IN NAAM VAN DE KONING

# arrest

## GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht

Zaaknummer hof : 200.295.230/01
Zaaknummer rechtbank : C/09/581651 / HA ZA 19-1086
Publicatie vonnis : ECLI:NL:RBDHA:2021:780

**Arrest van 10 januari 2023** (bij vervroeging)

in de zaak van

**Gemeente Midden-Delfland**,
gevestigd te Schipluiden, gemeente Midden-Delfland,
appellante in het principaal hoger beroep,
verweerster in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. W.J. Bosma, kantoorhoudend in Den Haag,

tegen

**1. G.A.M. Van Leeuwen Beheer B.V.**,
gevestigd te Den Hoorn, gemeente Midden-Delfland,
**2. Plus Vastgoed B.V.**,
gevestigd te Utrecht,
verweersters in het principaal hoger beroep,
appellanten in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. J.Ph. van Lochem, kantoorhoudend in Amsterdam.

Het hof zal appellante hierna noemen de Gemeente, verweerster sub 1 Van Leeuwen en verweerster sub 2 Plus. Van Leeuwen en Plus samen zullen Van Leeuwen c.s. (mannelijk enkelvoud) worden genoemd.

## 1. De zaak in het kort

1.1 De achtergrond van de zaak is de voorgenomen herontwikkeling van het centrumgebied in Den Hoorn. Partijen, die beiden percelen in het centrumgebied in eigendom hebben, zijn het niet eens met elkaars plannen. In deze zaak spitsen de geschillen zich toe op twee erfdienstbaarheden van weg ten gunste van Van Leeuwen c.s. en ten laste van de Gemeente. De Gemeente wil dat deze worden opgeheven, verlegd of gewijzigd. Daarnaast is discussie over de lengte en het gebruik van een van de erfdienstbaarheden.

1.2 De rechtbank heeft de door de Gemeente gevorderde opheffing, verlegging of wijziging afgewezen. Ten aanzien van het laatste geschilpunt heeft de Gemeente deels gelijk gekregen.

1.3 Deze kwesties zijn opnieuw aan de orde bij het hof. Het hof bekrachtigt het vonnis.

## 2. Procesverloop in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:
- de dagvaarding van 29 april 2021, waarmee de Gemeente in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 3 februari 2021 (hierna: het vonnis);
- het arrest van dit hof van 22 juni 2021, waarin een mondelinge behandeling na aanbrengen is gelast;
- de memorie van grieven van de Gemeente, met bijlagen;
- de memorie van antwoord van Van Leeuwen c.s. tevens incidenteel appel, met bijlagen;
- de memorie van antwoord in incidenteel appel van de Gemeente, met één bijlage;
- de bijlagen (nr. 42 van de Gemeente en de nrs. 17 en 18 van Van Leeuwen c.s.), die partijen hebben overgelegd ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling.

2.2 Op 21 november 2022 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht, de Gemeente aan de hand van pleitaantekeningen die zij heeft overgelegd.

## 3. Feitelijke achtergrond

3.1 De feiten, die de rechtbank in het vonnis heeft weergegeven (in overweging 2.1 tot en met 2.28) zijn tussen partijen niet in geschil, met uitzondering van de interpretatie van de foto in overweging 2.5. Het hof gaat daarom – met voormelde restrictie – ook van deze feiten uit. Het hof zal hierna de thans relevante feiten samengevat weergeven. Voor verdere gegevens wijst het hof naar de feitenweergave in het gepubliceerde vonnis.

3.2 De Gemeente heeft in het centrumgebied van Den Hoorn de kadastrale percelen H 1695, H 1696, H 1522 en H 1523 in eigendom (hierna: de percelen 1695, 1696, 1522 en 1523). Van Leeuwen c.s. heeft de eigendom van perceel H 1694 (hierna: perceel 1694). Deze percelen waren voorheen deels anders genummerd. Hierna volgt de ontstaansgeschiedenis ervan (zie ook de kadastrale kaarten, die in dit arrest zullen worden opgenomen).

3.3 In het verleden vormden de kadastrale percelen 1422 en 1423 een geheel. Zij waren eigendom van (kort gezegd) Benfried[1]. Benfried heeft in 1967 perceel 1422 verkocht en geleverd aan (kort gezegd) Van den Ende[2]. Daarbij zijn over en weer erfdienstbaarheden gevestigd.
Benfried behield in 1967 de eigendom van perceel 1423. Dit perceel is later omgenummerd tot 1550 en daarna gesplitst in de percelen 1694, 1695 en 1696.

3.4 Benfried heeft in 1981 aan Van den Ende geleverd: het huidige perceel 1695 en het noordelijke deel van het huidige perceel 1694. Perceel 1694 (noord) en het toenmalige perceel 1422 vormen thans het huidige perceel 1694 (met het vroegere perceel 1422 aan de zuidkant). Bij de levering zijn ten laste van het aan Benfried verblijvende perceel 1696 (en ten gunste van de percelen 1694 en 1695) erfdienstbaarheden gevestigd. Deze luiden:

[1] de heer G.A. Koop (h.o.d.n. Benfried, later Benfried B.V.)
[2] De v.o.f. H.C. van den Ende en Zonen.

