

DE KOOP EN VERKOOP VAN EENS ANDERS GOED: ENIGE OPMERKINGEN OVER ART. 1507 OBW

1. Inleiding

In 1900 verzuchtte de toenmalige president van de Rechtbank te Utrecht, F.A.R.A. baron Van Ittersum, dat hij geen enkel ander artikel kende dat zo duidelijk en ondubbelzinnig was en toch zo algemeen werd afgekeurd als art. 1507 OBW.¹ Deze bepaling luidde als volgt:

Koop en verkoop van eens anders goed is nietig, en kan tegen den verkooper grond opleveren tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de koper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde.

De woorden van de wet leken inderdaad weinig twijfel te laten over de sanctie die de wetgever van 1838 had verbonden aan de koop en verkoop van andermans goed. Een dergelijke overeenkomst is (absoluut) nietig, dat wil zeggen komt *nooit* tot stand. Toch ontstond spoedig in de literatuur kritiek op de plaats van art. 1507 in het Nederlandse privaatrechtelijke systeem. Met name de nietigheid van de koop en verkoop van andermans goed en de verplichting tot vrijwaring die art. 1510 OBW² de verkoper oplegt, werd als een dogmatische onmogelijkheid beschouwd. Hoe kan een dergelijke vrijwaringsverplichting ontstaan, als de overeenkomst nietig is? Sommigen zagen art. 1507 zelfs als innerlijk tegenstrijdig. Hoe kan een nietig contract leiden tot een verplichting tot vergoeding van kosten, schaden en interessen? Als uitvloeisel van deze kritiek werd verdedigd dat de nietigheid in art. 1507 OBW niet moest worden gelezen als absoluut nietig maar als relatief nietig of zelfs als geldig. De zienswijze op het rechtsgevolg dat aan de verkoop van andermans zaak moest worden verbonden, werd mede bepaald door iemands visie op de verhouding tussen de wetgever en de rechter en de vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet. Ook in de rechtspraak heerste gedurende lange tijd verdeeldheid over de te kiezen oplossing.

Bij de uitleg van art. 1507 OBW speelde de geschiedenis een opvallende rol. Art. 1507 was grotendeels een vertaling van art. 1599 Code civil (Cc).

La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui.³

¹F.A.R.A. baron Van Ittersum, Art. 1507 Burg. Wetb., *Rechtsgeleerd Magazijn* 1900, p. 390.

²Zie ook art. 1527 e.v. OBW.

³Aan het verschil in interpunctie in het Franse bepaling (een dubbele punt) en het Nederlandse artikel (een komma) werd door sommigen een verschil in rechtsgevolg verbonden.

Art. 1599 Cc was geen codificatie van het Romeinse recht (of het oudFranse recht dat namelijk in overeenstemming met het Romeinse recht was). Waarom was de Franse wetgever afgeweken van het Romeinse recht? Kon het Romeinse recht toch ter verklaring van art. 1599 Cc resp. art. 1507 OBW gebruikt worden? Welk rechtsstelsel was de bron van deze afwijkende opvatting? Opnieuw was eenstemmigheid ver te zoeken. Het antwoord op deze vragen was echter wel van belang voor de uitleg van art. 1507.

Art. 1507 OBW groeide zo uit tot een van de grootste stenen des aanstoets in ons oude BW. De ergernis over deze bepaling gaf de Utrechter hoogleraar in het Romeinse recht, J.C. Naber, een paar beruchte zinnen in de pen.

'Het op zijde schuiven van onbruikbare wetsartikelen door den rechter is enkel een kwestie van tijd, geen voorwerp van goed- of afkeuring. Zelfs Windscheid vermant zich daartoe wel eens (...). Art. 11 der A.B. is een schoon artikel, doch de feiten leeren anders.'⁴

2. *Romeins recht en Frans recht*

Uit verschillende plaatsen in de Digesten is af te leiden dat de verkoop en koop van andermans zaak naar Romeins recht geldig was. De meest in het oog springende Digestentekst is D. 18,1,28.

Het lijkt geen enkele twijfel dat iemand de zaak van een ander kan verkopen. Er is namelijk wel sprake van een koop en verkoop, maar de zaak kan aan de koper ontnomen worden.⁵

Uit een koop en verkoop van andermans zaak vloeide een rechtsband voort die de verkoper verplichtte tot levering van het ongestoorde bezit (*habere licere*) en vrijwaring tegen uitwinning en de koper tot betaling van de koopprijs.⁶ De verkoper was niet gehouden om de koper eigendom te verschaffen. De koper werd echter door de levering van het ongestoorde bezit ook eigenaar, als de verkoper de eigendom van de zaak had.⁷ Het feit dat de verkoper geen eigenaar was en dus geen eigendom aan de koper kon overdragen, maakte de koopovereenkomst niet nietig. Het was voor de verkoper immers niet absoluut (of objectief

⁴J.C. Naber, [Bespr. van:] M. Polak, De verplichting van den verkooper tot eigendoms-verschaffing, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1893, p. 609. Art 11 Wet AB gebiedt de rechter volgens de wet recht te spreken en verbiedt hem de innerlijke waarde of billijkheid van die wet te beoordelen. De woorden van Naber zouden tot een felle polemiek aanleiding geven tussen de redacteur van het *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie (WNR)*, M.W.F Treub die Naber min of meer verdedigde, en A.A. de Pinto, hoofdredacteur van het *Weekblad van het Recht (W.)*: *WNR* 1894, nrs 1271, 1272, 1282, 1283 en 1287 en *W.* 1894, nrs 6513, 6514 en 6534.

⁵*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.* Zie ook D. 19,1,30,1. Voor zover niet anders vermeld, zijn de vertalingen afkomstig uit de editie onder redactie van J.E. Spruit c.s.

⁶D. 19,1,11,2; D. 19,4,1,pr. Zie ook D. 45,1,38.

⁷D. 18,1,25,1; D. 19,1,11,2; D. 19,4,1,pr. Dat een niet-eigenaar geen eigendom kon verschaffen, vloeide voort uit de regel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft (D. 50,17,54).

gezien) onmogelijk om zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst na te komen.⁸ Door verjaring (*usucapio*) kon de koper alsnog eigendom verkrijgen. Het Romeinse recht maakte dus een onderscheid, in moderne bewoordingen, tussen overeenkomstenrecht en goederenrecht.

De Code civil heeft de Romeinsrechtelijke regels met betrekking tot de koop en verkoop van andermans zaak niet overgenomen. Zij heeft in art. 1599 Cc voor een andere oplossing gekozen. Deze keuze hing samen met de wijze waarop de eigendomsoverdracht in de Code civil was geregeld. De Franse wetgever volgde daarbij de gegroeide notariële praktijk (ook neergelegd in een aantal *coûtumes*) en opvattingen die teruggingen op natuurrechtelijke stelsels. Eigendom ging over par l'effet des obligations, enkel door de wilsovereenstemming van partijen dus (artt. 711 en 1138 Cc). Dit algemene beginsel werd voor de koop uitgewerkt in art. 1583 Cc.

Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.⁹

De Franse wetgever heeft art. 1599 als een uitvloeisel van art. 1583 beschouwd. De koop moet strekken tot eigendomsoverdracht. Eigendom gaat over op de koper, als de verkoper eigenaar is. Verkoop door een niet-eigenaar mist daarom zijn doel en dient als verkoop nietig te zijn, een uitvloeisel van het beginsel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft. De grondslag van de nietigheid in art. 1599 Cc schuilt dus in de feitelijke onmogelijkheid om de eigendom over te dragen. De afwijkende Romeinsrechtelijke regeling werd gezien als in strijd met de ware aard van de koopovereenkomst en de bedoeling van contractspartijen, een subtiliteit van het Romeinse recht, om die reden te spitsvondig en zelfs volgens sommigen bespottelijk.¹⁰ Terzijde zij opgemerkt dat de Franse opvatting in eigen land niet onbestreden is gebleven. Hoewel eigendomsoverdracht door een verkoper niet-eigenaar aan een koper wettelijk (zie art. 1599 Cc) onmogelijk is, is het niet onmogelijk dat een verkoper niet-eigenaar zijn andere wettelijke verplichtingen uit de weliswaar nietige koopovereenkomst nakomt (zie art. 1603 Cc): *délivrer* (le transport de la chose en la puissance et possession de l'acheteur) et garantir la chose qu'il vend. De gevolgtrekking dat de verkoop en koop van andermans zaak

⁸Tot het (absoluut) onmogelijke is immers niemand gehouden (*impossibilium nulla obligatio est*), zoals D. 50,17,185 zegt. Vgl. § 306 BGB. Zie R. Zimmermann, *The Law of Obligations, The Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad-Deventer-Boston 1992, p. 686 e.v. In het Nederlandse OBW werd dit probleem opgelost via de ongeoorloofde oorzaak (artt. 1356 en 1371 OBW). Een bijzondere toepassing van deze regel stond in art. 1300 OBW.

⁹W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, I. Inleiding en zakenrecht*, Groningen 1993, p. 178 e.v.

¹⁰Vgl. M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code (De la vente)*, édition augmentée, Brussel 1844, article 1599 (p. 127-128); C. Aubry-C. Rau, *Cours de droit civil français (d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae)*, Parijs 1856, p. 245 nt 35; F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome vingt-quatrième, Brussel-Parijs 1893, nrs. 2-4, 101-102.

absoluut nietig is, lijkt aldus een voorbarige.

3. *De rechtshistorische achtergrond van art. 1507 OBW*

Art. 1599 Cc resp. art. 1507 OBW stamt - zoals gezegd - niet uit het Romeinse recht. De vraag rijst door welk rechtsstelsel deze bepalingen dan wel geïnspireerd zijn. Een vraag die niet geheel van praktisch belang is ontbloeit. In de Nederlandse literatuur over art. 1507 OBW vond ter verklaring van deze bepaling met een zekere regelmaat een expliciet beroep op de rechtsgeschiedenis plaats. Hoewel het Romeinse recht als hulpmiddel van uitleg lijkt af te vallen, zagen sommigen dit recht - de algemene grondslag van ons burgerlijk recht - toch als de inspiratiebron van art. 1507 terwijl zij een verschil tussen het Romeinse en het Franse recht op het gebied van de koop ontkenden. Anderen zochten de voedingsbodem van deze bepaling in het oudvaderlandse recht. Een derde bron die werd genoemd, was het natuurrecht.

Hoewel het Romeinse recht officieel als geldend recht in 1809 werd afgeschaft, gebruikten Nederlandse juristen het Romeinse recht bijna gedurende de gehele 19e eeuw als een verklaring voor het geldende recht.¹¹ Een mooi voorbeeld van deze werkwijze is aan te treffen bij Opzoomer in zijn beschouwingen over art. 1507 OBW. Hij bestreed dat het Franse recht een andere zienswijze op het karakter van de koopovereenkomst kende dan het Romeinse recht. Hij betoogde als volgt. In het Romeinse recht kon alleen de eigenaar een koopovereenkomst sluiten die tot eigendomsoverdracht verplichtte. In het Franse recht was op gelijke wijze alleen de eigenaar in staat een koopovereenkomst te sluiten die de eigendom deed overgaan op de koper. In het Romeinse recht kon de zaak van een ander verkocht worden, wat tot gevolg had dat door de levering geen eigendom overging. Waarom zou naar Frans recht dan de verkoop van een anders zaak onmogelijk zijn, omdat bij die overeenkomst geen eigendom kon overgaan?

'Ik erken dus tusschen het Romeinsche en het Fransche recht geen verschil omtrent het karakter der koopovereenkomst. En de uitdrukkelijkste bepalingen van den Code zijn in overeenstemming met mijn gevoelens, en wijzen duidelijk aan, dat het verkoopen van een anders goed tusschen koper en verkooper evenzeer een geldige overeenkomst doet ontstaan, en geheel dezelfde werkingen heeft, als bij de Romeinen.'¹²

Opzoomer zag in art. 1507 geen enkele noodzakelijkheid om van het Romeinse recht af te wijken: hij beschouwde de koop en verkoop van eens anders zaak als geldig. De betekenis die hij aan art. 1599 Cc en dus ook aan art. 1507 OBW hechtte was een tautologische: de verkoop

¹¹Dit is het thema van het proefschrift van H. Kooiker, *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht*, Nijmegen 1996; zie ook C.J.H. Jansen, [Bespr. van:] Milo, Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940 en Salomons, 2014 tot 1950, *RM Themis* 1998/1, p. 16.

¹²C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard*, zevende deel, tweede druk, 's-Gravenhage 1891, p. 55-56.

van een anders goed is geen eigendomsoverdragende verkoop. Een andere conclusie zou neerkomen op een hopeloze verwarring van zaken- en overeenkomstenrecht.¹³ De redenering van Opzoomer is door anderen gevolgd, zoals door J.A. Ament in zijn proefschrift en C. Asser. Eggens deelde eveneens de conclusie van Opzoomer ten aanzien van de 'volmaakte' geldigheid van de verkoop van een anders goed, terwijl levering van een anders goed daarentegen geen enkel gevolg had. Bij Eggens ontbrak weliswaar het expliciete beroep op het Romeinse recht, maar hij verwees wel naar de historische achtergrond van art. 1507 OBW. Deze verwijzing kon geleet op de uitleg van Eggens maar één recht betreffen: het Romeinse recht.¹⁴

Ament trachtte de redenering van Opzoomer verder te onderbouwen door te wijzen op een analogie met huur en verhuur. Waarom zou de verhuur en huur van een anders goed een zowel naar Romeins als Frans en Nederlands recht geldige overeenkomst zijn en de verkoop en koop van een anders zaak een nietige? De voorstanders van de opvatting dat de verkoop van andermans goed geldig is, konden zich tot slot beroepen op de Duitse wetgever. In het eerste ontwerp voor een nieuw Duits Burgerlijk Wetboek was een § 348 opgenomen waarin een overeenkomst over een anders zaak geldig werd verklaard, 'ob der Schuldner wuszte oder nicht wuszte, dasz der Gegenstand ein fremder sei (...). De ontwerpers verklaarden in hun toelichting op dit artikel dat zij uitdrukkelijk afstand wensten te nemen van art. 1599 Cc.¹⁵ Een dergelijke verwijzing naar Duits recht legde voor de Nederlandse beoefenaar van het privaatrecht gewicht in de schaal.¹⁶

J. Jurgens was de belangrijkste verdediger van de visie dat art. 1507 OBW slechts de voortzetting was van de regeling zoals die in het oudvaderlandse recht gold. Het leerstuk van de verkoop en koop van een anders zaak had namelijk in ons oude recht een zelfstandige ontwikkeling doorgemaakt die verschillend was van het Romeinse en het (oud)Franse recht. Jurgens meende uit De Groot en Huber te mogen afleiden dat de verkoop en koop van een anders goed in het oudvaderlandse recht geldig was, indien de koper niet wist dat het goed niet aan de verkoper toebehoorde en indien hij geen beroep op de nietigheid wenste te doen. Er was sprake van absolute nietigheid, indien zowel verkoper als koper wisten dat de zaak aan een

¹³Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard*, p. 58.

¹⁴J.A. Ament, *Aanteekeningen op artt. 89 en 1507 van het Burgerlijk Wetboek*, Utrecht 1886, p. 23 e.v.; C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, III, Zwolle 1907, p. 291 e.v.; J. Eggens, *Artikel 1507 B. W.*, *WPNR* 1928, nr. 3032. Ament beperkte de reikwijdte van art. 1507 OBW tot onroerend goed vanwege de werking van art. 2014 OBW ten aanzien van roerend goed: levering *a non domino* maakte zijns inziens de verkrijger van een roerend goed tot eigenaar.

