

DE KOPER VAN ONROEREND GOED KRIJGT SLECHTS HET BEZIT GELEVERD. VERKRIJGENDE VERJARING? EEN VERGELIJKING TUSSEN HET KLASSIEKE ROMEINSE RECHT EN HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT

A.J.H. Pleysier*

1. De casus¹ die aanleiding gaf tot onderstaande bespiegelingen was, enigszins gestileerd, als volgt. Eind 1972 is door de rechtsvoorganger van Leune Bouw BV een stuk grond verkocht aan de rechtspersoon Zuidplaspolder, een van de rechtsvoorgangers van het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard.

De koopprijs is betaald. Partijen hebben toen afgesproken dat de Zuidplaspolder mocht bepalen wanneer de levering (naar ik aanneem: het transport, Pl.) zou plaats vinden en het stuk grond in gebruik mag nemen zodra hij dat zal verkiezen. De Zuidplaspolder heeft meteen, begin 1973, het stuk grond in gebruik genomen door daarop een gemaal te bouwen, bestratingen aan te brengen en het stuk grond te omheinen. De transportakte is nooit gepasseerd. Daardoor heeft nooit een correcte eigendomsoverdracht plaatsgevonden.

2. Het Hoogheemraadschap vraagt thans de notaris een verklaring betreffende acquisitieve verjaring op te stellen en in de openbare registers te schrijven. Die inschrijving is mogelijk op de voet van artikel 3:17 lid 1 sub i BW en artikel 37 lid 1 sub a en b Kadasterwet. Het Hoogheemraadschap claimt daarbij dat het (althans zijn rechtsvoorganger) door verjaring eigenaar is geworden als ononderbroken bezitter van het stuk grond gedurende twintig jaar. De curator van de inmiddels failliete Leune Bouw verzet zich tegen die verklaring, en stelt dat de eigendom nog steeds bij haar berust omdat, als de koop niet gevolgd wordt door een transport, de koper nooit bezitter kan worden behoudens interservisie van houderschap in bezit zoals bedoeld in artikel 3:111 BW² ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, tenzij ten gevolge van

1 HR 9 september 2011, *LJN* BQ5989, *NJ* 2012, 312 (Muller q.q./Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard) m. nt. Verstijlen.

2 Art. 3:111 BW. Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak tegen diens recht. Vgl. het adagium *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, vgl. D. 41,2,3,19 en 41,2,19,1; art. 2240 CC en BBW en art. 592 van het BW van 1838.

* Voormalig wetenschappelijk hoofdmedewerker bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden.

een tegenspraak van diens recht. Anders gezegd: een enkele wilsverandering volstaat niet. Ondanks die bezwaren³ meent de notaris over te kunnen gaan tot inschrijving in de openbare registers. Achteraf moeten wij zeggen dat hij aldus een belangrijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling heeft geleverd.

3. De rechtbank geeft het Hoogheemraadschap gelijk. De rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap heeft de handelingen (evenals het betalen van de koopsom) verricht vooruitlopend op de levering. De rechtsvoorganger heeft op deze wijze het stuk grond als toekomstige eigenaar in bezit genomen als bedoeld in artikel 3:112 en 3:113 BW. Door het plaatsen van de omheining was het voor een ieder duidelijk dat de rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap dit stuk grond in bezit had genomen. Leune Bouw gaat in beroep.

4. In tweede aanleg luidt de uitspraak van het gerechtshof dat de aankoop van het stuk grond met het oog op de bouw van een gemaal, direct gevolgd door inbezitneming van het perceel met toestemming van de verkopers en door de daadwerkelijke bouw objectief dient te worden als uiterlijk zichtbare inbezitneming en het 'houden van een goed voor zichzelf'.

5. Ook de Hoge Raad verwerpt de stelling van Leune Bouw. Er kunnen zich, zo de Hoge Raad, gevallen voordoen dat de koper krachtens de rechtsverhouding met de verkoper gerechtigd is, vooruitlopend op de levering van het verkochte, zich de feitelijke macht te verschaffen en deze op zodanige wijze uit te oefenen dat naar de in het verkeer geldende opvattingen de koper moet worden beschouwd als bezitter van het verkochte. Het oordeel van het hof, dat tegen deze achtergrond moet worden begrepen, komt erop neer dat onder de gegeven omstandigheden sprake is van verkrijging van het bezit van het verkochte perceel door (de rechtsvoorganger van) het Hoogheemraadschap door inbezitneming.

