

Verkrijgende verjaring en de positie van schuldeisers

NTBR 2019/16

Deze bijdrage gaat in op de verkrijgende verjaring en de positie van schuldeisers. Het gaat daarbij niet om de positie van de eigenaar die door verkrijgende verjaring eigendom dreigt te verliezen en schuldeiser in de zin van art. 3:314 BW is, maar om de positie van de schuldeiser van de schuldenaar, die door verkrijgende verjaring een goed verkrijgt of juist verliest. Het onderwerp is onder meer actueel door het arrest *Gemeente Heusden* (HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141), dat vragen oproept over de positie van schuldeisers van degene die door verjaring een zaak verkrijgt of juist verliest.

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat in op de verkrijgende verjaring en de positie van schuldeisers. Het gaat daarbij niet om de positie van de eigenaar die door verkrijgende verjaring eigendom dreigt te verliezen en schuldeiser in de zin van art. 3:314 BW is, maar om de positie van de schuldeiser van de schuldenaar, die door verkrijgende verjaring een goed verkrijgt of juist verliest. Dit aspect van de verkrijgende verjaring heeft naar mijn weten in de literatuur en rechtspraak niet of nauwelijks aandacht gekregen.² Het onderwerp is onder meer actueel door het arrest *Gemeente Heusden*,³ dat de vragen oproept over de positie van schuldeisers van degene die door verjaring een zaak verkrijgt of juist verliest.

Verkrijgende verjaring kan voor de schuldeiser voordelig en nadelig uitpakken: nadelig, als de schuldenaar de eigendom verliest door verkrijgende verjaring; en voordelig, als de schuldenaar de bezitter is die door verjaring de eigendom verkrijgt. Beide gevallen zijn problematisch voor de schuldeiser, omdat in beide gevallen degene die het goed verliest door verjaring (de 'oude' of 'voormalige' eigenaar) en degene die het goed verkrijgt door verjaring (de 'nieuwe' eigenaar) kunnen samenspannen tegen de schuldeiser. De twee vragen die voorliggen, zijn de volgende. Ten eerste, kan een schuldeiser van een schuldenaar die een goed door verjaring verkrijgt (een nieuwe eigenaar) een beroep daarop doen, en zo ja, op welke wijze? Ten tweede, kan een schuldeiser van een schuldenaar die een goed door verjaring verliest (een oude eigenaar) een beroep doen op het ontbreken

daarvan, en zo ja, op welke wijze? In het verlengde van deze vragen, komen ook andere vragen op, zoals de vraag wat het gevolg is van het verlies door verjaring door de schuldenaar voor de positie van de schuldeiser die conservatoir of executoriaal beslag heeft gelegd; en, omgekeerd: of conservatoir of executoriaal beslag gevolgen heeft voor de verkrijgende verjaring zelf, en zo ja, welke gevolgen.

Deze en andere vragen worden hieronder behandeld. De bijdrage vormt een eerste aanzet. Zij heeft niet de pretentie de materie uitputtend te behandelen. Gemakshalve beperk ik mij tot de verkrijgende verjaring van onroerende zaken, met de kanttekening dat hetgeen voor onroerende zaken geldt, in beginsel ook geldt voor andere goederen die door verkrijgende verjaring kunnen worden verkregen.

2. Verkrijging door verjaring door de schuldenaar (als nieuwe eigenaar)

2.1 Casus

Verkrijgende verjaring kan in het voordeel werken van een schuldeiser die zich wil verhalen op de goederen van zijn schuldenaar (art. 3:276 BW). Door verjaring verkrijgt de schuldenaar immers een of meer goederen (art. 3:80 lid 3 BW), waardoor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser toenemen. Bijvoorbeeld, de schuldeiser heeft executoriaal beslag gelegd op het perceel van zijn schuldenaar. Dat perceel is door inbezitneming van een strook grond van de burens groter geworden. De verkrijging van de strook grond door verjaring is (nog) niet ingeschreven in de openbare registers. Kan de schuldeiser de strook grond betrekken in de executoriale verkoop? Mogelijk is de beslaglegger zich aanvankelijk niet bewust geweest van het feit dat de strook grond niet bij het perceel van zijn schuldenaar hoorde. Ander voorbeeld: de schuldeiser weet dat zijn schuldenaar een perceel grond in bezit heeft genomen en daarvan door verjaring eigenaar moet zijn geworden en legt conservatoir beslag op het perceel. Een dergelijke schuldeiser kan een willekeurige derde zijn. Sinds het arrest *Gemeente Heusden*⁴ kan deze schuldeiser ook de voormalige eigenaar van het perceel zijn die een schadevergoedingsvordering heeft op grond van onrechtmatige daad jegens de nieuwe eigenaar, tevens zijn schuldenaar.

1 Citeerwijze: J.W.A. Biemans, 'Verkrijgende verjaring en de positie van schuldeisers', *NTBR* 2019/16, afl. 5. J.W.A. Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht en Notarieel recht, Universiteit Utrecht.

2 Vgl. o.a. P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring* (Ars Aequi Cahiers), Nijmegen: Ars Aequi 2018 (hierna: Van Es 2018); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/536 e.v. (hoofdstuk 10); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Reehuis & Heisterkamp 2012), hoofdstuk 7; J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring: Een leerstellige rechtsvergelijkende studie op historische grondslag* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

3 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141 (*Gemeente Heusden*).

4 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141 (*Gemeente Heusden*). Zie over dit arrest o.a. R.L. Fabritius, 'Terugvordering van verjaarde grond. Verschillende facetten van het arrest *Gemeente Heusden*/X, een baanbrekend arrest voor de verjaringspraktijk', *Vastgoedrecht* 2017/3, p. 69-73; B. Hoops & L.C.A. Verstappen, 'Van 20 naar 40 jaar: De Hoge Raad helpt eigenaars in de strijd tegen landjepik', *WPNR* 2017/7143, p. 255-257; en M.L. Tuil, 'Verkrijgende verjaring, tussen rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid', *MvV* 2017/4, p. 143-150; J.E. Jansen, 'Schadevergoeding uit onrechtmatige daad na verkrijging door artikel 3:105 BW', *RMThemis* 2018/1, p. 3-11; B. Hoops, 'Te goeder trouw, te kwader trouw of geen van beide?', *WPNR* 2017/7174, p. 983-990; M.L. Tuil, 'Verkrijgende verjaring, tussen rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid', *MvV* 2017/4, p. 143-150.

2.2 *Werking van rechtswege; beroep door de schuldeiser*

De vraag of de schuldeiser in het kader van zijn verhaal op de goederen van de schuldenaar een beroep kan doen op de verkrijgende verjaring dient bevestigend te worden beantwoord. Uit de parlementaire geschiedenis volgt immers,⁵ en in de literatuur is algemeen aanvaard dat de verkrijgende verjaring *van rechtswege* en ook – zo voeg ik daar aan toe, vanwege de goederenrechtelijke werking – *erga omnes* werkt.⁶ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een rechter de verkrijgende verjaring ambtshalve mag toepassen, zelfs tegen de wil van de nieuwe eigenaar.⁷ Daarbij wordt ook gerefereerd aan de schuldeisers van de nieuwe eigenaar en hun verhaalsrechten ex art. 3:276 BW. Op grond hiervan moet worden aangenomen dat ook een schuldeiser van de nieuwe eigenaar zich op de verkrijgende verjaring kan beroepen.

