



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Review of Jansen, J.E. (2011) Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2011). Review of Jansen, J.E. (2011) Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2011(6896), 652-659. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3238695>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3238695>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

BOEKBESPREKING

J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2011, 346 p., ISBN 978-90-8974-435-7, prijs € 55,00

1. Inleiding

Het proefschrift waarop Jansen op 3 maart 2011 bij Brandsma en Lokin in Groningen promoveerde ('*Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*') draagt als ondertitel: 'een leerstellige rechtsvergelijkende studie op historische grondslag'. Vanuit Nederlandsrechtelijk perspectief gezien gaat het boek over een heel klein onderwerp, te weten over art. 3:105 BW. Dit artikel combineert bevrijdende en verkrijgende verjaring in die zin dat het diegene tot rechthebbende verheft, die een goed bezit op het moment waarop de verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit wordt voltooid. Zoals de ondertitel van het boek al aangeeft, wordt het onderwerp in een breed (leerstellig) rechtsvergelijkend en historisch perspectief geplaatst. Slechts 61 pagina's van het 329 pagina's tellende boek hebben op het hedendaagse Nederlandse recht betrekking. Voor het overige bestaat het uit een rechtshistorisch en een rechtsvergelijkend deel, waarbij moet worden opgemerkt dat in het derde, Nederlandsrechtelijke, deel ook aandacht wordt besteed aan het oud BW.

Het proefschrift van Jansen laat zich lezen als een zoektocht naar het wezen van de verkrijgende en bevrijdende verjaring in het goederenrecht. Vanuit zijn leerstellige bevindingen omtrent het wezen van de bevrijdende verjaring, doet hij aanbevelingen om art. 3:105 BW aan te passen.

Hieronder volgt een bespreking van de verschillende delen, waarbij zij opgemerkt dat Jansens beschouwingen zich beperken tot de verkrijging door verjaring van roerende en onroerende zaken, alsmede erfdienstbaarheden (p. 1).

2. Rechtshistorisch deel

Het Romeinse recht heeft in zijn lange geschiedenis (van de Wet van de XII Tafelen uit 451 voor Chr. tot en met het *Corpus iuris civilis* van Justinianus (527-565 na Chr.)) een wirwar van regels gekend met betrekking tot de verkrijgende en de bevrijdende verjaring. Te noemen vallen de *usus auctoritas*-regel uit de Wet van de XII Tafelen, de *usucapio*, de *praescriptio longi temporis*, de *praescriptio longissimi temporis* en de algemene regeling van verjaring van rechtsvorderingen van keizer Theodosius uit 424 na Chr. Een complicerende factor vormt het feit dat bepaalde regelingen in de loop der tijd een andere inhoud hebben gekregen. Zo heeft de *praescriptio longi temporis* zich ontwikkeld van een verjaringsregeling die betrekking had op buiten Italië gelegen grond, tot een regeling die van toepassing was op

onroerende zaken in het algemeen. Ook wat betreft de precieze werking van de verschillende verjaringsregelingen en de van toepassing zijnde termijnen, hebben zich diverse ontwikkelingen voorgedaan. Jansen behandelt in het rechtshistorisch deel van zijn proefschrift de bovenvermelde verjaringsregelingen, maar men vindt er geen uitvoerige systematische historische beschouwingen. Dat is – zoals men op p. 6 van het boek kan lezen – ook niet de bedoeling van de schrijver. Jansen is geïnteresseerd in de abstracte begrippen achter de verjaringsregelingen. Hij heeft zich ten doel gesteld de begripsmatige verwarring tussen verkrijgende en bevrijdende verjaring te bestrijden en ook het rechtshistorische deel van het proefschrift staat in dit teken. Hieronder wordt kort aandacht besteed aan een aantal (leerstellige) bevindingen van Jansen.

a) *Bevrijdende of verkrijgende verjaring?*

Jansen definieert op p. 42 verkrijgende verjaring als ‘het leerstuk dat een bepaalde blijvende toestand uiteindelijk tot recht promoveert’ en bevrijdende verjaring als ‘het leerstuk dat iemand een rechtsvordering of een recht ontnemt omdat hij er gedurende lange tijd geen gebruik van heeft gemaakt’. Ten aanzien van de *usus auctoritas* en de *usucapio* is het niet moeilijk in te zien dat de verjaringsbezitter na verloop van de verjaringstermijn – naar modern-rechtelijke terminologie – de eigendom verkreeg. Hier was derhalve zonder meer sprake van verkrijgende verjaring. Ten aanzien van de *praescriptio longi temporis* en de *praescriptio longissimi temporis* is dit minder duidelijk. Een *praescriptio* was immers een procesrechtelijk verweermiddel tegen een rechtsvordering (in het geval van de onderhavige *praescriptiones*: de revindicatie). Kan men nu zeggen dat iemand die de revindicatie kan afweren een ‘recht’ heeft verkregen? Jansen (p. 41-44) merkt op dat men deze vraag ten aanzien van de *praescriptio longi temporis* in ieder geval bevestigend kan beantwoorden sinds aan de verjaringsbezitter ook een opeisingsvordering (*actio ad vindicandum*) werd toegekend (waarover C. 7,38,8pr. (Justinianus)). Hij stelt in dit verband dat de *praescriptio longi temporis* van bevrijdende verjaring tot verkrijgende verjaring is geworden. De vraag of degene tegen wie de verjaring werkte, naast het door de praescribent verkregen recht, ook nog een recht op de zaak behield, wordt door Jansen – onder verwijzing naar andersluidende literatuur – ontkennend beantwoord (zie p. 41).

