

ECLI:NL:GHAMS:2019:3554

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	24-09-2019
Datum publicatie	21-10-2019
Zaaknummer	200.243.809/01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Dakterras en uitbouw (en leidingwerk) boven een woning van een andere eigenaar. Is erfdienstbaarheid door verjaring ontstaan, inhoudende dat eigenaar van benedenwoning (dienend erf) ten behoeve van de eigenaar van de bovenwoning (heersend erf) de aanwezigheid van een uitbouw en een dakterras dient te dulden? Het hof beantwoordt die vraag bevestigend.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civil recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.243.809/01

zaak-/rolnummer rechtbank Noord-Holland : C/15/246342/ HA ZA 16-477

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 24 september 2019

inzake

[appellante] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellante,

tevens incidenteel geïntimeerde,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

[geïntimeerde] ,

wonend te [woonplaats] ,

geïntimeerde,
tevens incidenteel appellante,
advocaat: mr. [X] te [plaats] .

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellante] en [geïntimeerde] genoemd.

[appellante] is bij dagvaarding van 28 juni 2018 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 28 maart 2018, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen [geïntimeerde] als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie en [appellante] als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel met producties.

[appellante] heeft bij brief van 28 maart 2019 aan de griffie van het hof desgevraagd nog kleurenafdrukken toegezonden van een aantal eerder in het geding gebrachte fotos.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 9 juli 2019 doen bepleiten, [appellante] door mr. J.H. van Woudenberg, advocaat te Amsterdam, en [geïntimeerde] door mr. [X] voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellante] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en

- uitvoerbaar bij voorraad -;
- in conventie de vorderingen van [geïntimeerde] af zal wijzen;
- in reconventie (voorwaardelijk) [geïntimeerde] zal verbieden de op 16 oktober 2018 bestaande situatie ter zake van het terras, de serre en de leidingen bij de woning [adres 1] en (naar het hof begrijpt: [adres 2] en hierna aan te duiden met [adres 2]) teniet te doen en/of te wijzigen op verbeurte van een dwangsom van 10.000,- per dag,
- (onvoorwaardelijk) primair [geïntimeerde] te veroordelen haar medewerking te verlenen aan de notariële vastlegging van door verjaring ontstane erfdienstbaarheden ter zake van het dakterras en de serre overeenkomstig de situatie van de woning [adres 2] op 3 mei 2017 op verbeurte van een dwangsom van 500,- per dag, althans, subsidiar [geïntimeerde] zal veroordelen, tegen een door het hof te bepalen schadeloosstelling, haar medewerking te verlenen aan de notariële vastlegging van erfdienstbaarheden waarmee de per 3 mei 2017 bestaande toestand ter zake van het terras en serre bij de woning [adres 2] wordt vastgelegd dan wel aan de gedeeltelijke overdracht van haar erf op verbeurte van een dwangsom van 500,- per dag;
- (onvoorwaardelijk) te bepalen dat het arrest in de akte waarbij de erfdienstbaarheid zal worden gevestigd of de eigendom zal worden overgedragen, in de plaats zal treden van de ontbrekende wilsverklaring van [geïntimeerde] ;

- en in conventie en reconventie met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en wettelijke rente.

[geïntimeerde] heeft geconcludeerd (primair) dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, de reconventionele vorderingen die [appellante] in eerste aanleg heeft ingesteld zal afwijzen en [appellante] zal veroordelen om de serre van de woning [adres 2] te (doen) ontruimen, ter vrije beschikking van [geïntimeerde] te stellen en te gedogen dat de serre in opdracht van [geïntimeerde] gesloopt zal worden op straffe van een dwangsom van 250,- per dag. Subsidiair heeft [geïntimeerde] geconcludeerd dat indien het hof ten laste van het object [adres 3] (hierna [adres 3]) een erfdienstbaarheid zal vastleggen, het hof de essentialia daarvan zal beschrijven. Tevens heeft [geïntimeerde] het hof verzocht [appellante] te veroordelen in de kosten van het geding in hoger beroep met nakosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

De rechtbank heeft in nr 2.1 tot en met 2.8 van het bestreden vonnis de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Met haar eerste grief heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat de rechtbank het perceel met de kadastrale aanduiding onjuist heeft beschreven. Het hof zal bij de vaststelling van de feiten hiermee rekening houden voor zover daarover tussen partijen geen geschil bestaat. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1 [geïntimeerde] is gehuwd met mr. [X] voornoemd, verder [X] , die als haar advocaat optreedt. Samen met hem is zij eigenaar van [adres 3] , thans kadastraal bekend als [plaats] sectie [sectie] nummer [nummer] (hierna [adres 3]). [geïntimeerde] heeft op 1 juli 2015 door koop en levering de onverdeelde helft van de eigendom van [adres 3] verkregen van de Woningstichting Kennemer Wonen, de rechtsoptvolger van de Woningstichting St. Willibrordus. [adres 3] maakte voorheen deel uit van en behoorde tot het grotere kadastrale perceel [plaats] sectie [sectie] nummer [nummer] , dat vervolgens is gesplitst in vier percelen, te weten [plaats] sectie [sectie] nummer [nummer] , [nummer] , [nummer] en [nummer] .

2.2 Naast [adres 3] bevindt zich [adres 2] . [appellante] is ingevolge de laatste wil van haar op [overlijdensdatum] overleden echtgenoot, [A] , hierna [A] , eigenaar van de percelen [adres 4] en [adres 2] , welke percelen thans kadastraal bekend zijn als [plaats] sectie [sectie] nummer [nummer] .