*"Te dezer zake wordt gevestigd:*
*A. (...)*
*B. ten behoeve van het bij deze verkochte en ten laste van het bij Benfried B.V. in eigendom verblijvende onroerend goed een erfdienstbaarheid van weg, rechtgevende aan het heersend erf om via het lijdend erf te komen van en te gaan naar de Dijkshoornseweg alsmede naar de weg welke aansluitend op het lijdend erf toegang verschaft naar de Looksingel, zulks zowel te voet als met rij- en voertuigen (vrachtauto's daaronder begrepen). Een gelijke erfdienstbaarheid van gelijke strekking is reeds gevestigd ten behoeve van het reeds aan H.C. van den Ende Veevoeders B.V. in eigendom toebehorende perceel gemeente Schipluiden sectie H nummer 1422[3], waarbij is bepaald dat de erfdienstbaarheid dient te worden uitgeoefend over de bestaande paden, terwijl de grond waarover zij wordt uitgeoefend nimmer mag worden gebruikt voor de opslag van materialen of mag worden bebouwd en de afscheiding tussen het heersend en lijdend erf nimmer zodanig mag geschieden dat hierdoor de uitoefening van de erfdienstbaarheid zou worden belemmerd. Genoemde bepaling is tevens van toepassing op de bij deze sub B gevestigde erfdienstbaarheid."*

3.5 Van den Ende heeft in 2005 perceel 1694 aan Van Leeuwen c.s. geleverd. Op dit perceel heeft tussen 1967 en 2005 een meelfabriek gestaan. De Gemeente heeft op enig moment tussen 2005 en 2008 de percelen 1695, 1696, 1523 en 1522 in eigendom verkregen.

3.6 Op grond van de in 1981 gevestigde erfdienstbaarheden geldt perceel 1696 van de Gemeente als dienend erf. Perceel 1694 van Van Leeuwen c.s. is het heersende erf.

3.7 In ieder geval sinds 1998 heeft de Gemeente plannen om het centrumgebied in Den Hoorn te herontwikkelen. Daarbij heeft de Gemeente gekozen voor een plan van projectontwikkelaar Waaijer (en niet voor het plan van Van Leeuwen). Dit plan Waaijer voorziet onder meer in de realisatie van een Jumbo supermarkt op het perceel 1696, waarover de erfdienstbaarheden van Van Leeuwen c.s. worden uitgeoefend. Hier vlak bij staat de huidige supermarkt, die door Van Leeuwen c.s. wordt verhuurd aan de exploitant.

3.8 Het gewijzigde bestemmingsplan 'Centrumplan Den Hoorn 2016' maakt de ontwikkeling van het plan Waaijer mogelijk en voorziet in woningbouw op het perceel van Van Leeuwen c.s.. Het daarmee verband houdende exploitatieplan is nog niet onherroepelijk.

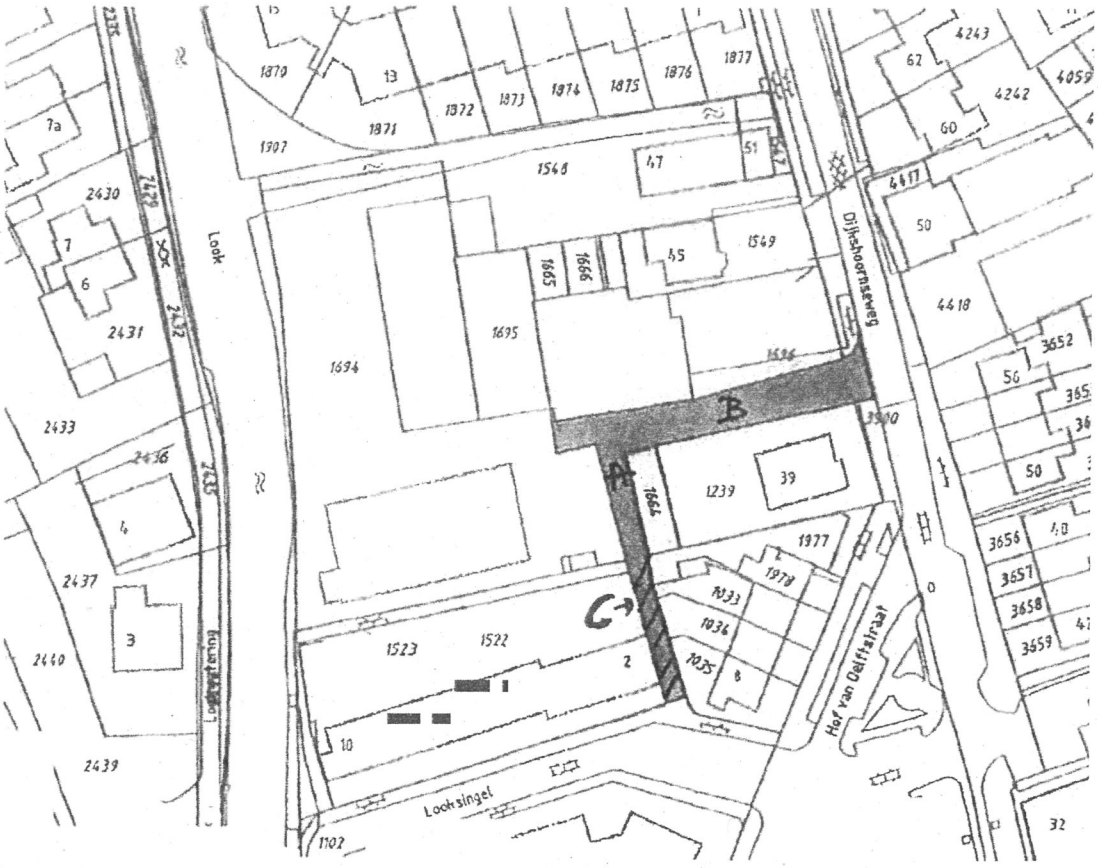
3.9 De Gemeente wil de (in overweging 3.6 bedoelde) erfdienstbaarheden van Van Leeuwen c.s. opheffen, verleggen of wijzigen. Van Leeuwen c.s. is daarmee niet akkoord gegaan. Onderstaande kadastrale kaart[4] vermeldt de ligging van de relevante percelen, met aan de westkant (links) perceel 1694 en aan de oostkant (rechts) perceel 1696. Perceel 1695 ligt hier tussen. De percelen 1522 en 1523 liggen aan de zuidkant (onder). Over deze laatstgenoemde percelen ligt thans een bestraat pad dat breed genoeg is voor gemotoriseerd verkeer.