I. Commentaar

6. In het gegeven geval zal koper wel afgezien hebben van een correcte eigendomsoverdracht om kosten⁴ te besparen. Dezelfde problematiek ontstaat als weliswaar de transportakte is gepasseerd doch nog niet is ingeschreven. Ik vraag mij vervolgens af wat de curator in het faillissement van Leune Bouw tot zijn *move* bewogen kan hebben. Als hij succes gehad had, en de inschrijving van de verklaring van de notaris

3 Art. 37 lid 1 sub a Kadasterwet (1989) eist dat de betrokkenen met de inschrijving instemmen. Daarvan was in het gegeven geval uiteraard geen sprake. Sub b eist die wet in dit artikel subsidiair dat uit de aangehechte stukken blijkt dat de feiten genoegzaam aantonen dat de verjaring heeft plaatsgevonden. Aldus zette de notaris zich bewust of onbewust over de na te melden heersende leer-Eggens heen.

4 Er is een vrijstelling in art. 15 lid 1 sub c Wet Belastingen Rechtsverkeer voor de overdrachtsbelasting voor o.a. waterschappen. Die wet is in 1970 ingevoerd, dus geruime tijd vóórdat de onderhavige transactie plaatsvond. De oude Registratiewet 1917 kende zulk een vrijstelling voor de waterschappen in art. 101 lid 1 sub b niet. De Zuidplaspolder had zich dus vanuit fiscaal oogpunt niet aan dit gemankeeerde transport hoeven te wagen.

was ‘waardeloos’, wat dan verder? Had hij werkelijk gedacht dat hij de grond met succes kon vindiceren?

7. In het onderstaande zal ik de oplossing van de vraag of het Hoogheemraadschap *possessio* of *detentio* had verkregen naar klassiek Romeins recht en naar huidig recht achter elkaar bespreken.⁵

II. Romeins recht

8. De onderhavige casus is daarom extra interessant omdat hij ons onmiddellijk doet denken aan een koper die onder het klassieke recht *a domino* een *res Mancipi*, in het bijzonder een *fundus italicus*, niet bij wege van *mancipatio* of *in iure cessio*, doch slechts bij wege van *traditio* verkregen heeft. Zo iemand weet zeker dat hij geen civiel eigenaar is. De *praetor* echter faciliteert de levering van een *res Mancipi* bij wege van een eenvoudige *traditio*. Mocht de vervreemder het in zijn hoofd halen zich op zijn civiele eigendomsrecht te beroepen en tegen zijn koper de revindicatie in te stellen, dan zal de koper tegen hem de *exceptio* (eventueel *replicatio*) *rei venditae et traditae* kunnen opwerpen.⁶

9. De koper zal, naast de bescherming *ope exceptionis*, óók nog eens door verjaring de eigendom kunnen verkrijgen. Niet te kwader trouw immers is degene die een *res Mancipi* door *traditio* verkregen heeft.⁷ Dat resulteert in korte verjaringstermijnen, voor een *fundus italicus* in het klassieke recht slechts twee jaar!⁸

10. Er is nog een tweede fenomeen in het Romeinse recht dat hier onze aandacht vraagt. De verkoper is niet verplicht tot het verschaffen van eigendom aan de koper, maar slechts tot het verschaffen van het bezit en het instaan voor uitwinning.⁹

5 Zie voor het verband tussen bezit te kwader trouw en verjaring J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, diss. Groningen/Den Haag, 2011. De onderhavige casus wordt door hem besproken in: ‘Bezitsverschaffing naast levering van registergoederen? Enige opmerkingen en mededelingen bij HR 9 september 2011, L/JN BQ5989 (Muller q.q./Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard)’ in: *NTBR* (2012) nr. 4 blzz. 8-21. Dit artikel kwam mij onder ogen toen ik mijn na te noemen bijdrage in het *JBN* geschreven had. Mede voor de fiscale aspecten zie J.C. Van Straaten, ‘Economische eigendom-bezit-verjaring-overdrachtsbelasting’, in: *WPNR* 6908&9 (2011) blzz. 980-984 en 997-100. Het arrest is door mij besproken in ‘Koper wordt bezitter ook als de leveringsakte nimmer gepasseerd’, in: *Juridische Berichten voor het notariaat (JBN)* februari 2013 blzz. 3-5).

