

Schadevergoeding bij verkrijging door verjaring

Prof.mr. A.G. Castermans

HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *RvdW* 2017/298 (mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot; A-G Rank-Berenschot)

1 Achter de Drunense Heidijk

Het liep in Drunen, gemeente Heusden, de spuigaten uit. Alleen al in de buurt grenzend aan de Heidijk zou een 22-tal bewoners illegaal grond in gebruik genomen hebben van gemiddeld 400 m² per perceel. Het bleek allengs moeilijker deze gronden weer als eigendom van ‘onze gemeenschap’ te beschouwen.¹ Het speelde de gemeente parten bij de natuurtechnische herinrichting van de Heidijk.²

Zo hadden M en anderen op enig moment achter hun perceel een strook gemeentelijke bosgrond bezet. Zij plaatsten een afrastering van ongeveer 1,40 meter hoog, onderhielden de strook en bouwden er twee boshutten, een deel van een jeu-de-boulesbaan en een houtopslagplaats. Vanuit het bos was de omheinde strook slechts bereikbaar via een poortje dat alleen door hen kon worden geopend. In 2003 kondigde de gemeente aan de grond nodig te hebben.

Het zou een kwestie van revindiceren hebben kunnen zijn: de eigenaar die het bezit is kwijtgeraakt – de ‘gedeposedeerde’ – kan zijn eigendom revindiceren (art. 5:2 BW). De tijd kan roet in het eten gooien, want de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van de niet-rechthebbende – bij onroerende zaken wordt van een ‘occupant’ gesproken – is onderworpen aan een verjaringstermijn van twintig jaar (art. 3:306 BW). Die termijn vangt aan, onder meer, op de dag nadat de niet-rechthebbende bezitter is geworden (art. 3:314 lid 2 BW). Na ommekomst van die termijn verkrijgt de bezitter de eigendom: ‘Hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de

rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw’ (art. 3:105 lid 1 BW).³

M en de zijnen stapten naar de rechter en vorderden onder meer te verklaren voor recht dat zij de strook door verjaring in eigendom hadden verkregen. De rechtbank wees de vorderingen af. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank en wees de vorderingen van M en de zijnen toe. Het hof overwoog dat M en de zijnen vóór 2003 meer dan twintig jaren de feitelijke macht over de strook uitoefenden, met de pretentie rechthebbende te zijn. Aldus hadden zij de eigendom van de strook verworven.

De gemeente had weliswaar aangevoerd dat van buitenaf niet onmiddellijk zichtbaar was dat M en de zijnen de strook grond in gebruik hadden genomen en vooral dat zij deze hebben omheind, omdat de door hen geplaatste afrastering vanaf het naburige pad in 2013 nauwelijks te zien was. Het was zonder gericht onderzoek ter plaatse niet vast te stellen waar de tuin eindigde en het bosperceel begon. Maar volgens het hof volgt hieruit niet zonder meer dat het bezit niet openbaar was:

‘Gesteld noch gebleken is dat M. c.s. de strook heimelijk in bezit hebben genomen, en voor de Gemeente was het ook mogelijk om de strook te inspecteren, vanaf de b-straat en vanuit het daaraan grenzende bosperceel of vanaf aangrenzende percelen met toestemming van de eigenaren daarvan. Uit de stellingen van de Gemeente blijkt ook dat de Gemeente in 2002 (...) ter plaatse dergelijk onderzoek heeft gedaan’ (r.o. 3.4.7).

De gemeente tekende cassatieberoep aan.

1 Heusden één, *Initiatiefvoorstel betreffende illegaal grondgebruik in de gemeente Heusden*, www.heusden.nl/risarchief/RIS/2004/raad/bijlagen_pdf/1005/b31_IV_fractie_Heusden_Eén_illegaal_grondgebruik.pdf.

2 Besluitenlijst van de adviescommissie voor

Beheerszaken d.d. 15 april 2003, www.heusden.nl/risarchief/RIS/2003/RC_BZ/besluitenlijst_pdf/0415.pdf.

3 Voor rechtsvergelijkende en rechtshistorische notities van art. 3:105, zie: W.J. Zwalm, ‘Le Cohu C. Morvan, Req. 12 juillet 1905 (Daloz 1907.1.141)’,

NTBR 2006/41. J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, deel I en II.

2 Uitspraak

Heeft het hof op juiste gronden aangenomen dat M en de zijnen bezitter van de strook waren geworden? De Hoge Raad stelt de artikelen 3:107 en 108 BW voorop. Bezit is het houden van een goed voor zichzelf (art. 3:107 lid 1 BW). Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met in achtneming van de artikelen 3:109 BW en volgende en overigens op grond van de uiterlijke feiten (art. 3:108 BW). De Hoge Raad overweegt:

‘Er geldt dus een objectieve maatstaf. De rol van de verkeersopvatting brengt mee dat bij de aan de orde zijnde vraag de aard en de bestemming van het betrokken goed in aanmerking moeten worden genomen’ (r.o. 3.3.2).

Voor inbezitting van andermans grond is meer nodig dan enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen, aldus artikel 3:113 lid 2 BW. Volgens de Hoge Raad is vereist:

‘dat de machtsuitoefening zodanig is dat naar verkeersopvatting het bezit van de oorspronkelijke bezitter wordt tenietgedaan’ (r.o. 3.3.3).

De Hoge Raad overweegt voorts, met verwijzing naar wat het Burgerlijk Wetboek van vóór 1992 uitdrukkelijk bepaalde, dat het bezit ‘niet dubbelzinnig’ en ‘openbaar’ moet zijn. In cassatie stelt de gemeente juist deze twee begrippen aan de orde.