Het beroep van de schuldeiser op de verkrijgende verjaring zal niet probleemloos hoeven te verlopen. Net als in het geval dat de nieuwe eigenaar een beroep doet op de verkrijgende verjaring, zal ook in het geval dat de schuldeiser van de nieuwe eigenaar daarop een beroep doet, discussie kunnen ontstaan – mede tussen de voormalige eigenaar en de nieuwe eigenaar – over de vraag of verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden, en zo ja, op welk moment. Tot het arrest *Gemeente Heusden*⁸ leek het voor de hand te liggen dat de nieuwe eigenaar zonder meer de kant van de schuldeiser zou kiezen, en zich ook op het standpunt zou stellen dat sprake is van verkrijgende verjaring. Door verjaring verkrijgt hij een of meer goederen, hetgeen gunstig is om – desnoods via executoriaal beslag – zijn schuld aan zijn schuldeiser af te lossen. Is echter sprake van een geval zoals zich heeft voorgedaan in het arrest *Gemeente Heusden*, waardoor de nieuwe eigenaar schadeplichtig is jegens de voormalige eigenaar op grond van onrechtmatige daad, dan is het niet zonder meer voordelig voor de nieuwe eigenaar dat verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden. Bijvoorbeeld, heeft een andere schuldeiser C executoriaal beslag gelegd op het perceel voordat de voormalige eigenaar B een procedure is begonnen waarin schadevergoeding wordt gevorderd, dan is de kans groot dat de nieuwe eigenaar A door C's executoriaal beslag het vermogensbestanddeel verliest aan C waarmee hij de voormalig eigenaar, tevens schuldeiser B in nature schadevergoeding had kunnen betalen. Hij raakt van de regen in de drup. Hij bevindt zich in een lastig parket. A (de nieuwe eigenaar tevens schuldenaar) kan geen afstand doen van de verkrijgende verjaring.⁹ Indien A de onroerende zaak vrijwillig overdraagt aan B (de voormalige

eigenaar), kan sprake zijn van een benadelende rechtshandeling jegens schuldeiser A, die A kan vernietigen op grond van de actio Pauliana (art. 3:45 BW).¹⁰ Een discussie kan ontstaan of A in het kader van de voldoening van de schadevergoedingsvordering aan B verplicht is om het perceel over te dragen of dat hij 'slechts' gehouden is om de schadevergoedingsvordering in geld te voldoen (tenzij een rechter anders oordeelt).

2.3 *Procedurele aspecten*

In de gevallen zoals hiervoor beschreven zal het perceel nog op naam van de voormalige eigenaar staan. De verkrijgende verjaring is nog niet ingeschreven in de openbare registers (vgl. art. 3:17 sub i BW). Indien desalniettemin verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden, behoort het perceel toe aan de nieuwe eigenaar, en kan diens schuldeiser zich daarop verhalen. Dat is het materiële recht. Net zoals de schuldeiser jegens zijn schuldenaar een executoriale titel dient te verkrijgen (bijvoorbeeld door het voeren van een procedure, art. 430 Rv), dient de schuldeiser jegens de voormalige eigenaar te bewerkstelligen dat deze laatste bij tegenspraak van de verkrijgende verjaring desondanks de executie gedooft.

De beslagleggende schuldeiser kan een verklaring voor recht vragen dat de verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden (art. 3:302 BW).¹¹ Hij kan ook een procedure jegens de voormalige eigenaar beginnen met als eis dat de voormalige eigenaar de executie van het perceel duldt en/of aan de inschrijving van de verkrijgende verjaring in de openbare registers meewerkt (art. 3:296 BW).¹² De beslagleggende schuldeiser dient een beroep te kunnen doen op (overeenkomstige toepassing van) art. 3:27 BW (rechterlijke verklaring met betrekking tot een beweerd recht op een registergoed).¹³ In de procedures (in het bijzonder die ex art. 3:27 en art. 3:302 BW) dienen zowel de oude als de nieuwe eigenaar te worden betrokken.¹⁴

Indien de onroerende zaak in de openbare registers nog op naam staat van de oude eigenaar, en executoriaal beslag wordt gelegd op de onroerende zaak ten laste van de nieuwe eigenaar, dient de betekening van het beslag daarvan naar

5 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 415–416, en p. 419.
 6 Vgl. o.a. Van Es 2018, par. 5.5; *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/559*; Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 347.
 7 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 415–416. Vgl. art. 25 Rv; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 347; *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/559*; J.B. Spath, *Zaaksvervangning* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, nr. 117, p. 190, nt. 157. Art. 3:322 BW geldt alleen voor bevrijdende verjaring, aldus *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/559*.
 8 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141 (*Gemeente Heusden*).
 9 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 414–415.

10 Hetzelfde geldt voor een faillissementscurator (art. 42 Fw). Vgl. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/559*.
 11 Uit de parlementaire geschiedenis (T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 915) volgt dat niet in het algemeen valt te zeggen wanneer een persoon onmiddellijk betrokken is bij een rechtsverhouding. Vereist is dat aan de verklaring enig rechtsgevolg moet kunnen worden verbonden voor de persoon, aldus A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie onder 1.9–1.10, ECLI:NL:PHR:2012:BU5630, met verdere verwijzingen.
 12 Zo nodig door middel van reële executie, waarbij het vonnis van de rechtbank in de plaats treedt van een akte als bedoeld in art. 37 lid 1 aanhef onder a Kadasterwet, gevolgd door inschrijving daarvan op de voet van art. 3:17 onder i BW. Vgl. de casus in HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1468, NJ 2016/383.
 13 Deze mogelijkheid blijkt niet met zo veel woorden uit de wettekst of de parlementaire geschiedenis. Art. 3:23 t/m 3:26 BW zijn niet geschreven voor beslagleggers, zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 133; en Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:281, JOR 2015/245, r.o.v. 4.5. Indien de nieuwe eigenaar de kant van de schuldeiser kiest, kan de nieuwe eigenaar desnoods op deze procedure een beroep doen.
 14 Zo nodig kan een van deze partijen zich in de procedure voegen of daarin tussenkomen (art. 217 e.v. Rv).

mijn mening overeenkomstig art. 435 leden 2 en 3 Rv plaats te vinden. Dat betekent in dit geval dat de schuldeiser van de nieuwe eigenaar het beslag (ten laste van de nieuwe eigenaar) zowel aan de oude als aan de nieuwe eigenaar dient te betekenen. Leden 2 en 3 van art. 435 Rv zijn geschreven voor de gevallen waarin een schuldeiser zich kan verhalen op een goed dat aan een derde-rechthebbende toebehoort, dus aan een ander dan zijn schuldenaar.¹⁵ Hoewel hiervan strikt genomen geen sprake is – óf het goed¹⁶ behoort toe aan de nieuwe eigenaar, in welk geval diens schuldeiser zich daarop ‘gewoon’ kan verhalen; óf het goed behoort (nog steeds) toe aan de voormalige eigenaar, in welk geval de schuldeiser van de ‘nieuwe’ eigenaar zich daarop niet mag verhalen – lenen de bepalingen zich voor overeenkomstige toepassing in het geval dat het registergoed in de openbare registers nog op naam van de voormalige eigenaar staat. Indien de schuldeiser een executoriale titel jegens zijn schuldenaar (de nieuwe eigenaar) heeft gekregen en op grond daarvan executoriaal beslag legt op het door verjaring verkregen perceel, dient de schuldeiser binnen acht dagen het executoriaal beslag mede te betekenen aan de voormalige eigenaar, of, zo hij diens recht niet kent, onverwijld nadat hij van dat recht kennis heeft gekregen. Indien de nieuwe eigenaar, voordat acht dagen na deze betekening zijn verstrekken, schriftelijk aan de deurwaarder mededeelt zich tegen het verhaal op zijn goed te verzetten, geldt het beslag jegens hem slechts als conservatoir en kan de executie jegens hem slechts plaatsvinden uit hoofde van een tegen hem verkregen executoriale titel om deze executie te dulden. Indien de voormalig eigenaar de schuldeiser is, en executoriaal beslag legt op het perceel uit hoofde van een schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad (*Gemeente Heusden*), kan deze betekening uiteraard achterwege blijven.

2.4 Beslag gelegd vóór verkrijgende verjaring: terugwerkende kracht?

De vraag of de verkrijgende verjaring terugwerkende kracht (*ex tunc*) heeft of niet (*ex nunc*) is van belang voor de schuldeiser die conservatoir of executoriaal beslag legt op een perceel dat (achteraf gezien) nog niet door zijn schuldenaar was verkregen, maar bijvoorbeeld pas een jaar later. Indien de verkrijgende verjaring terugwerkende kracht heeft, is het beslag achteraf gezien geldig gelegd, ook al rustte het destijds op een perceel dat niet aan de schuldenaar toebehoorde.

15 Zie over art. 435 leden 2 en 3 Rv, o.a. M.L. Tuil, *Verdelingsbeslagen* (diss. Rotterdam), Den Haag 2009, nr. 683 e.v. Zie voor voorbeelden van een derde-rechthebbende, J.W.A. Biemans, ‘Het faillissement van de derde-rechthebbende’, *TvJ* 2009/15 (p. 78-91).

16 Indien het beslag niet betrekking heeft op een perceel van de oude eigenaar, maar mede betrekking heeft op een strook grond van de oude eigenaar die door de verkrijgende verjaring onderdeel is geworden van een perceel grond van de nieuwe eigenaar, en de schuldeiser daarvan weet heeft, geldt hetzelfde.