¹⁵*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin-Leipzig 1888, p. 181. Deze bepaling is niet in het BGB opgenomen. De verkoop van eens anders zaak wordt als 'subjektiv unvernünftig' gezien. § 440 BGB verklaart op situaties waarin bij het sluiten van de koopovereenkomst de zaak nog eigendom van een derde was § 323 en § 325 BGB van overeenkomstige toepassing (de koper mag kiezen tussen schadevergoeding of Zurücktritt von dem Vertrage). Zie D. Medicus, *Schuldrecht II* (Besonderer Teil), 7. Auflage, München 1995, Rn. 24.

¹⁶Voor de waardering en het gebruik van het rechtsvergelijkende argument: J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht*, Antwerpen-Groningen 1997, passim.

ander dan de verkoper toebehoorde.¹⁷ Op Voet was deze conclusie niet zo scherp te baseren. Volgens hem deed het er weinig toe voor de geldigheid van een koopovereenkomst of de zaak van de verkoper zelf of van een ander was.¹⁸ Voor Jurgens' verklaring van het oudvaderlands recht was Voets mening echter niet doorslaggevend.

Na deze historische exercitie beoordeelde Jurgens de vraag wat de betekenis van art. 1507 OBW in zijn tijd kon zijn. Hij meende op grond van de wettekst, de bedoeling van de wetgever, de literatuur en de rechtspraak dat de verkoop en koop van een anders zaak nietig was slechts dan wanneer de koper niet had geweten dat de zaak aan een ander toebehoorde. Vervolgens kon zijn conclusie niet uitblijven:

'Onze wetgever van 1838 heeft o.i. den oud-Vaderl. Rechtstoestand voortgezet; hij is materieel, naar den inhoud, geheel van het Fransche art. 1599 C. C. afgeweken, al heeft hij formeel, d.w.z. in zijn uitdrukkingwijze *schijnbaar* den Franschen wetgever nagevolgd (...).'¹⁹

Jurgens kwam dus tot een relatieve nietigheid die in art. 1507 zou zijn uitgedrukt: een nietigheid alleen ten behoeve van een koper te goeder trouw.²⁰ Een opvatting die wonderwel met de heersende opvatting van zijn tijd én het oudvaderlandse recht overeenkwam. Jurgens' visie dat art. 1507 een voortzetting van het oudvaderlandse recht was, werd echter slechts door een enkeling overgenomen.

Gelet op het feit dat in de opvatting van veel natuurrechtsgeleerden eigendom overging door middel van de overeenkomst, had het voor de hand gelegen om de oorsprong van art. 1599 Cc ook in natuurrechtelijke hoek te zoeken. Pas in de jaren dertig is blijkbaar Naber op dit idee gekomen. Hij toonde aan dat de Duitse natuurrechtsgeleerde Christiaan Wolff als de geestelijk vader van de betreffende Franse bepaling mocht worden beschouwd. Wolff heeft namelijk in allerlei toonaarden verdedigd dat niemand behalve de eigenaar een zaak kan vervreemden: een niet-eigenaar *kan* dus een zaak van een ander *niet* in eigendom aan een derde overdragen. Hij heeft deze algemene regel nog eens herhaald in zijn behandeling van de koopovereenkomst: de verkoper moet de eigendom van de zaak aan de koper overdragen. Aangezien een verkoper, niet-eigenaar de eigendom *niet kan* overdragen aan de koper, kan hij de zaak van een ander niet verkopen. Als de verkoper een zaak van een ander verkoopt als de

¹⁷J. Jurgens, *Koop en verkoop van eens anders goed*. Art. 1507 B. W. (II), *WPNR* 1927, nr. 3018. H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, III, 14, 6; U. Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit*, ed. Amsterdam 1729, III, 3, 14 en 15.

¹⁸J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, ed. 's-Gravenhage 1723, Lib. XVIII, Tit. 1, nr. 14.

¹⁹Jurgens, *Koop en verkoop van een anders goed*. Art. 1507 B. W. (IV), *WPNR* 1927, nr. 3020, p. 796.

²⁰Naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad 28 december 1883, W. 5000 poogde de redactie van het *Rechtsgeleerd Bijblad* (1884 A, p. 169 e.v.) een verband te leggen tussen het 'Germaanse recht' en art. 1507 OBW. Dit is vermoedelijk toe te schrijven aan de belangstelling dat het zogeheten Germaanse recht in die tijd genoot. In de tweede helft van de 19e eeuw werden ook eventuele germaansrechtelijke wortels van art. 2014 OBW aan de orde gesteld. Zie A.F. Salomons, 2014 tot 1950. De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde, Deventer 1997.

zijne, dan is de koop-verkoop nietig.²¹ Een natuurrechtelijke visie op art. 1599 Cc (art. 1507 OBW) leidde dus onmiskenbaar tot de opvatting dat de verkoop van de zaak van een ander absoluut nietig is. De 'ontdekking' van Naber geschiedde echter te laat om nog enig gewicht in de schaal te werpen ten gunste van de absolute nietigheid. Het natuurrecht was in de jaren twintig en dertig van onze eeuw wel weer enigszins in de belangstelling gekomen, maar het had toch te weinig gezag om nog als draagvlak van een bepaalde opvatting te kunnen dienen.²²

Dat een bepaling in de Code een natuurrechtelijke achtergrond had, was overigens niet zo uitzonderlijk. Kooiker heeft in zijn proefschrift uit 1996 naar voren laten komen dat de versmelting van het natuurrecht met het Romeinse recht kenmerkend voor de Franse ontwikkeling is geweest. In de Franse doctrine ontstond een wederkerige beïnvloeding van deze twee rechtsstelsels. Tussen natuurrecht en inheems recht ontstond eveneens vermenging. In de eerste decennia van de 19e eeuw werd regelmatig teruggegrepen op natuurrechtelijke opvattingen ter verklaring en aanvulling van de Code. Kooiker heeft talloze voorbeelden gegeven op het gebied van het personen- en familierecht, het zaken-, erf- en verbintenissenrecht.²³ Art. 1599 Cc is er één van. Dat de rol van het natuurrecht in de 19e eeuw niet was uitgespeeld, heeft reeds eerder in Nederland en in het recente verleden ook in Duitsland de aandacht getrokken. Hierbij speelde een rol dat het positieve (Romeinse) recht zelf bepaalde dat het natuurrecht niet kan worden aangetast door het *jus civile*.

Natuurlijke rechten kunnen immers door een regel van *ius civile* niet teniet worden gedaan.²⁴

4. Opvattingen over art. 1507 OBW in de literatuur

In de literatuur is een viertal antwoorden gegeven op de vraag welk rechtsgevolg is verbonden aan het sluiten van een verkoop en koop van een anders goed. Het oudste antwoord is dat van de absolute nietigheid. Uit een verkoop en koop van andermans goed vloeien geen contractuele rechten en plichten voort die door partijen zouden moeten worden geëerbiedigd of nagekomen.

²¹Chr. Wolff, *Jus naturae*, ed. Marcellus Thomannus, Hildesheim 1968, Pars II, Cap. III, § 667 en 668; Pars IV, Cap. IV, § 939-941. Wat het gevolg was voor de koopovereenkomst indien de koper wist dat de zaak niet aan de verkoper toebehoorde of indien de verkoper niet wist dat de zaak van een ander was, vermeldde Wolff niet. Zie J.C. Naber, Sur une source mal connue du Code civil français, *Revue historique de droit français et étranger* 1933, p. 113 e.v. Naber maakte overigens gebruik van Wolffs *Institutiones juris naturae et gentium* (in 1772 te Leiden verschenen onder zorg van E. Luzac). Inhoudelijk bestaat er geen verschil met de *Jus naturae*.