[3] Bij leveringsakte van 1 december 1967 aan de V.O.F. Van den Ende en Zonen.
[4] Inleidende dagvaarding onder 8




3.10 De hierna opgenomen kadastrale kaart bevat ingetekend de (aan Van Leeuwen c.s. toekomende) erfdienstbaarheden van weg, te weten:
- een erfdienstbaarheid naar de Dijkhoornseweg (door het hof gemerkt **B**), oostwaarts. De ligging van deze erfdienstbaarheid is niet in geschil. Het hof zal spreken over erfdienstbaarheid B of 'weg B'.
- een erfdienstbaarheid van weg naar het zuiden richting Looksingel (door het hof gemerkt **A**). De ligging, met name de lengte ervan, is wél in geschil. Volgens de Gemeente loopt erfdienstbaarheid A tot de grens van de percelen 1523 en 1522. Volgens Van Leeuwen c.s. daarentegen loopt erfdienstbaarheid A door tot aan de Looksingel. Het hof zal voor de duidelijkheid hierna spreken over erfdienstbaarheid A of 'weg A' wanneer het gedeelte van de erfdienstbaarheid van weg wordt bedoeld, lopend tot de grens van de percelen 1522 en 1523. Het hof zal het deel daarná tot de Looksingel 'weg **C**' noemen. Dit deel C is op de kaart hierna[5] door het hof gearceerd.

[5] Onder meer productie 12 bij conclusie van antwoord.




3.11 De Gemeente heeft inmiddels ten aanzien van perceel 1694 een onteigeningsprocedure in gang gezet.

## 4. De procedure bij de rechtbank

4.1 De Gemeente heeft Van Leeuwen c.s. gedagvaard en het volgende gevorderd ten aanzien van de erfdienstbaarheden A en B, samengevat:
*primair*: opheffing van de erfdienstbaarheden A en B, op grond van artikel 5:79 BW;
*subsidiair*: een verklaring voor recht dat de gemeente bevoegd is deze erfdienstbaarheden te verleggen volgens haar voorstel (zoals in het vonnis weergegeven in overweging 2.28, de rode lijnen), op grond van artikel 5:73 lid 2 BW;
*meer subsidiair*: wijziging van de erfdienstbaarheden in voormelde zin, op grond van artikel 5:78 BW.

4.2 Daarnaast heeft de Gemeente gevorderd ten aanzien van weg C:
*(ii.a)* een verklaring voor recht dat noch door vestiging, noch door verjaring een erfdienstbaarheid van weg is ontstaan ten laste van de percelen 1522 en 1523 ten gunste van perceel 1694:
*(ii.b)* een verklaring voor recht dat, voor zover aan Van Leeuwen c.s. toestemming is verleend voor het gebruik van de percelen 1522 en 1523 als ontsluiting van perceel 1694,

deze toestemming, althans dit gebruiksrecht, per 29 juli 2019 is komen te vervallen.

4.3 De rechtbank heeft vordering (iia) toegewezen en de overige vorderingen afgewezen, met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten.

