

Schadevergoeding (in natura) na eigendomsverlies door artikel 3:105 De *condictio furtiva* en het Nederlandse recht

Heusden/X

In het arrest Heusden/X oordeelde de Hoge Raad dat degene die andermans zaak in bezit neemt terwijl hij weet dat hij daar geen recht op heeft, de zaak onder zich houdt en uiteindelijk ex artikel 3:105 BW eigenaar wordt uit onrechtmatige daad aansprakelijk is de schade van de ex-eigenaar te vergoeden.¹ De Hoge Raad merkt op dat het - als de laedens nog eigenaar is, omdat hij de grond nog niet aan een derde heeft overgedragen, en de gelaedeerde erom vraagt - voor de hand ligt dat de rechter op grond van artikel 6:103 BW schadevergoeding in natura oplegt (r.o. 3.7.3). Het slachtoffer van de onrechtmatige daad krijgt dan de zaak weer in eigendom overgedragen. Het hoogste rechtscollege merkt hierbij op dat het feit dat de gelaedeerde had kunnen weten van het onrechtmatige gebruik van zijn grond door af en toe de grenzen van zijn perceel na te lopen niet als eigen schuld (6:101 BW) van de gelaedeerde geldt zolang hij althans geen concrete aanleiding had te controleren op bezitsinbreuken (r.o. 3.7.4.). Is dat wel het geval, dan zou er geen ruimte zijn voor schadevergoeding door eigendomsoverdracht. Schadevergoeding door eigendomsoverdracht is immers volledige schadevergoeding: als een deel van de schade voor rekening van de gelaedeerde moet blijven op grond van eigen schuld is eigendomsoverdracht dus uitgesloten. De Hoge Raad legt niet uit waarom schadevergoeding door eigendomsoverdracht 'voor de hand ligt'. Er zijn inmiddels verschillende uitspraken van lagere rechters in Heusden/X-achtige zaken van na het arrest. De rechtbank Limburg wees de eis van schadevergoeding in natura bestaande uit eigendomsoverdracht na eigendomsverlies ex artikel 3:105 BW toe.² In uitspraken van de rechtbanken Noord-Holland en Rotterdam werd de eis afgewezen.³ De rechtbank

1 Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309. Het arrest bracht beroering en zette vele pennen in beweging, zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, 'De verjaring voorbij', in: *NJB* 2018, p. 2380-2386. Het is niet mijn bedoeling opnieuw te wijzen op de gebrekkige motivering van het arrest. Hier gaat het slechts om de aard van de schadevergoeding (geld of eigendomsoverdracht) na eigendomsverschuiving door artikel 3:105.

2 Rb Limburg 14 november 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10698.

3 Rb Noord-Holland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4430, werd de schadevergoedingsactie na verkrijging door 3:105 afgewezen omdat niet was bewezen dat de bezitter die door artikel 3:105 verkreeg wist dat de grond van een ander was, r.o. 4.24; In Rb Noord-Brabant 19 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3493, stond evenmin vast dat de bezitter die door artikel 3:105 verkreeg (een opvolger van de occupant) wist dat de grond van een ander was. De onrechtmatigedaadsactie strandde daarop, r.o. 4.20.

Noord-Holland wilde niet van eigendomsoverdracht weten omdat de gemeente die de eigendom van een stuk grond kwijt was, wist van het onrechtmatige gebruik van de grond, maar daar niets aan had gedaan. De gemeente had haar schade daarom deels aan zichzelf te wijten en kon geen aanspraak maken op schadevergoeding in natura (6:101 BW).⁴ De rechtbank Rotterdam wees schadevergoeding in natura af omdat de hoofdregel is dat schadevergoeding in geld wordt voldaan (6:103 BW) en dat blijkens de wetsgeschiedenis bij dat artikel slechts om bijzondere redenen van deze regel wordt afgeweken. Het gegeven dat de gemeente de strook grond weer in eigendom wilde verkrijgen om haar als groenvoorziening te benutten, was daarvoor volgens de rechtbank onvoldoende.⁵

De vergelijking met het klassieke Romeinse recht⁶ dringt zich hier op omdat volgens de regels van het *formula*-proces alle veroordelingen in geld luidden. De Romeinse juristen hadden dus ruime ervaring met de begroting van de schade die een bezitter in enigszins met 3:105 BW vergelijkbare gevallen moest betalen. De vergelijking met het klassieke Romeinse recht is bovendien interessant omdat, alhoewel veroordelingen in geld luidden, de gedaagde doorgaans de mogelijkheid had aan een veroordeling te ontkomen door de schade in natura te vergoeden (zie nr 2). Hier wordt betoogd dat de artikelen 6:101 BW en 6:103 BW voldoende ruimte bieden om de dief die ex artikel 3:105 BW eigenaar werd in veel gevallen schadevergoeding in natura op te leggen zodat deze mogelijkheid inderdaad 'voor de hand ligt' zoals de Hoge Raad in Heusden/X stelt (zie nr 3).

