

‘O. dat volgens het oud Hollandsche Regt, in de colonie Suriname nog geldende, (..)’ ofwel enige opmerkingen over relatieve eigendom

Inleiding

We schrijven 30 december 1666. Vanuit Veere vertrekken zeven fregatten onder leiding van Abraham Crijnssen, commandeur bij de admiraliteit Zeeland, richting de West. Crijnssen had van de Staten van Zeeland de opdracht gekregen Suriname op de Engelsen te veroveren. In februari 1667 voeren de schepen de Surinamerivier op en arriveerden bij Fort Willoughby. De Engelsen gaven zich al snel over, het fort werd ingenomen en omgedoopt tot Fort Zeelandia. Suriname zou tot 1975 onder Nederlands bestuur blijven.

Dat Suriname onder het gezag van de Republiek¹ kwam, bracht met zich mee dat het in de Republiek geldende recht van kracht werd. In de Republiek putte de rechter uit het inheemse recht, dat geschreven of ongeschreven kon zijn. Kon hij geen oplossing vinden in dit inheemse recht, dan mocht hij het Romeinse recht te baat nemen.² Het Romeinse recht was de subsidiaire rechtsbron. Het door keizer Justinianus in de 6^e eeuw gecodificeerde recht was vanaf 1100 in West-Europa gerecipieerd als het *ius commune*, het gemene recht. In de gewesten van de Republiek gold derhalve een mengeling van inheems en Romeins recht. Zo was in het gewest Holland, het Rooms-Hollands recht van kracht, in Friesland het Rooms-Friese recht enz.³ Vooral het Rooms-Hollandse recht is naar de koloniën geëxporteerd, ook naar Suriname.⁴ Zo lezen we in een van de uitspraken van het Hof van Justitie in 1836 in Paramaribo dat in Suriname ‘alsnog het oud-Hollandsch regt regeert’, en dat dus naar dat recht moet worden geoordeeld, ‘zoo als het zelve vigeerde in de provincie Holland (..)’.⁵

¹ De geschiedenis is iets genuanceerder. Vanaf de verovering tot 1682 stond Suriname onder het gezag van Zeeland. In 1682 verkocht Zeeland de kolonie aan de West Indische Compagnie. Door geldgebrek van laatstgenoemde ging Suriname in handen over van de Sociëteit van Suriname, die onder het oppergezag van de Generaliteit stond. In 1795 werd de Sociëteit opgeheven en kwam Suriname terug in de boezem van de Republiek der Verenigde Nederlanden. A.J.A. Quintus Bosz, *De weg tot de invoering van de nieuwe wetgeving in 1869 en de overgang van het oude naar het nieuwe burgerlijk recht*, in: *Een eeuw Surinaamse codificatie*, Paramaribo 1969, 1-24, 8. Zie ook: P.J. Verdam, *Het Hooggerechtshof over Surinaamse zaken rechtsprekend naar Romeins-Hollands recht (1809-1838)*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17, 1969, 529-549.

² Zie hierover: H. Kooiker, *Lex scripta abrogata: de derde renaissance van het Romeinse recht: een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van de civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw*, Groningen 1996.

³ J.H.A. Lokin-W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag 2006, 288.

⁴ Het Rooms-Hollandse recht is nog steeds van kracht in Zuid-Afrika, Lesotho, Swaziland en Namibië, Zimbabwe, Indonesië en Sri Lanka.

⁵ Verdam, noot 1, 537. Volgens Quintus Bosz was voor het personen- en familierecht mede

Aan het einde van de achttiende eeuw en het begin van de negentiende eeuw kwam Suriname nog enige jaren in Engelse handen totdat Suriname in 1816 weer aan Nederland werd overgedragen. Het lekencollege dat van oudsher met de civiele rechtspraak was belast werd afgeschaft. In hetzelfde jaar werd een nieuw Hof van Civiele Justitie ingesteld. Gaandeweg waren de wettelijke regelingen echter onoverzichtelijk geworden en was het rechterlijk archief voor het grootste deel verloren gegaan. De rechtsbedeling in Suriname had een slechte reputatie. Er rees verzet tegen het gebrek aan rechtszekerheid als gevolg van de ongedefinieerde wetgeving. Ook het juridische peil van de rechterlijke macht zou te wensen overlaten. Intussen was in Nederland het BW in 1838 ingevoerd, terwijl men in Suriname kampte met ‘een waar doolhof van recht’.⁶ In 1842 lezen we in het Weekblad van het Recht de volgende noodkreet:

‘Intusschen gaan ons de belangen der justitiabelen in Suriname zeer ter harte, en grieft het ons meermalen te moeten zien, op welke eene droevige wijze de justitie daar wordt verwaarloosd, en hoe treurig het daar met het regt gesteld is; en geen wonder; want, gezwezen nog van den toestand van het regt in de kolonie, van dien chaos van Romeinsche en Oud-Hollandsche wetten gewijzigd, veranderd, verminkt door boekdeelen van reglementen en besluiten, boekdeelen die iederen dag nog worden uitgebreid en aangroeijen; welk regt zal men verwachten van die zoogenaamde ongegradueerde regters, dat is van regters, die het regt en de wet niet kennen, en die dus regt spreken naar eigene grillen en luimen, die geleid worden door hun eigen oordeel en verstand alleen, door de regelen van eene zoogenaamde billijkheid; en als dat genoeg is, wat beteekenen dan wetten, als men het niet noodig oordeelt voor hen, die ze moeten toepassen, dat zij die wetten kennen? – waarlijk het is een afschuwelijk denkbeeld het is een denkbeeld om van te sidderen. (...) *Ne sit vox clamantis in deserto*’.⁷

De schrijver wiens naam niet is vermeld, drong aan op een spoedige reorganisatie van de rechterlijke macht in de West-Indische bezittingen. Hij uitte de wens dat bepaald werd dat ‘geene anderen dan *legitime creati Juris Rom. et hodierni Doctores* den regtszetel in Suriname’ mochten bekleden. Behalve bekwaamheid en rechtschapenheid was onafhankelijkheid ‘vooral bij eene kleine bevolking’ een belangrijke vereiste. Verder drong hij aan op een vorstelijk salaris:

‘(..) en de regter dus, eene bezoldiging moet genieten, die hem, in zijnen hoogen stand, die onafhankelijkheid intact kan doen bewaren. Hierdoor ook zal er meerdere keus zijn, want knappe regtsgeleerden zullen dan niet aarzelen, hun Vaderland te verwisselen voor de Volkplantingen, wanneer zij dáár door het overgroote aantal competeurs naar de practijk of naar het regter-ambt worden verdrongen, en zich in hun geboorteland, lange jaren met een hoogst karig loon, zouden moeten

oud-Zeeuws recht van toepassing. Het Romeinse recht was met name van toepassing op het verbintenissenrecht en op roerende zaken inclusief de slaven. Voor onroerend goed gold naast Rooms-Hollands recht een eigen feodaal recht. Quintus Bosz, noot, 1, 7.

⁶ Quintus Bosz, noot 1, 9.

⁷ Weekblad van het Recht 1842, 293

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

tevredenstellen.’⁸

Hij twijfelde over de kledij van de leden van het Openbaar Ministerie. Moest het een zwarte toga worden of moest de kleur rood behouden blijven, want rood maakte grote indruk:

‘Het tegenwoordig costuum der ambtenaren van het publiek Ministerie is, zoowel bij de terechtzittingen, als bij openbare plegtigheden, een roode gekleede rok, met wit ondergoed, en degen met verguld gevest: de lagere klassen in de kolonie hebben een bijzonder ontzag voor het roode kleed.’⁹

Desondanks bleek hij een roepende in de woestijn, want in zijn naschrift lezen we dat na de voltooiing van het artikel een wet was uitgevaardigd die bepaalde dat de gevorderde academische graad voor rechters in het Hof geen vereiste was. ‘God zij Suriname genadig!’, was zijn conclusie.¹⁰

Toch raakte de politiek in het Vaderland ervan overtuigd dat er iets moest veranderen. In het Voorlopig Verslag der Tweede Kamer van 9 juli 1864 staat de opmerking dat het oud-Hollandse recht uit de tijd van de Republiek nog steeds van kracht was, ‘niet zooals het oorspronkelijk bestond, maar bedorven en tot een bron van rechtsverkrachting en chicane verlaagd’.¹¹ Vijf jaren later, in 1869 werd het BW van 1838 ingevoerd.

