

# Buurwegen: oud, afgeschaft maar nog altijd springlevend

## Buurwegen en recht van overpad vergeleken



Mr. ir. F.M. van Cassel-van Zeeland\*

In Nederland zijn veel huizen in een patroon van blokjes en hofjes gebouwd. Deze woningen hebben meestal een achterom - een pad dat van de achtertuin naar de openbare weg leidt. Het is hierdoor mogelijk om met de fiets van de achtertuin (met de schuur) op de openbare weg te komen. Deze paden behoren vaak niet toe aan de gemeente, maar zijn eigendom van individuele perceeleigenaren. De meeste juristen zullen hierbij gelijk denken aan een erfdienstbaarheid. Een erfdienstbaarheid geeft de eigenaar van het ene erf (het heersende erf) de bevoegdheid om over een ander erf (het dienend erf) te gaan en aldus gebruik te maken van het pad als voetpad, rijpad of als weg. Dit wordt ook wel een recht van overpad genoemd. Tot de invoering van het huidige BW in 1992 kon een dergelijke achterom echter ook vormgegeven worden als een buurweg. Dit artikel gaat over deze buurwegen, waarbij een vergelijking wordt getrokken met het recht van overpad. Een bijzonder aspect is de extinctieve verjaring van het recht van buurweg. Verjaring doet erfdienstbaarheden vervallen en zelfs het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben - eigendom - vervliegt door verjaring. Het recht van buurweg blijft evenwel bestaan. Buurwegen kunnen sinds de invoering van het huidige BW niet meer ontstaan, maar de nog bestaande buurwegen kunnen wel tot conflicten leiden. De zoekterm "buurweg" genereert op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) 20 uitspraken voor het peiljaar 2012. Twintig jaar na de afschaffing is de buurweg dus nog springlevend.

De uitspraken op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) vallen uiteen in twee categorieën. Bij de ene categorie procederen partijen of er al dan niet een buurweg is. Het ontstaan van de buurweg staat ter discussie. De geschillen gaan over de vraag of überhaupt sprake is of is geweest van een buurweg. Van een duidelijke totstandkoming van de buurweg is geen sprake. Uit het (langdurige) gebruik moet blijken dat een buurweg is ontstaan. Uit dit gebruik zou dan moeten blijken dat de betrokken burens, een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaring hebben gedaan die gericht was op het gezamenlijk tot stand brengen van een buurweg. Staat vast dat sprake is van een buurweg, dan heeft dat als consequentie dat deze niet gesloten mag worden; van de buurweg kan, tegen de wil van de eigenaar van het stuk grond, blijvend gebruikt worden gemaakt. De eigenaar van de grond voert daarbij meestal als verweer dat het slechts een gedogen was of een persoonlijk recht

van één persoon. Het honoreren van dit verweer leidt ertoe dat nimmer een buurweg is ontstaan met als gevolg dat de grondeigenaar de weg kan afsluiten.<sup>1</sup>

De andere categorie geschillen gaat over het beëindigen van een buurweg. Het bestaan van een buurweg kan duidelijk blijken uit oude kaarten, of uit een oude (notariële) akte. Het geschil in deze categorie gaat dan over de vraag of een bestemming tot buurweg op enig moment is geëindigd, ofwel of de buurweg is opgeheven. Het opheffen van de bestemming tot buurweg kan enkel met instemming van alle betrokkenen.<sup>2</sup> Zo kan een buurweg in ongebruik raken en met stilzwijgende toestemming van alle betrokkenen zijn opgeheven. De procedure wordt dan ingestoken door een (nieuwe) buurman die de oude buurweg weer in ere hersteld wil zien om bijvoorbeeld als achterom te kunnen gebruiken.<sup>3</sup> Eventuele blokkades dienen dan verwijderd te worden van de buurweg.

### Geschiedenis van de buurweg

Het Romeinse recht heeft niet als inspiratiebron gediend voor de buurwegen, om reden dat het geen buurwegen kende.<sup>4</sup> Ook de Code Napoleon kende geen bepaling aangaande de buurweg.<sup>5</sup> Buurwegen komen voor in het oudvaderlandse recht.<sup>6</sup> Hugo de

\* Advocaat te Amsterdam.

1. Zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/97 ECLI:NL:HR:2012:BU6496 (Willemsen/Gebr. Bakker) en recent Rb. Amsterdam 4 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5652 (Koninkrijkszaal Erfgoetersplein).
2. Zo volgt uit art. 719 BW (oud) (zie hierna) en bevestigd in HR 13 februari 2004, *NJ* 2004/319 ECLI:NL:HR:2004:AN8284 (Eppens c.s./Van Splunter).
3. HR 13 februari 2004, *NJ* 2004/319 ECLI:NL:HR:2004:AN8284 (Eppens c.s./Van Splunter). Andere voorbeelden zijn Rb. (vzr.) Almelo 23 mei 2012 ECLI:NL:RBALM:2012:BW7422 en Rb. Middelburg 10 juni 2009 ECLI:NL:RBMID:2009:BK8255.
4. J.G. Gräler, *Mandeligheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 318.
5. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt zesde deel*, tweede druk Groningen: J.B. Wolters 1886, p. 298.
6. A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk recht*, Groningen/Den Haag: J.B. Wolters' U.M. 1922, p. 124, zie ook Asser/Beekhuis, 3-II tweede deel, 1977, p. 147.