4.4 De rechtbank heeft de vorderingen tot opheffing, verlegging of wijziging van de erfdienstbaarheden A en B op inhoudelijke gronden afgewezen. Daarom is de rechtbank niet toegekomen aan de verdere weren van Van Leeuwen c.s. en evenmin aan het voorstel van de Gemeente om aan de opheffing of wijziging van de erfdienstbaarheden op de voet van artikel 5:81 BW de voorwaarde van schadevergoeding te verbinden.

4.5 Ten aanzien van de toewijzing van vordering (ii.a) heeft de rechtbank geoordeeld dat geen sprake was van bezit van een erfdienstbaarheid van weg en dus ook niet van verkrijgende verjaring. Daartoe heeft de rechtbank, samengevat, het volgende overwogen.

4.6 Partijen zijn het erover eens dat nooit bij akte een erfdienstbaarheid van weg C is gevestigd over de percelen 1522 en 1523. Volgens Van Leeuwen c.s. is deze erfdienstbaarheid echter door verjaring ontstaan. De voorgaande eigenaren van perceel 1694 (Benfried en Van den Ende) zijn sinds 1967, maar mogelijk al eerder, bezitter van deze erfdienstbaarheid geworden, omdat zij weg C herhaaldelijk als vaste uitweg naar de Looksingel hebben gebruikt. Ook hebben zij deze weg/het pad onderhouden. Benfried (de heer Koop) heeft het pad ook met toestemming van de Gemeente bestraat, aldus nog steeds Van Leeuwen c.s..

4.7 Het pad (weg C) was volgens de rechtbank blijkens de stukken echter niet alleen een toegangsweg voor Van Leeuwen c.s. (gevestigd aan de Dijkhoornseweg 41), maar ook voor andere gebruikers en omwonenden. Niet valt in te zien dat in de door de Gemeente verleende toestemming om een pad te bestraten dat door velen werd gebruikt, een (voor de Gemeente kenbare) daad van feitelijke machtsverschaffing kan worden gelezen. Er was, mede hierom, geen sprake van ondubbelzinnig bezit, dus ook niet van verjaring. De verdere stellingen van Van Leeuwen c.s. maken dit niet anders.

4.8 Ten aanzien van de afwijzing van vordering (ii.b) heeft de rechtbank het volgende overwogen. De Gemeente heeft niet duidelijk gemaakt hoe deze vordering betreffende een persoonlijk gebruiksrecht van Van Leeuwen c.s. ten aanzien van dit pad zich verdraagt met de latere stelling van de Gemeente dat het pad mogelijk een openbare weg in de zin van artikel 4 Wegenwet is geworden.

## 5. De grieven in hoger beroep

5.1 De Gemeente klaagt over voormelde afwijzingen. Van Leeuwen c.s. klaagt in incidenteel hoger beroep over toewijzing van vordering (ii.a).

## 6. Beoordeling van de grief van Van Leeuwen c.s. in het incidenteel hoger beroep

6.1 Deze grief gaat over de beslissing van de rechtbank omtrent 'weg C'.

*Geen erfdienstbaarheid C op grond van de akte*

6.2 De primaire stelling van Van Leeuwen c.s. is thans dat uit de eigendomsakte van 1967 en de tekening bij de eigendomsakte van 1981 (betreffende perceel 1694) volgt dat hier een erfdienstbaarheid van kracht is.

6.3 Het hof verwerpt deze stelling en overweegt daartoe het volgende.

6.4 De inhoud van de erfdienstbaarheid moet worden bepaald op grond van de in de vestigingsakte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, die moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.

6.5 Het hof zal de akte uit 1981 tot uitgangspunt nemen, nu de bewoordingen terzake dezelfde zijn als die uit de akte van 1967. In het midden kan daarom blijven of de akte uit 1967 thans nog kan worden ingeroepen door Van Leeuwen c.s., onder meer gelet op het feit dat toen slechts perceel 1422 als heersend erf gold en dus niet 1694 (noord).

6.6 In de akte uit 1981 is over de erfdienstbaarheden het volgende opgenomen[6]:
*"Te dezer zake wordt gevestigd:*
*A. (...)*
*B. ten behoeve van het bij deze verkochte en ten laste van het bij Benfried B.V. in eigendom verblijvende onroerend goed een erfdienstbaarheid van weg, rechtgevende aan het heersend erf om via het lijdend erf te komen van en te gaan naar de Dijkshoornseweg alsmede naar de weg welke aansluitend op het lijdend erf toegang verschaft naar de Looksingel, zulks zowel te voet als met rij- en voertuigen (vrachtauto's daaronder begrepen). Een gelijke erfdienstbaarheid van gelijke strekking is reeds gevestigd ten behoeve van het reeds aan H.C. van den Ende Veevoeders B.V. in eigendom toebehorende perceel gemeente Schipluiden sectie H nummer 1422, waarbij is bepaald dat de erfdienstbaarheid dient te worden uitgeoefend over de bestaande paden, terwijl de grond waarover zij wordt uitgeoefend nimmer mag worden gebruikt voor de opslag van materialen of mag worden bebouwd en de afscheiding tussen het heersend en lijdend erf nimmer zodanig mag geschieden dat hierdoor de uitoefening van de erfdienstbaarheid zou worden belemmerd. Genoemde bepaling is tevens van toepassing op de bij deze sub B gevestigde erfdienstbaarheid."*

6.7 De relevante passage (aangaande erfdienstbaarheid A) hierbij is [onderstreping door het hof] : *"(....) rechtgevende aan het heersend erf om via het lijdend erf te komen van en te gaan naar (...) de weg welke aansluitend op het lijdend erf toegang verschaft naar de Looksingel"*.

