondere regeling. Aangenomen moet worden dat – bij gebreke van een regeling als opgenomen in 5:95 BW en art. 3:218 BW – zowel de eigenaar als de gerechtigde tot de erfdiensbaarheid geheel zelfstandig bevoegd is tot het instellen van de rechtsvordering tot opheffing van de betreffende situatie.

Ook het recht van hypotheek¹³ zoals geregeld in afdeling 4 titel 9 van Boek 3 BW kent geen wettelijke regeling omtrent het instellen van een rechtsvordering die zowel het recht van de eigenaar als dat van de hypotheekhouder betreft. Wat betreft het hypotheekrecht is het echter moeilijk voorstelbaar dat een niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht, tevens een inbreuk op een recht van hypotheek vormt. Het recht van hypotheek strekt ertoe om op het daaraan onderworpen goed een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen.¹⁴ Hiertoe wordt de hypotheekhouder onder omstandigheden de bevoegdheid verleend om de zaak in het openbaar ten overstaan van een bevoegde notaris te doen verkopen.¹⁵ Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat een inbreuk op het hypotheekrecht, een aantasting van de verhaalsmogelijkheid

11 Op grond van art. 5:104 lid 1 BW is art. 5:95 BW van overeenkomstige toepassing op het recht van opstal.

12 Anders: Van Nispen (1978), p. 148 en p. 152 die als algemene regel aanneemt dat hoofden beperkt gerechtigde zelfstandig en zonder de ander in de rechtsstrijd te mengen hun absolute recht tegenover derden kunnen verdedigen. Aan de bepalingen van art. 5:95 BW en art. 3:218 BW kent hij slechts een beperkt bereik toe.

13 Het pandrecht blijft onbesproken omdat het met de moderne *actio negatoria* optreden tegen niet met deposedering gepaard gaande inbreuken op het eigendomsrecht op niet-registergoederen – hoewel theoretisch denkbaar (denk aan zaakbeschadiging waarover § 8.6 hierboven) – praktisch van geen belang is.

14 Art. 3:227 lid 1 BW.

15 Art. 3:268 lid 1 BW.

van de hypotheekhouder vereist. Van een dergelijke aantasting is bij een niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht in het algemeen geen sprake. Wanneer er met betrekking tot een verhypothekerde zaak een toestand ontstaat die inbreuk maakt op het eigendomsrecht op die zaak (te denken valt aan het geval waarin de buurman over de erfgras heeft gebouwd), dan wordt een eventuele waardevermindering van de zaak die hiervan het gevolg is, gecompenseerd door het ten behoeve van de (toekomstige) eigenaar ontstane goederenrechtelijke vorderingsrecht tot ongedaanmaking van de inbreukmakende toestand. Mocht door verjaring een erfdienstbaarheid ontstaan die de nabuur het recht geeft om de betreffende toestand in stand te houden, dan geldt op grond van de prioriteitsregel dat de erfdienstbaarheid niet jegens de hypotheekhouder kan worden ingeroepen wanneer het tot executie komt.¹⁶ Tot slot geldt dat een hypotheekhouder in het geval van zaakbeschadiging door art. 3:229 BW beschermd wordt tegen de aantasting van zijn verhaalsmogelijkheid: het recht van hypotheek brengt van rechtswege een recht van pand mee op vorderingen terzake van waardevermindering van het goed.

In het verlengde van de hierboven gemaakte vaststelling dat – als een zaak bezwaard is met een beperkt goederenrechtelijk recht – een inbreuk op het eigendomsrecht niet altijd eveneens een inbreuk op het beperkte recht hoeft te betekenen, rijst de vraag of zich ook een situatie kan voordoen waarin er wel sprake is van een inbreuk op een beperkt goederenrechtelijk recht, maar niet op het eigendomsrecht. Deze vraag moet bevestigend beantwoord worden. Een dergelijke situatie doet zich in de eerste plaats voor wanneer een beperkt gebruiksrecht is gevestigd (vruchtgebruik of erfpacht) en de inbreuk van voorbijgaande aard is, zoals in het geval van het betreden van het erf of het veroorzaken van geluidsoverlast. Tegen een zodanige inbreuk kan de vruchtgebruiker of erfpachter zelfstandig optreden, zonder de eigenaar in het geding te hoeven roepen.¹⁷ In de tweede plaats kan zich een situatie voordoen waarin het eigendomsrecht door de vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht zozeer is uitgediept dat met betrekking tot iedere inbreuk die de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde in zijn recht treft, geldt dat deze niet geacht

16 Zie met betrekking tot de prioriteitsregel in het hypotheekrecht: Asser/Van Velten 3-III (2003), nr. 257-258, p. 289-291 alsmede Snijders/Rank-Berenschot (2001), nr. 464, p. 370-371 en vgl. art. 3:273 lid 1 BW en art. 3:282 BW. Ook een eventuele verjaring van de vordering tot ongedaanmaking van een onrechtmatige toestand op grond van art. 3:314 lid 1 BW jo. art. 3:306 BW zonder dat – in verband met het ontbreken van bezit van een erfdienstbaarheid – op grond van art. 3:105 lid 1 BW een erfdienstbaarheid wordt verkregen, kan naar mijn mening niet tegen de hypotheekhouder worden ingeroepen. Wie het meerdere niet tegen zich hoeft te laten gelden, hoeft het mindere ook niet tegen zich te laten gelden.

17 Anderzijds mist de eigenaar de bevoegdheid om op te treden. Mocht door verjaring een erfdienstbaarheid ontstaan (waarover § 19.4.3 hieronder), dan beschermt art. 5:84 lid 3 BW de eigenaar hiertegen.

kan worden ook de bloot-eigenaar in zijn eigendomsrecht te treffen. Hierbij valt te denken aan de zogeheten eeuwigdurende erfpacht waarbij de eigenaar niet bevoegd is om op te zeggen en waarbij de canon volledig is afgekocht of in ieder geval voor onbepaalde tijd is vastgesteld.¹⁸ Wanneer in zo'n geval iemand op enigerlei wijze onbevoegdlijk gebruik maakt van de in erfpacht gegeven zaak, dan moet worden aangenomen dat de eigenaar niet bevoegd is om een vordering in te stellen, ook niet wanneer hij op grond van art. 5:95 BW de erfpachter in het geding roept.¹⁹ Wat betreft de erfpachter geldt dat hij in de geschetste situatie een vordering kan instellen zonder dat hij de eigenaar in het geding hoeft te roepen.

19.2.3 De positie van de persoonlijk gerechtigden

De uit een obligatoire overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid tot gebruik van een zaak, vormt geen subjectief recht waarop een derde inbreuk kan maken. Op een vorderingsrecht kan als regel slechts inbreuk worden gemaakt door de wederpartij.²⁰ Dit betekent echter niet dat een persoonlijk gerechtigde (huurder,²¹ bruiklener) niets kan ondernemen tegen een derde die inbreuk maakt of dreigt te maken op het eigendomsrecht van zijn wederpartij. Een persoonlijk gerechtigde kan zich er namelijk op beroepen dat een inbreuk op de eigendom van een zaak waar hij als persoonlijk gerechtigde een belang

18 Zie over de eeuwigdurende erfpacht: T.M. bij art. 5.7.1.2, PG Boek 5, p. 304, De Jong (1995), p. 33 en Van Velten (1995), p. 85 die spreekt over een 'civielrechtelijk monstrem'.

19 Anders: Hof 's-Gravenhage 19 december 2001, NJ 2002, 306, waarin de gemeente als eigenaar een vordering instelt tot ontruiming van een in eeuwigdurende erfpacht uitgegeven woning en hiertoe door het Hof bevoegd wordt geacht, mits zij de erfpachter tijdig in het geding roept. Het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep (dat slechts betrekking had op de vraag of de oproeping tijdig had plaatsgevonden) wordt verworpen (HR 7 maart 2003, NJ 2003, 244).

20 Zie Hofmann/Drion (1959), p. 81, Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 35, p. 42 en Du Perron (1999), p. 105-106. Er bestaat een uitzondering op deze regel in verband met het bepaalde in art. 6:34 BW, waarover Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 35, p. 42 en Du Perron (1999), p. 106.