6 M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, vertaald door F.B.J. Wubbe, Zwolle, tweede druk 1971, par. 22 II 2 b en par. 27 IV. Het behoeft geen betoog dat het hele probleem zich in het Justiniaanse en dus gerecipieerde recht niet voordoet. Daar is immers ook voor onroerend goed *traditio* de leveringsvorm.

7 Kaser-Wubbe par. 25 II e.

8 De *longi temporis praescriptio* van tien of twintig jaar, die net als bij ons art. 3:105 BW óók een acquisitieve verjaring impliceert, diende ter bescherming van ‘eigenaren’ van grond in de provincie alsmede perigrinen.

9 D. 19,1,36 (Paulus): *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominus, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat ...*. Als ik probeer deze tekst onbevooroordeeld te lezen zou ik overigens zeggen dat die tekst weliswaar te rijmen is met die leer maar dat hij tot die leer niet dwingt.

III. BW van 1838

11. Nodig is op grond van artikel 971 een (eventueel onderhandse) transportakte die ingeschreven is in de openbare registers.¹⁰ De genoemde Romeinse verplichting van de verkoper staat nog steeds in het BW van 1838.¹¹ Onder het oude recht werd echter algemeen aangenomen dat de verkoper óók de verplichting had de koper de eigendom te verschaffen.¹² Zo staat het dan ook in het thans geldende BW.¹³ Dat neemt echter niet weg dat de verkoper ook onder het oude recht nog steeds de verplichting heeft de koper het bezit te verschaffen, uiteraard tenzij partijen anders afspreken.

Enige andere aspecten van het BW van 1838 komen aan bod in de volgende paragrafen.

IV. Huidig Nederlands recht

12. Ook naar huidig recht is het Hoogheemraadschap geen eigenaar geworden. Bij ons is immers, gelet op artikel 3:89 BW, een notariële transportakte nodig die ingeschreven is in de openbare registers. Het Hoogheemraadschap is dus aangewezen op verjaring, en wel op de bijzondere verjaring van artikel 3:105 BW.¹⁴ Zoals wij zullen zien kan de gewone verjaring van artikel 3:99 BW hier geen rol spelen. Gelet op artikel 7:9 lid 1 en 2 moet de verkoper in beginsel óók het bezit verschaffen.¹⁵

V. Wordt het Hoogheemraadschap *possessor*?

13. De meest klemmende vraag die in onze casus rijst is of het Hoogheemraadschap houder of bezitter¹⁶ is geworden. Is het Hoogheemraadschap slechts houder, dan voldoet het niet aan het vereiste van bezit van artikel 3:105, en kan dus nimmer door verjaring eigenaar worden. Velen zijn van oordeel dat in casusposities als de onderhavige inderdaad

10 Sinds 1956 is een notariële transportakte verplicht, vgl. art. 971a van het oude BW. Voor het – nog steeds – onheldere beeld van wat de leveringsakte nu eigenlijk voorstelt zie mijn artikel ‘Iets over het notariaat en de transportakte sinds 1 oktober 1838’, in: *Notariaat en 150 jaar BW*, Zwolle, 1988, blz. 89-97.

11 Art. 1528 Oud BW. Hij heeft twee hoofdverplichtingen, namelijk om de verkochte zaak te leveren, en dezelve te vrijwaren. Zo ook art. 1603 CC en BBW.

12 HR 4 februari 1983, *NJ* 1984, 628, AA 1983, blz. 611 (Ansink-Canjels).

13 Art. 7:9 BW 1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen.

14 Art. 3:105 BW 1. Hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de (extinctieve, Pl.) verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw.

15 Art. 7:9 BW 1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren ... 2. Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper.