Romeins recht: revindicatie of *condictio furtiva*⁷

De bezitter te kwader trouw verkreeg anders dan in het Nederlandse recht niet de eigendom. De eigenaar kon de zaak van de bezitter opeisen door tegen hem de revindicatie in te stellen. Als alternatief voor de revindicatie kon de eigenaar bij diefstal er ook voor kiezen een *condictio* in te stellen. Diefstal van onroerende zaken was volgens de meerderheidsopvatting van de Romeinse juristen onmogelijk, zodat de *condictio furtiva* slechts gold voor roerende zaken.⁸ Een *condictio* was een actie gericht op het terugdraaien van een verkrijging, in moderne termen een actie uit ongerechtvaardigde verrijking.⁹ Eigenlijk kon de bestolene de

4 Rb Noord Holland, 24 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:512, r.o. 4.15

5 Rb Rotterdam, 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2018:9336, r.o. 5.5.en 5.6.

6 Dat is het Romeinse stelsel van privaatrecht dat tot stand kwam tijdens de eerste 250 jaar van onze jaartelling, M. Kaser, *Das römische privatrecht, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, p. 2.

7 Uitgebreid over deze samenloop in rechtshistorische en rechtsvergelijkend perspectief het recente proefschrift van T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam, Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, Den Haag 2019.

8 D. 47,2,25pr en 1.

9 F.C. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd V, Berlin 1841, p. 564 e.v.

condictio furtiva niet instellen tegen de bezittende dief omdat die slechts bezitter werd en geen recht verkreëg ten laste van het vermogen van de bestolene. De bestolene was immers eigenaar gebleven. Waarom was bij diefstal ook de *condictio furtiva* als alternatief voor de revindicatie van toepassing?¹⁰ Uit haat tegen de dieven, opdat zij met zoveel mogelijk acties aansprakelijk zijn, zei Gaius.¹¹

Wat Gaius daarmee precies bedoelde, is niet helemaal duidelijk omdat de *condictio furtiva* niet erg veel toevoegde aan het arsenaal van de bestolene als hij de zaak ook onder de dief kon revindiceren.¹² Hij kreeg in beide gevallen een geldbedrag, in beide gevallen kon de gedaagde aan de verplichting dat geldbedrag te betalen ontkomen door de schade in natura te vergoeden. Er waren drie verschillen tussen de revindicatie en de *condictio furtiva*, verschillen met betrekking tot de bepaling van de hoogte van het te betalen geldbedrag, de zorgplicht van de gedaagde en de wijze waarop de gedaagde vrijuit ging door de schade in natura te vergoeden. Die drie verschillen vonden hun verklaring in de verschillende grondslag van de acties. De aansprakelijkheid van de dief voor de *condictio furtiva* was gebaseerd op het gegeven dat hij een zaak van de eigenaar had weggenomen. Hij was in verzuim met betrekking tot de verplichting de zaak terug te geven aan de bestolene. Zolang hij haar niet had terug gegeven, was hij daarom aansprakelijk.¹³ De dief kon zich als de zaak intussen teniet was gegaan bijvoorbeeld niet op overmacht beroepen, *mora perpetuat obligationem*.¹⁴ De aansprakelijkheid van een dief in een eigendomsproces was gebaseerd op zijn bezit. Als hij de zaak om welke reden dan ook niet meer in zijn bezit had, was hij niet aansprakelijk met de revindicatie. De gedaagde in een eigendomsproces was aansprakelijk voor het tenietgaan van de zaak als het proces een aanvang genomen had doordat partijen een procesovereenkomst (*litis contestatio*) hadden gesloten. Pas vanaf dat ogenblik - en niet al vanaf het ogenblik van de diefstal zoals bij de *condictio furtiva* - hoefde de bezitter er rekening mee te houden dat hij de zaak aan een ander hoefde af te staan.¹⁵

De procesovereenkomst bepaalde ook de hoogte van een mogelijke schadevergoeding in het eigendomsproces. De procesovereenkomst markeerde het einde van de eerste fase van

10 Vgl. bijvoorbeeld D. 47,2,9,1; W. Pika, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlijn 1988, p. 109 e.v.

11 Gaius, *Instituten* 4,4; Vgl. ook Justinianus, *Instituten*, 4,6,14; Vgl. Van der Wal, *Nemo condicit*, p. 23-25.

12 De dief was naast deze op schadevergoeding gerichte acties ook aansprakelijk met de op straf gerichte, poenale *actio furti* waarmee de bestolene een boete verkreëg van twee- of viermaal de waarde van de gestolen zaak. De rechter nam daarbij blijkens D. 47,2,50*pr* als uitgangspunt de hoogste waarde die de zaak had (gehad) in de periode dat de dief haar onder zich had.

