

RVR 2017/39

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

24 februari 2017, nr. 15/01948

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)

Art. 3:105, 6:106, 6:162 BW

NJB 2017/563

JWB 2017/85

Gst. 2017/77

RvdW 2017/298

ECLI:NL:PHR:2016:532

ECLI:NL:HR:2017:309

Eigendomsverkrjiging door verjaring. Onrechtmatige daad. Schadevergoeding in natura.**Is sprake van voldoende kenbare bezitsdaden? Bestaat de mogelijkheid voor de oorspronkelijke eigenaar om op grond van onrechtmatige daad zijn eigendom terug te vorderen?**

Deze zaak draait om een bosperceel van ruim 400m² dat eigendom is van de gemeente Heusden. Het bosperceel is op enig moment door de eigenaar van het naburige perceel (hierna: de bezitter) in gebruik genomen en omheind met een 1,40 meter hoog hekwerk. Het bosperceel is moeilijk toegankelijk en alleen bereikbaar via een afsluitbare poort en het naburige perceel van de bezitter. In 2003 heeft de gemeente de bezitter aangeschreven met het verzoek om het bosperceel te ontruimen. De bezitter heeft dat geweigerd met een beroep op verjaring. In de procedure stelt de bezitter dat hij gedurende meer dan 20 jaar het onduubbelzinnig en voortdurend bezit van het bosperceel heeft gehad en dus door bevrijdende verjaring daarvan eigenaar is geworden.

Rb.: De rechtbank heeft de vordering van de bezitter afgewezen, omdat zijn inbreuken op het eigendomsrecht niet voldoende kenbaar zouden zijn geweest voor de gemeente. Het bosperceel was dichtbebost, moeilijk toegankelijk en voor de gemeente was het niet onmiddellijk zichtbaar dat het bosperceel in gebruik was genomen en dat een omheining was geplaatst.

Hof: Het hof vernietigt het vonnis en oordeelt dat het omheinen, het onderhouden, het bouwen van twee boshutten, het aanleggen van een jeu-de-boulesbaan en het plaatsen van een houtopslagplaats, moet worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie rechthebbende te zijn. Deze bezitsdaden waren openbaar en de gemeente had daarvan ook kennis kunnen nemen.

HR: De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand. Het enkele feit dat het bosperceel moeilijk

begaanbaar of toegankelijk is, kan niet afdoen aan het feitelijke oordeel dat sprake was van voortdurende bezitsdaden die objectief gezien naar buiten toe kenbaar waren. Dat het voor gemeenten bezwaard kan zijn om al haar (bos) percelen periodiek op bezitsinbreuken te controleren, is voor dat oordeel niet relevant. Ten overvloede oordeelt de Hoge Raad dat de gemeente niettemin mogelijk nog een vordering uit onrechtmatige daad op de bezitter heeft, wegens het destijds te kwader trouw in bezit nemen van het bosperceel. De door de bezitter te vergoeden schade kan in dat geval bestaan in het terugleveren van de wederrechtelijk in bezit genomen grond, aldus de Hoge Raad.

Zie ook:

- Parket HR 17 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:532: de conclusie van de AG in deze zaak;
- HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743;
- Parket HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6754;
- HR 6 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7836;
- HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0826;
- HR 7 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7496;
- Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:264: opvolgend bezitter te goeder trouw;
- Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:42: arrest waarvan cassatie;
- B. Hoops & L.C.A. Verstappen, "Van 20 naar 40 jaar: De Hoge Raad helpt eigenaars in de strijd tegen landjepik", *WPNR* 2017, 7143;
- Aanhangsel *Handelingen II 2004/05*, 332: Beantwoording Kamervragen inzake de diefstal en veiling van cultuurgoederen.

Zie anders:

- HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635: inzake de uitleg van de schadeveroorzakende gebeurtenis ex artikel 3:310 lid 1 BW;
- Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:599: bezit van gemeentegrond mag niet te snel worden aangenomen; het gebruiken, verwijderen beplanting gemeente, bestrating vernieuwen en bloemenperk aanleggen met stenen omrand is onvoldoende voor kenbaar bezit;
- Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3422: het gebruik, het daarop planten van een laurierhaag met toegangspoort en het aanbrengen een toegangspad is geen voldoende kenbare inbezitneming;

- Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3179: het gebruik, het bestraten, het omzomen met bielzen zodanig dat e.e.a. optisch één geheel vormt, is onvoldoende voor inbezitneming;
- Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2075: het plaatsen van het hekwerk was in dit geval onvoldoende voor het aannemen van bezit;
- *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 415: inzake de terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring;
- *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013*, nr. 560: terugwerkende kracht verkrijgende verjaring;
- A.C. van Schaick, 'De terugwerkende kracht van de verkrijgende verjaring', *WPNR* 2011, 6887.

Wenk:

Dit arrest gaat over de verkrijging van eigendom door bevrijdende verjaring conform art. 3:105 BW. Dit artikel bepaalt dat de bezitter van een goed na verloop van 20 jaar eigenaar daarvan kan worden, ook als hij weet dat het goed niet van hem is. Er bestaat veel jurisprudentie over deze vorm van eigendomsverkrijging door verjaring. Het leerstuk speelt veelvuldig een rol bij burengeschillen over de erfgrans. Ook gemeenten hebben vaak te maken met een beroep op verjaring indien een strook openbaar groen bij een particuliere tuin is getrokken (het zogenaamde 'snippergroen'). Tot nog toe beperkten deze geschillen zich vooral tot de vraag of is voldaan aan de wettelijke vereisten voor het 'bezit' van de grond gedurende 20 jaar. In het eerste deel van het arrest is op dit punt niet zoveel nieuws onder de zon. De Hoge Raad bevestigt de objectieve maatstaf: het bezit moet ondubbelzinnig en naar buiten toe kenbaar te zijn. Het maakt daarbij geen verschil of het een bosrijk perceel is dat moeilijk toegankelijk of begaanbaar is. Ook het feit dat de gemeente de bezitsdaden alleen had kunnen waarnemen door ter plaatse nader onderzoek te doen, doet daar niet aan af. De maatstaf is of – objectief bezien – sprake was van bezitsdaden die naar buiten toe voldoende kenbaar waren en ondubbelzinnig wezen op een eigendomspretentie.

Het bijzondere in dit arrest zit vooral in de overwegingen 'ten overvloede'. Hoewel de bezitter ex art. 3:105 BW door het enkele verloop van 20 jaar eigenaar van de grond kan worden, laat dit volgens de Hoge Raad onverlet dat de oorspronkelijke eigenaar de bezitter te kwader trouw alsnog aanspreekt op grond van een onrechtmatige daad. Het in bezit nemen en houden van grond, wetende dat iemand anders daarvan eigenaar

is, is namelijk onrechtmatig jegens die eigenaar. Volgens de Hoge Raad kan in dat geval bij wijze van schadevergoeding in natura ex art. 6:106 BW worden bepaald dat de grond alsnog in eigendom moet worden teruggeleverd aan de oorspronkelijke eigenaar.

Het arrest is baanbrekend. Tot op heden werd vrij algemeen aangenomen dat geen correctie op de verkrijging van eigendom door bevrijdende verjaring mogelijk was. Het eigendomsrecht van de oorspronkelijke eigenaar gaat door voltooiing van de verjaring teniet en de bezitter wordt van rechtswege eigenaar. De oorspronkelijke eigenaar kon daar niets meer tegen doen. Verder werd in de literatuur aangenomen dat de verjaring terugwerkende kracht heeft. Een vordering uit onrechtmatige daad zou dan ook niet meer mogelijk zijn, omdat de bezitter immers geacht werd steeds eigenaar te zijn geweest. Bovendien zou een vordering uit onrechtmatige daad ook reeds verjaard zijn, omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis immers zou bestaan uit het moment van de inbezitneming.

De Hoge Raad breekt met deze lijn en zet de deur open voor een tegenvordering op de bezitter te kwader trouw. De schadeveroorzakende gebeurtenis ex art. 3:310 lid 1 BW is volgens de Hoge Raad niet het moment van de inbezitneming, maar het moment waarop de eigendom door verjaring wordt verloren. Die vordering verjaart pas 5 jaar nadat de oorspronkelijke eigenaar op de hoogte is geraakt van zijn eigendomsverlies, of in ieder geval 20 jaar na de eigendomsverkrijging door verjaring. De oorspronkelijke eigenaar heeft dus in feite tot maximaal 40 jaar de tijd om haar in bezit genomen grond terug te krijgen. Impliciet oordeelt de Hoge Raad hiermee dus ook dat de verkrijging door verjaring geen terugwerkende kracht heeft. Bijzonder is dat de Hoge Raad zich mede baseert op de beantwoording van Kamervragen in 2004 over de diefstal van cultuuroederen. Het ligt niet direct in de rede om de bedoeling van de wetgever bij de werking van art. 3:105 BW hieruit af te leiden.