21 Er is geen reden om de huurder en de pachter anders te behandelen dan de overige persoonlijk gerechtigden. Zo ook: Bloembergen (1965), p. 266-267 en Van Nispen (1978), p. 153. Anders: Jansen (Art. 6:162 lid 2), aant. 31, Hijma/Olthof (2002), nr. 408, p. 274 en Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 1952, NJ 1952, 618 welk standpunt in cassatie niet werd bestreden en welk standpunt de Hoge Raad (HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 m. nt. PhANH, Voorste stroom VII) uitdrukkelijk voor rekening van het Hof heeft gelaten. De vraag of het aan een huurder of pachter toekomend recht al dan niet een subjectief recht is waarop inbreuk kan worden gemaakt, wordt veelal in het midden gelaten: zie Hofmann/Drion (1959), p. 81, Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 35, p. 42 en De Bie Leuveling Tjeenk (1997), p. 219. Het gegeven dat het huurrecht op zichzelf geen subjectief recht is, neemt niet weg dat een huurder aan zijn huurrecht een grondwettelijk beschermd subjectief recht ontleent, te weten het zogeheten huisrecht (art. 12 Gw). Hierop lijkt Hof 's-Gravenhage 16 februari 2000, NJkort 2000, 36 betrekking te hebben.

bij heeft, jegens hem onrechtmatig is wegens schending van een jegens hem in acht te nemen betamelijkheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW.²² Bedacht moet worden dat er met deze jegens de persoonlijk gerechtigde in acht te nemen betamelijkheidsnorm iets bijzonders aan de hand is. De bijzonderheid schuilt hierin dat de inhoud van deze betamelijkheidsnorm geheel wordt ingekleurd door de verhouding tussen de inbreukmaker en de eigenaar en niet door de verhouding tussen de inbreukmaker en de persoonlijk gerechtigde. Ter illustratie kan gewezen worden op het geval waarin A zich dagelijks een weg baant over twee erven die gehuurd zijn door B respectievelijk C. Wanneer de eigenaar van het aan B verhuurde erf hiervoor aan A toestemming heeft gegeven en de eigenaar van het aan C verhuurde erf niet, dan ziet men hoe precies dezelfde handeling van A jegens C wel en jegens B niet onbetamelijk is. De onbetamelijkheid jegens de persoonlijk gerechtigde wordt in dit soort gevallen dus bepaald door het oordeel of er al dan niet sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht. Van Nispen spreekt in dit verband over de aanspraak van de contractueel belanghebbende die 'een afgeleide van de eigenaarsbevoegdheid' is.²³ Dit leidt tot de vaststelling dat het bij onrechtmatigheid op grond van de bijzondere betamelijkheidsnorm die geldt tussen de inbreukmaker en de persoonlijk gerechtigde, in wezen gaat om onrechtmatigheid op grond van een inbreuk op het eigendomsrecht, waarbij het relativiteitsvereiste gedeeltelijk is vervallen:²⁴ niet alleen jegens de eigenaar, maar ook jegens een persoonlijk gerechtigde die een zeker belang bij de zaak heeft, kan een inbreuk op het eigendomsrecht onrechtmatig zijn.

De bovenstaande gedachte is niet in overeenstemming met het Stikke Trui-arrest.²⁵ In dit arrest baseert de Hoge Raad de bevoegdheid van een niet-eigenaar om in rechte op te treden tegen dreigende hinder, op de schending van een *zelfstandige* jegens de omwonenden in acht te nemen betamelijkheidsnorm, die los staat van de schending van het eigendomsrecht. Het gaat in dit arrest om hinder die veroorzaakt dreigt te worden doordat de Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten een zandgraverij in een haar toebehorend natuurgebied als vuilstortplaats ter beschikking wil stellen aan de agglomeratie Arnhem. De Hoge Raad overweegt:

'dat het Hof er bij de beantwoording van de vraag of het veroorzaken van bedoelde hinder jegens verweerders onrechtmatig is, kennelijk van is uitgegaan dat zij die hinder zullen ondervinden als bewoners van in de omgeving van de Stikke Trui gelegen woningen;

22 Zie Bloembergen (1965), p. 275, Van Nispen (1978), p. 153-155, Van Nispen (1982), p. 99 en De Bie Leuveling Tjeenk (1997), p. 220-222.

23 Van Nispen (1982), p. 99.

24 Vgl. Du Perron (1999), p. 123.

25 HR 16 maart 1973, *NJ* 1975, 74 m. nt. BW.

dat het Hof daarbij de vraag welke de rechtspositie is van verweerders met betrekking tot gemelde woningen, buiten beschouwing heeft kunnen laten, en in het bijzonder niet behoefde vast te stellen dat ieder eigenaar is van de door hem bewoonde woning;

dat toch, indien moet worden geoordeeld dat het veroorzaken van bedoelde hinder in strijd is met de zorgvuldigheid die Natuurmonumenten jegens verweerders als bewoners van in de omgeving van de Stikke Trui gelegen woningen past, zodanig veroorzaken jegens verweerders onrechtmatig is, ook al zouden verweerders geen eigenaar zijn van de door hen bewoonde woningen;'

De hierboven weergegeven benadering van de Hoge Raad heeft als bezwaar dat zij eraan voorbijziet dat zich een situatie kan voordoen waarin een eigenaar van een nadien verhuurde woning toestemming²⁶ heeft gegeven aan Natuurmonumenten om hinder te veroorzaken die uitgaat boven hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Natuurmonumenten is in dat geval niet alleen jegens de eigenaar, maar ook jegens de latere²⁷ huurder bevoegd om overmatige hinder toe te brengen. Dit betekent dat de hinder – gesteld dat deze binnen de afgesproken grenzen blijft – ook jegens de huurder niet onrechtmatig is. Het is van belang om vast te stellen dat art. 5:37 BW een huurder geen zelfstandig recht verschaft om gevrijwaard te blijven van overmatige hinder. Het artikel geeft een nadere bepaling van de omvang van het eigendomsrecht,²⁸ aan welk eigendomsrecht de huurder zijn rechten ontleent. Dit neemt overigens niet weg dat er specifieke regels kunnen bestaan (bijvoorbeeld milieuvorschriften) waaraan de huurder rechtstreeks bescherming kan ontleenen.

Wat betreft de verhouding tussen de huurder en de verhuurder, moet nog worden opgemerkt dat de huurder zich eventueel kan beroepen op toerekenbare tekortkoming door de verhuurder, indien het gehuurde (een aan overmatige – maar krachtens toestemming van de eigenaar, geoorloofde – hinder blootstaand erf) niet voldoet aan de huurovereenkomst.

Ter nadere onderbouwing van de stelling dat een persoonlijk gerechtigde in het geval van een inbreuk op het eigendomsrecht zijn rechten niet ontleent aan de schending van een zelfstandige betamelijkheidsnorm, maar zijn rechten afleidt van de eigenaarsbevoegdheid, kan gewezen worden op een uitspraak van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid van een huurder om zich op een

26 Mogelijk in de vorm van een erfdienstbaarheid. Vgl. in dit verband M.v.A. II bij art. 5.6.1, PG Boek 5, p. 251 waar – omgekeerd – de mogelijkheid wordt vermeld van 'een verbod, ten behoeve van een op grote afstand gelegen heersend erf, opgelegd aan een fabriek als dienend erf, om gassen in de lucht of stoffen in een rivier te lozen, die speciaal voor het heersende erf nadelig zijn.'

27 De bevoegdheden uit een erfdienstbaarheid kunnen op grond van art. 7:227 BW niet jegens een zittende huurder worden ingeroepen.

28 Zie § 18.2.2 hierboven. Van deze door de wet bepaalde omvang van het eigendomsrecht kunnen eigenaars afwijken, bijvoorbeeld door het vestigen van een erfdienstbaarheid.

burenrechtelijke norm te beroepen.²⁹ In dit arrest vindt men tevens aanwijzingen voor de beantwoording van de vraag welke persoonlijk gerechtigden, onder welke voorwaarden, rechten kunnen uitoefenen die van de eigenaarsbevoegdheid zijn afgeleid. Het gaat in deze zaak om een huurder (Van Aken) die vordert dat zijn buurman Heideman (eveneens huurder en hurend van dezelfde woningbouwvereniging als Van Aken) een zes à zeven meter hoge berkenboom verwijderd die zich op 20 centimeter van de erfgrans bevindt. Van Aken baseert zijn vordering primair op art. 714 lid 1 OBW jo. 713 OBW (het huidige art. 5:42 BW) en subsidiair op onrechtmatige daad. De rechtbank wijst de vordering op grond van subsidiaire grondslag toe. Art. 713 en 714 OBW kunnen volgens de rechtbank als richtsnoer dienen bij de vraag of burendie huurders zijn, onrechtmatig jegens elkaar handelen. Het Hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering van Van Aken af. Volgens het Hof kan slechts de eigenaar, en niet de huurder, de bevoegdheden neergelegd in art. 713 en 714 OBW uitoefenen. Ook een actie uit onrechtmatige daad slaagt niet omdat dat zich niet zou verdragen met het feit dat de wet Van Aken een vordering op de meer bijzondere grond, maar met dezelfde strekking, onthoudt. Van Aken voert in cassatie onder meer aan dat ook aan een huurder een beroep op art. 713 en 714 lid 1 OBW toekomt. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in r.o. 3.3 eerst in zijn algemeenheid het volgende:

‘Het burendrecht richt zich in beginsel tot de eigenaars van naburige erven. De aard en de inhoud van de rechten en verplichtingen welke toekomen aan, dan wel rusten op, een niet-eigenaar die op grond van een bepaalde rechtsverhouding met de eigenaar bevoegd is tot gebruik van het erf, kunnen in samenhang met de aard en de strekking van een burendrechtelijke bepaling evenwel meebrengen, dat bepalingen van het burendrecht van overeenkomstige toepassing zijn op de gebruiker/niet-eigenaar. Zo zullen bepalingen die de uit het recht op eigendom voortvloeiende bevoegdheden beperken, in het algemeen ook gelden in geval deze bevoegdheden worden uitgeoefend krachtens een beperkt recht of een persoonlijk genotsrecht. Evenzo zullen bepalingen van het burendrecht van overeenkomstige toepassing kunnen zijn, wanneer een gebruiker/niet-eigenaar hinder toebrengt aan het naburige erf, resp. wanneer een gebruiker/niet-eigenaar op het door hem gebruikte erf hinder ondervindt van het naburige erf. Vgl. Algemene opmerkingen over Boek 5, Parl. Gesch. NBW, Boek 5, p. 4.’