Met betrekking tot de *praescriptio longissimi temporis* zoals deze is ingevoerd door keizer Constantijn, merkt Jansen op p. 63-66 op dat dit zijns inziens een regeling van bevrijdende verjaring was, die – na verloop van de termijn – tot niet meer leidde dan een verweermiddel tegen de rechtsvordering waarmee de eigenaar zijn zaak opeiste. De *praescriptio longissimi temporis* zou model hebben gestaan voor de meer algemene bevrijdende verjaringsregeling van keizer Theodosius (zie p. 65-66).

b) *De bevrijdende verjaringsregeling van Theodosius was geen zuivere regeling van bevrijdende verjaring*

Jansen begint zijn Romeinsrechtelijke beschouwing in 424, zijnde het jaar waarin keizer Theodosius een algemene regeling van bevrijdende verjaring tot stand bracht. Als gevolg van deze regeling raakte de eigenaar zijn revindicatie kwijt wanneer hij dertig jaar lang had nagelaten deze in te stellen. De regeling was vooral daarom zo van belang omdat de Romeinsrechtelijke verkrijgende verjaringsregelingen alleen werkten ten behoeve van de bezitter te goeder trouw. Sinds de invoering van de regeling van Theodosius gold niet langer dat de revindicatie tegen de *mala fide* bezitter tot in lengte van dagen kon worden ingesteld. Op p. 25 stelt Jansen vast dat de revindicatie na dertig jaar niet teniet ging, maar werd ‘verlamd’. De bezitter kreeg na dertig jaar een verweermiddel tegen de revindicatie en dit verweermiddel ging over op de bezitsopvolgers (onder algemene of bijzondere titel) van deze bezitter. Het verweermiddel ging echter niet over wanneer geen sprake was van bezitsopvolging, maar van inbezitneming. De revindicatie herleefde derhalve in volle omvang wanneer de zaak gestolen werd van de oorspronkelijke bezitter of zijn bezitsopvolger. Ten aanzien van dit aspect van de regeling merkt Jansen op p. 26 het volgende op:

‘Dat de revindicatie enkel ten onder gaat in verhouding tot de bezitter en zijn opvolgers is te beschouwen als een verkrijgende trek van de regeling.’

Direct daarna volgt een opmerking die typerend is voor de leerstellige benadering van Jansen:

‘Omdat bevrijdende verjaring het leerstuk is dat het einde brengt van een rechtsvordering wanneer deze gedurende een bepaalde tijd niet is ingesteld, is de relatieve ondergang die het Romeinse recht aannam opmerkelijk te noemen.’

c) *Accessio possessionis hoort bij verkrijgende verjaring, maar niet bij bevrijdende verjaring*

Op p. 45 e.v. van het proefschrift vindt men een beschouwing over de *accessio possessionis* (ook wel *accessio temporis* genoemd). De regel is ingevoerd door de keizers Severus en Caracalla (I. 2,6,13) om te voorkomen dat bij de *usucapio* na iedere bezitsoverdracht een nieuwe verjaringstermijn ging lopen. De regeling vereenzelvigde het bezit van de bezitsverkrijger en de bezitsvoorganger. Het feitelijke karakter van het bezit bracht mee dat men zonder nadere regeling niet kon aannemen dat de bezitsverkrijger de rechtspositie van zijn bezitsvoorganger overnam en daarmee de lopende verjaring voortzette. Op een aantal plaatsen in het boek stelt Jansen terecht dat de regeling van de *accessio possessionis*

(het voortzetten van de lopende verjaringstermijn van de bezitsvoorganger; zie art. 3:102 BW) een regeling is die thuishoort bij de verkrijgende verjaring en niet bij de bevrijdende verjaring (zie bijvoorbeeld p. 26-27 en p. 47-48). Kort gezegd komt het erop neer dat de bevrijdende verjaring van de revindicatie doorloopt zolang maar een ander dan de eigenaar het bezit van de zaak heeft. Of er sprake is van opvolgende bezitters doet niet ter zake (zie p. 47). De *accessio possessionis*-regel werd ook ten aanzien van het vereiste tijdsverloop voor de *praescriptio longi temporis* toegepast. Jansen merkt hierover op p. 48 op dat 'met het toepassen van deze regel (...) het oorspronkelijke karakter van de *praescriptio longi temporis* als bevrijdende verjaring verder op de achtergrond [raakte]'.

d) De rechtvaardiging van de verkrijgende en de bevrijdende verjaring / stuiting van verjaring