Voor het slagen van een vordering uit onrechtmatige daad zal wel steeds moeten worden vastgesteld dat de bezitter niet te goeder trouw was. Aangezien een bezitter op grond van art. 3:118 lid 3 BW wordt vermoed te goeder trouw te zijn, rust de bewijslast voor het tegendeel op de oorspronkelijke eigenaar. Dat zal niet altijd eenvoudig zijn. Bovendien heeft het Hof Amsterdam onlangs nog bepaald dat de opvolgend bezitter, die in het kader van een eigendomsoverdracht onbewust het (onrechtmatige) bezit

van een strook grond voortzet, te goeder trouw zal kunnen zijn.

Het is niettemin de vraag of na dit arrest nog vaak een (succesvol) beroep op bevrijdende verjaring zal worden gedaan. Immers de bezitter die een beroep op bevrijdende verjaring wil doen, moet zich realiseren dat hij – eventueel in diezelfde procedure – geconfronteerd kan worden met een tegenvordering van de oorspronkelijke eigenaar en de grond dan alsnog moet afstaan. De Hoge Raad heeft met dit arrest duidelijk paal en perk willen stellen aan de verkrijging van eigendom door 'landjepik'.

Gemeente Heusden, te Vlijmen, eiseres tot cassatie, adv.: mr. D.M. de Knijff, tegen

1. De gezamenlijke erven van M.,
 2. B.
- verweerders in cassatie, adv.: mr. M.J. van Basten Batenburg.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak C/01/248328/HA ZA 12-543 van de Rechtbank Oost-Brabant van 26 september 2012 en 28 augustus 2013;
 - b. het arrest in de zaak HD 200.136.188/01 van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 13 januari 2015.
- (...)

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft de Gemeente beroep in cassatie ingesteld. (...)

M. c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot verwerping.

De advocaat van de Gemeente heeft bij brief van 1 juli 2016 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) M. c.s. zijn sinds 23 februari 1973 eigenaar van het perceel a-straat te Drunen, kadastraal bekend gemeente Drunen, sectie L, nummer 001.
- (ii) Achter het perceel van M. c.s. is een bosperceel (houtwal) gelegen, dat volgens de kadastrale gegevens in eigendom toebehoort aan de Gemeente. Door het bosperceel loopt vanaf het perceel van M. c.s. een pad naar de achtergelegen Heidijk.

(iii) M. c.s. hebben op enig moment een deel van het bosperceel (ter grootte van ruim 400 m²) achter hun perceel omheind. De door hen geplaatste afrastering is ongeveer 1,40 meter hoog en bestaat uit aluminium staanders met geplastificeerd gaas, met daarin een opening met een afsluitbaar hek. Vanuit het bosperceel is de door hen omheinde strook (hierna ook: de strook) alleen bereikbaar via een uitsluitend door M. c.s. afsluitbaar poortje.

(iv) Bij brief van 8 januari 2003, verzonden op 13 januari 2003, heeft de Gemeente aan M. onder meer het volgende geschreven:

“De gemeente gaat werkzaamheden uitvoeren (...) op de stroken grond langs de Heidijk. Daarbij dient ook beschikt te worden over de stukken grond, die eigendom van de gemeente zijn, maar bij u in gebruik. In verband hiermee zeggen wij u hierbij en thans de overeenkomst tot gebruik van het stuk gemeentegrond, grenzend aan uw perceel, op, en wel met ingang van 1 april 2003.”

Bij deze brief is een kaartje met datum 20 december 2002 gevoegd, waarop de strook is gearceerd en voorzien van de opmerking “illegaal gebruik gemeentegrond”.

(v) M. heeft de Gemeente op 22 januari 2003 onder meer geschreven dat er geen gebruiksovereenkomst met de Gemeente was, dat het stuk grond niet illegaal bij hem in gebruik was, en dat hij naar zijn mening door verjaring eigenaar van de strook was geworden. Voorts schreef hij dat het gebruik van de strook open en bloot was (“(...) iedereen kan en kon dit constateren.”)

(vi) De Gemeente heeft op 29 januari 2003 onder meer als volgt geantwoord:

“Dezerzijds wordt er echter van uit gegaan dat er van een overeenkomst sprake is als iets oorspronkelijk mondeling is afgesproken. (...)

Het woord ‘illegaal’ had bij nader inzien beter vervangen kunnen worden door ‘betwist’. In die betekenis is het inderdaad bedoeld. Overigens kan open en bloot gebruik van iets best illegaal zijn. Iets illegaals hoeft niet per se in het geniep te gebeuren.”

3.2.1 In dit geding vorderen M. c.s., kort gezegd en voor zover in cassatie van belang, te verklaren voor recht dat zij de strook door verjaring in eigendom hebben verkregen en de Gemeente te veroordelen medewerking te verlenen aan notariële vastlegging van die verkrijging. Zij leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat zij vanaf 1974, althans 1980, bezitters van de strook zijn geweest en aldus de eigendom daarvan verkregen hebben op de voet van art. 3:105 lid 1 BW.

De Gemeente bestrijdt de vordering en vordert in reconventie, kort gezegd en voor zover in cassatie van belang, ontruiming van de

strook en een verbod die nog te gebruiken of te betreden.

De rechtbank heeft, na een plaatsopneming, de vorderingen van M. c.s. afgewezen en die van de Gemeente toegewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de (in hoger beroep vermeerderde) vorderingen van M. c.s. toegewezen, met afwijzing van die van de Gemeente.

Het hof heeft daartoe allereerst vastgesteld dat M. c.s. de strook hebben omheind en afgesloten, hebben onderhouden, daarop twee boshutten hebben gebouwd, alsmede een deel van een jeu-de-boulesbaan en een houtopslagplaats hebben aangelegd (rov. 3.4.3-3.4.4). Vervolgens heeft het als volgt overwogen:

“3.4.6 (...) Volgens artikel 1992 (oud) BW - de inhoud van deze bepaling geldt ook voor het huidige recht - is voor verkrijging van eigendom door verjaring onder meer vereist het niet dubbelzinnig bezit als eigenaar. Een dergelijk 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 (HR 15 januari 1993, NJ 1993/178).

De Gemeente heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat zij mocht veronderstellen dat M. c.s. zich bij het gebruik van de omstreden strook grond niet als eigenaars beschouwden maar op andere gronden meenden dat zij deze grond van de Gemeente mochten gebruiken, zodat de eigendom van de Gemeente geen gevaar liep (HR 26 februari 1915, W9864). Dat de Gemeente van oordeel heeft kunnen zijn dat M. c.s. zich slechts als huurders of gebruikers gedroegen (zodat van dubbelzinnigheid sprake zou kunnen zijn) is gezien de door M. c.s. verrichte handelingen - in het bijzonder het omheinen en afsluitbaar maken van de tuin, inclusief de omstreden strook grond - niet aannemelijk. Daarnaast is gesteld noch gebleken dat er sprake was van huur of overeengekomen gebruik. In tegendeel, ter gelegenheid van het pleidooi daarnaar gevraagd heeft de gemeente verklaard dat haar eerder in voornoemde brieven in die zin ingenomen standpunt niet juist is geweest. Van een dergelijke dubbelzinnigheid is in dit geval dus geen sprake. M. c.s. kunnen zich derhalve terecht beroepen op openbaar en ondubbelzinnig bezit.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen kunnen de door M. c.s. verrichte handelingen op de omstreden strook dan ook worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie rechthebbende te zijn.

3.4.7. Het hof is van oordeel dat deze pretentie aan de Gemeente kan worden tegengeworpen, omdat dit handelen van M. c.s.

openbaar was en daarmee voor de Gemeente kenbaar.

Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat uit het enkele (door M. c.s. overigens gemotiveerd betwiste) feit dat van buitenaf niet onmiddellijk zichtbaar zou zijn dat M. c.s. de strook grond in gebruik hebben genomen en vooral dat zij deze hebben omheind - omdat de door hen geplaatste afrastering vanaf het pad op de Heidijk tijdens de descente in 2013 nauwelijks te zien was, en zonder gericht onderzoek ter plaatse niet is vast te stellen waar de tuin van M. c.s. eindigt en de houtwal (het bosperceel) begint - niet zondermeer volgt 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 Heidijk 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 (vgl. de datering van het kaartje, gevoegd bij de brief van 8/13 januari 2003) ter plaatse dergelijk onderzoek heeft gedaan.