Toegesplitst op art. 714 lid 1 OBW in verbinding met art. 713 OBW overweegt de Hoge Raad vervolgens:

‘In het licht van hetgeen is vooropgesteld kan niet zonder meer een bevestigend antwoord worden gegeven op de vraag of een huurder als Van Aken de actie van art. 714 (oud) lid 1 in verbinding met art. 713 (oud) kan instellen tegen zijn nabuur. Weliswaar is de strekking van art. 713 (oud) het voorkomen van hinder aan het

29 HR 24 januari 1992, NJ 1992, 280 (Van Aken/Heideman).

naburige erf, zodat in de rede ligt dat de huurder van dit erf zelf de daarop betrekking hebbende bepalingen van het burendrecht inroept tegen zijn nabuur. Daar staat echter tegenover dat niet valt uit te sluiten dat de verhuurder/eigenaar, hetzij toestemming heeft gegeven tot het doen groeien van hoog opschietende bomen of heggen op het naburige erf binnen de door art. 713 (oud) verboden afstand van de scheidslijn der beide erven, hetzij belang erbij heeft dat dergelijke bomen of heggen niet worden verwijderd, dan wel dat de bepalingen van de huurovereenkomst meebrengen dat een huurder in zijn verhouding tot de verhuurder/eigenaar niet een zò ver gaande bevoegdheid als die tot het vorderen van verwijdering toekomt. Bij dit laatste valt bijv. te denken aan kortlopende huurovereenkomsten.'

Het eerste wat opvalt aan deze uitspraak is dat een huurder volgens de Hoge Raad onder omstandigheden rechtstreeks de voor de eigenaar geschreven actie van art. 714 lid 1 OBW in verbinding met art. 713 OBW kan instellen. Anders dan de rechtbank ziet de Hoge Raad deze bepalingen dus niet slechts als richtsnoer bij de vraag of jegens een huurder onrechtmatig wordt gehandeld. De actie van art. 714 lid 1 OBW in verbinding met art. 713 OBW kan volgens de Hoge Raad echter niet zonder meer door de huurder worden ingesteld. Dit in verband met de onderstaande drie omstandigheden:

1. de verhuurder/eigenaar kan toestemming hebben gegeven;
2. de verhuurder/eigenaar kan er belang bij hebben dat de toestand ongewijzigd blijft;
3. bepalingen van de huurovereenkomst kunnen meebrengen dat een huurder in zijn verhouding tot de verhuurder/eigenaar niet een zó ver gaande bevoegdheid toekomt (waarbij bijvoorbeeld te denken valt aan kortlopende huurovereenkomsten).

Met betrekking tot de bovenstaande punten kan het volgende worden opgemerkt:

Ad 1. Het gegeven dat een eigenaar de mogelijkheid heeft om toestemming te geven tot een handelen, of tot het in stand houden van een toestand in strijd met de regels van het burendrecht, kan in zijn algemeenheid niet in de weg staan aan een rechtstreeks beroep door een persoonlijk gerechtigde op een bepaalde burendrechtelijke bepaling. Wel is het zo dat de door de eigenaar daadwerkelijk verleende toestemming tot gevolg heeft dat het beroep van de persoonlijk gerechtigde op de burendrechtelijke bepaling faalt.

Ad 2. Dit punt wordt door de Hoge Raad in r.o. 3.5 ondervangen door aan het instellen door de huurder van de actie van art. 714 lid 1 OBW in verbinding met art. 713 OBW de voorwaarde te verbinden dat de eigenaar tegen de vordering geen bezwaar heeft.

Ad 3. Dit punt is van belang voor alle persoonlijk gerechtigden die in een bepaalde obligatoire verhouding tot de eigenaar staan en een beroep op een burendrechtelijke bepaling willen doen. De Hoge Raad spreekt in het eerste gedeelte van zijn hierboven geciteerde overweging over 'de aard en de inhoud

van de rechten en verplichtingen welke toekomen aan, dan wel rusten op, een niet-eigenaar die op grond van een bepaalde rechtsverhouding met de eigenaar bevoegd is tot gebruik van het erf'. Zowel de aard van de obligatoire verhouding (huur, bruikleen), als de specifieke op deze verhouding van toepassing zijnde regels (is de overeenkomst voor een maand aangegaan of voor onbepaalde tijd) zijn relevante factoren bij de beoordeling van de vraag of een persoonlijk gerechtigde zich op een bepaalde burennrechtelijke bepaling kan beroepen.

Wanneer men het burennrecht als een nadere regeling van het eigendomsrecht beschouwt,³⁰ dan ligt het voor de hand om de hierboven behandelde uitspraak door te trekken naar alle gevallen waarin sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht. De aanwezigheid van een boom binnen de verboden zone van art. 5:42 BW verschilt niet wezenlijk van de aanwezigheid van een over eens anders erf hangend balkon. In het ene geval wordt de voor eigenaars geschreven regel van art. 5:42 BW overschreden en in het andere geval de voor eigenaars geschreven regel van art. 5:1 lid 2 BW, inhoudende dat een eigenaar een derde mag uitsluiten van ieder gebruik van zijn zaak.³¹ Dit betekent dat het antwoord op de vraag of een persoonlijk gerechtigde kan optreden tegen een bepaalde inbreuk op het eigendomsrecht, afhangt van de aard van de inbreuk (waarbij in het bijzonder van belang is of de inbreuk het gebruiksgenot van de zaak aantast) in samenhang met de aard en de inhoud van de rechten en verplichtingen die uit de obligatoire verhouding tussen de eigenaar en de persoonlijk gerechtigde voortvloeien.³² Voorts geldt dat in alle gevallen waarin de eigenaar er belang bij zou kunnen hebben dat de inbreuk op het eigendomsrecht niet ongedaan gemaakt wordt, de persoonlijk gerechtigde alleen een vordering kan instellen wanneer de eigenaar te kennen heeft gegeven hier geen bezwaar tegen te hebben. Opmerking verdient tot slot dat de eventuele bevoegdheid van de persoonlijk gerechtigde, de bevoegdheid van de eigenaar onverlet laat om tegen een inbreuk op zijn eigendomsrecht in rechte op te treden.

30 Zie T.M. bij titel 4 van Boek 5, PG Boek 5, p. 175 waarover § 18.3.1 hierboven.

31 Zie ook aanbiedingsbrief bij O.M., PG Boek 5, p. 4, nr. 9 waar als voorbeeld van een geval waarin een voor de eigenaar van een zaak geschreven bepaling van overeenkomstige toepassing is op een niet-eigenaar, het geval vermeld wordt waarin '...een gebruiker-niet-eigenaar belang heeft om het gebruik van de ruimte boven of onder de grond door derden te beletten...'

32 Vgl. ook M.v.A. II bij art. 5.3.4, PG Boek 5, p. 131-132: 'Met de Commissie is de ondergetekende van mening dat in een nadere regeling van het eigendomsrecht niet dan bij dringende noodzaak de positie van de gebruiker in het geding moet worden gebracht. Het zal afhangen van de rechtsverhouding tussen de eigenaar en de gebruiker of deze laatste bepaalde bevoegdheden voor de eigenaar mag uitoefenen of dat op hem bepaalde verplichtingen jegens derden rusten. De aard van het gebruiksrecht en de in concreto gemaakte afspraken spelen daarbij een rol.'

19.2.4 De positie van de bezitter niet-eigenaar

Een bezitter niet-eigenaar kan in het geval van een bezitsstoornis die is ingetreden nadat hij het bezit van het goed heeft verkregen, op grond van art. 3:125 lid 1 BW dezelfde rechtsvordering tot opheffing van de stoornis instellen als de rechthebbende op het goed. Dit betekent dat de bezitter niet-eigenaar actief gelegitimeerd is tot de moderne *actio negatoria*, met deze beperking echter dat het moet gaan om een stoornis die is ingetreden *nadat* hij het bezit van het goed heeft verkregen. Uit art. 3:125 lid 2 BW volgt verder dat de bezitter niet-eigenaar als regel een recht dat de bezitsstoorder aan de rechthebbende ontleent, tegen zich moet laten gelden.

De bepaling van art. 3:125 BW is behalve voor bijvoorbeeld krakers³³ ook van belang voor de eigenaar die problemen ondervindt bij het bewijs dat hij eigenaar is. Dankzij art. 3:125 BW volstaat voor een succesvol beroep op de moderne *actio negatoria* het bewijs van het bezit.³⁴

19.3 PASSIEVE LEGITIMATIE TOT DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA*

In verband met de beantwoording van de vraag tegen wie de moderne *actio negatoria* kan worden ingesteld, is het nuttig te onderscheiden tussen gevallen waarin de niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht bestaat in een *handeling* en de gevallen waarin deze inbreuk wordt gevormd door de aanwezigheid van een bepaalde *toestand*. De eerste categorie van gevallen komt hieronder in § 19.3.1 aan de orde, de tweede categorie in § 19.3.2.

19.3.1 De passieve legitimatie in het geval van een inbreukmakende handeling

Wanneer een niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht bestaat in een bepaalde handeling (bijvoorbeeld het zich onbevoegd delijk begeven op andermans erf of het veroorzaken van ernstige geluidsoverlast), dan levert de vraag tegen wie de moderne *actio negatoria* kan worden ingesteld op het eerste gezicht niet veel problemen op. Passief gelegitimeerd is degene die de handeling verricht. Hierbij moet bedacht worden dat de hoedanigheid van de handelende persoon wel degelijk van belang kan zijn voor de toewijsbaarheid van het met de moderne *actio negatoria* gevorderde. Dit hangt samen met het vereiste van voldoende belang van art. 3:303 BW.