Jansen ziet de rechtvaardiging van de verkrijgende verjaring naar Romeins recht in de bij de bezitsverrijking geëiste *bona fides* (p. 70). Verrijking door verjaring is – aldus Jansen (p. 86) – 'een beloning voor het vertrouwen dat de bezitter stelde in zijn recht'.¹

De bevrijdende verjaring vormt in de ogen van Jansen (p. 70) een sanctie op het stilzitten van de rechthebbende. Aansluitend bij de bovenvermelde rationes van verkrijgende en bevrijdende verjaring, leest men op p. 70 dat de stuiting van de verjaring door het instellen van een rechtsvordering een regeling is die in wezen slechts thuishoort bij de bevrijdende verjaring. Deze verjaringssoort straft de nalatigheid en door het instellen van een rechtsvordering houdt de eigenaar op nalatig te zijn. De verkrijgende verjaring daarentegen, beloont het bezit te goeder trouw en dit bezit wordt op zichzelf nog niet aangetast door de ingestelde rechtsvordering. Anders dan Jansen ben ik van mening dat de stuiting van verjaring wel degelijk ook thuishoort bij de verkrijgende verjaring. Vanaf het moment van het instellen van de rechtsvordering moet de bezitter er rekening mee houden dat hij het bezit aan de eiser moet afgeven: op een 'beloning voor het vertrouwen dat de bezitter stelde in zijn recht' heeft de gedaagde vanaf dat moment geen recht meer.

e) Het Justiniaans verjaringsrecht en de bevrijdende verjaringsregeling van Theodosius

Jansen schetst op p. 67 kort de hervormingen die Justinianus in het verjaringsrecht heeft doorgevoerd. De *usucapio*, de *praescriptio longi temporis* en de *praescriptio longissimi temporis* worden alle varianten van verkrijgende verjaring. Vervolgens stelt de schrijver op p. 68 vast dat het Justiniaanse recht ook de algemene regeling kende van verjaring van rechtsvorderingen (waaronder dus ook de revindicatie). Op de extinctieve verjaring van de revindicatie onder het Justiniaanse recht gaat Jansen ver-

volgens uitvoerig in. Op gezag van Jansen wil ik graag aannemen dat het Justiniaanse recht de bevrijdende verjaring van de revindicatie kende, maar ik merk wel op dat men in de onder civilisten gangbare Romeinsrechtelijke handboeken leest dat de *praescriptio longissimi temporis* ontstaan is door omvorming van de in het naklassieke recht ingevoerde extinctieve verjaring van de eigendomsactie.²

f) Overige

Hierboven is een aantal bevindingen van Jansen behandeld die mij van belang leken voor de begripsvorming rond de bevrijdende en de verkrijgende verjaring en die tevens enig inzicht geven in Jansens visie hierop. In het rechtshistorisch deel zijn echter nog veel meer onderwerpen te vinden die aan een leerstellige beschouwing worden onderworpen, zoals de *praescriptio longi temporis* bij zekerheidsrechten (p. 49-54), de verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden (p. 54-58 en p. 80-82) en het tenietgaan van erfdienstbaarheden door *non usus* (p. 58-63 en p. 80-82).

Een laatste opmerking over het Romeinse recht – die ook van belang is in het licht van de ophef die de invoering van art. 3:105 BW heeft veroorzaakt³ – is dat gestolen zaken naar Romeins recht in beginsel niet door verjaring konden worden verkregen (zie p. 28-30 en p. 82-83). Of dat – zoals Jansen op p. 67 aanneemt – ook gold voor de Justiniaanse *praescriptio longissimi temporis*, betwijfel ik.⁴

3. Rechtsvergelijkend deel

In het omvangrijke rechtsvergelijkende deel (p. 87-220) behandelt Jansen het Duitse, het Anglo-Amerikaanse en het Franse recht. Een uitvoerige behandeling van dit deel gaat het bestek van deze boekbespreking te buiten. Ik volsta daarom met enkele opmerkingen. Waar de rechtsvergelijking resultaten heeft opgeleverd die van belang zijn voor het hedendaagse Nederlandse recht, ga ik daarop in bij de bespreking van het derde deel van het boek.

1. Ik merk hierbij op dat ook in het Romeinse recht de rechtszekerheid al een rol speelde ter rechtvaardiging van de (verkrijgende) verjaring. Ten aanzien van de *usucapio* leest men in I. 2.6 *pr.* dat de 'eigendom van zaken niet in het onzekere mocht blijven'.
2. Zie R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E. J. Brill/Universitaire Pers 1994, nr. 142, M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, bewerkt door F.B.J. Wubbe, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, p. 125 en J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E. J. Brill 1945, p. 89.
3. C.J.H. Brunner ('Dief wordt eigenaar', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 45-53).
4. Zie – in andere zin dan Jansen – R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E. J. Brill/Universitaire Pers 1994, nr. 142 en M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, bewerkt door F.B.J. Wubbe, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, p. 125. Vanwege het vereiste van goede trouw kon – ook onder vigueur van de Justiniaanse *praescriptio longissimi temporis* – de gestolen zaak niet door de dief zelf worden verkregen.