16 Ik ga voorbij aan het feit dat het huidige BW in art. 3:107 de begrippen houderschap en bezit stuivertje heeft laten wisselen waarbij houderschap het *Überbegriff* geworden is. In deze bijdrage bedoel ik met ‘bezit’ oftewel *possessio* bezit-voor-zichzelf en met ‘houderschap’ oftewel *detentio* bezit-voor-een-ander.

sprake is van houderschap in de zin van bezit-voor-een-ander (*detentio*). Vaak beroept men zich hier een bijdrage in het *WPNR* van Eggens.¹⁷

Bezitsverschaffing en eigendomsoverdracht gaan daarbij zoveel mogelijk hand in hand. Het staat de eigenaar niet vrij het bezit los van de eigendom aan een ander over te dragen. Dit is sindsdien een dogma geworden óók bij hen die bij andere onderwerpen niet zonder meer de knie voor Eggens bogen. Men kan wel zeggen dat deze mening thans de meest aangehangen leer is.¹⁸ Niet erg duidelijk is daarbij hoe het zijn van *detentor* zich verdraagt met de wil van partijen als die op bezitsverschaffing gericht is.

14. Onder het oude recht stelde Scholten zich op het standpunt dat bezitsverschaffing van een huis mogelijk was door sleutelafgifte.¹⁹ Het Sint Maarten-arrest²⁰ ging voor het geval van een koper die, zoals op het eiland Sint Maarten gebruikelijk, slechts een *receipt* had ontvangen uit van *possessio*.²¹

15. Zou het Hoogheemraadschap slechts *detentor* zijn, dan zou het akelige gevolg zijn dat het op geen enkele wijze door verjaring kan verkrijgen en dat dus de eigendom nog steeds berust bij de verkoper of diens rechtsopvolgers. Waarschijnlijk zal het die verkoper uiteindelijk niet lukken de grond van het Hoogheemraadschap terug te eisen, ook al kennen wij formeel de *exceptio rei venditae et traditae* niet meer.²² Het Hoogheemraadschap zou zijn *actio empti* (om het zo Romeinsrechtelijk te zeggen) tegenover de revindicatie kunnen stellen: de rechtsvoorganger van Leune Bouw heeft immers niet aan zijn verplichting tot eigendomsverschaffing voldaan. Maar die actie is door verjaring tenietgegaan; de termijn was toen 30 jaren (art. 2004 BW van 1838). De

17 J. Eggens, 'Het recht van bezit kan niet als zoodanig overgedragen worden', in: *WPNR* 3095&6 (1929) in het bijzonder blz. 242 noot 7. Deze gedachte komt al voor bij H.P.J.M. Coebergh, 'Artikel 1995 BW en de overdracht van het bezit van onroerend goed', in: *WPNR* 2968 (1926) blz. 592 r.k. en later bij Th. A. Versteeg, zie 'Verslag discussie met G. de Grooth tijdens de algemene vergadering van de Broederschap der Notarissen in 1955', weergegeven in: *Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, deel 58, 1955, blzz. 297-303, blz. 299 noot 1.

18 In lijn met de leer-Eggens nog recentelijk Hof Arnhem 10 juni 2003, *LJN* AO5882, *NJ* 2004, 155. *De Parlementaire geschiedenis* Boek 3, blzz. 410, 444-445, 448 en 450 acht het echter mogelijk dat vóór de inschrijving van de transportakte in de openbare registers de koper al in het bezit wordt gesteld door *traditio clavium*.

19 Asser-Scholten, *Zakenrecht*, Zwolle, 8^e druk 1945, blz. 62. zo ook H. Beekhuis in de 12^e druk (Zwolle, 1985), zie nr 208 en nr 184. Jaap Heima acht het verdedigbaar bezitsverschaffing aan te nemen vóórdat de juridische levering voltooid is, indien de vervreemder de sleutels aan de koper afgeeft nadat de transportakte is opgemaakt. Zie Jac. Hijma, Asser 7 1* (voorheen 5-1), *Koop en ruil*, Deventer, 8^e druk 2013 nr 297. In de praktijk krijgt de koper na het passeren van de transportakte meteen de sleutels, hoewel die akte pas na enige dagen wordt ingeschreven, en derhalve pas dan de eigendom overgaat.