De gemeente voert in het eerste onderdeel van haar cassatiemiddel aan dat van bezit geen sprake is, indien voor derden, althans voor een eigenaar als de gemeente, eerst na gericht onderzoek ter plaatse kenbaar is dat daden worden verricht die mogelijk als bezitsdaden zijn te kwalificeren. Er zou dus geen sprake zijn van openbaarheid als een eigenaar als de gemeente redelijkerwijs niet op de hoogte zou kunnen zijn. De Hoge Raad verwerpt de klacht:

‘Voor het in art. 3:105 BW bedoelde gevolg van voltooiing van de verjaringstermijn van art. 3:314 lid 2 BW is voldoende dat bij de niet-rechthebbende sprake is van bezit dat voldoet aan de door de wet gestelde eisen. Met name is niet vereist dat de rechthebbende daadwerkelijk heeft kennis gedragen van de bezitsdaden van de niet-rechthebbende waardoor zijn bezit is tenietgegaan. Voldoende is dat een en ander naar buiten toe – en dus ook voor de eigenaar – kenbaar was. (...) Hoezeer het ook voor eigenaren van met name moeilijk begaanbare of moeilijk toegankelijke percelen bezwarend kan zijn deze periodiek op bezitsinbreuken te controleren, in de gelding van meerbedoelde wettelijke vereisten voor bezit kan die omstandigheid geen verandering brengen. Eerst indien moeilijke begaanbaarheid of moeilijke toegankelijkheid aan de kenbaarheid van de bezitsdaden in de weg staat, is van bezit van een inbreukmaker geen sprake’ (r.o. 3.4).

Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel betreft het ‘niet dubbelzinnig’ bezit. Hiervan zou geen sprake kunnen zijn, omdat de handelingen van M en de zijnen ook die van gebruikers of huurders van de omstreden strook hadden kunnen zijn. De Hoge Raad gaat hierin niet mee. Onder ‘niet dubbelzinnig’ verstaat hij dat:

‘de bezitter zich zodanig gedraagt dat de eigenaar tegen wie de verjaring loopt, daaruit niet anders kan afleiden dan dat de bezitter pretendeert eigenaar te zijn (...), hetgeen naar objectieve maatstaven beoordeeld moet worden’ (r.o. 3.3.2).⁴

Voorts gaat hij ervan uit dat het hof uit de vastgestelde feiten (omheining met afrastering en afsluitbaar hek, onderhoud, bouw van hutten, jeu-de-boulesbaan en houtopslagplaats) heeft kunnen afleiden dat M en de zijnen de grond in bezit hebben genomen. De conclusie luidt:

‘Nu naar de vaststelling van het hof geen objectieve aanwijzingen zijn aangevoerd om de machtsuitoefening door M. c.s. ook daadwerkelijk als die van een huurder aan te merken, behoeft het bedoelde verweer het hof niet tot een ander oordeel te brengen’ (r.o. 3.5).⁵

De gemeente vangt dus bot bij de Hoge Raad.

Ter verzachting geeft de Hoge Raad enige overwegingen ten overvloede. De eerste gaat in op de bedoeling die de wetgever had met de regeling van de verkrijging door verjaring, ongeacht of de verkrijger de goederen te kwader trouw in bezit heeft genomen. Die is gelegen in de wens om te voorzien in een juridische leemte die onder het oude recht was ontstaan. De rechthebbende die het bezit van een goed was verloren kon onder het oude recht na ommekomst van de verjaringstermijn dat goed niet meer opvorderen, terwijl de bezitter weliswaar in zijn bezit werd beschermd, maar louter met bezitsacties. De bezitter bleef onbevoegd de eigendom over te dragen. De Hoge Raad citeert uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:105 BW:

‘Het recht dient zich op den duur bij de feiten aan te sluiten, vooral wanneer dit recht de nodige rechtsvorderingen om wijziging te brengen in de feitelijke verhoudingen aan de rechthebbende onthoudt’.⁶

De Hoge Raad voegt daar zelf aan toe:

‘Aan de eigendomsverkrijging op grond van art. 3:105 BW door een bezitter te kwader trouw ligt dus niet een afweging ten grondslag van de tegenover elkaar staande belangen van de rechthebbende en van die bezitter, zoals dat wel het geval is bij de verjaring ten gunste van een bezitter te goeder trouw (art. 3:99 BW). Art. 3:105 BW is uitsluitend ingegeven door de wens dat, als geen vordering meer kan worden ingesteld om het bezit te beëindigen, de bezitter eigenaar wordt, ook al staat zijn goede trouw niet vast’ (r.o. 3.7.2).

Staan de oorspronkelijke rechthebbenden na twintig jaren met lege handen? Dat is niet per se het geval:

‘Die keuze van de wetgever laat evenwel onverlet dat de zojuist bedoelde partij bloot kan staan aan een vordering uit onrechtmatige daad van de (voormalige) rechthebbende die zijn eigendom aan die partij heeft verloren door de werking van art. 3:105 BW. Een persoon die een zaak in bezit neemt en houdt, wetende dat een ander daarvan eigenaar is, handelt tegenover die eigenaar immers onrechtmatig. Dat brengt mee dat deze laatste, mits aan de overige voorwaarden daarvoor is voldaan, kan vorderen dat hem door de bezitter de schade wordt vergoed die hij als gevolg van dat onrechtmatig handelen lijdt. Daaraan staan, gelet op de hiervoor in 3.7.2 vermelde bedoeling

4 Met verwijzing naar HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0826, NJ 1993/178, r.o. 3.2.

5 Met verwijzing naar HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, NJ 2016/78.

6 TM, Parl. Gesch. Nieuw BW Boek 3, p. 416.

van de wetgever, het stelsel van de wet en in het bijzonder de door art. 3:105 BW teweeggebrachte eigendomsverkrijging, niet in de weg' (r.o. 3.7.3).