Groot<sup>7</sup> schreef in 1631 al<sup>8</sup> over buurwegen. Het recht van buurweg is derhalve puur van Nederlandse origine.<sup>9</sup> Bij de invoering van het Oud BW in 1838 is de buurweg formeel gecodificeerd.<sup>10</sup>

### Definitie buurweg

Art. 719 BW (oud) handelt over de buurweg. Het luidt:

Voetpaden, dreven of wegen aan verscheiden geburen gemeen, en welke hun tot eenen uitweg dienen, kunnen niet dan met gemeene toestemming worden verlegd, vernietigd of tot een ander gebruik gebezigd, dan waartoe dezelve zijn bestemd geweest.

Buurwegen zijn paden en wegen waaraan eigenaren van erven een gemeenschappelijke bestemming hebben gegeven.<sup>11</sup> Het is een voetpad, dreef of weg die voor meerdere burens als een uitweg dient.<sup>12</sup> Het is mogelijk dat de buurweg op percelen van meerdere eigenaren ligt. Dit is echter niet noodzakelijk. Het is dan ook mogelijk dat de buurweg slechts op de grond van één eigenaar is gelegen. Het woord gemeen slaat niet op de eigendom, doch op het gemeenschappelijk gebruik van de weg.<sup>13</sup> Voor buurwegen is gemeenschappelijk eigendom niet nodig, maar slechts gemeenschappelijk gebruik.<sup>14</sup> De eigenaar van het perceel waar (een deel van) de buurweg op ligt, behoeft niet zelf gebruik te maken van deze buurweg.<sup>15</sup> Uiteraard kan dit wel. Huurders en pachters kunnen ook gebruik maken van een buurweg. Dit gebruiksrecht is als het ware in de huur of pacht begrepen.<sup>16</sup> Zij konden de buurweg evenwel niet zelf geldig tot stand brengen.<sup>17</sup>

De eigenaar van de grond waar de buurweg op ligt, is niet tot onderhoud ten behoeve van de burens verplicht. De gebruikers zelf dienen de buurweg te onderhouden. Het is wel mogelijk dat de eigenaar een (gedeeltelijke) verplichting tot onderhoud heeft. Dit is overigens alleen maar zo als deze verplichting uit bijzondere omstandigheden valt af te leiden. Vanzelfsprekend is de eigenaar ook onderhoudsplichtig als hij zelf gebruiker van de buurweg is. Deze verplichting vloeit dan evenwel niet voort uit het eigenaarschap maar uit het gebruik dat van de buurweg wordt gemaakt. In alle gevallen zal de eigenaar van het perceel waar de buurweg op ligt, gebruikers van de weg de mogelijkheid moeten bieden voor het onderhoud te zorgen.<sup>18</sup>

Een ander aspect is dat een buurweg geen openbare weg is.<sup>19</sup> De buurweg is dus niet voor iedereen toegankelijk.<sup>20</sup> Het is zelfs zo, dat openbaarheid van een weg met het karakter van buurweg onverenigbaar is.<sup>21</sup> Het is niet nodig dat de buurweg rechtstreeks uitkomt op de openbare weg. De aansluiting op de openbare weg kan geschieden via een erfdiensbaaerheid (recht van overpad), en ook is het mogelijk dat de buurweg afgesloten wordt door een hek.<sup>22</sup>

### Buurweg versus recht van overpad (erfdienstbaaerheid)

Een buurweg heeft grote gelijkenis met een erfdiensbaaerheid welke de eigenaar van het heersende erf de bevoegdheid geeft om van het dienend erf gebruik te maken als voetpad, rijpad of weg. Dit recht wordt veelvuldig aangeduid met het recht van overpad. Een buurweg is evenwel geen erfdiensbaaerheid. De buurweg en het recht van overpad zijn twee verschillende figuren.

Uit de plaats van het betreffende artikel in de wet volgt dat een buurweg geen erfdiensbaaerheid is. Art. 719 BW (oud) is in 1838 als laatste artikel<sup>23</sup> geplaatst in Boek 3 titel 4 “*Van de regten en verpligtingen tusschen eigenaars van naburige erven*”.