20 HR 13 maart 1981 *NJ* 1982 no. 57 m. nt. WMK.

21 Zie daarover mijn bijdrage "Enige dogmatische en historische beschouwingen over de vereisten voor verkrijgende verjaring in het nieuwe Burgerlijk Wetboek", in: *Conservare jura. Actes des Journées internationales du droit et des institutions, van de Société Internationale d'Histoire du Droit et des Institutions des pays Flamands, Picards et Wallons* (Deventer, 28-31 mai 1978), Deventer, 1988, blzz. 151-165.

22 De Engelse *estoppel* kennen wij al evenmin.

rechter zou daar mogelijk een mouw aan passen door toepassing van het leerstuk van het misbruik van recht en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van de artikelen 3:12 en 13 alsmede 6:2 lid 1 en 6:248 BW. Maar dat lijkt me een *ultimum refugium* met onzekere uitslag.

In het onderhavige geval echter heeft de Leune Bouw geen revindicatie, die is allang extinctief verjaard net, als gezegd, de *actio empti* van het Hoogheemraadschap. Maar of het Hoogheemraadschap door het afweren van de revindicatie van de verkoper zelf eigenaar geworden is, dat is een volgend probleem. Me dunkt van niet. De toestand uit het BW van 1838 (waar artikel 3:105 BW niet bestond) keert dus hier terug. De verkoper als – formele – eigenaar blijft eigenaar doch verliest zijn revindicatie, de koper krijgt geen eigendom en heeft dus óók geen revindicatie. Zou een derde het Hoogheemraadschap storen, dan kan zich het derhalve tegenover die derde niet beroepen op zijn eigendom.²³ In de sfeer van bezit en onrechtmatige daad echter zal in dat geval het Hoogheemraadschap voldoende rechtsmiddelen tegen die derde hebben.

16. De Hoge Raad had terug kunnen keren naar het ‘grote beginsel van het Romeinse recht’²⁴ en aan het Hoogheemraadschap de positie van *possessor* door *traditio* kunnen geven. Ons hoogste rechtscollege houdt zich aan de voorzichtige kant door aan te sluiten op een al veel eerder²⁵ geopperde hulpconstructie. De Hoge Raad acht het in het gegeven geval namelijk mogelijk dat het Hoogheemraadschap het bezit weliswaar niet verkregen heeft door *traditio*, maar wel door *occupatio*.

Maar, zo vraag ik me terzijde af, is *occupatio* onder de ogen van, en met toestemming van de eigenaar eigenlijk geen *traditio*? En hoort eigendomsverkrijging door *occupatio* eigenlijk niet bij een roerende *res nullius*?

17. De Hoge Raad lijkt in het gegeven geval haast gedwongen te oordelen dat het Hoogheemraadschap *possessor* van de grond was. De consequenties van de leer dat het *detentor* geworden zou zijn zouden voor het Hoogheemraadschap, dunkt ook mij, ongewenst zijn geweest ook al hoeven wij weinig meelij op te brengen voor een koper die, om belastingen te omzeilen, desbewust genoeg genomen heeft met alleen maar

23 Op grond van art. 3:119 lid 2 BW kan het Hoogheemraadschap zich tegenover de ware eigenaar niet beroepen op het vermoeden van lid 1 van dat artikel dat de bezitter ook gerechtigde is.

24 De term is destijds door de Minister van Justitie Van Maanen gebruikt toen in het BW van 1838 de eigendom niet meer, zoals in de CC, alleen door het koopcontract overging maar een leveringshandeling, i.c. de overschrijving van de transportakte, nodig was. Zie J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten Generaal*, ('s-Gravenhage 1823/4) II blz. 7 en E.M. Meijers, ‘Levering en onderliggende rechtsverhouding (*causa*)’, in: *WPNR* 2853 (1924) blz. 459. Wij zijn daarbij, zo de minister, teruggekeerd tot het groote beginsel des Romeinschen en echt vaderlandschen regts, dat de eigendom van onroerende goederen niet door overeenkomsten maar door transport overgaat; welk beginsel in het vervolg zoo rijk aan resultaten zal zijn en aan het verderfelijke tegenovergestelden systema des Franschen regts den bodem inslaat. (De minister verloor daarbij overigens uit het oog dat in het gerecipieerde Romeinse recht als leveringshandeling slechts een *traditio* en geen bijzondere leveringsvorm als een transportakte nodig was. Wat er allemaal in het Oudvaderlandse recht rechtens was laat ik hier onbesproken). Ook het huidige Franse recht laat ik onbesproken.