Het gevolg van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de occupant jegens de voormalige eigenaar is, zo adviseert de Hoge Raad in dezelfde overweging ten overvloede, dat de laatste kan kiezen tussen schadevergoeding in geld en – als de occupant de goederen nog steeds onder zich heeft – overdracht van de wederrechtelijk in bezit genomen grond door de occupant op de voet van artikel 6:103 BW.

De Hoge Raad maakt ten slotte nog twee opmerkingen. De eerste betreft de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de omstandigheid dat de 'gedeposeerde' eigenaar heeft nagelaten regelmatig onderzoek te doen:

'De bezitter kan in een dergelijke procedure, indien die betrekking heeft op een onroerende zaak, de benadeelde in de regel niet, bij wijze van eigen schuld (art. 6:101 BW) of ten betoge dat causaal verband ontbreekt, tegenwerpen dat deze heeft nagelaten regelmatig onderzoek te doen naar eventuele inbezittingen van zijn zaak door onbevoegden. Van een grondeigenaar kan niet worden verlangd dat hij zijn percelen periodiek op bezitsinbreuken controleert als daarvoor geen concrete aanleiding bestaat – in het bijzonder niet voor zover die percelen moeilijk begaanbaar of moeilijk toegankelijk zijn – op straffe van het verval of de beperking van zijn aanspraken op schadevergoeding jegens degenen die hem toebehorende grond wederrechtelijk in bezit mochten hebben genomen. Daarom kan het achterwege laten van dergelijke periodieke inspecties in de regel niet worden aangemerkt als een aan de eigenaar toerekenbare omstandigheid waarvan het verlies van de eigendom mede het gevolg is' (r.o. 3.7.4 onder a).

De tweede gaat over de aanvang van de verjaring van de vordering op grond van onrechtmatige daad van de occupant:

'De zojuist bedoelde vordering is onderworpen aan verjaring op de voet van art. 3:310 lid 1 BW. Voor zover de schade waarvan de benadeelde vergoeding wenst, bestaat in het verlies van zijn eigendom, neemt de vijfjarige verjaringstermijn ingevolge die bepaling een aanvang op het moment dat de benadeelde bekend is met zijn eigendomsverlies (en met de daarvoor aansprakelijke persoon), en is de verjaring in elk geval voltooid twintig jaar na de voltooiing van de verjaring van art. 3:314 lid 2 BW, zijnde de gebeurtenis waardoor de schade – het verlies van de eigendom – is veroorzaakt, alles onverminderd eventuele stuiting van die verjaring' (r.o. 3.7.4 onder b).

3 Bezit

De Hoge Raad werkt de eisen voor bezit uit. Daarbij beperkt hij zich tot de stelling die in het eerste en tweede onderdeel van het cassatiemiddel wordt opgeworpen. Die betreft in de kern dat het voor bezit onvoldoende is dat

het voor een 'geobjectiveerde' eigenaar – een eigenaar zoals de gemeente – *kenbaar* is dat er bezitsdaden zijn verricht, dat wil zeggen kenbaar na gericht onderzoek ter plaatse. Die stelling komt op het oog niet onaannemelijk voor, gelet op de eis dat de occupant zich zodanig gedraagt dat de eigenaar, tegen wie de verjaring loopt, daaruit niet anders kan afleiden dan dat de occupant pretendeert eigenaar te zijn. Hieruit is afgeleid dat de eigenaar een signaal moet krijgen dat er aanleiding kan zijn voor tegenmaatregelen.⁷

De Hoge Raad merkt op – zonder dat hierover is geklaagd – dat 'met name' niet vereist is dat 'de recht-hebbende daadwerkelijk heeft kennis gedragen van de bezitsdaden van de niet-rechthebbende waardoor zijn bezit is tenietgegaan'. Vervolgens overweegt hij: 'Voldoende is dat een en ander naar buiten toe – en dus ook voor de eigenaar – kenbaar was. (...) Daaraan doet niet af dat de Gemeente van [de] bezitsdaden niet dan na onderzoek op de hoogte kon raken' (r.o. 3.4). Met deze laatste zin geeft de Hoge Raad alsnog antwoord op de in cassatie opgeworpen vraag. Hoe bezwaarlijk het ook is voortdurend rondjes door de gemeente te moeten maken om stoeptegels of meters hekwerk te tellen, dat doet aan de kenbaarheid niet af.

Hoe verhoudt deze beslissing zich tot het uitgangspunt dat de regel omtrent het bezit ertoe strekt dat de bezitsdaden van de occupant de oorspronkelijke eigenaar zouden moeten alarmeren? Het voert te ver te eisen dat de oorspronkelijke eigenaar metterdaad op de hoogte is van de 'bezetting'. Maar waarom volstaat 'de kenbaarheid van een en ander naar buiten toe' en is ervan afgezien een maatstaf te formuleren die past bij 'een eigenaar als de gemeente'?