13 D. 13,1,10*pr* en D.13,1,20; Zie ook D. 47,2,55(54), 3.

14 D.13,1,8*pr*.

15 Vgl. voor een beknopte schets van het *formula* proces bij zakelijke acties P.C. van Es, *De actio negatoria*, Nijmegen 2005, p. 12-13; Zie over de aansprakelijkheid van de bezitter in het eigendomsproces vanaf de *litis contestatio* Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 518

het formula-proces waarin partijen onder leiding van de praetor een procesformulier opstelden. De praetor gebruikte daarvoor een standaardversie die hij in overleg met partijen aanpaste aan de casus. Een lekenrechter (privé-burger) deed in de tweede fase van het proces uitspraak. Hij volgde het procesformulier nauwgezet. Als kwam vast te staan dat de eiser eigenaar was, wees de rechter op grond van de restitutieclausule in het procesformulier van de revindicatie een tussenvonnis waarin hij de gedaagde de mogelijkheid gaf om de zaak aan de eiser af te staan. Als de gedaagde dat niet deed, ging de rechter over tot schatting van het geding (*litis aestimatio*). Hij schatte dan wat de gerevindiceerde zaak waard was op het ogenblik van de procesovereenkomst.¹⁶ Een dief zal er meestal voor gekozen hebben de zaak terug te geven. Als hij de restitutieclausule kon nakomen maar dat niet deed, mocht de eiser de waarde van zijn zaak zelf schatten waarbij geen maximumbedrag gold.¹⁷

De hoogte van de schadevergoeding die een dief moest betalen bij de *condictio furtiva* was niet gebaseerd op de waarde die de zaak had tijdens de procesovereenkomst. Omdat de dief in verzuim was met de verplichting de zaak terug te geven, moest de dief de hoogste waarde van de zaak betalen tussen de diefstal en de *litis aestimatio*.¹⁸ De dief die tijdens het proces de door hem gestolen kandelaar verfraaide met ciseleerwerk betaalde de verhoogde waarde, de slaaf die als kind was ontvoerd en werd gecondiceerd toen hij een volwassene was, werd als volwassene getaxeerd, 'alhoewel hij was opgegroeid dankzij de zorg en de kosten van de dief'.¹⁹ De *condictio furtiva* was dus een aantrekkelijk alternatief voor de revindicatie als de waarde van de gestolen zaak sinds de diefstal sterk was afgenomen, en in de misschien wat onwaarschijnlijke gevallen waarin de eiser verwachtte dat de zaak in de tijd tussen de procesovereenkomst en de *litis aestimatio* in waarde zou stijgen.

Er was ten slotte een verschil tussen de revindicatie en de *condictio furtiva* met betrekking tot de mogelijkheid de schade in natura te vergoeden. De aansprakelijkheid van de dief was erop gebaseerd dat hij in verzuim was ten aanzien van de verplichting de zaak terug te geven. Als de dief de zaak teruggaf voordat de eigenaar een proces tegen hem startte, was hij daarom niet aansprakelijk.²⁰ Hij was evenmin aansprakelijk als hij voorafgaand aan het proces een redelijk aanbod tot schadevergoeding in natura deed. Als de zaak sinds de diefstal in

16 D. 50,16,35 en D. 6,1,20; Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 435-436.

17 D. 6,1,68 vgl. J.H.A. Lokin, F. Brandsma, *Prota, vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, 10^e druk Den Haag 2016, p. 49.

18 D.13,1,8,1 stelt zelfs dat de hoogste waarde die de zaak ooit had maatgevend was. Daarmee zal gezien de grondslag van de aansprakelijkheid bedoeld zijn op de hoogste waarde vanaf het tijdstip van de diefstal.

19 D.13,1,13.

20 D. 13,1,10*pr.* Historisch gezien is het logisch dat de gedaagde deze mogelijkheid had. De *condictio* functioneerde in het oude procesrecht als de aanzegging (*con + dictio*) van een proces over dertig dagen. Die dertig dagen gaven de gedaagde de mogelijkheid alsnog te presteren om zo een proces te voorkomen. De *condictio* was anders gezegd een ingebrekestelling, M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 111 e.v.

waarde was verminderd volstond het enkele aanbod de zaak terug te geven niet. Hij zal ook moeten hebben aangeboden de waardevermindering te betalen.²¹ Als de zaak sinds de diefstal in waarde was gestegen, zal het aanbod de zaak terug te geven wel hebben volstaan. De dief zuiverde door het redelijke aanbod als het ware zijn verzuim (vgl. voor het moderne recht art. 6:83 BW). Omdat het verzuim van de dief de grondslag was van zijn aansprakelijkheid, leidde de onterechte weigering van zo'n aanbod er niet slechts toe dat de bestolene in schuldeiserverzuim was en dus voortaan het risico droeg dat de zaak teniet ging²², maar beëindigde zij de aansprakelijkheid van de dief.²³