²²Bijv. E.J.J. van der Heijden, *Natuurlijke normen in het positieve recht* (1933); J.C. van Oven, Het natuurrecht in eere hersteld, *NJB* 1933, p. 593 e.v. en p. 605 e.v.; P.W. Kamphuisen, Het natuurrecht (1939), in: P. W. Kamphuisen, *Verzameld Werk*, Zwolle 1963, p. 78 e.v.

²³Kooiker, *Lex scripta abrogata*, p. 152 e.v. en p. 222 e.v.

²⁴Inst. 3,1,11. *Naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest*. Zie ook D. 4,5,8. Zie voor Nederland: C.J.H. Jansen, Enige voorlopige opmerkingen over een bijna vergeten invloed op ons BW: het natuurrecht, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen VI* (1989), p. 45 e.v.; voor Duitsland: O. Dann und D. Klippel (Hg.), *Naturrecht-Spättaufklärung - Revolution*, Hamburg 1995; Fr. Kervégan und H. Mohnhaupt (Hg.), *Recht zwischen Natur und Geschichte (Le droit entre nature et histoire)*, Frankfurt am Main 1997.

Het beroep op de absolute nietigheid komt toe aan zowel de koper als de verkoper. Dit standpunt werd bijvoorbeeld verdedigd door G.A. van Hamel, Diephuis en Land.²⁵ Het rechtsgevolg van de absolute nietigheid werd herleid tot de bewoordingen van art. 1507 OBW en de wetsgeschiedenis. Genoemde juristen erkenden overigens dat dit rechtsgevolg moeilijk verenigbaar is met de verplichting tot schadevergoeding die in art. 1507 zelf ten behoeve van een koper te goeder trouw ligt besloten en met de verplichting tot vrijwaring.

Van Hamel en Land hebben een poging gedaan om de schijnbare innerlijke tegenstelling in art. 1507 OBW op te lossen. Van Hamel riep daarvoor het Romeinse recht te hulp. Uit een aantal Digestenteksten kwam namelijk naar voren dat een koper tegen de verkoper een actie uit koop kon instellen ondanks het feit dat de koop nietig was. Een voorbeeld is te vinden in D. 18,1,62,1:

Wie onwetend heilige, gewijde of publieke plaatsen als private zaken heeft gekocht kan, hoewel de koop geen stand houdt, toch met de actie uit koop tegen de verkoper optreden om het bedrag te verkrijgen van het belang dat hij erbij had niet bedrogen te worden.²⁶

Van Hamel baseerde de plicht tot schadevergoeding van de verkoper niet op de koopovereenkomst zelf, maar op een bijzonder beding dat tegelijkertijd met het sluiten van de koopovereenkomst tot stand was gekomen. Hij had deze oplossing gevonden in weer een aantal andere Digestenteksten over koopovereenkomsten die niet tot stand kwamen maar waar toch sprake was van een plicht tot betaling van schadevergoeding. Volgens Van Hamel had de verkoper in deze gevallen naast de gewone verplichtingen uit de koopovereenkomst bij bijzonder beding ook de verplichting op zich genomen om een geldige overeenkomst te sluiten. Deze constructie deed ook in het geval van art. 1507 opgeld. Aangezien de verkoper het goed van een ander verkocht, schond hij zijn verplichting uit dit beding en daarom had de koper te goeder trouw recht op schadevergoeding.²⁷

Later zou Polak zonder gebruik te maken van de constructie van het bijzonder beding aansluiten bij Jherings leer van de *culpa in contrahendo* om te betogen dat het recht op

²⁵G.A. van Hamel, *De nietigheid van den verkoop van eens anders goed*, Leiden 1865, p. 44; Van Hamels conclusie werd niet bestreden door J. Knottenbelt in de bespreking van diens proefschrift in *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 1865, p. 667 e.v.; G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, elfde deel, Groningen 1888, p. 180 e.v. (p. 182); N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, 2e druk, Haarlem 1915, p. 21 e.v.; zie ook E. Schaafsma, *De nietigheid van koop en verkoop van eens anders goed*, Leiden 1888, die het standpunt van de absolute nietigheid *jure constituto* leek te onderschrijven, maar geen expliciet standpunt innam.

²⁶*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.* Zie ook D. 11,7,8,1 en Inst. 3,23,5. Niet geheel toevallig waren dit ook de teksten die Jhering als uitgangspunt nam voor zijn theorie over de *culpa in contrahendo*. Zie Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 244.

²⁷Van Hamel, *De nietigheid van den verkoop van eens anders goed*, p. 27 e.v. (p. 38). Hij verwees naar D. 18,1,6,1 en D. 18,2,16, waarin de plicht tot vergoeding van de schade werd gegrond op een bijzonder beding. De constructie van Van Hamel werd bijvoorbeeld gevolgd door het Hof 's Gravenhage (31 januari 1898) in zijn arrest dat leidde tot het arrest van de HR 9 december 1898, W. 1899, nr. 7217, p. 2.

schadevergoeding van de koper te goeder trouw tegen de verkoper geenszins in strijd was met de absolute nietigheid van het contract. De koper mocht erop vertrouwen dat een geldige overeenkomst tot stand zou komen. Het sluiten van een koopovereenkomst met betrekking tot het goed van een ander was een inbreuk op dit vertrouwen en leidde tot een schadevergoedingsplicht voor degene aan wie de nietigheid van de overeenkomst te wijten was. Land verdedigde de innerlijke consistentie van het artikel met een vergelijkbare redenering dat de koper geen schadevergoeding eiste in verband met het niet-nakomen van de overeenkomst, maar op grond van het feit dat er een nietige overeenkomst was gesloten. De koper mocht er vanuit gaan dat het contract geldig was en dat feit maakte de verkoper schadeplichtig.²⁸

In de uitwerking van de plicht tot schadevergoeding uit art. 1507 trad een verschil tussen Diephuis en Land op. Diephuis wenste deze te beperken tot verkopers te kwader trouw, terwijl Land van mening was dat de schuld van de verkoper geacht kon worden gelegen te zijn in het feit dat de verkoper niet behoorlijk op de hoogte was van de juridische status van de zaak waarover hij beschikte.²⁹

Een late verdediger van de absolute nietigheid is Jansen op de Haar. Hij was van mening dat art. 1507 OBW de koopovereenkomst nietig verklaarde, indien de verkoper iets verkocht, wat hij op het moment van de koop wist niet te kunnen leveren. Als de verkoper echter objectief gezien op dat moment mocht menen dat hij op de overeengekomen tijd zou kunnen leveren, dan miste art. 1507 toepassing.³⁰

Naarmate de datum van inwerkingtreding van het Oud-BW - 1838 - verder weg kwam te liggen, werd steeds vaker de absolute nietigheid als rechtsgevolg verworpen. Dit wil niet zeggen dat onmiddellijk de relatieve nietigheid als uitgangspunt werd omarmd. Sommigen namen een tussenstandpunt in, zoals Polak en een zekere mr H.S. Polak zag de verkoop van een anders goed als absoluut nietig. Hij achtte echter de nietigheid voor gedekt, zodra het verkochte goed alsnog aan de koper was geleverd. Koper noch verkoper konden zich dan meer op de nietigheid beroepen.³¹ De zekere mr H.S. zag in art. 1507 OBW een exceptionele bepaling omtrent verkoop te kwader trouw en een onmisbaar artikel in het belang van de koper omdat hij bedrogen was. Hij kocht immers om eigendom te verkrijgen, niet om een contract te sluiten dat zich oploste in schadevergoeding. Naar de mening van mr H.S. verklaarde art. 1507 OBW de verkoop van een anders goed terecht nietig, omdat de verkoper niet-eigenaar zich tot iets onmogelijks had verbonden. Alleen een eigenaar kan de verplichting tot

²⁸M. Polak, *De verplichting van den verkooper tot eigendomsverschaffing*, Groningen 1891, p. 147; Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, p. 25.

