

# Watervaste heerlijke visrechten, derdenbescherming en verjaring

NTBR 2022/39

**Op 15 juli 2022 wees de Hoge Raad een arrest over het watervaste karakter van heerlijke visrechten. Watervastheid wil zeggen dat als in het verleden de loop van een rivier veranderde, de visrechten meeverhuisden met de rivier. De Hoge Raad overwoog dat dit ook gold als de rivier na de verplaatsing in een andere heerlijkheid kwam te liggen dan de heerlijkheid waarvoor de visrechten golden. De auteur analyseert dit arrest, en onderzoekt of oude visrechten (ontstaan voor 1838) ook sinds de invoering van het BW van 1992 nog watervast kunnen zijn. Voorts onderzoekt de auteur de mogelijkheden van een beroep op derdenbescherming en verjaring in een geschil over visrechten en andere oude zakelijke rechten.**

## 1. Inleiding

Sinds jaar en dag vist hengelsportvereniging De Voorn<sup>2</sup> op de zuidoever van de Waal.<sup>3</sup> De vereniging huurt de heerlijke visrechten (oude zakelijke rechten) in dit gebied voor een lage prijs van de familie Van Verschuer (hierna: Van Verschuer). Deze familie stamt af van de heren van Ooij. Zij hadden rond 1400 van de hertog van Gelre het gezag gekregen in de heerlijkheid Ooij. Daarmee kregen zij ook het recht om in de zuidelijke helft van de Waal te vissen. De heerlijkheid Ooij grensde namelijk aan de zuidkant van de Waal. Door opvolging onder algemene titel komen de visrechten nu toe aan Van Verschuer. Visserijbedrijf Komen & Zn. (hierna: Komen) schatte dit anders in. Begin jaren 2000 kocht Komen de visrechten in de Waal van de rechtsopvolgers van de heer van Gendt en het Waterschap Rivierenland, dat zijn visrechten had verkregen van de Geërfden van Erlecom. Volgens Komen had de heer van Gendt in de zestiende eeuw de visrechten in de hele Waal verkregen. Toen werd de Waal in noordelijke richting verlegd, waardoor de rivier helemaal door de heerlijkheid Gendt stroomde, en niet meer door de heerlijkheid Ooij. Hieruit leidde Komen af dat de visrechten in de zuidelijke helft van de Waal toekwamen aan

de heer van Gendt. En als er daarna nog visrechten van de heren van Ooij over waren, hadden de Geërfden van Erlecom die in de achttiende eeuw verkregen. Zodoende verzocht Komen Van Verschuer te stoppen met de verhuur van de visrechten. Als hengelsportvereniging De Voorn nog in het gebied wilde vissen, moest zij een huurovereenkomst sluiten met Komen, tegen een aanmerkelijk hoger bedrag dan zij betaalde aan Van Verschuer.<sup>4</sup> Van Verschuer betwistte echter dat de verlegging van de Waal invloed had op de visrechten van de heren van Ooij, en dat de Geërfden van Erlecom visrechten hadden verkregen. Volgens Van Verschuer had Komen de visrechten in de zuidelijke helft dus van een beschikkingsonbevoegde verkregen.<sup>5</sup>

Komen dagvaarde Van Verschuer, en stelde in conventie gerechtigd te zijn tot de visrechten, onder meer omdat de rivier binnen de grenzen van de heerlijkheid Gendt viel. Daarop stelde Van Verschuer in reconventie gerechtigd te zijn tot de visrechten, omdat zij watervast waren. De rechtbank en het hof gaven Van Verschuer gelijk. Zij stelden vast dat heerlijke visrechten watervast waren – wanneer de loop van de rivier waarop zij rustten veranderde, volgden de visrechten de nieuwe loop van de rivier.<sup>6</sup> De Hoge Raad hield dit in stand, en overwoog dat aan het watervaste karakter van de visrechten niet in de weg stond dat de rivier niet meer grensde aan de heerlijkheid Ooij, en volledig doorliep door de heerlijkheid Gendt. De rivier was namelijk openbaar water, zodat zij toebehoorde aan het openbaar gezag, en niet viel in een territorium van een leen. In feitelijke instanties had Komen voorts gesteld dat de Geërfden van Erlecom de visrechten naar oud-vaderlands recht hadden verkregen door overdracht, vestiging of verjaring. Volgens rechtbank en hof slaagde Komen echter niet in het bewijs van deze verkrijging; de Hoge Raad verwierp de hiertegen gerichte klachten onder verwijzing naar art. 81 RO.

Door de eeuwen heen hebben Nederlanders de loop van rivieren veranderd, nieuwe plassen en meren gecreëerd en kanalen gegraven. Ook in de moderne tijd kan het nog gebeuren dat nieuwe wateren ontstaan, of dat de loop van een

1 Citeerwijze: R. Bobbink, 'Watervaste heerlijke visrechten, derdenbescherming en verjaring', *NTBR* 2022/39, afl. 9. Mr. R. (Rian) Bobbink is universitair docent Rechtsgeschiedenis bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit en wetenschappelijk medewerker bij Rabobank.

2 Alle partijnamen in dit artikel zijn afkomstig van *FD* 17 juli 2022, geraadpleegd via [https://fd.nl/bedrijfsleven/1445702/visserijbedrijf-delft-onderspit-in-strijd-om-zeshonderd-jaar-oude-rechten-op-de-waal-lgg2calEjAip?utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter&utm\\_campaign=earned&utm\\_content=20220717&s=09](https://fd.nl/bedrijfsleven/1445702/visserijbedrijf-delft-onderspit-in-strijd-om-zeshonderd-jaar-oude-rechten-op-de-waal-lgg2calEjAip?utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_campaign=earned&utm_content=20220717&s=09) en *De Gelderlander* 26 juli 2022, geraadpleegd via <https://www.gelderlander.nl/berg-en-dal/visser-blij-rechter-bevestigt-eeuwenoude-visrechten-in-de-polder-a5f5565a/>.

3 Preciezer: de visrechten zagen op de zuidzijde van de Waal tussen Leuth en Ooij, de Kekerdomsche strang en de Bisonbaai – HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1111, r.o. 2.1 onder i. Voor een kaartje, zie <https://goo.gl/maps/BkXZDoVhpH16CpSy5>.

4 Zie ook *Fd* 17 juli 2022, geraadpleegd via [https://fd.nl/bedrijfsleven/1445702/visserijbedrijf-delft-onderspit-in-strijd-om-zeshonderd-jaar-oude-rechten-op-de-waal-lgg2calEjAip?utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter&utm\\_campaign=earned&utm\\_content=20220717&s=09](https://fd.nl/bedrijfsleven/1445702/visserijbedrijf-delft-onderspit-in-strijd-om-zeshonderd-jaar-oude-rechten-op-de-waal-lgg2calEjAip?utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_campaign=earned&utm_content=20220717&s=09) en *De Gelderlander* 26 juli 2022, geraadpleegd via <https://www.gelderlander.nl/berg-en-dal/visser-blij-rechter-bevestigt-eeuwenoude-visrechten-in-de-polder-a5f5565a/>.