2.3 [appellante] en [A] hebben door overdracht en levering op 18 november 1966 de eigendom verkregen van de percelen die nadien kadastraal zijn vernummerd in [nummer] en [nummer] . Vanaf 18 november 1966 waren [appellante] en [A] mitsdien eigenaren van (onder meer) respectievelijk [adres 2] en [adres 3] .

2.4 [appellante] en [A] hebben blijkens de notariële akte van 22 augustus 1979 verkocht en geleverd aan B.V. Gebroeders [Y] , hierna Gebroeders [Y] :

de bedrijfsruimte, bestaande uit werkplaats, garages kantoor en bovenwoning aan het [adres 3] en [adres 5] , met ondergrond en verdere aanhorigheden, kadastraal bekend gemeente [gemeente] sectie [sectie] nummers [nummer] , (), [nummer] (), [nummer] (), alsmede een ter plaatse op

duidelijk zichtbare wijze afgescheiden gedeelte (waarin kantoortje) () van het kadastrale perceel gemeente [gemeente] sectie [sectie] nummer [nummer] .

2.5 In artikel 7 van de notariële akte van 22 augustus 1979 staat:

7. Bij deze worden de navolgende erfdienstbaarheden gevestigd:

a. ();

b. ten laste van het de verkoper in eigendom verblijvende gedeelte van perceel [nummer] en ten behoeve van het bij deze aan koopster overgedragen gedeelte van dat perceel (kantoortje) de erfdienstbaarheid van overstek boven het erf van het lijdend erf, inhoudende de bevoegdheid om het thans aanwezige overstekende plat daar te mogen hebben en houden;

c. ().

2.6 Ten tijde van de overdracht van [appellante] en [A] aan Gebroeders [Y] bevond zich naast het kantoortje een binnenplaatsje. Dat binnenplaatsje behoorde net als het kantoortje tot het perceel [nummer] maar was anders dan het kantoortje niet in de overdracht en levering aan Gebroeders [Y] begrepen. De overstek zoals genoemd in artikel 7b van voornoemde akte, betreft het dak boven dit binnenplaatsje ten aanzien waarvan [adres 2] het lijdende, en [adres 3] het dienende erf is. Het binnenplaatsje werd destijds door het taxibedrijf van [A] en later van Gebroeders [Y] gebruikt als wachtruimte voor klanten.

2.7 Het binnenplaatsje was door middel van een trap verbonden met het dakterras van [adres 2] . Voorts was de binnenplaats door een open verbinding bereikbaar vanuit [adres 3] .

2.8 Het binnenplaatsje op perceel [nummer] is bij aanwijzing door het kadaster op 27 juni 1984 ten onrechte niet bij het perceel [nummer] van [appellante] en [A] maar bij het perceel [nummer] van Gebroeders [Y] gevoegd. Op de kadastrale tekening van de aanwijzing staat vermeld:

Aanw. dd 27-6-84 dhr. [Y] dd 2-7-84 per telefoon dhr [A] .

2.9 In 1989 is in overleg tussen Gebroeders [Y] en [appellante] en [A] de open verbinding van het binnenplaatsje door middel van een muur dichtgemaakt en is de trap van het binnenplaatsje naar het dakterras van [adres 2] verwijderd. Nadien was de binnenplaats niet meer bereikbaar voor de bewoners van [adres 2] en was [adres 2] niet meer bereikbaar vanuit [adres 3] .

2.10 [adres 2] heeft toegang tot een dakterras. Dat dakterras bevindt zich geheel boven het kantoortje en gedeeltelijk boven de overstek. Boven het andere deel van de overstek bevindt zich een deel van een slaapkamer van [adres 2] . Dat deel wordt door partijen aangeduid als de serre.

2.11 Op 18 mei 2001 heeft Gebroeders [Y] , na naamswijziging in 1993 Gebroeders [Y] Beheer B.V. geheten, het perceel [nummer] verkocht en geleverd aan Woningstichting St. Willibrordus. Woningstichting Willibrordus is door een juridische fusie opgegaan in Woningstichting Kennemer Wonen.

2.12 Bij brief van 29 april 2016 heeft [geïntimeerde] aan [appellante] de gebruiksrechten van [appellante] terzake van de serre, het dakterras en een water- en gasleiding opgezegd per 31 juli 2016. Bij brief van 30 mei 2016 van mr. Van Woudenberg heeft [appellante] aan [geïntimeerde] gemeld dat zij aan de opzeggingen geen gehoor zal geven.

3

3. Beoordeling

3.1 [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg gevorderd, primair, de veroordeling van [appellante] tot - zakelijk weergegeven - het beëindigen van het gebruik van het dakterras en de serre die zich bevinden boven het kantoortje en het binnenplaatsje en van de water- en gasleiding (hierna de leidingen) in het plafond van het perceel [adres 3] op verbeurte van dwangsommen en, subsidiair, te verklaren voor

recht dat het [geïntimeerde] vrijstaat haar eigendom waarover de serre en het dakterras zich uitstrekken te slopen. Na eiswijziging heeft [geïntimeerde] tevens de veroordeling van [appellante] gevorderd om mee te werken aan de notariële vastlegging van het tenietgaan van een erfdiensbaaerheid van in- uit en doorgang zoals gevestigd in artikel 7 onder a van de notariële akte van 22 augustus 1979.