7. H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleertheid*, 's-Gravenhage: byde Weduwe ende Erfgenamen van wijlen Hillebrand Jacobffz van Wouw 1631, p. 312 (35<sup>e</sup> deel).
8. Everts geeft aan dat Hugo de Groot de buurwegen niet heeft geschapen, hij sprak er over, omdat hij zag dat ze veelvuldig bestonden. B.H. Everts, *Buurwegen*, diss. Leiden 1899, p. 88.
9. Everts geeft de kanttekening dat hoewel de definities en wetsbepalingen hierover alleen in ons oud-vaderlandsch recht zijn te vinden, de weg zelf in andere landen ook bestond. Everts, t.a.p. p. 26.
10. In art. 1379 van het ontwerp van 1816 en in art. 1248 van het ontwerp van 1820 is de buurweg opgenomen (in andere bewoordingen). In art. 14 van de wet van 29 maart 1833 is redactie van art. 719 BW (oud) opgenomen. M.J.A. van Kerkhoff, *Buurwegen contra erfdiensbaaerheden*, in: Waarvan Akte (afscheidsbundel De Bruijn), Deventer: Æ.E. Kluwer 1966, p. 77.
11. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2012, p. 563.
12. Van Kerkhoff, t.a.p. p. 73.
13. K.F.M. Berger, *Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaaerheden*, Deventer: Kluwer 2001, p. 99.
14. Aanvankelijk was er onduidelijkheid of er voor een buurweg gemeenschappelijk eigendom nodig was, of dat gemeenschappelijk gebruik van de weg voldoende is. De Hoge Raad heeft die discussie beslecht door aan te geven dat voor het bestaan van een buurweg gemeenschappelijk gebruik van die weg voldoende is. Gräler, t.a.p. p. 319-320, zie aldaar ook voor een ruime selectie van uitspraken van de Hoge Raad aangaande dit onderwerp.
15. Van Kerkhoff, t.a.p. p. 81.
16. Tenzij anders is overeengekomen.
17. Zie Van Kerkhoff, t.a.p. p. 80-81, met verwijzing naar HR 10 november 1932, *NJ* 1933/170 (weduwe Rietveld/Van den Berg) en HR 5 juni 1914, *NJ* 1914/845 (Buitenlandsche Bankvereniging/Eau de Colognefabriek vh. J.C. Boldoot).
18. Asser/Beekhuis, 3-II tweede deel, 1977, p. 151.
19. Van Kerkhoff, t.a.p. p. 73.
20. Van Kerkhoff, t.a.p. p. 80. Beekhuis geeft aan dat waar de strekking van de buurweg is de percelen, ten behoeve waarvan hij bestaat, beter aan hun bestemming doen beantwoorden, personeel en bezoekers van die percelen de buurweg ook mogen benutten; Asser/Beekhuis, 3-II tweede deel, 1977, p. 150.
21. Asser/Beekhuis, 3-II tweede deel, 1977, p. 148.
22. Berger, t.a.p. p. 106. Het lijkt mij dat de burens die gebruik maken van de buurweg dan wel een sleutel dienen te krijgen van het hek. Anders zou immers de buurweg alsnog afgesloten zijn, waardoor de buurweg niet bruikbaar is.
23. C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's-Gravenhage/Amsterdam: De Gebroeders van Cleef 1838, p. 283.

Titel 5 behandelt vervolgens de erfdiensbaarheden. Hiermee komt tot uitdrukking dat een buurweg geen erfdiensbaarheid is. Als redenen van de wetgever om een onderscheid te maken in de rechten en plichten tussen eigenaars van naburige erven en de erfdiensbaarheden wordt aangegeven dat de rechten en verplichtingen tussen eigenaars van naburige erven van een andere natuur zijn, dan die van erfdiensbaarheden. De rechten en verplichtingen tussen eigenaars van naburige erven vloeien voort uit de wet en bestaan buiten de wil van de naburen, ook al hebben deze de vrijheid en het vermogen om hiervan bij overeenkomst af te wijken. De erfdiensbaarheden ontstaan enkel door de wil van contracterende partijen of door verjaring.<sup>24</sup> Het betreft een onderscheid tussen rechten en plichten op basis van de wet en de rechten en plichten op basis van de vrije wil.<sup>25</sup> Dat een buurweg geen erfdiensbaarheid is, heeft de Hoge Raad in 1967 nog bevestigd.<sup>26</sup>

### Afschaffing buurweg in het BW

Met de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992 is de buurweg niet meer opgenomen in de wet. Nieuwe buurwegen kunnen hierdoor niet meer ontstaan. De buurwegen die ten tijde van de invoering van het BW al bestonden, bleven evenwel onveranderd bestaan. Volgens art. 160 Overgangswet nieuw BW bracht het in werking treden van de nieuwe bepalingen op 1 januari 1992 geen wijzigingen in de rechten, bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot buurwegen die voordien waren ontstaan. Een bestaande buurweg blijft derhalve gehandhaafd.<sup>27</sup> Een bijzonder aspect is hierbij dat de bestemming tot buurweg aan een nieuwe verkrijger kan worden tegengeworpen, ook als de bestaande buurweg niet in de openbare registers is ingeschreven.<sup>28</sup> Een (potentiële) koper die het kadaster heeft geraadpleegd, en aldaar geen vermelding van een buurweg is tegengekomen, dient de aanwezigheid van de buurweg toch te respecteren.

### Vormloze vestiging versus inschrijving in de registers

Een kenmerkend verschil tussen een buurweg en een recht van overpad is de wijze van ontstaan. De buurweg ontstond door een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaring door de eigenaar of eigenaren<sup>29</sup> van het betreffende stuk grond of daarmee gelijkgestelde zakelijk gerechtigde. Dit was een bestemming tot gemeenschappelijk gebruik door de naburen, een gedogen was niet voldoende.<sup>30</sup> Deze vestigingshandeling was vormloos. Vond een uitdrukkelijke bestemming plaats, dan behoefde dit niet te blijken uit een akte. Het was dus ook niet nodig om deze akte in te schrijven in de openbare registers.<sup>31</sup> De enkele wilsverklaring van de verschillende grondeigenaren<sup>32</sup> was voldoende.