25 In het gemelde artikel van Coebergh, ‘Artikel 1995 BW en de overdracht van het bezit van onroerend goed’ cit., blz. 590.

feitelijk bezit en aldus een juridisch moerassige toestand heeft laten ontstaan. Het Hoogheemraadschap had, wilde het alsnog de eigendom verkrijgen, slechts een (uiteraard concurrente) vordering tot levering tegen de (rechtsopvolger van de) verkoper. Maar die actie was, als gezegd, verjaard en Leune Bouw was inmiddels failliet! Denk verder eens aan het probleem dat het Hoogheemraadschap, als het geen eigenaar geworden is, en de grond zou bij hem geïndiceerd kunnen worden, maar moet zien een vergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking op de voet van artikel 6:212 BW te krijgen voor de werken die het op de grond heeft opgericht.

In die gevallen waarbij het aan een fout van de notaris zou liggen dat vervolgens de eigendom niet overgaat zou het nog aantrekkelijker zijn de koper het bezit te gunnen.

18. Tot zover enige bespiegelingen over de beschermingswaardigheid van het Hoogheemraadschap. Over de positie van de curator kunnen wij kort zijn. De verkoper heeft destijds de koopprijs gekregen en zijn rechtsopvolger moet, kort gezegd, niet zeuren.

19. Het is echter allerminst zeker dat ons hoogste rechtscollege in alle gevallen van een mislukt transport, of het ontbreken van een transport, de verkrijger als *possessor* zal kwalificeren. Er kunnen zich, zo de Hoge Raad, gevallen voordoen dat de koper krachtens de rechtsverhouding met de verkoper gerechtigd is, vooruitlopend op de levering van het verkochte, zich de feitelijke macht te verschaffen. Maar er kunnen zich, zo vul ik aan, óók gevallen voordoen dat zulks niet het geval is.

VI. Kan het Hoogheemraadschap als *bona fide possessor* door verjaring verkrijgen?

20. Stel we moeten aannemen dat het Hoogheemraadschap wel degelijk *possessor* is. Dan komen we aan het volgende probleem toe. Volgens artikel 3:118 lid 1 BW²⁶ is in het gegeven geval Hoogheemraadschap niet te goeder trouw, anders gezegd: te kwader trouw.²⁷ Er is dus geen redding meer aan: voor de gewone verjaring is bij ons *bona fides* nodig. Het Hoogheemraadschap kan daarom niet verkrijgen door de gewone verjaring van artikel 3:99 lid 1 BW, op grond van welk artikellid voor onroerend goed een termijn van tien jaren geldt. Vandaar dat, als gemeld, een beroep wordt gedaan op de bijzondere verjaring van artikel 3:105 BW. Nog een geluk dat het Hoogheemraadschap langer dan twintig jaren bezit!

21. Opmerkelijk daarbij is dat het Hoogheemraadschap gegeven de eufemistische terminologie van de wet in het weinig verheffende gezelschap terecht komt van twee andere typen van bezitters te kwader trouw: degene die ‘landjepik’ heeft gepleegd en degene die willens en wetens van een *non dominus* heeft gekocht.

26 Art. 3:118 lid 1 BW: Een bezitter is te goeder trouw, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen.

27 Zie over het eufemistische gebruik van ‘niet te goeder trouw’ voor ‘te kwader trouw’: art. 3:121 BW. De oudere, eerlijker terminologie is nog steeds alom te horen. Zie bijvoorbeeld J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, cit.

VII. Vergelijking van de twee rechtstelsels

22. In het klassieke Romeinse recht is degene die door *traditio* op grond van koop een *res mancipi* heeft verkregen dan wel geen eigenaar geworden maar dan toch wel bezitter te goeder trouw. In het Nederlandse recht is degene die bij wege van *traditio a domino* heeft verkregen ofwel slechts *detentor* of, als we die *traditio* ombuigen tot *occupatio*, op zijn hoogst bezitter, en wel te kwader trouw. En dat resulteert hier, gelet op artikel 3:306 BW, in een termijn van twintig jaar.