5 HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1111, r.o. 2.1 onder ii-v en r.o. 2.3.

6 Rb. Gelderland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1290, r.o. 2.16-2.23; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3728, r.o. 2.10-2.13.

bestaand water verandert.<sup>7</sup> Zo heeft de Staat besloten de Hedwigepolder onder water te zetten. Voorts kan het in de toekomst nodig zijn om nieuwe wateren aan te leggen of bestaande wateren te verleggen, verbreden of verdiepen, ten einde klimaatrampen als watersnood of droogte het hoofd te bieden. In de rechtspraak is meermaals de vraag aan de orde gekomen of een watervast oud visrecht dat rust op een rivier zich uitstrekt tot nieuw (in 1838 nog niet bestaand) water dat uit die rivier is ontstaan.<sup>8</sup>

Een ander punt dat naar voren komt in de Ooijse zaak, is dat de beschikkingsonbevoegdheid van het waterschap en de rechtsoptvolgers van de heren van Gendt voortvloeide uit feiten en omstandigheden die vele jaren geleden plaatsvonden. Vanwege hun ouderdom komt dit vaker voor bij oude zakelijke rechten in het algemeen en oude visrechten in het bijzonder.<sup>9</sup> Dit roept de vraag op of de verkrijger van een oud visrecht zich kan beroepen op verkrijging door verjaring of derdenbescherming. Zo'n beroep zou procedures over oude zakelijke rechten aanmerkelijk kunnen vereenvoudigen: de gerechtigde zou zijn recht kunnen bewijzen door bezit gedurende de vereiste termijn, en eventueel goede trouw. Het kostbare en tijdrovende bewijs van eeuwenoude gebeurtenissen zou dan niet nodig zijn.<sup>10</sup> Van Verschuer had in feitelijke instanties een beroep gedaan op verkrijging door verjaring van heerlijke visrechten in 1986. Het hof leek er echter vanuit te gaan dat verkrijging door verjaring van een heerlijk visrecht na 1838 niet mogelijk was.<sup>11</sup> In de literatuur onder het OBW werd verkrijging door verjaring van een oud zakelijk recht echter wel aanvaard.<sup>12</sup> In het verlengde van het verjaringsvraagstuk komt de vraag op of een beroep op derdenbescherming mogelijk is. De toepassing van derdenbescherming en verkrijgende verjaring op oude zakelijke

rechten heeft sinds de invoering van het BW van 1992 nog weinig aandacht gekregen in de literatuur.<sup>13</sup>

In deze bijdrage analyseer ik de overwegingen van rechtbank, hof en Hoge Raad inzake de watervastheid van heerlijke visrechten (§3) en onderzoek ik of degene die een visrecht verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde naar geldend recht een beroep kan doen op derdenbescherming of verjaring (§4). In deze paragrafen onderzoek ik ook of de verkrijger van een waterperceel een beroep kan doen op derdenbescherming of verjaring tegenover de gerechtigde tot een visrecht. Daarvóór maak ik in §2 enkele opmerkingen over de geschiedenis van visrechten en hun inhoud naar geldend recht. Deze bijdrage richt zich in de eerste plaats op oude visrechten, omdat in het arrest van de Hoge Raad visrechten centraal stonden. Het onderzoek naar de mogelijkheden voor een beroep op derdenbescherming of verjaring is echter ook van belang voor andere oude zakelijke rechten.

## 2. Visrechten: achtergrond en inhoud

### 2.1 Historische achtergrond

Er bestaan verschillende categorieën oude visrechten. De Meyere onderscheidt er vier, naar gelang hun oorsprong: heerlijke visrechten, visrechten van geërfden, visrechten aan ingezetenschap verbonden en visrechten op zuiver civielrechtelijke grondslag.<sup>14</sup>

De meest voorkomende visrechten waren heerlijke visrechten.<sup>15</sup> Zij stammen uit het feodale stelsel. Onder dit stelsel gaf de vorst van een land de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden aan private personen in leen. Dit wil zeggen dat hij de publiekrechtelijke bevoegdheden delegerde. De publiekrechtelijke bevoegdheden heten in de literatuur *heerlijkheid*. Heerlijkheid was een overerfelijk stuk overheidsgezag.<sup>16</sup> Uit dit overheidsgezag vloeiden naast typische publiekrechtelijke bevoegdheden als bestuur en rechtspraak ook enkele bevoegdheden voort die wij tegenwoordig zouden kwalificeren als privaatrechtelijk. Zulke rechten heten *heerlijksgevolgen*.<sup>17</sup> Het visrecht was één van die heerlijksgevolgen – de visrechten hoorden als het ware bij de regeermacht. De heer (de persoon die heerlijkheid had) van een bepaald gebied had op grond van zijn heerlijkheid het exclusieve recht om in de bevaarbare wateren van dit gebied te vissen.<sup>18</sup> Een heerlijk visrecht was een zelfstandig overdraagbaar vermogensrecht. De heer kon zijn visrecht dus overdragen aan derden die zelf geen heerlijkheid hadden.<sup>19</sup> De overdacht bracht mee dat de

7 Voorbeelden van nieuwe wateren die uit rivieren zijn ontstaan na de invoering van het OBW zijn Rb. Rotterdam 26 oktober 1971, NJ 1973/385; Rb. Zutphen 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4747, en Rb. Gelderland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8338, waarin een geschil was ontstaan naar aanleiding van de verlegging van de IJssel rond 1970.

8 Hof Arnhem 18 november 1930, NJ 1931/657; Rb. Rotterdam 26 oktober 1971, NJ 1973/385; Rb. Zutphen 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4747. Voor meer rechtspraak, zie F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten*, Leiden: Universitaire pers; Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 229-230.

9 Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4747; Rb. Noord-Nederland 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8963; Rb. Gelderland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2711.

10 Vgl. de rechtszekerheidsfunctie van verjaring: Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 417 (MvA II); M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Mon. BW nr. B14), Deventer: Kluwer 2010, nr. 9.1; J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (R&P nr. 162), Deventer: Kluwer 2008, nr. 8.2-8.4; J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, Den Haag: Boom Juridisch 2011, p. 255; P.C. van Es, *Verrijding door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 1-2.

11 Zie conclusie voor HR 15 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:55, overweging 3.3. De rechtbank heeft dit punt vermoedelijk niet inhoudelijk behandeld, omdat Van Verschuer op haar primaire grond rechttebbende van de visrechten waren; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3728, r.o. 2.16. Zie ook Rb. Zutphen 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4747. Omdat de zaak een kort geding betrof en het geschil te complex was voor een kort geding, heeft de voorzieningenrechter zich hierover echter niet uitgelaten.

12 J.C. de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten*, Amsterdam: H.J. Paris 1928, p. 16-18 en Ketelaar 1978, p. 226.

13 Zie J.E. Jansen, 'Is het recht van voorpoot accessoir?', AA 2018/468, p. 472; R.R. Bil, 'Visrechten, van grond naar vis', TvAR 2019/10, p. 656-657.

14 De Meyere 1928, p. 70. Vgl. Ketelaar 1978, p. 219.

15 Bil 2019, p. 656.

16 Voor definities van heerlijkheid, zie A.S. de Blécourt, 'Heerlijkheden en heerlijke rechten', TvR 1918-1, p. 72-73; Ketelaar 1978, p. 9-11.

17 Ketelaar 1978, p. 9-11. De Blécourt spreekt van ambachtsgevolg: De Blécourt 1918, p. 83.

18 De Blécourt 1918, p. 98-99; De Meyere 1928, p. 70-74; Ketelaar 1978, p. 219.

19 De Meyere 1928, p. 19; Ketelaar 1978, p. 12-13; Bil 2019, p. 656.

derde een overerfelijk visrecht had dat gescheiden was van de heerlijkheid.