33 Zie met betrekking tot de goederenrechtelijke positie van een kraker nader § 18.2.6 noot 63 hierboven.

34 Een bijzonderheid van de vordering op grond van art. 3:125 lid 1 BW is echter dat zij binnen het jaar na de stoornis moet worden ingesteld.

Wanneer de eigenaar van een erf een verbod vordert tot het onbevoegdlijk betreden van zijn erf, dan maakt het verschil of de gedaagde de buurman van de eiser is die zich dagelijks over het erf van de eiser begeeft of dat het gaat om een toerist die bij het maken van een boswandeling eenmalig het erf van de eiser heeft betreden. In het eerste geval bestaat er een gevaar voor herhaling en heeft de eiser voldoende belang bij zijn vordering. In het tweede geval ligt dit anders.

Als een op het eigendomsrecht inbreukmakende handeling in opdracht wordt verricht, dan kan de verbodsvordering in beginsel zowel tegen de feitelijke inbreukmaker als tegen de opdrachtgever worden gericht.³⁵ Goed denkbaar is echter dat alleen de vordering tegen de opdrachtgever slaagt, omdat de eiser alleen bij deze vordering voldoende belang heeft in de zin van art. 3:303 BW. Er zijn ook andere gevallen denkbaar waarin naast de handelende persoon een ander passief gelegitimeerd is tot de moderne *actio negatoria*. Zo kan bijvoorbeeld de exploitant van een café met de moderne *actio negatoria* worden aangesproken in verband met door zijn gasten in of rond het café veroorzaakte geluidsoverlast. Voorts geldt meer in het algemeen dat iedere gebruiker van een erf met de moderne *actio negatoria* kan worden aangesproken wanneer vanaf dit erf door het handelen van personen die daar met zijn toestemming verblijven, inbreuk wordt gemaakt op eens anders eigendomsrecht.

19.3.2 De passieve legitimatie in het geval van een inbreukmakende toestand

Inleiding

Bij een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand waartegen met de moderne *actio negatoria* kan worden opgetreden, kan gedacht worden aan twee typen van gevallen. In de eerste plaats kan het gaan om gevallen waarin sprake is van een toestand die in strijd is met een bepaalde burennrechtelijke norm. Te denken valt hierbij aan de bepalingen van art. 5:42 BW en art. 5:50 BW (beplantingen of bepaalde werken binnen de verboden zone).³⁶ In de tweede plaats kan het gaan om gevallen die gemeen hebben dat zich op, boven of onder een erf een zaak van een ander bevindt. Het kan hierbij gaan om een overhangend balkon, een grensoverschrijdende garage, een omgewaaide boom en andere hierboven vermelde gevallen.³⁷ In al deze gevallen rijst de vraag wie met de moderne *actio negatoria* kan worden aangesproken tot ongedaanmaking van de onrechtmatige toestand. Is dit alleen de eigenaar door middel

35 Vgl. art. 6:170 BW en art. 6:171 BW met betrekking tot de vordering tot de schadevergoeding.

36 Zie § 18.3.2 hierboven.

37 Zie § 18.4.1 hierboven

van wiens zaak een inbreuk op eens anders eigendom wordt gemaakt, of kunnen ook degenen die een bepaald goederenrechtelijk of persoonlijk recht op de bewuste zaak uitoefenen worden gedaagd? Picker heeft deze vraag voor het Duitse recht aldus beantwoord dat '*bei störenden Sachen beseitigungspflichtig <ist>, wer ein Recht an ihnen besitzt, das seinerseits dem "Gestörten" gegenüber geschützt ist...*'.³⁸ Hoewel deze benadering van Picker in de goede richting wijst, is zij vanuit theoretisch oogpunt beschouwd niet volledig bevredigend. Wanneer een eigenaar van een erf geconfronteerd wordt met een grensoverschrijdend bouwwerk van zijn buurman, dan vormt het feit dat hij het overgebouwde niet zelf mag wegnemen (en de inbreukmaker derhalve '*dem "Gestörten" gegenüber geschützt ist*') zonder twijfel een inbreuk op zijn eigendomsrecht: het staat de eigenaar van het erf niet vrij te doen en te laten wat hij op zijn eigen erf wil. Naast deze inbreuk doet zich in een dergelijk geval echter ook nog een andere inbreuk voor die hierin bestaat dat iemand *gebruik* (in de zin van art. 5:1 lid 2 BW) maakt van eens anders erf door hierop, hierboven of hieronder een zaak te hebben. Deze laatste inbreuk is al voldoende om een beroep op de moderne *actio negatoria* te rechtvaardigen. Aan dit aspect besteedt de leer van Picker geen aandacht.

In verreweg de meeste gevallen zal de tweede inbreuk op het eigendomsrecht samenvallen met de eerste inbreuk, maar noodzakelijk is dit niet. Ook wanneer de eigenaar van een grensoverschrijdend werk afstand heeft gedaan van zijn recht om zich tegen afbraak te verzetten, houdt de situatie niet op een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand te vormen. Een wettelijk voorbeeld van een geval waarin de ene inbreuk (bestaande in de belemmering van de eigenaar om zijn erf naar eigen goeddunken te gebruiken) niet samengaat met de andere inbreuk (bestaande in het gebruik maken van eens anders erf) geeft art. 5:44 BW. Overhangende beplantingen en doorgesloten wortels kunnen op grond van dit artikel door de eigenaar van het getroffen erf eigenschappelijk worden verwijderd. Dit wil echter niet zeggen dat er in dergelijke gevallen geen sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht waartegen met de moderne *actio negatoria* kan worden opgetreden.³⁹

Een en ander betekent dat ter beantwoording van de vraag wie passief gelegitimeerd is tot de moderne *actio negatoria* in het geval van een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand, gezocht moet worden naar een criterium dat aangeeft wie in een dergelijke mate bij een bepaalde zaak is betrokken dat de aanwezigheid van deze zaak op eens anders erf kan worden aangemerkt als *gebruik* (in de zin van art. 5:1 lid 2 BW) van dit erf door deze

38 Picker (1993), p. 343. Vgl. ook Picker (1972), p. 141-146. Veel van de Duitse theorieën omtrent de passieve legitimatie tot de vordering van § 1004 BGB (waarover Picker (1993), p. 324-331), zijn voor het Nederlandse recht niet relevant omdat zij er (conform de heersende Duitse leer) ten onrechte van uitgaan dat de *Kausalität* de *Haftungsgrund* van de vordering van § 1004 BGB vormt (zie § 10.4 noot 51 hierboven).

39 Zie § 18.4.8 hierboven en de daar vermelde literatuur.

persoon.⁴⁰ Inhoudelijk verschilt dit criterium als regel niet van het criterium van Picker; de enkele hierboven vermelde uitzonderingen daargelaten, gaat het er dus om of een bepaalde gebruiker zodanig bij een bepaalde zaak is betrokken dat hij zijnerzijds tegen de eigenmachtige ongedaanmaking van de onrechtmatige toestand zou kunnen optreden.

Hieronder zal de positie van de verschillende gebruikers die op grond van een beperkt goederenrechtelijk recht of een persoonlijk recht bij een bepaalde zaak zijn betrokken, nader worden uitgewerkt. Tot slot komt de positie van de bezitter niet-eigenaar aan de orde.

De positie van de beperkt goederenrechtelijk gerechtigden

Hierboven kwam aan de orde dat aan een beperkt goederenrechtelijk gerechtigde een eigen rechtsvordering toekomt waarmee hij tegen een inbreuk op zijn subjectieve (absolute) recht kan optreden.⁴¹ Een beperkt goederenrechtelijk gerechtigde is (de theorie van Picker volgend) passief gelegitimeerd tot de moderne *actio negatoria* indien die actie gericht is op het ongedaan maken van een onrechtmatige toestand, waarvoor geldt dat het eigenmachtig ongedaan maken daarvan een inbreuk op het recht van de betreffende beperkt goederenrechtelijk gerechtigde zou opleveren. Dit doet zich in ieder geval voor wanneer een zaak waarmee inbreuk wordt gemaakt op eens anders eigendomsrecht (bijvoorbeeld een grensoverschrijdend gebouw) bezwaard is met een recht van vruchtgebruik of een recht van erfpacht. Wanneer het eigenmachtig ongedaan maken van een onrechtmatige toestand – naast een inbreuk op het recht van de vruchtgebruiker of erfpachter – tevens een inbreuk op het recht van de eigenaar zou betekenen, dan is ook de eigenaar passief gelegitimeerd.⁴² Wanneer zowel de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde als de eigenaar passief gelegitimeerd is, moeten beiden in het geding betrokken worden. Zoals de eigenaar en de erfpachter respectievelijk de vruchtgebruiker elkaar op grond van art. 5:95 BW en art. 3:218 BW tijdig in het geding moeten roepen wanneer één van hen een rechtsvordering instelt die het recht van hen beiden betreft, zo moet ook een derde die als eiser een rechtsvordering instelt die zowel het recht van de eigenaar als dat van de erfpachter of vruchtgebruiker betreft, beiden in het geding betrekken. Een partij kan in het geding betrokken worden doordat hij hetzij zelf gedagvaard wordt, hetzij op voet van art. 118 Rv in het

40 Wanneer een burenenrechtelijke norm wordt overtreden die leidt tot een op het eigendomsrecht van buurman inbreukmakende toestand (zie art. 5:42 BW en art. 5:50 BW), dan gaat het erom wie zodanig betrokken is bij het erf vanaf waar de burenenrechtelijke norm wordt overtreden, dat hij hiervoor kan worden aangesproken.