3.2 [appellante] heeft - zakelijk weergegeven - in reconventie (voorwaardelijk), een verbod gevorderd om door verwijdering of aanpassing van de onderbouw de bestaande toestand ter zake van het dakterras, de serre en de leidingen teniet te doen of te wijzigen op straffe van het verbeuren van een dwangsom, en (onvoorwaardelijk) de veroordeling van [geïntimeerde] gevorderd tot:

- (primair) het verlenen van medewerking aan de notariële vastlegging van de door verjaring ontstane erfdiensbaaerheden ter zake van het dakterras, de serre en de leidingen;
- (subsidiair) het tegen een door de rechtbank vast te stellen schadeloosstelling verlenen van medewerking aan de notariële vastlegging van de door verjaring ontstane erfdiensbaaerheden ter zake van het dakterras, de serre en de leidingen;
- (meer subsidiair) het verlenen van medewerking aan de overdracht en levering door haar aan [appellante] van de grond onder het dakterras en de serre tegen een door een deskundige vast te stellen prijs;
- en alle veroordelingen op straffe van het verbeuren van dwangsommen en met de bepaling dat het vonnis in de plaats kan treden van de wilsverklaring van [geïntimeerde] in de notariële akte ter vestiging van voornoemde erfdiensbaaerheden of levering van voornoemde grond.

3.3 De rechtbank heeft in conventie de primaire vorderingen van [geïntimeerde] afgewezen voor zover het betreft de serre. Verder heeft zij die vorderingen toegewezen alsmede de vordering betreffende de notariële vastlegging van het tenietgaan van de erfdiensbaaerheid van in-, uit- en doorgang. In reconventie heeft de rechtbank [geïntimeerde] veroordeeld tot het verlenen van haar medewerking tot het vastleggen van een erfdiensbaaerheid ten behoeve van de serre tegen betaling door [appellante] van

15.000,-. [appellante] is veroordeeld in de proceskosten in conventie en [geïntimeerde] in de proceskosten in reconventie.

3.4 [appellante] heeft in principaal appel 11 grieven aangevoerd en [geïntimeerde] in incidenteel appel 12 grieven. [appellante] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis. [appellante] heeft haar onder 3.2 weergegeven vorderingen, met uitzondering van de meer subsidiaire vordering, in principaal appel gehandhaafd.

[geïntimeerde] heeft in principaal appel geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis voor zover daarin haar vorderingen zijn toegewezen en voorts tot afwijzing van de door [appellante] in appel ingestelde reconventionele vorderingen. In incidenteel appel heeft [geïntimeerde] geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis voor zover daarin haar vorderingen ter zake van de serre zijn afgewezen en de reconventionele vordering ter zake van de serre van [appellante] is toegewezen. Voorts heeft [geïntimeerde] haar vorderingen ter zake van de serre in incidenteel appel gehandhaafd en, subsidiair, gevorderd dat het hof in het geval van het opleggen van een erfdiensbaaerheid op grond van artikel 5:54 BW, de essentialia daarvan zal bepalen.

3.5 De grieven in principaal appel en incidenteel appel lenen zich voor een gezamenlijke behandeling omdat de kern van het geschil dat partijen verdeeld houdt, de vraag betreft of ter zake van het dakterras, de serre en de leidingen door verjaring erfdiensbaaerheden ten behoeve van [adres 2] als heersend erf en ten laste van [adres 3] als dienend erf zijn ontstaan. [appellante] acht daarvan sprake en maakt op die grond aanspraak op de notariële vastlegging daarvan overeenkomstig de feitelijke situatie. [geïntimeerde] acht van verjaring geen sprake en maakt op die grond aanspraak op het door [appellante] beëindigen van de feitelijke situatie betreffende het dakterras, de serre en de leidingen.

Het hof oordeelt over de feitelijke situatie als volgt. Op grond van de emailcorrespondentie van de raadvrouw van [appellante] met de vorige bewoners van [adres 2] en met inachtneming van de referte van [geïntimeerde] ter zake het gebruik van het dakterras, stelt het hof vast dat [adres 2] reeds vanaf omstreeks 1955 op dezelfde plaats een serre en dakterras had. Die vaststelling vindt steun in de volgende bevestiging van [B] , de zoon van de bij [A] en later Gebroeders [Y] werkzame boekhouder [B] :

Ik ben geboren in 1953. () Mijn ouders zijn, toen ik ongeveer 2 jaar oud was, gaan wonen in de bovenwoning [adres 1] . Dus rond 1955. Mijn vader werkte als boekhouder bij [A] . Later is hij voor [Y] gaan werken. De bovenwoning had een serre. Boven het kantoor was een dakterras met grind. Als je de schuifdeur in de serre uitging kon je door een traphek met de trap naar het binnenterrein. Er is op het dakterras een schutting gemaakt en er zijn tegels op de grond gekomen. Mijn moeder is eind jaren 80, begin jaren 90 weggegaan.

- 3.6.2 De juistheid van de verklaring van [B] blijkt bovendien uit een tweetal fotos van zijn op [geboortedatum] 1968 geboren zusje, als peuter zittend in een kinderbox en als kind staand met een pop op een dakterras met grind en voorzien van een hekwerk en schutting. Voorts heeft [B] op een plattegrond de plaats van de serre ingetekend en ter zake daarvan verklaard dat de pui van de serre in de jaren dat zijn familie daar woonde niet is verplaatst.