Visrechten van geërfden waren visrechten die toekwamen aan eigenaars van bepaalde erven. Zij hadden bijgedragen aan de aanleg van een kanaal, het verbeteren van een rivier of zij waren verplicht om dijken te onderhouden. Als tegenprestatie hiervoor kregen zij via vestiging of verpachting het visrecht in het gebied waarop de verrichte werkzaamheden betrekking hadden.<sup>20</sup> Visrechten aan ingezetenschap verbonden waren visrechten die toekwamen aan steden en hun inwoners.<sup>21</sup> Visrechten op zuiver civielrechtelijke grondslag waren visrechten die voor 1838 zijn ontstaan op grond van het privaatrecht, bijvoorbeeld door vestiging of verjaring.<sup>22</sup> Visrechten van geërfden en visrechten op zuiver civielrechtelijke grondslag waren overdraagbare rechten.<sup>23</sup>

In 1795 vond, als gevolg van de Franse revolutie, de Bataafse Omwenteling plaats.<sup>24</sup> Op grond van de Staatsregeling voor het Bataafse Volk (1798) werden alle visrechten afgeschaft.<sup>25</sup> Deze afschaffing bleef gehandhaafd na de inlijving van de Nederlanden bij Frankrijk.<sup>26</sup> Na het vertrek van de Fransen uit de Nederlanden herstelde de nieuwe Koning Willem I de visrechten die bestonden voor de Bataafse Omwenteling.<sup>27</sup> Wie bezitter was van een visrecht kon dit laten registreren. Deze registratie was uitdrukkelijk geen registratie van de gerechtigdheid tot een visrecht. De registratie was namelijk geen procedure op tegenspraak. Alleen de civiele rechter was bevoegd om de gerechtigdheid tot een visrecht vast te stellen.<sup>28</sup>

## 2.2 Inhoud van oude visrechten naar geldend recht<sup>29</sup>

Sinds hun herstel vloeien uit visrechten enkel privaatrechtelijke bevoegdheden voort. Zij zijn losgekoppeld van heerlijkheid. Sinds de invoering van de burgerlijkrechtelijke codificaties van 1838 en 1992 is het niet meer mogelijk om een visrecht te vestigen. Dit betekent evenwel niet de afschaffing van visrechten en andere oude zakelijke rechten die bestonden ten tijde van de invoering van deze wetboeken: zij worden gerespecteerd. Voor het BW van 1838 vloeide dit voort uit art. 4 Wet AB en art. 1 Overgangswet 1829.<sup>30</sup> Voor het BW van 1992 vloeit dit voort uit art. 69 en 150 Overgangswet Nieuw BW (hierna: Ow). Naar geldend

recht zijn oude zakelijke rechten registergoederen (art. 150 lid 1 Ow). Tevens zijn het beperkte rechten (art. 150 lid 5 Ow). Dit brengt mee dat voor de overdracht van oude zakelijke rechten inschrijving in de openbare registers vereist is (art. 3:89 BW). De rechthebbende van een oud zakelijk recht is op zichzelf niet verplicht om het *bestaan* daarvan in te schrijven. Hij kan het bestaan van een oud zakelijk recht wel inschrijven, op grond van art. 150 lid 2 Ow.<sup>31</sup> Op de niet-inschrijving van het bestaan van een oud zakelijk recht is de bescherming van art. 3:24 lid 1 BW evenwel niet van toepassing (art. 150 lid 2 Ow, slot). Een oud zakelijk recht hoeft dus niet uit de openbare registers te blijken als dit recht sinds 1992 niet onder bijzondere titel is overgegaan. In zo'n situatie kan de visgerechtigde zijn recht onverkort handhaven tegen derden.<sup>32</sup>

De kern van een oud visrecht is het exclusieve recht om in aan een ander toebehorend bevaarbaar water te vissen.<sup>33</sup> De rechthebbende van het visrecht verkrijgt de eigendom van de vissen die hij heeft gevangen.<sup>34</sup> Hij mag op het water varen en vissen. Andere handelingen mag hij niet verrichten. Hij mag bijvoorbeeld niet jagen op vogels, riet snijden of baggeren.<sup>35</sup> De rechter dient de inhoud van een oud zakelijk recht vast te stellen aan de hand van het gewoonterecht, algemene regels uit het thans geldende BW en (wijzigende) maatschappelijke opvattingen. Wanneer onzekerheid bestaat omtrent de gewoonte, kan de rechter aansluiten bij hetgeen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld met betrekking tot de daadwerkelijke uitoefening van het oude zakelijke recht gedurende de meest recente periode.<sup>36</sup> De aan de hand van deze criteria vastgestelde inhoud moet echter verenigbaar blijven met de – mede door zijn oude herkomst bepaalde – aard van een oud zakelijk recht.<sup>37</sup>

Het gebied waarop een visrecht ziet blijkt uit de akte van vestiging van het visrecht.<sup>38</sup> Dit kan bijvoorbeeld een akte

20 De Meyere 1928, p. 74; Ketelaar 1978, p. 221-222.

21 De Meyere 1928, p. 75; Ketelaar 1978, p. 223.

22 De Meyere 1928, 75; Ketelaar 1978, 224 e.v.

23 Ketelaar 1978, p. 222 en 226.

24 Zie voor een recente beschrijving van afschaffing en herstel van oude zakelijke rechten ook: J. van Mourik, 'Het jachtrecht – een evaluatie van het jachtrecht in vermogensrechtelijk perspectief', *WPNR* 7177/2018.

25 De Meyere 1928, p. 24-29; Ketelaar 1978, p. 24-38; Bil 2019, p. 656.

26 De Meyere 1928, p. 29-31; Ketelaar 1978, p. 54; Bil 2019, p. 656.

27 A.S. de Blécourt, 'Heerlijkheden en heerlijke rechten', *TvR* 1920-1, p. 125-126; De Meyere 1928, p. 31-33; Ketelaar 1978, p. 66; Bil 2019, p. 656. Deze besluiten blijken uit het Soeverein Besluit 26 maart 1814 en het Soeverein Besluit van 25 augustus 1814. De precieze inhoud van deze besluiten laat ik voor dit artikel buiten beschouwing.

28 De Blécourt 1920, p. 125-126; Ketelaar 1978, p. 64-65.

29 Over de kwestie aan wie de privaatrechtelijke bevoegdheid om te vissen toekomt sinds 1838 (als het betreffende perceel niet met een oud visrecht is bezwaard), zie onder meer Bil 2019 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 62.

30 De Meyere 1928, p. 234-36; Ketelaar 1978, p. 273.

31 Zie voor een modelakte, en punten waarmee de notaris rekening moet houden bij de inschrijving van een oud zakelijk recht: L.C.A. Verstappen, 'Registerverklaring van een bestaand oud zakelijk recht', in: H.J. Snijders (red.), *Modellen voor de Rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer, 1.3.1.10. Over een tuchtzaak waarin deze inschrijving misging, zie Kamer voor het notariaat Den Bosch 19 augustus 2019, ECLI:NL:TNORSHE:2019:19, waarover J.S.L.A.W.B. Roes, 'Heerlijke visrechten en notaris voor de rechter. "Als ze me missen, dan ben ik vissen"', *PEN e-learning* 2022, nr. 12.

32 Parl. Gesch. Inv. BW, Boek 3, 5 en 6, Overgangsrecht, p. 131 (MvA II Inv.); E. Koops, 'De hanteerbaarheid van een akte uit 1700. Beschouwingen naar aanleiding van Hof Amsterdam 2 oktober 2012, LJN BY1161', *MVV* 2013-3, p. 84; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, *Ars Notariatus* nr. 120, 2018, nr. 2.4.5; Bil 2019, p. 657.

33 Ketelaar 1978, p. 219; Bil 2019, p. 656.

34 Ketelaar 1978, p. 232; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 62.

35 Ketelaar 1978, p. 232.

36 HR 1 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, *NJ* 1995/547, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.3.1-3.3.3; HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2394, *NJ* 1999/302, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.4.2; HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, *NJ* 2016/209, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.5.2-3.5.3. Over de huidige betekenis van het gewoonterecht, zie J.J. Valk, 'Het gewoonterecht anno 2021', *MvV* 2021-3, p. 91 e.v.

37 HR 1 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, *NJ* 1995/547, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.3.1-3.3.3. Zie ook nr. 14 van de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2394.