Vooraf de onzekerheid of een koper die slechts door middel van *traditio* een onroerend goed heeft verkregen bezitter-voor-zichzelf is geworden vormt een belangrijk nadeel van het huidige onroerende goederenrecht ten opzichte van het Romeinse recht. Dat die koper te kwader trouw is, betekent een langere verjaringstermijn, maar dat vormt geen wereld van verschil met het Romeinse recht waar die termijnen ook nogal varieerden.

Ook in deze casus worden wij op onaangename wijze geconfronteerd met het feit dat wij de *exceptio doli* (en zijn soortgenoten als de *exceptio rei venditae et traditae*) niet kennen.

23. Toch moeten wij oppassen zonder meer het huidige recht inferieur te achten aan het klassieke Romeinse. De *praetor* greep destijds in omdat *mancipatio* en *in iure cessio* als obsoleet beschouwd werden. Bij ons vormde het vereiste van de inschrijving van een (in het huidige BW: notariële) akte in de openbare registers een stap vooruit op het ‘verderfelijk systema des Fransen rechts’ waarbij het koopcontract voor de eigendomsovergang volstond, ingeschreven of niet. Verjaring door een koper die slechts het bezit van een onroerend goed heeft verkregen geeft zeker registerversuiling, maar daar staat tegenover dat in het thans geldende BW die koper een notariële verklaring van verjaring kan doen inschrijven.

VIII. Betekenis van deze uitspraak voor de economische eigendom

24. Het begrip economische eigendom²⁸ is lastig in het civielrechtelijke systeem in te passen. Er zijn vele varianten. Voor zover van belang voor onze casus zou ik onder economische eigendomsoverdracht willen verstaan het geval dat de koper weliswaar de eigendom niet verschaft krijgt, maar de zaak, kort gezegd, voor zijn rekening en risico is en hij de lasten moet dragen. Het onderscheidend kenmerk met onze casus is dan dat het de bedoeling is dat de betaling van de overdrachtsbelasting wordt uitgesteld bijvoorbeeld totdat de koper op zijn beurt een koper heeft gevonden. Transport vindt dan plaats van de oorspronkelijke verkoper op de uiteindelijke koper. Er is dan maar een keer 6% overdrachtsbelasting verschuldigd. Verstijlen²⁹ is van mening dat zulk een economische eigendomsoverdracht van onroerend goed een raamwerk van verbintenisrechtelijke

28 Zie W.G. Huijgen, *Economische eigendom, studiepockets privaatrecht*, deel 50 Zwolle, 1995 en A.A. van Velten, *Kopers en economisch eigenaars van onroerend goed*, Deventer, 1982. Voor de fiscale aspecten in dit verband J.C. Van Straaten, ‘Economische eigendom-bezit-verjaring-overdrachtsbelasting’, in: *WPNR* 6908&9 (2011) blzz. 980-984 en 997-100.

29 In zijn noot op ons arrest onder de alinea’s 6 en 7 van die noot.

afspraken behelst die ten gevolge hebben dat de economische eigenaar niet snel als bezitter kan worden aangemerkt.

Wij moeten bij dat alles bedenken dat wij waarschijnlijk met een uitstervend probleem te maken hebben. Voordat je het weet valt een casuspositie als de onze, waarbij alleen maar het bezit verschaft wordt, tegenwoordig toch onder de overdrachtsbelasting, omdat de hele constructie sinds 31 maart 1995 door de wet als een economische eigendomsoverdracht beschouwd wordt, die op gelijke voet met een transport met 6% belast is.³⁰ Sindsdien is dit type economische eigendom in onbruik geraakt.

IX. Overige fiscale aspecten

25. De fiscus zal bij dit arrest sip gekeken hebben. Uiteindelijk heeft de notaris met zijn stoutmoedige verklaring in het onderhavige geval gelijk gekregen en dat betekent in potentie dat zeer vele alleen-maar-bezitters, in stede van alsnog de eigendom aan zich te laten overdragen, zich op verjaring beroepen. Op overdracht staat 6% overdrachtsbelasting,³¹ verjaring is belastingvrij.³² Dat kan een forse belastingderving voor de fiscus opleveren.³³ Maar, als gezegd, het is een uitstervend probleem.