Voor de vestiging van een erfdiensbaarheid moet aan zwaardere formele eisen worden voldaan. Zo is

onder andere een notariële akte nodig die vervolgens ingeschreven moet worden in de daartoe bestemde openbare registers.<sup>33</sup> Hiervoor moeten kosten gemaakt worden. Een buurweg kon daarentegen kosteloos gecreëerd worden.

### Verbintenissenrecht versus goederenrecht

Gewezen wordt op het fundamentele verschil dat het recht van erfdiensbaarheid een zakelijk recht<sup>34</sup> is, terwijl een buurweg dit niet<sup>35</sup> is. Een erfdiensbaarheid is tevens een beperkt recht.<sup>36</sup> Het oude BW kende de term beperkt recht als zodanig niet. Het begrip achter deze term was echter onder het oude BW reeds bekend als 'zakelijk recht'. De term zakelijk recht komt ook in het huidige wetboek terug, doch is dan op te vatten als: 'een beperkt recht dat rust op een zaak'. De term beperkt recht ziet op beperkte rechten in het algemeen, ongeacht of deze rusten op een zaak dan wel op een goed dat volgens het BW niet als zaak wordt aangemerkt.<sup>37</sup> Aangezien de buurweg onder het oude recht geen

24. Ibidem, p. 263.

25. Er is een onderscheid tussen erfdiensbaarheden die uit een rechtstitel voortspuiten en de rechten welke het gevolg zijn van de ligging van de plaats, J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken deel III*, Utrecht: Robert Natan 1838, p. 468.

26. HR 1 maart 1967, NJ 1968/76 m.nt. J.H. Beekhuis, (Scheepswerf Foxhol/Boekhoven).

27. Van Velten, t.a.p. p. 563, zie ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/127.

28. Dit volgt uit het laatste deel van art. 160 Overgangswet nieuw BW. Het volledige artikel luidt als volgt: "Het in werking treden van de wet brengt geen wijziging in de rechten, bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een buurweg welke voordien is ontstaan; artikel 24 lid 1 van Boek 3 is niet van toepassing op de bestemming tot zulk een buurweg."

29. Gräler, t.a.p. p. 322.

30. Ibidem, p. 323.

31. De weg moest ook voldoen aan de overige in art. 719 BW (oud) genoemde voorwaarden. R.J.J. van Acht, *Wat was de buurweg?*, WPNR 6030, p. 897.

32. De naburen die gebruik (zouden gaan) maken van de buurweg moesten ook de wilsverklaring hebben om deze weg tot buurweg te bestemmen. Aangezien een buurweg de niet-grondeigenaren nagenoeg enkel voordeel geven en nageoeg geen nadeel bezorgen is deze wilsverklaring niet echt relevant.

33. A.C. Wibbens-de Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, Mon. BW B27, Deventer: Kluwer 2006, nr. 16.

34. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/7.

35. HR 1 maart 1967, NJ 1968/76 m.nt. J.H. Beekhuis, (Scheepswerf Foxhol/Boekhoven), Adv.-Gen. Bakhoven verwijst in zijn conclusie voorafgaande aan dit arrest naar de arresten van de Hoge Raad van 10 december 1869, W. 3171 (Van Werven/weduwe Berends), en 17 januari 1896, W. 6766 (Te Riele/Baron van Heemstra). Bakhoven geeft aan dat de Hoge Raad in die twee arresten heeft beslist dat de vordering tot handhaving in het gebruik van de gemene buurweg niet is een zakelijke vordering tot handhaving van een erfdiensbaarheid of van een ander recht, waarmede eens anders eigendom is bewaard, maar is een persoonlijke vordering, omdat zij tot onderwerp heeft de vervulling ener persoonlijke verbintenis die uit de wet voortvloeit. Rb. Zwolle-Lelystad 13 augustus 2012 ECLI:NL:RBZLY:2012:BX6611 volgt ongewijzigd de lijn van de Hoge Raad van 1967.

36. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/170.

37. GS Vermogensrecht (Stein), art. 8, aant. 1.

zakelijk recht was, kan geconcludeerd worden dat de buurweg onder het huidige recht geen beperkt recht is. Daarbij is het recht van buurweg niet afgesplitst van een moederrecht, maar is de vordering tot erkenning en handhaving van een buurweg een persoonlijke rechtsvordering.<sup>38</sup> Het is een recht dat voortvloeit uit een 'kwalitatieve' verbintenis uit de wet.<sup>39</sup> Het fundamentele verschil is derhalve hierin gelegen dat de buurweg een verbintenisrechtelijk recht is, terwijl een recht van overpad een goederenrechtelijk recht is.