De Gemeente stelt slechts dat zij niet eerder dan in 2003 aanleiding had ervan uit te gaan dat de strook grond in bezit zou worden genomen met de pretentie van eigendom. Deze laatste stelling is door M. c.s. betwist, waarbij zij onder meer hebben gewezen op de hierboven in r.o. 3.1.4. en 3.1.5. geciteerde correspondentie, waaruit volgens M. c.s. blijkt dat de Gemeente al vóór 2003 op de hoogte was van het feit dat M. c.s. de strook grond bij hun tuin hadden getrokken.

Wat daar van zij, het feit dat de Gemeente zelf niet eerder dan in 2002/2003 haar eigendomsgrenzen heeft geïnspecteerd kan er niet toe leiden dat het bezit van M. c.s. niet kenbaar moet worden geacht.”

Vervolgens heeft het hof overwogen dat het bezit van M. c.s. op het moment dat zij de hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde brief van de Gemeente ontvingen, reeds meer dan twintig jaar had geduurd (rov. 3.4.8-3.4.9).

3.3.1 Onderdeel 1 richt rechtsklachten tegen rov. 3.4.7. Onderdeel 1.1 keert zich tegen het oordeel van het hof dat voor verjaring voldoende is dat door een inspectie voor de Gemeente kenbaar zou zijn geweest dat M. c.s. de strook in bezit hebben genomen. Het betoogt dat het bij de beantwoording van de vraag of sprake is van bezit, aankomt op uiterlijke kenmerken waaruit naar verkeersopvattingen een wilsverklaring kan worden afgeleid als rechthebbende op te treden. Bij de beoordeling van de vraag of de rechthebbende tegen wie de verjaring is ge-

richt, uit de gedragingen van degene die zich op verjaring wil beroepen, duidelijk kan opmaken dat deze pretendeert rechthebbende te zijn, moeten alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de bestemming van het goed waarom het gaat, in aanmerking worden genomen. Van het voor verjaring vereiste bezit is niet (zonder meer) sprake indien voor derden, althans voor een eigenaar, eerst na gericht onderzoek ter plaatse kenbaar is dat daden worden verricht die mogelijk als bezitsdaden zijn te kwalificeren.

Onderdeel 1.2 betoogt dat van de rechthebbende niet kan worden gevergd dat hij ter voorkoming van het enkel door tijdsverloop verloren gaan van zijn recht, steeds of met zekere regelmaat ter plaatse onderzoekt of van mogelijke bezitsdaden sprake is, indien die bezitsdaden uiterlijk niet (aanstonds zonder onderzoek) waarneembaar zijn. Dit kan te minder worden gevergd indien het gaat om bosgronden of ruigtegebieden die vanwege de dichte begroeiing onbegaanbaar of moeilijk toegankelijk zijn en die naar hun aard minder intensief (of in het geheel niet) door de rechthebbende worden gebruikt.

3.3.2 Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

Ingevolge art. 3:314 lid 2 BW, voor zover in deze zaak van belang, vangt de verjaringstermijn van een rechtsvordering die strekt tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende aan op de dag nadat de niet-rechthebbende bezitter is geworden.

Uit art. 3:107 lid 1 BW in verbinding met art. 3:108 BW volgt dat de vraag of iemand bezitter is, moet worden beantwoord naar verkeersopvatting, met inachtneming van de regels die in de daaropvolgende wetsartikelen worden gegeven en overigens op grond van uiterlijke feiten. 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.

Anders dan onder het recht zoals dat gold tot 1992, noemt de wet als vereisten voor bezit niet meer met zoveel woorden dat het 'niet dubbelzinnig' en 'openbaar' is. Uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2.7 en 2.7 vermelde wetsgeschiedenis blijkt evenwel dat ook naar het huidige recht deze eisen gelden en dat beide eigenschappen in het wettelijke begrip 'bezit' besloten liggen.

'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 (HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993: ZC0826, NJ 1993/178 (rov. 3.2)), hetgeen naar objectieve maatstaven beoordeeld moet worden.

3.3.3 In een geval als het onderhavige gaat aan het bezit van de niet-rechthebbende – die het bezit immers niet overgedragen gekregen heeft – inbezitneming vooraf. Daaromtrent bepaalt art. 3:113 lid 2 BW dat voor inbezitneming van een goed dat in het bezit van een ander is, enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen ontoereikend zijn. Vereist is dat de machtsuitoefening zodanig is dat naar verkeersopvatting het bezit van de oorspronkelijke bezitter wordt tenietgedaan. (Vgl. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, NJ 2016/78 (rov. 3.4.2)).

3.4 De onderdelen 1.1 en 1.2 zijn ongegrond. 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. Het hof heeft dan ook zonder miskening van enige rechtsregel kunnen oordelen dat M. c.s. door de handelingen, weergegeven hiervoor in 3.1 onder (iii) en het begin van 3.2.2, de grond in bezit hebben genomen. Daaraan doet niet af dat de Gemeente van die bezitsdaden niet dan na onderzoek op de hoogte kon raken. Hoezeer het ook voor eigenaren van met name moeilijk begaanbare of moeilijk toegankelijke percelen bezwaard 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.

3.5 Onderdeel 2.2 keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen de verwerving in rov. 3.4.6 van het in rov. 3.4.5 vermelde verweer van de Gemeente, inhoudende, kort gezegd, dat van ondubbelzinnig bezit geen sprake is nu de handelingen van M. c.s. ook die van gebruikers of huurders van de omstreken strook kunnen zijn.

Ook deze klacht mist doel. 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, behoefde het bedoelde verweer het hof niet tot een ander oordeel te brengen (vgl. HR 18 september 2015, vermeld hiervoor in 3.3.3).

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beant-

woording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.7.1 Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen.

3.7.2 Dat de vordering van M. c.s. in dit geding is toegewezen en die van de Gemeente is afgewezen, is mede het gevolg van de keuze van de wetgever een beroep op eigendomsverrijking als bedoeld in art. 3:314 lid 2 BW in verbinding met art. 3:105 lid 1 BW niet te onzeggen aan de partij zelf die te kwader trouw de zaak in bezit heeft genomen. Aan deze keuze van de wetgever ligt wat betreft art. 3:105 BW ten grondslag dat in het ontwerp van het BW is “gebroken met de [destijds] bestaande anomalie, dat de werkelijke rechthebbende de zaak niet kan opvorderen en anderzijds de bezitter in zijn bezit beschermd wordt, maar met niet meer dan bezitsacties. 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.” (Parl. Gesch. Boek 3, p. 416).

Aan de eigendomsverrijking 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.

3.7.3 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 van de wetgever, het stelsel van de wet en in het bijzonder de door art. 3:105 BW teweeggebrachte eigendomsverrijking, niet in de weg.

In een dergelijk geval ligt het voor de hand dat de rechter, indien de gedeposeerde dat vordert en de occupant nog steeds eigenaar is, op de voet van art. 6:103 BW de bezitter veroordeelt bij wijze van schadevergoeding de wederrechtelijk in bezit genomen zaak aan de benadeelde in eigendom over te dragen.

Een en ander strookt met de opmerkingen die de minister in 2004 over de werking van art. 3:105 lid 1 BW heeft gemaakt:

“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)”

3.7.4 Opmerking verdient daarbij nog het volgende.

(a) 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.

(b) 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.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak

aan de zijde van M. c.s. begroot op € 393,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Conclusie A-G mr. E.B. Rank-Berenschot:

Inzet van dit geding is de vraag of M. c.s. door verjaring op de voet van art. 3:105 BW eigendom hebben verkregen van een stuk bosperceel dat volgens de kadastrale registratie in eigendom toebehoort aan de Gemeente.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.¹

a. M. c.s. zijn sinds 23 februari 1973 eigenaar van het perceel a-straat te Drunen, kadastraal bekend gemeente Drunen, sectie L, nummer 001.

b. Ten zuiden van de kadastrale grens aan de achterzijde van het perceel van M. c.s. is een bosperceel (houtwal) gelegen.² Tussen partijen staat vast dat volgens de kadastrale gegevens de eigendom van het bosperceel toebehoort aan de Gemeente. Door het bosperceel loopt vanaf het perceel van M. c.s. een pad naar de achtergelegen Heidijk.

c. M. c.s. hebben op enig moment een deel van het bosperceel (ruim 400 m²) achter hun perceel omheind. De door hen geplaatste afrastering is ongeveer 1.40 meter hoog en bestaat uit aluminium staanders met geplastificeerd gaas, met daarin een opening met een afsluitbaar hek. Vanuit het bosperceel is de door hen omheinde strook (hierna ook: de strook³) alleen bereikbaar via een afsluitbaar poortje.

d. Bij brief van 8 januari 2003⁴, verzonden op 13 januari 2003, heeft de Gemeente aan M. onder meer het volgende geschreven:

“De gemeente gaat werkzaamheden uitvoeren (...) op de stroken grond langs de Heidijk. Daarbij dient ook beschikt te worden over de stukken grond, die eigendom van de gemeente zijn, maar bij u in gebruik.