3.1. Duits recht

De revindicatie is naar Duits recht onderworpen aan een bevrijdende verjaringstermijn van dertig jaar (§ 194 BGB jo. § 197 BGB). De bevrijdende verjaring heeft zwakke werking, hetgeen betekent dat de rechtsvordering verjaart, maar dat het eigendomsrecht blijft bij degene tegen wie de verjaring werkt. Er ontstaat aldus een door velen bekritiseerde toestand die men kan aanduiden als *dominium sine re*. Dit is niet het enige probleem van het Duitse verjaringsrecht. Jansen wijst er namelijk ook op dat de ‘verjaarde’ revindicatie – net als ten tijde van het Romeinse recht – onder bepaalde omstandigheden weer kan herleven. Dit is het gevolg van het feit dat het BGB met betrekking tot de bevrijdende verjaring van de revindicatie de *accessio possessionis*-regel kent (§ 198 BGB⁵). Toepassing van deze regel – die naar Jansen op vele plaatsen in zijn boek terecht opmerkt niet thuishoort bij bevrijdende verjaring – kan tot ongewenste uitkomsten leiden. De regel houdt in dat alleen de reguliere bezitsopvolger van een bezitter (jegens wie de revindicatie is verjaard) de termijn van zijn voorganger bij de zijne mag optellen. Wanneer een bezitter te kwader trouw na dertig jaar wordt bestolen, ontwaakt de revindicatie uit zijn slaap en gaat ten aanzien van de dief een nieuwe verjaringstermijn lopen. Jansen wijst er op p. 119-120 op dat § 198 BGB (mogelijk) eigenrichting beloont. Hij geeft het voorbeeld van een eigenaar die na meer dan dertig jaar een gestolen zaak aan de bezitter ont-futselt. In zo’n geval geldt in eerste instantie dat de bezitter op grond van bezitsbescherming (§ 861 BGB) jegens de eigenaar recht heeft op teruggave van de zaak. Aangezien het op grond van § 861 BGB herkegen bezit volgens Jansen en een aantal Duitse auteurs echter geen voortzetting vormt van het oude bezit, zou ten aanzien van de revindicatie een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen. Jansen vermeldt op deze plaats ook een aantal auteurs dat anders denkt over de materie.

Ten aanzien van zakelijke rechten op onroerend goed voorkomt het BGB dat zich de situatie kan voordoen waarin sprake is van *dominium sine re* door in § 902 BGB te bepalen dat rechtsvorderingen van degenen wier rechten in het *Grundbuch* zijn ingeschreven, onverjaarbaar zijn (zie p. 94-95). In § 1028 BGB is een uitzondering te vinden op deze regel. Dit artikel bepaalt dat een in het *Grundbuch* ingeschreven erfdienstbaarheid teniet gaat wanneer de tot de erfdienstbaarheid gerechtigde gedurende dertig jaar niet optreedt tegen een met de uitoefening van een erfdienstbaarheid strijdige toestand (p. 102-103).

3.2. Anglo-Amerikaans recht

Jansens vergelijking met het Anglo-Amerikaans recht richt zich in hoofdzaak op het Engelse recht, met een klein uitstapje naar het recht van de Amerikaanse staat New Jersey voor de bespreking van de *discovery rule* in het goederenrecht. Zij vormt een zeer lezenswaardig onderdeel van het proefschrift.

Het Engelse recht kent in beginsel slechts bevrijdende verjaring en geen verkrijgende verjaring. Een uitzondering vormt de *prescription* van erfdienstbaarheden, op grond van welke regeling erfdienstbaarheden ontstaan als gevolg van twintigjarige uitoefening (zie p. 166-178).

Bevrijdende verjaring van de vordering tot opeising van zowel roerende als onroerende zaken heeft sterke werking: de eigenaar verliest niet alleen zijn rechtsvordering, maar ook zijn recht (*title*). Jansen zet op p. 131 uiteen dat de structuur van het Engelse goederenrecht verkrijgende verjaring naast bevrijdende verjaring overbodig maakt. Hij geeft een voorbeeld van de eigenaar A wiens stuk land door B in bezit is genomen:

‘A kan het bezit van B met een bezitsactie op-eisen. Tijdens de verjaringstermijn verkeert B in een sterke positie. Zijn bezit geldt ten opzichte van de gehele wereld minus A als “title”. A is de enige die een beter recht op bezit dan B heeft. Wanneer A de mogelijkheid om het bezit van de zaak van B op te eisen verliest als gevolg van limitation, is B ten opzichte van de gehele wereld veilig. (...) Ook wanneer zich het geval voordoet dat de gewezen eigenaar na de verjaringstermijn het bezit van de zaak herkrijgt, zal hij de zaak moeten afgeven aan degene die de zaak gedurende de verjaringstermijn bezat.’⁶

Jansen besteedt ook uitvoerig aandacht aan het moeilijke leerstuk van de *adverse possession* mede in het licht van de in Nederland ook bekende zaak van *Pye v Graham* (p. 138-151). Van belang in dit verband is dat het Engelse verjaringsrecht ten aanzien *registered land* door het van kracht worden van de *Land Registration Act 2002* (waarover Jansen op p. 152) inmiddels ingrijpend is veranderd. Thans dient degene die tien jaar lang *adverse possessor* van geregistreerd land is geweest, een verzoek in te dienen om als ‘paper owner’ te worden ingeschreven. De eigenaar wordt vervolgens op de hoogte gesteld en alleen indien hij daarna gedurende twee jaar nalaat actie te ondernemen, verliest hij zijn recht.