### Heersend en dienend erf versus buurweg

Erfdienstbaarheden kunnen slechts bestaan ten behoeve en ten laste van een erf.<sup>40</sup> Deze heersende en lijdende erven moeten aan verschillende eigenaren toebehoren.<sup>41</sup> Deze beperkingen waren niet aanwezig bij een buurweg. Een buurweg kon hierdoor flexibeler en eenvoudiger ingezet worden dan een recht van overpad, bijvoorbeeld in nieuwbouwwijken voor het creëren van paden achter de woningen. Aan de vestigingseisen die gesteld worden aan het recht van overpad moet de notaris nauwgezet aandacht schenken. Een perceel kan vele malen heersend en lijdend erf tegelijk zijn. Door latere opmetingen, splitsingen en vernummeringen van de kadastrale percelen is het na verloop van tijd lastig om na te gaan ten behoeve en ten laste waarvan een erfdienstbaarheid is gevestigd.<sup>42</sup> Het voordeel van het recht van overpad is wel dat deze mag dienen tot weg ten behoeve van één erf, terwijl de buurweg vereist dat de weg dienst doet ten behoeve van twee of meer erven.<sup>43</sup>

### Ontstaan door verjaring

Onder het oude recht kon een recht van overpad nagenoeg niet ontstaan door verjaring. Art. 746 BW (oud)<sup>44</sup> bepaalde dat voortdurende en tegelijkertijd onzichtbare erfdienstbaarheden niet door verjaring konden worden verkregen. Het voor de verkrijgende verjaring noodzakelijke bezit was praktisch onmogelijk omdat bijna nooit aan de eis van voortdurendheid kon worden voldaan.<sup>45</sup> Het regelmatig gebruik maken van de weg is namelijk niet gelijk te stellen met een voortdurend bezit van die weg of het voortdurend uitoefenen van het recht van overpad. Daardoor was een verkrijgende verjaring van het recht van overpad niet mogelijk.<sup>46</sup> Onder het huidige recht kan een erfdienstbaarheid daarentegen wel ontstaan door verjaring.<sup>47</sup>

De buurweg ontstond alleen door een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaring tot een bestemming tot gemeenschappelijk gebruik door de naburen.<sup>48</sup> Het gedogen dat burens gebruik maken van een pad of weg deed geen buurweg ontstaan. Hierbij maakt het dus niet uit hoe lang dit gedogen duurt: het is en blijft gedogen van het gebruik. Verjaring<sup>49</sup> is derhalve niet relevant, omdat het enkele gedogen nimmer tot een buurweg leidt, terwijl het door een wilsverklaring bestemmen tot gemeenschappelijk gebruik door de naburen direct tot een buurweg leidt.

Hierbij dient wel de opmerking geplaatst te worden dat het langdurig ongestoord gebruik van het erf van de buurman, welk gebruik past bij het gebruik van die weg als buurweg, wel het vermoeden van recht van buurweg kan opleveren.<sup>50</sup>

### Einde van het recht van buurweg

Het recht van buurweg eindigt door gezamenlijke toestemming van alle burens<sup>51</sup> die gerechtigd zijn tot de buurweg. De toestemming van alle betrokkenen kan stilzwijgend zijn.<sup>52</sup> Ontbreekt een toestemming

38. Asser/Beekhuis, 3-II tweede deel, 1977, p. 151.

39. Gräler, t.a.p. p. 321-322.

40. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/178.

41. Van Kerkhoff, t.a.p. p. 84.

42. Zie Van Kerkhoff, t.a.p. p. 84-91. Kerkhoff heeft om deze reden gepleit voor het behoud van de buurweg.

43. Zie Berger, t.a.p. p. 103.

44. Art. 746 BW (oud) luidt: "De voortdurende en te gelijker tijd onzichtbare erfdienstbaarheden, zoo als ook de niet voortdurende, het zij dezelve zichtbaar of onzichtbaar zijn, kunnen slechts bij eenen titel worden daargesteld. Het genot, zelfs sedert onheugelijke jaren, is niet voldoende om dezelve te verkrijgen."

45. Wibbens-de Jong (Mon. BW B27) t.a.p., nr. 18.

46. HR 5 februari 2010, *NJ* 2010/294 m.nt. F.M.J. Verstijlen ECLI:NL:HR:2010:BK6588 (Rodewijk/Bouwman). De Hoge Raad verwijst naar art. 593 BW (oud). Deze bepaling hangt samen met het bepaalde bij art. 746 BW (oud), dat de verkrijging door verjaring van dergelijke erfdienstbaarheden uitsloot. Zie Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006/135.

47. Art. 5:72 BW, de mogelijkheid om door middel van een erfdienstbaarheid een buurweg vorm te geven of deze buurweg te bestemmen als mandelige zaak is door de wetgever als reden opgegeven om art. 719 BW (oud) af te schaffen. PG Boek 5, p. 175. De wetgever lijkt hiermee evenwel de subtiele verschillen tussen een erfdienstbaarheid en mandelige zaak enerzijds en de buurweg ex. art. 719 BW (oud) anderzijds te miskennen.

48. Door de Hoge Raad is het criterium van ontstaan verengd door aan te geven dat de buurweg ontstond door een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaring van de rechthebbende. HR 15 september 2006, *NJ* 2006/506 ECLI:NL:HR:2006:AX9402 (Autohandel Twijzel c.s./Dillema). Het is niet onlogisch om enkel te kijken naar de wilsverklaring van de rechthebbende (bijvoorbeeld grondeigenaar) daar deze de facto een stuk van zijn recht afstaat (bijvoorbeeld het exclusieve recht van gebruik van de grond), maar voor het ontstaan van de buurweg was ook minimaal één andere buur nodig. Het door de Hoge Raad thans gehanteerde criterium is derhalve niet geheel zuiver.