Dat Suriname onder Nederlands gezag stond, betekende dat de Nederlandse rechter rechtsmacht had in deze kolonie. Bij wet van 18 april 1827 was bepaald dat van alle sententiën door het Hof te Suriname in eerste instantie genomen, partijen appèl konden aantekenen bij de nieuw in te stellen Hoge Raad.¹² Tot die tijd was beroep op het Hoog Gerechtshof te Den Haag mogelijk.¹³

De Hoge Raad moest tot 1869 in Koloniaal appèl rechtspreken volgens Rooms-Hollands recht. De Hoge Raad gebruikt de term ‘oud-Hollands recht’. In tegenstelling tot in Nederland behoorde het oud-Hollandse recht na 1838 in Suriname en dús voor de Hoge Raad niet tot de rechtsgeschiedenis. De werken van bijvoorbeeld Voet, Van Leeuwen en Groenewegen waren nog niet door een laag stof bedekt, maar werden voor de koloniale praktijk gebruikt.

⁸ Weekblad van het Recht 1842, 293

⁹ Weekblad van het Recht 1842, 293

¹⁰ Weekblad van het Recht 1842, 293

¹¹ Quintus Bosz, noot 1, 9.

¹² De Hoge Raad was in burgerlijke zaken geen Hof van cassatie, maar Hof van appèl. In strafzaken daarentegen was de Hoge Raad rechter in cassatie, doch slechts ten aanzien van cassatie in het belang der wet. L.F. Ramdat Misier, Een eeuw Surinaamse rechterlijke organisatie en burgerlijke rechtsvordering, in: *Een eeuw Surinaamse codificatie*, noot 1, 44-52, 47; G.J. Fabius, De rechtsmacht van den Hoogen Raad in koloniale zaken, in: *Rechtsgeleerd Magazijn*, Haarlem 1911, 435/453; J.Th. de Smidt, Drie eeuwen koloniaal appèl, in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988, Een portret*, Zwolle 1988, 28-31.

¹³ Ramdat Misier, noot 12, 47.

De uitspraken van de Hoge Raad in Koloniale Zaken worden bewaard in het Nationaal Archief te Den Haag. De periode van 1827 tot 1869 omvat voor het burgerlijke recht vijf folianten.¹⁴ Verreweg de meeste uitspraken zijn appels van de rechter te Suriname.¹⁵ De meeste privaatrechtelijke zaken betreffen personen en familierecht, erfrecht, slavernij en rechtsvordering. Ik had verwacht talloze specifieke verwijzingen naar oud-Hollands recht en aanverwante schrijvers aan te treffen, maar niets is minder waar. Als de Hoge Raad al verwijst naar het oud-Hollandse recht, dan gebruikt het hoogste rechtscollege meestentijds de volgende formulering: ‘Overwegende ten aanzien van het regt: dat volgens het oud Hollandsche Regt, in de colonie Suriname nog geldende’¹⁶, waarna de beslissing wordt gegeven. Een enkele maal ben ik een verwijzing naar rechtsgeleerde schrijvers als Van Bijkershoek, Van der Linden, Van Leeuwen en De Groot tegengekomen.¹⁷

De uitspraak van de Hoge Raad die ik hieronder bespreek gaat over relatieve eigendom, een onderwerp dat onlangs weer in de belangstelling stond in het proefschrift over relativering van eigendom naar huidig recht van de hand van Femke Damsteegt-Molier.¹⁸

Reijns versus Bukh en Frederici¹⁹

In 1845 deed zich te Suriname het volgende geval voor. Casparus Reijns, eigenaar van een ‘huis van Negotie’ te Amsterdam, had in 1840 de suikerplantage Penoribo verkocht aan Jacob François Frederici. De plantage lag aan de rivier de Commewijne in het district Commewijne, in het noorden van Suriname. Beide partijen waren woonachtig in Paramaribo. Reijns wilde aan Frederici de eigendom van deze grond overdragen. Daartoe moesten partijen naar de rechter, want voor eigendomsovergang ‘naar oud-Hollands regt in de colonie Suriname van kracht’ ging de eigendom van onroerende zaken eerst over nadat transport voor de plaatselijke rechtbank had plaatsgevonden. Reeds in 1529 had Karel V

¹⁴ NA, Archief Hoge Raad der Nederlanden, toegangsnr 2.09.28. inv. nrs 383, 384: algemene rol van burgerlijke zaken uit de koloniën (2 delen 1838-1865/1865-1958), inv. nrs 404-412: arresten in burgerlijke zaken uit de koloniën (1838-1881).

¹⁵ Vanaf 1838 tot 1900 telt de rol 275 nrs. 31 nrs kwamen van het Indisch Hooggerechtshof, 17 van het Hof van Justitie op Curaçao en 372 van het Hof te Paramaribo. De Smidt, noot 12, 30.