In verband hiermee zeggen wij u hierbij en thans de overeenkomst tot gebruik van het stuk gemeentegrond, grenzend aan uw perceel, op, en wel met ingang van 1 april 2003.”

Bij deze brief is een kaartje met datum 20 december 2002 gevoegd, waarop de strook is gearceerd en voorzien van de opmerking ‘*illegaal gebruik gemeentegrond*’.⁵

e. M. heeft de Gemeente op 22 januari 2003 onder meer geschreven dat er geen gebruiksovereenkomst met de Gemeente was, dat het stuk grond niet illegaal bij hem in gebruik was, en dat hij naar zijn mening door verjaring eigenaar van de strook was geworden. Voorts schreef hij dat het gebruik van de strook open en bloot was ((...) *iedereen kan en kon dit constateren*).⁶

f. De Gemeente antwoordde op 29 januari 2003 onder meer als volgt:⁷

“Dezerzijds wordt er echter van uit gegaan dat er van een overeenkomst sprake is als iets oorspronkelijk mondeling is afgesproken. (...)

Het woord ‘illegaal’ had bij nader inzien beter vervangen kunnen worden door ‘betwist’. In die betekenis is het inderdaad bedoeld. Overigens kan open en bloot gebruik van iets best illegaal zijn. Iets illegaals hoeft niet per se in het geniep te gebeuren.”

1.2 Bij inleidende dagvaarding van 5 juni 2012 hebben M. c.s. in conventie gevorderd, voor zover in cassatie nog van belang, (i) voor recht te verklaren dat zij de strook zoals gearceerd weergegeven op de situatietekening (prod. 6 bij inleidende dagvaarding) door verjaring in eigendom hebben verkregen, en (ii) de Gemeente te veroordelen om op straffe van een dwangsom medewerking te verlenen aan de notariële vastlegging van de verkrijgende verjaring.

Zij hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat zij vanaf 1974 althans 1 januari 1980 het ondubbelzinnig en voortdurend bezit van de strook hebben gehad en aldus de eigendom daarvan hebben verkregen op de voet van art. 3:105 jo. art. 3:306 BW.⁸

1.3 De Gemeente heeft de vorderingen gemotiveerd bestreden en op haar beurt in reconventie gevorderd: (i) voor recht te verklaren dat de strook eigendom is van de Gemeente en dat de eigendomsgrens loopt op de wijze zoals die is weergegeven op de kadastrale kaart, (ii) M. c.s. op straffe van een dwangsom te veroordelen om het gebruik van de strook te staken en gestaakt te houden, deze strook te ontruimen en ter vrije beschikking te stellen aan de Gemeente, en (iii) M. c.s. op straffe van een dwangsom te verbieden om de strook te (doen) betreden.

1.4 Bij vonnis van 28 augustus 2013 heeft de Rechtbank Oost-Brabant, na descende ter plaatse, de vorderingen in conventie afgewezen en die in reconventie toegewezen. Zij heeft daartoe overwogen, kort samengevat, dat de door M. c.s. gepleegde inbreuken op het eigen-

1 Zie rov. 3.1 t/m 3.1.5 van het arrest van het Hof’s-Hertogenbosch van 13 januari 2015 i.v.m. rov. 2.1 t/m 2.3 van het vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant van 28 augustus 2013.

2 Zie de situatieschets, overgelegd als prod. 6 bij de inleidende dagvaarding.

3 De strook is gearceerd aangegeven op de situatieschets.

4 Zie prod. 8 bij de inleidende dagvaarding.

5 Zie prod. 1 bij de inleidende dagvaarding.

6 Zie prod. 9 bij de inleidende dagvaarding.

7 Zie prod. 10 bij de inleidende dagvaarding.

8 Inleidende dagvaarding, nrs. 13-14; conclusie van antwoord in reconventie, nrs. 11 en 16-25. Vgl. vonnis van 28 augustus 2013, rov. 4.1.

domsrecht van de Gemeente niet voldoende kenbaar zijn geweest voor de Gemeente.

1.5 De Gemeente heeft uitvoering gegeven aan het vonnis en het hekwerk verwijderd.⁹

1.6 M. c.s. zijn van het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen. Zij hebben in appel hun eis vermeerderd in die zin dat zij aanvullend hebben gevorderd dat de Gemeente zal worden veroordeeld, primair, tot herplaatsing van een hekwerk van gelijke hoogte op straffe van een dwangsom, althans subsidiair tot betaling van een bedrag van € 2.047,32 aan M. c.s.

1.7 Bij arrest van 13 januari 2015¹⁰ heeft het Hof 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat M. c.s. de strook door verjaring in eigendom hebben verkregen, en de Gemeente veroordeeld om medewerking te verlenen aan de notariële vastlegging van deze verjaring alsmede om aan M. c.s. het bedrag van € 2.047,32 te voldoen. Voor zover van belang heeft het hof daartoe, kort samengevat, het volgende overwogen.

De door M. c.s. verrichte handelingen op de strook (omheinen van de strook met een hek, onderhouden van de strook, bouwen van twee boshutten, aanleggen van een jeu-de-boulesbaan en plaatsen van een houtopslagplaats) kunnen worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie rechthebbende te zijn (rov. 3.4.2 t/m rov. 3.4.6). Deze pretentie kan aan de Gemeente worden tegengeworpen omdat dit handelen van M. c.s. openbaar en daarmee voor de Gemeente kenbaar was (rov. 3.4.7). M. c.s. hebben de strook grond twintig jaar onafgebroken in bezit gehad op het moment dat de Gemeente de verjaring bij brief van 8/13 januari 2003 heeft gestuit (rov. 3.4.8 t/m 3.4.9).

Aangezien de Gemeente reeds uitvoering heeft gegeven aan het vonnis, zal zij de verwijdering van het hekwerk ongedaan moeten maken. De Gemeente heeft gesteld dat zij niet in staat is binnen 7 dagen een nieuw hek te plaatsen, zoals door M. c.s. gevorderd; de Gemeente zal dan ook worden veroordeeld tot betaling van € 2.047,32 aan M. c.s. wegens kosten voor het plaatsen van een hek door M. c.s. zelf (rov. 3.4.11).

1.8 De Gemeente heeft tijdig¹¹ cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. M. c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel keert zich met verschillende rechts- en motiveringsklachten te-

gen het oordeel van het hof dat M. c.s. de strook door verjaring als bedoeld in art. 3:105 BW in eigendom hebben verkregen.

Inleiding

2.2 Alvorens de klachten te bespreken, zal ik eerst een schets geven van het juridisch kader.

2.2.1 Art. 3:105 lid 1 BW verheft tot recht-hebbende degene die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. Ten aanzien van art. 3:105 BW wordt wel gesproken van bevrijdende verjaring of – zuiverder – van verkrijging in aansluiting op de extinctieve verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit.¹² De bepaling berust op het beginsel dat na een zeker tijdsverloop het recht zich bij de feiten dient aan te sluiten en strekt ter bevordering van de rechtszekerheid. Zij dient tevens ter voorkoming van de anomalie dat de werkelijk rechthebbende zijn goed niet meer kan opvorderen terwijl de bezitter, bij gebreke van goede trouw als vereist in art. 3:99 BW, alleen op bezitsacties kan bogen en niet tot rechthebbende kan uitgroeien.¹³

2.2.2 De in art. 3:105 BW bedoelde verjaringstermijn bedraagt in beginsel twintig jaar (art. 3:306 BW). De termijn van verjaring van een rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt, aldus art. 3:314 lid 2 BW. Deze bepaling vormt slechts een toepassing van het eerste lid van art. 3:314 BW, waarin bepaald wordt dat de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand – als hoedanig ook het bezit van een niet-rechthebbende valt aan te merken – begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden.¹⁴ Voor het intreden van de verjaring is onverschillig door wie de onrechtmatige toestand in het leven is geroepen of dat er wellicht wisseling heeft plaatsgevonden in de persoon tegen wie de vordering tot opheffing van die toestand moet worden gericht.¹⁵ Ook voor de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit is het derhalve niet zo dat telkens een nieuwe termijn begint te lopen bij

⁹ Volgens vaststelling van het hof in zijn rov. 3.2.4.

¹⁰ ECLI:NL:GHSHE:2015:42, NJF 2015/88.

¹¹ De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 13 april 2015.

¹² Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht, 2012, nr. 344.

¹³ TM, VV II en MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 416-417.

¹⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 931.