Verschillende schrijvers hebben het standpunt ingenomen dat verkrijgende verjaring terugwerkende kracht heeft.¹⁷ De parlementaire geschiedenis lijkt daarvoor steun te bieden, maar verwijst in het kader van de terugwerkende kracht naar de regeling van bekrachtiging (art. 3:58 BW).¹⁸

Indien wordt uitgegaan van de recentere literatuur lijkt de heersende opvatting inmiddels te zijn dat de verkrijgende verjaring géén terugwerkende kracht heeft.¹⁹ Hoops en Verstappen hebben dat recentelijk beargumenteerd onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en het arrest *Gemeente Heusden*.²⁰ Het uitgangspunt bij verkrijgende verjaring is dat de verkrijging *ex nunc* werkt, tenzij uit de wet het tegendeel volgt. Aangezien daarover geen bepalingen te vinden zijn (vgl. art. 3:80 lid 3 BW, art. 3:99 e.v. BW), sluit ik mij aan bij het standpunt dat de verkrijgende verjaring geen terugwerkende kracht heeft, behalve voor zoverre bekrachtiging plaatsvindt door de nieuwe eigenaar van zijn rechtshandelingen. Door het ontzeggen van terugwerkende kracht wordt het mogelijk onrechtmatige bezit van de verkrijger achteraf gezien (terecht) niet alsnog anders ingekleurd.

Indien de verkrijgende verjaring geen terugwerkende kracht heeft, is een vóór de verkrijgende verjaring gelegd beslag niet geldig en zal het alsnog gelegd moeten worden nadat de verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden. Art. 3:58 BW (bekrachtiging)²¹ biedt hier geen uitkomst; bekrachtiging biedt uitkomst in de gevallen waarin de nieuwe eigenaar door hem verrichte rechtshandelingen in de periode vóór de verkrijgende verjaring kan bekrachtigen, maar van dergelijke rechtshandelingen is bij een beslag geen sprake. In zoverre verschilt het beslag van een eerder door de nieuwe eigenaar (onbevoegd) gevestigd hypotheekrecht, dat in beginsel na de verkrijgende verjaring wél bekrachtigd kan worden.²²

17 Zie o.a. A.C. van Schaick, *WPNR* 2011/6887, in Reactie op P.C. van Es, ‘Verkrijging door verjaring: ex nunc of ex tunc?’, *WPNR* 2011/6880, p. 257-258; *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013/560; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 348; W. Snijders, ‘Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren (bespreking preadvies KNB 2003)’, *WPNR* 2003/6547, par. 6; J.B. Spath, *Zaaksvervangning* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 189.

18 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 415.

19 Zie P.C. van Es, ‘Verkrijging door verjaring: ex nunc of ex tunc?’, *WPNR* 2011/6880, p. 257-258, met Reactie door A.C. van Schaick en Naschrift door Van Es, *WPNR* 2011/6887; Van Es 2018, par. 5.7; P.J. van der Plank & M.E. Witting, ‘De invloed van verkrijgende verjaring op beperkte rechten die rusten op de grond’, *NTBR* 2015/35 (p. 233-238); J.E. Jansen, ‘Verkrijgende verjaring, terugwerkende kracht en bekrachtiging’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2015, p. 2 en 24; B. Hoops & L.C.A. Verstappen, ‘Verkrijgende verjaring, het lot van beperkte rechten en de rol van het Kadaster en de notaris’, *WPNR* 2017/7147, p. 331-337.

20 Zie de vorige voetnoot; HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141 (*Gemeente Heusden*).

21 Vgl. daarover o.a. W.J. Zwolve, ‘Bekrachtiging en convalescentie van nietige rechtshandelingen’, in: *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (preadvies KNB 2003), Lelystad: Koninklijke Vermande, p. 13-64; en W. Snijders, ‘Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren’, *WPNR* 2003/6547, p. 697-709.

22 Vgl. Van Es 2018, par. 5.7; en M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 415.

3. Verlies door verjaring door de schuldenaar (als oude eigenaar)

3.1 Casus

Verkrijgende verjaring kan ook in het nadeel werken van een schuldeiser die zich wil verhalen op de goederen van zijn schuldenaar die door verjaring juist een of meer goederen verliest. De verhaalsmogelijkheden en/of andere aanspraken van de schuldeiser nemen daardoor af. Een schuldeiser kan bijvoorbeeld, afgaande op hetgeen daarover in de openbare registers bekend is, conservatoir of executoriaal beslag hebben gelegd op een perceel dat in bezit is genomen door een ander (de nieuwe eigenaar), terwijl zijn schuldenaar het perceel door verjaring dreigt te verliezen (de oude eigenaar). Het is ook denkbaar dat conservatoir of executoriaal beslag wordt gelegd nadat de verkrijgende verjaring is voltooid, maar voordat de verkrijgende verjaring is ingeschreven in de openbare registers. Ten slotte is het denkbaar dat een schuldeiser geconfronteerd wordt met het verlies van eigendom door verjaring, dat de verkrijgende verjaring is ingeschreven in de openbare registers en dat de schuldeiser zich tegen deze inschrijving (en verkrijgende verjaring) wil verzetten. De schuldeiser zal zich daartegen willen verzetten, indien de voormalige eigenaar en nieuwe eigenaar samenspannen om het perceel aan het verhaal door de schuldeiser te onttrekken. Bijvoorbeeld, A heeft een koopoptie (een recht van eerste koop) verleend aan B, en A wil van de koopoptie af. A gaat met C een vaststellingsovereenkomst aan, waarin A en C verklaren dat C door verkrijgende verjaring de nieuwe eigenaar van het perceel is geworden, en waardoor B zijn koopoptie niet meer kan uitoefenen. Ander voorbeeld: vader en zoon verklaren ten overstaan van de notaris dat zoon door verjaring een boerderij en drie percelen grond heeft verkregen die voordien aan vader toebehoorden. Zij bieden deze verklaring aan bij het Kadaster om deze te laten inschrijven in de openbare registers. Indien de verkrijging door verjaring in plaats van overdracht plaatsvindt, is geen overdrachtsbelasting verschuldigd.²³ De ontvanger is hier de schuldeiser. De casus zijn niet denkbeeldig; ze zijn aan de praktijk ontleend. Deze voorbeelden geven aanleiding om te onderzoeken wat een schuldeiser tegen samenspanning kan ondernemen.

3.2 Uitgangspunt: werking van rechtswege

Net als bij de *verkrijging* door verjaring door de schuldenaar, geldt ook voor zijn *verlies* door verjaring dat, zoals hiervoor uiteengezet,²⁴ de verkrijgende verjaring van rechtswege werkt. De schuldeiser heeft de verkrijgende verjaring in beginsel tegen zich te laten gelden, ook al verliest zijn schuldenaar daardoor een goed waarop hij zich had kunnen verhalen. Degene die de eigendom reeds door verkrijgende verjaring heeft verkregen, kan zich met succes verweren tegen een conservatoir of executoriaal beslag dat wordt gelegd door een schuldeiser van de voormalige eigenaar. Omdat de verkrijgende verjaring van rechtswege werkt, en

geen sprake is van een rechtshandeling, is het niet mogelijk dat de schuldeiser of een curator het verlies door verjaring vernietigt grond van art. 3:45 BW (actio Pauliana) respectievelijk art. 42 Fw (faillissementspauliana).

Indien de schuldeiser conservatoir of executoriaal beslag heeft gelegd, kent dit uitgangspunt echter uitzonderingen. Die worden hieronder toegelicht aan de hand van de verschillende fases waarin beslag kan worden gelegd: (i) de verkrijgende verjaring is nog niet voltooid; (ii) de verkrijgende verjaring is voltooid, maar nog niet ingeschreven in de openbare registers; en (iii) de verkrijgende verjaring is voltooid en ingeschreven in de openbare registers.

3.3 Ad (i): Conservatoir of executoriaal beslag verhindert intreden van verkrijgende verjaring

Indien de verkrijgende verjaring nog niet is voltooid, kan een door de schuldeiser gelegd conservatoir of executoriaal beslag invloed hebben op de verkrijgende verjaring, in de zin dat een ten laste van de oude eigenaar gelegd beslag de verkrijgende verjaring stuit. Dat wordt hieronder toegelicht.