¹⁶ Bijv. de uitspraak van 1 december 1854, NA, *Archief Hoge Raad der Nederlanden*, toegangsnr 2.09.28, inv. nr 406.

¹⁷ Bijv. de uitspraken van 10 januari 1852, NA, noot 16, inv. nr 406, 4 november en 2 december 1864, inv. nr 408.

¹⁸ F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom. Een analyse aan de hand van de relativering van de levering p.c., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken*, Den Haag 2009.

¹⁹ NA, noot 16, inv. nr 405. President was Donker Curtius van Tienhoven. De andere raadsheren waren Vaillant, Gevers, Hofstede, Noiret de Bruijn, Van Steenhoven en Modderman. Gregorij was AG en De Gijselaar substituut griffier. De eiser werd bijgestaan door J.G.A. Clant, de gedaagden door G. van der Jagt.

bij plakkaat²⁰ in het gewest Holland de gerechtelijke opdracht verplicht gesteld voor eigendomsoverdracht van onroerende zaken.²¹

Ook in de meeste andere gewesten was deze gerechtelijke opdracht verplicht.²² Van de overeenkomst tot vervreemding werd een akte opgemaakt voor de rechtbank ter plaatse waar het goed gelegen was. De akte werd vervolgens overgeschreven ten protocolle van diezelfde rechtbank. Aan de overdracht was belasting, de zogeheten 40^e penning, verbonden, reden waarom het landsgezag er belang bij had dat de formaliteit voor de rechtbank werd nageleefd. De overdracht ten overstaan van het gerecht diende mede de rechtszekerheid of, zoals Van Leeuwen zegt, ‘om bedrog en onzekerheid van eigendom te

²⁰ Plakkaat van 10 mei 1529: ‘(..) dat onse ondersaeten ende ingesetenen ons lants ende graefscpe van Hollandt dagelicx aliëneren ende [ende ontbreekt in GPB] vervremden, ypotequeren ende anders haer goeden belasten, voor anderen heeren rechters ende bancken dan degeene onder dewelcke die goeden gelegen zyn, waermede die coopers worden gecircumveniëert ende bedroghen, ende daeruuyt dicwils questie ende processen rysen, mits dat diegheene die de vercoopinge, transporten off aliënaciën doen, somtyts dien panden, off de bepalinge ende limiten derselver nyet wel en verclaeren ende oick die lasten ende opstal van de voors. huysen, landen ende erven verzwigen, ende dat die overmits die voors. officieren ende rechters den ryckdom van hoern poerters, buyeren ende ingesetenen nyet en connen geweten, omme daernaer huer settingen van den ommeslagen ende anders te maecken, nae grootheyt van elcx goet; (..) Dat nyemandt van onsen voors. ondersaeten, ingeseten off anderen wonachtich binnen denselven lande ende graefscpe, van wat condicie ofte staete hy zy, hem voertaen en vervoerdere te vercoopen, belasten, trans- porteren, vervremden oft ypoteeckeren eenighe huysen, landen, erven, thienden, thinse off andere immeuble goeden, dan voer den rechters ende ter plecken daer die goeden gelegen zijn. Daertoe verclaerende, dat alle vercoopinghen, belastingen, vervreemdinghen ende ypothequeringe anders gedaen, gehouden ende geacht sullen worden als nul, negheen ende van onwaerde, uuytgesondert alleenlijcken van leengoeden, die getransporteert sullen worden voor den leenheere ende zynen mannen naer ouder gewoente.’ Vgl. Politieke Ordonnantie van 1580. *Textus Minores*, XXXVII, ed. J.A. Ankum/J.Th. de Smidt, Leiden 1968, 1-4.

²¹ Zie hierover: J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Genève 1757, 41, 1, 38 v.; J. Voorda, *Dictata ad ius hodiernum*, II, tekst en vertaling M. Hewett, Amsterdam 2005, ad D. 41, 1, 1243; S. van Leeuwen, *Het Rooms Hollandsch Recht*, Amsterdam 1753, II, 7, 4; S. à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis*, Amsterdam 1669, ad Inst. III, 24; H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, I, Arnhem 1926, II, 5, 13 en 18; U. Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, Amsterdam 1742, II, 9, 17; A. Mattheus, *Paroemiae*, Utrecht 1667, 5, 13; D.G. van der Keessel, *Voorlesinge oor die hedendaagse reg naar aanleiding van De Groot se ‘Inleiding tot de Hollandse rechtsgeleerdheid’*, Amsterdam/Kaapstad, 1963, II, eerste helft, 13-14; G. van Wassenauer, *Practijk judicieel ofte studie op de forme en manier van procederen voor hoven en recht-banken*, Utrecht 1669, IX, 9; J. van der Linden, *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek*, Amsterdam 1806, p. 57; A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht*, Groningen/Batavia, 225 v.; J. Wessels Boer, *Bijdrage tot de kennis van de ontwikkeling van eigendomsoverdracht van onroerend goed in Nederland*, Assen 1887.