Het is niet met zekerheid te zeggen tot welk ogenblik de dief bij de *condictio furtiva* de mogelijkheid had schadevergoeding in natura aan te bieden om zo aansprakelijkheid te voorkomen. Kon hij dat nog doen als er tussen hem en de bestolene al een proces was begonnen? Het procesformulier van de *condictio furtiva* bevatte geen restitutieclausule. Volgens Gaius was er verschil van mening of ook bij procesformulieren die geen restitutieclausule kenden de gedaagde vrijuit ging als hij tijdens het proces genoegdoening had geboden. De Proculianen vonden dat de rechter in zo'n geval alleen ruimte had de eis af te wijzen als de actie beheerst werd door de *bona fides* (wij zouden zeggen de redelijkheid en billijkheid). De redelijkheid en de billijkheid waren grofweg van toepassing als de actie voortvloeide uit een wederkerige overeenkomst.²⁴ De *condictio furtiva* was niet zo'n actie, zij werd beheerst door het 'strengere' recht. Genoegdoening na de procesovereenkomst hielp de gedaagde niet. De Sabinianen vonden dat de aard van de actie er niet toe deed. Zij huldigden het minder formele standpunt dat genoegdoening tijdens een proces in alle rechtszaken tot vrijspraak leidde: *omnia iudicia absolutaria sunt*.²⁵ Als men het Proculiaanse standpunt volgt, kon de bestolene de dief er dus in het *condictio*-proces toe dwingen geld te betalen. Volgt men de op dit punt wat materiële Sabinianen, dan kon de dief een geldveroordeling ook bij de *condictio furtiva* voorkomen door de bestolene tijdens het proces genoegdoening te bieden.

Het enkele aanbod van redelijke schadevergoeding lijkt mij daartoe overigens onvoldoende. *Satisfactio* is volgens D. 50,16,176 vergelijkbaar met betaling. Het aanbod van schadevergoeding in natura te gaan betalen staat niet gelijk aan een betaling. In het zeldzame geval dat de bestolene het redelijke aanbod van de dief tijdens het proces weigerde, had hij ook in de Sabiniaanse visie recht op geld. De dief kon

21 D.13,1,8,1; Vgl. over de waardebepaling bij de *condictio furtiva* Van der Wal, *Nemo condicit*, p. 36 e.v.

22 CJ. 4,8,2.

23 C.F. Reinhardt, *Ergänzungen zu Glücks ausführlicher Erläuterungen*, Bd 4-1, 1838 Stuttgart, p. 460-461. Als de dief de gestolen zaak niet kon aanbieden omdat deze afwezig was, kon hij aansprakelijkheid voorkomen door op een andere manier schadevergoeding aan te bieden. Bijvoorbeeld door zich contractueel te verplichten de gestolen zaak terug te geven (D.13,1,17). De enkele bereidheid een *condictio*-proces te aanvaarden beëindigde het verzuim van de dief niet. Hij bleef dus aansprakelijk (D.13,1,20).

24 Lokin/Brandsma, *Prota*, p. 51 e.v.

25 Gaius, *Instituten* 4,114; Vgl. recent over deze tekst en verschillende verklaringen voor het meningsverschil tussen de beide scholen T. Leesen, O. Couperus, 'Gaius meets Cicero: Law, Legal Practice and Rhetoric in Gai. 4,114', in: *Ius Inkarri* 1 (2012), p. 283-298.

slechts aan een geldveroordeling ontkomen als de eiser de door hem aangeboden schadevergoeding accepteerde. Bij de revindicatie stond vast dat de eiser het aanbod tot teruggave moest accepteren.

In het Justiniaanse recht werden de verschillen tussen de revindicatie en de *condictio furtiva* kleiner omdat de rechter niet meer gedwongen was om schadevergoeding in geld op te leggen.²⁶ Hij was verplicht om steeds als dat mogelijk was te komen tot schadevergoeding in natura.²⁷ De bestolene die in het Justiniaanse recht de revindicatie of de *condictio furtiva* instelde, zal doorgaans zijn zaak hebben teruggekregen. Omdat Justinianus bovendien de Sabiniaanse opvatting huldigde over genoegdoening tijdens het proces, kon de dief zowel in het eigendomsproces als bij de *condictio furtiva* aan een veroordeling ontkomen door de zaak terug te geven.²⁸ De *condictio furtiva* bleef aantrekkelijk als alternatief voor de revindicatie als de gestolen zaak sinds de diefstal minder waard geworden was. De dief zal dan naast afgifte het waardeverschil hebben moeten betalen. De *condictio furtiva* bewees haar diensten buiten zulke gevallen vooral als de dief niet aansprakelijk was met de revindicatie maar een ander, degene bijvoorbeeld aan wie de dief de gestolen zaak verkocht en geleverd had. Als die derde onvindbaar was, maar de dief niet, stond de bestolene niet met lege handen. De *condictio furtiva* bood daarnaast uitkomst als de bestolene de revindicatie in het geheel niet meer kon instellen omdat de gestolen zaak teniet was gegaan voordat de bestolene een eigendomsproces was begonnen. Hetzelfde gold bijvoorbeeld wanneer de bestolene van de gestolen zaak andere zaken had gemaakt waarvan hij door *specificatio* (zaaksvorming) eigenaar was geworden. De Digesten geven verschillende voorbeelden: bekertjes gemaakt uit een gestolen zilverklomp, most en schillen van gestolen druiven, huid, vlees en hoorns van een gestolen rund.²⁹