Het Engelse recht laat bevrijdende verjaring niet onbeperkt toe bij gestolen roerende zaken. De verjaringstermijn begint in die gevallen pas te lopen als de zaak in handen van een *bona fide* koper is gekomen (p. 158). Op zichzelf lijkt Jansen weinig bezwaar te hebben tegen deze regeling maar hij merkt op p. 159 wel op dat het ‘vanuit leerstellig oogpunt onjuist [is] om goede trouw als vereiste voor de loop van de bevrijdende verjaring te stellen’.

5. § 221 BGB (Oud).

6. Het is mij overigens een raadsel hoe de laatste zin van het citaat zich verhoudt tot de weggelaten zin die direct volgt op het eerste deel van het citaat: ‘A’s eigendomsrecht behoudt waarde voor het geval waarin A of een van zijn rechtsopvolgers terugkeert in het bezit van de zaak.’

3.3. *Frans recht*

De belangrijkste vaststelling die te lezen valt in het Fransrechtelijke deel is dat de revindicatie naar Frans recht onverjaarbaar is. Jansen zet uiteen dat deze regel nauw samenhangt met het in Frankrijk gehuldigde standpunt dat een recht zonder rechtsvordering ondenkbaar is (p. 183). Dit betekent dat de bevrijdende verjaring van de revindicatie per definitie sterke werking moet hebben, hetgeen inhoudt dat met de verjaring van de rechtsvordering ook het eigendomsrecht tenietgaat. Wanneer aldan niet een ander tegelijkertijd de eigendom verkrijgt (omdat niet voldaan is aan de vereisten voor verkrijgende verjaring), ontstaat er een ‘onwenselijk goederenrechtelijk vacuüm’ (zie p. 179 en p. 189-190). Het voorkomen hiervan is de reden waarom men in Frankrijk van oudsher aanneemt dat de revindicatie onverjaarbaar is. Overigens is dit uitgangspunt moeilijk in overeenstemming te brengen met de woorden van art. 2262 Cc (oud):

‘Toutes les action, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans (...).’

Het *Cour de Cassation* heeft de in de literatuur verdedigde regel dat de revindicatie niet verjaart echter bevestigd in een arrest uit 1905 (*Le Cohu c Morvan*). De regel uit het arrest is in 2008 gecodificeerd door invoering van art. 2227 Cc⁷ (zie p. 190-192).

Al met al komt het erop neer dat naar Frans recht de eigenaar zijn revindicatie alleen verliest wanneer een ander de eigendom van de zaak verkrijgt (p. 183). Dit betekent dat het van belang is te bezien welke regelingen van verkrijgende verjaring het Franse recht kent. Ten aanzien van onroerende zaken wijst Jansen op p. 192 op art. 2272 Cc dat voorziet in een tienjarige en een dertigjarige verjaring. Voor de tienjarige verjaring is naast verjaringsbezit, goede trouw en een geldige titel vereist. Verjaringsbezitters die niet aan deze vereisten voldoen kunnen een beroep doen op de dertigjarige verjaringstermijn. Op p. 196 wordt uiteengezet dat art. 2261 Cc enige extra eisen stelt aan het verjaringsbezit:

‘Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.’

Ook ten aanzien van roerende zaken bestaat de dertigjarige verkrijging (p. 215 noot 105). Jansen wijst erop dat een dief in de meeste gevallen niet van deze regeling zal kunnen profiteren omdat zijn bezit als regel niet voldoet aan de vereisten die het hierboven geciteerde art. 2261 Cc stelt.

Van groot belang in verband met de verkrijging van roerende zaken is natuurlijk ook de ons uit het oud BW bekende regel dat ‘en fait de meubles, la possession vaut titre’ (art. 2276 Cc). Jansen besteedt op p. 201-215 aandacht aan dit leerstuk. Het artikel beschermt de bezitter te goeder trouw tegen de beschikkingsonbevoegdheid van zijn voorganger.

4. *Nederlands recht*

4.1. *Art. 3:105 BW: verkrijgende of bevrijdende verjaring?*

Jansens visie op het rechtskarakter van de regeling van art. 3:105 BW komt duidelijk tot uitdrukking op p. 14 waar hij schrijft:

‘Artikel 3:105 moet beschouwd worden als een artikel dat ten eerste het verlies van een recht regelt, en pas in tweede instantie en alleen uit dogmatische noodzaak, de verkrijging ervan.’

