



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Erfdienstbaarheid, vermenging en kenbaarheid uit de openbare registers**

Es, P.C. van

### **Citation**

Es, P. C. van. (2022). Erfdienstbaarheid, vermenging en kenbaarheid uit de openbare registers. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2022(2), 4-6. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513732>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513732>

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

# 6. Erfdienstbaarheid, vermenging en kenbaarheid uit de openbare registers

P.C. VAN ES

**Uit HR 29 oktober 2021 ECLI:NL:HR:2021:1617 volgt dat het tenietgaan van een erfdienstbaarheid door vermenging geen inschrijfbaar feit is in de zin van art. 3:17 BW. Dit ontnemt een verkrijger die dacht een heersend erf te verkrijgen (terwijl de erfdienstbaarheid in werkelijkheid al door vermenging teniet was gegaan) een beroep op art. 3:24 BW. In deze bijdrage wordt hierop nader ingegaan, waarbij ook aandacht zal worden besteed aan een aantal algemene aspecten van het tenietgaan van erfdienstbaarheden door vermenging.**

## 1. HR 29 oktober 2021 ECLI:NL:HR:2021:1617; verkorte weergave van de feiten

In het kader van de overdracht van een landbouwbedrijf heeft verweerder in cassatie bij notariële akte van 8 februari 1995, ingeschreven op 9 februari 1995, van zijn ouders krachtens koop twee percelen verkregen (perceel [001] en perceel [002]), alsmede een gedeelte van perceel [003]. In dezelfde notariële akte van 8 februari 1995 wordt een erfdienstbaarheid van weg gevestigd ten laste van het niet overgedragen deel van perceel [003] als dienend erf en ten behoeve van het aan verweerder overgedragen deel van perceel [003], alsmede de percelen [001] en [002] als heersend erf. Laatstbedoelde percelen zijn ingesloten en hebben zelf geen toegang tot de openbare weg.

Eveneens wordt bij een op 8 februari 1995 verleden akte (ingeschreven op 9 februari 1995) ten behoeve van de Rabobank een recht van hypotheek gevestigd op de percelen [001], [002] en het aan verweerder overgedragen deel van perceel [003].

In oktober 1995 worden de door verweerder op 9 februari 1995 verkregen percelen samengevoegd tot één kadastraal perceel [004]. Het niet aan verweerder geleverde gedeelte van perceel [003] wordt vernummerd tot perceel [005]. Dit perceel [005] wordt in maart 1998 alsnog ten titel van koop geleverd aan verweerder. De leveringsakte bevat in art. 7 de volgende bepaling: *‘Aan verkoper zijn geen (...) erfdienstbaarheden (...) met betrekking tot het verkochte bekend.’*

Op 29 september 1999 is de ingeschreven hypotheek van de Rabobank doorgehaald en bij akte van 28 juni 2002, ingeschreven op 1 juli 2002, heeft verweerder op perceel [004] een recht van eerste hypotheek verleend aan SNS. Perceel [004] is in 2012 gesplitst in twee percelen waaronder het aan perceel [005] grenzende perceel [006] dat eigendom is gebleven van verweerder.

In oktober 2015 heeft SNS ten laste van verweerder de openbare executieveiling van perceel [006] aangekondigd. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in een door de voorzieningenrechter goedgekeurde onderhandse verkoop van dit perceel. Het perceel [006] is via enige tussenschakels in handen gekomen van eiser tot cassatie. De akte van levering waarin uitvoering wordt gegeven aan de onderhandse executoriala verkoop maakt melding van het bestaan van de erfdienstbaarheid van weg.

Het conflict tussen eiser en verweerder spitst zich toe op de vraag of eiser gerechtigd is tot uitoefening van de erfdienstbaarheid van weg. Er spelen ook andere zaken (zoals de aanwijzing van een noodweg), maar deze blijven buiten beschouwing.