49. De buurweg is een persoonlijke rechtsvordering/persoonlijk recht (zie boven onder de kop: "Verbintenissenrecht versus goederenrecht"), hierdoor is het voor verkrijgende verjaring noodzakelijk bezit van een buurweg niet eenvoudig in te beelden, zodat verkrijgende verjaring überhaupt niet mogelijk is.

50. Tegen welk vermoeden tegenbewijs mogelijk is. Zie HR 15 september 2006, *NJ* 2006/506 ECLI:NL:HR:2006:AX9402 (Autohandel Twijzel c.s./Dillema).

51. Voor huurders en pachters is het recht van buurweg in beginsel inbegrepen in hun huur/pacht overeenkomst. Het gebruik van de buurweg is afgeleid van het recht van buurweg van de zakelijk gerechtigde die hen het huur/pacht genot verstrekt. Huurders en pachters dienen zich tot deze zakelijk gerechtigde te wenden, opdat hij geen toestemming verleent tot opheffing van de buurweg.

52. HR 13 februari 2004, *NJ* 2004/319 ECLI:NL:HR2004:AN8284 (Eppens c.s./Van Splunter).

tot beëindigen en valt een dergelijke toestemming evenmin aan te nemen door het stilzwijgen, dan blijft de buurweg bestaan.

### Verdwijnen door verjaring

Denkbaar is dat iemand zijn tuin vergroot door zijn schutting aan de achterzijde van zijn tuin een meter naar achteren te verplaatsen. Hierdoor krijg hij een tuin die effectief een meter groter is. Voor een goed begrip bezien we eerst de situatie dat de schutting hierdoor op iemand anders perceel is geplaatst. Vervolgens de situatie dat de schutting een op eigen grond gelegen achterpad blokkeert waarbij het achterpad krachtens een erfdienstbaarheid aanwezig is. Tot slot bezien we de situatie dat de schutting een op eigen grond gelegen achterpad blokkeert waarbij het achterpad een buurweg is. De situatie dat de schutting een achterpad blokkeert die op grond van de buurman gelegen is, wordt niet besproken. Dit is een combinatie van de te bespreken situaties en is derhalve geen relevante andere situatie.

### Verjaring en eigendom

Indien de schutting niet op de erfrens is geplaatst maar een meter verder en dus op de grond van de achterbuurman, dan kan de achterbuurman direct opkomen tegen deze onrechtmatige toestand (art. 5:2 BW). De verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van de rechtsinbreuk vangt aan de dag volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden (3:314 lid 2 BW).<sup>53</sup> Dit zal nagenoeg altijd de dag zijn nadat de schutting geplaatst is. De verjaringstermijn is blijkens art. 3:306 BW twintig jaar. Na ommekomst van deze termijn heeft de achterbuurman de rechtsvordering tot opheffing verloren. Degene<sup>54</sup> die het bewuste stuk tuin alsdan in bezit<sup>55</sup> heeft, verkrijgt - ongeacht of hij te kwader trouw<sup>56</sup> is of niet - op dat moment de eigendom hiervan, welke verkrijging gepaard gaat met het gelijktijdig eigendomsverlies bij de achterbuurman. De bezitter verkrijgt de eigendom door extinctieve verjaring (art. 3:105 lid 1 BW).<sup>57</sup>

Indien het stuk grond van de achterbuurman te goeder trouw in bezit werd genomen, bedraagt de (acquisitieve) verjaringstermijn geen twintig maar tien jaar (art. 3:99 BW). Het gaat daarbij om het moment van inbezitneming. Als op dat moment sprake is van goeder trouw<sup>58</sup>, dan blijft de inbezitnemer te goeder trouw ook bij een latere intredende kwade trouw. Het gaat enkel om het moment van bezitsverrijking (art. 3:118 lid 2 BW).

### Verjaring en erfdienstbaarheid

Indien achterin de tuin een pad loopt, waarvan de burens krachtens een erfdienstbaarheid gebruik maken, wordt door het te ver naar achteren plaatsen van de schutting dit recht van overpad gefrustreerd. De burens kunnen hiertegen opkomen. Indien zij dit niet doen, dan verjaart op de voet van art. 3:306 BW

na 20 jaar hun rechtsvordering tot opheffing van de met het recht van overpad strijdige toestand.<sup>59</sup> Erfdienstbaarheid is een beperkt recht. Dit recht gaat blijkens art. 3:106 BW teniet, als de rechtsvordering tot opheffing van de met het beperkt recht strijdige toestand verjaart.<sup>60</sup> Dit is in het hiervoor weergegeven voorbeeld, het op de onjuiste plaats hebben staan van de schutting waardoor het pad is opgeheven of smaller is geworden. Is er eenmaal sprake van verjaring dan is geen onrechtmatige toestand meer aanwezig. Opheffing van deze toestand kan dan ook niet meer gevorderd worden.<sup>61</sup>

53. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/551.