38 Rb. Rotterdam 26 oktober 1971, *NJ* 1973/385, met toepassing van het deskundigenbericht van prof. mr. De Moné ver Loren; Bil 2019, p. 656.

zijn waarmee iemand heerlijkheid over een bepaald gebied heeft verkregen. Het visrecht geldt dan meestal op alle bevaarbare wateren binnen de grenzen van die heerlijkheid.<sup>39</sup> Visrechten van geërfden hebben in de regel betrekking op het gebied dat de groep geërfden onderhield.<sup>40</sup>

Op grond van art. 63 Visserijwet kan de eigenaar van een waterperceel een daarop rustend visrecht afkopen. Uitgangspunt is dat de eigenaar van het perceel een overeenkomst tot afkoop sluit met de rechthebbende van het visrecht. Indien partijen het niet eens kunnen worden over de te betalen prijs, bepaalt de civiele rechter de te betalen prijs, na verhoor van deskundigen.<sup>41</sup> Dit betekent dat de visrechten, hoewel het overgangsrecht hen eerbiedigt, langzaam kunnen uitsterven.<sup>42</sup> Ten slotte is van belang dat een perceeleigenaar op grond van art. 150 lid 6 Ow de rechter kan vragen om de inhoud van een oud zakelijk recht te wijzigen, indien het ongewijzigd voortbestaan in strijd is met het algemeen belang, of op grond van omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet van de eigenaar kan worden gevegd. Het ligt voor de hand dat de rechter hier de maatstaf toepast die geldt voor wijziging van de rechten van erfdiensbaarheid, erfpacht en opstal.<sup>43</sup> De rechter mag het recht slechts wijzigen; niet opheffen.<sup>44</sup>

### 3. Het arrest van de Hoge Raad

Het feitencomplex van deze zaak is besproken in de inleiding. De rechtbank en het hof hadden vastgesteld dat het visrecht van de heren van Ooij watervast was. Dit betekende dat de verlegging van de Waal geen invloed had op de visrechten die op de Waal rustten. Na de verlegging van de Waal had de heer van Ooij dus nog steeds visrechten in de zuidelijke helft van de Waal, ook al grensde de heerlijkheid Ooij na verlegging niet meer aan de Waal.

De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. De Waal was en is openbaar water, aldus de Hoge Raad. Dit betekende dat de Waal niet tot het grondgebied van een leen behoorde. De verlegging van de rivier in noordelijke richting bracht dus mee dat de op de rivier rustende visrechten meeverhuisden in noordelijke richting.<sup>45</sup>

In deze zaak ben ik het eens met het de vaststelling dat visrechten watervast waren: de visrechten in *deze zaak* waren watervast. Dit vloeide voort uit de oorspronkelijke akte waarin de hertog van Gelre heerlijke rechten toekende aan

de heren van Ooij. In de akte waren de visrechten als volgt omschreven:

“die visscherije then halven diepen tho in den Wale, boyven angaende tegen die strait die tot Loet uit den dorpe gheit up den Wale, ende is geheiten Laeter Helle, ende keert beneden tgegen den panneaven bij Nijmegen, ende alle strenge en de waden dairtusschen geleigen die in der tijt sijn off die hier namaels daitusschen werden moigen”<sup>46</sup>

Het slot van de geciteerde tekst suggereert dat de heren van Ooij mochten vissen in de zuidelijke helft van de Waal, en alle wateren die daaruit later zouden ontstaan. Dit maakt aannemelijk dat het visrecht met de Waal meeding als de loop van de rivier veranderde. Bovendien had de rechtbank vastgesteld dat de heren van Ooij in 1790 nog de bevestiging hadden gekregen dat zij visrechten hadden in de zuidelijke helft van de Waal.<sup>47</sup> De rechtbank Arnhem en het hof Arnhem hadden hieruit in 1917 en 1918 ook afgeleid dat de heren van Ooij het visrecht had in de zuidelijke helft van de Waal.<sup>48</sup> De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof in 1919.<sup>49</sup>

Voorts vindt de watervastheid van Gelderse visrechten steun in verschillende consultatiën van de Gelderse jurist Johan Schrassert (1687-1756).<sup>50</sup> Hij schreef dat wanneer iemand rechten op een rivier had gekregen van de vorst, deze rechten zich ook uitstrekten tot nieuw water dat uit die rivier was ontstaan, bijvoorbeeld door verlegging van de stroom of doordat nieuwe plassen waren ontstaan.<sup>51</sup> Hij schreef bijvoorbeeld:<sup>52</sup>

“dat all dat water 't welke syn oorsprong heeft uyt het oude water het geene by de oude leenbrieven met dat leengoed is uytgegeven en geconcedeert soo wel leen is als het oude water en leengoed selven. [...] 't welk wel soo verre gaat dat den vasal ten regarde van die nieuw aangemaakte wateren geene nieuwe investiture noodig heeft, nog ten dien opsigte hooger of meerder heerengevaaden behoef te praesteren. [...] Doet hier by, dat het water hier te lande behoort aan den vorst van den lande [...] waar uyt ik dan verder beslyute, dat, soo verre in desen geen anderen titul, als titulus feudi, voor handen is, het nieuwe water uyt het oude oorspronkelijke aan den vorst van den lande leenroerig is, en op den feudalen successeur vervalt op de selfde wyse als 't goed selven.”

39 Ketelaar 1978, p. 227-228; Bil 2019, p. 656.

40 De Meyere 1928, p. 74; Ketelaar 1978, p. 220-222; conclusie voor HR 15 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:55, overweging 1.8.

41 Zie hierover ook Ketelaar 1978, p. 232-233.

42 Ketelaar 1978, p. 276.

43 Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6 BW, Overgangsrecht, p. 129 (MvT). Zie over deze regelingen K. Everaars, *Wijziging van beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 2.

44 Parl. Gesch. Inv. BW, Boek 3, 5 en 6, Overgangsrecht, p. 129 (MvT); Ketelaar 1978, p. 276.

45 HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1111, r.o. 3.2.1. Zie ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot ECLI:NL:PHR:2022:55, overweging 4.21-4.25.

46 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2020:3728, r.o. 2.3.

47 Rb. Gelderland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1290, r.o. 2.19. Vgl. Hof Arnhem 18 november 1930, NJ 1931/657.

48 Rb. Arnhem 30 maart 1917, NJ 1917, p. 962; Hof Arnhem 22 oktober 1918 (zie voetnoot 3 van Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2020:3728).

49 HR 7 november 1919, NJ 1919, p. 1174.

50 Johan Schrassert was advocaat en juridisch auteur: E.O.G. Haitsma Mulier & A. van der Lem (red.), *Repertorium van geschiedschrijvers in Nederland 1500-1800*, Den Haag: Nederlands Historisch Genootschap 1990, nr. 431.

51 J. Schrassert, *Consultatien, advysen ende advertenties. Eerste deel*, Harderwijk: Willem Brinkink 1740, p. 139, 225 en 255-256. Zie ook Hof Arnhem 18 november 1930, NJ 1931/657.

52 Schrassert 1740, p. 225.

Hieruit volgt dat een rivier toekwam aan de vorst, het was dus een publiek water. Wanneer de vorst een leenrecht, zoals een heerlijk visrecht, op zo'n water verleende, strekte dit recht zich dus uit tot nieuw water dat hieruit voortkwam, ook al lag dit water buiten de oorspronkelijke grenzen van de heerlijkheid. Wie tot zo'n leenrecht gerechtigd was hoefde geen extra tegenprestatie te voldoen aan de leenheer, en het was ook niet nodig om het nieuwe water afzonderlijk in leen te geven.