Nederlands recht

Vergeleken met het Romeinse recht vervult de onrechtmatigedaadsactie tegen de dief die door 3:105 BW verkreeg de rol van de *condictio furtiva*. De *condictio furtiva* is in het Nederlandse recht in zekere zin meer op haar plaats dan in het Romeinse recht omdat de dief in het Nederlandse recht na verloop van tijd wel eigenaar wordt. Men hoeft de mogelijkheid de *condictio furtiva* tegen de bezittende dief niet te verklaren door te wijzen op een de mens

26 Vgl. bijvoorbeeld I, 4,6,32; Zie Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 495.

27 Vgl. D. 6,1,168, zie L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, p. 294-295.

28 I. 4,12,2.

29 D.13,1,13, D.47,2,52,14, D.13,1,14,3, D.13,1,14,2.

misschien wel aangeboren afkeer van dieven.³⁰ Zij volgt logisch uit het systeem.³¹ Hoe ver gaat de parallel tussen de *condictio furtiva* en de onrechtmatigedaadsactie tegen de dief? Moet de dief die door artikel 3:105 BW eigenaar werd³² net als bij de *condictio furtiva* in het Romeinse recht de hoogste waarde betalen die de zaak had in de periode gelegen tussen de diefstal en het proces? Dat lijkt mij niet. De dief die als gevolg van een aanhoudende onrechtmatige daad eigenaar werd, zal de gelaedeerde voor zijn eigendomsverlies schadeloos moeten stellen. Dat eigendomsverlies vindt plaats als het onrechtmatige bezit twintig jaar heeft geduurd. De dief zal de waarde moeten vergoeden die de zaak op dat ogenblik had. Nu het in de rechtspraak over artikel 3:105 BW meestal gaat om de verkrijging van grond, zal de waarde van wat door artikel 3:105 BW verkregen is doorgaans gestegen zijn sinds de bezitsverkrijging. Eventuele waardeverminderingen in de periode ná de eigendomsverkrijging door 3:105 BW maar vóór het proces tussen gelaedeerde en laedens blijven echter, anders dan bij de *condictio furtiva*, buiten beschouwing.³³ Als de zaak sinds het ogenblik van bezitsverkrijging in waarde is gedaald, betaalt de dief anders dan bij de *condictio furtiva* de lagere waarde die zij had toen hij haar in eigendom verkreeg.

Hoe zit het met de mogelijkheden voor schadevergoeding in natura? Heeft de gelaedeerde enkel recht op schadevergoeding in geld of kan hij de laedens dwingen tot eigendomsoverdracht? Kan de laedens er omgekeerd voor kiezen de zaak in eigendom over te dragen aan de bestolene in plaats van een geldbedrag te betalen? Artikel 6:103 BW geeft het antwoord:

Schadevergoeding wordt voldaan in geld. Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt niet binnen redelijke termijn aan een zodanige uitspraak voldaan, dan herkrijgt de benadeelde zijn bevoegdheid om schadevergoeding in geld te verlangen.

Het ligt op het eerste gezicht niet voor de hand dat de rechter schadevergoeding in natura

30 Eens in de zoveel tijd wakkeren politici in Nederland de haat tegen dieven aan door te stellen dat degene die een inbreker betrapt hem of haar een paar ferme tikken mag geven ('inbrekersrisico').

31 Ik benadruk voor de duidelijkheid dat uit de wetsgeschiedenis bij de artikelen 3:314 en 3:312 juist blijkt dat er geen ruimte is voor een moderne opvolger van de *condictio furtiva*. De Hoge Raad gaat hieraan in Heusden/X voorbij en legt dat niet uit.

32 Als de (land)dief nog geen eigenaar is geworden, kan hij eigendomsverkrijging en de daarmee gepaard gaande aansprakelijkheid uit o.d. voorkomen door afstand te doen van het bezit van de zaak. Als de dief de zaak langer dan twintig jaar in zijn bezit heeft (gehad), staat vast dat hij ex artikel 3:105 eigenaar is geworden. Hij kan dan niet aan zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ontkomen door afstand te doen van zijn verkrijging of zich er niet op te beroepen dat de revindicatie verjaard is zodat hij niet door artikel 3:105 eigenaar is geworden. Artikel 3:105 werkt van rechtswege, afstand van de verkrijging is niet mogelijk. De rechter moet het artikel daarom ambtshalve toepassen, vgl. bijvoorbeeld Hof Amsterdam 6 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:802, r.o. 3.9.

