

Tekst & Uitleg

D. 47,2,81(80),pr. Papinianus libro duodecimo quaestionum

Si vendidero neque tradidero servum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio: et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor.

Als ik een slaaf heb verkocht maar nog niet heb geleverd en hij wordt buiten mijn schuld gestolen, is er het meest voor te zeggen dat mij de actio furti toekomt. Het schijnt dat ik daar ook belang bij heb, aangezien de eigendom bij mij berustte of omdat ik gehouden kan worden de acties over te dragen.

1 Inleiding

Papinianus schetst de volgende casus. Ik heb een slaaf verkocht, maar nog niet geleverd en ben dus nog eigenaar. De slaaf wordt buiten mijn schuld gestolen. Rechtsvraag: aan wie komt de *actio furti* toe? Het antwoord is: aan mij en wel om twee redenen: ik was de eigenaar op het moment van de diefstal en ik kan gehouden worden om de acties over te dragen aan de koper. Die acties zijn de *rei vindicatio*, de *condictio furtiva* en de *actio furti*. Dit blijkt uit de volgende tekst van Ulpianus:

D. 47,2,14,pr. (Ulpianus): Celsus heeft geschreven dat degene die een zaak heeft gekocht, de actio furti niet heeft, indien de zaak hem niet is geleverd, maar dat deze actio dan nog aan de verkoper toekomt. Natuurlijk zal deze aan de koper de actio furti, de *condictio* en de *rei vindicatio* moeten overdragen, en mocht hij op grond van deze acties iets verkregen hebben, dan zal hij dat aan de koper behoren af te dragen. Deze opvatting is juist; en aldus ook Julianus. Het risico van de zaak is natuurlijk voor de koper, vooropgesteld dat de verkoper vóór de levering instaat voor bewaking.¹

De casus die Papinianus behandelt, houdt in dat de verkoper geen schuld heeft aan de diefstal. De reden daarvoor is dat voor slaven in beginsel geen verplichting tot bewaking (*custodia*) bestond.² Bij diefstal van een slaaf was de verkoper dus niet aansprakelijk jegens de koper voor het niet kunnen nakomen van de leveringsverplichting. Niettemin was de verkoper verplicht om de *rei vindicatio*, de *condictio furtiva* en de *actio furti* over te dragen. Aannemelijk is dat de ratio van deze verplichting van de verkoper was dat de koper het risico droeg van diefstal van de verkochte maar nog niet geleverde slaaf. Daarbij paste dat hij de *rei vindicatio*, de *condictio furtiva* en de *actio furti* tegen de dief moest kunnen instellen. Anders

1 D. 47,2,14,pr. Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum. Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sec adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus, et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

2 D. 13,6,5,6 en D. 13,6,18,pr.

zou hij de koopprijs hebben moeten betalen en verder met lege handen zijn achtergebleven. Het fragment van Ulpianus is niet expliciet ter zake van de aansprakelijkheid van de verkoper jegens de koper. De vermelding in de slotzin dat de verkoper instaat voor *custodia*, wijst er echter op dat Ulpianus uitgaat van een casus waarin de verkoper wél aansprakelijk is. Degene die instond voor *custodia* was immers aansprakelijk als de zaak die hij aan zijn contractspartij moest (terug)geven, werd gestolen.³ Uit D. 47,2,14,pr. volgt dus dat de verkoper gehouden was om de *rei vindicatio*, de *condictio furtiva* en de *actio furti* over te dragen aan de koper, ongeacht of hij al dan niet aansprakelijk was jegens de koper voor het niet kunnen nakomen van de leveringsverplichting.⁴

Papinianus geeft een dubbele motivering voor het antwoord op de rechtsvraag: mij komt de *actio furti* toe, omdat ik eigenaar was, of omdat ik gehouden ben om de acties, waaronder dus de *actio furti*, over te dragen. In de romanistische literatuur heeft deze dubbele rechtvaardiging aanleiding gegeven voor de veronderstelling dat het tweede element van de redengeving "vel quoniam ad praestandas actiones teneor" op een interpolatie zou berusten. Omdat in het klassieke Romeinse recht reeds de hoedanigheid van eigenaar de actieve legitimatie tot de *actio furti* rechtvaardigde, zou deze toevoeging overbodig zijn. Reichard concludeert dat "die zirkuläre Argumentation wegen ihrer minderen juristischen Qualität der Nachklassik angehört."⁵ Ik acht deze veronderstelling ongegrond.

Uitgangspunt bij de actieve legitimatie van de *actio furti* was dat deze actie toekwam aan degene die er belang bij had.⁶ Nu zal voor de eigenaar van de gestolen zaak het belang bij het instellen van de *actio furti* vaak niet lastig te onderbouwen zijn geweest, maar juist in het geval van een verkochte zaak die werd gestolen buiten de schuld van de eigenaar, behoefde dat enige toelichting.⁷ De verkoper/eigenaar behield immers recht op de koopprijs, ook al kon hij zijn leveringsverplichting niet meer nakomen. Hij had dus geen schade (aangenomen dat de koopprijs ook daadwerkelijk werd betaald). Papinianus licht toe dat de verkoper gehouden is de *actio furti* over te dragen aan de koper. Daarachter steekt kennelijk de gedachte dat als de verkoper geen *actio furti* zou toekomen wegens gebrek aan belang, hij de *actio furti* ook niet zou kunnen overdragen aan de koper. Papinianus wil dus tot uitdrukking brengen dat het niet zo is dat de dief vrijuit gaat, omdat de verkoper geen belang heeft bij het instellen van de *actio furti* en de koper niet uit eigen hoofde de *actio furti* kan instellen. Dat is een deugdelijke redenering.

2 Art. 1481 oud BW

De regel dat de verkoper van een zaak, die buiten de schuld van de verkoper vóór de levering wordt gestolen, zijn vordering op de dief aan de koper moet overdragen, heeft via Pothier zijn

3 Bekende voorbeelden zijn de bruiklener, de *fullo* en de *sarcinator*. Zie Gai 3, 205-206.

4 Vgl. M. Harder, "Commodum eius esse debet, cuius periculum est. Über die *actio furti* als stellvertretendes *commodum* beim Kauf." In: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, p. 351-372, p. 371; I. Reichard, Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht, Keulen/Weimar/Wenen 1993, p. 100-103.

5 Reichard, a.w., p. 107, met verwijzingen naar verdere literatuur in voetnoot 48.

6 D. 47,2,10: Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet.

7 Gai. 3, 203: Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit, rem non perire. Vgl. Harder, t.a.p., p. 362.

weg gevonden in het moderne recht.⁸ Pothier schrijft:⁹

"Lorsque, sans la faute du débiteur, la chose qu'il devait est périe, ou mise hors du commerce, ou perdue de manière qu'on ne sache pas qu'elle est devenue, si le débiteur a quelques droits et actions par rapport à cette chose, son obligation subsiste à l'effet qu'il soit tenu de subroger son créancier auxdits droits et actions. Par exemple, si vous êtes débiteur envers moi d'un cheval qui, sans votre faute, a été tué par un tiers, ou a été ravi par violence, sans qu'on sache ce qu'il est devenu, vous serez, à la vérité, quitte envers moi du cheval; mais vous serez tenu de me subroger aux actions que vous avez contre ceux qui l'ont tué, ou qui l'ont ravi."

Art. 1303 Code Civil luidt: "Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier." Deze bepaling is klaarblijkelijk rechtstreeks gebaseerd op bovenstaande passage uit het *Traité des Obligations* van Pothier. Art. 1481 oud BW is een letterlijke vertaling van art. 1303 Code Civil: "Indien de verschuldigde zaak zonder toedoen van den schuldenaar vergaan, buiten den handel der menschen geraakt of verloren is, is de schuldenaar gehouden, in geval hij eenige regten of vorderingen tot schadevergoeding betrekkelijk deze zaak heeft, die aan zijnen schuldeischer af te staan." Anders dan naar Frans recht, waar de eigendom bij de totstandkoming van de koopovereenkomst overgaat, zodat de koper een zelfstandig vorderingsrecht uit onrechtmatige daad tegen de dief heeft, heeft deze bepaling naar Nederlands recht ook inderdaad betekenis in het door Pothier genoemde geval van een verkocht paard dat buiten de schuld van de verkoper wordt gedood of gestolen door een derde.

3 Art. 285 BGB

Art. 285 BGB (voorheen art. 281 BGB) luidt: "(1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. (2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs."

Naar Duits recht geldt de verplichting om de vordering op de dief over te dragen dus niet alleen wanneer de verkoper geen schuld heeft, maar ook wanneer de verkoper jegens de koper aansprakelijk is voor het niet kunnen nakomen van de leveringsverplichting. Zoals gezegd, was dat ook zo in het klassieke Romeinse recht. In de Code Civil, en in het voetspoor daarvan in het oude BW, is deze regel slechts in afgeslankte vorm terecht gekomen, namelijk alleen voor het geval waarin de verkoper geen schuld had aan de diefstal, de casus van Papinianus in D. 47,2,81(80),pr. derhalve.

8 Toelichting Meijers op art. 6.1.6.4, Parl. Gesch. Boek 6, p. 272.

9 R.J. Pothier, *Traité des Obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, nouvelle édition, tome second, Parijs/Orléans 1768, nr. 634. In andere uitgaven is het nr. 670.

4 Art. 6:78 BW

De wetgever van het nieuwe BW heeft die oneffenheid onderkend. Dat heeft de volgende achtergrond. Meijers schreef in zijn preadvies van 1918 voor de NJV dat art. 1481 BW "een regel [is], die uit het Romeinsche recht stamt en die men in alle tegenwoordige wetboeken terugvindt" en dat deze bepaling "mede een toepassing is" van het beginsel "onmogelijkheid ontslaat niet zonder meer; er blijft nog de verplichting om een surrogaat te geven, tenzij ook dit te bezwarend is."¹⁰ Volgens Meijers in zijn toelichting op ontwerp art. 6.1.6.4 - thans art. 6:78 BW - berust art. 1481 oud BW op de gedachte dat de vordering tot schadevergoeding die de schuldenaar verkrijgt, in de plaats treedt van de te leveren zaak en daarom in de plaats van de te leveren zaak aan de schuldeiser moet worden afgedragen: zaaksvervangings.¹¹ Hij verwijst in dat kader naar het in Duitsland gehanteerde begrip "stellvertretendes commodum", dat in de Duitse romanistische literatuur inderdaad wordt genoemd als onderliggend principe van de naar Romeins recht op de verkoper rustende verplichting om zijn vorderingen op de dief over te dragen aan de koper.¹²

Overigens was de visie van Meijers op art. 1481 oud BW als toepassing van de rechtsfiguur van zaaksvervangings niet onomstreden. Houwing schreef in 1962 dat er strijd bestaat of de ratio van art. 1481 oud BW is dat de rechten tot schadevergoeding in de plaats van de verloren zaak komen, of dat de schuldenaar niet ongerechtvaardigd ten koste van de schuldeiser verrijkt mag worden.¹³ Langemeijer en Hammerstein benadrukten in hun dissertaties uit respectievelijk 1927 en 1977 dat artikel 1481 oud BW strikt genomen geen toepassing van de rechtsfiguur van zaaksvervangings vormt.¹⁴

De wetgever van het nieuwe BW heeft tegen deze achtergrond het huidige art. 6:78 BW niet geschoeid op de leest van de zaaksvervangings, maar van de ongerechtvaardigde verrijking. Daarmee is beoogd te voorkomen dat de schuldenaar aan wie de tekortkoming niet kan worden toegerekend, er "slechter aan toe zou zijn" dan de schuldenaar die wanprestatie heeft gepleegd. Dat "slechter aan toe zijn" zou dan er in een geval zoals Papinianus behandelt, uit bestaan dat de schuldenaar aan wie de tekortkoming niet kan worden toegerekend, zijn vordering op een derde, die in sommige gevallen meer kan belopen dan de schade van de schuldeiser, moet overdragen, terwijl de wanpresterende schuldenaar slechts de schade van zijn schuldeiser behoeft te vergoeden. In art. 6:78 BW wordt dit dus bereikt door de aanspraak van de schuldeiser op het voordeel dat is verkregen door de schuldenaar te beperken tot het bedrag van de schade van de schuldeiser.¹⁵ Het tweede lid van deze bepaling geeft de schuldenaar de mogelijkheid om de schade van de schuldeiser te vergoeden door overdracht van de vordering op een derde. Dat de schuldenaar niet verplicht is tot overdracht van de vordering, volgt uit het uitgangspunt dat het bij art. 6:78 BW gaat om schadevergoeding

10 E.M. Meijers, "Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan? Zoo ja, welke wettelijke regeling is te dien aanzien wenschelijk?" Preadvies NJV 1918, p. 184 en 186.

11 Toelichting Meijers op art. 6.1.6.4, Parl. Gesch. Boek 6, p. 273.

12 Zie bijvoorbeeld D. Medicus, *Id quod interest*, Keulen/Graz 1962, p. 28.

13 Ph.A.N. Houwing, WPNR 4740 (1962), p. 438. Bijvoorbeeld M.G. Levenbach, *De spanning van de kontraktsband*, diss. UvA, Amsterdam 1923, p. 329, ziet art. 1481 oud BW als een toepassing van de ongerechtvaardigde verrijking.

14 G.E. Langemeijer, *Zaaksvervangings*, diss. Leiden, Vlaardingen 1927, p. 6-7; A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings*, diss. Nijmegen, Zwolle 1977, p. 174.

15 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 273 en Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1252.

wegens ongerechtvaardigde verrijking.¹⁶ De rechter kan ingevolge art. 6:103 BW echter bepalen dat de schuldenaar de schade moet vergoeden door overdracht van de vordering die hij op de derde heeft.¹⁷ De parlementaire geschiedenis van art. 6:103 BW vermeldt: "Het vonnis waarbij de gedaagde wordt veroordeeld de schade op een andere wijze dan door betaling van een geldsom te vergoeden, kan b.v. inhouden (...) dat hij een surrogaat moet leveren."¹⁸ In art. 6:78 BW is de (eventuele) verplichting van de verkoper om de vordering op de dief over te dragen aan de koper, dus gezet in de sleutel van schadevergoeding bij overmacht (zie ook art. 6:277 lid 2 BW).

Aan de bepaling van art. 6:78 BW bestaat in het hier besproken geval geen behoefte als de koper uit eigen hoofde een vordering uit onrechtmatige daad zou kunnen instellen tegen de laedens. In het klassieke Romeinse recht kon de koper dat niet, ook naar Duits recht kan de koper dat niet, maar naar Frans recht wel. Wat geldt naar Nederlands recht? Sommige rechterlijke uitspraken wijzen in de richting van een rechtstreekse onrechtmatige daadsvordering van de koper.¹⁹ Ook in de literatuur wordt dit voor mogelijk gehouden.²⁰ Ik acht een dergelijke oplossing in ieder geval niet wenselijk indien de koper de koopprijs nog niet aan de verkoper heeft betaald.²¹ Als de koper in dat geval (abstract berekende) schadevergoeding ontvangt ter hoogte van de waarde van de zaak, zou de verkoper die schade niet meer op de laedens kunnen verhalen en loopt hij het risico dat de koper insolvent raakt. Dat is onwenselijk vanuit de optiek van de verkoper en onnodig vanuit de optiek van de koper. De belangen van de koper zijn voldoende gewaarborgd door art. 6:78 BW, aangenomen dat de koper na overdracht van de vordering zijn *eigen* schade kan vorderen van de dief (dus niet alleen de waarde van de zaak, maar ook eventuele andere door de koper geleden schade, uiteraard voor zover die ook overigens (gelet op onder andere art. 6:98 BW) voor vergoeding in aanmerking komt).

J. de Bie Leuveling Tjeenk²²

Amsterdam

16 A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk, 6e druk 2006, nr. 275.

17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 273 en 275.

18 Parl. Gesch. Boek 6, p. 362.

19 GS Schadevergoeding, artikel 96 Boek 6 BW, aant. 66.

20 A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht, Deventer 1965, nr. 189; H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, p. 211.

21 Zie ook J. de Bie Leuveling Tjeenk, Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade, diss. Leiden, Deventer 1997, p. 235.

22 Jan de Bie Leuveling Tjeenk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