Het valt inderdaad niet te ontkennen dat art. 3:105 BW sterke werking verleent aan de verjaring van de vordering tot beëindiging van het bezit: de gerechtigde verliest na verjaring niet alleen zijn rechtsvordering, maar ook zijn recht. Dit verlies van recht is binnen het systeem van art. 3:105 BW echter het gevolg van de verkrijging van het recht door een ander. Het lijkt mij daarom toch zuiverder om art. 3:105 BW als een vorm van verkrijgende verjaring te beschouwen.

Jansen onderbouwt zijn stelling op p. 293 door erop te wijzen dat de voor de verjaring van art. 3:99 BW geldende *accessio possessionis*-regel (art. 3:102 lid 2 BW) niet geldt bij de verjaring van art. 3:105 BW. Zoals op vele plaatsen in het boek vermeld, ziet Jansen het niet van toepassing zijn van deze regel, als kenmerk van bevrijdende verjaring. Voorts wijst Jansen (op p. 293-296) op de verwantschap tussen de regeling van art. 3:105 BW en die van 3:106 BW. Deze laatste bepaling bevat een regeling van bevrijdende verjaring met sterke werking: een beperkt recht gaat teniet wanneer een vordering tot opheffing van een met het beperkte recht strijdige toestand is verjaard. De pogingen van Jansen om de mening ingang te doen vinden dat art. 3:105 BW in wezen een regeling van bevrijdende verjaring behelst, hangen ongetwijfeld samen met het feit dat hij ‘het stilzitten van de zijde van de rechthebbende’ naar wenselijk recht als een noodzakelijke voorwaarde ziet voor de verjaring op grond van art. 3:105 BW. Zoals eerder in het boek is gebleken, is dit stilzitten van de rechthebbende typisch een rechtvaardigingsgrond die past bij bevrijdende verjaring (zie bijvoorbeeld p. 15-17).

4.2. *De rechtvaardiging van de verkrijging door verjaring op grond van art. 3:105 BW*

Op p. 291 van het boek vindt men een interessant – maar enigszins moeizaam geformuleerd – betoog waarom art. 3:105 BW niet moet worden afgeschaft, maar moet worden aangepast. Het betoog komt erop neer dat door het afschaffen van art. 3:105 BW het kind (de rechtszekerheid) met het badwater (de mogelijkheid dat een eigenaar zijn recht verliest zonder dat hij dit kon voorkomen) wordt weggegooid.

7. ‘Le droit de propriété est imprescriptible.’

De rechtszekerheid die art. 3:105 BW brengt is een groot goed. Deze rechtszekerheid eist dat het recht zich op den duur bij de feiten aansluit (zie p. 13 waar men dit citaat van Meijers vindt). Art. 3:105 BW maakt het echter ook mogelijk dat een eigenaar – bijvoorbeeld in geval van diefstal – zijn recht door verjaring kwijtraakt, zonder dat hij ooit in staat is geweest zijn goed op te eisen, wegens het ontbreken van informatie omtrent de bezitter. In een dergelijk geval vormt de rechtszekerheid volgens Jansen ‘een te geringe rechtvaardiging voor de verkrijging van de *mala fide* bezitter’. Verkrijgende verjaring in het voordeel van de *mala fide* bezitter is volgens hem wel op zijn plaats indien er sprake is geweest van nalatigheid van degene in wiens nadeel de verkrijging werkt. Uitgangspunt bij het voorstel tot wijziging van art. 3:105 BW is dat dit laatste een absolute voorwaarde is voor toepassing van de regeling. Op de inhoud van de door Jansen voorgestelde wijzigingen wordt hieronder in § 4.4 nader ingegaan. Allereerst volgen echter enige opmerkingen over de werking van art. 3:105 BW in zijn huidige vorm, zoals deze door Jansen wordt beschreven.

4.3. Verrijking op grond van art. 3:105 BW in de praktijk

Jansen constateert op p. 259 dat er in de rechtspraak een tendens bestaat om art. 3:105 BW terughoudend toe te passen. Hij noemt hiervoor twee redenen, waarvan de eerste mij de wenkbrauwen wat deed fronsen. Deze is dat verkrijging langs de weg van art. 3:105 BW van een onroerende zaak of een erfdiensbaarheid, leidt tot ‘ongewenste registervervuiling’. De tweede reden, die mij veel meer aanspreekt, is de wens de eigenaar te beschermen in wiens nadeel het artikel werkt.

4.3.1. Registervervuiling

Met ‘registervervuiling’ als gevolg van verkrijgende verjaring, doelt Jansen op het verschijnsel dat de verkrijging door verjaring van een registergoed niet in de openbare registers hoeft te worden ingeschreven.⁸ Ik kan mij niet voorstellen dat er in Nederland ook maar één rechter is die in verband hiermee terughoudend is met het toepassen van art. 3:105 BW.