41 Zie § 19.2.2 hierboven.

42 Dit is als regel het geval. Een uitzondering moet mijns inziens in ieder geval worden aangenomen wanneer er sprake is van eeuwigdurende erfpacht (waarover p. 276 hierboven).

geding wordt geroepen. Aangenomen moet worden dat het in het geding betrekken van de eigenaar of de beperkt goederenrechtelijk gerechtigde achterwege kan blijven wanneer deze een schriftelijke verklaring heeft afgegeven waaruit ten genoegen van de rechter blijkt dat hij geen bezwaar heeft tegen het door de eiser gevorderde.⁴³

Behalve over de positie van de erfpachter en de vruchtgebruiker, dient ook een opmerking gemaakt te worden over de positie van de opstaller, de hypotheekhouder en de pandhouder.

Het recht van opstal is volgens art. 5:101 BW een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Wanneer door middel van een zaak waarvan een opstaller eigenaar is inbreuk wordt gemaakt op eens anders eigendomsrecht, dan is de opstaller – als persoon die zich als eigenaar tegen een eventuele eigenmachtige ongedaanmaking van de toestand zou kunnen verzetten – passief gelegitimeerd tot de moderne *actio negatoria*. Aangenomen moet worden dat ook de grondeigenaar passief gelegitimeerd is en in ieder geval in het geding moet worden betrokken.⁴⁴ Het belang van de grondeigenaar om in het geding te worden betrokken is hierin gelegen dat hij op grond van art. 5:105 lid 2 BW bij het einde van het opstalrecht mogelijk⁴⁵ eigenaar wordt van de betrokken zaak waarmee inbreuk wordt gemaakt op eens anders eigendomsrecht.

Wanneer een zaak waarmee inbreuk wordt gemaakt op eens anders eigendomsrecht bezwaard is met recht van hypotheek, dan is de hypotheekhouder niet passief gelegitimeerd en hoeft hij niet in het geding te worden betrokken als een vordering tot ongedaanmaking van de op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand wordt ingesteld. Dit volgt uit het gegeven dat een hypotheekhouder zijnerzijds niet met een eigen goederenrechtelijke vordering kan optreden wanneer zich een inbreuk op het eigendomsrecht op de ondergezette zaak voordoet.⁴⁶

In het hypothetische geval waarin een inbreuk op het eigendomsrecht bestaat in de aanwezigheid van een verpande zaak op andermans erf, moet zowel de pandhouder als de pandgever in het geding betrokken worden als een goederenrechtelijke vordering tot verwijdering van de zaak wordt ingesteld.⁴⁷

43 Vgl. HR 24 januari 1992, NJ 1992, 281 (Van Beek/Jansen).

44 Dit geval is spiegelbeeldig aan het in art. 5:104 lid 1 BW jo. 5:95 BW bedoelde geval.

45 Voorzover de opstaller geen gebruik maakt of kan maken van de in art. 5:105 lid 2 BW bedoelde bevoegdheid om gebouwen, werken en beplantingen weg te nemen.

46 Zie daarover p. 219 hierboven.

47 Dit geval is spiegelbeeldig aan het in art. 3:245 BW bedoelde geval.

De positie van de persoonlijk gerechtigden

De vraag of een persoonlijk gerechtigde passief gelegitimeerd is tot de moderne *actio negatoria* in het geval van een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand, komt aan de orde in een arrest van de Hoge Raad uit 1992.⁴⁸ De op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand wordt in het onderhavige geval gevormd door een schending van de burennrechtelijke norm van art. 713 OBW (art. 5:42 BW), maar aangenomen mag worden dat de uitspraak evengoed van belang is voor gevallen waarin een inbreuk op het eigendomsrecht wordt gevormd door de aanwezigheid van eens anders zaak op iemands erf. Het gaat in het arrest om het volgende. Van Beek heeft de veroordeling van zijn buurvrouw Jansen gevorderd tot verwijdering van een aantal tegen de erfscheiding geplante bomen. De rechtbank wijst de vordering toe. Jansen voert in hoger beroep aan dat Van Beek in zijn vordering niet-ontvankelijk is omdat zij (Jansen) geen eigenaar is, maar huurder. Deze grief slaagt en het Hof wijst de vordering van Van Beek af. Bij de beoordeling van het hiertegen ingestelde cassatiemiddel begint de Hoge Raad met dezelfde hierboven al geciteerde algemene overweging omtrent het burennrecht en de betekenis van dit recht voor een niet-eigenaar.⁴⁹ Daarna vervolgt de Hoge Raad in r.o. 3.4:

‘De vraag of burennrechtelijke verplichtingen in zodanige mate op een huurder rusten, dat de huurder zelfstandig in een procedure kan worden betrokken ter afdwining van die verplichtingen, valt in haar algemeenheid niet te beantwoorden.

Voor wat betreft de vordering van art. 714 (oud) lid 1 tot verwijdering van in strijd met art. 713 (oud) te dicht bij de erfscheiding staand gewas (hoog opschietende bomen of heggen) geldt het volgende.

In aanmerking genomen enerzijds dat art. 713 (oud) de strekking heeft te voorkomen dat het naburige erf hinder van het gewas ondervindt, en anderzijds dat op de gebruiker (huurder) van het erf waarop het gewas zich bevindt, de rechtsplicht rust zich van het toebrengen van hinder te onthouden, hoeft in beginsel niet te worden uitgesloten dat deze huurder tot verwijdering van het gewas wordt aangesproken.

Maar de eigenaar van het erf waarop zich het gewas bevindt, heeft er een gerechtvaardigd belang bij om van het instellen van de vordering op de hoogte te worden gebracht en om zich ook zijnerzijds tegen die vordering te kunnen verweren, met name door het voeren van waren die de aangesproken huurder niet opwerpt, bijvoorbeeld het doen van beroep op een zakelijk of persoonlijk recht krachtens hetwelk de aanwezigheid van het gewas is toegestaan, of het weerspreken van de stellingen die de eisende partij aan de vordering ten grondslag heeft gelegd. Daarbij valt te denken aan stellingen van de eisende partij, dat aan de vereisten van art. 713 (oud) is voldaan, dat de eigenaar met verwijdering van het gewas

48 HR 24 januari 1992, *NJ* 1992, 281 (Van Beek/Jansen).

49 Zie p. 279 hierboven (het eerste citaat uit HR 24 januari 1992, *NJ* 1992, 280, Van Aken/Heideman).

instemt, of dat de huurder krachtens zijn rechtsbetrekking tot de eigenaar jegens deze tot zodanige verwijdering gerechtigd is.

Het vorenoverwogene brengt mee dat een tegen de huurder van een erf ingestelde vordering tot verwijdering van zich in strijd met art. 713 (oud) op dat erf bevindend gewas slechts kan worden ontvangen indien de eigenaar van dat erf in het geding is betrokken, dan wel indien de eisende partij een schriftelijke verklaring van de eigenaar van dat erf in het geding brengt, waaruit ten genoegen van de rechter blijkt dat die eigenaar tegen verwijdering geen bezwaar heeft.'

Geheel abstraherend van de burencrechtelijke achtergrond van deze uitspraak, kan een tweetal algemene regels uit dit arrest worden afgeleid.

In de eerste plaats is dit de regel dat het 'in beginsel niet <hoeft> te worden uitgesloten' dat een huurder wordt aangesproken tot het ongedaan maken van een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand. Een voorwaarde voor toewijzing van de vordering lijkt wel te zijn dat de huurder (of meer in het algemeen de persoonlijk gerechtigde), krachtens zijn rechtsbetrekking tot de eigenaar jegens deze tot ongedaanmaking gerechtigd is.⁵⁰ In dit verband is van belang dat een huurder op grond van art. 7:216 lid 1 BW tot de ontruiming bevoegd is om door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken. Picker verdedigt voor het Duitse recht dat het geen vereiste is voor de passieve legitimatie tot de vordering van § 1004 BGB (waarin de moderne *actio negatoria* staat verwoord) dat de persoonlijk gerechtigde bevoegd is tot ongedaanmaking van de op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand.⁵¹ Een in dit verband relevant verschil tussen het Duitse en het Nederlandse recht is echter dat het Duitse recht in § 77 ZPO een speciaal op de vordering van § 1004 BGB toegesneden vrijwaringsregeling kent. Deze vrijwaringsregeling verklaart de vrijwaringsregeling van § 76 ZPO van overeenkomstige toepassing wanneer ongedaanmaking wordt gevorderd van een inbreuk op het eigendomsrecht die plaatsvindt in de uitoefening van een recht van een derde:

§ 77 ZPO: 'Ist von dem Eigentümer einer Sache oder von demjenigen, dem ein Recht an einer Sache zusteht, wegen einer Beeinträchtigung des Eigentums oder seines Rechtes Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weitere Beeinträchtigungen erhoben, so sind die Vorschriften des § 76 entsprechend an-

50 De Hoge Raad merkt de stelling van de eiser dat de gedaagde deze bevoegdheid heeft, immers aan als een stelling 'die de eisende partij aan de vordering ten grondslag heeft gelegd'. Met betrekking tot onder meer deze stelling geldt volgens de Hoge Raad dat de eigenaar 'er een gerechtvaardigd belang bij <heeft> om van het instellen van de vordering op de hoogte te worden gebracht en om zich ook zijnderzijds tegen die vordering te kunnen verweren' (zie het hierboven in de tekst geciteerde gedeelte van r.o. 3.4).