Slotwoord

26. Het bovenstaande vormt op zijn hoogst een actualiserende benadering van het Romeinse recht,³⁴ maar eigenlijk is het zelfs dat niet: het gaat immers niet over de vraag wat het Romeinse recht ons kan leren over de geschiedenis van de rechtsfiguur die ons bezighield. Het is eerder eenvoudigweg een voorbeeld van rechtsvergelijking zonder dat aan bod komt of en in hoeverre en langs welke weg de latere rechtsfiguur afstamt van de eerdere. De *salto mortale*³⁵ waarvoor elke Romanist zich moet hoeden, waarbij meteen van Justinianus (of erger nog: van het klassieke recht) naar het heden wordt gesprongen doet zich hier dus niet voor.

27. Het nut van zelfs zulk een simpele vergelijking met het Romeinse recht is dat het ons er met de neus op drukt dat we het wiel niet telkens opnieuw hoeven uit te vinden: heel vaak hebben de Romeinen dat al gedaan. Wij kunnen inderdaad een tijdloze schatkamer van ideeën betreden – en als die kamer érgens schatten bevat, dan wel voor (wat ik toch nog maar noem) het zakenrecht. En dan, vervolgens, kunnen wij misschien constateren dat ons de Romeinse constructie van, kort gezegd, het praetorisch eigendom

30 Art. 2 lid 2 Wet belastingen rechtsverkeer (WBR).

31 De notarissen hebben voorgesteld een algemeen pardon te verlenen aan economische eigenaren van onroerend goed, die weliswaar niet de eigendom verkregen hadden maar wel de feitelijke heerschappij voerden. De overheid heeft intussen laten weten dat niet te zullen doen. (Mededeling van J.E. Jansen).

32 Art. 3 lid 1 sub a (WBR).

33 J.E. Jansen, *Bezitsverschaffing naast levering van registergoederen?*, cit., noot 50.

34 Vgl. L.C. Winkel, 'Variis modis bene fit', in: *De Digesten en de receptie van het Romeinse recht in het Nederlandse privaatrecht*, Nijmegen, 2009 blz. 3.

35 Het woord is van Kaser. Zie Theo Veen en Dirk Heirbaut, 'Interview met R. Feenstra', in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, jaargang 5 afl. 1 (2003) blz. 29.

in het gegeven geval niet kan helpen, zoals in casu waar die constructie in een geheel andere context is ontstaan. Maar zelfs dan geldt, zo zou ik zeggen: eerst kijken hoe de Romeinen het hebben gedaan.

Abstract

A person who, under classical Roman law, purchased a *res Mancipi a domino* and received it by mere *traditio* could rely on and plead the *exceptio rei venditae et traditae* against the seller. He was considered to be a *possessor*. He was not in bad faith, although he knew that he had not acquired ownership and he could therefore acquire ownership by prescriptive acquisition (*usucapio*). He did not have to have recourse to *longi temporis praescriptio*. It is uncertain whether in Dutch law the same person is classified as a *possessor* or as a *detentor*. If the judge considers him to be a *possessor* he is nevertheless in bad faith,³⁶ and therefore has to have recourse to the equivalent of the *longi temporis praescriptio* contained in article 3:105 BW.³⁷ The uncertainty whether such a person may make use of article 3:105 BW at all forms a weak point in our legislation. The fact that he is, at best, a *mala fide possessor* makes his position less comfortable than the equivalent position in Roman law. The absence of an *exceptio doli* (and the derivatives like the *exceptio rei venditae et traditae*) or a form of estoppel in our code (and in his predecessors) seems regrettable also in this case. All in all there is less reason under Dutch law to protect a person who has purchased an immoveable thing and received it by mere *traditio*. That his position under modern law is weaker is understandable. Unlike the obsolete *mancipatio* and *in iure cessio* the requirement of a notarial deed followed by its entry in the public registers forms a useful legal instrument that enhances legal certainty.

36 Art. 3:118 sub 1 BW *a contrario*. A possessor who believes himself to be the title-holder and is reasonably justified in that belief, is a possessor in good faith. (Translation of the articles of the BW: P.P.C. Haanappel and Ejan Mackaay, *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law*, Deventer/Boston, 1990.)

37 Art. 3:105 BW. A person who possesses property at the time when the right to terminate possession has prescribed, acquires the property even if his possession was not in good faith.