Deze vaststelling vindt evenzeer steun in de bevestiging van [Y] :

Na mijn dienstdtijd, dus ongeveer in 1989/1990 ben ik in de bovenwoning gaan wonen. Ik ben in 1992 voor een jaar vertrokken naar Japan. Voordat ik vertrok is in overleg met en met goedkeuring van en betaald door de heer [A] de slechte pui van de serre met een schuifdeur vervangen door een nieuwe pui met een gewone deur. Die verbouwing zal dus in 1990/1991 zijn geweest. Ik heb ongeveer 6/7 jaar in de woning gewoond. In 1996 ben ik verhuisd. Eind jaren 80 begin jaren 90 is met toestemming van de heer [A] de trap verwijderd. Die was in slechte staat. Op het dakterras lagen tegels. Ik heb die verwijderd en het dakterras voorzien van een nieuwe bitumendakbedekking. In de serre was het toilet. Het dakterras had een dichte vloer en was bevestigd aan de serre.

- 3.6.3 Dit alles is door [geïntimeerde] onvoldoende weersproken. Weliswaar heeft [geïntimeerde] in incidenteel hoger beroep betoogd dat de rechtbank haar oordeel gebaseerd heeft op een onvolledig, althans niet in ogenschouw genomen, beeld van de bouwkundige toestand van [adres 2] en [adres 3] , in het bijzonder de feitelijke toestand van de serre maar daaraan gaat het hof voorbij omdat uit haar stellingen omtrent de bouwkundige aard en toestand van de serre niet blijkt waarom welke onvolledigheid relevant zou kunnen zijn voor de aan de orde zijnde (rechts)vragen.

- 3.7 [appellante] stelt dat ter zake van de serre, het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje, het gedeelte van het dakterras boven het kantoor en de leidingen sprake is van een (of meer) door verjaring ontstane en verkregen erfdienstbaarheden bestaande uit de last(en) waarmee [adres 3] is bezwaard ten behoeve van [adres 2] om te dulden dat boven de perceeldelen van het binnenplaatsje en het kantoor zich de serre, het dakterras en de leidingen van [adres 2] bevinden. Omdat een last als bedoeld in artikel 5:70 en 5:71 lid 1 BW tevens kan bestaan uit het dulden van een bouwwerk op, boven of onder één der beide erven, gaat het hof voorbij aan de stelling van [geïntimeerde] dat ter zake van de serre uitsluitend sprake zou kunnen zijn van een opstalrecht.

De serre en het deel van het dakterras boven het binnenplaatsje

- 3.8 In hoger beroep is tussen partijen in geschil of de serre, zoals de rechtbank heeft geoordeeld, op grond van (horizontale) natrekking een bestanddeel is van [adres 2] . Dat oordeel is door [geïntimeerde] in grief II incidenteel hoger beroep bestreden. In de toelichting op die grief stelt [geïntimeerde] dat voor horizontale natrekking geen plaats is omdat de serre niet meer dan een gebruiksfunctie en een verkeersfunctie heeft en in bouwkundig opzicht geen constructieve elementen kent omdat de serre uit niet meer bestaat dan een kozijn en wat dakhout. [appellante] heeft dit bestreden en aangevoerd dat de serre een essentieel onderdeel van een slaapkamer is.

3.9 Het hof oordeelt als volgt. Voor het antwoord op de vraag of de serre bestanddeel is van [adres 2] is beslissend of de serre volgens verkeersopvattingen daarvan een wezenlijk onderdeel uitmaakt. Dat is hier het geval omdat als onvoldoende door [geïntimeerde] betwist vast staat dat de serre een deel is van een slaapkamer van [adres 2] . Daargelaten wat [geïntimeerde] bedoelt met de terminologie in bouwkundig opzicht constructieve elementen is de aan- of afwezigheid daarvan niet relevant. Dit betekent dat ook het hof van oordeel is dat de serre op grond van horizontale natrekking bestanddeel is van [adres 2] .

3.10 In eerste aanleg heeft [appellante] aan haar beroep op verjaring uitsluitend de bevrijdende verjaring van artikel 3:105 BW ten grondslag gelegd. De rechtbank heeft dat beroep afgewezen omdat de daarvoor geldende termijn van twintig jaar niet verstreken was op het moment dat [geïntimeerde] haar aanspraak jegens [appellante] kenbaar maakte. Uit de toelichting op grief 2 blijkt dat [appellante] thans in hoger beroep aan haar beroep op het ontstaan van erfdienstbaarheden ter zake van de serre en het terras boven het binnenplaatsje mede de verkrijgende verjaring van artikel 3:99 BW ten grondslag legt. Zij stelt dat zij daarvan altijd bezitter te goeder trouw is geweest. Ter onderbouwing daarvan heeft [appellante] aangevoerd dat zij en [A] vanaf 1966 eigenaars van (onder meer) [adres 2] en [adres 3] waren en sedertdien als eigenaars het bezit van het volledige dakterras en de serre hadden. Dat veranderde in 1979 ten aanzien van de serre en het dakterras boven het binnenplaatsje niet omdat de eigendom van het binnenplaatsje niet aan de Gebroeders [Y] werd overgedragen. [appellante] acht beslissend dat in 1989 het exclusieve gebruik van zowel het binnenplaatsje als ook het dakterras bij respectievelijk Gebroeders [Y] en [A] en [appellante] zijn komen te rusten. Daaruit blijkt volgens haar dat nimmer is beoogd om het exclusieve gebruiksrecht van de serre en het dakterras te wijzigen of te beëindigen zodra Gebroeders [Y] eigenaar van het binnenplaatsje zou worden. Met een dergelijk gevolg zou [appellante] ook nooit hebben ingestemd. Het bezit door [appellante] van de serre en het dakterras boven het binnenplaatsje bleef derhalve onveranderd. Dat bezit veranderde niet door de verkrijgende verjaring door Gebroeders [Y] van het binnenplaatsje. Volgens [appellante] is in 1989 de verjaringstermijn van tien jaar voor de verkrijgende verjaring van de erfdienstbaarheid ter zake van de serre en het dakterras boven het binnenplaatsje gaan lopen.