6.8 Erfdienstbaarheid A geeft blijkens de formulering ervan dus aan perceel 1694 het recht om via perceel 1696 (dus tot de grens van 1523 en 1522) te gaan naar de 'weg die aansluitend aan het lijdend erf toegang verschaft naar de Looksingel' (en omgekeerd). Dit betekent dat erfdienstbaarheid A gebruikt mag worden om toegang te verschaffen tot 'weg C', dus om op 'weg C' te komen (en omgekeerd). Niet meer en niet minder. Dit ligt ook voor de hand, nu niet valt in te zien hoe een niet bij de akte betrokken perceel belast zou kunnen worden met een erfdienstbaarheid.

[6] Zie ook citaat in overweging 3.3 (hier herhaald).

Dat bij de akte van 1981 een tekening zou zijn gevoegd waarop ook 'weg C' zou zijn ingetekend, maakt dit niet anders omdat een tekening niet kan afdoen aan de duidelijke tekst in de akte.

*Geen erfdienstbaarheid C door verjaring*

6.9 Van Leeuwen c.s. baseert zijn beroep op verkrijgende verjaring van de erfdienstbaarheid over 'weg C' op bezit van deze erfdienstbaarheid, in ieder geval sinds 1967. Hiermee miskent hij dat onder het oud BW (tot 1992) een erfdienstbaarheid van weg of overpad niet voortdurend was in de zin van de artikelen 744 en 747 (oud) BW omdat zij slechts door menselijk handelen kon worden uitgeoefend. Aldus was geen sprake van bezit (en dus ook niet van verjaring). Van een uitzondering op deze regel is in dit geval geen sprake, althans daaromtrent is onvoldoende gesteld[7].

6.10 Het staat wél vast dat de voorgangers van Van Leeuwen c.s. 'weg C' gebruikten (en mogelijk deels onderhielden), maar zij waren naar het oordeel van het hof niet reeds daarom bezitters van een erfdienstbaarheid over 'weg C'. Het inversieverbod van artikel 3:111 BW lijkt er vervolgens aan in de weg te staan dat de voorganger van Van Leeuwen na 1992, althans Van Leeuwen vanaf 2005, toch bezitter is geworden. In ieder geval valt onder deze omstandigheden niet in te zien hoe de toenmalige eigenaar van de percelen 1522 en 1523 (en later de Gemeente) heeft moeten begrijpen dat de voorganger van Van Leeuwen c.s. zich vanaf 1992 (dus vele jaren na de verwerving van het heersende erf 1694), dan wel Van Leeuwen c.s. vanaf 2005, als bezitter van een erfdienstbaarheid van weg over 'weg C' beschouwde. Van Leeuwen c.s. stelt dit overigens ook niet in die zin. Het beroep van Van Leeuwen c.s. op de (in dit arrest bij overweging 3.10 opgenomen) tekening van Adviesbureau Waterpas[8] maakt dit niet anders. Als niet weersproken staat immers vast dat deze tekening door de Gemeente is gehanteerd als vertrekpunt voor onderhandelingen tussen partijen over verlegging van de erfdienstbaarheden. Een erkenning door de Gemeente dat Van Leeuwen een erfdienstbaarheid van 'weg C' heeft verkregen kan hierin niet worden gelezen, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen.

6.11 Tot slot onderschrijft het hof ook het oordeel van de rechtbank dat geen sprake was van ondubbelzinnig bezit van een erfdienstbaarheid over 'weg C' omdat vele anderen ook gebruik maakten van deze route. Onder die omstandigheden is immers niet in te zien hoe Van Leeuwen of zijn voorganger een verder strekkende pretentie hadden dan normaal gebruik van de weg, net zoals die anderen.

6.12 Het hof komt dus, evenals de rechtbank, tot de conclusie dat Van Leeuwen c.s. geen erfdienstbaarheid van weg heeft over 'weg C'. De andersluidende grieven van Van Leeuwen c.s. worden verworpen, althans hoeven geen verdere behandeling. De rechtbank heeft vordering *(ii.a)* van de Gemeente terecht toegewezen.

6.13 *Conclusie in het incidenteel hoger beroep*

6.14 De grief van Van Leeuwen c.s. wordt verworpen, althans hoeft verder niet meer te worden besproken. De overige weren van de Gemeente in dit verband behoeven evenmin bespreking.