33 De benadeelde kan de onrechtmatigedaadsactie na het eigendomsverlies nog twintig jaar tegen de laedens richten als hij zijn schade niet kende en niet wist wie haar veroorzaakt had. Als hij dat wel wist, heeft hij nog vijf jaar (3:310 lid 1 BW). Waardevermeerdering na de verkrijging maar vóór het proces, is daarom voorstelbaar.

oplegt wanneer de gelaedeerde erom vraagt en de laedens nog eigenaar is, zoals de Hoge Raad oordeelde in Heusden/X. De hoofdregel van 6:103 BW is schadevergoeding in geld. De wetsgeschiedenis bij het artikel stelt dat een rechter slechts van deze hoofdregel kan afwijken wanneer daarvoor bijzondere redenen zijn, een veroordeling tot schadevergoeding in natura leidt immers vaak tot praktische problemen.³⁴ De rechtbank Rotterdam wees zoals in de inleiding al is opgemerkt schadevergoeding in natura af in een zaak vergelijkbaar met de zaak Heusden/X onder verwijzing naar deze passage uit de wetsgeschiedenis. Het feit dat de gemeente de grond opnieuw als gemeentelijke groenvoorziening wilde gebruiken, woog volgens de rechtbank niet op tegen het belang van gedaagde.³⁵ Dat lijkt mij niet juist. Het staat vast dat de hoofdregel van artikel 6:103 BW schadevergoeding in geld is en niet schadevergoeding in natura omdat dat vaak praktische problemen geeft. Zulke praktische problemen zullen zich zeker voordoen als de rechter de laedens ertoe veroordeelt een (deel van een) onroerende zaak in eigendom over te dragen aan de gelaedeerde. Notariële tussenkomst is vereist, er is overdrachtsbelasting verschuldigd, beperkt gerechtigden (hypotheekhouders) zullen niet zomaar akkoord gaan met onbezwaarde eigendomsoverdracht. Toch zal een rechter de eis tot eigendomsoverdracht moeten inwilligen als de ex-eigenaar recht heeft op volledige schadevergoeding en erom vraagt. De meest passende wijze waarop iemand schadeloos gesteld kan worden die de eigendom als gevolg van een onrechtmatige daad kwijtraakte, is hem een aanspraak te geven op herkrijging van die eigendom. Een zak geld is, zo lijkt me, per definitie een minder passende vorm van schadevergoeding voor afgesnoept snippergroen of een verkleinde tuin, dan herkrijging van de eigendom van de verloren grond. Sieburgh schrijft in deze zin dat vooral bij onrechtmatige daad feitelijk herstel natuurlijker kan zijn dan een vergoeding in geld, die immers slechts een equivalent verschaft.³⁶ Moet de rechter terughoudendheid betrachten schadevergoeding in natura op te leggen omdat daar volgens de wetsgeschiedenis bijzondere redenen voor moeten zijn en artikel 6:103 BW de rechter de discretionaire bevoegdheid geeft ('kan') zo'n veroordeling uit te spreken? Van der Grinten leidt uit de bewoordingen van artikel 6:103 BW af dat het volledig ter beoordeling van de rechter is zo'n eis in te willigen of af te wijzen.³⁷ De meeste schrijvers nemen aan dat de rechter minder ruimte heeft de eis van schadevergoeding in natura af te wijzen. Krans stelt dat toewijzing van de eis door de rechter voor de hand ligt telkens wanneer het verlangen van de benadeelde de schade in natura vergoed te krijgen redelijk is.³⁸ Sieburgh schrijft:

' (...) indien schadevergoeding in natura in de omstandigheden van het geval mogelijk is en een passend middel om de door de schuldeiser geleden schade weg te nemen, zal de rechter een veroordeling daartoe

³⁴ TM bij art. 6.1.9.9. (6:103), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 362.

³⁵ Rb Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9336 r.o., 5.6.

³⁶ Asser/Sieburgh, 6 II 2017, nr 21.

³⁷ W.C.L. van der Grinten, 'Boekbespreking', in: *RMThemis* 1993, p. 453-459, p. 456.

³⁸ H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Leiden 1999, p. 301-302.

*moeten uitspreken.*³⁹

Daarom ligt naar mijn mening de mogelijkheid van schadevergoeding in natura in de woorden van de Hoge Raad in Heusden/X na eigendomsverlies aan een landdief door artikel 3:105 BW inderdaad 'voor de hand'. Schadevergoeding door eigendomsoverdracht is het meest passende middel om de schade weg te nemen, als de benadeelde eigendomsoverdracht verlangt zal de rechter de eis inwilligen. De praktische problemen die het gevolg zijn van zo'n veroordeling staan daaraan niet in de weg.⁴⁰