3.11 [geïntimeerde] heeft betwist dat door verjaring erfdienstbaarheden zijn ontstaan ten aanzien van de serre en het dakterras boven het binnenplaatsje. Ter onderbouwing van die betwisting heeft [geïntimeerde] gesteld dat [appellante] bezit, noch bezit te goeder trouw, heeft gehad en zij heeft die stelling als volgt toegelicht:

- de serre en het dakterras werden feitelijk door de huurder van [adres 2] gebruikt;
- dat gebruik lag in de sfeer van Gebroeders [Y] omdat de huurder van [adres 2] in dienst was van Gebroeders [Y] , waarvan [Y] de laatste was;
- de serre is na 22 augustus 1979 in overleg tussen Gebroeders [Y] en [A] uitgebouwd;
- de terrasfunctie is in 1979 door de erfdienstbaarheid van artikel 7b (zie nr 2.5) in handen van Gebroeders [Y] gekomen, zij heeft dat bezit nimmer verloren en van inbezitneming door [appellante] is nooit sprake geweest;
- het feit dat in 1989 (zie nr 2.9) een afspraak is gemaakt, sluit uit dat van bezit sprake is geweest;
- het gebruik van het dakterras was na 1989 niet exclusief voor de bewoner van [adres 2] omdat zich op het dak ook een antenne-installatie van Gebroeders [Y] bevond en dat dak bereikbaar bleef door het plaatsen van een ladder.

Voorts heeft [geïntimeerde] benadrukt dat het gebruik van de serre en het dakterras altijd de instemming van Gebroeders [Y] had, dat [appellante] slechts heeft geacteerd als partij die voor dat gebruik de toestemming van Gebroeders [Y] had en dat niets erop wijst dat partijen ten aanzien van dat gebruik ooit over een erfdienstbaarheid gesproken hebben.

3.12 Het hof hanteert als uitgangspunt dat het voor verjaring vereiste bezit van [appellante] en [A] van de serre en het deel van het dakterras boven het binnenplaatsje niet eerder kan zijn aangevangen dan nadat [appellante] en [A] de eigendom van het binnenplaatsje verloren hebben. Voor dat bezit is

vereist dat zij de feitelijke macht over de serre en het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje hebben behouden en die macht naar verkeersopvattingen als bezit in de zin van artikel 3:108 BW aangemerkt kan worden. In hoger beroep staat vast dat Gebroeders [Y] in 1999 door verjaring de eigendom van het binnenplaatsje verkregen heeft. Dit betekent dat uiterlijk op 31 december 1999 [A] en [appellante] de eigendom van het binnenplaatsje hebben verloren. [appellante] heeft gesteld dat zij daarna de feitelijke macht over de serre en het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje hebben behouden en die voor zichzelf uitoefenden omdat hun macht in niets verschilde van de macht die zij als eigenaars van het binnenplaatsje uitoefenden. Uit de door [appellante] aangevoerde feiten blijkt dat zij vanaf 18 november 1966 altijd de macht over de serre en het gedeelte van het terras boven het binnenplaatsje voor zichzelf hebben uitgeoefend door de genotsverschaffing daarvan aan de huurder en dat het gebruik daarvan vanaf de verwijdering van de trap in 1989 exclusief en uitsluitend voor de huurder van [adres 2] mogelijk was. Hieruit volgt dat [A] en [appellante] in 1999 het bezit van de serre en het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje hebben verkregen. Dat bezit was te goeder trouw omdat zij niet wisten en evenmin behoorden te weten dat zij door de verkrijgende verjaring van het binnenplaatsje door Gebroeders [Y] de eigendom daarvan verloren hadden.