Dit arrest van de Hoge Raad betekent niet dat alle nog bestaande oude visrechten watervast zijn. De rechter zal de watervastheid van een visrecht telkens moeten beoordelen aan de hand van de tekst van de akte waaruit het visrecht blijkt<sup>53</sup> en het recht dat gold in het gebied waar de visrechten lagen. In deze zaak was beslissend dat de rivier naar Gelders recht gold als openbaar water. Toepassing van Hollands recht<sup>54</sup> kan bijvoorbeeld tot een andere uitkomst leiden: Ketelaar schrijft dat een visrecht naar Hollands recht zich niet uitstrekte tot na vestiging van dit visrecht nieuw gegraven vaarten.<sup>55</sup> Ten slotte is van belang dat visrechten slechts watervast waren voor zover dit geen strijd opleverde met andermans visrechten.<sup>56</sup> Dat was in de Ooijse zaak niet aan de orde, omdat de rivier openbaar vaarwater was.

Een interessante kwestie is ten slotte wat rechtens is als nu een nieuw bevaarbaar water zou ontstaan in een gebied waarop een oud visrecht rust.<sup>57</sup> Stel bijvoorbeeld dat de overheid nu de loop van een rivier verandert, of een plas laat ontstaan uit een rivier. Brengt de watervastheid van een visrecht mee dat de rechthebbende van een visrecht ook in dit nieuw ontstane water mag vissen?<sup>58</sup> In 1930 overwoog het hof Arnhem dat een visrecht ook gold in een na 1911 ontstaan water.<sup>59</sup> Het hof overwoog dat het visrecht in een bepaald gebied ook rustte op land: op zulke percelen leidde het visrecht als het ware een slapend bestaan,<sup>60</sup> en kwam tot leven op het moment dat de betreffende grond onder water kwam te staan. Een visrecht rust dus al op de betreffende grond, maar de uitoefening wordt pas mogelijk als die grond onder water komt te staan. Volgens Ketelaar is dit een zo bijzondere eigenschap van een heerlijk visrecht, dat zij uitmaakt van de aard van dit recht.<sup>61</sup> Dit zou meebrengen oude visrechten ook anno 2022 nog watervast kunnen

zijn. Daaraan kleven echter ook enkele bezwaren. Zo is het geldende Nederlandse recht onbekend met slapende rechten.<sup>62</sup> Bovendien is de inschrijving van een watervast visrecht in de openbare registers problematisch. Wanneer de notaris een visrecht levert of het bestaan daarvan inschrijft, dient hij nauwkeurig aan te geven op welke percelen dit visrecht rust.<sup>63</sup> Zou een visrecht watervast zijn, dan zou de notaris moeten vermelden dat het visrecht op ieder denkbaar perceel rust. Dat zou een onwenselijke vervuiling van de openbare registers betekenen. De openbare registers zouden dan visrechten vermelden op percelen land, terwijl hoogst onzeker (of zelfs onwaarschijnlijk) is of zij ooit onder water komen te staan.<sup>64</sup> Voor zover visrechten naar geldend recht toch watervast zouden zijn, zou een rechter de inhoud van dit recht op grond van art. 150 lid 6 Ow zo kunnen wijzigen dat het niet meer watervast is. Daartoe zou een perceeleigenaar een beroep kunnen doen op bijvoorbeeld het algemeen belang, of op omstandigheden die onvoorzien waren<sup>65</sup> op het moment waarop hij de eigendom van het perceel verkreeg.<sup>66</sup>

#### 4. Bescherming van de koper van een visrecht of de verkrijger van een met visrecht bezwaard perceel

In de Ooijse zaak had Van Verschuer subsidiair een beroep gedaan op verkrijging van de heerlijke visrechten door verjaring in 1986. Als zo'n beroep naar geldend recht mogelijk is, zou dit procedures over het bewijs van oude zakelijke rechten aanmerkelijk kunnen vereenvoudigen. In het verlengde hiervan komt de vraag op of de verkrijger van een oud zakelijk recht zich kan beroepen op derdenbescherming. Deze vragen beantwoord ik in de volgende paragrafen. In deze paragraaf onderzoek ik of een beroep op verjaring mogelijk is. Bij beide onderwerpen concentreer ik mij op het recht onder het BW van 1838 en het BW dat geldt sinds 1992. Daarbij ga ik uit van een eenvoudige casus met drie partijen. Een verkoper verkoopt en levert een visrecht of een perceel aan een koper. Een derde is rechthebbende van een visrecht, en werpt dit recht tegen aan de koper. In het geval van verkoop en levering van een visrecht was de verkoper beschikkingsonbevoegd. In het geval van verkoop en levering van een perceel was de verkoper wel beschikkingsonbevoegd, maar kon hij het perceel slechts overdragen bezwaard met een visrecht. De koper

53 Ketelaar 1978, p. 228-229 en 231. Vgl. Hof Arnhem 18 november 1930, NJ 1931/657.

54 Het recht dat gold in de provincie Holland tot 1809.

55 Ketelaar 1978, p. 229.

56 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3728, r.o. 2.12; Conclusie van A-G Rank-Berenschot ECLI:NL:PHR:2022:55, overweging 4.25; Schraessert 1740, p. 138-139.

57 De natuurlijke wijze waarop een rivier geleidelijk verandert door meandering als gevolg van aanslibbing en erosie laat ik hier buiten beschouwing.

58 Ketelaar 1978, p. 229. Deze kwestie werd ook aan de orde gesteld in Rb. Zutphen 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4747. Omdat de zaak een kort geding betrof en het geschil te complex was voor een kort geding, heeft de voorzieningenrechter zich hierover echter niet uitgelaten.

59 Hof Arnhem 18 november 1930, NJ 1931/657.

60 Zie over dit begrip in het kader van het recht van aanwas ook F.A.J. van der Ven, "Caprices de Neptune" oftewel enige opmerkingen over het "ontwaken" van "slapende" eigendom', *GrOM XXI/2004*, p. 97-104.

61 Ketelaar 1978, p. 229-230.

62 Over het concept slapende eigendom, zie J.C.T.F. Lokin, *Afscheiding van bestanddelen. Een studie naar Romeins, Duits en Nederlands burgerlijk recht* (O&R nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 4.8.9.

63 Vgl. art. 20 Kadw; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021, nr. 497.

64 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 401 (TM); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 313; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021, nr. 252.

65 Over de rol van onvoorziene omstandigheden bij de wijziging van beperkte rechten, zie Everaars 2021, nr. 79-93.

66 Het peilmoment voor onvoorziene omstandigheden is normaal gesproken de vestiging van het beperkte recht. Omdat oude zakelijke rechten vaak eeuwen geleden zijn gevestigd, lijkt mij dat voor art. 150 lid 6 Ow niet werkbaar. Dan is het beter om aan te sluiten bij het moment waarop iemand een perceel in eigendom verkreeg. Hiervoor is steun te vinden in Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 276-277 (MvA II). Voorts is van belang of de omstandigheid voorzien was op 1 januari 1992: HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, *RvdW 2007/469* (*Eeuwigdurende erfpacht*).

verweert zich tegen de rechthebbende van het visrecht met een beroep op derdenbescherming of verjaring. Het visrecht stond niet ingeschreven in de openbare registers. Deze casus staat los van de Ooijse zaak; waar relevant zal ik wel naar deze zaak verwijzen ter illustratie. Ten slotte zij hier vermeld dat partijen die absolute zekerheid willen over de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, gebruik kunnen maken van de rechtsuitwijzingsprocedure van art. 3:27 BW. Dit wetsartikel laat ik voor dit artikel verder buiten beschouwing.<sup>67</sup>

#### 4.1 *Derdenbescherming; in het bijzonder goede trouw*

Een beroep op derdenbescherming zal vooral relevant zijn wanneer de voor verkrijging vereiste verjaringstermijn nog niet is verstreken. De bescherming van art. 3:24 BW tegen de niet inschrijving van een inschrijfbaar feit is niet van toepassing op grond van art. 150 lid 2 Ow. Art. 3:26 BW is niet van toepassing omdat er in het geheel geen feit staat ingeschreven. Een beroep op overige derdenbeschermingsbepalingen zal meestal stuklopen op de vereiste goede trouw.