Juist met betrekking tot de positie van gemeentes heeft het Hof 's-Hertogenbosch in andere, recentere zaken een stevige lijn getrokken. Het gaat daarbij niet zozeer om de kenbaarheid voor de gemeente van bezitsdaden, als wel om een heel eigen beoordeling van de inbezitting van gemeentegrond. In het algemeen worden al hoge eisen gesteld aan de inbezitting van onroerende zaken:

'De rechtbank heeft [...] terecht vooropgesteld dat bij onroerende zaken – die men niet van hun plaats kan wegvoeren en waarvan de eigendom is geregistreerd in notariële aktes van levering die bij het kadaster worden ingeschreven – niet snel een intentie tot het houden voor zichzelf door een niet rechthebbende pleegt te worden aangenomen'.⁸

Het hof voegt daaraan toe dat dit 'temeer' geldt bij stroken publieke eigendom die grenzen aan percelen die aan privé-personen in eigendom toebehoren:

7 Advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense in onderdeel 10 van haar conclusie voor HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0826, *NJ* 1993/178; H.J. Snijders in onderdeel 5 van zijn noot onder HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, *NJ* 2016/309; F.M.J. Verstijlen in onderdeel 6 van zijn noot onder HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, *NJ* 2016/78;

8 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:

GHSHE:2015:1487, r.o. 3.3.3 waarover instemmend advocaat-generaal Rank-Berenschot in onderdeel 2.10 van haar conclusie voor HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1469, *RvdW* 2016/826 (*gemeente Nuenen, Gerwen en Nederwetten*). In het algemeen: advocaat-generaal F.F. Lange-meijer voor HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6014, nr. 2.7; P.C. van Es, *Verkrjging door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 29-31;

Jansen 2011/145-147; F. Sepmeijer & J.P. Heinrich, 'Privaat- of publiekrechtelijk optreden tegen creatief tuinieren', *Gst.* 2012/113; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012/368; E.B. Rank-Berenschot, *Bezit* (Mon. BW, deel B7), Deventer: Kluwer 2012/33; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/140.

'Dat eigenaren of huurders en/of andere gebruikers van belendende privé-percelen gebruik maken van dergelijke stroken grond en/of deze onderhouden ter verhoging van het genot van hun privé-percelen is niet ongebruikelijk. Enige ondubbelzinnige blijk van enige pretentie van de niet-rechthebbende om de strook grond voor zichzelf te houden en zich deze toe te eigenen, kan daar niet zonder meer in gelegen worden geacht'.⁹

In andere uitspraken volgt een overtuigende motivering. Het hof overweegt dat 'in veel gevallen' het gebruik plaats heeft zonder aanwijsbare juridische basis en het vervolgens door de gemeente wordt gedoogd. Daarbij speelt een rol dat de bevoegdheid van de gemeente tot het exclusieve gebruik van haar eigendom ten aanzien van de stroken publieke grond minder sterk op de voorgrond treedt dan de exclusieve gebruiksbevoegdheid van een particulier ten aanzien van zijn perceel:

'Het particuliere gebruik van de stroken publieke grond zal in de regel dan ook niet op bezwaren van de [gemeente] stuiten, zo lang dat gebruik (bijvoorbeeld) niet afdoet aan de verkeersveiligheid en het ook niet verhindert dat de gemeente toegang heeft tot de strook grond als dat vanuit haar overheidstaak nodig is (zoals in de situatie dat dieper in de grond leidingen van nutsvoorzieningen en dergelijk lopen). Het particulier gebruik van de hier bedoelde stroken grond kan zelfs leiden tot een situatie die voordelig is, voor zowel de eigenaar van het belendende perceel als voor de gemeente. Dat – bijvoorbeeld – een particulier niet alleen zijn tuin, maar ook de aangrenzende strook van de gemeente onderhoudt en eventueel zelfs met planten verfraait, zal bijdragen aan het genot van de eigen woning met tuin. De gemeente kan het onderhoud en de verfraaiing van de strook positief opvatten, als een particuliere bijdrage aan het openbaar groen in de gemeente, en zal het waarschijnlijk ook op prijs stellen dat zij de strook niet behoeft te onderhouden.

(...) Als in situaties als deze het gedogen té snel het risico in zich bergt dat het leidt tot verlies van eigendom aan de zijde van de gemeente, kan dat de uitoefening van overheidstaken waarvoor de toegang tot de strook en/of het gebruik ervan noodzakelijk is, bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken. Deze consequentie zou voor de gemeente ook aanleiding kunnen zijn om dat gebruik – en vergelijkbaar gebruik in alle andere gevallen – voortaan niet meer te gedogen. Particulier én gemeente missen dan de beperkte, maar niet te verwaarlozen voordelen van het tot dan toe gedoogde gebruik van de strook publieke grond. Het is mede tegen deze achtergrond dat het hof juist voorkomt dat, waar in het algemeen bij onroerende zaken al niet snel een intentie tot het houden voor zichzelf door een niet-rechthebbende pleegt te worden aangenomen, dit des te meer geldt bij stroken publieke grond als de onderhavige'.¹⁰

Deze motivering is mij uit het hart gegrepen. In de kern gaat het om de rechtsverhouding tussen de burger en zijn gemeente: tegenover de vrijheid die de gemeente haar burgers laat bij het gebruik van de openbare ruimte

die grenst aan hun huis en tuin, zonder te vervallen in handhavingsbureaucratie, staat dat de burger die gebruikmaakt van die vrijheid objectief gezien niet te snel eigenaarspretenties worden toegedicht.

Het onderscheid tussen gemeentelijke en particuliere eigendom kent echter ook een keerzijde. Er dreigen verschillende verkeersopvattingen te ontstaan al naar gelang de eigenaar van de grond. Daarvoor lenen verkeersopvattingen zich eigenlijk niet, althans niet in de goederenrechtelijke context. Daarin worden zij geformuleerd vanuit het perspectief van de derde en gebaseerd op uiterlijke feiten en omstandigheden.¹¹ De vraag is dus hoe derden het gedrag van de occupant duiden, als dat van een bezitter of slechts van een houder voor de gemeente. De eigenaarspositie van de gemeente zegt op zichzelf bitter weinig over het gedrag van de occupant die hekken verplaatst en planten snoeit. Het zijn eerder de hondsrozen en wipkippen in een aan de openbare weg grenzende tuin die worden geassocieerd met gemeentelandschapen dan met privétuinen, zodat het onderhoud ervan eerder past bij de positie van houder voor de gemeente dan van occupant.