---

[7] HR 24-9-1999, NJ 2000, 18, m.nt. W.M. Kleijn.

[8] Dus zonder arcering door het hof. Het adviesbureau was door de Gemeente ingeschakeld.

## 7. Beoordeling van de grieven van de Gemeente in het principaal hoger beroep

*Vordering (ii.b) van de Gemeente*

7.1 Het hof zal in aansluiting op het voorgaande eerst deze vordering beoordelen. De vordering betreft een verklaring voor recht dat, voor zover aan Van Leeuwen c.s. toestemming is verleend voor het gebruik van de percelen 1522 en 1523 als ontsluiting van perceel 1694, deze toestemming, althans dit gebruiksrecht, per 29 juli 2019 is komen te vervallen. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen. De Gemeente klaagt hierover met haar grief 2.

7.2 Het hof gaat in navolging van partijen er vanuit dat 'weg C' een openbare weg is op grond van de Wegenwet. Voor zover de Gemeente heeft bedoeld te stellen dat er geen sprake is van een openbare 'weg C', is deze stelling in het licht van het partijdebat onvoldoende onderbouwd en verdraagt deze zich bovendien niet met het tussen partijen vaststaande gegeven dat 'weg C', naast Van Leeuwen, ook door anderen werd en wordt gebruikt.

7.3 Zoals gezegd staat vast dat Van Leeuwen c.s. en anderen 'weg C' met enige regelmaat gebruiken, althans gebruikten. Van Leeuwen betwist dat dit gebruik is gebaseerd op een aan hem verleend persoonlijk gebruiksrecht. Reeds omdat Van Leeuwen betwist dat hem een persoonlijk gebruiksrecht is verleend, heeft de Gemeente geen belang bij haar stelling dat dit gebruiksrecht is opgezegd en dus ook niet bij haar vordering.

*De vorderingen van de Gemeente tot opheffing van de erfdienstbaarheden A en B*

7.4 De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. Het hof verwerpt de daartegen gerichte grieven om de volgende redenen.

7.5 Op grond van artikel 5:79 BW kan de rechter een erfdienstbaarheid opheffen, indien (i) de uitoefening daarvan onmogelijk is geworden of (ii) de eigenaar van het heersende erf geen redelijk belang meer heeft bij de uitoefening ervan of het redelijk belang daarbij niet zal terugkeren. Deze gronden doen zich thans niet voor.

7.6 Ten aanzien van (i):
De uitoefening van erfdienstbaarheden A en B is op dit moment nog steeds mogelijk. De door de Gemeente gestelde 'onmogelijkheid' in de toekomst, wat hier ook van zij, wordt door de Gemeente (als dienend erf) zélf veroorzaakt door welbewust te kiezen voor het plan Waaijer waarbij geen plaats is voor de bestaande erfdienstbaarheden. Redelijkerwijs is dit niet de 'onmogelijkheid' waarop artikel 5:79 BW doelt.

7.7 Ten aanzien van (ii):
Zoals de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld (in overweging 4.30 vonnis) gaat het bij deze toets in beginsel louter om het belang van de eigenaar van het heersende erf (Van Leeuwen c.s.), behoudens misbruik van bevoegdheid.

7.8 Van Leeuwen c.s. heeft in ieder geval een redelijk belang bij de beide erfdienstbaarheden, omdat het heersende erf 1694 geen eigen ontsluiting heeft naar de openbare weg. Bij het wegvallen van de erfdienstbaarheden is Van Leeuwen c.s. aangewezen op een noodweg of enig ander, juridisch minder sterk, gebruiksrecht. Bovendien leidt dit tot waarde-vermindering van het (ingesloten) perceel, hetgeen Van Leeuwen c.s. onweersproken heeft aangevoerd.

7.9 De omstandigheid dat het plan Waaijer voorziet in een andere ontsluitingsmogelijkheid, doet in dit geval het redelijk belang niet vervallen. In de eerste plaats is onduidelijk wanneer het plan Waaijer daadwerkelijk tot uitvoering wordt gebracht. In de tweede plaats voorziet het plan Waaijer vanaf het heersende erf 1694 slechts in één uitweg voor autoverkeer naar de openbare weg (en dan nog met een voor vrachtauto's moeilijk te nemen bocht). Daarnaast is slechts voorzien in een voetpad. Dit is minder dan de huidige erfdienstbaarheden B en A, die beide benut kunnen worden voor (vracht)autoverkeer. Weliswaar reikt erfdienstbaarheid A niet verder dan de grens van perceel 1523 (en dus niet helemaal tot de Looksingel), maar niet geoordeeld kan worden dat hiermee het belang bij erfdienstbaarheid A geheel is komen te vervallen. Zelfs niet wanneer zou moeten worden aangenomen dat de thans aansluitende openbare 'weg C' niet geschikt is voor vrachtauto's, zoals de Gemeente stelt en Van Leeuwen c.s. betwist. 'Weg A' blijft tot genoemde grens te gebruiken voor (vracht)autoverkeer en kent van daar af op dit moment in ieder geval een (mogelijk wat smallere) openbare 'weg C' als aansluiting met de Looksingel. De stelling van de Gemeente dat zij de openbare 'weg C' aan de openbaarheid kan onttrekken op grond van artikel 8 Wegenwet – over de haalbaarheid daarvan heeft het hof in deze civiele procedure geen oordeel – laat onverlet dat erfdienstbaarheid A nog steeds enige functie blijft behouden en altijd nog meer is dan het alternatieve voetpad dat de Gemeente wil aanleggen. Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Van Leeuwen c.s. misbruik maakt van zijn bevoegdheid (ook niet in de zin van artikel 3:13 BW waarop de Gemeente zich mede beroept), om zich te verzetten tegen opheffing van de erfdienstbaarheden.