De verkrijgende verjaring op grond van art. 3:105 BW treedt in zodra de rechtsoverdracht tot opheffen van de onrechtmatige toestand dan wel de beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende op grond van art. 3:314 BW is verjaard. De verjaringstermijn van deze rechtsoverdracht kan worden gestuit op grond van art. 3:316 en 3:317 BW. Het stuiten kan zowel in als buiten rechte gebeuren. Art. 3:316 lid 1 BW bepaalt dat de verjaring van een rechtsoverdracht wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere daad van rechtsvervolgning aan de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt.

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 3:316 BW blijkt dat het begrip 'aan de zijde van de gerechtigde' ruim dient te worden uitgelegd. Met deze uitdrukking is bedoeld dat de verjaring niet alleen wordt gestuit door een handeling van gerechtigde zelf, maar ook door een zodanige handeling van een ander aan diens zijde. Als voorbeeld wordt genoemd een conservatoir derdenbeslag door de beslaglegger ten laste van een schuldeiser (tevens geëxecuteerde) op zijn vordering.²⁵ Door het derdenbeslag stuit de beslaglegger de lopende verjaring van de vordering waarop het beslag wordt gelegd.²⁶

Toegepast op de stuiting van een rechtsoverdracht ex art. 3:314 BW betekent dit het volgende. Indien de schuldeiser van de oude eigenaar conservatoir of executoriaal beslag

²³ Art. 3 lid 1 onder a WBR (Wet op belastingen van rechtsverkeer).

²⁴ Zie par. 2.1.

²⁵ Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 934. Vlg. J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 213.

²⁶ Dit beslag heeft betrekking op het geval situatie waarin derdenbeslag wordt gelegd op de vordering ten aanzien waarvan de verjaring loopt. In het geval dat ik op het oog heb, wordt het beslag gelegd op het perceel, hetgeen (daardoor) leidt tot de stuiting van de (rechts)vordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand. Vanwege art. 475a lid 1 Rv is het beslag op die vordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand zelf overigens niet mogelijk, omdat de prestatie naar haar aard niet vatbaar is voor beslag.

legt op het perceel waarop de rechtsvordering ex art. 3:314 BW betrekking heeft en dat beslag laat inschrijven in de openbare registers (art. 3:17 lid 1 onder g BW), stuit de schuldeiser daarmee de rechtsvordering ex art. 3:314 BW van de 'oude' eigenaar die het bezit is verloren.²⁷ Het gelegde beslag stuit de rechtsvordering 'aan de zijde van de oude eigenaar'. Immers, door het gelegde beslag wordt aan de nieuwe eigenaar duidelijk gemaakt dat 'aan de zijde van de gerechtigde' wordt gevorderd dat de onrechtmatige toestand wordt opgeheven dan wel het bezit van een niet-rechthebbende wordt beëindigd. Dat geldt temeer indien de beslaglegger zal willen overgaan tot de openbare verkoop van het perceel op grond van een gelegd executoriaal beslag. Hetzelfde is goed verdedigbaar voor de stuiting van de verkrijgende verjaring ex art. 3:99 BW jo. art. 3:104 BW.²⁸

Ook op andere manieren kan conservatoir of executoriaal beslag een verkrijgende verjaring blokkeren. Bijvoorbeeld, executoriaal beslag gevolgd door executoriale verkoop en overdracht van de eigendom van de zaak aan een executiekoper die het perceel in bezit neemt, zal zonder meer leiden tot het einde van de verkrijgende verjaring. Ook indien een deurwaarder in opdracht van de schuldeiser van de eigenaar (die het bezit van de zaak is verloren) de zaak in bewaring neemt (vgl. art. 446 Rv)²⁹ wordt daarmee in beginsel een einde gemaakt aan de verkrijgende verjaring.³⁰ Niet het in bewaring nemen van de zaak op grond van conservatoir of executoriaal beslag *als zodanig* leidt tot het verlies van het bezit (indien het bijvoorbeeld had plaatsgevonden aan de zijde van de bezitter), maar het feit dat het in bewaring nemen gebeurt door een schuldeiser van de *eigenaar*, dus 'aan de zijde van' de eigenaar. In het kader van art. 3:105 BW zal een dergelijke (succesvolle) inbewaringneming reeds leiden tot de beëindiging van de onrechtmatige toestand respectievelijk de beëindiging van het bezit door de niet-rechthebbende als bedoeld in art. 3:314 BW. Het in bewaring nemen van de zaak aan de zijde van de eigenaar onderbreekt het bezit als bedoeld in art. 3:99 BW, indien het bezit niet binnen het jaar wordt teruggekregen en een binnen het jaar ingestelde rechtsvordering niet tot terug-verkrijging van het bezit leidt (art. 3:103 BW).

3.4 *Bepaalde bescherming op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de dogmatiek (ad i)*

3.4.1 *Inleiding*

Hiervoor is gesteld dat de verkrijgende verjaring wordt verhinderd door conservatoir of executoriaal beslag aan de zijde van de 'voormalige' eigenaar. Vanuit het oogpunt van de schuldeiser is die bescherming ook gewenst, omdat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en de dog-

matiek slechts in beperkte mate een alternatieve bescherming bieden. Indien de oude eigenaar (de geëxecuteerde) door verjaring zijn eigendom zou verliezen *ondanks* het gelegde conservatoir of executoriaal beslag, is het onzeker of de beslaglegger zijn beslag kan tegenwerpen aan de nieuwe eigenaar. Dat wordt hieronder nader toegelicht.³¹ Het onderstaande is ook van belang in de gevallen dat de verkrijgende verjaring wordt ingeschreven ondanks het gelegde beslag. Dat is bijvoorbeeld denkbaar in het geval dat een rechter niet meegaat in het betoog dat een gelegd conservatoir of executoriaal beslag de verkrijgende verjaring stuit, en in het geval dat de oude en nieuwe eigenaar zelf voor inschrijving van de verkrijgende verjaring zorg dragen (al dan niet om tegen de schuldeiser samen te spannen).³²

3.4.2 *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt slechts beperkte uitkomst*

Vanuit de bescherming van de schuldeiser zou het de voorkeur verdienen dat de verkrijgende verjaring niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen, zoals dat in de regelingen inzake beslag gevolgd door overdracht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsgevolg is geregeld. De wet lijkt hiervoor echter geen of slechts in beperkte mate een grondslag te bieden.

In de wet ontbreekt ten eerste een algemene bepaling waarin het rechtsgevolg van het beslag in het algemeen, dat wil zeggen voor alle bijzondere beslagen gezamenlijk, is geregeld.³³ Naar mijn mening dient (ook) bij beslag de regel te worden gevolgd dat het oudere recht vóór het jongere recht gaat. De oudere aanspraak van de beslaglegger op grond van conservatoir of executoriaal beslag dient te worden gerespecteerd door degene met een latere aanspraak op dezelfde zaak. Om de schuldeiser te beschermen tegen verkrijgende verjaring moet *niet* worden aangeknoopt bij relatieve beschikkingsonbevoegdheid,³⁴ en evenmin bij relatieve nietigheid van de door de beslagene verrichte rechtshandelingen,³⁵ maar bij de leer van het zaaksgevolg.³⁶

De wet kent ten tweede bijzondere bepalingen die niet zonder meer uitkomst bieden. Art. 453a lid 1 Rv (roerende zaken) en art. 505 lid 2 Rv (onroerende zaken) bepalen dat een vervreemding, bezwaring onderbewindstelling of verhuuring (of verpachting) van de zaak, in stand gekomen nadat deze in beslag is genomen, niet tegen de beslaglegger kan

27 Vgl. ook M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 413.

28 Vgl. daarover Van Es 2018, par. 3.6.1.

29 Of vergelijk: indien de hypotheekhouder de onroerende zaak in beheer neemt en laat ontruimen (art. 3:267 BW).

30 Een dergelijke inbewaringneming maakt immers een einde aan het bezit van de bezitter als bedoeld in art. 3:99 BW en/of leidt tot de beëindiging van het bezit dan wel onrechtmatige toestand als bedoeld in art. 3:314 BW.

31 De lezer die met name geïnteresseerd is in de beantwoording van de in par. 3.2 genoemde vragen, kan deze paragraaf overslaan en doorlezen vanaf par. 3.5.

32 Zie over de procedurele waarborgen van de beslaglegger hieronder par. 3.6.

33 Zie GS Burgerlijke Rechtsvordering (2017), boek 2 Rv, aant. 9.1 (D.J. van der Kwaak).

34 Vgl. daarover GS Burgerlijke Rechtsvordering (2017), boek 2 Rv, aant. 9.2 (D.J. van der Kwaak); en HR 5 september 2008, NJ 2009/154 (*Forward/Huber*) en HR 20 februari 2009, NJ 2009/376 (*Ontvanger/De Jong q.q.*).