Zo gezien is het te begrijpen dat de Hoge Raad zich niet heeft laten verleiden de noodzakelijke kenbaarheid van het bezit toe te spitsen op de kenbaarheid voor 'een eigenaar als de gemeente'. Er gelden geen andere eisen voor het bezit van gemeentegrond dan voor het bezit van private grond.

4 Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad

De grote verrassing van het arrest schuilt in het *obiter dictum* (r.o. 3.7.1-3.7.4). De Hoge Raad lijkt een voorschot te nemen op de beoordeling van de hiervoor beschreven Bossche koers, die hij naar ik inschat met argusogen bekijkt. Het is alsof hij wil zeggen: als de regels van verkrijging door verjaring de gemeente niet baten bij een geval van landjepik, dan kan wellicht de onrechtmatige daad nog helpen, tot ver na het moment van de verkrijging door verjaring. Dus: staar u niet blind op het bezit van de occupant, maar verken de mogelijkheden van de onrechtmatige daad.

Het in bezit nemen en houden van een zaak, wetend dat een ander daarvan eigenaar is, is onrechtmatig.¹² Daarmee dient zich een grondslag aan voor de verbintenis tot schadevergoeding. *Bezitsverlies* kan al schade veroorzaken, bijvoorbeeld omdat de eigenaar zijn grond niet kan exploiteren. De vermogensschade als gevolg van het *eigendomsverlies* doet zich pas na voltooiing van de

9 Hof's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1487, r.o. 3.3.3 waarover T. Liebrechts, 'Voor de wet is iedereen gelijk, of toch niet?', *Vastgoedrecht* 2017, afl. 1, p. 9-12.

10 Hof's-Hertogenbosch 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4559, r.o. 3.8.1 (*Schouwen-Duiveland*); Hof's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4676, r.o. 3.8.1 (herhaald in r.o. 3.6.2 van Hof's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4677, ECLI:NL:GHSHE:2016:4678, ECLI:NL:GHSHE:2016:4679 en ECLI:NL:GHSHE:2016:4680; voorts r.o. 6.5.2 van Hof's-Hertogenbosch 22

november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5202 en ten slotte r.o. 6.6.2 van Hof's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:599; alle over de gemeente Bostel).

11 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 348-353. Het belang van derden en het rechtsverkeer wordt benadrukt door onder meer TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 416; Vgl. H.A.G. Fikkers, 'Afstoten en terugkrijgen van kunstwerken. Over een Stichting Derdenkunst, de Six-archieven en de Malevitsj-collectie', *NJB* 1999/28, p. 1804-1805; A.C. van Schaik, *Rechtsgevolgen en functies van*

bezit en houderschap (Mon. NBW, deel A14), Deventer: Kluwer 2003/94, p. 91; P.C. van Es 2011, p. 13; H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012/249, p. 214-215; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/329; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/536; T. van der Linden, 'Over de dief die eigenaar geworden is', in W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (Snijdersbundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 295.

12 Zo over het weigeren van de zaak aan de rechtshabende af te geven: HR 24 november 1967, *NJ* 1968/74, m.nt. H. Drion (*Simca*).

verjaring van de vordering tot revindicatie voor, oftewel op het moment dat de bezitter de eigendom verkrijgt.

Schadevergoeding wordt voldaan in geld, maar de rechter kan op vordering van de benadeelde ook schadevergoeding in andere vorm toekennen (art. 6:103 BW). De Hoge Raad suggereert dat de verkrijger de ‘wederrechtelijk’ in bezit genomen strook grond aan gemeente moet overdragen. Hij ontleent deze ‘vondst’ aan een opmerking van minister Donner van Justitie over de werking van artikel 3:105 lid 1 BW, waaruit hij citeert:

‘Op grond van de algemene regeling van artikel 3:105 lid 1 BW jo artikel 3:306 BW wordt de bezitter inderdaad na 20 jaren eigenaar van de gestolen zaak, ook al is hij niet te goeder trouw. (...) Een en ander sluit niet uit dat na het intreden van de verjaringstermijn zowel de dief als de koper aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad waarbij vergoeding van de schade «in natura» kan plaatsvinden, namelijk door teruggave van de gestolen zaak. (Aanhangsel Handelingen II nr. 332, Vergaderjaar 2004-2005)’ (r.o. 3.7.3).¹³

De Hoge Raad leest de passage kennelijk zo dat de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – met de mogelijkheid van schadevergoeding in natura, teruggave van de door verjaring verkregen grond – nog kan worden ingeroepen na het intreden van de *verjaring* – lees: na de voltooiing van de twintig jaren die nodig zijn voor verkrijging – en niet na het intreden van de *verjaringstermijn*. Deze lezing past in de context van de Kamervragen die de minister beantwoordde, ingegeven door de zorg dat de dief met twintig jaren bezit eigenaar wordt.

Volgen we de letterlijke lezing van het citaat – een vordering uit onrechtmatige daad is mogelijk ‘na het intreden van de verjaringstermijn’, dus na de inbezitneming – dan biedt de passage geen steun voor de overweging van de Hoge Raad. De vordering uit onrechtmatige daad zou twintig jaar na de inbezitneming verjaren (art. 3:310 lid 1 BW), wat ertoe leidt dat op het moment van verkrijging door verjaring geen vordering uit onrechtmatige daad meer mogelijk is.