²² Zie Wessels Boer, noot 21; S.J. Fockema Andreae, *Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk recht*, Haarlem 1906, 189 v.

voorkomen'.²³

Reijns en Frederici nu lieten de gerechtelijke opdracht achterwege. Reijns stelde Frederici slechts in het bezit van het onroerend goed, met 'belofte van transport'. Hoewel Reijns altijd bereid was geweest tot het doen van transport, had het transport nooit plaatsgevonden. Op een goed ogenblik in 1845 legden de gebroeders Bukh beslag op de plantage voor een schuld van de koper, Frederici, aan de firma Bukh. Reijns, de verkoper, verzette zich tegen deze executie en stelde dat hij volgens het register nog steeds eigenaar van de plantage was en niets met de schuldeiser van de koper, Frederici, te maken had.

Het Gerechtshof te Suriname oordeelde op 21 augustus 1845 dat naar oud-Hollands recht de eigendom van onroerend goed niet door koop overging, maar door overdracht en transport voor de plaatselijke autoriteit. In dit geval echter gold de uitzondering op deze regel, nu de verkoper, Reijns, de koper, Frederici, vóór het transport in het bezit had gesteld. Frederici moest niet alleen ten aanzien van de verkoper Reijns als eigenaar worden beschouwd, maar ook tegenover derden, inclusief de schuldeisers van de koper. Vanaf het begin van de inbezitstelling was de plantage aansprakelijk voor schulden van Frederici, 'evenals ware het zijn eigendom'.

Reijns ging in Nederland in appèl bij de Hoge Raad. Dit rechtscollege maakte op 22 december 1848 korte metten met het vonnis van de rechter in Suriname. De Hoge Raad oordeelde 'dat dit regtsbegrip echter is ten eenenmale erroneus.' De inbezitstelling had naar oud-Hollands recht slechts effect tussen de koper en de verkoper. De verkoper kon zijn eigendomsrecht niet meer tegen de koper doen gelden, noch hem in zijn bezit belemmeren. Maar de inbezitstelling betekende niet dat de verkoper na het verkrijgen van het bezit tegenover derden niet meer als eigenaar zou moeten worden beschouwd of dat de koper als eigenaar zou moeten worden beschouwd zodat zijn schuldeisers aanspraak zouden hebben op het verkochte goed. De Hoge Raad overwoog verder dat de inbezitstelling de rechten van derden niet kon schaden, noch kon baten. Het goed bleef eigendom van de verkoper, op wiens naam het stond, en was voor diens schulden aansprakelijk. Tegenover derden was het goed geen eigendom van de koper en kon dus, zoals gezegd, ook niet voor diens schulden worden uitgewonnen. Nergens bepaalde het recht dat er sprake was van 'een soort concursus' tussen de schuldeisers van de eigenaar en die van koper, in casu de bezitter. Op grond van het voorgaande overwoog de Hoge Raad dan ook dat Reijns, de verkoper, bevoegd was zich te verzetten tegen de executie en de verkoop van de in beslag genomen plantage voor de schulden van de koper. De Raad vernietigde het vonnis van het Gerechtshof te Suriname.

Het resultaat was dat de schuldeiser van de koper zich niet op de plantage kon verhalen omdat zijn schuldenaar geen eigenaar was geworden. De koper was voornamelijk bezitter, maar wel een bezitter met een sterke positie, want we hebben gelezen dat de verkoper zijn eigendomsrecht niet meer tegen de koper kon doen gelden, noch hem in zijn bezit kon belemmeren. We zullen straks zien dat de rechtsgeleerde schrijvers de koper de

²³ Van Leeuwen, noot 21, II, 7, 4.

zogenheten *exceptio de rei venditae et traditae*, het verweer van de verkochte en geleverde zaak, toekenden. Met dit verweer kon de koper de actie van de verkoper tot teruggave afweren. De koper kon tevens zijn recht op levering tegen de verkoper handhaven en eisen dat hij voor het gerecht geleverd kreeg.