²⁹Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, p. 183-184 (hij grondde zijn opvatting op het woord *kan* in art. 1507); Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, p. 25.

³⁰G.A. Jansen op de Haar, *Koop en verkoop van eens anders goed (Art. 1507 B.W.)*, *WPNR* 1960, nr. 4616.

³¹Polak, *De verplichting van den verkooper tot eigendomsverschaffing*, p. 162. Hij werd bijgevallen door P.A. Tichelaar, [Bespr. van:] Polak, *De verplichting van den verkooper [etc.]*, *Themis* 1892, p. 612 e.v. Polaks standpunt toonde grote verwantschap met die van Aubry en Rau, *Cours de droit civil français*, p. 244 e.v.

eigendomsverschaffing nakomen, een niet-eigenaar niet.³²

Het standpunt dat de verkoop en koop van een anders goed relatief nietig waren, ging langzaam maar zeker vanaf het begin van onze eeuw de boventoon voeren. Er bestond echter een groot verschil van mening, in hoeverre een dergelijke overeenkomst relatief nietig was. Op al deze verschillen zal ik niet ingaan. Slechts een paar opvattingen wordt behandeld. Hamaker was een van de meest uitgesproken voorstanders van de relatieve nietigheid. Hij meende dat het op de goede of de kwade trouw van de verkoper niet aankwam. De verkoper moest geacht worden voor zijn eigendomsrecht in te staan. De goede trouw of de kwade trouw van de koper maakte wel verschil. Indien de koper wist dat de verkoper geen eigenaar van de te verkopen zaak was, dan was het koopcontract nietig. Op deze nietigheid konden zowel verkoper als koper een beroep doen. Was de koper te goeder trouw, dan had hij de keuze: hij kon de koopovereenkomst als nietig beschouwen óf hij kon het contract handhaven en de verkoper aanspreken tot levering subsidiair tot schadevergoeding. In het laatste geval bestond dus alleen een nietigheid ten nadele van de verkoper. Hamaker liet overigens geen misverstand erover bestaan dat dit stelsel slechts een noodoplossing was in vergelijking met de regeling in het Duitse BW,

"t welk den koop en verkoop van eens anders goed voor te eenenmale onaantastbaar houdt voor beide partijen en niet eens noodig vond dit met zoovele woorden uitdrukkelijk te zeggen.³³

Uiteindelijk heeft de leer van de relatieve nietigheid de volgende inhoud gekregen. De koop van een anders goed was slechts relatief nietig en nietigverklaring moest uitdrukkelijk door de koper gevraagd worden. De koper mocht niet geweten hebben dat de verkoper geen eigenaar van het goed was. Indien echter de koper geen nadeel meer kon ondervinden van het feit dat de verkoper geen eigenaar was van de door hem verkochte zaak, dan verviel het belang voor de koper om een actie in te stellen. Aan de verkoper kwam geen beroep op de nietigheid toe. Indien zowel de verkoper als de koper wisten dat het goed aan een ander toebehoorde, was volgens Kamphuisen de koopovereenkomst geldig, volgens sommigen wegens gebrek aan oorzaak nietig. Deze leer van de relatieve nietigheid is gedurende lange tijd de heersende in de literatuur geweest.³⁴

Een groep van juristen verdedigde tot slot als antwoord op de vraag welk rechtsgevolg was verbonden aan de verkoop van een anders goed, dat een dergelijke overeenkomst geldig

³²Mr H.S., Koop en verkoop van eens anders goed, *WNR* 1893, nr. 1206, p. 65-66. Zie ook Star Busmann in zijn bewerking van Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, vijfde deel, 2e druk, Haarlem 1915, p. 29.

³³H.J. Hamaker, Koop en verkoop van eens anders goed (1903), in: H.J. Hamaker, *Verspreide Geschriften*, IV, Haarlem 1912, p. 120 e.v. (p. 125).

³⁴Voor deze samenvatting: Asser-Kamphuisen, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, derde deel-Verbintenissenrecht, derde stuk-Bijzondere overeenkomsten, tweede druk, Zwolle 1950, p. 36 e.v. De ontwikkeling naar relatieve nietigheid trof men ook bij de Franse juristen (en rechtspraak) aan: Kooiker, *Lex scripta abrogata*, p. 261.

was (Opzoomer, Ament, Asser, zie paragraaf 3). Aan hun namen kunnen die Van Suyling en Kleyn toegevoegd worden. Suyling betoogde dat art. 1507 niet paste in een rechtssysteem als het onze dat een scherp onderscheid maakte tussen de obligatoire en de zakelijke overeenkomst. Naar ons recht kon daarom de omstandigheid dat de verkoper een anders zaak verkocht, nooit enig ander gevolg hebben dan dat de koper over wanprestatie klagen kon.³⁵ Kleyn meende in 1970 dat deze leer inmiddels de heersende leer was geworden, ook als de verkoper wist dat hij op het moment van de uitvoering van de verkoop de eigendom niet kon verschaffen. Hij was van oordeel dat een koop van andermans zaak wegens gebrek aan oorzaak nietig was, wanneer verkoper en koper wisten dat levering onmogelijk zou zijn.³⁶

De onzekerheid over de uitleg van art. 1507 OBW verleidde menig jurist aan het einde van zijn beschouwingen tot de opmerking dat de wetgever deze bepaling diende te schrappen uit het wetboek. Het artikel zorgde voor geschipper met de wet en gaf zodoende aanleiding tot grote rechtsonzekerheid. De veelheid aan interpretaties van art. 1507 OBW stelde echter ook de rechter voor problemen. Welke oplossing moest hij kiezen? De algemene teneur was dat de rechter een zo duidelijke bepaling niet kon negeren of opzij zetten. Zelfs Hamaker, die de wetsuitlegger een grote vrijheid ten aanzien van de wet toestond en verdedigde dat de wet een leidraad voor de rechter was die hij moest gebruiken zolang hij zijn leiding vertrouwde, adviseerde het voorschrift zo toe te passen dat de goede trouw zo veel mogelijk werd gesteund en onbillijke of onpraktische toepassingen zo veel mogelijk werden vermeden.³⁷ Polak hield zijn lezers het verkeerde voorbeeld van veele Franse wetsuitleggers voor.

'In plaats van zich te houden aan de woorden der wet, gaan zij de wet uitleggen, volgens de billijkheid, de moraal, het natuurrecht, en doen zij dikwijls een beroep op den vermoedelijken wil van den wetgever, op een principe dat men meent gevonden te hebben, enz. Door met dergelijke abstracties te werk te gaan, komt men niet zelden tot een resultaat, dat lijnrecht in strijd is met de duidelijke uitspraak van de wet.'³⁸

Gelijke gedachten waren aan te treffen bij Van Ittersum. Hij onderschreef zonder meer dat art. 1507 OBW even duidelijk als verkeerd was. Maar voor de rechter was het verbindend. *Dura lex sed lex*. Tot welke strijd en rechtsonzekerheid dit artikel ook aanleiding had gegeven, zolang de wetgever de jurist niet van dit artikel had verlost, moest de verkoop van een anders goed worden getoetst aan de voorschriften, de geschiedenis en het stelsel van het BW. De

³⁵J. Ph. Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, tweede druk, tweede stuk-tweede gedeelte, Haarlem 1936, p. 31 noot 2.

³⁶W. M. Kleyn, Enige aspecten van verkoop van andermans goed, *WPNR* 1970, nr. 5080. Of Kleyn in 1970 gelijk had met zijn opvatting dat het heersende leer was dat de koop van andermans zaak geldig was, is moeilijk te achterhalen. Ook de leer van de relatieve nietigheid, zoals verwoord door Kamphuisen, genoot veel aanhang.