¹⁵ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 930.

elke wisseling van persoon in wiens handen het goed zich bevindt. Dit zou ongewenst zijn; het resultaat zou immers zijn dat, als het goed maar vaak genoeg in andere handen zou overgaan, de verjaring van art. 3:105 BW nimmer zou worden voltooid.¹⁶

2.2.3 Uit het voorgaande volgt dat voor verkrijging ingevolge art. 3:105 BW slechts vereist is dat degene die zich op die verkrijging beroept, het bezit heeft op het moment waarop de extinctieve verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit wordt voltooid.¹⁷ Niet relevant is of het bezit al dan niet te goeder trouw is, evenmin hoe lang de actuele bezitter bij het verstrijken van de termijn het bezit van het goed al heeft. Voor de voltooiing van de verjaring is nodig dat de toestand dat een ander dan de rechthebbende bezitter (althans onrechtmatig houder) is, gedurende de gehele verjaringstermijn van twintig jaren heeft voortgeduurd.¹⁸

2.2.4 De vraag of sprake is van bezit dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van art. 3:107 e.v. BW. Art. 3:107 lid 1 BW omschrijft bezit als het houden van een goed voor zichzelf. Hieronder pleegt te worden verstaan het direct of indirect uitoefenen van de feitelijke macht over een goed (zaak of recht) met de (al dan niet gerechtvaardigde) pretentie rechthebbende te zijn. Het begrip 'voor zichzelf' brengt het van oudsher aan het bezitsbegrip verbonden exclusiviteitsaspect tot uitdrukking; wanneer iemand houdt voor zichzelf, sluit dat uit dat hij een ander als rechthebbende erkent. Veelal zal het zo zijn dat feitelijke machtsuitoefening krachtens een rechtsverhouding tot de rechthebbende aan de kwalificatie 'bezit' in de weg staat.

2.2.5 Art. 3:108 BW bepaalt dat de vraag of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf doet, wordt beoordeeld naar verkeersopvatting, met inachtneming van de wettelijke regels die in de art. 3:109 e.v. BW worden gegeven en overigens op grond van uiterlijke feiten. Het gaat derhalve om een objectieve maatstaf: het komt primair aan op uiterlijke omstandigheden waaruit naar verkeersopvattingen een wilsuiking kan worden afgeleid om als rechthebbende op te treden. De louter interne wil om als rechthebbende op te treden is derhalve voor het zijn van bezitter van geen betekenis. Alle omstandigheden van het geval, de aard en de bestemming van het goed waarom het gaat, de wijze waarop de bijzondere betrekking tot het goed is ontstaan, enz. moeten tegen elkaar worden afgewogen. Omstandigheden van juri-

dische aard mogen hierbij in principe niet worden uitgesloten, zoals uitoefening van de feitelijke heerschappij door tussenkomst van een houder, bijvoorbeeld een huurder of pachter (middellijk bezit, art. 3:107 lid 3 BW).¹⁹

2.2.6 Onder het oude recht was voor verkrijging door verjaring vereist, onder meer, dat het bezit ondubbelzinnig was (art. 1992 BW (oud)).²⁰ Uw Raad heeft geoordeeld dat sprake is van 'niet dubbelzinnig bezit, als eigenaar' 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.²¹ Eerder was geoordeeld dat het gestelde bezit niet als ondubbelzinnig kan worden aangemerkt indien niet is gebleken van uiterlijke feiten welke de eigenaar van het goed onder de gegeven omstandigheden moesten doen begrijpen dat de houder zich als eigenaar beschouwde.²² De ratio van het ondubbelzinnigheidsvereiste ligt in bescherming van de rechthebbende: aldus is verzekerd dat van verjaring pas sprake kan zijn indien de werkelijk rechthebbende tegen wie de verjaring is gericht, uit de gedragingen van degene die zich op verjaring wil beroepen, duidelijk kan opmaken dat deze pretendeert rechthebbende te zijn, zodat hij tijdig maatregelen kan nemen om de inbreuk op zijn recht te beëindigen.²³

2.2.7 Naar huidig recht wordt het ondubbelzinnigheidsvereiste geacht reeds in het begrip 'bezit' zelf besloten te liggen. Dit vereiste is daarom, anders dan in art. 1992 BW (oud) het geval was, niet meer expliciet in de verjaringsregeling vermeld.²⁴ Ondubbelzinnig bezit' is strikt genomen een pleonasme: als het vermeende bezit niet ondubbelzinnig is, is er naar huidig recht sprake van een vorm van machtsuitoefening die niet als bezit van het recht in kwestie kan worden gekwalificeerd.²⁵ Dit neemt niet weg dat het vereiste van ondubbelzinnig bezit ook onder vigeur van het huidige

19 Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, 2006, nr. 119.

20 Art. 1992 BW (oud) luidde: 'Om door middel van verjaring den eigendom eener zaak te verkrijgen, wordt vereischt een voortdurend en onafgebroken, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig bezit, als eigenaar.'

21 HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0826, NJ 1993/178 (Baayens-Frunt/Wijers), rov. 3.2.

22 HR 7 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7496, NJ 1980/549 m.nt. WMK (Schellekens/Braam).

23 Zie A-G Van Soest, conclusie voor het arrest Schellekens/Braam, en A-G De Vries Lentsch-Kostense, conclusie (onder 10) voor het arrest Baayens-Frunt/Weijers. Zie in deze zin ook plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie (onder 9) vóór HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8086, RvdW 2011/1180. Vgl. Verstijlen in zijn noot (onder 6) bij HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601, NJ 2009/1.

24 TM bij art. 3:99 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 408.

25 P.C. van Es, Verrijking door verjaring, 2011, p. 26-28.

16 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 418.

17 HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, RvdW 2015/939, rov. 3.5.

18 HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:2012:HR:BW5324, NJ 2012/484, rov. 3.4.

recht regelmatig in de rechtspraak van Uw Raad figureert.²⁶

2.2.8 Daarbij leidt de enkele theoretische mogelijkheid dat ook een persoonlijk of zakelijk gerechtigde gebruiker (huurder, erfpachter) op de wijze in kwestie de feitelijke macht over de in geding zijnde grond kon uitoefenen, nog niet tot ontkennde beantwoording van de vraag of sprake is van inbezitneming. Die mogelijkheid is pas van belang indien er – in het bijzonder voor de rechthebbende – objectieve aanwijzingen waren om de machtsuitoefening door de pretense bezitter ook daadwerkelijk als die van een contractueel of zakelijk gerechtigde gebruiker aan te merken. De rechthebbende moet zich daarop beroepen.²⁷

2.2.9 Art. 3:112 BW bepaalt (niet limitatief) dat bezit wordt verkregen door inbezitneming (occupatie), door overdracht of door opvolging onder algemene titel.

Volgens art. 3:113 lid 1 BW neemt men een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen. Maatstaf vormt hierbij zoals altijd art 3:108 BW: de machtsuitoefening moet van dien aard zijn dat zij naar verkeersopvatting als bezit kan worden gekwalificeerd.²⁸

Wanneer een goed in het bezit van een ander is, zijn enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen voor een inbezitneming onvoldoende, aldus het tweede lid van art. 3:113 BW. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de inbezitneming van een goed waarvan een ander reeds bezitter is, slechts kan bestaan in een zodanige machtsuitoefening dat naar verkeersopvatting het bezit van oorspronkelijke bezitter teniet wordt gedaan.²⁹ A-G Langemeijer heeft de regel als volgt geparafraseerd: wie een res nullius in bezit neemt, kan volstaan met een eenvoudige vorm van occupatie: een voor anderen zichtbare uitoefening van macht over de zaak waaruit de pretentie van eigendom blijkt. Wanneer de zaak reeds bij een ander in bezit is, zal daarnaast duidelijk moeten zijn dat de macht van de oorspronkelijke bezitter over de zaak is geëindigd.³⁰

26 Zie over on dubbelzinnig bezit voorts *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/140*.

27 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, *NJ 2016/78* m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 3.4.3.

28 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2012, nr. 367.

29 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 434-435: 'De machtsuitoefening van de inbezitnemer moet die van de oorspronkelijke bezitter teniet doen; eerst dan staat deze machtsuitoefening niet meer op zichzelf. (...) Beperkt iemands machtsuitoefening over andermans fiets zich ertoe dat hij daarop eens of meermalen zonder diens toestemming rijdt, dan doet dit op zichzelf het bezit van die ander nog niet teniet.'

30 A-G Langemeijer, conclusie (onder 2.8) voor HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6014, *JWB 2004/215*.