Deze letterlijke lezing verhoudt zich beter tot de parlementaire geschiedenis van artikel 3:314 lid 2 BW. De verjaring van de vordering tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint maar één keer, op de dag na die waarop ofwel de niet-rechthebbende bezitter is geworden ofwel de onmiddellijke opheffing kon worden gevorderd van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt. Het is niet zo dat elke dag weer een nieuwe termijn gaat lopen:

‘Zonder een zodanige bepaling zou betoogd kunnen worden dat iedere dag dat de onrechtmatige toestand voortduurt een nieuwe rechtsvordering zou ontstaan en dat in zoverre ten aanzien van de vordering

tot opheffing daarvan in het geheel geen verjaring zou intreden (...) De ondergetekende is evenwel van mening dat het niet gewenst is dat de rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand niet verjaart. Ook hier behoort het recht zich na verloop van tijd bij de feiten aan te sluiten’.¹⁴

De letterlijke lezing past ook beter bij de betekenis die wordt toegekend aan artikel 3:312 BW. Die bepaling heeft op het oog niets met landjepik te maken, maar, bijvoorbeeld, met rechtsvorderingen ter zake van een tekortkoming in de nakoming en die tot betaling van wettelijke of bedongen rente. Die vorderingen verjaren niet later dan de vordering tot nakoming zelf. De ratio is hierin gelegen dat de schuldenaar na verloop van tijd niet meer behoort te kunnen worden gedwongen tot een debat over het ontstaan zijn of nog voortbestaan van de door de schuldeiser gestelde verplichting waarvan deze nakoming vordert. Nadat de verjaringstermijn is verstreken behoort de schuldenaar zijn gegevens, met name ook zijn betalingsbewijzen of andere bewijzen van tenietgaan van de schuld zonder bezwaar te kunnen wegdoen. Deze gedachte zou niet volledig recht worden gedaan, indien ondanks ingetreden verjaring nog nakoming zou kunnen worden gevorderd van nevenverplichtingen.¹⁵

In de parlementaire geschiedenis van artikel 3:312 BW komt de landjepikcasus toch in beeld:

‘Een voorbeeld is (...) dat de hoofdverplichting zou hebben gestrekt tot opheffing van een onrechtmatige toestand en vergoeding wordt gevorderd van de schade die voor de eiser uit die toestand en het voortduren daarvan is voortgevloeid.’

Het is deze passage geweest die verschillende auteurs ervan heeft overtuigd dat de vordering tot teruggave op grond van onrechtmatige daad na ommekomst van de termijn van verjaring niet mogelijk zou zijn.¹⁶ Daarbij hebben zij niet alleen het oog op schade wegens bezitsverlies, maar ook op schade wegens eigendomsverlies.

De Hoge Raad laat in de Drunense zaak artikel 3:312 BW buiten beeld. Heeft hij de bepaling over het hoofd gezien – overtuigd als hij was door het gammele antwoord van de minister van Justitie op de Kamervragen over artikel 3:105 BW uit 2005 – of vindt hij het te ver gaan om de vordering tot vergoeding van schade wegens eigendomsverlies te zien als nevenvordering van de vordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand? Of heeft de Hoge Raad het door de wetgever bedachte systeem naast zich neer willen leggen en de tijd rijp geacht om de ‘gedeposedeerde’ partij een extra instrument te geven om bezit en eigendom terug te krijgen in weerwil van die korte, knellend geachte verjaringstermijn bij bezit te kwader trouw?

13 Onderdeel 3 van het antwoord van minister Donner (Justitie), mede namens staatssecretaris Van der Laan (Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), ontvangen 1 november 2005, op vragen van de leden Van Haersma Buma en Van Vroonhoven-Kok (beiden CDA) aan de minister van Justitie en de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mevrouw Van der Laan, over de aftrek van geroofde kunst in Nederland (ingezonden

28 september 2005).

14 MvA II, Parl. Gesch. Nieuw BW Boek 3, p. 929, waarover C.J.H. Brunner, ‘Dief wordt eigenaar’, in E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijnbundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 48.

15 MvA II, Parl. Gesch. Nieuw BW Boek 3, p. 925.

16 W.J. Zwolve, ‘Naschrift’, *WPNR* 1996, afl. 6231, p. 520; M.A.B. Chao-Duivis, ‘Dief wordt eigenaar... en blijft dat (helaas)!’, *WPNR* 1996, afl.

6240, p. 733; R.J.Q. Klomp, ‘Dieven met geduld. Over verkrijgende verjaring te kwader trouw’, in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid* (BWKJ 16), Arnhem: Gouda Quint 2000, p. 72; F.E.J. Beekhoven van den Boezem, ‘Andermaal: Onrechtvaardige verrijking door de werking van art. 3:105 lid 1 BW’, *WPNR* 2000, afl. 8476, p. 638.

Het is gissen naar wat er niet staat. Er zijn verschillende redenen waarom de door de Hoge Raad ingeslagen weg door de beugel kan.

Ten eerste wordt de schade wegens eigendomsverlies pas na twintig jaar geleden, zodat pas dan het vorderingsrecht ontstaat en de verjaringstermijn pas dan begint te lopen. Daarmee is gelijk recht gedaan aan de strekking van artikel 3:314 lid 2 BW – het recht behoort zich na verloop van tijd bij de feiten aan te sluiten – simpelweg vanwege het gegeven dat aan de onrechtmatige situatie een einde komt op het moment van de eigendomsverkrijging door verjaring en op dat moment een laatste verjaringstermijn gaat lopen.

Ten tweede past het resultaat in de ontwikkeling van het verjaringsrecht. De scherpe randen van de verjaringstermijnen bij voortdurende onrechtmatige daden zijn afgeslepen.¹⁷ Zo gaat bij de blootstelling aan asbest de verjaringstermijn pas lopen bij de beëindiging van die blootstelling.¹⁸ Ook heeft de wetgever voor de aansprakelijkheid voor milieuschade of aardbevingsschade rekening gehouden met de mogelijkheid dat die aansprakelijkheid verband houdt met ‘voortdurende feiten’. Bestaat de gebeurtenis uit een voortdurend feit, dan begint de termijn van dertig jaren pas te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan (art. 3:310 lid 3 BW).