³⁷Hamaker, *Koop en verkoop van eens anders goed*, p. 245.

³⁸Polak, *De verplichting van den verkoper tot eigendomsverschaffing*, p. 139.

Nederlandse rechter kon dus niet de weg inslaan die voor de Duitse rechter openstond als gevolg van de inwerkingtreding van het BGB. In dit wetboek had de wetgever artikelen³⁹ opgenomen die de rechter een grote vrijheid van handelen lieten. Het was echter de Duitse wetgever die de rechter deze vrijheid liet. Of ook de Nederlandse wetgever zich op dit standpunt zou plaatsen en of de rechtsbedeling werkelijk zou verbeteren door dergelijke open normen, de tijd zou het leren.⁴⁰ Dat Van Ittersum het opnemen van met de Duitse Generalklausel vergelijkbare artikelen in ons wetboek niet echt toejuichte, bleek uit zijn enigszins cynische commentaar naar aanleiding van § 138 BGB.

'Op die wijze wordt de taak van den wetgever zeer gemakkelijk gemaakt, het derde boek van ons B.W. zou kunnen vervallen en met een paar algemeene voorschriften als richtsnoer, volgens welke elke handeling onrechtmatig, elke overeenkomst nietig is, die de rechter oordeelt te zijn in strijd met de zedelijkheid en goede trouw, alles kunnen worden overgelaten aan de uitspraak des rechters, die daarbij zal in aanmerking nemen de tijdelijke rechtsovertuiging en de tijdelijke behoefte. Nu moge voor dat systeem veel te zeggen zijn, het is toch in strijd met het systeem van codificatie, waaronder wij nog leven.'⁴¹

5. *Art. 1507 OBW in de rechtspraak van de Hoge Raad*

De Hoge Raad heeft gedurende de gehele 19e eeuw vastgehouden aan de absolute nietigheid van de verkoop van een anders zaak. Hij overwoog in 1876 dat art. 1507 'naar haren eenvoudigen en natuurlijken zin' nietigheid van de overeenkomst bedoelde die beide partijen, verkoper en koper, moest treffen. AG Van Maanen sprak in 1896 nog de woorden dat art. 1507 OBW nu eenmaal wet was en dus behoorde te worden toegepast, hoe gegrond de bezwaren tegen deze bepaling ook mochten zijn.⁴² De eerste wijziging in deze vaste jurisprudentie van de Hoge Raad kwam echter al een tweetal jaren later. Hij overwoog:

'dat het toch onjuist zoude zijn, uit de in art. 1507 B. W. uitgesproken nietigheid af te leiden, dat hij, die als verkoper van eens anders goed is opgetreden, zich door een beroep op die nietigheid van alle uit de overeenkomst voor hem voortvloeiende verplichtingen zou kunnen ontslaan; dat dit reeds volgt uit den verderen inhoud van genoemd artikel, hetwelk hem onder bepaalde omstandigheden den plicht oplegt van schadevergoeding aan den koper, die de nietigverklaring vordert. (...)

dat door de Rechtbank zoowel als door het Hof terecht is aangenomen dat met de verplichting des eischers om den verweerder te vrijwaren tegen uitwinning door een derde, in strijd zou zijn zijne

³⁹Zoals § 138 BGB (strijd met de goede zeden), § 226 BGB (de uitoefening van een recht louter ter benadeling van een ander) en § 826 BGB (een plicht tot vergoeding van schade wegens onzedelijk of onzorgvuldig gedrag).

⁴⁰Van Ittersum, Art. 1507 Burg. Wetb., *Rechtsgeleerd Magazijn* 1900, p. 408 e.v.

⁴¹Van Ittersum, Art. 1507 Burg. Wetb., *Rechtsgeleerd Magazijn* 1900, p. 389. § 138 BGB heeft inmiddels in art. 3:40 BW een evenknie gevonden.

⁴²HR 22 december 1876, W. 1877, nr. 4070; HR 31 januari 1896, W. 1896, nr. 6770.

bevoegdheid om zelf eene vordering in te stellen als ten deze geschied is (...).⁴³

De Hoge Raad ontzegde dus aan verkoper die wist dat de zaak aan een ander toebehoorde, een beroep op art. 1507 OBW. Het heeft enige jaren geduurd, voordat de cassatierechter weer een stapje verder ging in de ontmanteling van de absolute nietigheid van dit voorschrift. Hij overwoog toen dat er naar de letter van de aanhef van art. 1507 OBW en art. 1599 Cc ongetwijfeld grond bestond om de volstreckte nietigheid van de verkoop van een anders goed aan te nemen. Maar toch kon deze uitleg niet als juist worden aanvaard met het oog op het vervolg van art. 1507 en andere bepalingen in ons Burgerlijk Wetboek.

'dat immers de verplichting aan den verkoper in art. 1507 opgelegd tot schadevergoeding aan den koper te goeder trouw en die tot vrijwaring, ingevolge de artt. 1510 en 1527 B. W., bij uitwinning van den koper, alsmede hetgeen bepaald is in de artt. 1998 en 2000 B. W., krachtens welke, bij verkoop van eens anders goed uit krachte van een wettigen titel, door bezit te goeder trouw van twintig jaren eigendom bij wege van verjaring kan worden verkregen, bezwaarlijk vallen te rijmen met de opvatting dat in art. 1507 sprake zou zijn van volstreckte nietigheid.'⁴⁴

Uit deze uitspraak van de Hoge Raad vloeide voort dat de koper te goeder trouw de keuze had. Of hij deed een beroep op nietigheid van de koopovereenkomst, of hij liet het contract voortbestaan waardoor op de verkoper een verplichting tot vrijwaring kwam te rusten. De laatste stap in de ontmanteling van de absolute nietigheid werd door de Hoge Raad gezet in het oorlogsjaar 1941. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 27 juni van dat jaar volgde dat de koper geen beroep op art. 1507 OBW kon doen, indien geen nadeel meer voor hem dreigde.⁴⁵ Dit laatste is in de jaren tachtig nog eens bevestigd door de Hoge Raad: het beroep van de koper op nietigheid op grond van art. 1507 werd verworpen, omdat hij deze bescherming niet meer behoefde. De omstandigheid dat het pand niet in eigendom toebehoorde aan de verkoper op het moment van het sluiten van het koopcontract, bedreigde de koper niet meer met nadeel omdat hij door de eigendomsoverdracht van de werkelijke eigenaar inmiddels zelf eigenaar was geworden.⁴⁶ De Hoge Raad is nooit zo ver gegaan dat hij de verkoop van andermans goed onder de werking van het oude BW expliciet als geldig heeft erkend.

6. *Enkele bijzondere problemen bij de uitleg van art. 1507 OBW*

Art. 1507 OBW is alleen van toepassing op een overeenkomst die als een koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Indien verkoper én koper wisten dat de zaak niet de eigendom was

⁴³HR 9 december 1898, W. 1899, nr. 7217.

⁴⁴HR 2 juni 1922, W. 1922, nr. 10925 (met noot Star Busmann).

⁴⁵NJ 1941, 943. Dat de lagere rechtspraak nogal eens moeite had om de Hoge Raad te volgen, valt af te leiden uit de uitspraken die Kamphuisen noemde. Asser-Kamphuisen, p. 36 e.v.