Volgens mij kan het enkele feit dat een rechthebbende van een oud zakelijk recht dit recht niet in de openbare registers heeft ingeschreven niet meebrengen dat een koper te goeder trouw is. Dit vloeit voort uit de keuze van de wetgever om de bescherming van art. 3:24 BW buiten toepassing te laten op oude zakelijke rechten waarvan het bestaan niet is ingeschreven in de openbare registers. Het wel toepassen van dit artikel zou volgens de wetgever leiden tot een groot aantal procedures na invoering van het nieuwe BW. Omtrent oude zakelijke rechten en de gerechtigdheid daartoe bestond en bestaat immers tamelijk veel onzekerheid.<sup>68</sup> Deze onzekerheden bestonden vaak al eeuwen, en kennelijk had men ermee leren leven.<sup>69</sup> Deze onzekerheden brengen mee dat de verkrijger onderzoek zal moeten doen naar de status van het oude zakelijke recht.<sup>70</sup> In de Ooijse zaak zou Komen waarschijnlijk niet te goeder trouw zijn geweest, omdat rechtbank, hof en Hoge Raad tussen 1917 en 1919 hadden overwogen dat de visrechten in de zuidelijke helft van de Waal toekwamen aan Van Verschuer, en niet aan de rechtsvoorganger<sup>71</sup> van het Waterschap.<sup>72</sup>

67 Ketelaar 1978, p. 275-276. Voor verhandelingen over art. 3:27 BW, zie onder meer Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021, *Algemeen goederenrecht*, nr. 396; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 83; E.R. Helder, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:27 BW, nr. 2-3; Parl. Gesch. BW Boek 3 BW, p. 143 (TM) en p. 144 (MvA II); Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2), 2017, nr. 118.

68 Bil 2019, p. 657.

69 Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht, p. 129 (MvT). Zie ook Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht, p. 131 (MvA II Inv.).

70 Asser/Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, nr. 134-138 en nr. 158-159; F.M. van Cassel van Zeeland, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:36 BW, nr. 3.6.1; P.A. Stein, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:11 BW, nr. 26-28. Zie over toepassing van de onderzoeksplicht van art. 3:36 BW op vermeende prijsgeving: J.C.T.F. Lokin, 'Ongewilde prijsgeving: een kwestie van derdenbescherming op de voet van art. 3:36 BW', *NTBR* 2014/45.

71 Het Zedelijk Lichaam "Het Polderdistrict de Circol van de Ooy".

72 Rb. Arnhem 30 maart 1917, *NJ* 1917, p. 962; Hof Arnhem 22 oktober 1918 (zie voetnoot 3 van Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2020:3728); HR 7 november 1919, *NJ* 1919, p. 1174.

#### 4.2 *Verjaring*

Wanneer derdenbescherming geen soelaas biedt, staat mogelijk een beroep op verjaring open. Op de verkrijging van een oud zakelijk recht of het tenietgaan daarvan door verjaring is het thans geldende privaatrecht van toepassing, niet het oudvaderlandse recht.<sup>73</sup> Verjaring naar oudvaderlands recht laat ik voor dit artikel buiten beschouwing.<sup>74</sup>

##### *Geschil over gerechtigdheid tot een visrecht tussen perceeleigenaar en rechthebbende van visrecht*

Onder het OBW gold dat beperkte rechten teniet konden gaan door het enkele feit dat de rechthebbende ze niet uitoefende. Op oude zakelijke rechten, waaronder visrechten, waren de algemene regels van het OBW voor het tenietgaan door *non-usus*<sup>75</sup> van toepassing. Dit bracht mee dat oude zakelijke rechten teniet gingen door *non-usus* als de rechthebbende ze gedurende dertig jaar niet uitoefende.<sup>76</sup> Onder het thans geldende recht geldt deze regel niet meer. Op grond van art. 3:106 BW gaat een beperkt recht teniet wanneer de rechtsvordering van een beperkt gerechtigde tegen de hoofdgerechtigde tot opheffing van een met het beperkte recht strijdige toestand wordt voltooid, voor zover de uitoefening daarvan door die toestand is belet. De eigenaar van een waterperceel kan zich dus jegens de rechthebbende van een visrecht beroepen op het tenietgaan van een visrecht, wanneer hij (de eigenaar) een toestand in het leven heeft geroepen die de uitoefening van het visrecht onmogelijk maakte.<sup>77</sup>

Onder het oudvaderlandse recht gold de regel dat de uitoefening van een heerlijk visrecht in enig deel van de heerlijkheid het tenietgaan van het gehele recht verhinderde. De uitoefening van een heerlijk visrecht in een deel van de heerlijkheid stuitte dus de verjaring in het hele gebied. Dit vloeide voort uit de ondeelbaarheid van heerlijke rechten.<sup>78</sup> Geldt deze regel ook thans nog? Volgens Ketelaar wel. Hij meent, onder verwijzing naar jurisprudentie van onder meer de Hoge Raad en het hof Den Bosch,<sup>79</sup> dat de ondeelbaarheid van heerlijke rechten behoort tot de aard en het

73 HR 20 februari 1931, *NJ* 1931, p. 1565-1566; HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2394, *NJ* 1999/302, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.4.2; A.S. de Blécourt, 'Heerlijkheden en heerlijke rechten', *TvR* 1920-2, p. 194; Ketelaar 1978, p. 134-135. Anders: De Meyere 1928, p. 56-66.

74 De Ooijse zaak vormt een uitgebreid voorbeeld van de toepassing van verjaring naar oudvaderlands recht. Zie Rb. Gelderland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1290, r.o. 2.5-2.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3728, r.o. 2.14-2.22; conclusie voor HR 15 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:55, overweging 4.40-4.76.

75 Art. 765, 783, 801 en 865 OBW.

76 HR 20 februari 1931, *NJ* 1931, p. 1565-1566, m.nt. P. Scholten; HR 20 juni 1997, *NJ* 1999/302, r.o. 3.4.2. Voor een kritische analyse van het laatstgenoemde arrest over de dertiende penning, zie J.S.L.A.W.B. Roes, *Het oude zakelijke recht van de dertiende penning*, Deventer: Kluwer 2000, p. 35-37.

77 Zie over art. 3:106 onder meer B. Hoops & L.C.A. Verstappen, 'Het lot van beperkte rechten op onroerende zaken na verkrijgende verjaring', *NTBR* 2016/41, p. 280-285; E.F. Verheul, 'Verval van beperkte rechten door verkrijgende verjaring van de onbezwaardheid', *NTBR* 2017/17; J.E. Jansen, 'Verjaring' in S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten*, (Onderneming en recht nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 197-202; Everaars 2021, nr. 457-461.

78 Ketelaar 1978, p. 151 en 230.

79 HR 10 februari 1933, *NJ* 1933, p. 1025; Hof Den Bosch 7 december 1931, *NJ* 1932, p. 819.

karakter daarvan.<sup>80</sup> Volgens Scholten gold deze regel echter niet meer sinds de invoering van het OBW.<sup>81</sup> Ik vermoed dat deze regel in ieder geval sinds de invoering van het NBW niet meer geldt, althans niet in volle omvang. Op grond van art. 150 lid 5 Ow gelden oude zakelijke rechten, met inachtneming van hun bijzondere aard, als beperkte rechten op de zaak waarop zij rusten. Wanneer een visrecht rust op percelen die verschillende eigenaren hebben, is ieder perceel afzonderlijk bezwaard met een visrecht.<sup>82</sup> Daarmee is onverenigbaar dat uitoefening van een visrecht op één perceel de vordering tot beëindiging van een met dat visrecht strijdige toestand op een aan een ander toebehorend perceel zou stuiten. Overigens is het wel mogelijk dat het gewoonterecht nog voorschrijft dat heerlijke rechten ondeelbaar zijn. Dit gewoonterecht kan echter verschillen van plaats tot plaats, zodat een onderzoek op dit punt de reikwijdte van dit artikel te buiten gaat.