2.2.10 Aangezien een onroerende zaak altijd een bezitter heeft (art. 5:24 BW), geldt voor de inbezitneming van een onroerende zaak de verzwaarde eis van art. 3:113 lid 2 BW. Dit betekent, als gezegd, dat de machtsuitoefening van de inbezitnemer die van de oorspronkelijke bezitter geheel teniet moet doen en dat van inbezitneming in beginsel geen sprake zal zijn indien de oorspronkelijke bezitter nog macht over het goed behoudt.³¹ In rechtspraak en literatuur plegen hoge eisen te worden gesteld aan inbezitneming van onroerende zaken.³²

2.2.11 Uw Raad heeft de criteria voor inbezitneming als volgt samengevat:

“Voor de beantwoording van de vraag of iemand een zaak in bezit heeft genomen, is bepalend of hij de feitelijke macht over die zaak is gaan uitoefenen (art. 3:113 lid 1 BW). Indien de zaak in het bezit van een ander is, zijn enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen voor inbezitneming onvoldoende (art. 3:113 lid 2 BW). De machtsuitoefening moet derhalve zodanig zijn dat deze naar verkeersopvatting het bezit van de oorspronkelijke bezitter teniet doet (Parl. Gesch. Boek 3, p. 434). Het antwoord op de vraag of iemand de voor bezit vereiste feitelijke macht uitoefent wordt, evenals de vraag of hij voor zichzelf of voor een ander houdt, bepaald naar verkeersopvatting en overigens op grond van uiterlijke feiten (art. 3:108 BW).”³³

Bespreking van de cassatieklachten

2.3 Het middel bestaat uit drie onderdelen, elk verdeeld in subonderdelen.

31 Vgl. HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1634, *RvdW 2009/383*.

32 Zie over de (hoge) eisen die aan inbezitneming van een onroerende zaak worden gesteld o.m.: *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/140*; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2012, nr. 368; Rank-Berenschot, *Bezit*, (Mon. BW nr. B7) 2012/33; P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, 2011, p. 29-31; J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), 2011, nrs. 145-147, en mijn conclusie (onder 2.13) voor HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6754, *RvdW 2013/344*. Zie ook M.A. Hoogkamer, 'Eigendom door verjaring of toch bruikleen?', *LTB 2014/6*; L. Spronck en T.H.G. Paffen, 'Wie is er bang voor de huurder? Over verschuivende grenzen, bezitsdaden en eigendomspretenties', *Tvp 2013/4*, p. 103-108; F. Sepmeijer en J.P. Heinrich, 'Privaat- of publiekrechtelijk optreden tegen creatief tuinieren', *Gst. 2012/113* (met verwijzingen naar lagere jurisprudentie). Vgl. voorts o.m. HR 5 mei 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB7018, *NJ 1973/3*; HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6014, *JWB 2004/215*; HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1634, *RvdW 2009/383*; HR 6 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7836, *RvdW 2009/1308*; HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6744, *RvdW 2012/968*.

33 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, *NJ 2016/78* m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 3.4.2.

2.4 *Onderdeel 1* heeft betrekking op rov. 3.4.7, waarin het hof, na te hebben vastgesteld dat de handelingen van M. c.s. op de strook kunnen worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie recht-hebbende te zijn (rov. 3.4.6), oordeelt dat deze pretentie aan de Gemeente kan worden tegen-gevoerd, omdat het handelen van M. c.s. openbaar was en daarmee voor de Gemeente kenbaar. Het hof motiveert dat als volgt:

“3.4.7. (...) Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat uit het enkele (door M. c.s. overigens gemotiveerd betwiste) feit dat van buitenaf niet onmiddellijk zichtbaar zou zijn dat M. c.s. de strook grond in ge-bruik hebben genomen en vooral dat zij deze hebben omheind – omdat de door hen geplaatste afrastering vanaf het pad op de Heidijk tijdens de descente in 2013 nauwe-lijks te zien was, en zonder gericht onder-zoek ter plaatse niet is vast te stellen waar de tuin van M. c.s. eindigt en de houtwal (het bosperceel) begint – niet zondermeer volgt dat het bezit niet openbaar was. Ge-steld 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 Heidijk en vanuit het daaraan grenzende bosperceel of vanaf aangrenzende percelen met toestem-ming van de eigenaren daarvan. Uit de stel-lingen van de Gemeente blijkt ook dat de Gemeente in 2002 (vgl. de datering van het kaartje, gevoegd bij de brief van 8/13 janua-ri 2003) ter plaatse dergelijk onderzoek heeft gedaan.

De Gemeente stelt slechts dat zij niet eerder dan in 2003 aanleiding had ervan uit te gaan dat de strook grond in bezit zou worden ge-nomen met de pretentie van eigendom. Deze laatste stelling is door M. c.s. betwist, waarbij zij onder meer hebben gewezen op de hierboven in r.o. 3.1.4. en 3.1.5. geciteerde correspondentie, waaruit volgens M. c.s. blijkt dat de Gemeente al vóór 2003 op de hoogte was van het feit dat M. c.s. de strook grond bij hun tuin hadden getrokken. Wat daar van zij, het feit dat de Gemeente zelf niet eerder dan in 2002/2003 haar ei-gendoms grenzen heeft geïnspecteerd kan er niet toe leiden dat het bezit van M. c.s. niet kenbaar moet worden geacht.”

2.5 Het onderdeel keert zich tegen het oor-deel van het hof voor zover dat er volgens het middel op neer komt dat voor verjaring vol-doende is dat door een inspectie voor de Ge-meente kenbaar zou zijn geweest dat M. c.s. de strook in bezit hebben genomen.

Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof aldus blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting om-trent het voor verjaring vereiste bezit. Het zou hebben miskend dat van bezit niet (zonder

meer) sprake is indien voor derden, althans voor een (geobjectieerde) eigenaar zoals i.c. de Gemeente, eerst na gericht onderzoek ter plaat-se kenbaar is dat daden worden verricht – zoals het omheinen van een perceelsgedeelte – die naar verkeersopvatting mogelijk als bezitsda-den zijn te kwalificeren. In de situatie dat de rechthebbende alleen door onderzoek had kun-nen zien wat hem bedreigde, kan de vergaande consequentie dat hij zijn eigendomsrecht ver-liest niet worden gerechtvaardigd door de om-standigheid dat hij tegen de occupant niet is op-getreden, aldus het subonderdeel.

Subonderdeel 1.2 beoogt dat van de recht-hebbende niet kan worden gevegd dat hij ter voorkoming van het enkel door tijdsverloop verloren gaan van zijn recht, steeds of met ze-kere regelmaat ter plaatse onderzoekt of van mogelijke bezitsdaden sprake is, indien die be-zitsdaden uiterlijk niet (aanstonds zonder on-derzoek) waarneembaar zijn. Dit kan te minder worden gevegd indien het gaat om bosgron-den of ruigtegebieden die vanwege de dichte begroeiing onbegaanbaar of moeilijk toegan-kelijk zijn en die naar hun aard minder intensief (of in het geheel niet) door de rechtheb-bende worden gebruikt. Het hof zou hebben miskend dat gezien de aard en bestemming van de strook en het niet (intensief) gebruiken daarvan, minder snel sprake is van machtsverlies door de Gemeente. Voor dat machtsverlies is in elk geval ontoereikend dat de Gemeente door gericht onderzoek ter plaatse uit de han-delingen van M. c.s. op de strook (wellicht) had kunnen opmaken dat zij pretendeerden eigenaar van de strook te zijn.

2.6 Bij de bespreking van deze klachten stel ik voorop dat het hof bij de beoordeling van het beroep van M. c.s. op verkrijgende ver-jaring aansluiting heeft gezocht bij de voor ver-krijgende verjaring geldende maatstaf uit art. 1992 (oud) BW, waarvan de inhoud volgens het hof ook geldt voor het huidige recht (rov. 3.4.6). Volgens art. 1992 (oud) BW was voor verkrij-gende verjaring van een goed vereist ‘(...) een voortdurend en onafgebroken, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig bezit, als eigenaar.’ Het openbaarheidsvereiste kwam erop neer dat het bezit zodanig dient te zijn dat ie-dere belanghebbende in staat is de nodige maatregelen tot verhindering van de verjaring te nemen.³⁴ Aan dit vereiste ligt de gedachte ten grondslag dat wanneer een rechthebbende niet op de hoogte is en redelijkerwijs ook niet op de hoogte kan raken van de inbezitneming van een aan hem toebehorend goed door een

³⁴ Asser-Beekhuis I (Zakenrecht) 1985, nr. 564, waar verder nog het volgende voorbeeld wordt gegeven: ‘Zo zal de eigenaar van een huis niet door verjaring eigenaar kunnen worden van een bergruimte, die in het geheim onder het belendende perceel is gegraven.’

derde, hij geen maatregelen kan nemen om de verkrijgende verjaring te stuiten.³⁵

2.7 Evenals het ondbelzinnigheidsvereiste (waarover hiervoor onder 2.2.6-2.2.7) is ook het in art. 1992 (oud) BW genoemde vereiste van openbaarheid van bezit niet uitdrukkelijk teruggekeerd in art. 3:105 BW. Volgens de wetsgeschiedenis van de laatstgenoemde bepaling ligt ook het openbaarheidsvereiste – voor zover het reden van bestaan heeft – reeds besloten in het bezitsbegrip zelf.³⁶

2.8 Zoals hiervoor al ter sprake kwam, moet de vraag of iemand een goed bezit – houdt voor zichzelf, art. 3:107 lid 1 BW – volgens art. 3:108 BW worden beantwoord naar verkeersopvatting, met inachtneming van de wettelijke regels en overigens op grond van uiterlijke feiten. Voor de beantwoording van de vraag of iemand een goed in bezit heeft genomen, is bepalend of hij de feitelijke macht over dat goed is gaan uitoefenen, waarbij, indien het goed in het bezit is van een ander, enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen voor inbezitneming onvoldoende zijn (art. 3:113 BW) en de machtsuitoefening zodanig moet zijn dat deze naar verkeersopvatting het bezit van de oorspronkelijke bezitter teniet doet.³⁷

2.9 Anders dan het middel betoogt, heeft het hof voormelde – objectieve – criteria ter vaststelling van bezit niet miskend.