Ten derde is de verkrijging door verjaring vooral in het geval van kunstdiefstal én landjepik op forse kritiek gestuit.¹⁹ Mede onder invloed van Europees recht is de regeling van kunstdiefstal ten gunste van de bestolene herzien.²⁰ Nu deed de mogelijkheid zich voor ook de verkrijging bij landjepik onder handen te nemen.

De keuze van de Hoge Raad geeft aanleiding voor nieuwe vragen, waarop hij heeft willen anticiperen met de laatste twee overwegingen ten overvloede.

Is de gemeente gehouden regelmatig onderzoek te doen naar mogelijke bezitsinbreuken, op straffe van een beroep op eigen schuld of gebrek aan causaal verband? De Hoge Raad maakt duidelijk dat van zo'n gehoudenheid geen sprake is zonder concrete aanleiding en met name niet als er sprake is van ontoegankelijk gebied (r.o. 3.7.4 onder a). Het partijdebat kan zo nog een flinke staart krijgen, want er is niet veel voorstellingsvermogen nodig om te bedenken welke concrete aanleiding er kan zijn om de gemeente aan te rekenen dat zij geen tijdige actie heeft ondernomen. Neem bijvoorbeeld de situatie in Drunen waar al in 1998 plannen bestonden om het natuurlandschap te restaureren. De uitvoering werd kennelijk vertraagd door budgettaire beperkingen. De kosten van onder meer het terugwinnen van illegaal in gebruik genomen grond werden uitdrukkelijk afgewogen tegen andere gemeentelijke begrotingsposten. Ondertussen was

men zich bewust van het illegaal grondgebruik achter de Heijdijk.²¹ Daarenboven kan de bezitter het initiatief naar zich toetrekken door een redelijk aanbod te doen tot schadevergoeding in andere vorm dan geld; de weigering hiervan kan ook eigen schuld van de oorspronkelijke eigenaar opleveren.²²

Bij schadevergoeding in geld kan de vordering geheel of ten dele worden toegewezen, naar rato van de eigen schuld. Als het gaat om de teruggave van de strook grond in kwestie hoeft het niet anders te gaan. Verschillende modaliteiten zijn denkbaar, zoals een combinatie van teruggave van de gehele strook in combinatie met schadevergoeding in geld.²³ In de begroting van het geldbedrag kan de eigen schuld van de gemeente tot uitdrukking worden gebracht. Denkbaar is ook dat de gemeente een bedrag moet bijleggen als zij staat op teruggave van de gehele strook of dat zij slechts aanspraak heeft op teruggave van een gedeelte van het perceel.

Ook over de aanvang van de verjaring van de vordering op grond van onrechtmatige daad van de occupant wil de Hoge Raad duidelijkheid scheppen. Vóór het moment dat de oorspronkelijke eigenaar bekend is geraakt met zijn eigendomsverlies gaat de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW niet lopen, terwijl de verjaringstermijn van twintig jaar loopt sinds de verkrijging (r.o. 3.7.4 onder b). Over de kennis van de gemeente of over het moment van verkrijging zal gesteggel mogelijk blijven. De Drunense casus toont aan hoe lastig het kan gaan worden. M en de zijnen zouden uiterlijk in 1980 het bezit hebben gekregen, maar het kan ook 1974 zijn geweest. Dan is op enig moment tussen 1994 en 2000 de twintigjarentermijn gaan lopen,²⁴ terwijl onduidelijk is op welk moment de gemeente op de hoogte is geraakt van de situatie. Er is in 2003 door de gemeente gestuit, dat zou nog net op tijd kunnen zijn geweest, maar het zal de vraag zijn of die handeling mede gericht is geweest op de onrechtmatige daad. De praktijk zal weerbarstiger zijn dan de handreiking van de Hoge Raad doet vermoeden.

5 Ongerechtvaardigde verrijking

Kan de voormalige eigenaar zijn vordering tegen de nieuwe ook baseren op ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW)? Er heeft een vermogensverschuiving plaats, ten laste van de eerste en ten gunste van de tweede. Is die verschuiving gerechtvaardigd door artikel 3:105 BW? Of staat artikel 3:312 BW in de weg aan een vordering tot schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking, anders dan bij een vordering op grond van onrechtmatige daad?

17 Bijvoorbeeld ter zake van de aanvang van de verjaringstermijn van vijf jaar HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman*), r.o. 3.4.

18 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese / De Schelde*), r.o. 3.4.

19 Zie C.J.H. Brunner 1992, p. 45-53 en de in noot 15 genoemde auteurs.

20 Art. 3:310a-c BW.

21 Besluitenlijst van de adviescommissie voor Beheerszaken d.d. 15 april 2003, p. 3; www.heusden.nl/risarchief/RIS/2003/RC_BZ/besluitenlijst_pdf/0415.pdf.

22 Eindverslag I, Parl. Gesch. Nieuw BW Boek 6, p. 364-365.

23 Zie MvA II, Parl. Gesch. Nieuw BW Boek 6, p. 364.

24 Of eerder, indien het bezit de voortzetting vormt van een toestand waarvan de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden; zie het laatste zinsdeel van art. 3:314 lid 2 BW.