*De vorderingen van de Gemeente tot verlegging van de erfdienstbaarheden A en B*

7.10 De Gemeente heeft een verklaring voor recht gevorderd dat zij tot verleggen bevoegd is op grond van artikel 5:73 lid 2 BW. Het hof oordeelt, evenals de rechtbank, dat deze vordering moet worden afgewezen.

7.11 Artikel 5:73 lid 2 BW (en de jurisprudentie daarbij) stelt/stellen bij de in dit artikel bedoelde eenzijdige verleggingsmogelijkheid als eis (i) dat de verlegging plaats vindt naar een ander gedeelte van het dienende erf en (ii) dat er geen sprake is van genotsvermindering bij de eigenaar van het heersende erf, zij het dat een geringe genotsvermindering moet worden geduld.

7.12 Voor de beoordeling van deze gevorderde verlegging verwijst het hof allereerst naar overweging 2.28 in het vonnis waarin afbeeldingen zijn opgenomen omtrent de door de Gemeente gewenste 'verleggingen'. De voorgenomen route van erfdienstbaarheid B (naar de Dijkhoornseweg) loopt via de percelen 1695 en 1696. De route van erfdienstbaarheden A (dus tot perceel 1523) loopt volledig via perceel 1696, zij het dat deze volgens de planvorming enigszins westwaarts wordt verlegd en, zoals gezegd, een voetpad wordt in plaats van een weg die geschikt is voor autoverkeer.

7.13 De door de Gemeente gewenste verlegging van erfdienstbaarheid B stuit reeds af op de wettelijke beperking in artikel 5:73 lid 2 BW, inhoudende dat het moet gaan om verlegging naar een ander gedeelte van het dienende erf (dus binnen perceel 1696 moet plaatsvinden). De Gemeente wil erfdienstbaarheid B echter deels laten lopen over een ander perceel, namelijk 1695. Hierin voorziet de wet niet. Het beroep van de Gemeente op de ratio van deze wettelijke eis (kenbaarheid uit de openbare registers), wat hier ook van zij, biedt geen grond voor afwijking van deze wet in formele zin. Zoals de rechtbank

met juistheid heeft overwogen, komt een verlegging ook over perceel 1695 neer op het vestigen van een *nieuwe* erfdienstbaarheid. Een dergelijke, door de eigenaar van het dienende erf eenzijdig uit te oefenen, bevoegdheid is in ieder geval niet verenigbaar met de wijze waarop volgens de wet erfdienstbaarheden tot stand komen en met het daaruit blijkende streven van de wetgever de krachtens titel gevestigde erfdienstbaarheden uit de openbare registers kenbaar te doen zijn. Dit laatste geldt ook bij een eventuele juridische samenvoeging van de percelen 1696 (het dienende erf) en perceel 1695 (eveneens eigendom van de Gemeente). [9]

7.14 Overigens is er bij verlegging van erfdienstbaarheid B wel degelijk sprake van een relevante genotsvermindering, reeds omdat de beoogde nieuwe route, anders dan bij de huidige erfdienstbaarheid B, (haakse) parkeerhavens kent, die voor conflicterende verkeersbewegingen (kunnen) zorgen[10]. Daarnaast is sprake is van een (voor vrachtauto's moeilijk te nemen) bocht, die niet aanwezig is bij de huidige erfdienstbaarheid B.

7.15 Ten aanzien van erfdienstbaarheid A is er in ieder geval sprake van een relevante genotsvermindering, omdat deze van rijweg een voetpad wordt. Het hof verwijst in dit verband ook nog naar overweging 7.9.

*De gevorderde wijziging van de erfdienstbaarheden op grond van artikel 5:78 BW*

7.16 Het hof is het met de rechtbank eens dat ook deze vordering moet worden afgewezen.

7.17 Volgens artikel 5:78 BW kan de rechter een erfdienstbaarheid wijzigen (a) op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de eigenaar van het dienende erf niet kan worden gevergd, dan wel (b) indien ten minste twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen en het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd is met het algemeen belang.