Kan de benadeelde die geld wil in plaats van de eigendom terug dat bewerkstelligen door conform de tekst van artikel 6:103 BW niet om schadevergoeding in natura te vragen, maar alleen om geld? Kan hij de laedens er anders gezegd toe dwingen te betalen voor de zaak die al van hem is? Alhoewel zulke gevallen naar mijn idee zeldzaam zullen zijn –het zijn doorgaans gemeentes die grond verliezen door artikel 3:105 BW, en die willen de grond vaak terug-, heeft de benadeelde die mogelijkheid. De tekst van artikel 6:103 BW maakt dat duidelijk. Kan de laedens dan aan zo'n geldveroordeling ontsnappen door een redelijk aanbod tot schadevergoeding in natura te doen, zoals dat in het Romeinse recht gold? Deze kwestie is in de wetsgeschiedenis vrij uitgebreid aan de orde geweest. De Vereniging van Bedrijfsjuristen had zich gekeerd tegen een regime waarin het slechts aan de benadeelde was om schadevergoeding in natura te eisen. Ook de schuldenaar zou de bevoegdheid moeten hebben schadevergoeding in natura aan te bieden. De wetsgeschiedenis staat afwijzend tegenover dit betoog omdat de laedens dan de mogelijkheid zou krijgen de benadeelde iets op te dringen waarmee hij niet instemt.⁴¹ De literatuur was door deze argumentatie niet overtuigd. Was het geen willekeur dat schadevergoeding in natura alleen mogelijk was als de gelaedeerde daarom vroeg? Zou de rechter niet meer ruimte moeten krijgen om schadevergoeding in natura op te leggen, bijvoorbeeld als de gedaagde een aanbod daartoe had gedaan?⁴² In het Eindverslag bij het latere 6:103 BW vindt men op deze kritiek het volgende antwoord:

'In de eerste plaats is er de vraag of een schuldenaar die een redelijk aanbod tot schadevergoeding in natura doet, niettemin tot schadevergoeding in geld kan worden veroordeeld. Men denke aan een door

39 Asser/Sieburgh 6 II 2017, nr 23 (cursivering toegevoegd). Zij stelt dat uit het woordje 'kan' in 6:103 niet meer blijkt dan dat op de rechter geen al te zware motiveringsplicht rust.

40 De rechter zou met de praktische problemen bovendien rekening kunnen houden door subsidiair schadevergoeding in geld op te leggen, zodat de benadeelde geen nieuwe procedure hoeft te beginnen als de schade niet binnen een redelijke termijn in natura wordt vergoed, vgl. TM bij art. 6.1.9.9. (6:103), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 363. Het is ook mogelijk dat een rechterlijke uitspraak in de plaats komt van de transportakte die de notaris, de laedens en de benadeelde moeten opstellen, vgl. art. 3:300 lid 2.

41 VVII bij art. 6.1.9.9. (6:103), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 363.

42 A.L. Croes, *Enkele dubbelfiguren en driepartijenverhoudingen in het Nederlands privaatrecht*, Groningen 1977, p. 191; A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, 'Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding', in: *WPNR* 5361 (1976) p. 551-559, in nr 9 op p. 557.

een bepaald bedrijf toegebracht schade die niemand beter dan juist dat (gespecialiseerde) bedrijf kan herstellen. Hier is aan een bijzondere regel geen behoefte – evenmin als in het huidige recht – omdat weigering van een zodanig aanbod kan meebrengen dat de schuldeiser niet het nodige doet om zijn schade te beperken. De schuldenaar zal zich dan kunnen beroepen op artikel 6.1.9.6 (6:101 BW, JEJ): de oorzaak van de (geld)schade is toe te rekenen aan de schuldeiser die de kans zijn schade kosteloos hersteld te krijgen zonder rechtvaardiging verloren laat gaan.⁴³

De wetsgeschiedenis verwijst naar artikel 6:101 BW. De tekst van het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

De wetsgeschiedenis suggereert dat de vergoedingsplicht van de *laedens* na een redelijk aanbod tot schadevergoeding in natura volledig vervalt. Het is dan immers aan de onwilligheid van de gelaedeerde te wijten dat hij nog enige schade heeft. Voor de onrechtmatige daadsactie na eigendomsverlies door artikel 3:105 BW zou dan langs de weg van artikel 6:101 BW min of meer hetzelfde gelden dat in het Romeinse recht gold voor de *condictio furtiva*.

Schadevergoeding in natura en eigen schuld (artikel 6:101 BW)

Het zal vaker voorkomen dat artikel 6:101 BW op een hele andere manier een rol speelt bij de schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad tegen de dief die intussen eigenaar is. De Hoge Raad stelt dat de nalatigheid om tegen de bezitter op te treden geen eigen schuld oplevert in de zin van artikel 6:101 BW als de eigenaar gedurende de verjaringstermijn niet wist van het onrechtmatige gebruik door de bezitter, of een concrete aanleiding had op bezitsinbreuken te inspecteren. De rechtbank Noord-Holland leidde daaruit *a contrario* redenerend af dat de gelaedeerde wel eigen schuld had aan zijn eigendomsverlies als hij wist van het onrechtmatige gebruik, maar er niets tegen deed. Die nalatigheid zal de eigenaar worden aangerekend omdat hij er nu het om een onroerende zaak gaat gemakkelijk achter had kunnen komen wie de bezitter was zodat hij de verjaring kon stuiten en zijn schade kon voorkomen. Een deel van de schade moet dan op grond van artikel 6:101 BW voor rekening

43 Eindverslag bij art. 6.1.9.9. (6:103), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 364-365.

blijven van de gelaedeerde zodat er geen ruimte is voor vergoeding van de volledige schade door eigendomsoverdracht. Omdat de gemeente geen subsidiaire vergoeding in geld van althans een gedeelte van de schade had ingesteld, was de procedure daarmee over.⁴⁴