54. Overigens is het niet relevant of deze bezitter vanaf het begin van de twintig jaar de bezitter is. Voor de voltooiing van de verjaring is (slechts) nodig dat de toestand dat een ander dan de rechthebbende bezitter is, gedurende de gehele verjaringstermijn heeft voortgeduurd. Zie HR 10 augustus 2012, *NJ* 2012/484 ECLI:NL:HR:2012:BW5324 (Hunink/Opdam).

55. Dit bezit moet zodanig zijn dat de andere partij (de eigenaar) daadwerkelijk geen bezit meer heeft. Het inpikken van een deel van het perceel van de burens door het opruimen van het terrein, het zaaien van gras, planten en bomen en het plaatsen van bielzen, alsmede het later vervangen van gras door stoeptegels zijn onvoldoende indien het bezit van de eigenaar niet verloren is gegaan. Dit bezit van de eigenaar kan ook bestaan in het hebben van een vluchtdoer die op het betreffende stuk perceel uitkomt en in geval van nood gebruikt kan worden. Dit kan te allen tijde plaatsvinden waardoor de eigenaar niet het bezit heeft verloren. zie HR 27 februari 2009, *RvdW* 2009/383 ECLI:NL:HR:2009:BH1634 (RE-Z Beheer).

56. HR 10 augustus 2012, *NJ* 2012/484 ECLI:NL:HR:2012:BW5324 (Hunink/Opdam).

57. Eigenlijk is hier niet van verkrijging door verjaring sprake maar van een bijzondere vorm van verkrijging die is gekoppeld aan het verstrijken van een rechtsvordering, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/548.

58. Een aandachtspunt is hier wel art. 3:23 BW die bepaalt dat een beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw niet aanvaard wordt, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. Om die reden werd het beroep op goede trouw verworpen in *Rb. Noord-Holland* 26 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7442. Het gaat hierbij om het moment van verkrijging. Indien de bezitter te goeder trouw ontdekt dat hij geen rechthebbende is, heeft dit niet tot gevolg dat hij niet langer als bezitter te goeder trouw heeft te gelden. Hetzelfde geldt als op een te goeder trouw aangevangen bezit art. 3:23 BW van toepassing wordt. Dit kan bijvoorbeeld als de notaris de leverings/vestigingsakte niet correct inschrijft in het kadaster. De partijen bij de levering/vestiging verkeren terecht in de veronderstelling dat de levering/vestiging correct geschiedt. Indien nadien blijkt dat de leverings/vestigingsakte niet correct is ingeschreven blijft de bezitter te goeder trouw. Zie HR 5 februari 2010, *NJ* 2010/294 m.nt. F.M.J. Verstijnen ECLI:NL:HR:2010:BK6588 (Rodewijk/Bouwman).

59. Zie ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/205.

60. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/542.

61. Zie ook M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, Mon. BW B14, Deventer: Kluwer 2010, nr. 22.4.

### Verjaring en buurweg

Een van de buren kan het recht van buurweg frustreren door fysiek het gebruik hiervan te beperken. Bijvoorbeeld door zijn privétuin te vergroten ten koste van de naastgelegen buurweg.<sup>62</sup> Ook kan de gehele buurweg afgesloten worden, bijvoorbeeld door het plaatsen van een schutting of het opwerpen van obstakels als boomstammen en vuilnisbakken.

Omdat een buurweg geen beperkt recht is, maar slechts een verbintenisrechtelijk recht, verloopt de verjaring anders dan bij een recht van overpad. Tegen het fysiek frustreren van de buurweg door bijvoorbeeld het plaatsen van een schutting in de buurweg of het opwerpen van obstakels, staat aan de (ge)buren de rechtsvordering tot opheffing van de onrechtmatige situatie ten dienste. De verjarings-termijn van deze rechtsvordering begint met de aanvang van de dag volgende op de dag waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden (art. 3:314 lid 1 BW) en de verjaringstermijn is 20 jaar (art. 3:306 BW). Voor de lengte van de verjaringstermijn is onverschillig of de schutting al dan niet te goeder trouw is geplaatst. In alle gevallen bedraagt de termijn 20 jaar. Na voltooiing van deze termijn, is de rechtsvordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand teniet gegaan. Verjaring heeft zwakke werking.<sup>63</sup> Dit heeft tot gevolg dat weliswaar de rechtsvordering tenietgaat maar het materiële recht niet. Slechts de mogelijkheid om de schuldenaar in rechte aan te spreken verdwijnt. De materiele aanspraak op het gebruik van het recht van buurweg blijft bestaan, enkel de rechtsvordering tot opheffing van de inbreuk hierop vervalt.<sup>64</sup> Hoewel er geen gebruik meer van gemaakt kan worden, blijft de buurweg bestaan. Het recht van buurweg kan dan ook niet verjaren, de buurweg kan enkel met gemene toestemming opgeheven worden. De mogelijkheid om in rechte af te dwingen dat de fysieke obstakels verwijderd worden, is echter verdwenen. Doordat het recht van buurweg blijft bestaan, is het mogelijk om de belemmering tot gebruik van de buurweg weg te nemen<sup>65</sup> en alsdan kan de buurweg weer gebruikt worden. De onrechtmatige toestand is dan opgeheven en de buurweg is weer bruikbaar alsof er nooit een belemmering is geweest.