## 2. Vermenging en de relatieve werking van art. 3:81 lid 3 eerste zin BW

In maart 1998 is verweerder door verkrijging van perceel [005] eigenaar geworden van zowel het dienende erf als het heersende erf (destijds perceel [004]). Op dat tijdstip is de erfdienstbaarheid van weg op grond van art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW door vermenging tenietgegaan. De vermenging werkte niet ten nadele van de Rabobank, die destijds een recht van hypotheek had op het heersende erf (art. 3:81 lid 3 eerste zin BW). Bij een eventuele executoriala verkoop van het heersende erf (destijds perceel [004]) door de Rabobank zou de erfdienstbaarheid van weg herleven. De hypotheek van de Rabobank is in 1999 echter doorgehaald. Eiser probeert mee te liften op de bescherming die de Rabobank (en diens eventuele executoriala koper) destijds zouden hebben kunnen genieten, maar die vlieger gaat niet op. Hof 's-Hertogenbosch (11 augustus 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2556, r.o. 6.4.3) overweegt – na aanhaling van een citaat uit de MvA II bij art. 3.4.1.2

(art. 3:81 BW), *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 311 – het volgende:

*‘Uit het hiervoor opgenomen citaat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de ratio van het bepaalde in artikel 3:81 lid 3 eerste zin BW is gelegen in de bescherming van de rechthebbenden ter zake beperkte rechten die op het moment van de vermenging reeds bestaan: (alleen) zij kunnen hun beperkte recht ondanks die vermenging blijven uitoefenen ‘als ware het door vermenging tenietgaande recht nog in stand gebleven’. Hetzelfde blijkt ook reeds uit de tekst van artikel 3:81 lid 3 eerste zin BW, waarin sprake is van relatieve werking ten behoeve van hen die een beperkt recht hebben op het ‘tenietgaande’ beperkte recht.’*

Deze overweging houdt in cassatie (terecht) stand.

### 3. Bescherming van eiser op grond van art. 3:24 BW?

Art. 3:24 lid 1 BW bepaalt dat indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel in de registers wordt ingeschreven, een eveneens voor inschrijving in de registers vatbaar feit niet met betrekking tot dat registergoed ingeschreven was, dit feit aan de verkrijger niet kan worden tegengeworpen, tenzij hij het kende.

Eiser beroept zich op dit artikel, maar het hof wijst dit beroep in r.o. 6.4.3 van zijn arrest af omdat op het moment dat SNS in 2002 het hypotheekrecht verkreeg, uit de openbare registers bleek dat het heersende erf en het dienende erf in één hand waren.

In cassatie wordt aangevoerd dat art. 3:24 BW wel toepassing zou moeten vinden omdat het tenietgaan van een erfdiensbaarheid een feit is dat op grond van art. 3:17 BW of art. 3:28 BW had kunnen worden ingeschreven in de openbare registers. Wat betreft het beroep op art. 3:17 BW volstaat de Hoge Raad in r.o. 3.2 met de opmerking dat het tenietgaan van een erfdiensbaarheid door vermenging niet behoort tot de feiten die op grond van art. 3:17 BW in de openbare registers kunnen worden ingeschreven. De toelichting van A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor het arrest is verhelderend (nr. 3.26):

*‘Vermenging valt met name niet te kwalificeren als een rechtshandeling als bedoeld in [art. 17] lid 1, sub a. (...) Het tenietgaan door vermenging is slechts te kwalificeren als het rechtsgevolg van de levering waardoor het heersende en het dienende perceel in één hand kwamen. De omstandigheid dat die levering is ingeschreven en dat daardoor het tenietgaan van de erfdiensbaarheid uit de openbare registers kan worden afgeleid, maakt begrijpelijk dat vermenging geen inschrijfbaar feit is.’*

Ten aanzien van de verklaring van waardeloosheid (art. 3:28 lid 1 BW) merkt A-G Rank-Berenschot in haar conclusie (nr. 3:27) op dat deze op voet van art. 3:28 lid 2 BW in de registers kan worden ingeschreven en dat zij valt onder

de werking van art. 3:24 BW. Hier gaat de A-G echter niet verder op in omdat eiser zich in feitelijke instanties niet op de bescherming van art. 3:28 BW heeft beroepen.

Zelf kan ik niet inzien hoe art. 3:28 BW eiser zou hebben kunnen helpen als er wel tijdig een beroep op zou zijn gedaan. Een verklaring van waardeloosheid moge een inschrijfbaar feit zijn, maar er wás in deze zaak helemaal geen verklaring van waardeloosheid opgesteld. Zie ook E.R. Helder, *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 17, aant. 19 die opmerkt dat: *‘(...) in de opvatting van de wetgever de waardeloosheid van een inschrijving als zodanig niet het voor inschrijving vatbaar feit is. Alleen de afgelegde verklaring dat een inschrijving waardeloos is, is een voor inschrijving vatbaar feit.’*

### 4. Nadere opmerkingen over vermenging bij erfdiensbaarheden

Het uitgangspunt dat een erfdiensbaarheid tenietgaat als het heersende en het dienende erf in één hand komen, heeft oude wortels. Al in het Romeins recht treft men in D. 8,4,10 (Ulpianus) de regel aan dat ‘niemand aan zichzelf een erfdiensbaarheid verschuldigd is’ (*nemo ipse sibi servitutem debet*).