35 Vgl. daarover GS Burgerlijke Rechtsvordering (2017), boek 2 Rv, aant. 9.4 en 9.5 (D.J. van der Kwaak).

36 Vgl. HR 20 februari 2009, NJ 2009/376 (*Ontvanger/De Jong q.q.*); en GS Burgerlijke Rechtsvordering (2017), boek 2 Rv, aant. 9.3 (D.J. van der Kwaak).

worden ingeroepen.³⁷ Uit de rechtspraak en de literatuur³⁸ kan niet worden opgemaakt of verkrijgende verjaring onder deze bepaling kan worden begrepen.³⁹ Dat zou in sommige gevallen wenselijk zijn, met name wanneer de oude en nieuwe eigenaar de inschrijving van de verkrijgende verjaring zélf (trachten te) bewerkstelligen door een notariële verklaring van verkrijging of een vaststellingsovereenkomst. Dergelijke handelingen lijken op verkapte vormen van overdracht. Art. 453a lid 2 Rv bepaalt voor roerende zaken, niet-registergoederen dat rechten door een derde anders dan om niet verkregen, worden geëerbiedigd, mits de zaak in zijn handen is gekomen en hij toen te goeder trouw was. Indien art. 453a Rv van toepassing is op verkrijgende verjaring, kan de beslaglegger zich beroepen jegens de nieuwe eigenaar op deze bepaling beroepen, omdat verkrijgende verjaring geen verkrijging ‘anders dan om niet’ is. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt bij onroerende zaken.

De beslaglegger kan zich wél verhalen op een eventuele vergoedingsvordering die de voormalige eigenaar jegens de nieuwe eigenaar heeft. Bij verkrijgende verjaring van onroerende zaken volgt dit (het stelsel van) art. 43 Onteigeningswet en art. 507a Rv. Art. 507a lid 1 Rv bepaalt dat onder het beslag op een onroerende zaak eveneens vallen vergoedingsvorderingen die na de inschrijving in de plaats van de zaak zijn getreden. Uit art. 43 Onteigeningswet volgt dat indien de ingeschreven beslaglegger is tussengekomen in de onteigeningsprocedure, hij zich jegens de onteigenaar kan beroepen op zijn rechten uit art. 507a Rv, en derhalve recht op afzonderlijke schadevergoeding heeft.⁴⁰ Hetzelfde geldt voor de hypotheekhouder onder verwijzing naar art. 3:229 BW. In het stelsel van de Onteigeningswet heeft de onteigende eigenaar steeds een recht op schadevergoeding. Dat is bij verkrijgende verjaring in beginsel niet het geval. Op grond van het arrest *Gemeente Heusden* kan de voormalige eigenaar bij onrechtmatig handelen door de nieuwe eigenaar een schadevergoedingsvergoeding hebben

op grond van onrechtmatige daad. In dit geval kan de beslaglegger zich op grond van art. 507a Rv op deze schadevergoedingsvordering verhalen, mocht het beslag komen te vervallen door de verkrijgende verjaring.⁴¹ Hetzelfde geldt voor de hypotheekhouder die zijn hypotheekrecht mocht verliezen door de verkrijgende verjaring (art. 3:228 BW). In de andere gevallen – verkrijgende verjaring ex art. 3:99 BW en art. 3:105 BW zonder onrechtmatige daad – ontbreekt een dergelijke vergoedingsvordering jegens de nieuwe eigenaar waarop de beslaglegger zich zou kunnen verhalen.

3.4.3 Dogmatiek biedt slechts beperkte uitkomst: *originare of derivatieve wijze van verkrijging*

Ook de dogmatiek, in het bijzonder het academische onderscheid tussen originare en derivatieve wijzen van verkrijging, biedt slechts beperkte uitkomst om de beslaglegger te beschermen tegen het verlies door de oude eigenaar door verjaring.

De hiervoor geschetste uitkomsten corresponderen met het dogmatische onderscheid tussen verkrijgende verjaring als enerzijds originare wijze (vergelijk: onteigening) en anderzijds derivatieve wijze (vergelijk: overdracht) van verkrijging. Bij een originare wijze van verkrijging zou het beslag komen te vervallen, maar – zoals hiervoor uiteengezet – in de regel zonder compensatie voor de beslaglegger. Bij een derivatieve wijze van verkrijging zou het beslag aan de nieuwe eigenaar kunnen worden tegengeworpen, maar zonder duidelijke wettelijke grondslag.

De heersende leer lijkt te zijn dat verkrijgende verjaring een originare wijze van verkrijging is.⁴² Slechts een enkele schrijver neemt het standpunt in dat verkrijgende verjaring een derivatieve wijze van verkrijging is.⁴³ Bij nadere beschouwing echter blijkt deze tweedeling te simpel. Het onderscheid tussen originare en derivatieve wijzen van verkrijging is niet een onderscheid dat het Burgerlijk Wetboek maakt. Het is een academisch onderscheid dat de literatuur bovendien verschillend wordt ingekleurd.⁴⁴ Voor een originare wijze van verkrijging is niet kenmerkend dat *van rechtswege* een recht wordt verkregen. Immers, ook bij de

37 Zie ook art. 475h Rv (vorderingen op naam). Zie voorts art. 712 Rv dat de bepalingen toepasselijk verklaart op conservatoir verhaalsbeslag. Zie voor conservatoir en executoriaal beslag tot afgifte art. 734 respectievelijk art. 492 Rv.
 38 Zie bijvoorbeeld F. Damsteegt-Mollier, *Relativering van eigendom: Een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de pauliana en van de blokkeeringsregel bij beslag op roerende zaken* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2009.
 39 Volgens de literatuur biedt de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten voor de opvatting dat de opsomming van beschikkingshandelingen in art. 453a Rv slechts enuntiatief is. “Andere dan de genoemde beschikkingshandelingen zal de beslaglegger daarom moeten respecteren, tenzij hij kan aantonen dat zij in strijd met art. 3:45 BW verricht en dus op die grond vernietigbaar zijn.” Zie GS Burgerlijke Rechtsvordering (2000), art. 453a Rv, aant. 2 (A.I.M. van Mierlo). In dezelfde literatuur wordt echter ook aangenomen dat onder onderbewindstelling mede valt een bij rechterlijke uitspraak ingesteld bewind. Zie GS Burgerlijke Rechtsvordering (2000), art. 453a Rv, aant. 2 (A.I.M. van Mierlo). Art. 453a Rv is kennelijk niet beperkt tot bescherming tegen louter beschikkingshandelingen vericht door de beslagene.
 40 Art. 43 lid 1 Onteigeningswet bepaalt dat Zij oefenen die rechten uit op het bedrag van de werkelijke waarde en de waardevermindering van het overblijvende, zoals dat bedrag toekomt aan de hypotheekgever, de beslagene en de beperkt gerechtigde, wiens recht niet tegen hen kan worden ingeroepen.

41 Vergelijk de regeling in art. 43 Onteigeningswet, dat eveneens naar deze bepalingen verwijst.
 42 Zie o.a. Van Es 2018, par. 5.6; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/559, met verdere literatuurverwijzingen.
 43 Zie J.W.A. Biemans, ‘Zeven vragen over de verkrijgende verjaring van vorderingen’, *NTBR* 2007/10 (p. 93). Reehuis lijkt zich op de vlakte te houden over de kwalificatie van verkrijgende verjaring als originare wijze van verkrijging, zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 94, nt. 6 en vgl. nr. 349.
 44 Dat over het onderscheid als zodanig discussie bestaat, komt de bruikbaarheid van het onderscheid niet ten goede. Zie over het onderscheid o.a. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 94; J.E. Jansen, ‘Enige opmerkingen en mededelingen over originare en derivatieve wijzen van eigendomsverrijking’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2005, p. 49-70; J.B. Spath, *Zaaksvervang* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, en in het kader van verkrijgende verjaring, par. 4.3.10; J.B. Spath, ‘Een gesloten systeem van originare verkrijging?’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011, afl. 1, p. 12-41. De Hoge Raad gebruikt deze onderscheidingen niet om tot oplossingen te komen. Zie bijvoorbeeld, HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, NJ 2016/263 (*Glencore*).

inbezitneming van een *res nullius* (art. 5:4 BW) of het ontstaan van een vordering (op grond van een overeenkomst) is sprake van een originele verkrijging. Een derivatieve wijze van verkrijging kan (ook) een verkrijging *van rechtswege* zijn.⁴⁵ Voor een derivatieve wijze van verkrijging is beslissend dat de verkrijger zijn rechtsopvolger opvolgt in diens recht, derhalve met alle bestaande beperkingen, zoals beperkte rechten en beslagen, en met alle bestaande voordelen, zoals afhankelijke rechten (en/of nevenrechten bij vorderingen). Indien het gaat om een bestaand recht op een roerende of onroerende zaak ten aanzien waarvan een originele wijze van verkrijging plaatsvindt, ligt het voor de hand dat een nieuw eigendomsrecht wordt verkregen, en dat eerder op het goed rustende beperkte rechten of beslagen komen te vervallen, evenals de van het eigendomsrecht de afhankelijke rechten, zoals een recht van erfdiensbaarheid, of bij vorderingen de nevenrechten.