51 Picker (1972), p. 145.

zuwenden, sofern der Beklagte die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben behauptet.⁵²

Het Nederlandse recht voorziet niet in dit soort gevallen. De vrijwaringsregel van art. 212 Rv (op grond waarvan de waarborg de hoofdzaak van de gewaarborgde mag overnemen) ziet alleen op vrijwaring 'wegens uitwinning van een goed of wegens een recht waarmee het goed niet belast had mogen zijn'.⁵³ In de hier aan de orde zijnde gevallen (waarin met de moderne *actio negatoria* geprocedeerd wordt) gaat het er echter om dat ten behoeve van een goed dat door een ander dan de rechthebbende wordt gehouden, een bepaald recht (bijvoorbeeld een recht van erfdiensbaarheid om een balkon boven het erf van de buurman te hebben) juist *niet* bestaat.

De tweede algemene regel die uit het arrest kan worden afgeleid, is dat een tegen een persoonlijk gerechtigde gerichte vordering tot ongedaanmaking van een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand, nooit geheel buiten de eigenaar om kan worden ontvangen. Vereist is dat de eiser de eigenaar mede in het geding betreft, dan wel dat de eisende partij een schriftelijke verklaring van de eigenaar in het geding brengt, waaruit ten genoegen van de rechter blijkt dat de eigenaar tegen de ongedaanmaking van de op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand geen bezwaar heeft.

Een andere vraag die aandacht verdient is of een vordering tegen alleen de eigenaar ontvankelijk is wanneer deze zijn zaak heeft afgestaan aan een persoonlijk gerechtigde. Deze vraag moet naar mijn mening bevestigend beantwoord worden. Wel doet zich in dit geval hetzelfde probleem voor dat speelt

52 § 76 ZPO luidt als volgt: '(I) Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art zu besitzen behauptet, kann vor der Verhandlung zur Hauptsache unter Einreichung eines Schriftsatzes, in dem er den mittelbaren Besitzer benennt, und einer Streitverkündungsschrift die Ladung des mittelbaren Besitzers zur Erklärung beantragen. Bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schluß des Termins, in dem sich der Benannte zu erklären hat, kann der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigern. (II) Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen. (III) Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als er Ansprüche geltend macht, die unabhängig davon sind, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im Absatz 1 bezeichneten Art besitzt. (IV) Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.'

53 Art. 212 Rv luidt als volgt: 'In geval van vrijwaring wegens uitwinning van een goed of wegens een recht waarmee het goed niet belast had mogen zijn, mag de waarborg de hoofdzaak van de gewaarborgde overnemen met dien verstande dat de gewaarborgde als partij in het geding blijft.'

wanneer een eigenaar de revindicatie instelt tegen een middellijke bezitter. Meijers schrijft hierover in zijn toelichting bij art. 5.1.4:

‘De vraag of een toewijzend vonnis dat de eigenaar heeft verkregen tegen de middellijke bezitter, ook tegen diens houder kan worden ten uitvoer gelegd, behoort, evenals andere vragen van executie, tot het procesrecht.’⁵⁴

Het kan daarom vanuit procesrechtelijk oogpunt raadzaam zijn om een persoonlijk gerechtigde op voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken.

De positie van de bezitter niet-eigenaar

De bezitter niet-eigenaar van een zaak waarmee inbreuk wordt gemaakt op eens anders eigendomsrecht is passief gelegitimeerd tot de moderne *actio negatoria*. Aan de bezitter niet-eigenaar komen dezelfde goederenrechtelijke rechtsvorderingen toe die in het geval van een inbreuk op het eigendomsrecht toekomen aan de eigenaar.⁵⁵ Hieruit volgt dat een bezitter niet-eigenaar zodanig betrokken is bij de door hem bezeten zaak, dat hij ook als inbreukmaker kan worden aangemerkt wanneer door middel van een door hem bezeten zaak een inbreuk op eens anders eigendomsrecht wordt gemaakt.

Een tegen de eigenaar gerichte rechtsvordering behoort daarnaast ook tot de mogelijkheden. Het instellen van een dergelijke vordering kan echter tot de hierboven bij de behandeling van de positie van de persoonlijk gerechtigden vermelde executieproblemen leiden.⁵⁶

19.4 DE VERJARING VAN DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA*

19.4.1 Inleiding

De moderne *actio negatoria* is een rechtstreeks op het eigendomsrecht gebaseerde rechtsvordering die dient om de feitelijke situatie met betrekking tot het eigendomsrecht voor de toekomst in overeenstemming te brengen met de situatie zoals deze rechtens behoort te zijn.⁵⁷ Het gegeven dat de moderne *actio negatoria* rechtstreeks gerelateerd is aan het eigendomsrecht en niet aan een bepaalde in het verleden voorgevallen gebeurtenis, brengt mee dat de rechtsvordering in beginsel niet kan verjaren: iedere dag dat iemand eigenaar is, ontstaat een nieuwe rechtsvordering tot handhaving van het eigendomsrecht

54 T.M. bij art. 5.1.4, PG Boek 5, p. 71.

55 Zie art. 3:125 BW waarover § 19.2.4 hierboven.

56 Zie hierboven in deze paragraaf.

57 Vgl. § 15.3 noot 19 hierboven.

tegen een (dreigende) inbreuk. Van Nispen spreekt in dit verband over 'een aanspraak op naleving van een permanent te eerbiedigen rechtsnorm.'⁵⁸

Hieronder zal aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van het BW uiteengezet worden welk standpunt onze wetgever inneemt met betrekking tot de mogelijkheid van verjaring van de moderne *actio negatoria*. Het zal blijken dat het uitgangspunt van ons BW is dat de moderne *actio negatoria* niet kan verjaren. Met betrekking tot deze regel bestaat echter één belangrijke uitzondering, die zich voordoet wanneer er sprake is van een op het eigendomsrecht inbreukmakende *toestand*.⁵⁹

19.4.2 Een blik in de parlementaire geschiedenis

Het ontwerp Meijers bevatte in art. 3.11.15 lid 3 een bepaling omtrent de verjaring van een verbodsvordering:

'De termijn van verjaring van een verplichting om niet te doen, begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop inbreuk op de verplichting heeft plaats gevonden.'⁶⁰

Het eerste bezwaar dat tegen deze bepaling naar voren kan worden gebracht, is dat zij ten onrechte de indruk wekt dat de grondslag van een vordering tot naleving van een verplichting om niet te doen, gelegen is in de inbreuk op die verplichting.⁶¹ In navolging van het zogeheten Haarlemmerolie-arrest,⁶² lijkt het ontwerp-Meijers het verbod – evenals de verbintenis tot schadevergoeding – te beschouwen als een rechtsgevolg van een gepleegde onrechtmatige daad.⁶³ Deze benadering is onjuist. De verbodsvordering is een zelfstandige rechtsvordering, gericht op het voor de toekomst voorkomen van een inbreuk op een rechtsplicht. Voor de ontvankelijkheid van deze vordering is het van belang of er een dreiging van een bepaalde schending van een rechtsplicht in de toekomst bestaat. Enerzijds kan deze dreiging bestaan zonder dat in het verleden een onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden, anderzijds

58 Van Nispen (1978), p. 214.

59 Zie art. 3:314 BW.

60 PG Boek 3, p. 926

61 Zie ook Van Nispen (1978), p. 213.

62 HR 4 februari 1949, NJ 1949, 185. De Hoge Raad overweegt in dit arrest: 'dat elke daad van oneerlijke mededinging, die aan een ander schade toebrengt, voor dien ander het recht doet ontstaan om van den rechter te vorderen veroordeling van den dader tot vergoeding van de hem door die daad toegebrachte schade, alsmede een tot dien dader gericht verbod om gelijke daden in de toekomst te zijnen opzichte te plegen.'