Toch is het tenietgaan van een erfdiensbaarheid door vermenging in mijn ogen niet zo vanzelfsprekend als bijvoorbeeld het feit dat een verbintenis tenietgaat als door overgang van de vordering of de schuld, de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen (art. 6:161 lid 1 BW). Het is in dit laatste geval immers moeilijk denkbaar dat de schuldeiser (die tevens schuldenaar is) de behoefte zou hebben om de vordering op zichzelf op enig moment door cessie aan een ander te doen toekomen: met het voortbestaan van de rechtsverhouding wordt geen redelijk doel gediend. Bij een erfdiensbaarheid ligt dat anders. Een erfdiensbaarheid stemt als het ware de verhouding tussen twee erven voor langere tijd op elkaar af. Wanneer de twee erven op enig moment in dezelfde hand komen, is het goed denkbaar dat een van de erven op enig moment toch weer in een andere hand komt. Herleving van de erfdiensbaarheid kan in zo’n geval op zijn plaats zijn. Naar wenselijk recht zou een erfdiensbaarheid in mijn ogen pas door vermenging teniet moeten gaan als de betrokken erven kadastraal tot één perceel zijn geworden. De eigenaar van het heersende erf die tevens eigenaar is van het dienende erf zou er in dit systeem natuurlijk wel voor moeten kunnen kiezen de erfdiensbaarheid door afstand (art. 3:98 jo. art. 3:89 BW) teniet te doen gaan.

Zie eveneens kritisch over het tenietgaan van erfdiensbaarheden door vermenging, J.G. Gräler, ‘Mede-eigendom, mandeligheid en erfdiensbaarheden: enkele notities over het Zwitserse zakenrecht’, *WPNR 2014/7093* en H.D. Ploeger, ‘Een erfdiensbaarheid op eigen erf’, *WPNR 2000/6396*, waar ook wordt ingegaan op de ‘verzachtende’ bepalingen van art. 5:83 BW en art. 4:50 lid 3 BW. Art. 5:83 BW geeft een regeling voor het geval waarin op het tijdstip waarop het heersende en het dienende erf één eigenaar verkrijgen, een derde een van de erven in huur of pacht of

uit hoofde van een ander persoonlijk recht in gebruik heeft. De erfdienstbaarheid gaat dan pas door vermenging teniet bij het einde van dit gebruiksrecht.

Art. 4:50 lid 3 BW heeft onder meer betrekking op het geval waarin een erflater een heersend erf heeft gelegateerd aan een derde, terwijl de enig erfgenaam (die belast is met de uitvoering van het legaat) de eigenaar is van het dienende erf. Zonder nadere wettelijke regeling zou de erfdienstbaarheid – althans bij zuivere aanvaarding van de nalatenschap – op het moment van het overlijden van de erflater door vermenging tenietgaan. Art. 4:50 lid 3 BW bepaalt echter dat geen vermenging plaatsvindt als een beperkt recht van de erflater op een goed van de erfgenaam is gelegateerd (tenzij het legaat wordt verworpen). Vermenging vindt op grond van deze bepaling ook niet plaats als een dienend erf is gelegateerd, terwijl de erfgenaam eigenaar is van het heersende erf.

### 5. De rol van de notaris

In deze zaak valt op dat de notaris in de leveringsakte betreffende de overdracht in maart 1998 van perceel [005]

door de ouders van eiser aan eiser, de bepaling heeft opgenomen dat aan verkoper geen erfdienstbaarheden met betrekking tot het verkochte bekend zijn. Perceel [005] was het dienende erf van de in het geding zijnde erfdienstbaarheid van weg. Uit de basisregistratie met betrekking tot dit dienende erf zou moeten blijken dat het erf bezwaard is met een erfdienstbaarheid. Zie art. 48 lid onder c Kadasterwet. De notaris had in mijn ogen niet alleen het bestaan van de erfdienstbaarheid in de leveringsakte moeten vermelden, maar ook het feit dat de erfdienstbaarheid als gevolg van de levering op grond van vermenging teniet zal gaan. Op deze manier zou de notaris op optimale wijze hebben bijgedragen aan de benodigde transparantie in het registergoederenrechtsverkeer.

*HR 29 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1617*

Over de auteur

**P.C. van Es**

Hoofddocent Universiteit Leiden.