De verkrijgende verjaring laat zich lastig in dit onderscheid onderbrengen. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat bij de verkrijgende verjaring de beperkte rechten die door de eigenaar zijn gevestigd, niet vervallen, indien de bezitter het goed heeft bezeten onder respectering van dit beperkte recht. In dat geval blijft dit beperkte recht ook na de verjaring bestaan.⁴⁶ Dit gevolg – dat in de literatuur ook wordt aanvaard door degenen die de verkrijgende verjaring als een originele wijze van verkrijging beschouwen⁴⁷ – lijkt strijdig te zijn met de ‘zuiverende’ werking van een originele wijze van verkrijging, op grond waarvan een nieuw en onbelast eigendomsrecht tot stand zou komen.⁴⁸ Ook het gegeven dat *beperkte rechten* door verkrijgende verjaring kunnen worden verkregen, lijkt haaks te staan op de gedachte dat de verkrijging van een beperkt recht een originele wijze van verkrijging is, omdat een beperkt recht is afgeleid uit het meeromvattende recht (art. 3:8 BW), en een dergelijke verkrijging reeds daarom per definitie derivatief moet zijn. Ten slotte ontbreken bepalingen, zoals bij onteigening (o.a. art. 42-46 Onteigeningswet), waaruit volgt dat de rechten van huurders, beslagleggers, hypotheekhouders en andere beperkt gerechtigden, door de onteigening komen te vervallen. Uiteraard kan het begrip originele wijze van verkrijging hierop worden aangepast, maar dat geeft weinig houvast, hetgeen gevolgen heeft voor de bruikbaarheid van het onderscheid.

In de (Belgische) rechtsliteratuur is door Van de Voorde betoogd dat de verkrijgende verjaring een *eigen* weg volgt, en, zo voeg ik daar aan toe, zich in zoverre (dus) onttrekt aan

het academische onderscheid tussen de originele en derivatieve wijzen van verkrijging.⁴⁹ Deze benadering heeft het voordeel dat kan worden weggebleven van begripsmatige discussies, en kan worden aangesloten bij het stelsel van de verkrijgende verjaring, zoals toegelicht in de parlementaire geschiedenis. Voor de omvang van de verkrijgende verjaring is het bezit beslissend, zowel voor de vraag of door verjaring op de zaak rustende beperkte rechten vervallen dan wel van het eigendomsrecht afhankelijke beperkte rechten verkregen worden.⁵⁰ Een nadeel van deze benadering is dat deze geen uitsluitsel geeft over de status van een conservatoir of executoriaal beslag, aangezien dat geen ‘goederen’ of ‘beperkte rechten’ zijn.⁵¹

Wordt verkrijgende verjaring beschouwd als een originele wijze van verkrijging, dan zal een conservatoir of executoriaal beslag op grond daarvan in beginsel tenietgaan.⁵² Wordt in afwijking daarvan aangesloten bij de bijzondere benadering die ook ten aanzien van beperkte rechten wordt gevolgd, dan zou de uitkomst kunnen veranderen: indien het beslag is gerespecteerd door de bezitter, zal het beslag niet tenietgaan door de verkrijgende verjaring. In deze benadering laat het beslag zich vergelijken met een op het perceel rustend hypotheekrecht. Hoops en Verstappen hebben ten aanzien daarvan verdedigd dat het hypotheekrecht in beginsel niet zal tenietgaan, omdat de inbezitneming van de grond de uitoefening van het hypotheekrecht op geen enkele wijze belemmert.⁵³ Hetzelfde zou – naar analogie – kunnen worden betoogd ten aanzien van een gelegd conservatoir of executoriaal beslag. Het beslag zal derhalve in de regel de verkrijgende verjaring overleven. Wordt verkrijgende verjaring aangemerkt als een derivatieve wijze van verkrijging, dan kan de beslaglegger zijn beslag op grond daarvan mogelijk tegenwerpen aan de nieuwe eigenaar.⁵⁴ Het moge duidelijk zijn dat het dogmatische onderscheid weinig helpt.

Zoals hiervoor opgemerkt zal indien de verkrijgende verjaring nog niet is voltooid een door de schuldeiser gelegd conservatoir of executoriaal beslag de verkrijgende verjaring in beginsel blokkeren vanwege de stuitende werking van het beslag. Uit het voorgaande volgt dat dit een welkome

45 Denk aan erfopvolging of aan subrogatie.

46 T.M., Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 417.

47 Zie o.a. Van Es 2018, par. 5.6; P.J. van der Plank & M.E. Witting, ‘De invloed van verkrijgende verjaring op beperkte rechten die rusten op de grond’, *NTBR* 2015/35 (p. 233-238); B. Hoops & L.C.A. Verstappen, ‘Het lot van beperkte rechten op onroerende zaken na verkrijgende verjaring’, *NTBR* 2016/41 (p. 280-285), met Reacties van E.F. Verheul, *NTBR* 2017/17 (p. 125-128), en van J.E. Jansen, *NTBR* 2017/18 (p. 129-132); en Naschrift van B. Hoops & L.C.A. Verstappen, *NTBR* 2017/19 (p. 133-135).

48 Vgl. J. van de Voorde, *De verkrijgende verjaring. De nalatenschap van Rome heroverwogen*, Antwerpen 2017 (hierna: Van de Voorde 2017), nr. 2251.

49 Vgl. Van de Voorde 2017, nrs. 2211 en 2252 e.v., maar niet geheel consequent, zie Van de Voorde 2017, nr. 2255.

50 Dus, enkel en alleen indien ook de bezitter van het heersende erf ook het bezit heeft gehand van het (afhankelijke) recht van erfdiensbaarheid, zal hij dit recht door verjaring verkrijgen.

51 En evenmin over het lot van nevenrechten (anders dan pand- en hypotheekrechten), omdat de meeste nevenrechten geen goederen zijn, en dus, afgaande op art. 3:99 e.v. BW, niet door verjaring verkregen kunnen worden.

52 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/559. Het verval van het beslag kan ook worden gegrond op de eventuele terugwerkende kracht van de verkrijgende verjaring. Zie hiervoor par. 2.4.

53 Zie B. Hoops & L.C.A. Verstappen, ‘Het lot van beperkte rechten op onroerende zaken na verkrijgende verjaring’, *NTBR* 2016/41 (p. 284-285). Het door Van Es genoemde voorbeeld van een geval dat een bezitter dat recht niet respecteert omdat hij een eerste hypotheekrecht vestigt (Van Es 2018, par. 5.6), is onwaarschijnlijk, aangezien geen notaris zal meewerken aan de vestiging van een dergelijk recht, gelet op het reeds gevestigde eerste hypotheekrecht, blijvende uit de openbare registers.

54 Aangenomen dat zulks ook uit het stelsel van de wet volgt. Zie hiervoor par. 3.4.

uitkomst is, gelet op het gebrek aan duidelijkheid over de mogelijkheden om de beslaglegger te beschermen tegen een verkrijgende verjaring op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de dogmatiek.

3.5 Ad (II): Derdenbescherming bij voltooide, maar nog niet ingeschreven verkrijgende verjaring

De schuldeiser kan conservatoir of executoriaal beslag hebben gelegd op een perceel, terwijl de nieuwe eigenaar zich op het standpunt stelt dat het perceel inmiddels door verkrijgende verjaring zich niet meer in het vermogen van de voormalige eigenaar bevindt. Indien dat – al dan niet achteraf vastgesteld door een rechter – inderdaad het geval blijkt te zijn, maar de verkrijgende verjaring ten tijde van het conservatoir of executoriaal beslag nog niet was ingeschreven in de openbare registers, is het de vraag wat de positie van de schuldeiser is.