3.13 De stellingen van [geïntimeerde] dat van bezit door [A] en [appellante] geen sprake is (geweest) gaan niet op. Het feit dat serre en het dakterras door de huurder van [adres 2] werden gebruikt, betekent niet dat [A] en [appellante] als houders zijn aan te merken van de serre en het dakterras. Evenmin staat aan het bezit door [A] en [appellante] van de serre en het dakterras in de weg dat de huurders van [adres 2] , [B] en [Y] , in dienst waren van Gebroeders [Y] . Ook indien de serre na 22 augustus 1979 in overleg tussen Gebroeders [Y] en [A] en [appellante] uitgebouwd zou zijn, hetgeen [appellante] heeft betwist en [geïntimeerde] niet feitelijk heeft onderbouwd, valt niet in te zien in welk opzicht dat het bezit van [A] en [appellante] van de serre en het dakterras zou hebben gewijzigd. Het uitgangspunt van [geïntimeerde] dat [appellante] en [A] met de vestiging van de erfdienstbaarheid van artikel 7b van de notariële akte van 22 augustus 1977 de terrasfunctie, waaronder tevens het recht om de serre te hebben, aan Gebroeders [Y] hebben geleverd, is onjuist. Nog daargelaten dat Gebroeders [Y] ter zake van het binnenplaatsje niet beschikkingsbevoegd waren en mitsdien voor de ruimte daarboven helemaal geen terrasfunctie aan [A] en [appellante] konden leveren, blijkt duidelijk uit de tekst van artikel 7b van bedoelde akte dat sprake is van een door [appellante] en [A] gevestigde erfdienstbaarheid ten laste van [adres 2] en ten behoeve van [adres 3] om boven het binnenplaatsje het platte dak te mogen hebben. Het enkele feit dat Gebroeders [Y] , zoals [geïntimeerde] heeft gesteld: haar antenne-installatie boven het kantoortje/binnenplaatsje in stand hield betekent, zonder uitleg van wat dat in stand houden feitelijk voor het gebruik van het dakterras door Gebroeders [Y] betekende, niet dat van bezit door [appellante] en [A] van het dakterras geen sprake was. Evenmin valt in te zien dat de in 1989 gemaakte afspraak het bezit van de serre en het dakterras uitsluit.

3.14 Het bezit te goeder trouw door [appellante] en [A] heeft een aanvang genomen op het moment dat Gebroeders [Y] door verkrijgende verjaring de eigendom van het binnenplaatsje verkregen heeft. Dat was uiterlijk 31 december 1999. Door [geïntimeerde] is niet betwist dat het bezit gedurende een periode van 10 jaar ononderbroken is geweest. Dit betekent dat door het voortduren van het bezit door [A] en [appellante] uiterlijk op 31 december 2009 een erfdienstbaarheid is ontstaan ten laste van [adres 3] als dienend erf en ten behoeve van [adres 2] als heersend erf om de serre en het dakterras boven het binnenplaatsje te dulden.

Het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje

3.15 Deze voornoemde erfdienstbaarheid om de serre en het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje te dulden heeft tot gevolg dat het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje voor de bewoner van [adres 2] bereikbaar is gebleven. Dit betekent dat het oordeel van de rechtbank, dat

[appellante] geen belang heeft bij haar beroep op een erfdiensbaaheid ter zake van het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje omdat dat gedeelte voor [appellante] onbereikbaar zou zijn, niet juist is.

3.16 [appellante] heeft haar beroep op verjaring van een erfdiensbaaheid ter zake van het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje een beroep gedaan op de extinctieve verjaring van artikel 3:105 BW. Zij heeft dat beroep toegelicht met de stelling dat uit het openbare register van het kadaster bleek dat de grond onder het kantoortje op 22 augustus 1979 door [A] en [appellante] in eigendom is overgedragen aan Gebroeders [Y] . Voorts stelt [appellante] dat zij in ieder geval in 1989 het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje in bezit genomen heeft. Het hof begrijpt deze stellingen van [appellante] aldus dat ook indien zij als bezitter te kwader trouw heeft te gelden van het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje, ter zake door het verstrijken van 20 jaar een erfdiensbaaheid is ontstaan.

[geïntimeerde] heeft met verwijzing naar de in nr 3.11 aangehaalde onderbouwing gesteld dat [appellante] nooit het bezit verkregen heeft van het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje. Voorts heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat de termijn van 20 jaar niet verstreken was toen [geïntimeerde] voor het eerst haar aanspraak ter zake aan [appellante] kenbaar maakte.

3.17 Het hof oordeelt als volgt. Het kantoortje is bij akte van 22 augustus 1979 door [A] en [appellante] verkocht en geleverd aan Gebroeders [Y] . Bij die levering is ten behoeve van het perceel [adres 2] geen erfdiensbaaheid ter zake van het dakterras boven het kantoortje gevestigd. Uit de door [appellante] aangevoerde feiten blijkt dat zij en [A] vanaf 22 augustus 1979 dezelfde macht over het gedeelte van het terras boven het kantoortje hebben uitgeoefend als de macht die zij voorheen vanaf 1966 hadden door de genotsverschaffing daarvan aan de huurder van [adres 2] en dat het gebruik van dat deel van het dakterras vanaf de verwijdering van de trap in 1989 exclusief en uitsluitend voor de huurder van [adres 2] mogelijk was. Hieruit volgt dat [A] en [appellante] uiterlijk vanaf 31 december 1989 als bezitters zijn aan te merken van het dakterras boven het kantoortje. De stellingen van [geïntimeerde] dat van bezit door [A] en [appellante] van het dakterras geen sprake is (geweest), gaan niet op. Het hof verwijst naar de beoordeling van die stellingen in 3.13.

3.18 Of [A] en [appellante] ter zake van het gedeelte van het dakterras boven het kantoortje bezitters te goeder of te kwader trouw waren, kan het hof in het midden laten omdat ook indien van bezit te kwader trouw sprake zou zijn, de voor de bevrijdende verjaring geldende termijn van 20 jaar verstreken is. Die termijn is uiterlijk op 31 december 1989 aangevangen en is uiterlijk verstreken op 31 december 2009. De stelling van [geïntimeerde] dat de termijn nog niet verstreken was op het moment dat zij haar aanspraken aan [appellante] kenbaar maakte is onjuist. Voor zover aan die stelling het uitgangspunt ten grondslag ligt dat niet eerder dan in 1999 de verjaringstermijn is aangevangen, is ook dat uitgangspunt onjuist. Door [geïntimeerde] is niet betwist dat de feitelijke situatie gedurende de periode vanaf 31 december 1989 tot 31 december 2009 ononderbroken heeft voortgeduurd. Dit betekent dat uiterlijk op 31 december 2009 een erfdiensbaaheid is ontstaan ten laste van [adres 3] als dienend erf en ten behoeve van [adres 2] als heersend erf om het dakterras boven het kantoortje te dulden.