Zo bezien zal schadevergoeding in natura door eigendomsoverdracht niet vaak voorkomen. Steeds als degene die ex artikel 3:105 BW eigenaar werd weet te bewijzen dat de benadeelde wist van het illegale gebruik van de grond en daar niets tegen ondernam heeft hij zijn schade deels aan zichzelf te wijten en is schadevergoeding in natura niet mogelijk. Dat zal vaak het geval zijn en ook nog wel te bewijzen ook, bijvoorbeeld als gemeentes in het verleden brieven stuurden aan bewoners die illegaal gemeentegrond gebruikten waarin zij hen sommeerden de grond te verlaten of de grond te kopen.⁴⁵ Toch is het mogelijk dat de ex-eigenaar niet op de hoogte was van het bezit van zijn zaak. Dat is niet alleen bij roerende zaken goed voorstelbaar, maar ook bij onroerende zaken, niet enkel wanneer het gaat -zoals in de zaak Heusden/X- om lastig toegankelijke stukken grond. De koper van een huis waarvan de bijbehorende tuin in het verleden door een landdief is verkleind, is bijvoorbeeld niet per se op de hoogte van de continue inbreuk op zijn eigendom. Het is goed mogelijk dat hij de eigendom van de grond ex artikel 3:105 BW verliest zonder dat hij ervan wist. In zulke gevallen is schadevergoeding door eigendomsoverdracht niet uitgesloten.

Billijkheidscorrectie?

De tekst van artikel 6:101 BW dwingt er overigens niet toe de benadeelde een beroep op schadevergoeding door eigendomsoverdracht te ontzeggen als hij wist van illegaal gebruik van zijn land of anderszins een concrete aanleiding had om op te treden, maar naliet de verjaring te stuiten en de eigendom door artikel 3:105 BW verloor. De schadevergoedingsplicht kan ondanks eigen schuld van de benadeelde geheel in stand blijven als de billijkheid dit eist 'wegens de uiteenlopende ernst van gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval'. De literatuur spreekt in dit verband van de billijkheidscorrectie.⁴⁶ De nalatigheid van de ex-eigenaar die de verjaring gemakkelijk had kunnen stuiten omdat hij de identiteit van de bezitter had kunnen achterhalen, lijkt me een minder ernstige fout dan de (land)diefstal die voorafging aan de verkrijging door artikel 3:105 BW.⁴⁷ De gelaedeerde kan bovendien schade bestaande uit het gemiste genot van de zaak en de eventuele vruchten die de bezitter getrokken heeft op grond van artikel 3:312 BW niet verhalen op de dief die eigenaar werd. De rechtsoverdracht tot nakoming van schade die het gevolg is van het voortduren van

⁴⁴ Rb Noord Holland, 24 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:512, r.o. 4.15

⁴⁵ Van zulke gevallen zijn in de rechtspraak talloze voorbeelden te vinden, zie bijvoorbeeld de casus die uitmondde in HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463 (Gemeente Arnhem/X).

⁴⁶ Vgl. uitgebreid A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer 2003, p. 210 e.v.

⁴⁷ De landdief overtreedt artikel 461 WvSr, de dief van een roerende zaak artikel 310 WvSr.

een onrechtmatige toestand is net als de rechtsvordering tot opeising van vruchten een nevenverplichting die de verjaring van de revindicatie (de hoofdverplichting) niet kan overleven.⁴⁸ De benadeelde moet het met een niet-opeisbare vordering van deze schadeposten doen. Hij krijgt zo gezien zijn volledige schade *sowieso* niet vergoed.⁴⁹ Dat hij het eigendomsverlies mede aan zichzelf te wijten heeft, moet hem daarom niet worden aangerekend. De landdief heeft van de andere kant gezien de problemen die schadevergoeding door eigendomsoverdracht meebrengt aan zichzelf te danken. Hij zal moeten overgaan tot eigendomsoverdracht ook als de benadeelde zijn eigendomsverlies had kunnen voorkomen. Hij komt er niet mee weg de voormalige eigenaar af te schepen met een percentage van de meterprijs van wat hij verkregen heeft. Hij moet de eigendom overdragen en draagt de kosten van de overdracht. Gaat de haat tegen dieven heden ten dage ver genoeg voor zo'n billijkheidscorrectie?

J.E. Jansen⁵⁰

Groningen

48 Omgekeerd is overigens niet uitgesloten dat de nieuwe eigenaar een vordering heeft tegen de oude. Artikel 3:121 lid 2 BW geeft de bezitter niet te goeder trouw een vordering voor kosten die hij maakte ten behoeve van het goed voor zover hij deze vergoeding kan vorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

49 Uit het arrest Heusden/X volgt dat de Hoge Raad aanneemt dat de verplichting de gelaedeerde schadeloos te stellen voor diens eigendomsverlies niet onder het bereik van artikel 3:312 BW valt.

50 Jelle Jansen is hoogleraar *Ius Commune* verbonden aan de sectie Rechtsgeschiedenis, Rijksuniversiteit Groningen.