

MONOGRAFIEËN BW

# A14 Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap

Prof. mr. A.C. van Schaick

*Derde druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2024

## VOORWOORD

Deze monografie gaat over de rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap. Ik heb het onderwerp benaderd vanuit een breed rechtsvergelijkend perspectief en geprobeerd om er een actueel beeld van te geven. Ik heb ervan afgezien om het onderwerp tegelijkertijd in een historisch perspectief te plaatsen. Op enkele uitzonderingen na zijn verwijzingen naar oudere literatuur daarom achterwege gebleven.

Ik heb geprobeerd om deze monografie dienstbaar te maken aan de rechtspraktijk zoals ik die uit eigen ervaring ken. Maar ik ben theoretische discussies niet uit de weg gegaan. De lezer van deze monografie zal hopelijk ervaren dat het rechtsvergelijkende perspectief niet alleen ideeën en (steun voor) argumenten biedt. Het perspectief leidt ook tot relativering van Nederlandse keuzes en opvattingen die op het eerste gezicht volstrekt logisch en nauwelijks betwistbaar lijken. Ik heb op een functionele wijze rechtsvergelijking willen bedrijven en niet naar buitenlandse bronnen verwezen als ik vond dat zo'n verwijzing geen (extra) argument opleverde. Maar ik realiseer mij dat sommigen toch zullen vinden dat ik ben doorgeslagen. Ik realiseer mij ook dat mijn verwijzingen voor velen niet of nauwelijks controleerbaar zijn. De geïnteresseerde lezer die een buitenlands boek wil raadplegen waarnaar ik in deze monografie verwijs, kan zich tot mij wenden, hetzij via de uitgever hetzij via mijn kantooradres (postbus 246, 5000 AE Tilburg). Wie bij lezing van deze monografie behoefte voelt om opmerkingen te maken of kritiek te uiten, nodig ik graag uit om aan die behoefte ook gevolg te geven.

Opnieuw past een woord van bijzondere dank aan mijn leermeester, prof. mr. H.C.F. Schoordijk. Hij bood spontaan aan om het concept van deze monografie kritisch door te nemen, een aanbod dat ik graag heb aanvaard. Zijn kritiek heeft geleid tot heroverweging en herschrijving van een aantal alinea's van deze monografie. Verder dank ik het Molengraaff Instituut te Utrecht voor de feitelijke ondersteuning bij het schrijven van dit boek.

Ik heb het manuscript van deze monografie afgesloten in juli 2003. Literatuur en rechtspraak die daarna verschenen, zijn niet meer verwerkt.

### ***Voorwoord bij de tweede druk***

Sinds de verschijning van de eerste druk van deze monografie in 2003 is er veel nieuwe literatuur en rechtspraak verschenen, die in deze nieuwe druk is verwerkt. Bezit en houderschap blijven een voor de praktijk relevant onderwerp, dat het waard is om over te denken en te discussiëren. Voor alle opmerkingen en meningsverschillen die de eerste druk van dit boek heeft opgeroepen, ben ik dan ook bijzonder dankbaar. Nieuwe opmerkingen ontvang ik weer graag, op [a.c.vanschaick@uvt.nl](mailto:a.c.vanschaick@uvt.nl) of [b.vanschaick@innsen-advocaten.nl](mailto:b.vanschaick@innsen-advocaten.nl).

Het manuscript voor deze tweede druk is afgesloten in maart 2014.

***Voorwoord bij de derde druk***

In deze derde druk zijn rechtspraak en literatuur verwerkt die na de vorige druk zijn verschenen. Omwille van de leesbaarheid van deze monografie heb ik verwijzingen naar oudere literatuur en rechtspraak geschrapt als me dat verantwoord leek. Dat ging niet steeds van harte, maar ik heb meegewogen dat de digitale versie van de vorige druk beschikbaar blijft voor raadpleging.

Opmerkingen over deze monografie ontvang ik weer graag, op [a.c.vanschaick@tilburguniversity.edu](mailto:a.c.vanschaick@tilburguniversity.edu) of [b.vanschaick@linszen-advocaten.nl](mailto:b.vanschaick@linszen-advocaten.nl).

Het manuscript voor deze derde druk is afgesloten in februari 2024.

# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord** / V

**Lijst van afkortingen** / XIII

**Lijst van verkort aangehaalde literatuur** / XV

DEEL 1 BEZIT EN HOUDERSCHAP IN HET ALGEMEEN

HOOFDSTUK I

**Algemene opmerkingen** / 3

- 1 Inleiding / 3
- 2 Terminologie / 3

HOOFDSTUK II

**Begripsomschrijving en afbakening** / 5

- 3 Bezit en eigendom / 5
- 4 Beoogd verlies van bezit en eigendom / 6
- 5 Bezit en houderschap / 8
- 6 Middellijk en onmiddellijk bezit en houderschap / 9
- 7 Bezit en houderschap in de Franse, Duitse en Engelse traditie / 10
- 8 Het voorwerp van bezit en houderschap / 12
- 9 Bezit kan in sommige opzichten worden beschouwd als een recht / 14
- 10 Hoe worden bezit en houderschap vastgesteld? / 15

DEEL 2 RECHTSGEVOLGEN EN FUNCTIES VAN BEZIT EN HOUDERSCHAP EN ASPECTEN  
DIE DAARBIJ VAN BELANG ZIJN

HOOFDSTUK III

**Algemeen** / 21

- 11 Inleiding / 21
- 12 Rechtsgevolgen en functies van bezit / 21
- 13 Rechtsgevolgen en functies van houderschap / 22

HOOFDSTUK IV

**Medebezit en medehouderschap / 23**

- 14 Samenvallende bezitsdaden en medebezit / 23
- 15 Medebezit en medehouderschap / 24

HOOFDSTUK V

**Bezitsgebreken / 27**

- 16 Inleiding / 27
- 17 Onderbroken bezit / 28
- 18 Niet-openbaar bezit / 29
- 19 Bezit door geweld / 30
- 20 Dubbelzinnig bezit / 31
- 21 Gedoogde handelingen / 31

HOOFDSTUK VI

**De hoedanigheid van bezit en houderschap / 33**

- 22 De hoedanigheid van het bezit / 33
- 23 Wijzigingen in de hoedanigheid van het bezit / 34
- 24 De vaststelling van de hoedanigheid van het bezit / 36
- 25 Toerekening van wetenschap aan de bezitter / 37
- 26 De hoedanigheid van het houderschap / 39
- 27 Wijzigingen in de hoedanigheid van houderschap / 39
- 28 Vaststelling van de hoedanigheid van houderschap / 40
- 29 Toerekening van wetenschap aan de houder / 40

DEEL 3 DE RECHTSBETREKKING TUSSEN DE RECHTHEBBENDE EN DE BEZITTER

HOOFDSTUK VII

**Herstel van de rechthebbende in zijn bezit / 43**

- 30 Strekking en reikwijdte van art. 3:120/121 BW / 43
- 31 Het tijdstip waarop art. 3:120 en art. 3:121 BW van toepassing worden / 44
- 32 Ontstaan en aard van het recht op de vergoeding van art. 3:120 en 3:121 BW / 46
- 33 Vergoedingsrechten van de rechthebbende / 47
- 34 Andere gerechtigden dan de rechthebbende / 48
- 35 Overdracht aan de bezitter / 48
- 36 Het wegbreekrecht van de bezitter / 50

HOOFDSTUK VIII

**De rechthebbende en de bezitter te goeder trouw / 53**

- 37 De rechten van de bezitter te goeder trouw / 53
- 38 De positie van de bezitter nadat de rechthebbende zijn recht heeft ingeroepen / 54

- 39 Het karakter van het vergoedingsrecht van de bezitter te goeder trouw / 55
- 40 Het retentierecht van de bezitter te goeder trouw / 55
- 41 Art. 3:120 lid 4 BW / 56

#### HOOFDSTUK IX

##### **De rechthebbende en de bezitter niet te goeder trouw / 57**

- 42 De rechten van de bezitter niet te goeder trouw / 57
- 43 Het karakter van het vergoedingsrecht van de bezitter niet te goeder trouw / 58
- 44 De bezitter niet te goeder trouw heeft geen retentierecht / 58
- 45 De schadevergoedingsplicht van de bezitter niet te goeder trouw / 59

#### HOOFDSTUK X

##### **De rechthebbende en de houder voor een ander / 61**

- 46 De afwikkeling tussen de rechthebbende en degene die het goed houdt voor een ander / 61
- 47 De reikwijdte van art. 3:124 BW / 61
- 48 Het vergoedingsrecht van de houder / 62
- 49 Schadevergoedingsplicht van de houder niet te goeder trouw / 63

#### DEEL 4 STATISCHE FUNCTIES VAN BEZIT EN HOUDERSCHAP

#### HOOFDSTUK XI

##### **Inleiding / 67**

- 50 Achtergronden / 67
- 51 Statische functies voor en tegen de bezitter en de houder / 68
- 52 Het provisorische karakter van de statische functies van bezit / 69

#### HOOFDSTUK XII

##### **De politionele functie van bezit en houderschap / 71**

- 53 Feitelijke macht en onrechtmatige daad / 71
- 54 De politionele functie legitimeert geen eigenrichting / 71
- 55 De beperkingen van de actie uit onrechtmatige daad / 72

#### HOOFDSTUK XIII

##### **De goederenrechtelijke functie van bezit / 75**

- 56 Verlies en herstel van bezit / 75
- 57 De goederenrechtelijke werking van de bezitsactie / 76
- 58 Bezitsactie bij verlies van een roerende zaak / 77
- 59 De bezitter en het sterkere recht van de derde / 77
- 60 De termijn waarbinnen de bezitsactie moet worden ingesteld / 78

HOOFDSTUK XIV

**De goederenrechtelijke functie van houderschap / 81**

- 61 Een goederenrechtelijke actie tot herstel van houderschap? / 81
- 62 De retentor en het sterkere recht van de derde / 82

HOOFDSTUK XV

**De processuele functie van bezit / 83**

- 63 Inhoud en strekking van de processuele functie van bezit / 83
- 64 De grondslag van de processuele functie van bezit / 84
- 65 De processuele functie van bezit werkt niet voor het bestaan van een goed / 84
- 66 De stelplicht van de bezitter en het tegenbewijs / 85
- 67 De processuele functie van bezit en registergoederen / 85
- 68 De processuele functie van bezit van andere goederen / 86
- 69 De processuele functie van bezit en de voormalige bezitter / 87
- 70 De processuele functie van bezit werkt van rechtswege / 87

HOOFDSTUK XVI

**De processuele functie van houderschap (in ruime zin) / 89**

- 71 Aard en strekking van de processuele functie van houderschap / 89
- 72 De grondslag van de processuele functie van houderschap / 90
- 73 De processuele functie van houderschap werkt niet voor het bestaan van een goed / 90
- 74 De stelplicht van de houder en het tegenbewijs / 90
- 75 Oneigenlijke vermenging / 92
- 76 De processuele functie van houderschap en registergoederen / 92
- 77 De processuele functie van houderschap van andere goederen / 93
- 78 De processuele functie van medehouderschap / 94
- 79 De processuele functie van houderschap werkt van rechtswege / 94

HOOFDSTUK XVII

**De aansprakelijkheidsfunctie van bezit en houderschap / 95**

- 80 Risicoaansprakelijkheid van de bezitter jegens derden / 95
- 81 Regres op de eigenaar/niet-bezitter / 97
- 82 Risicoaansprakelijkheid van de houder in plaats van de bezitter / 98

DEEL 5 DYNAMISCHE FUNCTIES VAN BEZIT

HOOFDSTUK XVIII

**Inleiding / 103**

- 83 Dynamische functies van het bezit / 103

HOOFDSTUK XIX

**Bezit en toe-eigening / 105**

- 84 Inbezitneming van een res nullius (appropriatio) / 105
- 85 Zaken die aan niemand toebehoren / 106

HOOFDSTUK XX

**De leveringsfunctie van bezit / 109**

- 86 Levering en bezit / 109
- 87 Aflevering en bezit / 110

HOOFDSTUK XXI

**Bezit en houderschap en het recht op de vruchten van een goed / 113**

- 88 Bezit en het recht op de vruchten van een goed / 113
- 89 Houderschap en het recht op de vruchten van een goed / 115

HOOFDSTUK XXII

**De derdenbeschermingsfunctie van bezit / 117**

- 90 Bezit als titel van eigendomsverkrijging / 117
- 91 Bezit als legitimatie van de beschikkingsonbevoegde vervreemder? / 117
- 92 Bescherming van de bezitter te goeder trouw van een roerende zaak / 120
- 93 Gestolen zaken / 121

HOOFDSTUK XXIII

**De verjaringsfunctie van bezit / 123**

- 94 Het karakter van verkrijgende verjaring / 123
- 95 Onafgebroken bezit / 127
- 96 Bezit te goeder trouw / 128
- 97 Bezit niet te goeder trouw / 130
- 98 Dief wordt vaak géén eigenaar / 134
- 99 Verkrijgende verjaring en medebezit / 134

**Trefwoordenregister / 137**

**Wetsartikelenregister / 145**

**Rechtspraakregister / 155**

**Monografieën BW / 161**



DEEL 1

# Bezit en houderschap in het algemeen

## HOOFDSTUK I

# Algemene opmerkingen

### 1 Inleiding

Titel 3.5 BW bevat regels die betrekking hebben op bezit en houderschap van goederen. In Mon. BW B7 (*Bezit*) bespreekt Rank-Berenschot wat bezit is, en hoe men bezit verkrijgt en verliest. Haar monografie is daarmee een commentaar op art. 3:107-108 BW en art. 3:110-117 BW. Zowel bezit als houderschap van een goed leidt tot rechten en rechtsgevolgen. Titel 3.5 BW, met name art. 3:109 BW en art. 3:119-125 BW, regelt sommige van die rechten en rechtsgevolgen, zoals het recht op herstel in het bezit of houderschap van een goed, de vermoedens die aan het bezit en houderschap van een goed verbonden zijn en de wijze waarop de relatie tussen rechthebbende enerzijds en bezitter of houder anderzijds moet worden afgewikkeld als de rechthebbende in zijn bezit wordt hersteld. In deze monografie bespreek ik onder meer de rechten en rechtsgevolgen die titel 3.5 BW aan het bezit en houderschap verbindt, en in zoverre vult deze monografie Mon. BW B7 (Rank-Berenschot) dus aan. Maar het BW bevat ook op andere plaatsen dan in titel 3.5 BW bepalingen die rechten en rechtsgevolgen aan bezit en houderschap verbinden. Denk aan de rechtsverkrijging door verjaring (afdeling 3.4.3 BW), aan de eigendomsverkrijging door degene die een zaak in bezit neemt die aan niemand toebehoort (art. 5:4 BW) en aan de risicoaansprakelijkheid van de bezitter en houder (afdeling 6.3.2 BW). Deze functies van het bezit en houderschap komen in deze monografie eveneens aan de orde. Daarmee doorsnijdt zij het BW en raakt zij aan onderwerpen die ook wel in andere monografieën besproken worden. Maar de accenten liggen steeds anders en deze monografie gaat vooral in op de rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap die in andere monografieën in de serie (nog) niet of nauwelijks aan de orde komen of zijn gekomen. Omdat voor de rechten en rechtsgevolgen van bezit en houderschap de *hoedanigheid* van het bezit respectievelijk houderschap vaak doorslaggevend is, heb ik ook de bespreking van die hoedanigheid voor mijn rekening genomen.

### 2 Terminologie

Bezit is geregeld in Boek 3 van het BW, omdat men bezitter kan zijn van alle goederen, dus van roerende en onroerende zaken, en van vermogensrechten, zoals beperkte rechten op zaken en vorderingen op naam (zie nr. [8]). Het BW reserveert de termen 'eigenaar' en 'eigendom' voor Boek 5 (Zakenrecht). Daarom heet degene die een vermogensrecht tot zijn vermogen rekent, in het BW geen eigenaar, maar rechthebbende of gerechtigde. Ik heb geprobeerd die terminologie zoveel mogelijk te respecteren. Maar het woord 'gerechtigdheid' sluit naar mijn idee zo slecht aan bij het normale spraakgebruik dat ik het heb

vermeden; soms zal ik hierna – dus niet helemaal terecht – spreken van ‘eigendom’. Verder is ‘bezitten’ in het BW een gekwalificeerde vorm van ‘houden’ (zie nr. [5]): de bezitter is strikt genomen ook een houder, zij het dat hij *voor zichzelf* houdt (art. 3:107 lid 1 BW). Met de term ‘houder’ wordt echter ook, in engere zin, bedoeld op degene die een goed *voor een ander* houdt. Zie MvA art. 3.5.3 (3:109), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 429; Rank-Berenschot, *Bezit (Mon. BW B7)* 2012/3-5. Ik heb geprobeerd misverstand uit te sluiten, maar het lijkt me niettemin goed de lezer voor deze terminologische inconsequenties te waarschuwen.

## HOOFDSTUK II

# Begripsomschrijving en afbakening

### 3 Bezit en eigendom

Volgens art. 3:107 lid 1 BW is bezit 'het houden van een goed voor zichzelf'. De bezitter *gedraagt* zich als gerechtigde tot een goed (eigenaar van een zaak), dat wil zeggen dat men in de wijze waarop hij over het goed macht uitoefent, de rechthebbende op dat goed (eigenaar van die zaak) pleegt te herkennen. De *eigendomspretentie* die de bezitter ten aanzien van een goed heeft, brengt mee dat hij *zelf* geen beter recht van een ander op het goed *erkent*. Voor het bezit is het antwoord op de vraag of deze eigendomspretentie rechtens juist is, niet relevant. Als ook de *rechtsorde* geen beter recht van een ander op een goed erkent (vgl. art. 5:1 BW), en het goed dus tot het vermogen van de bezitter behoort, is de bezitter ook gerechtigde (eigenaar).

In de meeste wetboeken die tot de Franse *Code civil* kunnen worden herleid, wordt bezit gedefinieerd als de uitoefening van macht over een goed op een wijze die overeenkomt met de uitoefening van het eigendomsrecht of een ander zakelijk recht (b.v. art. 2255 Ccfr, art. 3:18 Belg. BW, art. 430 Ccesp, art. 1140 Ccit, art. 1251 Ccport, art. 916 Ccroem en art. 585 (oud) BW; zie ook art. 974 Ccgr). In deze definities blijkt in het algemeen tegelijkertijd hoe het bezit wordt vastgesteld. Maar art 3:107 lid 1 BW is zo kernachtig geformuleerd dat het artikel niet los van art. 3:108 BW kan worden gelezen (vgl. TM art. 3.5.1 (3:107), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 425). Zie *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/116 e.v.*; Rank-Berenschot, *Bezit (Mon. BW B7) 2012/11 e.v.*

In elke definitie van bezit komt tot uitdrukking dat bezit nauw met eigendom is verbonden. In het dagelijkse spraakgebruik worden bezit en eigendom ook met elkaar geïdentificeerd. Bij bezit past een vermoeden van eigendom (vgl. art. 3:119 BW), en voortdurend bezit leidt uiteindelijk ook tot eigendom (vgl. art. 3:99 e.v. BW). Maar het enkele feit dat iemand zich als gerechtigde tot een goed *gedraagt*, betekent niet per definitie dat hij ook gerechtigde tot het goed is.

Rechthebbende op een goed is men pas als men het goed tot zijn vermogen mag rekenen. Als ik mijn erfafscheiding ten dele plaats op de grond van mijn buurman en aldus een deel van diens tuin tot onderdeel van mijn eigen tuin maak, ben ik bezitter/niet-eigenaar van deze grond: ik *gedraag* mij als eigenaar van de grond waarvan mijn buurman eigenaar is. Wie een fiets steelt en erop rondrijdt, oefent macht over de fiets uit op een wijze die overeenkomt met de macht die de eigenaar van een fiets uitoefent. Deze dief is dus bezitter. Maar de fiets behoort tot het vermogen van de bestolene. De bestolene is eigenaar.

Meestal is de rechthebbende op een goed ook de bezitter van dat goed. De omstandigheid dat het goed deel uitmaakt van zijn vermogen, en dat hij er dus het meest omvattende recht op heeft dat denkbaar is (vgl. art. 5:1 BW), behoort de rechthebbende natuurlijk in staat

te stellen – en stelt hem gewoonlijk in staat – dat meest omvattende recht ook feitelijk uit te oefenen. De rechthebbende op een goed heeft *recht* op het bezit van dat goed. Het is onwenselijk dat eigendom en bezit worden ontkoppeld. Bezit van een niet-rechthebbende vormt jegens de rechthebbende een onrechtmatige toestand (MvA art. 3.11.15a, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 931; vgl. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/114*; Cian/Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, art. 1148, aant. VI; Risi, *Il possesso*, p. 282 e.v.). Als eigendom en bezit worden ontkoppeld, druist die ontkoppeling vrijwel altijd in tegen de wil van de rechthebbende.

In geval van diefstal, de vondst van een verloren zaak die niet wordt aangegeven, de inbezitneming van een stuk grond en de verkrijging niet te goeder trouw of om niet van een verduisterde zaak, sanctioneert het recht de eigendomspretentie van de bezitter niet. De bezitter moet rekening houden met een rechtsvordering van de rechthebbende strekkende tot beëindiging van het bezit (vgl. art. 3:314 lid 2 BW), de eigenaar kan zijn zaak voorlopig revindiceren (art. 5:2 BW). Pas na verloop van jaren legt het recht zich bij de feitelijke situatie neer en vergunt het de bezitter, ten koste van de gedeposeerde eigenaar, door verjaring alsnog de eigendom (zie hoofdstuk 23). Alleen als de rechtsorde de bezitsverrijking billijkt, verwerft de bezitter ook *onmiddellijk* de positie van rechthebbende, zoals wanneer het onmiddellijke bezit te goeder trouw en om baat wordt verkregen in het kader van een eigendomsoverdracht door een beschikkingsonbevoegde (zie hoofdstuk 22), of wanneer iemand een *res nullius* in bezit neemt (zie hoofdstuk 19). Uiteindelijk heeft de rechthebbende die zijn bezit verliest, ook steeds reden om voor zijn eigendom te vrezzen. Hedinger, *System des Besitzrechtes*, Bern: Stämpfli 1985, p. 70 e.v. spreekt in dit verband van de *Rechterhaltungsfunktion* van het bezit (zie hierna, nr. [50]).

#### 4 Beoogd verlies van bezit en eigendom

Het nauwe verband tussen eigendom en bezit heeft tot gevolg dat de rechthebbende vrijwel niet in staat is om zich vrijwillig van hetzij alleen zijn bezit, hetzij alleen zijn eigendom (respectievelijk recht) te ontdoen.

Het is rehtens niet denkbaar dat de rechthebbende zich bij een overdracht overeenkomstig art. 3:84 BW het bezit van het goed (de *eigendomspretentie*) zou voorbehouden; in het kader van een – al dan niet geldige – eigendomsoverdracht heeft ook altijd *bezitsoverdracht* plaats. Zie *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/149* en het bindend advies van Mijnsen van 25 juli 1994, VR 1995, 30: “Met het voorgaande strookt dat een rechthebbende niet zijn bezit van zijn recht kan scheiden door afzonderlijke overdracht van het bezit.” Uit HR 9 september 2011, NJ 2012/312 (*Muller q.q./Hoogheemraadschap*) mag mijns inziens niet worden afgeleid dat de Hoge Raad dit anders ziet. Weliswaar overwoog de Hoge Raad ‘dat zich gevallen kunnen voordoen dat de koper krachtens de rechtsverhouding met de verkoper jegens deze gerechtigd is, vooruitlopend op de levering van het verkochte, zich over het verkochte daarover de feitelijke macht te verschaffen en deze op een zodanige wijze uit te oefenen dat naar de in het verkeer geldende opvattingen de koper moet worden beschouwd als bezitter van het verkochte’, maar de Hoge Raad verklaarde de ontkoppeling van eigendom en bezit doordat de koper de zaak in bezit had genomen nadat hij de macht over de zaak had verkregen. Volkomen ondenkbaar is de welbewuste ontkoppeling van eigendom en bezit intussen niet, in het bijzonder niet als door een gebrek in de titel of levering geen eigendomsoverdracht plaatsheeft. Als de eigenaar een zaak levert terwijl hij weet dat de overdrachtstitel nietig is, draagt hij bewust alleen het bezit van de zaak aan zijn wederpartij over (en het gaat ver om dan te spreken van een onrechtmatige toestand jegens de rechthebbende, vgl. MvA art. 3.11.15a (3:114), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 931). Maar als die wetenschap gemeenschappelijk is, is de overdracht gesimuleerd en geldt tussen partijen de gedissimuleerde afspraak (*Asser/Sieburgh 6-III 2022/153*). Het bezit en de eigendom

blijven dan in één hand omdat de pseudo-verkrijger wordt geacht het betere recht van de pseudo-vervreemder te erkennen.

Volgens art. 5:18 BW verliest iemand de eigendom van een *roerende zaak* als hij het bezit van de zaak prijsgeeft met het oogmerk om zich van de eigendom te ontdoen. De wettekst suggereert aldus dat de eigenaar de *eigendom* pas verliest als het vrijwillige verlies van het bezit – de *eigendomspretentie* – gepaard gaat met een bijzonder oogmerk. Maar de suggestie dat het bezit, of beter het bezitsverlies, een *functie* heeft bij het verlies van eigendom is niet juist. Omdat bezit en eigendom in beginsel niet vrijwillig ontkoppeld kunnen worden, gaan de *afstand* van bezit en eigendom die in één hand zijn noodzakelijkerwijze samen. In het Voorlopig Verslag bij art. 5:18 BW (*Parl. Gesch. Boek 5*, p. 115) is daar terecht op gewezen. Ook de eigenaar van een dier kan het bezit van zijn dier niet vrijwillig verliezen voordat hij de eigendom van het dier heeft verloren (vgl. art. 5:19 BW).

Ondanks de bezwaren tegen de redactie van art. 5:18 BW heeft de wetgever de tekst gehandhaafd. Hij wilde tot uitdrukking brengen dat de eigenaar het *bezit* van een roerende zaak alleen 'kennelijk prijsgeeft' als hij daarbij het oogmerk heeft de eigendom van de zaak prijs te geven (MvA art. 5.2.16 (5:18), *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 116). Maar de wettekst drukt het tegendeel uit: er staat dat de eigenaar alleen de *eigendom* kan prijsgeven als hij het bezit van de zaak prijsgeeft met het oogmerk zich van de eigendom te ontdoen (vgl. § 959 BGB). Dat de eigenaar niet op de voet van art. 3:117 lid 1 BW vrijwillig het bezit van een roerende zaak kan prijsgeven als hij zich niet tegelijkertijd van de eigendom van de zaak wil ontdoen, is volstrekt logisch. Het ligt besloten in art. 3:108 BW. Het bezit en de eigendom van een roerende zaak kunnen bijvoorbeeld wel gescheiden worden als de afstand van de eigendom – een rechtshandeling – wegens dwaling wordt vernietigd. Als degene die de zaak in bezit heeft genomen, weigert de zaak aan de eigenaar terug te geven, keert door de vernietiging van de afstand wel de eigendom van de zaak terug, maar het bezit niet (zie hierna, nr. [10]).

Het is niet zonder praktisch belang dat een eigenaar van een roerende zaak niet vrijwillig zijn eigendomspretentie kan prijsgeven en de zaak aldus bezitloos kan maken. Aan de hoedanigheid van *bezitter* is immers een risicoaansprakelijkheid verbonden voor schade door roerende zaken (art. 6:173 en 6:179 BW; zie hoofdstuk 17). Zie met betrekking tot dieren ook het Rapport aan de Koningin bij art. 5.2.17 (*Parl. Gesch. Boek 5*), p. 117.

Men kan naar Nederlands recht geen afstand doen van de eigendom van een *onroerende zaak*. Daaruit volgt dat de eigenaar ook geen afstand kan doen van het *bezit* van zijn onroerende zaak: zolang de eigenaar/bezitter van een onroerende zaak de eigendom niet op een in de wet voorziene wijze heeft verloren (art. 3:80 BW), brengt art. 3:108 BW mee dat hij ook de eigendomspretentie met betrekking tot de onroerende zaak niet vrijwillig kan verliezen. Op zijn werkelijke bedoelingen met betrekking tot die onroerende zaak wordt geen acht geslagen. Het (kennelijke) verlaten van een onroerende zaak (vgl. art. 600 (oud) BW) leidt dus niet tot bezitsverlies. Zie Rank-Berenschot, *Bezit (Mon. BW B7)* 2012/61; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/384 en Cour de cassation (3me civ.) 20 februari 2013, no. 11-25.398 (Frans Polynesië); Bartels, 'Afstand van bezit van een onroerende zaak', *NTBR* 2009/43, p. 327.

De Staat is eigenaar van onroerende zaken die geen andere eigenaar hebben (art. 5:24 BW). Door afstand te doen van zijn onroerende zaak zou men die zaak dus aan de Staat opdringen. Dat wordt onwenselijk geacht. Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/111a en HR 20 juni 1997, NJ 1999/301 (*Luidens/Het Land Aruba*), onder verwijzing naar HR 11 maart 1966, NJ 1966/330 (*Nederlandse Antillen/Exploitatie Maatschappij van Zoutmeren*). Er zijn percelen die door bodemverontreiniging een (forse) negatieve waarde hebben; het zou onaanvaardbaar zijn

als eigenaars die percelen – als regel – aan de Staat zouden kunnen opdringen. Zie in dit verband ook OGH 27 augustus 2002, 5Ob197/02k en OGH 25 augustus 2011, 5Ob105/11v.

Bartels, 'Afstand van bezit van een onroerende zaak', *NTBR* 2009/43, p. 327, daarin gevolgd door Rank-Berenschot, *Bezit (Mon. BW B7)* 2012/61, neemt aan dat degene die het bezit van een strook grond van zijn buurman heeft verworven, het bezit van de strook grond kan prijsgeven zodat dit bezit terugkeert naar de eigenaar. Zie ook *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2021/172. Deze opvatting is op het eerste gezicht praktisch en aantrekkelijk, maar zij is naar mijn mening onjuist. Zij impliceert in de eerste plaats dat een onroerende zaak bezitloos kan zijn, terwijl in de regel dat een onroerende zaak niet zonder eigenaar kan zijn (art. 5:24 BW) juist besloten ligt dat dit onmogelijk is. Bartels en Rank-Berenschot lijken hun opvatting te beperken tot de situatie waarin de afstand van het bezit van de zaak tot gevolg heeft dat 'dit bezit' terugkeert naar de eigenaar. Maar dat druist in tegen de regel van art. 3:117 lid 1 BW dat men het bezit van een goed verliest *doordat* een ander het bezit van dat goed verkrijgt. Het enkele feit dat de bezitter/niet-eigenaar van een onroerende zaak een feitelijke situatie creëert die voor het oog meebrengt dat de eigenaar weer bezitter van de onroerende zaak is, leidt rechtens niet tot overgang van het bezit. De overgang van het bezit vindt – ook in dit geval – plaats hetzij doordat de eigenaar de zaak in bezit neemt (art. 3:113 BW) waardoor de bezitter/niet-eigenaar zijn bezit verliest, hetzij doordat de bezitter/niet-eigenaar zijn bezit aan de eigenaar/niet-bezitter overdraagt (art. 3:114/115 BW). Zie ook Spierings, *Afstand van recht (Mon. BW AGa)* 2019/41 en Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/384.

Men kan slechts afstand doen van (een recht op) een beperkt recht of een vorderingsrecht als de hoofdgerechtigde respectievelijk schuldenaar daaraan meewerkt (art. 3:98 BW respectievelijk art. 6:160 BW). Daarom is het evenmin mogelijk alleen afstand te doen van het *bezit* van een beperkt recht of vorderingsrecht. Als de hoofdschuldenaar of wederpartij de afstand van het beperkte recht respectievelijk het vorderingsrecht niet aanvaardt en dus (het betere recht op) het beperkte recht of vorderingsrecht erkent, kan de gerechtigde ook het bezit van het recht niet verliezen. Dat ligt besloten in art. 3:108 BW. Maar als daadwerkelijk afstand wordt gedaan van een beperkt recht, een vorderingsrecht, een wilsrecht of een bevoegdheid, bewerkstelligt deze afstand dat het voorwerp van het recht ophoudt te bestaan. Daaruit volgt noodzakelijkerwijze dat ook het bezit van het vorderingsrecht eindigt.

## 5 Bezit en houderschap

Uit art. 3:107 lid 1 BW blijkt dat bezit in het Nederlandse recht een bijzondere, gekwalificeerde vorm is van houden, namelijk houden *voor zichzelf*. Het BW definieert niet wat moet worden verstaan onder 'houden'. De wetgever meent dat men zou miskennen dat het begrip mede door wetsvoorschriften wordt bepaald en daarom niet iets zuiver feitelijks is, als men 'houden' zou kenschetsen als de uitoefening van feitelijke macht over een goed (TM art. 3.5.1 (3:107), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 425).

Andere wetgevers zijn minder terughoudend. Het 'ruime' houden – dat het houden voor zichzelf omvat – is gedefinieerd in § 309 ABGB, bepalend dat een houder iemand is die een zaak in zijn macht of onder zijn hoede heeft. Vgl. Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*<sup>3</sup>, § 309, Rz 20. Volgens art. 974 Ccgr is de houder iemand die fysieke macht over een zaak uitoefent. Het 'enge' of 'simpele' houden – dat de erkenning van een beter recht van een ander impliceert – is gedefinieerd in art. 1253 Ccport, bepalend dat iemand als simpele houder wordt beschouwd wanneer hij hetzij de feitelijke macht over een zaak uitoefent zonder het oogmerk als gerechtigde te handelen, hetzij krachtens louter gedogen van de gerechtigde het genot van een zaak heeft, hetzij vertegenwoordiger of lasthebber van de

bezitter is of in het algemeen namens een ander een zaak bezit. En volgens art. 2352 Ccarg is simpele houder van een zaak en vertegenwoordiger van het bezit van de eigenaar, degene die deze zaak feitelijk houdt maar de eigendom van een ander erkent. Zie voorts § 318 ABGB. Het zal duidelijk zijn dat het antwoord op de vraag of iemand een goed – hetzij in ruime zin, hetzij in enge zin – ‘houdt’, nauw verband houdt met de macht die hij feitelijk over de zaak kan uitoefenen. Een enigszins atypisch voorbeeld vindt men in HR 28 januari 2000, NJ 2000/670 (*HTS/Dienst Omroepbijdragen*).

Wie feitelijk in staat is om van een goed gebruik te maken, en dus houder is in ruime zin, kan die macht over het goed voor zichzelf uitoefenen, met de pretentie dat niemand een beter recht op het goed heeft dan hijzelf. Als zijn bezit niet gebrekkig is (waarover hierna, nr. [16] e.v.) is hij *bezitter*. Maar wie bij die uitoefening van de feitelijke macht *erkent* dat een ander een beter recht op het goed heeft dan hijzelf, is *houder* (in enge zin). Bezit en houderschap (in enge zin) sluiten elkaar dus uit. Dat geldt ook voor eigendom en houderschap (in enge zin). Met de kwaliteit van gerechtigde is immers niet te verenigen dat men tegelijkertijd het betere recht van een ander zou erkennen.

De bruiklener, bewaarnemer, aannemer, vervoerder, huurder, pachter (vgl. HR 21 maart 2001, NJ 2001/305 (*Van der Vegt/Waterschap Groot Salland*) en (meestal ook de) retentor (vgl. HR 14 april 2000, NJ 2000/438 (*Van Ravenstein/Alves*)) erkennen dat een beter recht op het goed wordt uitgeoefend door een ander, namelijk de hoofdgerechtigde, de pandgever, de uitlener, de bewaargever, de aanbesteder (opdrachtgever), de afzender, de verhuurder, de verpachter respectievelijk de eigenaar. Zij zijn dus *houder* van het goed dat zij in hun macht hebben. Maar het houderschap hoeft zijn oorsprong niet in een contractuele bron te vinden. Ook de vestiging van een beperkt recht leidt niet tot bezitsverlies bij de eigenaar. De vruchtgebruiker en vuistpandhouder verkrijgen slechts het recht op en bezit van een beperkt recht op de zaak. En als ik van de postbode een pakketje aanneem dat is geadresseerd aan mijn buurman die niet thuis is, houd ik het pakketje uit hoofde van zaakwaarneming voor mijn buurman, wiens betere recht ik erken. Ook de vinder die aangifte doet van zijn vondst, en aldus het betere recht erkent van degene die de zaak heeft verloren, houdt de zaak krachtens zaakwaarneming. Wel bestaat tussen de houder en degene wiens betere recht hij erkent, per definitie een rechtsverhouding. Dat is ook de opvatting van de wetgever (vgl. art. 3:124, TM art. 3.5.16 (3:124), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 455). Dat wil niet zeggen dat het houderschap per definitie *voortvloeit* uit een rechtsverhouding met degene met het betere recht. Zie ook Snijders/Rank-Berenschot *Goederenrecht*, nr. 128. De joyrider, die tijdelijk, maar tegen de wil van de eigenaar, diens auto gebruikt, erkent het betere recht van de eigenaar. In die erkenning ligt besloten dat hij in een (niet in de wet geregelde) rechtsverhouding staat tot de eigenaar van de auto.

## 6 Middellijk en onmiddellijk bezit en houderschap

Wie feitelijke macht over een goed uitoefent, is per definitie hetzij houder (in enge zin), hetzij (volwaardige dan wel gebrekkige, zie hoofdstuk V) bezitter. Maar het is niet noodzakelijk dat de macht over een goed *rechtstreeks* wordt uitgeoefend. Dit blijkt uit art. 3:107 lid 2-4 BW. Men kan de macht ook door middel van een ander uitoefenen. De bezitter kan de zaak vrijwillig uit handen geven aan een ander, die de zaak voor de bezitter gaat houden. De bezitter bezit de zaak dan middellijk (art. 3:107 lid 3 BW). De houder oefent de macht over de zaak dan rechtstreeks uit (vgl. art. 3:107 lid 4 BW), maar hij doet dat voor de bezitter.

Omdat degene wiens betere recht op het goed men erkent, niet noodzakelijkerwijze de rechthebbende op of de bezitter van het goed is, kan er in theorie een oneindige keten zijn van personen die in een goederenrechtelijke relatie staan tot hetzelfde goed. Wie een auto



leent van een ander, is houder. Hij erkent immers het betere recht van de uitlener. Zolang de bruiklener in de auto rondrijdt, is hij onmiddellijk houder. Als de bruiklener de auto door een garagehouder laat repareren, draagt hij de fysieke macht over de auto over aan een ander. Hij is middellijk houder, omdat hij de auto voor de uitlener houdt door middel van de garagehouder. De garagehouder is onmiddellijk houder voor de bruiklener, wiens betere recht op de auto hij immers erkent. De uitlener kan zelf de auto hebben gehuurd. Hij is dan houder voor de verhuurder, omdat hij diens betere recht op de auto erkent. Als de verhuurder de auto heeft gestolen, is hij bezitter/niet-eigenaar. Zijn eigendomspretentie mag dan onterecht zijn, hij erkent het betere recht van de bestolen eigenaar niet. De bezitter/verhuurder oefent het bezit van de auto uit door middel van de huurder. Hij is middellijk bezitter. De auto behoort tot het vermogen van de eigenaar, maar deze kan noch direct noch indirect enige macht over de auto uitoefenen. De bestolene is dus eigenaar/niet-bezitter.

Zie over (de geschiedenis van) het middellijke bezit en houderschap uitvoerig Bömer, *Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz*, Mohr Siebeck: Tübingen 2009 en Rank-Berenschot, *Bezit (Mon. BW B7) 2012/7*. Zie voorts de rechtsvergelijkende beschouwingen van Fuenteseca, *La posesión mediata e inmediata*.

Uit art. 3:107 lid 1 BW volgt dat men ook *houder* (in enge zin) kan zijn van andere goederen dan zaken. Zo kan men uit hoofde van een persoonlijk recht jegens de bezitter, bijvoorbeeld als huurder of pachter, een recht van erfdiensbaarheid uitoefenen. De verhuurder respectievelijk verpachter is middellijk bezitter; hij is degene die uiteindelijk door verjaring gerechtigd wordt tot de erfdiensbaarheid. Vgl. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/125*.

Houder van een vorderingsrecht op naam is degene die als vertegenwoordiger van de bezitter optreedt. Als hij het vorderingsrecht in eigen naam uitoefent, pretendeert hij *eo ipso* dat het vorderingsrecht tot zijn vermogen behoort. Vgl. § 312 ABGB: "(...) In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen." Een uitzondering moet worden gemaakt voor de procespartij die als lasthebber procedeert in eigen naam, maar ten behoeve van een ander. Men ontkomt er niet aan om in deze situatie – die op gespannen voet staat met art. 3:304 BW – de lasthebber te kwalificeren als de gerechtigde tot en bezitter van uitsluitend de rechtsvordering, maar niet van het vorderingsrecht.