*Geschil over gerechtigdheid tot een visrecht tussen twee niet-perceeleigenaren*

Bij een beroep op verkrijging door verjaring is een belangrijke eerste vraag of verkrijgende verjaring van een oud zakelijk recht naar geldend recht mogelijk is.

Met De Meyere<sup>83</sup> en Ketelaar<sup>84</sup> meen ik dat verkrijgende verjaring mogelijk is voor reeds bestaande oude zakelijke rechten. Dat verjaring een originele wijze van eigendomsverwerving is, staat hieraan niet in de weg. Op het eerste gezicht lijkt dit gegeven wellicht verkrijging door verjaring van een oud zakelijk recht onmogelijk te maken. Bij de verkrijging door verjaring gaat het oude ‘verjaarde’ recht immers teniet, en er ontstaat een nieuw recht.<sup>85</sup> Het is algemeen aanvaard dat geen *nieuwe* oude zakelijke rechten door verjaring kunnen ontstaan. De vestiging van deze rechten is sinds 1838 immers niet meer mogelijk.<sup>86</sup> Op grond hiervan overwoog het hof in de Ooijse zaak dat verjaring na 1838 niet mogelijk was:

“Met de invoering van het oud Burgerlijk Wetboek (OBW) in 1838 was vestiging van dit soort rechten, los van de eigendom van de bijbehorende grond en daarmee verjaring, niet meer mogelijk.”<sup>87</sup>

Het ontstaan van een nieuw visrecht door verjaring is volgens mij echter wezenlijk anders dan de situatie waarin een bezitter een reeds bestaand oud visrecht verkrijgt door

verjaring.<sup>88</sup> Materieel ontstaat er dan geen nieuw recht: iemand verliest een oud zakelijk recht, en de bezitter verkrijgt een oud zakelijk recht met dezelfde inhoud dat rust op hetzelfde gebied. Het totale aantal oude zakelijke rechten is gelijk gebleven.<sup>89</sup> De verkrijging door verjaring van een reeds bestaand oud zakelijk recht is dan ook verenigbaar met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten: het gesloten stelsel verhindert de *vestiging* van niet in het BW geregelde zakelijke rechten, niet de overdracht of overgang van nog bestaande oude zakelijke rechten.<sup>90</sup> Voorts is het onderscheid tussen derivatieve en originele wijzen van eigendomsverwerving niet wettelijk geregeld. In navolging van Reehuis & Heisterkamp<sup>91</sup> meen ik dan ook dat aan dit onderscheid geen rechtsgevolgen verbonden zijn. Bovendien zou het buiten toepassing laten van verkrijging door verjaring van oude zakelijke rechten leiden tot rechtsonzekerheid, een permanente scheiding tussen gerechtigdheid en bezit van een oud zakelijk recht en een onbillijke verzwaaring van de bewijspositie van partijen in een geschil over de gerechtigdheid tot een visrecht.<sup>92</sup> Ten slotte pleit voor de verkrijging door verjaring van oude zakelijke rechten dat *ieder* recht dat voor bezit vatbaar is, ook vatbaar is voor verkrijging door verjaring.<sup>93</sup> Het voorgaande brengt mee dat de bezitter van een reeds bestaand visrecht dit visrecht door verjaring kan verkrijgen.

*Verwerving van bezit*

Onder het OBW was sprake van verjaringsbezit wanneer het bezit openbaar en ondubbelzinnig was.<sup>94</sup> In verband met de voor verkrijgende verjaring vereiste goede trouw (zie hierna) ligt het voor de hand dat een derde alleen geldig verjaringsbezit kon verkrijgen als hieraan een levering voorafging. Inbezitneming zonder (al dan niet geldige) voorafgaande levering kon vermoedelijk niet leiden tot verkrijgende verjaring.<sup>95</sup> Ook naar geldend recht ligt het vooral voor de hand dat iemand het bezit van een oud zakelijk recht verkrijgt door levering. Een oud zakelijk recht is een

80 Ketelaar 1978, p. 151 en 230.

81 Zie de noot van Scholten onder HR 20 februari 1931, NJ 1931, p. 1563.

82 Dit vloeit voort uit het uniciteitsbeginsel: zie hierover Tweehuysen 2016, hoofdstukken 5 en 6.

83 De Meyere 1928, p. 16-18.

84 Ketelaar 1978, p. 226.

85 Jansen 2011, p. 9-14; Van Es 2018, p. 82-83.

86 Zie bijvoorbeeld Ketelaar 1978, p. 138-144; Jansen 2018/468, p. 472. Zij schrijven (terecht) dat geen nieuwe oude zakelijke rechten door verjaring kunnen ontstaan.

87 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3728, r.o. 2.16.

88 Anders begrijp ik Bil 2019, p. 656-657 – hij schrijft onder verwijzing naar art. 150 Ow dat verkrijgende verjaring van afgescheiden visrechten onmogelijk is.

89 Ik neem ook niet aan dat de aan de *numerus clausus* verwante *Typenfixierung* aan verkrijgende verjaring van een visrecht in de weg staat – materieel creëren partijen immers geen nieuw recht, zodat inpassing in het thans bestaande gesloten stelsel niet nodig is. Ware dit anders, dan zou de bezitter door conversie bijvoorbeeld een recht van erfpacht of vruchtgebruik verkrijgen. Een visrecht verschilt echter zo wezenlijk van deze beperkte rechten, dat het mij pragmatischer lijkt de verkrijgende verjaring te aanvaarden. Vgl. De Meyere 1928, p. 16-18; Ketelaar 1978, p. 158-159 en 137-144; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 2.3.3 en 8.6; Jansen 2018, p. 472.

90 Het overgangsrecht respecteert immers de oude zakelijke rechten. Vgl. Parl. Gesch. Boek 5 Bw, p. 3-10; Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6 BW, Overgangsrecht, p. 129 (MvT); Struycken 2007, nr. 2.2 en 2.3.3.

91 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 94.

92 Zie over de nadelen van de afschaffing van art. 3:105 BW in het algemeen, en de rechtvaardiging voor dit artikel: Jansen 2011, p. 17-18 en p. 296-302; Van Es 2018, p. 1-2. Deze punten gelden uiteraard ook voor het buiten toepassing laten van verkrijgende verjaring op oude zakelijke rechten.

93 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 408 (TM); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021, nr. 540-542.