7.18 Ten aanzien van (a):
Het hof stelt het volgende voorop. De redelijkheidstoets van dit artikel is die van de beperkende werking. De rechter moet dus terughoudend zijn bij de toepassing ervan.

7.19 De Gemeente wil de erfdienstbaarheden wijzigen, niet omdat sprake is van een verzwaring voor het dienende erf wegens veranderingen op het heersende erf, maar omdat de Gemeente het dienende erf anders wil inrichten door er een supermarkt te bouwen, waarbij volgens plan Waaijer geen plaats is voor handhaving van de huidige erfdienstbaarheden. Naar het oordeel van het hof zijn de door de Gemeente geschetste omstandigheden niet van dien aard dat ongewijzigde handhaving van de erfdienstbaarheden niet kan worden gevergd. De Gemeente heeft zelf de zaak 'op scherp' gezet met het plan Waaijer, waarbij willens en wetens het bestaan van de erfdienstbaarheden onvoldoende aandacht heeft gekregen.

7.20 Ten aanzien van (b):
Het gaat hierbij om de vraag of het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheden in strijd is met het algemeen belang. Anders gezegd: Bestaande erfdienstbaarheden mogen geen beletsel vormen voor de verwezenlijking van de meest gewenste

[9] HR 21-10-1972, NJ 1973, 480
[10] Zie vonnis afbeeldingen bij 2.18 en bij 2.28.

bestemming.

7.21 De strekking van de algemeen belang-toets op grond van dit artikel (het hof beoordeelt hier dus niet het 'algemeen belang' waar de Onteigeningswet van uitgaat) is dus in dit geval dat de wenselijke herinrichting van het dorpshart niet gedwarsboomd moet worden door bestaande erfdienstbaarheden. De herinrichting van het dorpshart wordt echter niet belet door de erfdienstbaarheden, wèl zijn er problemen ontstaan door de wijze van uitwerking van de herinrichting in het plan Waaijer (en de daarmee samenhangende wijziging van het bestemmingsplan). Zoals de rechtbank met juistheid heeft overwogen (in overweging 4.61 vonnis ) volgt echter noch uit de tekst van de wet noch uit de wetsgeschiedenis dat deze bepaling zo strikt moet worden uitgelegd dat er al strijd is met het algemeen belang indien het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheden de realisatie van een vastgesteld bestemmingsplan (thans overigens met een nog niet-onherroepelijk exploitatieplan) in de weg staat.

*Geen toepassing van artikel 5:81 BW*

7.22 Nu het hof de gevorderde wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheden afwijst, komt het niet toe aan de in artikel 5:81 BW vervatte mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden. De beslissing van de rechtbank is juist. Het hof verwerpt de stelling van de Gemeente dat de mogelijkheid van het stellen van voorwaarden betrokken moet worden bij de vraag of wijziging of opheffing toelaatbaar is. De wet biedt daarvoor geen steun.

*Conclusie in het principaal hoger beroep*

7.23 De grieven van de Gemeente falen, althans hoeven verder niet meer te worden besproken. De overige weren van Van Leeuwen c.s. behoeven evenmin bespreking.

## 8. Conclusie en proceskosten

8.1 Het hof zal het vonnis bekrachtigen. Aan bewijslevering komt het hof niet toe. Er zijn geen concrete feiten te bewijzen aangeboden, die tot een andere beslissing zouden kunnen leiden. De Gemeente zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel, Van Leeuwen in die van het incidenteel appel. Bij niet tijdige betaling is de wettelijke rente over de kostenveroordeling verschuldigd, niet de wettelijke *handelsrente*, zoals de Gemeente heeft gevorderd.

8.2 Het hof overweegt ten overvloede nog het volgende. Het hof heeft ter zitting gezegd dat partijen elkaar 'in een wurggreep hadden'. Partijen hebben dit ter zitting beaamd. Deze situatie is uiteraard ongewenst. Het hof hoopt dat met dit arrest zodanige duidelijkheid is verkregen over de erfdienstbaarheden (en in het verlengde daarvan de daarmee samenhangende waarde ervan), dat partijen zo verder kunnen ter oplossing van hun geschillen. De vele procedures, die zijn gevoerd en in theorie nog kunnen worden gevoerd, zullen de bestaande geschillen niet op korte termijn oplossen. Het hof dringt er bij partijen op aan om een andere weg naar een oplossing te zoeken, zo nodig door middel van mediation.

## 9. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 3 februari 2021;

- veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van Van Leeuwen c.s. tot op heden begroot op € 772,-- aan griffierecht en € 3.342,-- aan salaris advocaat en € 163,- aan nasalaris, te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

- veroordeelt Van Leeuwen c.s. in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op € 1.671,-- aan salaris advocaat en € 163,- aan nasalaris, te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

- bepaalt dat binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,--, na de datum van betekening, aan deze beide kostenveroordelingen moet zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.A.F. Tan-de Sonnaville, J.J. van der Helm en R.S. Le Poole en in het openbaar uitgesproken op 10 januari 2023 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
Uitgegeven aan/mr.
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag