

# Periculum est emptoris

## Over het risico bij koop en over schatvinding in de gekochte zaak

Jelle Jansen\*

De koper droeg naar Romeins recht het risico dat de gekochte niet-geleverde zaak tenietging door overmacht. Omdat hij die last droeg, had hij aanspraak op de lusten zoals een schat gevonden in de verkochte zaak. Naar huidig recht is het risico voor de koper vanaf de aflevering. Bij registergoederen is mogelijk dat de aflevering is verricht, maar de koper geen eigenaar werd (notarieel feilen). De koper draagt dan de lasten en heeft dus recht op de lusten zoals de vondst van een schat.

### 1 Inleiding

Het risico dat de gekochte, maar nog niet geleverde zaak door overmacht tenietging, rustte naar Romeins recht op de koper. De Oost-Romeinse keizer Justinianus (keizer tussen 527 en 565) gaf in zijn in 533 als wet ingevoerde leerboek de *Instituten* verschillende voorbeelden. Zo moest de koper van een stuk land betalen voor de grond die na de koop maar voor de levering was verzwolgen door een rivier. De koper van de slaaf die als gevolg van overmacht overleed voor de levering, moest de koopprijs eveneens betalen (zie par. 2).<sup>1</sup> De regel, kernachtig vervat in het maxime *res perit emptoris* (de zaak gaat teniet voor de koper) wordt door hedendaagse studenten als het ware instinctief als onjuist en onrechtvaardig beschouwd. Waarom rust het risico immers niet op de verkoper die nog eigenaar is van de zaak? Toch heeft de regel eeuwenlang gegolden in wat nu Nederland heet, heeft de Romeinsrechtelijke regel tot op de dag van vandaag ook verdedigers en geldt hij nog

steeds in verschillende landen. Ik schets in dit opstel de lotgevallen van de regel die met de receptie van het Romeinse recht deel ging uitmaken van het Europese *ius commune* (zie par. 3). Hij kwam terecht in het Burgerlijk Wetboek van 1838, waar hij omstreden was. De Nederlandse wetgever nam in 1992 afscheid van het adagium: het risico gaat nu over als de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd (art. 7:10 BW): de koper verwerft dan in beginsel de eigendom van de zaak (zie par. 4).

Het risico dat de gekochte, maar nog niet geleverde zaak door overmacht tenietging, rustte naar Romeins recht op de koper. De regel wordt door hedendaagse studenten als het ware instinctief als onjuist en onrechtvaardig beschouwd

\* Prof.mr. J.E. Jansen is hoogleraar Ius Commune aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is de uitgebreide versie van een voordracht op 22 januari 2020 voor het Romeinsrechtelijke dispuut Salvius Julianus te Utrecht.

<sup>1</sup> *Instituten* 3,24,3.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Daarmee is niet gezegd dat de bestudering van de geschiedenis van de regel vruchteloos is voor de beoefening van het huidige recht. Eén van de redenen die voor de Romeinsrechtelijke risicoregel werd aangevoerd was dat de koper ook de voordelen van de zaak toekwamen. Eén van die voordelen was de vondst van een schat op het verkochte, maar nog niet geleverde perceel. Iets soortgelijks kan zich naar Nederlands recht voordoen: het is mogelijk dat een zaak aan de koper is afgeleverd, maar dat hij niet de eigendom verwierf. Dat is het geval wanneer de bij de overdracht van een registergoed betrokken notaris zijn werk niet goed doet en de transportakte niet inschrijft of een ongeldige akte inschrijft. De levering is dan weliswaar niet verricht (vgl. art. 3:89 BW), de verkoper heeft wel aan zijn afleveringsplicht voldaan. De koper verkeert in zo'n geval in eenzelfde soort positie als die waarin de Romeinse koper vóór de levering verkeerde: hij is geen eigenaar, maar draagt wel het risico dat de zaak tenietgaat. Treft de koper vervolgens bij een verbouwing een schat aan,

dan komt het eigenaarsaandeel van die schat toe aan de verkoper die immers nog eigenaar is omdat de levering is mislukt (vgl. art. 5:13 BW). Aan het Romeinse recht is een argument te ontleen om aan te nemen dat de koper in zulke gevallen op grond van de koopovereenkomst recht heeft op overdracht van het eigenaarsaandeel: hij draagt het risico (de lasten) en heeft daarom ook recht op de lusten zoals het eigenaarsaandeel van een schat (zie par. 5).

## 2 Romeins recht: *res perit emptori(s)*

Justinianus legde in de Instituten uit dat de keerzijde van de regel dat de koper het risico droeg dat de zaak voor levering tenietging door overmacht was, dat eventuele voordelen (*commoda*) aan de koper toekwamen. De 48e titel van het vierde boek van de *Codex Justinianus*, de codificatie van het keizerlijke recht, is aan dit onderwerp gewijd en is getiteld 'over risico en voordeel van een verkochte zaak'. In de eerste tekst legt keizer Alexander Severus uit dat de koper vanaf het ogenblik dat



de koop volkomen is alle voor- en nadeel toebehoren.<sup>2</sup> Zo had de koper recht op de waardevermeerderende aanslibbing aan een gekocht maar nog niet geleverd stuk grond, juist omdat hij ook het risico droeg van waardevermindering of het tenietgaan van de zaak.<sup>3</sup> Waardestijging na de koop, maar voor de levering was ook zo'n voordeel. In C. 4,49,12 merkten de keizers Diocletianus en Maximianus op dat de koper van wijn die het risico droeg dat de wijn was veranderd (verzuurd bijvoorbeeld) om die reden ook het voordeel van een prijsvermeerdering toekwam. Hij kon zo'n waardestijging te gelde maken door de zaak door te verkopen aan een derde; die bevoegdheid had de verkoper niet, hij pleegde dan – modern gezegd – wanprestatie.

## Het is maar de vraag of de verwerving van de voordelen voor veel kopers als een voldoende rechtvaardiging zal hebben gevoeld voor de regel dat zij het risico droegen

Het is maar de vraag of de verwerving van de voordelen voor veel kopers als een voldoende rechtvaardiging zal hebben gevoeld voor de regel dat zij het risico droegen. Het was bijvoorbeeld, als men al een stuk land kocht aan een water, geen alledaagse gebeurtenis dat dit stuk land groter werd door aanslibbing of aanspoeling. Bovendien kon een gekocht perceel aan een water natuurlijk net zo goed kleiner worden door afslag: ook dat risico kwam voor rekening van de koper (D. 18,6,7pr.). Evenzo was het mogelijk dat de gekochte zaak voor de levering meer waard werd, maar de zaak kon natuurlijk evengoed in waarde dalen (C. 4,48,2). Dat de koper aanspraak kon maken op waardevermeerdering en aanslibbingen lijkt niet het goedmakertje<sup>4</sup> te zijn dat de regel billijkt dat de koper het risico draagt. Het feit dat de koper recht heeft op een waardevermeerdering, vindt zijn verklaring daarin dat partijen een prijs hebben afgesproken waarvoor de koper de zaak van de verkoper zal krijgen. Waardevermeerdering is een voordeel voor de koper, maar waardevermindering is juist

zijn nadeel. Dat een koper aanspraak kan maken op overdracht van land dat Moeder Natuur toevoegde aan het perceel lijkt vooral praktisch. Een aangeslibde strook zal immers vaak slechts toegankelijk zijn via de grond die de verkoper aan de koper moet overdragen. Evenzo zou een huurder bijvoorbeeld aanspraak kunnen maken op verschaffing van het huurgenot van een strook grond die na het sluiten van de huurovereenkomst aan het gehuurde was aangeslibd. Een plotselinge waardeverhoging van het gehuurde goed had evenmin invloed op de overeengekomen huurprijs. De huurder evenwel droeg niet het risico dat de aan hem verhuurde zaak teniet ging voordat de verhuurder haar aan hem had afgestaan. Sterker: bij huur gold dat de ondergang van de gehuurde zaak door overmacht voor rekening van de verhuurder kwam: de huurder was dan geen huurpenningen (meer) verschuldigd. Het risico rustte op de verhuurder, doorgaans de eigenaar: *res perit domino*, de zaak ging teniet ten laste van de eigenaar. Waarom gold een soortgelijke regel niet bij de koopovereenkomst waar eveneens twee verbintenissen ontstonden die verband met elkaar hielden: de betaling van de koopprijs en de verschaffing van het ongestoorde bezit. De vraag rijst of het niet logischer was geweest dit uitgangspunt ook toe te passen op de koopovereenkomst.

## Ook De Groot toonde zich in zijn *De iure belli ac pacis* kritisch over de Romeinsrechtelijke risico-regel die niet overal werd nageleefd, en die vele wetgevers niet waren gevolgd

### 3 De lotgevallen van de regel *res perit emptori(s)* in vogelvlucht<sup>5</sup>

De regel *res perit emptori(s)* behoorde desalniettemin tot het vanaf de Middeleeuwen gerecipieerde Romeinse recht. Zo noemden Voet,<sup>6</sup> Van Leeuwen<sup>7</sup> en De Groot<sup>8</sup> de regel en vermeldden daarbij dat de koper niet alleen het risico droeg, maar ook de voordelen toevielen. De kritiek op de regel kwam bij de beoefenaren van het natuurrecht goed op gang.<sup>9</sup> Pufendorf bijvoorbeeld achtte hem strijdig met de

- 2 C. 4,48,1: 'Na het voltooiën van de verkoop is alle voor- en nadeel dat de verkochte zaak te beurt valt, voor de koper.' '[...] Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quo rei venditae contingit, ad emptorem pertinet [...]' De koop van nog niet geïndividualiseerde soortzaken was geen voldongen koop, de koop onder opschortende voorwaarde evenmin.
- 3 I. 3,23,3, Aan het slot de woorden over risico en voordeel, 'nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est': 'want het voordeel moet voor hem zijn die het risico draagt'.
- 4 Max Kaser spreekt van een 'Risikoprämie': *Das römische Privatrecht II*, München 1971, p. 553.
- 5 Zie bijvoorbeeld R. Zimmermann, *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996, p. 281 e.v. Zie ook W. Ernst, commentaar bij § 446 en 447, *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, p. 129-142.
- 6 J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* (vijfde editie), Den Haag 1726, Lib. XVIII, Tit. VI, nr. 1, p. 805: 'tum quia etiam omne rei commodum sequitur'.
- 7 S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands regt*, Amsterdam 1708, Boek IV, Deel XVII nr. 2. (p. 366): 'Daar uit volgt dat het voordeel, of gevaar, het welk by ongeval, of anders op het verkogte goed mogt vallen, den Koper aangaat, al is 't selve goed nog niet geleverd was'.
- 8 H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleertheit* (derde druk), Arnhem: Van Apeldoorn 1926, deel I, B III D. 14 § 34 (p. 152): 'De koop van eenige zaken voltrokken zijn de sulcs als vooren is gheseit, hoe-wel den koper noch gheen eigenaer en is, ende noch gheen levering is geschied, so staet de saecke tot baet ende schade van den koper, oversulcs sullen den koper van dien af volghen alle vruchten, oock aenwas van land, wederom indien 't verkochte goed vergaet ofte verargert, sulcs komt tot des koopers schade.' Zo ook A. Vininius, *Institutionum imperialium Commentarius*, II, Leiden 1777, Lib. III Tit. XXIV nr. 1 (p. 751). Zie nog S. Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusatis in Hollandia*, Leiden, I., Lib. III, Tit. XXIV § 3 quum autem (p. 49).
- 9 Zij werden voorafgegaan door de Franse zestiende-eeuwse humanist: J. Cujas, *Ad Africanum Tractatus VIII*, Keulen 1588, D. 19,2,33, p. 513-516.

stelregel dat het risico van ondergang van de zaak op de eigenaar drukte. Uit de natuurlijke billijkheid volgde volgens hem dat de koper dit risico slechts droeg als hij levering door de verkoper had geweigerd. In alle andere gevallen kwam het risico voor rekening van de verkoper.<sup>10</sup> Ook De Groot toonde zich in zijn *De iure belli ac pacis* kritisch over de Romeinsrechtelijke risico-regel die niet overal werd nageleefd, en die vele wetgevers niet waren gevolgd.<sup>11</sup> In het op het natuurrecht gebaseerde Pruisische *Allgemeines Landrecht für die Preussische Staaten* (verder: ALR) van 1794 kwam de regel dan ook niet voor.<sup>12</sup> Het ALR zette de van het *ius commune* deel uitmakende regel echter lang niet overal in de Duitse landen opzij. Vanaf de vroege negentiende eeuw richtten de Duitse beoefenaren van het *ius commune* zich erop verklaringen te vinden voor de Romeinsrechtelijke regel. Ik geef hier enkele van de invloedrijkste verklaringen en de belangrijkste aanhangers.<sup>13</sup>

## Dernburg beschouwde de regel *res perit emptori* als een uitvloeisel van de wijze waarop de Romeinse juristen wederkerige overeenkomsten zagen: als overeenkomsten waaruit twee losse, afzonderlijke verbintenissen voortvloeiden

Dernburg bijvoorbeeld beschouwde de regel *res perit emptori* als een uitvloeisel van de wijze waarop de Romeinse juristen wederkerige overeenkomsten zagen: als overeenkomsten waaruit twee losse, afzonderlijke verbintenissen voortvloeiden. Wanneer de verkochte zaak buiten schuld van de verkoper teniet ging, trof hem geen blaam. De koper moest betalen. Dat een soortgelijke regel niet gold voor huur, verklaarde Dernburg uit de wijze waarop de huurovereenkomst zich bij de Romeinen ontwikkelde. De oudste vorm van huur was de huur van een roerende zaak (een os bijvoorbeeld). Dergelijke overeenkomsten werden doorgaans niet voor een bepaalde tijd aangegaan, maar waren op ieder ogenblik opzegbaar door de huurder en de verhuurder. De huurder betaalde de huurprijs daarom doorgaans achteraf naar

verhouding van de tijd dat hij de zaak gebruikt had. De huurder hoefde dus niet te betalen als hij de gehuurde zaak nooit had kunnen gebruiken omdat zij buiten schuld van de verhuurder teniet was gegaan en hoefde evenmin nog huur te betalen als de zaak inmiddels teniet was gegaan. ‘So mag sich der Satz *periculum est locatoris* festgestellt haben, wodurch die Gefahr anders normirt wird, wie bei anderen zweiseitigen Verträgen, insbesondere beim Kaufe.’<sup>14</sup> Dernburg beschouwde de regel *res perit emptori* weliswaar als een gevolg van de aard van wederkerige overeenkomsten, dat wil niet zeggen dat hij de regel rechtvaardig achtte. Hij merkte bijvoorbeeld op dat de regel in de teksten ‘ausserordentlich häufig ausgesprochen wird, ohne Zweifel weil er schon in Rom nicht als unbedenklich galt’.<sup>15</sup>

Andere schrijvers brachten de risico-regel bij koop in verband met het specifieke karakter van de koopovereenkomst. Zij zagen de risico-regel als een uitzondering die bij andere wederkerige overeenkomsten niet gold. Waarin was het bijzondere karakter van de koop gelegen? Windscheid zocht de verklaring voor de regel in de ‘Entäusserungsnatur’ van de koop; de verkoper zag door het sluiten van de koopovereenkomst af van de zaak. Het was zo bezien logisch dat de koper moest betalen als de zaak voor de levering tenietging: het was immers al zijn zaak. De zaak was althans in de verhouding verkoper-koper al van de laatste.<sup>16</sup> Savigny’s verklaring knoopte ook aan bij de aard van de koopovereenkomst: hij beschouwde de direct op het sluiten van de koop volgende levering als het ‘normaaltyp’ van de koopovereenkomst: het lag daarom voor de hand dat wanneer niet direct werd geleverd de koper het risico droeg dat de zaak tenietging of in waarde verminderde.<sup>17</sup>

## Kaser zocht de verklaring voor het adagium in de oeroude vorm van eigendomsoverdracht. Deze *mancipatio* was een formele ceremonie uitgevoerd door de vervreemder en de verkrijger ten overstaan van vijf getuigen

<sup>10</sup> Hier is gebruikgemaakt van de Engelse vertaling verschenen in Oxford in 1710, S. Pufendorf, *Of the Law of nature and nations*, Book 5, Cap. 5, III (p. 392-393).

<sup>11</sup> H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XII, nr. XV, ik gebruikte de door B.J.A. de Kanter-Van Hettinga Tromp geredigeerde editie, Leiden 1939, p. 349: ‘commenta sunt iuris civilis, quod nec ubique observatur: imo plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris sit’.

<sup>12</sup> § 364 ALR. Ook het Oostenrijkse wetboek van 1811, deels op natuurrecht gebaseerd, volgt de regel niet onverkort, zie § 1048 en 1051 ABGB.

<sup>13</sup> Vgl. voor een uitgebreid literatuuroverzicht: M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum ‘aktionenrechtlichen’ Denken im römischen Privatrecht*, Wenen etc. 2000, p. 10-47. Zie ook: V. Puntchart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts*, Innsbruck 1885, p. 6 e.v.

<sup>14</sup> H. Dernburg, *Pandekten II* (vijfde druk), Berlin 1897, p. 303, zie ook p. 59. Vgl. ook zijn *Geschichte und Theorie der Kompensation* (tweede druk) Heidelberg 1868, p. 78: ‘prinzipielle Trennung der beidseitigen Verpflichtungen’. Vgl. in dezelfde zin, langs een actie- of procesrechtelijke weg, Pennitz 2000, p. 78-79, zie ook p. 350.

<sup>15</sup> Dernburg 1897, p. 264, in noot 1.

<sup>16</sup> B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts II*, Frankfurt 1906, § 390 (p. 660). Zie recentier W. Ernst, ‘Periculum est emptoris’, *ZSS* 1982, p. 218-248, p. 246. Vgl. nog met verwijzingen naar meer moderne literatuur: R. Knütel & S. Lohsse, *Römisches Privatrecht* (21e druk), München 2017, p. 259.

<sup>17</sup> F.C. von Savigny, *Pandektenvorlesung 1824/1825*, Frankfurt: H. Hammen 1993, p. 220, dat niet direct geleverd wordt is iets toevalligs want afwijkend van het *Normalgeschäft*. Zie ook Knütel & Lohsse 2017, p. 252 en p. 259.

De invloedrijke twintigste-eeuwse romanist Kaser gaf een historische verklaring voor zo'n zienswijze op de koop. Hij zocht de verklaring voor het adagium in de oeroude vorm van eigendomsoverdracht die gold voor *res Mancipi*, grofweg die zaken die voor een Romeinse boer van belang waren: zijn land, zijn vee en zijn slaven, de *mancipatio*. Deze *mancipatio* was een formele ceremonie uitgevoerd door de vervreemder en de verkrijger ten overstaan van vijf getuigen.<sup>18</sup> Onderdeel van die ceremonie was dat de verkrijger de zaak vastpakte en uitsprak dat zij naar Quiritisch recht de zijne was. Hij beklopte de zaak met een klompje brons dat hij van een weegschaal nam die de eveneens bij de ceremonie aanwezige *libripens* voor hem klaar hield. Deze oude ceremoniële wijze van eigendomsverkrijging droeg de kenmerken in zich van wat vast de oervorm was van een koop: de cashkoop (Duits: *Barkauf*). Het klompje brons symboliseerde de koopprijs voor een tijd waarin het muntgeld nog niet was uitgevonden. De eigendom ging als gevolg van het voltrekken van deze wat ceremoniële wijze van het sluiten een koopovereenkomst over van de verkoper op de koper. Eigendomsoverdracht en het sluiten van de translatieve overeenkomst vielen samen. Het was na uitvoering van de *mancipatio* dus niet nodig dat de vervreemder de zaak nog overhandigde aan de koper. Als de zaak na de *mancipatio* bij de verkoper achterbleef, bijvoorbeeld omdat partijen hadden afgesproken dat de levering op een later tijdstip zou geschieden, was de koper wel degelijk eigenaar geworden. Het risico dat de zaak door overmacht tenietging, kwam dus voor zijn rekening: het was inmiddels zijn zaak.<sup>19</sup> Kaser wees erop dat in overeenstemming met deze zienswijze op de koop alleszins begrijpelijk was dat op de verkoper vóór de levering een hoge zorgplicht rustte. Hij moest instaan voor alles wat door bewaking voorkomen kon worden. De verkoper had, bezien vanuit de gedachte dat de koop de koper eigenaar maakte, anderszins zaak onder zich. De verkoper nam eenzelfde soort positie in als de bruiklenner. Aan deze zienswijze op de koop hadden de Romeinse juristen vastgehouden ook toen koop en eigendomsoverdracht niet telkens meer in tijd samenvielen. Kaser noemde in dit verband een Digestentekst van Paulus: 'De verkoper moet een zodanige bewaking presteren als diegenen presteren aan wie

iets in bruikleen is gegeven, zodat hij een grotere mate van zorgvuldigheid moet presteren dan hij ten aanzien van zijn eigen zaken zou aanwenden.'<sup>20</sup>

In de twintigste eeuw hield de Romeinse rechtelijke literatuur zich vooral bezig met de vraag in welke gevallen nu precies de verkoper het risico droeg en wanneer de koper.<sup>21</sup> Juist omdat de verkoper een zware zorgplicht had, zal de regel *res perit emptoris* niet heel vaak toepassing hebben gevonden. Het 'periculum' dat de koper droeg was anders gezegd niet erg groot.<sup>22</sup> De Romeinse rechtelijke regel was, zo bezien, zo gek nog niet.<sup>23</sup>

## In de twintigste eeuw hield de Romeinse rechtelijke literatuur zich vooral bezig met de vraag in welke gevallen nu precies de verkoper het risico droeg en wanneer de koper

### 4 De wetboeken van 1838 en 1992

Ook in stelsels waarin voor eigendomsoverdracht geen levering is vereist, geldt – om een andere reden – dat de koper het risico draagt. De koper verwerft dan door het sluiten van de koopovereenkomst de eigendom en draagt dus het risico: zoals ook gold bij de *mancipatio*. Het Franse recht heeft bijvoorbeeld zo'n stelsel.<sup>24</sup> De Nederlandse wetgever besloot in 1838 na enkele decennia van Franse regelingen (de Code Civil die gold tussen 1811 en 1838, en het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland dat tussen 1809 en 1811 gold) weer levering te eisen voor eigendomsoverdracht en daarmee in de beroemde woorden van Carel Asser terug te keren tot de 'de ware beginselen des Romeinse regts'.<sup>25</sup> Ook wat betreft de risicoregel bij koop volgde de wetgever het Romeinse stelsel. Asser wees daarop en noemde nog dat de koper weliswaar het risico droeg, maar dat hem ook de voordelen van de zaak toevielen.<sup>26</sup> De terugkeer naar de Romeinse rechtelijke regels was echter niet zonder slag of stoot verlopen. Tijdens het wetgevingsproces rees de vraag of artikel 1496 OBW niet strijdig was met het beginsel dat de eigenaar het risico te dragen had. Juist omdat de verkoper eigenaar bleef totdat hij geleverd had, zou

- 18 Vgl. Gaius, *Instituten*, 1,119 en bijvoorbeeld J.H.A. Lokin & F. Brandsma, *Prota, vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinse rechtelijke teksten* (tweede druk), Den Haag 2016, p. 119 e.v.
- 19 Kaser 1971, p. 552: 'Diese Regel sieht wieder den Barkauf, bei dem Abschluss und Vollzug zusammenfallen, als Normalfall an und rechnet, wenn die Leistung der Ware aufgeschoben wird, die Kaufsache auch wenn sie noch im Eigentum des Verkäufers bleibt, nicht mehr zu seinem Vermögen.'
- 20 D. 18,6,3, 'Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodate est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet'. Zie Kaser 1971 p. 552 en p. 508. Vgl. ook Knütel & Lohsse 2017, p. 252 en p. 259.
- 21 Natuurlijk heeft het in de twintigste eeuw evenmin ontbroken aan auteurs die om het Romeinse blazoen te vrijwaren van de regel *res perit emptori* betoogden dat de regel niet Romeins was, maar door de Byzantijnse compilatoren was geïntroduceerd. De regel zou in het klassieke, zuivere, Romeinse recht niet hebben gegolden, zie bijvoorbeeld F. Haymann, 'Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II Periculum est emptoris', *ZSS* (41) 1920, p. 44-185. Weerlegd door onder veel anderen H.R. Hoetink in zijn aan deze kwestie gewijde proefschrift, *Periculum est emptoris*, Haarlem 1928.
- 22 Vgl. bijvoorbeeld V. Arangio-Ruiz, *La Compravendita in diritto romano II*, Napoli 1963, p. 250.
- 23 Vgl. bijvoorbeeld W. Buckland, *A manual of Roman Private Law*, Cambridge 1953, die zich op p. 282 afvraagt waarom de regel afstammend van de oeroude *mancipatio* de zestiende eeuwse codificatie van Justinianus haalde: 'It may be mere conservatism, but it seems more probable that in practice it was a commercially convenient rule.' F. Schulz spreekt (*Classical Roman Law* (Oxford-herdruk 1954 op p. 350)) zelfs van 'an ideal solution of the problem.' Instemmend geciteerd door Ernst 1982, p. 218-248, p. 248. De regel geldt tot de dag van vandaag in Zuid-Afrika, R. van den Bergh, 'Perfecta emptio periculum est emptoris: Why all the fuss?', in: *Tijdschrift voor die Suid-Afrikaanse Reg*, 2008, afl. 4, p. 623-644, p. 641: 'the rule [...] may be regarded as reasonable'.
- 24 Vgl. voor het Franse recht bijvoorbeeld W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I – Inleiding en zakenrecht*, Den Haag 2006, p. 281 e.v. In Engeland geldt dezelfde regel, zie section 20 (1) van de Sale of Goods Act.
- 25 C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het wetboek Napoleon* (tweede druk), Den Haag 1838, p. 261.
- 26 Asser 1838, p. 512.



27 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken V*, Utrecht 1838, p. 161-162.

28 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk regt X*, Groningen 1886, p. 77-81.

29 Vgl. over de tegengestelde persoonlijkheden, wijze van privaatrechtsbeoefening en wetsuitleg van Diephuis en Opzoomer, J.H.A. Lokin, 'De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer', in een in 1992, 100 jaar na het overlijdensjaar van Diephuis en Opzoomer, verschenen bijzondere uitgave van de GROM, p. 25-43.

30 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek V*, Den Haag 1891, p. 70. Vgl. iets uitgebreider Opzoomer in zijn *Het Burgerlijk Wetboek Aanteekeningen op de artikelen die thans nog verklaring behoeven II*, Leiden 1850, p. 240-241. In soortgelijke bewoordingen N.K.F. Land/W.H. de Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek IV* (tweede druk), Haarlem 1907, p. 10 e.v. Wij zagen hiervoor dat de pandekstist Dernburg iets soortgelijks opmerkte over de verschillende behandeling van koop en huur naar Romeins recht. Ook J.Th. de Lussanet de la Sablonière, *Bijdrage tot leer van het periculum bij den koop*, Assen 1890, p. 14-15, benadrukte dat uit koop twee afzonderlijke verbintenissen voortvloeien en verklaart zo de regel van art. 1496 OBW.

31 Vgl. verder bijvoorbeeld J.A. Jolles, *Het periculum bij den koop*, Amsterdam 1892, p. 97 e.v. Hij vatte zijn conclusies samen op p. 209 en 210: 'de regel is niet te verdedigen, daar ze noch billijk is, noch praktisch, noch eenvoudig, noch consequent wordt doorgevoerd'. Vgl. over het proefschrift van Jolles de lezenswaardige want geestige recensie van J. Bohl in *Themis* 1892, 'Het koopgevaar', p. 582-601; L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht II*, Groningen 1936, p. 16: 'de onbillijkheid der eenzijdige risico-belasting'. Zie nog de literatuurverwijzingen bij A.D. Bonnet, *Risico bij koop in verband met eigendomsovergang*, Amsterdam 1953, p. 137.

32 A. Pitlo/G.J. Wolffensperger & B.S. Frenkel, *De benoemde overeenkomsten* (achtste druk), Arnhem 1979, p. 4-5. Vgl. G.H.A. Schut in zijn bewerking van het Asser-deel, *Bijzondere overeenkomsten I Koop en ruil* (vierde druk), Zwolle 1981, p. p. 276.

33 Bonnet 1953, p. 125-126. Meijers hanteerde zoals bekend deze empirische methode vaak. Vgl. verder over Meijers als civiloloog *avant la lettre*, C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer 2015, p. 187-188 (o.a. onderzoek naar klompmakers en mattenbinders in de Kop van Overijssel en de uitbetaling van lonen in cafés).

34 TM bij art. 10 (7:10 BW), *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 98-99.

op hem het risico moeten rusten. Er was, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, evenwel ruimte voor een uitzondering op een 'zoo algemeen en heilig beginsel als dat des eigendoms'. G. Beelaerts van Blokland (1772-1844), lid van de Tweede Kamer en lid van de commissie ter redactie en herziening van het burgerlijke recht, merkte op dat artikel 1496 OBW een billijke regel behelsde omdat de koper door de koopprijs aan te bieden de verkoper dadelijk tot levering kon verplichten. Wanneer de verkoper dan niet leverde, was hij in verzuim en rustte het risico wel op hem. De billijkheid van de regel moest volgens Beelaerts te meer in het oog vallen nu de koper niet slechts het risico droeg, maar hij ook van de dag van de koop af aanspraak kon maken op de vruchten: 'voordeel en nadeel staan derhalve hier in eene billijke evenredigheid tegen elkander over'. Beelaerts beschouwde artikel 1496 OBW ten slotte als een heilzame belemmering 'tegen roekeloze of onbedachtzame koopen': de koper die op krediet wilde kopen en de zaak daarom niet direct meekreeg droeg immers het risico.<sup>27</sup>

## Dat de koper de voordelen van de zaak toevielen, beschouwde Diephuis geenszins als een equivalent tegen het gevaar dat de zaak teniet ging door overmacht

De juridische literatuur was een stuk kritischer over de regel. Diephuis trok bijvoorbeeld fel van leer tegen de regeling. Hij noemde haar zeer bedenkelijk, hard en onbillijk voor de koper, en onredelijk. Van enig verwijt aan het adres van de koper die niet direct levering bewerkstelligde, wilde Diephuis niets weten. Dat de koper de voordelen van de zaak toevielen, beschouwde hij geenszins als een equivalent tegen het gevaar dat de zaak teniet ging door overmacht. Dat de bepaling was overgenomen uit het Romeinse recht kon haar waarde al evenmin verhogen.<sup>28</sup> De andere gigant van het negentiende-eeuwse burgerlijke recht, C.W. Opzoomer, huldigde (welhaast traditiegetrouw<sup>29</sup>) de aan Diephuis tegengestelde opvatting. Opzoomer verdedigde artikel 1496 OBW. Dat het risico bij huur op de verhuurder/eigenaar rustte en bij koop op de koper die

nog geen eigenaar was, achtte hij verklaarbaar omdat de huurovereenkomst een duurovereenkomst was waarbij de verschuldigde vergoeding tegenover het gebruik gedurende een bepaalde periode stond. Bij een koop ging het niet om een duurverplichting, maar om de verplichting tot eigendomsoverdracht. Werd het de verkoper buiten schuld onmogelijk deze verplichting na te komen, dan kon men volgens Opzoomer aannemen dat de koper desalniettemin moest betalen. Bij andere wederkerige overeenkomsten gold de 'meer natuurlijke regel' dat het risico op de eigenaar rustte.<sup>30</sup> De meeste schrijvers volgden op dit punt Diephuis en achtten de regel van artikel 1496 OBW onjuist.<sup>31</sup> Pitlo sprak bijvoorbeeld van een onbillijke regel die een inbreuk maakte op het wederkerige karakter van de koopovereenkomst. Daaruit zou moeten volgen dat de ondergang van de ene verbintenis door overmacht het einde van de daartegenover staande verbintenis mee bracht. De regel hoorde volgens Pitlo beter thuis in het Franse recht, waar de koper immers de eigendom van de gekochte zaak verwierf als gevolg van het sluiten van de koop, dan in het Nederlandse recht dat nog levering eiste. 'Het kan ons dan ook niet verwonderen, dat schrijvers en rechtspraak de neiging hebben om de onbillijke regel van artikel 1496 in zijn werking zoveel mogelijk terug te dringen.'<sup>32</sup> Het verbaast niet dat de wetgever in 1992 afscheid nam van de Romeinsrechtelijke regel *res perit emptori*. A.D. Bonnet vertelt in zijn proefschrift dat Meijers veldonderzoek had gedaan naar de regel door enquêtes rond te sturen naar allerlei brancheverenigingen.<sup>33</sup> Die adviseerden bijna allemaal afscheid te nemen van de regel. De Toelichting Meijers stelt dat het logischer is dat het risico overgaat als de zaak onder de hoede van de koper komt en dat 'geraadpleegde belanghebbenden zich voor deze oplossing hebben uitgesproken'.<sup>34</sup> Het risico gaat naar huidig recht over op het ogenblik van aflevering aan de koper (art. 7:10 BW), aflevering geschiedt volgens artikel 7:9 BW doordat de verkoper de koper in het bezit stelt: er zal dan doorgaans ook geleverd zijn zodat de koper met de aflevering ook eigenaar is. De regel *periculum est emptoris* is dus in de woorden van Hijma 'verwezen naar de rechtshistorie'.<sup>35</sup>

Door de eeuwen heen zijn allerlei belangrijke en minder belangrijke kwesties door beoefenaren van het Romeins recht aan de orde gesteld die zich ook naar huidig recht kunnen voordoen, maar waarover weinig of helemaal geen literatuur is

### 5 Schatvondst in een gekochte, nog niet geleverde zaak

Dat betekent evenwel niet dat de bestudering van de rechtshistorie op dit punt vruchteloos is voor de beoefening van het hedendaagse recht. Door de eeuwen heen zijn allerlei belangrijke en minder belangrijke kwesties door beoefenaren van het Romeins recht aan de orde gesteld die zich ook naar huidig recht kunnen voordoen, maar waarover weinig of helemaal geen literatuur is. Ik illustreer dat aan de hand van een vraag die de beoefenaren van het Romeinse recht reeds bezighield, de vraag namelijk aan wie het eigenaarsaandeel van een schat toekwam die gevonden werd in verkochte, maar nog niet geleverde grond. De eigendom van een schat kwam naar Romeins recht, net als naar huidig recht (5:13 BW), toe aan degene die de schat gevonden had en aan de eigenaar van de zaak waarin de schat werd gevonden.<sup>36</sup> Strikte toepassing van deze regel zou ertoe leiden dat de verkoper het eigenaarsaandeel verwierf: die was immers nog eigenaar omdat er nog niet geleverd was. De negentiende-eeuwse beoefenaar van het *ius commune* Glück, bekend van zijn tot op zijn sterfbed geschreven maar desalniettemin onvoltooid gebleven doorlopende commentaar op de Digesten,<sup>37</sup> noemde een heel aantal achttiende-eeuwse proefschriften die dit standpunt huldigden. Een schat was een zaak op zichzelf, die niets te maken had met de grond waarin hij lag, laat staan dat hij in verband stond met de gekochte grond. Zo verkreeg iemand die door verjaring eigenaar werd van een stuk land niet als vanzelf de eigendom van de schat die zich erin bevond: het bezit van een stuk land omvatte niet als vanzelf het bezit van de schat die er lag.<sup>38</sup> Een schat was evenmin een vrucht van de grond, maar een op zichzelf

staande zaak. Een na de koop, maar voor de levering gevonden schat kwam dus toe aan de vinder en de eigenaar van de grond en dat was de verkoper: dat was bovendien in overeenstemming met de schat die immers een *donum fortunae*, een gift van de fortuin, was (D. 41,1,63,1).<sup>39</sup> Glück sloot zich aan bij die auteurs die vonden dat de koper recht had op het eigenaarsaandeel. Hem kwamen immers omdat hij het risico droeg *alle* voordelen toe die de verkochte zaak opbracht: een schat viel daaronder.

Als extra argument noemde Glück nog dat de gekochte grond gezien vanuit de verhouding tussen koper en verkoper aan de koper toebehoorde en niet zozeer aan de verkoper.<sup>40</sup> Wij zagen dat hetzelfde argument gegeven werd – onder andere door Windscheid – voor de regel *res perit emptori*. Ook Glück zag daarin de verklaring voor de regel.<sup>41</sup> Hij noemde het punt ook bij de vraag aan wie het eigenaarsaandeel van een schat toekwam gevonden in een verkochte, maar nog niet geleverde zaak. Dat is enigszins verwarrend: neemt men immers aan dat de koper althans in economische zin al eigenaar is van de gekochte zaak dan zou hem ook het eigenaarsaandeel in de schat toekomen: hij zou dan als (economisch) eigenaar ten minste voor de helft eigenaar worden van de schat. Dat is evenwel niet wat Glück bedoelde: hij nam aan dat de koper een uit de koop voortvloeiende aanspraak had jegens de verkoper voor het eigenaarsaandeel van de schat. De koper kon de verkoper met de *actio empti* aanspreken tot overdracht, tot levering van het eigenaarsaandeel, zoals de koper van een landgoed de verkoper kon aanspreken om het vóór de levering aangespoelde stuk land te leveren, alhoewel hij dat niet had gekocht.<sup>42</sup> Deze opvatting werd onder de negentiende-eeuwse beoefenaren van het Romeinse recht, de zogenoemde pandektisten,<sup>43</sup> de heersende.<sup>44</sup>

Werd zij opgenomen in het op de pandektistiek voortbouwende Duitse wetboek van 1900? Dat is niet geheel duidelijk. § 446 BGB stelt dat het risico overgaat op het ogenblik van overgave. Het BGB breekt dus met de Romeinsrechtelijke regel *res perit emptori*. Vanaf het ogenblik van de overgave heeft de koper volgens die paragraaf aanspraak op de 'Nutzungen' van de gekochte zaak. Doorgaans gaat tegelijkertijd met de 'Übergabe' van de zaak de eigendom over op de koper.

35 Asser/Hijma 7-1\* 2013/507 en 508.

Wanneer het gaat om een koop die geen consumentenkoop is, kunnen partijen overigens wel afwijken van de regel van art. 7:10 BW, vgl. art. 7:5 en 7:6 BW.

36 Dat bepaalde keizer Hadrianus in een keizerlijke wet opgenomen in Justinianus' *Instituten*, 2,1,39 wanneer het ging om een toevalsvondst. Vgl. over deze 'Hadrianische Teilung' bijvoorbeeld Knütel & Lohse 2017, p. 157.

37 Zie over Glück en zijn magnum opus A. Hirata, 'Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755-1831)', *ZSS* (123) 2006, p. 330-342.

38 D. 41,2,3,3. Zie naast het artikel genoemd in de volgende voetnoot de vele verwijzingen bij C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld Band 17,1*, Erlangen 1815, p. 190 e.v. De bezitter te goeder trouw kon evenmin aanspraak maken op het eigenaarsaandeel van een op 'zijn' erf gevonden schat, vgl. de door C.F. Czychlarz bewerkte delen 41 en 42 van Glücks reeks, Erlangen 1887, p. 235.

39 M. Schwach, 'Beitrag zur Lehre vom Eigenthumserwerbe am gefundenen Schatze nach röm. Rechte', *Oesterreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft*, Band 12, 1863, p. 115-144, op. p. 141. Zie ook G. Hill, *Treasure Trove in law and practice*, Oxford 1936, p. 46.

40 Glück 1815, p. 190 e.v.

41 Glück 1815, p. 133.

42 Dat blijkt bijvoorbeeld uit de schrijvers die Glück instemmend aanhaalde zoals G. Beyer, *Delineatio Iuris Civilis secundum Institutiones et Pandectas atque Feudalis* (vijfde editie), Leipzig 1711, p. 357 (nr. 44). Vgl. ook in deze zin het betoog van J. Voet in zijn *Commentarius ad Pandectas*, II, Den Haag 1726, ad D. 41,1, nr. 12 (p. 727): de koper draagt het risico en heeft daarom aanspraak op ieder voordeel, deze regel is in overeenstemming met de natuurlijke billijkheid (*naturalis aequitas*).

43 De pandektisten richtten zich vooral op de Digesten of Pandekten. Zij wilden uit de casusgerichte teksten de begrippen afleiden en daarmee het vermogensrecht in een systeem vatten. Vgl. F. Brandsma, 'De Historische School in het privaatrecht', in: *Ars Aequi* 2009, p. 417-420 (AA20090417).

44 Vgl. bijvoorbeeld H. Dernburg, *Pandekten II* (zesde druk), Berlijn 1900, p. 268; L. Arndts, *Lehrbuch der Pandekten* (zesde druk), München 1868, p. 414; R. von Jhering, 'In wie weit muss der, welcher eine Sache zu leisten hat, dem mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?', in: *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig 1844, p. 1-86, op p. 8.

Dat hoeft evenwel niet zo te zijn. Aan wie komt het eigenaarsaandeel toe in de schat die de koper vindt in de gekochte zaak na 'Übergabe', maar vóór eigendomsverrijging? Beslissend is of een schat een *Nutzung* is van de gekochte zaak. § 100 BGB maakt aannemelijk dat dat niet zo is, hij omschrijft *Nutzungen* als 'die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt'. Raape concludeerde daarom kort na de invoering van het BGB, in 1915, dat de koper geen aanspraak kon maken op het eigenaarsaandeel in een schat, ook niet als hij al wel het risico droeg dat de zaak ten onder ging.<sup>45</sup> De heersende leer oordeelt inmiddels echter dat de koper wel aanspraak kan maken op het eigenaarsaandeel in de schat gevonden na de *Übergabe*, maar voor eigendomsverrijging, omdat hij het risico draagt dat de zaak tenietgaat.<sup>46</sup>

Ook naar Nederlands recht komt een schat zoals gezegd voor gelijke delen toe aan de ontdekker en aan degene in wiens zaak de schat wordt aangetroffen (art. 5:13 BW). Dat betekent dat het eigenaarsaandeel in een schat gevonden in een verkocht maar nog niet geleverd bureau of landgoed toekomt aan de verkoper. Wanneer de verkoper zich van zijn verplichting tot aflevering heeft gekweten, zal daardoor normaliter de eigendom overgaan op de koper: aflevering geschiedt immers doordat de verkoper de koper in het bezit stelt van de gekochte zaak (art. 7:9 lid 2 BW). Het eigenaarsaandeel van een schat die vervolgens wordt gevonden komt aan de koper toe. Toch is het niet onvoorstelbaar dat de verkoper zich van zijn verplichting tot aflevering heeft gekweten, maar de koper geen eigenaar werd. Zoiets kan zich voordoen bij de overdracht van een registergoed als de bij de overdracht betrokken notaris de transportakte niet inschrijft, of een ongeldige akte inschrijft. Hijma stelt dat de verkoper dan wel heeft voldaan aan zijn afleveringsplicht, alhoewel de koper geen eigenaar werd.<sup>47</sup> Bij roerende zaken valt te denken aan de verkoop onder eigendomsvoorbehoud: de aflevering is dan volgens artikel 7:9 lid 3 BW 'het stellen in de macht van de koper'.<sup>48</sup> Wat nu wanneer na de aflevering in de gekochte zaak een schat wordt ontdekt? Aan wie komt in zo'n geval het eigenaarsaandeel van de schat toe? De vraag of de

koper in zo'n geval uit de koopovereenkomst aanspraak kan maken op levering van het eigenaarsaandeel is wat betreft onder eigendomsvoorbehoud geleverde roerende zaken van weinig belang. De koper onder eigendomsvoorbehoud verwerft immers vanaf het ogenblik van de aflevering door machtsverschaffing een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.<sup>49</sup> Het eigendomsrecht van de verkoper wordt omgekeerd eveneens voorwaardelijk, zij het onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de vorderingen waarvoor de eigendom is voorbehouden. Datzelfde geldt dus voor het eigenaarsaandeel van de schat gevonden in de onder eigendomsvoorbehoud verkochte roerende zaak (een antiek bureau bijvoorbeeld). De koper zal met de onverwachte winst van de schat in het achterhoofd zijn schulden aan de verkoper ongetwijfeld spoedig voldoen zodat zijn voorwaardelijke eigendomsrecht uitgroeit tot onvoorwaardelijke eigendom. Dan komt vanzelf een einde aan de voorwaardelijke eigendom onder ontbindende voorwaarde van de verkoper van de verkochte zaak en de schat.<sup>50</sup> De positie van de koper van een roerende zaak is zo goederenrechtelijk gedekt.

Dit ligt anders wanneer het gaat om een registergoed dat de verkoper weliswaar aan de koper heeft afgeleverd, maar waarvan de eigendom niet is overgegaan als gevolg van een fout van de bij de overdracht betrokken notaris. De koper verwerft dan met de aflevering niet een terstond ingaand voorwaardelijk eigendomsrecht zodat hij evenmin een voorwaardelijk eigendomsrecht verwerft op de schat. Het eigenaarsaandeel komt dus toe aan de verkoper. Nu zullen de koper en verkoper er doorgaans niet van op de hoogte zijn dat de bij de overdracht betrokken notaris zijn werk niet heeft verricht. De koper zal anders gezegd in de alleszins verdedigbare veronderstelling verkeren dat hij eigenaar is geworden. Hij is dus bezitter te goeder trouw.<sup>51</sup> Na tien jaar verwerft hij op grond van de verkrijgende verjaring ex artikel 3:99 BW de eigendom. Deze latere eigendomsverrijging heeft geen invloed op de goederenrechtelijke status van de schat omdat eigendomsverrijging door verkrijgende verjaring volgens de meeste schrijvers geen terugwerkende kracht heeft.<sup>52</sup> De eigendomsverrijging door verjaring door de koper verandert er

45 H. Dernburg/L. Raape, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens II* (vierde druk) Halle a.d.S. 1915, p. 35.

46 Zie met verwijzingen R. Knütel, 'Von Landanschwemmungen und Schätzen. Die commoda ex re vendita und § 446 BGB', in: G. Baumgärtel e.a. (red.), *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlijn-New York 1984, p. 551-573, p. 568-569. Zo stelt Huber bijvoorbeeld dat § 446 BGB analoog moet worden toegepast op andere voordelen die de zaak brengt zoals een schat, *Soergel Kommentar zum BGB*, Stuttgart enz. 1991, § 446 Rn 69. Vgl. ook R.M. Beckmann (bew.), *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlijn 2014, § 446 Rn 45. Zie nog Tröger, *beck-online.Grosskommentar zum BGB*, 2019, § 446 Rn 64.

47 Asser/Hijma 7-I\* 2013/436.

48 Zie bijvoorbeeld Asser/Hijma 7-I\* 2013/433.

49 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank / Reuser*), r.o. 4.2.2.

50 Vgl. in gelijke zin over de vruchten die de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak gaf voordat de koper onvoorwaardelijk eigenaar werd: E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 328 e.v.

51 Voor een voorbeeld HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6588, NJ 2010/294, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rodewijk / Bouwman*).



dus niets aan dat het eigenaarsaandeel in de schat van de verkoper is. Nu zal de koper die na de aflevering maar zonder eigenaar te zijn geworden een schat heeft gevonden in het door hem gekochte huis in de onjuiste maar verdedigbare veronderstelling verkeren dat hem het eigenaarsaandeel van de schat toekomt: hij denkt en mag denken eigenaar van het huis te zijn geworden (vgl. 3:118 BW). Als hij de schat zelf ontdekt heeft, is hij in werkelijkheid mede-eigenaar van de schat samen met de verkoper, maar zal hij de schat bezitten alsof hij in zijn eentje eigenaar is. Na drie jaar onafgebroken bezit als eigenaar zal de koper de ongedeelde eigendom van de schat verwerven (zie art. 3:99 BW). De mede-eigendom van de verkoper gaat dan teniet.

Toch is niet uitgesloten dat de positie van de koper die een schat vindt in het aan hem afgeleverde maar nog niet door hem verworven huis wat ongelukkig is. Stel bijvoorbeeld dat de koper een schat vindt, dat de verkoper daarvan hoort, en dat vervolgens de notaris aan partijen laat weten dat er bij de overdracht iets is misgegaan en dat zij daarom opnieuw voor hem moeten verschijnen. De verkoper zou zich dan op het standpunt kunnen stellen dat hij het eigenaarsaandeel in de schat mag houden: hij is immers eigenaar van de zaak waarin de schat werd aangetroffen. Vanuit de koper bezien is dat enigszins zuur: de enige reden dat hij geen eigenaar werd is erin gelegen dat de notaris tekortschoot. De verkoper heeft van de andere kant bezien door naar de notaris te gaan zijn aanspraken op de zaak laten varen. Moet de koper het in zo'n geval doen met een schadevergoedingsactie tegen de notaris? Het Nederlandse wetboek mist een bepaling als § 446 BGB dat de koper na de overgave de 'Nutzungen' van de zaak toewijst. Ons wetboek bevat slechts een bepaling over de vruchten die volgens artikel 7:14 BW vanaf de aflevering toekomen aan de koper: daarmee is bedoeld dat de koper er in zijn verhouding met de verkoper recht op heeft.<sup>53</sup> Nu zou men kunnen oordelen dat een schat geen vrucht is en dat de verkoper het eigenaarsaandeel daarom mag houden. Ik voel niet voor zo'n uitleg van artikel 7:14 BW.

Mij lijkt het logischer het geval van de schatvondst in een afgeleverd perceel dat nog van de verkoper is net zo op te lossen als voor vruchten in artikel 7:14 BW is geschied. Artikel 7:14 BW drukt immers een algemeen beginsel uit dat terugvoert op het Romeinse recht. Vanaf het ogenblik van de aflevering draagt de koper het risico dat de gekochte zaak tenietgaat. Vanaf dan heeft hij daarom aanspraak op overdracht van voordelen die de verkochte zaak oplevert.<sup>54</sup> De koper kan de verkoper dus op grond van de koopovereenkomst aanspreken tot overdracht van het eigenaarsaandeel in de schat.<sup>55</sup> In de woorden van keizer Justinianus: 'Nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est', of in een moderne variant van deze oeroude uitspraak die de hedendaagse lezer wellicht wat meer aanspreekt: ieder nadeel heeft zijn voordeel.

## Juist omdat het Romeinse recht eeuwenlang het geldende recht van een groot deel van Europa was, is bij de beoefenaren van dat recht bijna altijd wel iets te vinden, en vaak iets wat ook voor de moderne tijd bruikbaar is

### Tot slot

Zo kan de bestudering van het Romeinse recht niet alleen een beeld geven van de verschillende wijzen waarop dat recht door de eeuwen heen bestudeerd werd, maar leert zij ook waarom ons recht zo geworden is als het werd. De bestudering van het Romeinse recht kan daarnaast ook vruchten afwerpen wanneer over een bepaalde kwestie naar huidig recht weinig of niets geschreven is en er evenmin rechtspraak is. Dat doet zich in een klein land als het onze met bovendien een relatief jonge codificatie best eens voor.<sup>56</sup> Juist omdat het Romeinse recht eeuwenlang het geldende recht van een groot deel van Europa was, is bij de beoefenaren van dat recht bijna altijd wel iets te vinden,<sup>57</sup> en vaak iets wat ook voor de moderne tijd bruikbaar is.

52 P.C. van Es, 'Verkrijging door verjaring: ex nunc of ex tunc?', *WPNR* 2011, afl. 6880, p. 257-258, met reactie door A.C. van Schaick en naschrift door Van Es, *WPNR* 2011, afl. 6887; P.J. van der Plank & M.E. Witting, 'De invloed van verkrijgende verjaring op beperkte rechten die rusten op de grond', *NTBR* 2015/35; J.E. Jansen, 'Verkrijgende verjaring, terugwerkende kracht en bekrachtiging', *GROM* (32) 2015, afl. 12, p. 1-27; B. Hoops & L.C.A. Verstappen, 'Verkrijgende verjaring, het lot van beperkte rechten en de rol van het Kadaster en de notaris', *WPNR* 2017, afl. 7147, p. 331-337.

53 Vgl. de wetsgeschiedenis bij het artikel, *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 111 e.v.

54 Ik zou dus ook menen dat het partijen – wanneer de koop geen consumentenkoop is (vgl. art. 7:5 en 7:6 BW) – vrijstaat van dit uitgangspunt af te wijken, art. 7:10 en 7:14 BW zijn dan immers geen dwingend recht.

55 De revindicatie van de verkoper ter zake van het eigenaarsaandeel zou daarom naar mijn mening afgewezen moeten worden; hij die opeist wat hij weer terug zal moeten geven handelt immers onbehoorlijk, vgl. D. 50,17,173,3. Naar Romeins recht stuitte de revindicatie daarom af op een aan onbehoorlijkheid van de eiser ontleend verweermiddel (de *exceptio doli*). Wellicht dat naar modern recht zou gelden dat de redelijkheid en billijkheid aan succesvolle revindicatie in de weg staan. Het staat dan welhaast vast dat de koper of diens opvolger onder bijzondere titel door verkrijgende verjaring de exclusieve eigendom zal verwerven. Gedurende de verjaringstermijn heeft de koper evenwel geen goederenrechtelijke aanspraak ten aanzien van het eigenaarsaandeel in de schat.

56 Vgl. bijvoorbeeld G.H. Potjewijd die naar aanleiding van het ontbreken van rechtspraak over de figuur van de bekrachtiging (art. 3:58 BW) onder het oude en het nieuwe recht de vraag opwierp of Nederland 'eigenlijk niet te klein is voor de ontwikkeling van een eigen en nationaal burgerlijk recht'. Zie zijn 'Bekrachtiging en convalescentie van een mislukte verpanding', *NTBR* 2015/28.

57 Vgl. bijvoorbeeld de opmerkingen van Brandsma over de negentiende-eeuwse beoefening van het Romeinse recht door de aanhangers van de zogenoemde Historische School: 'Het loont nog steeds de moeite om, bij welk modern privaatrechtelijk vraagstuk ook, de geschriften van de Pandektisten ter hand te nemen: men vindt er altijd iets van zijn gading', in Brandsma 2009, p. 420.