Bij wijze van illustratie van zijn stelling wijst Jansen (p. 262-272) op de interessante literatuur en jurisprudentie rond de vraag wat rechtens is als een koper en verkoper van een registergoed nalaten een leveringsakte te doen opmaken bij de notaris. Kan de koper die de feitelijke beschikking over het registergoed heeft verkregen in zo'n geval door verjaring op grond van art. 3:105 BW eigenaar worden? Deze problematiek houdt volgens mij verband met de verschillende visies op bezit en bezitsverkrijging en niet met het risico op ‘ongewenste registervervuiling’. Jansens visie op de problematiek is overigens dat een verkoper aan een koper bezit kan verschaffen, ook al weet hij dat hij zelf eigenaar blijft (p. 266). Hij verwerpt de mening van onder meer Eggen dat bezit

de schijn van eigendom is en dat partijen bezit en eigendom niet van elkaar kunnen scheiden (zie p. 263 en p. 268).

4.3.2. Bescherming van de eigenaar

Jansen brengt de tendens om art. 3:105 BW restrictief toe te passen mijns inziens terecht in verband met de behoefte die in de rechtspraak gevoeld wordt de eigenaar te beschermen tegen de werking van de bepaling. Dit gevoel wordt door Verstijlen in zijn noot onder HR 10 oktober 2008, NJ 2009, 1 (Duijf/Bolt) als volgt kernachtig geformuleerd:

‘Verjaring is een verschrikkelijk iets, omdat iemand op basis van louter schijn, zijn recht wordt ontnomen. Met het oog op de rechtszekerheid voegt de juridische werkelijkheid zich soms toch ten detrimente van de rechthebbende naar de schijn.’

Aan de terughoudende toepassing van art. 3:105 BW liggen volgens Jansen de te strenge bezitsvereisten ten grondslag. Op p. 273 citeert hij een overweging uit HR 15 januari 1993, NJ 1993, 178 (Baaijens-Frunt/Wijers):

‘Niet dubbelzinnig bezit is aanwezig wanneer 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.’

Jansen is kritisch over deze passage en wijst erop dat er ook ‘pretenteloze’ bezitters bestaan, zoals een dief.⁹ Voor het aannemen van bezit zou het voldoende zijn dat iemand feitelijke heerschappij over een zaak voor zichzelf uitoefent (p. 272). Mijns inziens dient men ‘het pretenderen eigenaar te zijn’ zoals bedoeld in de overweging van de Hoge Raad zodanig te begrijpen dat het niet gaat om de subjectieve beleving van de bezitter, maar om het objectieve feit of iemand zich – in de ogen van anderen en in het bijzonder in die van de eigenaar – gedraagt zoals een eigenaar zich gedraagt. Zo bezien pretendeert ook een dief eigenaar te zijn.

Jansen heeft wel gelijk dat de interpretatie van het ondubbelzinnigheidsvereiste door A-G Langemeijer (in zijn conclusie bij HR 4 juni 2004, LJN: AO6014, onder 2.9) te ver gaat:

-
8. Verrijking door verjaring is wel een inschrijfbaar feit (art. 3:17 lid 1 onder i BW). Art. 24 lid 1 BW is op verjaring niet van toepassing (zie art. 24 lid 2 onder e BW), zodat het niet inschrijven van de verjaring niet in de weg staat aan de mogelijkheid de verjaring aan derden tegen te werpen.
9. Jansen verwijst hier naar MvA bij art. 3.5.8 (art. 3:114), PG Boek 3, p. 436.

‘Het voorgaande maakt duidelijk dat het gebruik van de grond als moestuin en het onderhouden van de omheining – stuk voor stuk handelingen, die ook een huurder, pachter, vruchtgebruiker, bruiklenner enz. zou kunnen verrichten – nog niet behoeft te duiden op de pretentie van [eiser] dat hij de eigenaar van het omstreden perceelsgedeelte is.’

Jansen wijst er terecht op dat in deze benadering bezitsverkrijging van onroerende zaken *de facto* onmogelijk wordt: bijna alle eigendomshandelingen kunnen (in theorie) immers ook door een huurder of vruchtgebruiker worden verricht. Een beroep op de ondubbelzinnigheid van het bezit zou hier alleen moeten kunnen slagen wanneer de eigenaar *enige reden* had aan te nemen dat bijvoorbeeld krachtens huur of vruchtgebruik werd gehandeld.¹⁰

4.4. De voorgestelde aanpassingen

Het verlies van een recht op grond van art. 3:105 BW is in de ogen van Jansen alleen rechtvaardig wanneer de rechthebbende zijn verlies had kunnen voorkomen. Op p. 299 stelt hij dat bevrijdende verjaring onrechtvaardig is wanneer de schuldeiser zijn recht niet heeft verwerkt. De wijzigingen in het BW die Jansen voorstelt hangen samen met zijn pleidooi om art. 3:105 BW te beschouwen als goederenrechtelijke rechtsverwerking.