## 7 Bezit en houderschap in de Franse, Duitse en Engelse traditie

In de benadering van bezit en houderschap kunnen drie hoofdstromingen worden onderscheiden. De *Franse* Code civil en de wetboeken die daarop zijn gebaseerd, bouwen voort op de Romeinsrechtelijke scheiding van bezit en houderschap (in enge zin). Bij wijze van uitgangspunt wordt alleen bescherming verleend aan de bezitter, degene die ten aanzien van het goed eigenaarspretenties heeft. Het *Duitse* BGB en de wetboeken die zich op dit punt naar het BGB hebben gericht, maken strikt genomen geen onderscheid tussen bezitter en houder. Bezit is volgens deze wetboeken geen eigendomspretentie, maar een (recht op de) zelfstandige, feitelijke macht over een goed. Er worden verschillende vormen van bezit onderscheiden, waarbij alleen de *Eigenbesitzer* een goed voor zichzelf houdt en dus een eigendomspretentie heeft. De *Eigenbesitzer* (bezitter) en *Fremdbesitzer* (onafhankelijke houder zoals de huurder en pachter) genieten in een aantal gevallen een vergelijkbare goederenrechtelijke bescherming tegen inbreuken op hun macht over het goed. Maar alleen de *Eigenbesitzer* kan door verjaring eigenaar worden. Geen bescherming geniet meestal de *Besitzdiener* (afhankelijke houder zoals de werknemer en dienstbode) die handelt overeenkomstig instructies van een ander. In het *Engelse* recht is bezit *nóóit*

een pretentie van eigendom. Het is feitelijke macht over een goed. Deze machtspositie geeft een relatieve goederenrechtelijke bescherming, namelijk tegen hen ten opzichte van wie degene die de macht uitoefent, een beter recht heeft. Het recht om deze macht uit te oefenen kan als gevolg van *adverse possession* verjaren, maar de *adverse possessor* verkrijgt daardoor zelf geen rechten.

De 'Fransgeoriënteerde' rechtsstelsels hebben, sinds het einde van de negentiende eeuw, de relatie tussen persoon en goed gerelativeerd. Enerzijds wordt het bezit er tegenwoordig naar objectievere maatstaven vastgesteld en speelt de bezitswil een minder belangrijke rol (vgl. art. 3:108 BW), anderzijds wordt ook de houder meer in bescherming genomen. Wanneer men van de verschillen in terminologie abstraheert, blijkt dat de meeste continentale rechtsstelsels 'bezit' en 'houderschap' in grote lijnen gelijk behandelen.

Fransgeoriënteerde wetboeken zijn bijvoorbeeld het Belgische BW (1804), de Argentijnse (1871) en Spaanse *Código civil* (1889), de Italiaanse *Codice civile* (1942), de Griekse *Astikos Kodikas* (1949), de Portugese *Código civil* (1966) en het Nederlandse BW (1992). De Duitse benadering van bezit vindt men bijvoorbeeld terug in het Japanse BW (1896), het Zwitserse ZGB (1917), en de Mexicaanse (1932) en Braziliaanse (2002) *Código civil*. Verschillende schrijvers hebben het Franse en Duitse bezitrecht diepgaand met elkaar vergeleken en verklaard. Zie vooral Rodrigues/Luso Soares, *A posse*, p. 41 e.v.; Vieira Albuquerque, *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*, Rio de Janeiro 2002, p. 121 e.v. Zie voorts Fuenteseca, *La posesión mediata e inmediata*, p. 53 e.v. Zie over de grondslagen van het Duitse bezitrecht Ernst, *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübingen: Mohr Siebeck 1992, p. 3 e.v. Zie over het Engelse bezitrecht Cheshire/Burn, *Modern law of real property*, p. 48 e.v.; Crawford, *An Expressive Theory of Possession*, p. 60 e.v.; Hickey, 'Possession as a Source of Property at Common Law', in: Descheemaeker (ed.), *The Consequences of Possession*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2014, p. 77 e.v.; Quitmann, *Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht*, p. 187 e.v.

In de zogenoemde *mixed legal systems* (Schotland, Zuid-Afrika) is de leer van het bezit eveneens gebaseerd op het Romeinse recht. Daardoor is het recht van deze landen overwegend vergelijkbaar met het bezit zoals dat is geregeld in de Fransgeoriënteerde rechtsstelsels. In Scandinavische landen speelt het bezit een minder belangrijke rol dan elders. Niettemin is ook het Zweedse bezitrecht op Romeinse leest geschoeid. In Denemarken en Noorwegen is geen bezitleraar tot ontwikkeling gekomen. Omdat de praktijk niet om het bezit heen kan, wijken het Deense en Noorse recht in het algemeen echter niet erg af van het recht in andere landen.

Zie voor Schotland, Reid, *The law of property in Scotland*, nr. 114 e.v. en, met enige nuances, Anderson, 'The Protection of Possession in Scots Law', in: Descheemaeker (ed.), *The Consequences of Possession*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2014, p. 111 e.v. Zie voor Zuid-Afrika Van der Walt/Pienaar, *Introduction to the law of property*, p. 167 e.v.; Horn/Knobel/Wiese, *Introduction to the Law of Property*, p. 207 e.v. Zie voor Zweden Eschelsson, *Bidrag till läran om besittning enligt Svensk rätt: besittningsbegreppet. En rätts encyclopedisk Studie*, Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1904; Hästad, *Sakrätt*, p. 50 e.v. Het Deense en Noorse recht knopen meer aan bij de *macht* die iemand over een zaak uitoefent. Degene die eigendomsrecht heeft, kan de zaak door verkrijgende verjaring verwerven. Derdenbescherming wordt verleend aan degene die te goeder trouw een zaak verkrijgt van een niet-eigenaar die macht over de zaak uitoefent. Zie voor Denemarken Mortensen, *Inledning til tingsretten*, p. 198 e.v.; Pagh, *Fast ejendom*, p. 600 e.v. en voor Noorwegen Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, p. 353 e.v., p. 364 e.v.

Ook het islamitische bezitsrecht komt overwegend overeen met het Romeinse bezitsrecht. Zie (kort) daarover Castro/Piccinelli, *Il modello islamico*, Torino: Giappichelli, 2007, p. 63 e.v.