2.10 Het hof heeft in de eerste plaats onderzocht welke handelingen M. c.s. met betrekking tot de strook hebben verricht en in dat verband (onder meer) vastgesteld dat zij een omheining hebben aangebracht en het in hun macht hebben deze af te sluiten en daardoor de strook voor derden ontoegankelijk te maken (rov. 3.4.3). In zijn oordeel dat deze en andere handelingen kunnen worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentieve rechtshabende te zijn (rov. 3.4.6, slot) ligt kennelijk besloten dat naar het oordeel van het hof de machtsuitoefening van M. c.s. naar verkeersopvatting die van de Gemeente teniet doet (art. 3:113 lid 2 BW). Aan de juistheid of begrijpelijkheid van dat oordeel omtrent het machtsverlies van de Gemeente doet niet af dat de Gemeente gericht onderzoek ter plaatse had moeten doen om dit te kunnen waarmaken. *Subonderdeel 1.2* stuit hierop af.

2.11 Voorts ligt in het oordeel van het hof in rov. 3.4.7 besloten dat naar verkeersopvatting op grond van de vastgestelde handelingen van M. c.s. – die kwalificeren als het uitoefenen (overnemen) van de feitelijke macht – ook sprake is van bezit in de omstandigheid dat de Gemeente eerst na gericht onderzoek ter plaatse van de ingebruikneming op de hoogte had kunnen zijn. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het voor verjaring vereiste bezit. De verkeersopvatting is gericht op de uiterlijke feiten c.q. machtsuitoefening. Wetenschap van de rechthebbende omtrent de ingebruikneming is slechts een vereiste in zoverre van hem moet kunnen worden verwacht dat hij maatregelen neemt tegen de eigendomsinbreuk.³⁸ Daartoe is naar mijn mening niet vereist dat hij daadwerkelijk kennis heeft van het bezit, maar volstaat dat hij kennis kan hebben van het bezit, anders gezegd, dat het bezit waarneembaar of *kenbaar* is.³⁹ Die laatste eis brengt naar mijn mening niet mee dat hij die kennis zonder enige moeite – onderzoek – moet kunnen verwerven.

2.12 Het vorenstaande heeft tot gevolg dat de oorspronkelijke eigenaar van een goed periodiek zal moeten onderzoeken of sprake is van inbezitneming van dat goed, zulks teneinde de voor verkrijgende verjaring van een goed geldende verjaringstermijn te kunnen stuiten. Ik ben van mening dat zo'n periodieke inspectie een verantwoordelijkheid is die inherent is aan de eigendom, ook indien de eigenaar een overheid is. Ook voor de overheid geldt dat wie niet omkijkt naar een hem in eigendom toebehorend perceel, het risico loopt dat dit perceel door verkrijgende verjaring ten gunste van de bezitter verloren gaat. In de literatuur wordt 'grootgrondbezitters' zoals de Staat en gemeenten eveneens aangeraden preventief op treden tegen verjaring en in dat verband te beginnen met het in kaart brengen van de grondposities, waarbij als effectief instrument bijvoorbeeld de projectie van de kadastrale kaartenbak op luchtfoto's wordt aanbevolen.⁴⁰ Ter relativering van de praktische bezwaren van zo'n inspectieplicht voor gemeentes die eigenaar zijn van een groot aantal, al dan niet

35 Vgl. A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW nr. A14) 2014/18.

36 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 408: 'Dat het bezit openbaar en ondbelzinnig moet zijn is niet uitdrukkelijk vermeld; deze vereisten, voor zover zij reden van bestaan hebben, liggen reeds in het hebben van bezit besloten.' Zie ook Asser-Mijnsen-De Haan (Goederenrecht) 2001, nr. 428 (p. 426), en Van Schaick, a.w., nr. 16.

37 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 434; zie ook HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, NJ 2016/78, m.nt. F.M.J. Verstijnen, rov. 3.4.2.

38 Dit uitgangspunt is niet in tegenspraak met HR 8 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2644, NJ 1999/44 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5, waaruit volgt dat (vertaald naar het huidige art. 3:314 lid 2 BW) het gaan lopen van de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot beëindiging van het (met inachtneming van genoemde wetenschap van de rechthebbende omtrent de machtsontneming als zodanig) vastgestelde bezit, niet wordt belet door de omstandigheid dat de rechthebbende geen wetenschap heeft omtrent de persoon van de bezitter. Zie ook M.W.E. Koopmann, *GS Vermogensrecht*, art. 3:314 BW, aant. 3.2.

39 Vgl. Van Schaick, a.w., nr. 18. Zie ook Hof Arnhem 7 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:B06315, NJF 2011/24.

40 Sepmeijer en Heinrich, *Gst.* 2012/113, par. 1.

lastig of zelfs ontoegankelijke percelen, kan worden opgemerkt dat één onderzoek in de twintig jaar volstaat.

2.13 Uit het voorgaande volgt dat naar mijn mening ook *subonderdeel 1.1* geen doel treft.

2.14 *Onderdeel 2* valt uiteen in de subonderdelen 2.1 en 2.2.

2.15 *Subonderdeel 2.1* keert zich tegen de vaststelling van het hof in rov. 3.4.3 dat de Gemeente de stelling van M. c.s. dat zij de strook hebben omheind met een hekwerk en dat de strook sindsdien niet meer vanuit het bosperceel bereikbaar is, *slechts heeft weersproken* door erop te wijzen dat er in het hek een opening zit waarin een poortje is aangebracht dat openstond ten tijde van een inspectie door de Gemeente. Volgens het middel is deze vaststelling onbegrijpelijk, gelet op de kernstelling van de Gemeente dat die omheining vanaf de Heijdijk niet zichtbaar was (vgl. s.t. nr. 5.1).⁴¹

2.16 Deze klacht faalt. Zij ziet eraan voorbij dat het hof, in vervolg op de stelling van M. c.s. dat zij de strook in bezit hebben genomen door (onder meer) het omheinen en ontoegankelijk maken van de strook (rov. 3.4.2), in rov. 3.4.3 slechts heeft onderzocht of de strook niet meer toegankelijk is. Dat deze stelling relevant is voor de beoordeling van de feitelijke machtsuitoefening door M. c.s. wordt door het middel terecht niet bestreden. Evenmin wordt bestreden het oordeel van het hof dat voor de weerspreking van deze stelling van M. c.s. onvoldoende is de stelling van de Gemeente dat het in het hek aangebrachte poortje openstond ten tijde van de inspectie door de Gemeente.

Er resteert de stelling van de Gemeente dat de omheining niet vanaf de Heijdijk noch van enige andere openbare plaats zichtbaar was en men tientallen meters door moeilijk begaanbare bebossing moet lopen om die omheining te kunnen zien. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof deze stelling niet relevant geacht in het kader van de vraag of er sprake was van feitelijke machtsuitoefening door M. c.s. over de strook. Het hof heeft deze stelling onder ogen gezien en betrokken in rov. 3.4.7, waarin het hof ingaat op de vraag of de uitoefening van feitelijke macht door M. c.s. met de pretentie rechthebbende te zijn aan de Gemeente kan worden tegengeworpen.