De beslaglegger kan zich blijkens de parlementaire geschiedenis niet beroepen op artikel 3:24 BW, omdat die bepaling alleen verkrijgers van rechten op registergoederen beschermt, waaronder beslagleggers niet vallen.⁵⁵

Uit het arrest *FGH/Fraanje*⁵⁶ volgt dat de beslaglegger wél een beroep op art. 3:36 BW kan toekomen, maar dat de bescherming die hij daaraan ontleent, beperkt is. De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis⁵⁷ dat art. 3:36 BW slechts bescherming verleent met betrekking tot de handeling die de derde in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling heeft verricht. Het (conservatoir) beslag strekt naar zijn aard slechts tot bewaring van bestaande rechten, maar het roept geen recht in het leven. In het arrest ging het om de vraag of de schuldeiser die conservatoir beslag had gelegd op een registergoed dat vrij van hypotheek *leek*, aanspraak kon maken op de uitwinning van het onbezwaarde registergoed. De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend.

“Heeft de schuldeiser conservatoir beslag gelegd, dan strekt dat beslag naar zijn aard slechts tot bewaring van bestaande rechten, maar het roept geen recht in het leven.”

55 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 133 bij art. 3:24 BW: “Evenmin kan aanspraak op bescherming worden gemaakt door schuldeisers die zijn teleurgesteld in de verwachtingen, die zij bij het ontstaan van hun vordering mogelijk uit de registers hebben geput ten aanzien van hetgeen als verhaalsobject voor die vordering zou kunnen dienen. Zij kunnen in beginsel hun recht van verhaal op goederen van de schuldenaar slechts waarborgen door tijdig beslag te leggen waarbij zij, behoudens het bepaalde in de artikelen 3.2.11 [= 3:45 BW] e.v. en 42 e.v. F. aan de werkelijke vermogenstoestand van hun schuldenaar gebonden zijn.” Vgl. Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:281, *JOR* 2015/245, r.ov. 4.5, onder verwijzing naar HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/227 (*Ontvanger/Troost*); en A.I.M. van Mierlo in zijn noot (onder 3) onder HR 18 november 2016, *NJ* 2018/315 (*FGH/Fraanje*).

56 Zie HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2640, *JOR* 2017/53, *NJ* 2018/315 (*FGH/Fraanje*).

57 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 179.

Op vergelijkbare wijze, zo lijkt mij, wordt de schuldeiser die conservatoir beslag heeft gelegd op een registergoed dat de schuldenaar inmiddels heeft verloren door verjaring, niet zó vergaand beschermd dat door het beslag alsnog daarop verhaal mogelijk zou zijn, aangezien het conservatoir beslag naar zijn aard slechts strekt tot bewaring van bestaande rechten, maar geen recht in het leven roept. Heeft de schuldeiser *executoriaal* beslag gelegd, dan ligt dat mogelijk anders, zo lijkt uit r.ov. 5.3.2 van het arrest *FGH/Fraanje* te volgen, omdat in dit geval – in de woorden van de Hoge Raad – het executoriaal beslag het recht schept om tot de executoriale verkoop van dat registergoed over te gaan dat zich in het vermogen van de schuldenaar bevindt, en art. 3:36 BW dan deze verwachting beschermt.⁵⁸ De redenering in dit arrest is niet gemakkelijk te volgen; de uitkomst van het in cassatie vernietigde arrest spreekt meer tot de verbeelding. Het hof acht voor de blokkerende werking van het beslag in de zin van art. 505 Rv slechts het moment van conservatoir beslag beslissend, en niet (ook) het moment van executoriaal beslag.⁵⁹

3.6 Ad (iii): Procedurele waarborgen rondom inschrijving van de verkrijgende verjaring: art. 3:27 BW, de notariële verklaring van verkrijging en de vaststellingsovereenkomst

Het moge duidelijk zijn dat de vraag of sprake is van verkrijgende verjaring, en zo ja, op welk moment, vaak voor discussie vatbaar is. Ook is het niet ondenkbaar – zo blijkt uit de aan de praktijk ontleende voorbeelden in par. 3.1 – dat een voormalige eigenaar en nieuwe eigenaar samenspannen en zich tezamen op het standpunt stellen dat sprake is van verkrijging door verjaring, terwijl daardoor belangen van derden (waaronder schuldeisers) in het gedrang komen. De laatste vraag is welke waarborgen voor een schuldeiser bestaan, indien de oude en nieuwe schuldeiser een verkrijgende verjaring willen laten inschrijven in de openbare registers. Die vraag is met name urgent indien zou komen te blijken dat de oude en nieuwe schuldeiser samenspannen om de schuldeiser te benadelen. In hoeverre kan een schuldeiser verhinderen dat een onterechte inschrijving plaatsvindt, met het risico dat de verkrijging door de nieuwe eigenaar een voldongen feit is.

Indien de schuldeiser conservatoir of executoriaal beslag heeft gelegd, wordt hij tot op zekere hoogte procedureel beschermd tegen de vaststelling van een verkrijgende verjaring. Indien een schuldeiser beslag heeft gelegd op een perceel, en de beweerdelijk nieuwe eigenaar een procedure op grond van art. 3:27 BW begint om een rechterlijke verklaring te krijgen dat hij door verjaring een eigendomsrecht heeft verkregen op het registergoed waarop de schuldeiser van de voormalige eigenaar beslag heeft gelegd, volgt uit de

58 Zie ook A. Steneker in zijn noot (onder 3 en 4) onder HR 18 november 2016, *JOR* 2017/53.

59 Zie Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:281, *JOR* 2015/245, en de noot van S.E. Bartels daaronder. Zie voorts A. Steneker in zijn noot (onder 3 en 4) onder HR 18 november 2016, *JOR* 2017/53.

wettekst⁶⁰ dat een conservatoir of executoriaal beslaglegger in de procedure betrokken dient te worden. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat in art. 3:27 lid 1 BW buiten “twijfel [is] gesteld dat ook schuldeisers van de als rechthebbende ingeschrevene, die op het goed beslag hebben gelegd, ieder met name gedagvaard moeten worden. Het is ongewenst dat de onderhavige rechtsgang zich buiten een eventuele beslaglegger om zou kunnen afspelen.”⁶¹ Het betreft de beslaglegger die beslag heeft gelegd ten laste van de oude eigenaar (de schuldenaar die door de verkrijgende verjaring zijn eigendom zou verliezen).⁶² De beslaglegger dient naar mijn mening op grond van het voorgaande ook in andere procedures die tot een vergelijkbaar resultaat leiden in de procedure te worden betrokken. Daarbij kan worden gedacht aan een procedure waarin een verklaring voor recht wordt gevraagd dat de verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden, of een procedure waarin de nieuwe eigenaar jegens de voormalige eigenaar een veroordeling vordert tot medewerking aan de inschrijving van de verkrijgende verjaring in de openbare registers, al dan niet door reële executie.⁶³

Het is ook denkbaar dat de notaris op verzoek van de nieuwe eigenaar en de voormalige eigenaar een notariële verklaring van verjaring opstelt op grond van art. 34 Kadasterwet, waarin hij verklaart dat naar de verklaring van degenen die de inschrijving verlangt, de verjaring ten aanzien van een registergoed is ingetreden. Indien de notaris een dergelijke verklaring van verkrijging opstelt, en sprake is van een beslag dat is ingeschreven in de openbare registers, dient de notaris de beslaglegger te betrekken bij het opstellen van de notariële verklaring van verjaring. Hij dient immers te verklaren dat de verjaring wordt betwist of niet wordt betwist door degene tegen wie zij werkt, en aan die verplichting kan hij alleen voldoen als hij ook de gepretendeerde verjaring aan de (conservatoir of executoriaal) beslaglegger voorlegt.⁶⁴

De notaris kan ten slotte een notariële akte van vaststelling opmaken, waarin de voormalige eigenaar en de nieuwe eigenaar verklaren dat verkrijgende verjaring heeft plaatsgevonden; het gaat in dit geval om een vaststellingsovereenkomst.⁶⁵ De vaststellingsovereenkomst heeft *als zodanig* geen goederenrechtelijke werking noch terugwerkende kracht.⁶⁶ Een vaststellingsovereenkomst kan evenmin *erga omnes* een rechtsgevolg bewerkstelligen dat afwijkt van de wettelijke regels van de verkrijgende verjaring.⁶⁷ De vaststellingsovereenkomst werkt alleen tussen partijen die haar sluiten.⁶⁸ Om ook werking jegens de beslaglegger te hebben, dient de beslaglegger derhalve partij te zijn bij de vaststellingsovereenkomst. Art. 7:903 BW bepaalt bovendien dat een beslissing die betrekking heeft op het verleden, geen afbreuk kan doen aan inmiddels verkregen rechten van derden. Indien en voor zover nodig kan de schuldeiser de vaststellingsovereenkomst tussen de oude en nieuwe eigenaar, waar hij zelf niet partij bij is, vernietigen op grond van de *actio Pauliana* (art. 3:45 BW), en (desnoods) een procedure starten om de inschrijving van de verkrijgende verjaring ongedaan te laten maken, waarvan de uitkomst wel derdenwerking heeft, waarbij de conservatoir of executoriaal beslaglegger kan worden aangemerkt als onmiddellijk belanghebbende in de zin van art. 3:29 BW.