⁴⁶HR 29 mei 1981, NJ 1982, 25 (met noot CJHB).

van de verkoper, rijst de vraag of partijen wel een koopovereenkomst hadden gesloten. Wie sloot er nu willens en wetens een nietig contract? Waren partijen dan niet een onbenoemd contract aangegaan? Een dergelijke overeenkomst had dan tot inhoud dat de verkoper zich verbond om de zaak van een ander aan te schaffen en daarna in eigendom over te dragen aan de koper. In het Romeinse recht was dit contract, een stipulatie, uiteraard geldig.⁴⁷ Volgens Wolff was het nietig.⁴⁸ De Hoge Raad heeft één keer getracht de toepasselijkheid van art. 1507 OBW te ontlopen door een dergelijke afspraak tussen partijen als een *contractus sui generis* aan te merken. Hij overwoog dat rechtbank en hof de overeenkomst ten onrechte hadden gekwalificeerd als een koopovereenkomst. De 'zogenaamde' verkoper had namelijk niet het goed van een ander verkocht alsof het van hemzelf was maar zich verplicht tot levering van een hem nog niet toebehorend huis aan de 'zogenaamde' koper en de 'zogenaamde koper' had zichzelf verplicht om een zekere som geld te betalen aan de 'zogenaamde' verkoper als deze hem het aangekochte huis zou leveren. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat er geen koop en verkoop van anders goed had plaatsgevonden, maar 'de cessie van persoonlijke rechten, die men op een ander mocht hebben, aan een derde'.⁴⁹ De uitspraak van de Hoge Raad was gekunsteld: partijen hadden - zoals uit het contract naar voren kwam - wel degelijk de bedoeling om het huis van een ander te verkopen en beoogden niet een persoonlijke vordering over te dragen. De uitspraak van de Hoge Raad is nagevolgd door lagere rechters⁵⁰, maar later niet meer bevestigd door ons hoogste rechtscollege zelf.

Ook Suyling maakte een duidelijk onderscheid tussen de koop en verkoop van andermans zaak en de overeenkomst waarbij B zich verplichtte om een goed dat op naam van A stond te verkopen aan C en C van deze situatie op de hoogte was. Hij sprak in het laatste geval van een *Vorvertrag*. Een overeenkomst die zijn inziens volkomen geldig was, omdat art. 1507 de strekking had de onwetende koper tegen nadeel te vrijwaren en de koper hier van de werkelijke situatie op de hoogte was. Indien de verkoper zijn verplichtingen uit dit *Vorvertrag* niet nakwam, had de koper recht op schadevergoeding.⁵¹

Een ander probleem betrof de verkoop en koop van een zaak die de verkoper reeds had gekocht maar hem nog niet was geleverd. Dit geval was vergelijkbaar met de kwestie of een hypotheekrecht kon worden verleend op een onroerend goed dat iemand had gekocht, maar nog niet geleverd had gekregen. De Hoge Raad had al in 1870 erkend dat inderdaad rechtsgeldig een hypotheek kon worden *verleend* op een toekomstig goed, maar *niet*

⁴⁷Zie D. 41,3,15,3, waarin bij stipulatie een zaak die aan een ander toebehoorde werd toegezegd.

⁴⁸Wolff, *Jus naturae*, Pars III, Cap. IV, § 637.

⁴⁹HR 28 december 1883, W. 1884, nr. 5000. Scherpe kritiek op deze uitspraak door de redactie in het *Paleis van Justitie* 1884, Bijblad nrs. 22* en 23*. Het woord 'zogenaamd' was afkomstig van de Hoge Raad; partijen hadden zichzelf aangeduid als koper en verkoper. De Hoge Raad kon deze constructie mede verdedigen, omdat onder het OBW geen mededeling was vereist aan de debiteur (vgl. de artt. 668 OBW en 3:94 BW).

⁵⁰Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 31 januari 1898, W. 7074 en 26 juni 1905, W. 8275.

⁵¹Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, tweede druk, tweede stuk-eerste gedeelte, Haarlem 1934, nr. 60.

gevestigd.⁵² Een geldige hypotheekvestiging was alleen toegestaan aan de eigenaar.⁵³ Een analogie tussen de (verbintenisrechtelijke) geldigheid van de hypotheekverlening op andermans onroerend goed en de (eveneens verbintenisrechtelijke) geldigheid van de koopovereenkomst van andermans goed werd in de literatuur gedurende lange tijd verworpen.⁵⁴ In onze eeuw werd echter steeds vaker verdedigd dat de koper zijn recht om zich op de nietigheid te beroepen verloor, indien de verkoper de zaak alsnog voor de levering aan de koper in eigendom verwierf. Dit is uiteindelijk in de literatuur en rechtspraak ook de heersende leer geworden.⁵⁵

Een derde probleem dat de aandacht van menige jurist wel moest trekken, was de problematische verhouding tussen art. 1507 OBW en art. 2014 OBW. In de literatuur werd nogal eens verdedigd dat art. 2014 derogeerde aan art. 1507 OBW. Hiermee werd bedoeld te zeggen dat het bezit van een roerende zaak de bezitter tot eigenaar maakte, want het bezit gold als volkomen titel. Ondanks art. 1507 was aan de verkoop van andermans roerende zaak dus wel degelijk een rechtsgevolg verbonden: de koper werd rechthebbende. Of met andere woorden levering *a non domino* was even goed en deugdelijk als levering *a vero domino*. Vanwege deze consequentie werd art. 1507 OBW soms niet eens toepasselijk geacht op de koop en verkoop van roerend goed.⁵⁶ In de lagere rechtspraak vond men regelmatig dezelfde gedachte verdedigd. Zo besliste bijvoorbeeld de rechtbank 's-Gravenhage bij haar vonnis van 8 maart 1898 zonder enige omhaal van woorden dat wat de betekenis ook mocht zijn van art. 1507 in ieder geval voor wat betreft roerende goederen art. 2014 aan deze bepaling derogeerde.⁵⁷ De gedachte dat art. 2014 OBW derogeerde aan art. 1507 OBW, verdween toen voor de bescherming op grond van de eerstgenoemde bepaling de legitimatieleer van Scholten in onze eeuw langzamerhand de overhand kreeg.

Tot slot wijs ik erop dat gedurende enige tijd is bepleit dat art. 1507 OBW niet van toepassing zou zijn op handelskoopovereenkomsten. In de handel is het noodzakelijk dat goederen snel van hand tot hand kunnen gaan zonder dat de koopcontracten met nietigheid bedreigd worden. Art. 1507 werd gezien als een belemmering voor de snelheid van handelen in het handelsverkeer. De roep om een uitzondering voor het handelsrecht stierf echter weg,

⁵²HR 28 oktober 1870, W. 1870, nr. 3265.

⁵³Zie C.J.H. Jansen, *Hypotheek op toekomstig en/of andermans goed, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XI* (1994), p. 33 e.v.

⁵⁴Vgl. Van Hamel, *De nietigheid van den verkoop van eens anders goed*, p. 86 e.v.; Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, p. 182; Polak, *De verplichting van den verkooper tot eigendomsverschaffing*, p. 145-146.

⁵⁵Vgl. Hamaker, *Koop en verkoop van eens anders goed*, p. 223-224; Star Busmann in zijn bewerking van Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, p. 30; Jurgens met een overzicht van lagere rechtspraak in *WPNR* 1927, nr. 3020, p. 798; Asser-Kamphuisen, p. 39.

⁵⁶Van Hamel, *De nietigheid van den verkoop van eens anders goed*, p. 56 e.v.; Ament, *Aanteekeningen op artt. 89 en 1507 van het Burgerlijk Wetboek*, p. 24-26; Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, p. 182; Polak, *De verplichting van den verkooper tot eigendomsverschaffing*, p. 147-148; Tichelaar, [Bespr. van: Polak], *Themis* 1892, p. 618; Hamaker, *Koop en verkoop van eens anders goed*, p. 250-251.