Verskillende schrijvers achten een vordering tot schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking na de verkrijging door verjaring niet mogelijk. Zo zou de ratio van de bevrijdende verjaring aan de vordering in de weg staan. Die zou hierin zijn gelegen dat over een bepaalde, schijnbare juridische toestand na verloop van tijd – bij bezit te kwader trouw twintig jaar – niet meer geprocedeerd kan worden. Voorts zou de vordering als nevenvordering in de zin van artikel 3:312 BW moeten worden aangemerkt.²⁵

Het arrest lijkt de weg naar een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking te plaveien. De ratio van artikel 3:105 BW is volgens de Hoge Raad immers ‘uitsluitend’ ingegeven door de wens dat, als geen vordering meer kan worden ingesteld om het bezit te beëindigen, de bezitter eigenaar wordt, wat er ook zij van de achterliggende belangen van de betrokken partijen.²⁶ De mogelijkheid een vordering tot teruggave op grond van onrechtmatige daad geldend te maken ná de verkrijging door verjaring, laat zien dat er geen bezwaar is tegen een nieuwe procedure na de verjaringstermijn. Ten slotte is gebleken dat de vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad geen nevenvordering van de vordering tot herstel van de onrechtmatige toestand is. Is een vordering op grond ongerechtvaardigde verrijking dat dan wel?

Het spreekt niet vanzelf de vorderingen op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking bij verkrijging door verjaring over een kam te scheren. Ter zake van beide vorderingen moet de gemeente verschillende feiten en omstandigheden stellen, en zo nodig bewijzen. De verarmde partij heeft bij ongerechtvaardigde verrijking niet hard te maken dat er sprake is van enig verwijt aan het adres van de verrijkte partij. Is er dan wel voldoende aanleiding de verkrijging door verjaring terug te draaien met een schadevergoedingsactie op grond van ongerechtvaardigde verrijking? Bij gebreke van verwijtbaarheid aan de kant van de verkrijger zou de verkrijging door verjaring wellicht wel als redelijke grond van de verrijking kunnen worden aangemerkt. Ook zou er in deze situatie alsnog betekenis kunnen worden toegekend aan artikel 3:312 BW.²⁷ Er is dus nog voldoende ruimte voor debat, voor met zekerheid kan worden aangenomen dat de verkrijging door verjaring kan worden teniet gedaan met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking.

6 De Hoge Raad draait

Zijn hiermee alle vragen rond bezit bij verkrijging door verjaring beantwoord? Nee, maar de Hoge Raad is geen deejay van u-vraagt-wij-draaien. Hij is evenmin geroepen een nummer van begin tot eind af te spelen.

Het derde onderdeel van het cassatiemiddel stelde de stelplicht en bewijslast bij verkrijging door verjaring aan de orde, als ook de toepassing ervan in dit geval, mede met het oog op de aard en bestemming van het perceel. De Hoge Raad wijst de klacht af met een verkorte motivering op grond van artikel 81 RO. Kennelijk bood de klacht geen aanknopingspunt om het schema van stelplicht en bewijslast bij verkrijging door verjaring op een rij te zetten.

Dat hieraan uit het oogpunt van rechtseenheid of rechtsontwikkeling geen behoefte zou bestaan – de maatstaf van artikel 81 RO – is te betwijfelen. Toegegeven, de Hoge Raad heeft zich al in vele zaken over verkrijging door verjaring moeten buigen.²⁸ Hij heeft zich echter nog niet in algemene zin over de stelplicht en bewijslast bij verkrijging door verjaring uitgelaten.²⁹

Zo tapt de Hoge Raad cassatietechnisch in één arrest uit verschillende vaten. Hij gaat bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel enigszins om de klacht heen. Aan het tweede onderdeel maakt hij weinig woorden vuil. Hij doet het derde met een beroep op artikel 81 RO af. Uitgebreide overwegingen volgen, zonder dat daarom was gevraagd en zonder dat de Hoge Raad daarover door partijen of de advocaat-generaal is geïnformeerd.

Gelet op de overwegingen ten overvloede is duidelijk dat de Hoge Raad de leiding van de behandeling van verkrijging door verjaring naar zich toe heeft willen trekken, mogelijk om aanwijzingen te geven voor de behandeling van zaken waarin gemeentegrond is ingepikt: zoek het liever in een revindicatie binnen de verjaringstermijn en teruggave op grond van onrechtmatige daad na de verkrijging door verjaring, dan in een bijzondere verkeersopvatting voor gemeentegrond.

Gezien de mate van detail van die overwegingen ten overvloede overtuigt het beroep op artikel 81 RO ter zake van het derde onderdeel van het cassatiemiddel niet. Een aantal opmerkingen over de verdeling van de stelplicht en bewijslast in de context van landjepik had niet misstaan, ook al gaf het middel daartoe wellicht geen bijzondere aanleiding. ■

25 Zwolve 1996, p. 520; Chao-Duvis 1996, p. 733; Klomp 2000, p. 72. D.L. Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 373. Beekhoven van den Boezem 2000, p. 639/40 ziet wel ruimte voor de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking, omdat die vordering pas ontstaat op het moment dat de hoofdvordering verjaard is; evenzo Van der Linden 2016, p. 298-299.

26 Van der Linden 2016, p. 297 betoogt dat de verrijking wel degelijk is beoogd; daarbij betreft hij ook

de andere bepalingen die samen de verkrijging door verjaring bestrijken.

27 Zie paragraaf 4.

28 In rechtsverhoudingen met een overheidsorgaan als partij: HR 4 juni 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6014; *JOL* 2004/303 (afgedaan op art. 81 RO); HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5989; *NJ* 2012/312, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Muller q.q. / Hoogheemraadschap*); HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463; *NJ* 2016/309, m.nt. H.J. Snijders (*Arnhem / Westendorp*); HR

18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, *NJ* 2016/78, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Vogelzang / Landgraaf*); HR 8 juli 2016, ECLI:NL:2016:1469, *RvdW* 2016/826 (*Gemeente Nuenen, Gerwen en Nederwetten*) afgedaan op art. 81 RO.

29 De arresten waarnaar *Stelplicht en bewijslast* (F.P.J. Lock), commentaar op art. 3:105, verwijst, bieden slechts op het geval toegesneden overwegingen.