94 Van Es 2018, p. 9-10; Jansen 2011, p. 236-246.

95 Voor een weergave van de betekenis van de levering voor verkrijgende verjaring onder het OBW, zie Jansen 2011, p. 234-235.

registergoed (art. 150 lid 1 Ow). Levering geschiedt dus bij notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers (art. 3:89 BW). Wanneer de levering van een visrecht geldig geschiedt terwijl de vervreemder beschikkingsonbevoegd was of er een titelgebrek was, is de ‘verkrijger’ bezitter van het visrecht zonder rechthebbende te zijn. De inbezitneming van een visrecht is in theorie ook mogelijk, maar wel problematisch.<sup>96</sup> Wanneer een derde zonder medewerking van de notaris de visserij uitoefent op andermans perceel, zal een derde deze gedragingen vermoedelijk niet interpreteren als de uitoefening van een oud zakelijk visrecht. De kwalificatie als bezitter van het hele perceel of bezitter van een recht van erfpacht of vruchtgebruik ligt dan wellicht meer voor de hand.<sup>97</sup> Een geval waarin inbezitneming van een oud zakelijk recht wel voor de hand ligt, is dat iemand in de veronderstelling verkeert dat dit recht aan hem geleverd is, maar die levering is mislukt.<sup>98</sup> De Ooijse zaak is een voorbeeld van zo'n inbezitneming: de levering van de visrechten in de zin van art. 3:89 BW aan Komen had niet plaatsgevonden, maar na de transactie met het Waterschap ging Komen wel de visrechten uitoefenen.<sup>99</sup>

#### Verkrijgende verjaring

Onder het OBW was verkrijging door verjaring alleen mogelijk voor onroerende zaken.<sup>100</sup> Visrechten golden als onroerend. De Hoge Raad overwoog dat jachtrechten onroerend waren omdat zij de bevoegdheid omvatten van een zekere heerschappij op de bodem. Evenzo geldt dat visrechten de bevoegdheid gaven om heerschappij op de bodem uit te oefenen, namelijk door vissen toe te eigenen. Daarmee waren visrechten onlichamelijke onroerende zaken,<sup>101</sup> en dus vatbaar voor verkrijging door verjaring.<sup>102</sup> Voor verkrijging door verjaring was steeds goede trouw vereist.<sup>103</sup> Ook naar geldend recht is voor de verkrijgende verjaring van art. 3:99 BW goede trouw vereist. Bij de toets of de verkrijger te goeder trouw is spelen dezelfde punten een rol als bij de hiervoor besproken goede trouw bij derdenbescherming. De bezitter kan voor de toepassing van art. 3:99 BW echter gebruikmaken van een bewijsvermoeden dat hij te goeder trouw is (art. 3:118 lid 3 BW). Dit vermoeden was voorheen

neergelegd in art. 2002 OBW. Dit vermoeden kan voor de bezitter een steun in de rug zijn als het oude zakelijke recht niet in de openbare registers stond ingeschreven ten tijde van de bezitsverkrijging.<sup>104</sup>

#### Bevrijdende verjaring

Onder het OBW leidde de verjaring van de revindicatie niet tot verkrijgende verjaring: het OBW onthield verkrijgende verjaring aan bezitters niet te goeder trouw.<sup>105</sup> Wanneer de revindicatie echter was verjaard (na het verstrijken van een verjaringstermijn van 30 jaar) was de bezitter wel veilig – de rechthebbende kon hem niet meer aanspreken.<sup>106</sup> Met de invoering van art. 3:105 BW kan een bevrijdende verjaring van een vordering tot beëindiging van bezit wel leiden tot eigendomsverkrijging: degene die op het moment van verjaring bezitter is, verkrijgt de eigendom. Dit heeft ook gevolgen voor verjaringen die hebben plaatsgevonden voor 1992 – op grond van art. 93 Ow trad art. 3:105 BW in werking op 1 januari 1993 met betrekking tot degene die alsdan een goed bezit indien de verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van dat bezit is voltooid. Stel dat onder het OBW een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van een oud zakelijk recht was verjaard, dan werd de bezitter van dit recht dus rechthebbende op 1 januari 1993.<sup>107</sup>

## 5. Conclusie

De Hoge Raad wees in de Ooijse zaak arrest over watervaste visrechten. Het visrecht verhuisde in de zestiende eeuw mee met de loop van de Waal, ook al liep de rivier sindsdien door de heerlijkheid Gendt. Daarmee is echter niet gezegd dat *ieder* visrecht naar oudvaderlands recht watervast was. Of een visrecht in een concreet geval watervast was, hing af van de inhoud van de akte waaruit het visrecht blijkt en het recht dat in de betreffende streek gold toen de loop van het water veranderde. Mogelijk zijn visrechten sinds 1992 niet meer watervast. Doordat zij registergoederen zijn, zou watervastheid van visrechten kunnen leiden tot registervervuiling. Mocht een rechter toch vaststellen dat een visrecht nog steeds watervast is, dan zou een perceeleigenaar zich tegen de uitoefening daarvan kunnen verzetten met een beroep op art. 150 lid 6 Ow.

In de Ooijse zaak verkreeg Komen een visrecht van een beschikkingsonbevoegde. Die beschikkingsonbevoegdheid was veroorzaakt door eeuwenoude gebeurtenissen. Dit is illustratief voor de onzekerheid die kan bestaan omtrent de status van oude zakelijke rechten. Juist door de onzekerheid die aan oude zakelijke rechten kleeft, is een beroep op derdenbescherming moeilijk. Als een oud zakelijk recht niet in de openbare registers staat, is dit voor de koper des te meer aanleiding om zelf de status van dit recht te onderzoeken. Zijn eenmaal tien of twintig jaar verstreken, dan heeft de koper meer kans – verkrijgende verjaring van een oud

96 Over de inbezitneming van beperkte rechten, zie onder meer S.E. Bartels, 'Erfdienstbaarheid door verjaring', HR 2 februari 2010, LJN: BK6588, NJ 2010, 294 (Rodewijk/Bouwman), AA 2010/596; Jansen 2011, p. 282-284; E.F. Verheul, 'Bezit van een erfdiensbaarheid', NTBR 2019/17; V. Tweehuysen, 'Bezit bij verkrijging door verjaring', in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels, *Verjaring*, O&R nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 11.4.

97 De Meyere 1928, p. 4-18; Ketelaar 1978, p. 138-144 en 158-159. Zie over toepassing hiervan op het recht van voorpoet: Jansen 2018, p. 472.

98 Vgl. HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:294, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rodewijk/Bouwman); Jansen 2011, p. 279-282.

99 Zie conclusie voor HR 15 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:55, overweging 2.1 onder IX.

100 Art. 2000 OBW.

101 HR 8 december 1922, NJ 1923, p. 152 (Hoppe/Clerx & Alezando). Over het jachtrecht als onroerende zaak naar oud recht, zie Van Mourik 2018, p. 6.

102 De Meyere 1928, p. 16 (voor oude zakelijke rechten in het algemeen); Ketelaar 1978, p. 226 (voor visrechten). Vgl. HR 7 mei 1858, geraadpleegd via het tijdschrift *Van den Honert Burgerlijk Regt* 22, p. 231 ev.

103 Art. 2000 OBW. Zie daarover onder meer F. Brandsma, 'Enige mededelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving', *GrOM* VI-1989; Jansen 2011, p. 234-235; Van Es 2018, p. 9-10.

104 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 158; Van Es 2018, p. 36-37.

105 Jansen 2011, p. 233-234; Van Es 2018, p. 9-10.

106 Jansen 2011, p. 233; Van Es 2018, p. 9-10.

107 Over het overgangsrecht, zie Van Es 2018, p. 72-73.



zakelijk recht is mogelijk. Een koper van een waterperceel zou zich tegen een rechthebbende van een visrecht kunnen verzetten met een beroep op tenietgaan door *non usus* of verjaring.

De rechthebbende van een visrecht die het tenietgaan van zijn recht wil voorkomen, doet er goed aan dit recht in de openbare registers te laten inschrijven. De verkrijging van het bezit van een visrecht zal immers vooral plaatsvinden met medewerking van de notaris. Als een notaris in de openbare registers ziet dat dit visrecht aan een ander toekomt dan de partijen die hij voor zich heeft, zal hij niet zomaar meewerken aan levering. De rechthebbende loopt met inschrijving weliswaar het risico dat anderen naar aanleiding van de inschrijving reclameren, maar na verloop van tijd zal hij zich met een beroep op verjaring kunnen verweeren tegen rechtsoverdrachten van derden. Daarmee zou hij voor zichzelf en zijn rechtsopvolgers in de toekomst procedures als de Ooijse zaak kunnen voorkomen.