⁵⁷W. 1898, nr. 7279. Voor meer voorbeelden Salomons, *2014 tot 1950*, p. 162 (noot 39), p. 212-214 en p. 345. In de rechtspraak uit de eerste decennia van onze eeuw werd vaak geëist dat de bezitter te goeder trouw was.

toen na 1883 de opheffing van het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht de heersende opvatting onder de juristen was geworden.⁵⁸

7. *Zwanenzang van art. 1507 OBW: enkele slotopmerkingen*

Van art. 1507 OBW is in het BW van 1992 geen spoor terug te vinden. Dat is niet verwonderlijk. De bepaling had al bijna een eeuw voor onontwarbare problemen gezorgd. De ongerijmdheid van het artikel in het systeem van ons Burgerlijk Wetboek was zo groot dat uitleggers teruggrepen op het Romeinse recht waarvan de Franse wetgever juist had willen afwijken. Vanaf de jaren tachtig van onze eeuw was het doek voor art. 1507 definitief gevallen. Schut noemde de bepaling in 1981 een anomalie in het Nederlandse BW. Bij de uitleg van het artikel nam hij als uitgangspunt dat de koper alleen bescherming nodig had wanneer bleek dat hem geen rustig en vreedzaam bezit was overgedragen. Hij voegde daaraan toe dat het misschien nog het beste was de bepaling als niet geschreven te beschouwen omdat ze op een dogmatische vergissing berustte.⁵⁹ Het waren bijna dezelfde woorden als die Naber in 1893 uit zijn pen liet vloeien. Het verschil in uitwerking was echter groot. Toen Naber ze neerschreef, ontstond een heftige polemiek. Schut mocht waarschijnlijk rekenen op de bijna algemene instemming van zijn vakgenoten. Hijma bekritiseerde zelfs de opmerking in de parlementaire geschiedenis waarin het artikel als overbodig werd bestempeld. Deze kwalificatie was naar zijn mening een ongelukkige, nu de nietigheidssanctie veeleer onjuist moest worden genoemd.⁶⁰

Uit de beschrijving van de opvattingen over art. 1507 OBW blijkt eens te meer hoe groot de invloed van de Duitse rechtswetenschap op de Nederlandse juristen en de Nederlandse rechtspraak is geweest. Keer op keer werd verwezen naar Duitse opvattingen en Duitse wetsartikelen. Een laatste voorbeeld ontleen ik aan het werk van Polak en Land. Bij de bespreking van het recht van de koper te goeder trouw op schadevergoeding op grond van art. 1507 OBW waren zij een voorstander van de vergoeding van de *negative Vertragsinteresse*, het negatief contractsbelang. De koper had wellicht in het vertrouwen dat er een geldige overeenkomst was gesloten, verzuimd zich 'te bekwamer tijd' elders te voorzien. Het onderscheid tussen het positief en het negatief contractsbelang was een vondst van Jhering en werd door de beide Nederlandse juristen als vanzelfsprekend toegepast.⁶¹ De invloed van de

⁵⁸Van Hamel, *De nietigheid van den verkoop van eens anders goed*, p. 53 e.v.; J.C. de Marez Oyens, *Vorderen de wettelijke bepalingen over het tot stand komen der koopovereenkomst aanvulling voor handelszaken*, *HNV 1877-I*, p. 126-127; zie J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad*, Zwolle 1995, p. 137 e.v.; R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen 1998, passim.

⁵⁹Asser-Schut, *Bijzondere overeenkomsten-I*, vierde druk, Zwolle 1981, p. 99-100.

⁶⁰Asser-Hijma, *Bijzondere overeenkomsten-I*, vijfde druk, Zwolle 1994, nr. 204.

⁶¹Polak, *De verplichting van den verkoper tot eigendomsverschaffing*, p. 147 (noot 3); Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, p. 25 (noot 1). Zij verwezen naar Windscheids *Lehrbuch des Pandektenrechts* (§ 307, nr. 5). Zie voor een nadere beschouwing: M.W. Hesselink, *De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (I en II)*, *WPNR 1996*, nrs. 6248 en 6249.

Duitse rechtswetenschap werd evenwel niet klakkeloos ondergaan. Zowel Hamaker als Opzoomer hekelden de Duitse voorliefde voor al te abstracte beschouwingen; Naber noemde de Duitse theorieën eeuwig onvruchtbaar, pseudo-juridica en spelletjes.⁶² Joan Bohl stak een hele tirade af tegen de Duitse invloed. Hij weet het aan de hoeveelheid Duitse geleerdheid dat het onderwijs aan de Nederlandse universiteiten niet voor elke student vrucht droeg. Van de Franse en Italiaanse juristen, die zijns inziens scherpzinniger en duidelijker waren, viel oneindig meer te leren.

'De deutsche geleerden maken over het algemeen den indruk van iemand, die te veel gegeten heeft, en het kwaad krijgt met de spijsvertering. Hunne redeneeringen zijn log en langdradig; hun stijl is dof en zwaar, als op het punt van eene beroerte te krijgen, en dewijl zij in den regel met hunne taal niet best overweg kunnen, zijn hunne al te dikke boeken afgrijselijk doorspekt met vreemde woorden en wendingen, welke staven, dat de heeren het uiterste moeten inspanssen om hunne hersenen op het papier ledig te schudden.'⁶³

Maar er was ook wat meer bezadigde kritiek te horen, bijvoorbeeld van Molengraaff. Het Nederlandse handelsrecht stond zijns inziens te zeer onder invloed van Duitse theorieën en was gevangen in Duitse dogma's waarvan met name de rechtspraak de wrange vruchten had geplukt. Hij waarschuwde dat de Nederlandse juristen voorzichtig moesten zijn met het overnemen van Duitse denkbeelden die ontworpen waren voor een ander recht dan dat in Nederland van kracht was. Hij beval daarom voor het handelsrecht aan eerder 'ter schole te gaan bij Frankrijk dan bij onze oostelijke bureu'.⁶⁴

Uit de beschrijving van de opvattingen over art. 1507 OBW blijkt evenzeer hoe groot de invloed van het Romeinse recht gedurende de gehele 19e eeuw is geweest als verklaring van het toen geldende burgerlijke recht. De hulp van het Romeinse recht werd zelfs ingeroepen voor de onderbouwing van een rechtsgevolg (absolute nietigheid van de koop en verkoop van andermans zaak) dat door het Romeinse recht zelf expliciet werd verworpen (het Romeinse recht ging namelijk uit van geldigheid van een dergelijke verkoop).

Het moge duidelijk zijn dat er zich geen *communis opinio* over art. 1507 OBW in de negentiende en in het begin van de 20e eeuw in de Nederlandse literatuur en rechtspraak heeft gevormd. De bepaling was een bron van rechtsonzekerheid. De wetgever kreeg menig verwijt naar het hoofd geslingerd, zelfs dat van dilettantisme (door Tichelaar). Naber was onder de 'oude' juristen de enige die openlijk pleitte om art. 1507 niet meer toe te passen. Anderen smeekten bijna de wetgever om enige tijd vrij te maken voor het schrappen van dit zonderlinge en onjuiste artikel uit het wetboek, maar zij gingen niet zo ver dat zij niet-toepassing bepleitten. Het artikel leidde eerder tot tegengestelde reacties: de rechter werd op het hart

⁶²Jansen, [Bespr. van:] Milo en Salomons, *RM Themis* 1998/1, p. 17; Naber, [Bespr. van:] Polak, De verplichting van den verkooper tot eigendoms-verschaffing, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1893, p. 607.

⁶³J. Bohl, [Bespr. van:] J.A. Jolles Azn, Het Periculum bij den koop, *Themis* 1892, p. 600.

⁶⁴W.L.P.A. Molengraaff, *Een terugblik*, Haarlem 1917, p. 15-16.

JANSEN

gedrukt om zich niet een al te grote vrijheid ten opzichte van de wet te veroorloven. Vrije rechtspraak was een erger geneesmiddel dan de kwaal van een onjuist wetsartikel. En zo heeft art. 1507 zijn leven weten te rekken tot 1 januari 1992, het moment waarop het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in werking trad. De bepaling beleefde een roemloos einde.

C.J.H. JANSEN

NIJMEGEN