63 Zie ook Van Nispen (1978), p. 213.

wil het gegeven dat in het verleden een onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden nog niet zeggen dat deze dreiging bestaat.⁶⁴

Een tweede bezwaar tegen art. 3.11.15 lid 3 O.M. is dat de bepaling geen uitsluitsel geeft over de vraag of de verjaringstermijn van iedere vordering ter zake van een bepaalde verplichting om niet te doen is voltooid wanneer de rechtsvordering met betrekking tot de eerste inbreuk is verjaard, of dat – in overeenstemming met het hierboven vermelde Haarlemmerolie-arrest – elke volgende inbreuk een nieuwe rechtsvordering doet ontstaan die weer aan haar eigen verjaringstermijn begint.⁶⁵

In het Gewijzigd Ontwerp is art. 3.11.15 lid 3 O.M. geschrapt. In de Memorie van Antwoord wordt dit als volgt toegelicht:

‘Het derde lid is geschrapt. Dit lid ging te ver, voorzover daaruit zou kunnen worden afgeleid dat verjaring van de rechtsvordering met betrekking tot elke, ook de geringste, inbreuk zou leiden tot verjaring van iedere rechtsvordering ter zake van de betreffende verplichting om niet te doen, ook wanneer het om andere en nieuwe inbreuken zou gaan. Dit gevolg is slechts gerechtvaardigd, wanneer en voorzover de inbreuk bestaat in een met de verplichting strijdige toestand, welk geval echter geregeld wordt door het nieuwe artikel 15a <art. 3:314 BW>. Ten aanzien van andere inbreuken die slechts incidenteel, zij het ook wellicht regelmatig en als het ware in serie plaatsvinden (vgl. H.R. 4 februari 1949, N.J. 1949 no. 185), behoort steeds een verbod te kunnen worden gevraagd, zolang de dreiging van zodanige inbreuken in de toekomst bestaat, op dezelfde wijze als steeds een verklaring van recht omtrent een rechtsverhouding kan worden uitgesproken, als een onmiddellijk bij die rechtsverhouding betrokken persoon dit vordert en hij daarbij voldoende belang heeft. Anderzijds is het lid overbodig, voorzover het de bepaling zou inhouden dat de termijn van de vordering ter zake van een bepaalde incidentele inbreuk op het daar aangegeven tijdstip – of bij meer inbreuken op het voor iedere inbreuk afzonderlijk aldus te bepalen tijdstip – begint te lopen. De verplichting die terzake van een zodanige inbreuk of meer zodanige inbreuken ontstaat, is er immers een tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 13 <art. 3:310 BW>, waar de verjaring te dier zake reeds is geregeld.’⁶⁶

Een vordering tot verbod van een inbreuk op het eigendomsrecht die slechts incidenteel (‘zij het ook wellicht regelmatig en als het ware in serie’) plaatsvindt, kan steeds gevorderd worden. Bij een dergelijke onverjaarbare vordering kan gedacht worden aan een verbod op hinder door het verspreiden van

64 Zie ook Van Nispen (1978), p. 213.

65 Zie ook Van Nispen (1978), p. 211. Blijkens zijn toelichting bij art. 5.6.3 (PG Boek 5, p. 261) ging Meijers uit van de laatste gedachte. Men leest daar (onder verwijzing naar HR 4 februari 1949, NJ 1949, 185, Haarlemmerolie): ‘Bovendien verjaart de bevoegdheid van de eigenaar, om te protesteren tegen een onrechtmatige toestand of periodieke onrechtmatige handelingen in strijd met het eigendomsrecht, in zoverre nimmer dat iedere dag opnieuw een nieuwe actie ontstaat.’

66 M.v.A. II bij art. 3.11.15, PG Boek 3, p. 928-929.

rumoer, trillingen, stank, rook of gassen,⁶⁷ dan wel aan een verbod op het incidenteel betreden van andermans erf. De vordering tot opheffing van een onrechtmatige *toestand* kan wel verjaren. Dit volgt uit art. 3:314 lid 1 BW:

‘De termijn van verjaring van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden.’

De wetgever heeft in art. 3:314 lid 1 BW tot uitdrukking willen brengen dat de verjaring van de als eerste ontstane vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand, tot gevolg heeft dat het in het geheel niet meer mogelijk is om in rechte op te treden tegen het bestaan van deze toestand.⁶⁸ De ratio van deze bepaling is dat het recht zich na verloop van tijd bij de feiten behoort aan te sluiten.⁶⁹

Wanneer op grond van een goederenrechtelijk of persoonlijk recht de bevoegdheid bestaat om een bepaalde toestand in stand te houden, dan begint de verjaring van de vordering tot opheffing van deze toestand nog niet te lopen: er is in dat geval immers van een onrechtmatige toestand als bedoeld in art. 3:314 lid 1 BW nog geen sprake. Dit is volgens de Memorie van Antwoord bij art. 3.11.15a anders wanneer het gaat om een rechtsverhouding die ieder moment kan worden opgezegd. De verjaringstermijn begint volgens de Memorie van Antwoord in dat geval te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waartegen had kunnen worden opgezegd:

‘De verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand kan worden verlangd. Bij deze terminologie is rekening gehouden met de mogelijkheid dat een toestand eerst onrechtmatig wordt door opzegging van een recht op die toestand, b.v. bruikleen. Evenals bij art. 15 <art. 3:313 BW> begint dan de termijn met de aanvang van de dag, volgende op die waartegen had kunnen worden opgezegd.’⁷⁰

De bovenstaande benadering lijkt in strijd met de tekst van art. 3:314 lid 1 BW. Zolang een rechtsverhouding op grond waarvan een bepaalde toestand geoorloofd is, niet is opgezegd, is deze toestand rechtmatig; van verjaring van een vordering tot opheffing van een *onrechtmatige* toestand (waarover art. 3:314

67 Zie M.v.A. II bij art. 3.11.15a, PG Boek 3, p. 929.

68 Zie M.v.A. II bij art. 3.11.15, PG Boek 3, p. 928, alsmede M.v.A. II bij art. 3.11.15a, PG Boek 3, p. 929: ‘Zonder een zodanige bepaling zou betoogd kunnen worden dat iedere dag dat de onrechtmatige toestand voortduurt een nieuwe rechtsvordering zou ontstaan en dat in zoverre ten aanzien van de vordering tot opheffing daarvan in het geheel geen verjaring zou intreden.’

69 Zie M.v.A. II bij art. 3.11.15a, PG Boek 3, p. 929 en p. 931.

70 M.v.A. II bij art. 3.11.15a, PG Boek 3, p. 930.

lid 1 BW spreekt) kan dan nog geen sprake zijn.⁷¹ Het voordeel van de in de Memorie van Antwoord verwoorde benadering is echter dat zij het in de praktijk moeilijk te maken onderscheid tussen gedogen⁷² en het verlenen van (stilzwijgende) ieder moment opzegbare toestemming, irrelevant maakt: in beide gevallen begint de verjaring van de vordering tot opheffing van de toestand te lopen.

Men dient te bedenken dat de verjaring van de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand in beginsel niet leidt tot verkrijging van enig recht. Van verkrijging van een recht is alleen sprake wanneer de onrechtmatige toestand tevens gepaard gaat met het bezit van een goed.⁷³ Ter illustratie kan het volgende voorbeeld dienen. Stel dat A een boom heeft binnen de verboden zone van art. 5:42 BW. Na twintig jaar is de vordering van buurman B tot opheffing van deze onrechtmatige toestand volgens art. 3:314 lid 1 BW jo. art. 3:306 BW verjaard.⁷⁴ Het is dan vervolgens van belang om vast te stellen of de onrechtmatige toestand gepaard is gegaan met het bezit van een erfdiensbaarheid om de boom op die plaats te hebben, of niet. In het eerstbedoelde geval verkrijgt A namelijk op grond van art. 3:105 lid 1 BW door verjaring het door hem bezeten recht van erfdiensbaarheid op het moment dat de rechtsvordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand verjaart. Het belang van het al dan niet zijn ontstaan van een erfdiensbaarheid ten behoeve van het erf van A, treedt aan het licht wanneer de boom in de verboden zone (nadat de vordering tot verwijdering is verjaard) omwaait of wordt omgehakt en er vervolgens op dezelfde plek een nieuwe boom wordt geplant.

71 Zie met betrekking tot deze materie ook Beekhoven van den Boezem (2000), p. 721-722 en Pleysier (2001), p. 261.

72 Onder gedogen versta ik het niet optreden tegen een onrechtmatige toestand of gedraging (zo ook Beekhoven van den Boezem (2001), p. 264 en Hof Arnhem 14 mei 2002, KG 2002, 162, r.o. 4.5.2). De term gedogen wordt echter ook wel gebruikt ter aanduiding van het op grond van een (stilzwijgende) overeenkomst toelaten van een bepaalde toestand of gedraging (zie bijvoorbeeld Davids (1994), nr. 18, p. 25 en Pleysier (1997), p. 162).

73 Zie art. 3:105 lid 1 BW.

74 Onder het oude recht gold de regel dat de verjaringstermijn van de verkrijgende verjaring van art. 2000 lid 2 OBW begon te lopen vanaf het moment waarop de betreffende boom was geplant (HR 18 december 1992, NJ 1993, 152, De Moel/Scherpenzeel c.s.). Ditzelfde aanvangstijdstip geldt in beginsel voor de extinctieve verjaring van de vordering tot verwijdering van beplanting binnen de verboden zone van art. 5:42 BW en de hiermee eventueel samenhangende verkrijging van een erfdiensbaarheid op grond van art. 3:105 lid 1 BW (zie A-G Asser in nr. 2.31 van zijn conclusie bij HR 18 december 1992, NJ 1993, 152, De Moel/Scherpenzeel c.s.). Deze regel lijdt uitzondering wanneer de in het geding zijnde erven worden gescheiden door een scheidsmuur. Op grond van art. 5:42 lid 3 BW is er in dat geval pas sprake van een onrechtmatige toestand waartegen een rechtsvordering tot opheffing kan worden ingesteld vanaf het moment waarop de beplanting hoger reikt dan de tussen de erven staande scheidsmuur. Dit betekent dat pas vanaf dat moment de twintig-jaartermijn van art. 3:314 BW jo. 3:306 BW begint te lopen (zie: Lindenbergh (1993), p. 247, Van Schaick (1997), p. 168, Wibbens-de Jong (1997), p. 267, Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 195, p. 213, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp (2001), nr. 567, p. 406 en Davids (1999), nr. 17, p. 36).