De leidingen

3.19 Ten aanzien van de leidingen, heeft de rechtbank als vaststaand geoordeeld dat in 2009 de toen bestaande leidingen in het dak/plafond boven het binnenplaatsje op dezelfde plaats zijn vervangen door nieuwe leidingen. De rechtbank heeft het beroep van [appellante] op verjaring afgewezen omdat sedert 1999 niet de voor de (door [appellante] in eerste aanleg gestelde) extinctieve verjaring vereiste termijn van 20 jaar verstreken is. [appellante] acht dit oordeel onjuist en verwijst in grief 6 naar de toelichting op grief 2. Kort samengevat komt dat betoog van [appellante] er op neer dat zij ter zake van de leidingen bezitter te goeder trouw is en sedert de aanvang van dat bezit de voor de (door [appellante] in hoger beroep gestelde) verkrijgende verjaring vereiste termijn van 10 jaar verstreken is. [geïntimeerde] heeft zich beperkt tot een tweetal stellingen, te weten dat het oordeel van de rechtbank zich niet laat bekritisieren en de leidingen sinds augustus 2018 geen functionaliteit meer

hebben.

3.20 Het hof overweegt als volgt. Voor zover [geïntimeerde] heeft betoogd dat [appellante] ten aanzien van de leidingen geen belang meer heeft bij de vaststelling van een erfdienstbaarheid omdat de leidingen niet meer functioneel zouden zijn, kan zij daarin niet worden gevolgd. Het zal van de feiten en omstandigheden afhangen of de beëindiging van de functionaliteit van de leidingen tot gevolg heeft dat [appellante] bij de vaststelling van een erfdienstbaarheid ter zake geen belang meer heeft. Nu [geïntimeerde] omtrent die feiten en omstandigheden niets heeft gesteld en het voor de hand ligt om te veronderstellen dat de beëindiging van de functionaliteit heeft plaats gevonden eerst nadat de terrasfunctie door [appellante] als gevolg van het bestreden vonnis is ontruimd, heeft [appellante] haar belang behouden bij haar vordering ter zake van de leidingen.

3.21 Nu het tegendeel gesteld noch gebleken is, gaat het hof ervan uit dat de (niet functionele) leidingen zich nog bevinden onder het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje. Gelet daarop geldt voor de beoordeling van het beroep op verjaring ter zake van die leidingen hetzelfde als het hof in 3.12-3.14 geoordeeld heeft over de erfdienstbaarheid ter zake van de serre en het gedeelte van het dakterras boven het binnenplaatsje mits vaststaat dat de leidingen reeds in 1999 aanwezig waren. Over het tijdstip van de aanwezigheid van de leidingen overweegt het hof als volgt.

3.22 [appellante] heeft gesteld dat de leidingen in 1979 zijn aangebracht. Ter onderbouwing van dat standpunt heeft [appellante] in eerste aanleg een overeenkomst in het geding gebracht van 1 november 1979 van [A] als verhuurder en [C] als huurder van [adres 1] . In die overeenkomst staat:

() t.a.v. de aansluitingen van de bovenwoningen zal overleg plaats vinden tussen partijen en huurder bovenwoning en instanties voorkeur is bovenwoning en bedrijfsruimte over dezelfde leidingen ().

Voorts heeft [appellante] een e-mailbericht in het geding gebracht van [D] waarin hij de juistheid bevestigt van de navolgende samenvatting van een eerder door hem afgelegde verklaring aan [A] :
In 2001 heb ik na het vertrek van de gebroeders [Y] het directiekantoor en de ruimten onder het dakterras en onder de serre in gebruik genomen. In 2009/2010 heb ik [E] een aantal malen toegang verschaft om werkzaamheden te kunnen verrichten aan gas- en waterleidingen en om de toilet afvoer te vervangen.

Uit het proces-verbaal van de descente van 20 maart 2017 blijkt dat de betreffende leidingen te zien waren en dat [A] daarover heeft verklaard:

dat hij in persoon aanwezig was op het moment dat de oude leidingen in 2009 door aannemer [D] zijn vervangen. Volgens [A] is de plaats van de leidingen ongewijzigd gebleven.

[appellante] heeft met deze stukken en verklaringen voldoende onderbouwd dat de leidingen reeds in 1979, althans in ieder geval vóór 1999, op dezelfde plaats aanwezig waren. Dit is door [geïntimeerde] onvoldoende betwist. [geïntimeerde] heeft immers slechts zonder nadere toelichting gesteld dat de leidingen zich bevinden op een plaats waar in 1989 een open ruimte was en dat het van de zotte zou zijn te veronderstellen dat de leidingen in het luchtledige zouden hangen. Dit leidt tot de slotsom dat [appellante] en [A] in 1999 het bezit verkregen hebben van (de ligging van) de leidingen en dat door het voortduren van dat bezit uiterlijk op 31 december 2009 een erfdienstbaarheid is ontstaan ten laste van [adres 3] als dienend erf en ten behoeve van [adres 2] als heersend erf om de leidingen boven het binnenplaatsje te dulden.