Art. 3:105 BW moet volgens Jansen op twee punten worden aangepast. In de eerste plaats moet komen te gelden dat de revindicatie ten aanzien van roerende zaken – naar het voorbeeld van het bepaalde in art. 3:310a BW en art. 3:310b BW – pas begint te lopen op het ogenblik waarop de eigenaar op de hoogte is van de identiteit van de bezitter en de locatie van zijn zaak. In beginsel sta ik positief tegenover dit voorstel, maar ik merk daarbij wel op dat de introductie van *discovery rule* kan leiden tot onzekerheid over het aanvangstijdstip van de verkrijgende verjaringstermijn en daarmee over de eigendomsverhoudingen. Verder vraag ik mij af of – en zo ja, in hoeverre – Jansen een inspanningsverplichting op de bestolene wil leggen om de zaak te trachten te herkwijgen. Ten aanzien van de goederenrechtelijke *discovery rule* zoals die geldt in de staat New Jersey, vermeldt Jansen op p. 164-165 dat een dergelijke inspanningsverplichting bestaat.

Aan de invoering van de *discovery rule* zou minder behoefte bestaan indien de stelling van Van Schaick juist is dat een dief veelal geen bezitter is.¹¹ Jansen bestrijdt deze stelling naar mijn mening terecht.¹² Naar Frans recht geldt dat een dief als regel niet kan profiteren van de dertigjarige verkrijgende verjaring (p. 215). In dat rechtssysteem wordt aan het verjaringsbezit – anders dan in het onze – echter de extra eis gesteld dat dit niet door middel van geweld of heimelijk is verkregen (2261 Cc).

De tweede wijziging die Jansen voorstelt, is dat niet-voortdurende erfdienstbaarheden (zoals een erfdienstbaarheid van overpad) niet langs de weg van art. 3:105 BW kunnen ontstaan (p. 302). Hiertoe stelt hij voor de *actio negatoria* ten aanzien van deze erfdienstbaarheden onverjaarbaar te maken (p. 310).¹³ Ook met dit voorstel kan ik van harte instemmen. De reden hiervoor is dat de grens tussen het als gunst toelaten van een handeling die correspondeert met de uitoefening van een niet-voortdurende erfdienstbaarheid en het berusten in andermans bezit van een niet-voortdurende erfdienstbaarheid, moeilijk te trekken valt. Overigens zou ik nog een stap verder willen gaan en – net als in het ontwerp van Meijers¹⁴ – elke verkrijging van een erfdienstbaarheid niet te goeder trouw willen uitsluiten. De vordering tot ongedaanmaking van een met de uitoefening van een voortdurende erfdienstbaarheid corresponderende onrechtmatige toestand, zou naar mijn mening echter verjaarbaar moeten blijven. Dit betekent dat na twintig jaar de verwijdering van bijvoorbeeld een overhangend balkon of van bomen binnen twee meter van de erfgrens (zie art. 5:42 BW) niet meer gevorderd kan worden. Er bestaat echter een belangrijk verschil tussen deze situatie en de situatie waarin een recht van erfdienstbaarheid is ontstaan. Anders dan in het laatste geval, bestaat er in het eerste geval namelijk geen recht tot herbouw of herplanten, wanneer de oorspronkelijke onrechtmatige toestand opgehouden heeft te bestaan.¹⁵

5. Tot slot

Jansen toont zich in zijn proefschrift een onafhankelijk en systematisch denker. Het Romeinsrechtelijke deel maakte op mij soms een wat rommelige indruk, maar dat hangt ongetwijfeld samen met de door de auteur gekozen a-historische pandektistische opzet (zie p. 6). Het rechtsvergelijkende deel van het proefschrift is diepgravend en zeer lezenswaardig. Positief te waarderen is ook het feit dat de in het rechtshistorische deel uitgezette lijnen worden voortgezet in het rechtsvergelijkende en het Nederlandsrechtelijke

10. Zie p. 276-277 van het proefschrift en vgl. P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 31.
11. Zie A.C. van Schaick, *WPNR* (2005) 6617, p. 289-290 alsmede zijn Redactioneel in *NTBR* (2011), nr. 25, p. 187-188; in deze laatste bijdrage stelt Van Schaick dat de dief houder is in feitelijke zin, maar niet in de (enge) juridische zin van art. 3:108 BW. Ik vraag mij daarbij af wie er in geval van diefstal zijns inziens dan wel houder in juridische zin is.
12. Zie p. 277-278. Zie ook J.E. Jansen, *WPNR* (2005) 6639, p. 801-803 en A.F. Salomons, *WPNR* (2005) 6639, p. 803-806, alsmede P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 51-53.
13. Aan verkrijging door verjaring van een niet-voortdurende erfdienstbaarheid op grond van art. 3:99 BW – zoals in HR 5 februari 2010, *LJN*: BK6588, *NJ* 2010, 294 (Rodewijk/Bouwman) – staat dit niet in de weg.
14. Zie VV II bij art. 5.6.3 (5:72), PG Boek 5, p. 261-262.
15. Zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631 (anders nog in de druk uit 2001) en P.C. van Es, *De actio negatoria* (diss. Leiden 2005), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 295 noot 75.

lijke deel. Ik kan mij voorstellen dat de meer op de praktijk gerichte jurist af en toe een zucht van lichte vermoeidheid slaakt bij de leerstellige benadering van Jansen, maar dat hoeft aan een goed proefschrift natuurlijk niet in de weg te staan.

*Mr. PC. van Es**

* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR.
(P.C.vanEs@law.leidenuniv.nl)