Met betrekking tot deze nieuwe toestand begint dan een nieuwe verjaring te lopen. De rechtsvordering tot verwijdering van de nieuwe boom kan echter worden afgeweerd met een beroep op een ten behoeve van het erf van A ontstane erfdiensbaarheid.⁷⁵

De vraag of een onrechtmatige toestand gepaard gaat met een bezit van erfdiensbaarheid, is in een concreet geval niet altijd makkelijk te beantwoorden. Voor het aannemen van het bezit van een erfdiensbaarheid is volgens een arrest van de Hoge Raad uit 1901 vereist dat de bevoegdheden die aan een denkbeeldige erfdiensbaarheid zijn verbonden, worden uitgeoefend 'met den wil om zulks als rechthebbende te doen'.⁷⁶ Dit is in het licht van art. 3:107 lid 1 BW ('Bezit is het houden van een goed voor zichzelf') nog steeds het juiste criterium. Hierbij moet wel bedacht worden dat ingevolge art. 3:108 BW⁷⁷ van de bedoelde 'wil' moet blijken op grond van uiterlijke feiten.⁷⁸

Naast de vraag of er sprake is van bezit van een erfdiensbaarheid, speelt de vraag of dit bezit te goeder trouw is. Dit is van belang omdat bezit te goeder trouw tot gevolg heeft dat de erfdiensbaarheid al na verloop van tien jaar door verkrijgende verjaring wordt verkregen.⁷⁹ Van bezit te goeder trouw van een erfdiensbaarheid is volgens de Hoge Raad sprake wanneer 'degene bij wie het bezit is aangevangen zich krachtens erfdiensbaarheid bevoegd beschouwde en zich ook redelijkerwijs bevoegd mocht beschouwen de desbetreffende toestand te doen voortduren'.⁸⁰ Dit kan zich voordoen wanneer

75 Zie met betrekking tot het bovenstaande M.v.A. II bij art. 3.11.15a, PG Boek 3, p. 930. Anders: Pitlo/Reehuis/Heisterkamp (2001), nr. 631, p. 450-451 waar zonder verwijzing naar de hierboven vermelde Memorie van Antwoord wordt gesteld dat wanneer in een dergelijk geval door verjaring een erfdiensbaarheid mocht zijn ontstaan, de erfdiensbaarheid er slechts toe strekt dat die ene bepaalde boom binnen de verboden zone mag staan. Volgens Pitlo/Reehuis/Heisterkamp (2001), nr. 631, p. 450 is de vraag of door verjaring op grond van art. 3:105 BW een erfdiensbaarheid is ontstaan van belang wanneer het erf van degene die de aanwezigheid van de boom binnen de verboden zone moest dulden, wordt overgedragen. Is er geen erfdiensbaarheid ontstaan, dan zou de nieuwe eigenaar zich weer op art. 5:42 BW kunnen beroepen. De extinctieve verjaring van de vordering van zijn voorganger zou de nieuwe eigenaar niet aangaan. Dit laatste lijkt mij onjuist omdat de vordering van art. 5:42 BW een met de overgedragen eigendom verbonden goederenrechtelijke rechtsvordering is.

76 HR 20 december 1901, W. 1902, 7701.

77 Art. 3:108 BW: 'Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.'

78 Zie ook Hof Amsterdam (r.o. 5.11) in een zaak die leidde tot HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 96, Makkee/De Werdt ('In het bijzonder is niet of althans onvoldoende gebleken van een naar buiten blijkende wil een hierbij passend zakelijk gebruiksrecht te doen gelden.'), alsmede Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 196, p. 213-214, Davids (1994), nr. 18, p. 25 en Wibbens-de Jong (1995), p. 831.

79 Zie art. 3:99 lid 1 BW. Voor de verjaring op grond van art. 3:105 lid 1 BW jo. art. 3:314 lid 1 BW is geen goede trouw vereist.

80 HR 3 mei 1996, NJ 1996, 501 (Huizing/Stichting voor Andere Woonvormen), r.o. 5.1.3.

in de openbare registers een erfdiensbaaerheid staat ingeschreven die als gevolg van een vestigingsgebrek niet daadwerkelijk tot stand is gekomen.⁸¹

19.4.3 De vertroebeling van het onderscheid tussen incidentele inbreuken op het eigendomsrecht en een onrechtmatige toestand

In de vorige paragraaf kwam het onderscheid aan de orde tussen – niet voor verjaring vatbare – vorderingen tot een verbod op incidentele inbreuken op het eigendomsrecht en – wel voor verjaring vatbare – vorderingen tot opheffing van een onrechtmatige toestand. Dit schijnbaar heldere onderscheid wordt vertroebeld door het gegeven dat naar huidig recht het bezit van een niet-voortdurende erfdiensbaaerheid mogelijk wordt geacht. Wanneer iemand regelmatig over het erf van zijn buurman gaat, kan dit gedrag onder bepaalde omstandigheden worden aangemerkt als het bezit van een erfdiensbaaerheid van weg.⁸² Het is van belang vast te stellen dat zodra er sprake is van bezit van een niet-voortdurende erfdiensbaaerheid, er eveneens sprake is van een onrechtmatige *toestand* in de zin van art. 3:314 lid 1 BW. Dit blijkt duidelijk uit de toelichting bij art. 3:314 lid 2 BW, welke bepaling gaat over de verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende. Men leest hier:

‘Het in het tweede lid bepaalde is slechts een toepassing van het eerste lid. Ook bezit van een niet-rechthebbende vormt jegens de rechthebbende een onrechtmatige toestand.’⁸³

Uit het bovenstaande volgt dat ook een vordering tot een verbod op incidentele inbreuken op het eigendomsrecht kan verjaren, indien er sprake is van bezit van een erfdiensbaaerheid. Verjaring van de rechtsvordering brengt in deze gevallen altijd de verkrijging van een recht van erfdiensbaaerheid op grond van art. 3:105 lid 1 BW mee. Het verdient opmerking dat het ontwerp van Meijers weliswaar de mogelijkheid opende om ook niet-voortdurende erfdiensbaaerheden door verjaring te verkrijgen, maar dat het ontwerp deze mogelijkheid beperkte tot de gevallen waarin een niet-voortdurende erfdiensbaaerheid te goeder trouw bezeten werd.⁸⁴ Wijziging van art. 3:105 BW en invoering van art. 3:314 BW hebben ook de verkrijging door verjaring mogelijk gemaakt

81 Te denken valt hierbij aan het niet authentiek zijn van de notariële akte van vestiging of aan het door nietigheid of vernietiging ontbreken van een titel van vestiging.

82 Zie T.M. bij art. 3.5.7, PG Boek 3, p. 433. Meijers waarschuwt er op deze plaats wel voor dat ‘een onderscheid gemaakt moet worden tussen het als gunst toelaten van het gebruik en het uitoefenen van de erfdiensbaaerheid als rechthebbende.’

83 M.v.A. II bij art. 3.11.15a, PG Boek 3, p. 931.

84 Zie T.M. bij art. 5.6.3, PG Boek 5, p. 261.

van niet te goeder trouw bezeten (niet-voortdurende) erfdienstbaarheden.⁸⁵ Overigens wordt over het algemeen grote terughoudendheid bepleit met betrekking tot het aannemen van het bezit van een niet-voortdurende erfdienstbaarheid en daarmee met betrekking tot de mogelijkheid om een dergelijke erfdienstbaarheid door verjaring te verkrijgen.⁸⁶ Dit is terecht: het dulden van incidentele inbreuken op het eigendomsrecht bij wijze van burendienst, mag niet te snel leiden tot het verlies van recht.

85 Een niet te goeder trouw bezeten niet-voortdurende erfdienstbaarheid kan pas op zijn vroegst op 2 januari 2012 door verjaring worden verkregen. Aangezien het bezit van een niet-voortdurende erfdienstbaarheid onder het BW van voor 1992 niet mogelijk was, begint de twintigjarige verjaringstermijn op grond van art. 95 Overgangswet NBW jo. art. 3:101 BW pas te lopen op 2 januari 1992 (zie: Albers-Dingemans (1995), p. 823 en Berger (2001), p. 164-165 (die ten onrechte uitgaat van 1 (in plaats van 2) januari 2012 als eerst mogelijk tijdstip van verkrijging), alsmede Pres. Rb. Rotterdam 26 september 1995, KG 1995, 431 en Hof Amsterdam 7 maart 1996 (ongepubliceerd, waarover Albers-Dingemans (1996), p. 405-406). Anders: Glazenborg/Van Swaaij (1995), p. 649-650, alsmede Pres. Rb. Assen 21 december 1993, KG 1994, 91 en Pres. Rb. Amsterdam 29 juni 1995, KG 1995, 298.

86 Zie bijvoorbeeld: Vetter (1995), p. 602, Wibbens-de Jong (1995), p. 831-832, Pleysier (1997), p. 163, Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 196, p. 214 en Hof 's-Hertogenbosch 16 december 1996, KG 1997, 50. Anders: Pres. Rb. Assen 21 december 1993, KG 1994, 91 en Pres. Rb. Amsterdam 29 juni 1995, KG 1995, 298.