Algemeen, de notaris die het vermoeden heeft dat bij een ‘verkrijgende verjaring krachtens partijautonomie’ eigenlijke sprake is van een verkapte overdracht, al dan niet om de Ontvanger of een andere partij te benadelen, dient zijn dienst te weigeren (art. 21 Wna), op straffe van een tuchtklacht⁶⁹ en/of een aansprakelijkheidsstelling jegens de notaris.⁷⁰

4. Conclusie

De positie van de schuldeisers van de oude dan wel de nieuwe eigenaar van een onroerende zaak die door verkrijgende verjaring is verloren dan wel verkregen, is in dit ar-

60 Art. 3:27 lid 1 eerste zin BW bepaalt dat hij die beweert enig recht op een registergoed te hebben, alle belanghebbenden bij openbare oproeping, en daarnaast hen die als rechthebbende of beslaglegger op dat goed ingeschreven staan, ieder bij name kan dagvaarden om te horen verklaren dat hem het recht waarop hij aanspraak maakt, toekomt.

61 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 146.

62 De verkregen verklaring voor recht wordt niet in de registers ingeschreven, voordat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan (art. 3:27 lid 1, laatste zin BW). De krachtens lid 1 ingeschreven verklaring wordt ten aanzien van niet-verschenen belanghebbenden die niet bij name zijn gedagvaard, vermoed juist te zijn, zolang het tegendeel niet bewezen is (lid 2). De openbare oproeping als bedoeld in lid 1 geschiedt overeenkomstig art. 54 leden 2 en 3 Rv (lid 4).

63 Zie hiervoor par. 2.4.

64 In deze zin ook Verstappen, die schrijft: “De notaris moet immers ingevolge art. 34 Kadasterwet verklaren dat de verjaring al dan niet wordt betwist door degene tegen wie zij werkt, zo dit bekend is. Aan die verplichting kan hij alleen maar in volle omvang voldoen als hij voor het opmaken van de akte de gepretendeerde verjaring alle direct en indirect bij de verjaring betrokken belanghebbenden voorlegt. Daaronder vallen niet alleen de eigenaar of eventueel beperkt zakelijk gerechtigden, maar ook de beslaglegger [mijn cursief].” Zie L.C.A. Verstappen, ‘De notariële verklaring van verjaring; de notaris als rechter?’, *WPNR 2005/6641*, par. 5.

65 Zie hierover nader L.C.A. Verstappen, ‘De notariële verklaring van verjaring; de notaris als rechter?’, *WPNR 2005/6641*; en Van Es 2018, par. 5.2 en 5.3.

66 Zie Asser/*Van Schaick 7-VIII** 2018/159.

67 Zie Asser/*Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/537*; Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 347; J.B. Spath, *Zaaksvervangning* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, nr. 117, p. 190, die schrijft dat de verkrijgende verjaring van dwingend recht én van openbare orde is. Een vaststellingsovereenkomst kan in beginsel in strijd zijn met dwingend recht, maar kan naar inhoud of strekking niet in strijd komen met (de goede zeden of) de openbare orde (art. 7:902 BW). Vgl. Asser/*Van Schaick 7-VIII** 2018/153, met nuances in nr. 156. Daarom kan op grond van een vaststellingsovereenkomst niet voor een kortere verkrijgende verjaringstermijn worden gekozen.

68 Zie Asser/*Van Schaick 7-VIII** 2018/159, en vgl. nrs. 142, 147.

69 Zie Hof Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166. Bij de in par. 3.1 hiervoor genoemde koopoptie kan de schuldeiser overigens ook door uitleg worden geholpen: niet alleen overdracht, maar ook het (actief) bewerkstelligen van de inschrijving van de notariële akte van verjaring ‘triggert’ de koopoptie, omdat een dergelijke overgang daarmee gelijk kan worden gesteld, zo kan worden betoogd. Ook kan een beroep op het profiteren van wanprestatie worden gedaan, vgl. HR 17 november 1967, *NJ 1968/42* (*Posch/Van den Bosch*).

70 Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *NJ 2015/479* (*Novitaris*); HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850.

tikel verkennend in kaart gebracht. Daarbij is ook ingegaan op het probleem dat de oude en nieuwe eigenaar kunnen samenspannen tegen de schuldeiser. Een bijzonder geval is de schuldeiser die een schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad jegens de nieuwe eigenaar instelt op grond van het arrest *Gemeente Heusden*. Uit de bijdrage blijkt dat de verschillende, door de Hoge Raad nog te beslechten principiële discussies rondom het rechtskarakter van de verkrijgende verjaring doorwerken in de vragen rondom de positie van de schuldeiser van de oude en de nieuwe eigenaar.

Indien de schuldenaar als nieuwe eigenaar een onroerende zaak door verjaring verkrijgt, kan de schuldeisers daarop een beroep doen ondanks eventuele tegenstand van de oude en/of nieuwe eigenaar, omdat de verkrijgende verjaring van rechtswege werkt. De schuldeiser kan verschillende processuele paden bewandelen om zijn verhaalsrecht veilig te stellen en/of de nieuwe eigendomssituatie in de openbare registers ingeschreven te krijgen. Betekening van het executoriaal beslag dient overeenkomstig art. 435 lid 2 dan wel lid 3 Rv plaats te vinden. Indien verkrijgende verjaring geen terugwerkende kracht heeft, zal een voor de verkrijgende verjaring gelegd beslag geen doel treffen.

De positie van de schuldeiser van de oude eigenaar is minder aantrekkelijk dan die van de schuldeiser van de nieuwe eigenaar. Die positie dient beoordeeld te worden aan de hand van de verschillende fases waarin beslag kan worden gelegd (namelijk: (i) de verkrijgende verjaring is nog niet voltooid; (ii) de verkrijgende verjaring is voltooid, maar nog niet ingeschreven in de openbare registers; en (iii) de verkrijgende verjaring is voltooid en ingeschreven in de openbare registers). Omdat discussie kan bestaan over de vraag wanneer het bezit is begonnen en wanneer de verkrijgende verjaring is ingetreden en de oude en nieuwe eigenaar in dat kader kunnen samenspannen tegen de schuldeiser van de oude eigenaar, dient het recht waarborgen voor de schuldeiser te bevatten.

Betoogd is dat conservatoir of executoriaal beslag door de schuldeiser van de oude eigenaar van de onroerende zaak het intreden van de verkrijgende verjaring in beginsel zal verhinderen, indien die nog niet is voltooid. Dat gevolg is ook wenselijk, omdat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de dogmatiek inzake de originaire en derivatieve wijze van verkrijging de beslaglegger niet of nauwelijks beschermen: het is zeer de vraag of het beslag op de onroerende zaak blijft rusten als de oude eigenaar die door verkrijgende verjaring verliest aan de nieuwe eigenaar. Indien de verkrijgende verjaring is voltooid, maar nog niet is ingeschreven, en de schuldeiser van de verkrijgende verjaring onwetend is, geniet hij als conservatoir beslaglegger op grond van het arrest *FGH/Fraanje* minder bescherming dan als executoriaal beslaglegger. Indien de verkrijgende verjaring (beweerdelijk) is voltooid en de oude en de nieuwe eigenaar de verkrijging willen inschrijven in de openbare registers, bieden uit de verschillende routes daartoe (art. 3:27

BW, notariële verklaring van verkrijging en de vaststellings-overeenkomst) procedurele waarborgen voor de conservatoire en executoriale beslaglegger om zich te verzetten tegen die inschrijving, indien hij meent dat van verkrijgende verjaring nog geen sprake is.