3.23 De slotsom luidt dat ter zake van de serre en het dakterras door verjaring erfdienstbaarheden zijn ontstaan ten laste van [adres 3] en ten behoeve van [adres 2] en dat ter zake van de leidingen een erfdienstbaarheid is ontstaan ten laste van [adres 3] en ten behoeve van [adres 2] . Dit betekent dat in zoverre de grieven in het principaal hoger beroep slagen en de grieven in het incidentele hoger beroep falen.

3.24 De vorderingen in conventie van [geïntimeerde] zullen worden afgewezen. De voorwaardelijke vordering in reconventie heeft [appellante] ingesteld onder de voorwaarde dat erfdienstbaarheden zijn ontstaan. Omdat die voorwaarde vervuld is, is die vordering toewijsbaar. Het verweer daartegen van [geïntimeerde] dat die vordering, ook indien erfdienstbaarheden zijn ontstaan niet toewijsbaar is omdat de feitelijke situatie onrechtmatig zou zijn, is niet te verenigen de uitdrukkelijke stelling van [geïntimeerde] dat haar vorderingen juist niet op onrechtmatige daad zijn gebaseerd. De primaire onvoorwaardelijke reconventionele vordering van [appellante] , om medewerking te verlenen aan de notariële vastlegging van de ontstane erfdienstbaarheden ter zake van het dakterras en de serre overeenkomstig de per 3 mei 2017 bestaande toestand, zal worden toegewezen. Omdat alleen [geïntimeerde] partij is in deze zaak, kan zij alleen tot het verlenen van voornoemde medewerking veroordeeld worden. De stelling van [geïntimeerde] , zo begrijpt het hof, dat zij daartoe niet veroordeeld kan worden, omdat zij daarbij afhankelijk is van de medewerking van [X] , gaat niet op. Voor zover [geïntimeerde] bij het vestigen van een of meer van voornoemde erfdienstbaarheden beperkt wordt omdat [X] , haar echtgenoot, mede-eigenaar van [adres 3] en tevens haar advocaat, niet bereid is daaraan mee te werken, dient die verhindering immers in de rechtsverhouding tot [appellante] aan [geïntimeerde] toegerekend te worden met als gevolg dat zij in dat geval de op te leggen dwangsommen verbeurt. [appellante] heeft tevens onvoorwaardelijk in reconventie verzocht om te bepalen dat het arrest in de plaats treedt van de verklaring van [geïntimeerde] tot vestiging van de erfdienstbaarheden in een daartoe bestemde akte. [geïntimeerde] heeft gesteld dat [appellante] daarbij geen belang heeft omdat [geïntimeerde] niet de wil heeft zich te onttrekken aan een uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan. Ook deze vordering zal worden toegewezen omdat de bereidheid van [geïntimeerde] het belang van [appellante] onverlet laat.

De gevorderde dwangsommen zullen worden toegewezen zoals nader omschreven.

3.25 Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. [geïntimeerde] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg en in principaal en incidenteel hoger beroep.

4 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

vernietigt het vonnis waarvan beroep

en opnieuw rechtdoende:

in conventie:

wijst de vorderingen van [geïntimeerde] af;

in reconventie:

verbiedt [geïntimeerde] om over te gaan tot verwijdering en of aanpassing van de onderbouw van [adres 2] waarmee de per 5 februari 2019 bestaande toestand ter zake van het dakterras, de serre en de leidingen bij de woning [adres 2] wordt teniet gedaan of gewijzigd;

bepaalt dat [geïntimeerde] bij iedere overtreding van dit verbod een dwangsom verbeurt van 10.000,- en van 500,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de als gevolg van die overtreding verboden verwijdering en of aanpassing voortduurt tot een maximum van 100.000,-;

veroordeelt [geïntimeerde] om haar medewerking te verlenen aan de vestiging van de erfdienstbaarheden ten laste van [adres 3] als dienend erf en ten behoeve van [adres 2] als heersend erf om overeenkomstig de op 3 mei 2017 bestaande situatie ter zake van de serre en het dakterras te dulden;

bepaalt dat indien [geïntimeerde] binnen vier weken na betekening van dit arrest die medewerking niet heeft verleend door een omstandigheid die aan haar kan worden toegerekend, zij een dwangsom verbeurt van 500,- voor iedere dag dat zij haar medewerking niet verleent met een maximum van 100.000,-;

bepaalt dat voornoemde veroordeling van [geïntimeerde] tot medewerking aan de vestiging van de erfdienstbaarheden ten laste van [adres 3] als dienend erf en ten behoeve van [adres 2] als heersend erf om de serre en het dakterras en te dulden, in de plaats treedt van de wilsverklaring van [geïntimeerde] ter vestiging van voornoemde erfdienstbaarheden;

wijst hetgeen [appellante] meer of anders gevorderd heeft af;

in conventie en reconventie:

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [appellante] begroot op 288,- aan verschotten en 1.356,- voor salaris en in principaal en incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [appellante] begroot op 417,91 aan verschotten en 3.222,- voor salaris en op 131,- voor nasalaris, te vermeerderen met 68,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

Dit arrest is gewezen door mrs. L.A.J. Dun, H.M.M. Steenberghe en A.S. Dogan en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 24 september 2019.