### Faillissement

De eigenaar van het perceel grond waarop de buurweg geheel of gedeeltelijk is gelegen, kan failliet gaan. De vraag die dan rijst is wat er gebeurt met de buurweg. Over deze vraag is weinig concreets<sup>66</sup> bekend. Het meest voor de hand liggende is het volgende.<sup>67</sup> Aangezien het recht van buurweg een verbintenisrechtelijk recht is, valt de buurweg in het faillissement. Het recht van buurweg blijft evenwel “kleven” aan het stuk grond. Als de curator het perceel vervreemdt, dan is er nog immer het recht van buurweg. De buurweg eindigt namelijk enkel door gezamenlijke toestemming van alle (ge)buren.

De nieuwe eigenaar, die het stuk grond uit het faillissement heeft gekocht, zal het recht van buurweg dienen te respecteren. De burenrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen ontstaan voor iedere nieuwe eigenaar opnieuw.<sup>68</sup>

Het is onduidelijk wat er gebeurt gedurende het faillissement. Een curator kan immers simpelweg er voor kiezen om de verplichtingen van de schuldenaar niet na te komen.<sup>69</sup> Beekhuis<sup>70</sup> merkt voor deze situatie op dat om het recht van buurweg geldend te maken tijdens faillissement de vordering ter verificatie ingediend moet worden. Mij is evenwel niet helder welke vordering dan precies moet worden ingediend. Na vervreemding van het betreffende stuk grond, of na opheffing van het faillissement, hebben de (ge)buren immers nog altijd het recht van buurweg. De vordering tot het recht van buurweg lijkt dan ook moeilijk verifieerbaar. Stel dat de curator de buurweg blokkeert, kunnen de (ge)buren dan een schadevordering voor het tijdelijk niet kunnen gebruiken van de buurweg indienen? Logischer lijkt het dat ook de curator de buurweg moet respecteren.<sup>71</sup>

62. Een eigenaar mag de weg mogelijk wel versmallen mits dit maar geen afbreuk doet aan de rechten van de naburen. Gräler, t.a.p. p. 325 onder verwijzing naar HR 11 juni 1915, *NJ* 1915/902 (Daams/Northeimer).
63. Zie PG Boek 3, p. 917, alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6/II 2013/387.
64. Koopmann (mon. BW B14) t.a.p., nr. 9.3 en 10.
65. Dit wegnemen mag niet wederrechtelijk, dus het mag enkel door degene die de obstakels geplaatst heeft.
66. Beekhuis in zijn noot bij HR 1 maart 1967, *NJ* 1968/76 m.nt. J.H. Beekhuis, (Scheepswerf Foxhol/Boekhoven), besteedt summierlijk aandacht aan dit probleem. Verder heb ik over deze vraag niets gevonden.
67. Deze analyse is mede gebaseerd op de in de vorige noot genoemde annotatie van Beekhuis.
68. E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenisrecht*, diss. Leiden 1992, p. 125.
69. Zie in gelijke zin Verstijlen, in de sleutel geplaatst van wanprestatie en het niet nakomen van overeenkomsten. F.M.J. Verstijlen, *Contract en boedelschuld tussen partij-autonomie en paritas*, *NJB* 6 september 2013, p. 2135.
70. Noot bij HR 1 maart 1967, *NJ* 1968/76 m.nt. J.H. Beekhuis, (Scheepswerf Foxhol/Boekhoven).
71. Schoordijk geeft het vergelijkbare voorbeeld van het oprichten van een scheidsmuur tussen twee percelen. Indien de ene perceelseigenaar failliet is, dan kan de eigenaar van het andere perceel van de curator eisen dat hij overeenkomstig art. 5:49 BW aan het optrekken van een scheidsmuur meewerkt. De eigenaar van het buurperceel behoeft zich niet te laten verifiëren. H.C.F. Schoordijk, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenisrecht*, p. 75, in Emeritaal werk van prof mr. H.C.F. Schoordijk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

**Slot**

Buurwegen zijn lastig in te passen in ons privaatrecht, dat zo kenmerkend is ingedeeld in goederenrecht en verbintenissenrecht. Buurwegen hebben een lange geschiedenis en zijn intussen al ruim twintig jaar niet meer opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Ze zijn echter nog altijd springlevend en aanwezig. Een bijzonder aspect is de verjaring van het recht van buurweg. Verjaring doet erfdienstbaarheden vervallen en zelfs het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben - eigendom

- vervliegt door verjaring. Het recht van buurweg vervalt evenwel niet. Hoewel niet uit te oefenen, blijft het een sluimerend bestaan houden, tot iedereen echt het recht vergeten is, of jaren later het recht van buurweg weer ervaart. Het is jammer dat aan dit aspect bij de invoering van het huidige BW geen aandacht is geschonken. De mogelijkheid tot het vervallen van het recht van buurweg door verjaring gelijktrekken met het vervallen van het recht van overpad (in de zin van een erfdienstbaarheid) door verjaring lijkt mij het meest logisch.