2.17 *Subonderdeel 2.2* klaagt in de kern dat het hof in rov. 3.4.6 is voorbijgegaan aan het verweer van de Gemeente dat het bezit (tevens) niet ondubbelzinnig is omdat het niet openbaar is en omdat de aanwezigheid van boomhutten op beboste gemeentegrond redelijkerwijs niet als bezitsdaad kan worden aangemerkt.⁴²

2.18 Deze klacht faalt omdat zij eraan voorbij ziet dat het hof in rov. 3.4.6 slechts respondeert op de in rov. 3.4.5 samengevat weergegeven stelling van de Gemeente – tegen welke vaststelling in cassatie niet wordt opgekomen – dat de handelingen van M. c.s., waaronder het omheinen van het terrein en het bouwen van twee boomhutten, niet als uitingen van ondubbelzinnig bezit zijn te beschouwen omdat al deze handelingen ook door *huurders* van een perceel kunnen worden verricht. Het hof heeft dit verweer in rov. 3.4.6 aan de hand van de juiste, inmiddels in HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, NJ 2016/78 neergelegde maatstaf verworpen.⁴³ Gevoegd bij de voorgaande rov. 3.4.3 en 3.4.4, waarin het hof op goede gronden en voldoende gemotiveerd heeft vastgesteld dat M. c.s. de feitelijke macht uitoefenen over de strook, heeft dit het hof in rov. 3.4.6 tot de conclusie kunnen brengen dat '(...) de door M. c.s. verrichte handelingen op de omstreden strook dan ook [kunnen] worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie rechthebbende te zijn.' Het verweer van de Gemeente dat het bezit niet openbaar is, heeft het hof, als gezegd, vervolgens beoordeeld in zijn rov. 3.4.7.

2.19 *Onderdeel 3* valt uiteen in twee subonderdelen.

2.20 *Subonderdeel 3.1* keert zich tegen rov. 3.4.9, waarin het hof overweegt dat M. c.s. voldoende hebben aangetoond dat hun bezitsdaden in ieder geval geruime tijd vóór 8/13 januari 1983 zijn aangevangen en zij daarmee sindsdien zijn doorgegaan, gelet op (i) de eerdere vaststelling van het hof dat M. c.s. ten aanzien van de strook bezitsdaden hebben verricht, (ii) de in het geding gebrachte verklaringen over de duur van dat bezit, (iii) het fotomateriaal van M. c.s. en (iv) de verklaringen van de tijdens het pleidooi aanwezige zoons van M. en B. Volgens het middel heeft het hof hiermee te hoge eisen gesteld aan de stelplicht van de Gemeente. Daartoe wordt aangevoerd dat het gaat om de onderbouwing van een negatief feit (het niet verricht zijn van de door M. c.s. gestelde handelingen vanaf 1983), dat de in dit verband relevante omstandigheden geheel in het domein van M. c.s. liggen en dat het gaat om een verstrekkend rechtsgevolg (rechtsverlies). Voorts heeft het hof daarbij de aard en bestemming van het omstreden perceel, welke meebrengen dat voor die feitelijke onderbouwing gericht onderzoek ter plaatse nodig is terwijl die grond door de Gemeente niet of nauwelijks wordt gebruikt, ten onrechte niet betrokken, aldus het middel.

2.21 Nadat het hof in rov. 3.4.3 t/m 3.4.7 tot de conclusie is gekomen dat de door M. c.s. gestelde handelingen op de strook zijn komen vast te staan (rov. 3.4.3-3.4.4) en kunnen worden ge-

41 Het middel verwijst naar CvA nr. 31 en MvA nrs. 8 en 12.

42 Het middel verwijst naar MvA nrs. 15-16 en pleitnotities in appel nr. 11.

43 Zie deze conclusie onder 2.2.8.

kwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie rechthebbende te zijn (rov. 3.4.6), welke pretentie aan de Gemeente kan worden tegengeworpen (rov. 3.4.7), is het hof in rov. 3.4.8 ingegaan op de vraag hoe lang M. c.s. het bezit over de strook hebben uitgeoefend. Daarbij heeft het hof onderkend dat het op de weg van M. c.s. ligt om te stellen en bij betwisting aanmerkelijk te maken dat de voor verkrijgende verjaring geldende termijn van twintig jaar (gelet op de stuitingsbrief van de gemeente van 8/13 januari 2003) is aangevangen vóór 8/13 januari 1983. Volgens het hof hebben M. c.s. voldoende aangetoond dat hun bezitsdaden in ieder geval geruime tijd vóór 8/13 januari 1983 zijn aangevangen en zij daarmee sindsdien zijn doorgegaan. Dat blijkt volgens het hof uit de in het geding gebrachte verklaringen over de duur van het bezit, het fotomateriaal van M. c.s. en de verklaringen van de tijdens het pleidooi aanwezige zoons van M. en B. Het hof is kennelijk van oordeel geweest dat de Gemeente daartegen onvoldoende heeft ingebracht. Dat oordeel is naar mijn mening onjuist noch onbegrijpelijk.

2.22 *Subonderdeel 3.2* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.4.9 met betrekking tot de duur van het door M. c.s. uitgeoefende bezit onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd is, gelet op de (op p. 6 en 7 van de cassatiedagvaarding met vindplaats genoemde) stellingen van de Gemeente in feitelijke instanties. Volgens het middel heeft de Gemeente met deze stellingen de door M. c.s. te bewijzen stellingen over de aanvang en het voortduren van hun bezit voldoende betwist, hetgeen door het hof zou zijn miskend.

Ik meen dat ook deze klacht tevergeefs is voorgesteld. Noch daargelaten dat de uitleg van stellingen en de waardering van bewijs is voorbehouden aan de feitenrechter, geldt dat de beoordeling van de vraag of de feitelijke machtsuitoefening een bezitsdaad met eigenaarspretentie oplevert, feitelijk van aard is en zich daarmee voor een belangrijk deel aan toetsing in cassatie onttrekt.⁴⁴ De in rov. 3.4.9 gegeven beslissing van het hof komt mij onjuist noch onbegrijpelijk voor.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

44 Zie o.a. HR 5 mei 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB7018, NJ 1973/3 en de conclusie A-G Berger, ECLI:NL:PHR:1972:AB7018 waarin hij o.a. schrijft: 'Immers de vaststelling van het al dan niet aanwezig zijn van het voor de verkrijgende verjaring vereiste bezit is een zuiver feitelijke gevolgtrekking uit de ten processe vastgestelde feiten en omstandigheden. De beslissing of zeker bezit voldoet aan de in art. 1992 BW voor eigendomsverkringing door verjaring gestelde vereisten is in cassatie onaanastbaar'. Vgl. conclusie plv. P-G De Vries Lentsch Kostense, nr. 11, voor HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1634, RvdW 2009/383.

RVR 2017/40 HOF AMSTERDAM

24 januari 2017, nr. 200.181.760/01
(Mrs. C.C. Meijer, L.A.J. Dun, C. Uriot)

Art. 3:94, 7:23 BW;

AR 2017/651
ECLI:NL:GHAMS:2017:196

Instorting gevel. Klachtplicht. Overdracht aanspraken bouwer.

Had koper kunnen ontdekken dat de achtergevel van het verkochte zou instorten, doordat er sprake was van scheurvorming, zodat hij niet heeft voldaan aan zijn klachtplicht jegens verkoper en zijn aanspraken zijn komen te vervallen? Zijn de aanspraken jegens de bouwer door verkoper rechtsgeldig overgedragen aan koper en welke gevolgen heeft dit voor de rechtsverhouding tussen verkoper en koper?

Tussen een projectontwikkelaar en een belegger is een koopovereenkomst gesloten, op grond waarvan de projectontwikkelaar aan de belegger een nog te realiseren appartementsgebouw heeft geleverd. Na enige tijd manifesteert zich scheurvorming in de zuidgevel. Koper laat de scheurvorming onderzoeken door de constructeur die bij de bouw betrokken is geweest. De rapportage van het onderzoek maakt geen melding van instortingsgevaar. Enkele maanden na het onderzoek stort de gevel in. Koper vordert in de onderhavige procedure vergoeding van de kosten van het onderzoek, de tijdelijke maatregelen, de herstelwerkzaamheden, de begeleiding van de beheerder en haar interne kosten, voor zover veroorzaakt door het gebrek. Koper heeft daartoe gesteld dat in de koopovereenkomst is overeengekomen dat het gebouw zou worden gerealiseerd naar de eisen van goed vakmanschap en overeenkomstig de wettelijke vereisten, waaronder onder meer het Bouwbesluit. Uit het instorten van de gemetselde muur van de zuidgevel van het gebouw en uit het rapport van Boorsma, die onderzoek naar de oorzaak daarvan heeft uitgevoerd, volgt dat het gebouw niet voldoet aan de eisen van goed vakmanschap en meer in het bijzonder het Bouwbesluit, aldus koper. De rechtbank heeft de vorderingen van koper toegewezen. Daartegen komt verkoper in hoger beroep op. Verkoper stelt zich op het standpunt dat partijen elkaar ter zake van eventuele gebreken finale kwijting hebben verleend in een naar aanleiding van een eerder geschil gesloten vaststellingsovereenkomst, dat koper zodra de scheurvorming zichtbaar werd had moeten klagen, omdat zij het gebrek toen redelijkerwijs had moeten ontdekken, dat verkoper niet meer kan worden aangesproken door koper omdat zij al haar aanspraken op derden aan koper heeft overgedragen, dat koper het gebouw