Oud-Hollands recht. Voet c.s.

Beekhuis zegt in 1980 in navolging van Scholten in de Asser-serie, waarin tot voor kort aandacht werd besteed aan de rechtsgeschiedenis, het volgende over wat naar oud-Hollands recht rechtens was wanneer onroerend goed niet voor het gerecht aan de koper werd opgedragen, maar hem slechts feitelijk het bezit werd verschaft. Scholten en Beekhuis deden een beroep op onder andere Voet, Groenewegen, Van Leeuwen, De Groot en Wassenaar. Scholten-Beekhuis:

‘Verder kan de koper, die niet verkregen heeft voor het gerecht, zich tegenover de crediteuren van de verkoper niet op *zijn* eigendom beroepen, maar tegenover de verkoper zelf kan hij dit wel.’²⁴

Deze woorden doen vermoeden dat Scholten-Beekhuis ervan uit gaat dat Voet c.s. van mening was dat tegenover de verkoper de eigendom wél overging, maar dat tegenover de crediteuren van de verkoper, de eigendom niet overging. De koper zou dus eigenaar zijn tegenover de verkoper, maar niet tegenover derden, waaronder de crediteuren van de verkoper.²⁵

Volgens Scholten-Beekhuis was er overigens geen overeenstemming over wat rechtens was, want in de praktijk werd de regel gevolgd dat ook tegenover de verkoper de eigendom niet was overgegaan, gelijk de Hoge Raad in Suriname besliste. De Surinaamse koper was volgens de Hoge Raad immers bezitter.

Scholten-Beekhuis deed voor wat betreft de praktijk een beroep op de arresten van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland die Van Bijkershoek, de president van deze Hoge Raad, besprak in zijn *Observationes Tumultuariae*, zijn geheime dagboek met aantekeningen over de geheimen van de raadkamer.²⁶ Scholten-Beekhuis:

²⁴ Asser-Beekhuis, *Zakenrecht*, Zwolle 1980, 236; Asser-Scholten, *Zakenrecht*, Zwolle 1927, 162; idem, Zwolle 1933, 169.

²⁵ Dat Scholten deze mening is toegedaan heeft de volgende reden. Hij hing de leer van de zakelijke overeenkomst aan. Een tweezijdige handeling, ‘een overdragen van het recht door den een met aanneming door den ander’ was de kern van deze overeenkomst. Het gevolg was dat overdracht volgens hem niet kon plaatshebben op het ogenblik van de inschrijving. De inschrijving kwam door de ambtenaar tot stand op verzoek van één van de partijen. Overdracht geschiedde aldus Scholten dus niet door inschrijving. Tussen partijen ging de eigendom over op het ogenblik van de zakelijke overeenkomst. Van de overeenkomst werd een akte opgemaakt. De eigendomsoverdracht werkte eerst tegenover derden nadat de akte was ingeschreven in het register. Asser-Scholten, *Zakenrecht*, Zwolle 1905, 106. Zie hierover J.H.A. Lokin, Asser’s handleiding en de rechtspraak, in: *WPNR* 1996, 6207, 31-39, 35.

²⁶ C. van Bijkershoek, *Observationes tumultuariae*, ed. E.M. Meijers e.a., I, Haarlem 1926,

‘Daarentegen nam de H.R. in enkele door Van Bijnckershoek (..) genoemde uitspraken aan, dat de eigendom ook tegenover de verkoper *niet* was overgegaan.’²⁷

Van Bijnckershoek maakte in zijn dagboek de aantekening dat hij het eens was met deze zienswijze van de Hoge Raad.

Zo stond volgens Scholten-Beekhuis de mening van Van Bijnckershoek en de Hoge Raad tegenover die van Voet c.s. Voet c.s. was volgens Scholten-Beekhuis van mening dat de eigendom na inbezitstelling tegenover de verkoper *wél* was overgegaan, maar niet tegenover diens schuldeisers zolang niet was geleverd voor het gerecht. De eigendom van de koper gold wel tegenover de verkoper, maar niet tegenover derden. Volgens Scholten-Beekhuis nam Voet c.s. in tegenstelling tot Van Bijnckershoek en de Hoge Raad dus een zogenaamde relatieve eigendom aan.

Eigendom die wel geldt tegenover de één, maar niet tegenover de ander wordt relatieve eigendom genoemd.

Is het inderdaad zo dat Voet relatieve eigendom op het oog heeft, zoals Scholten-Beekhuis zegt? Voet zegt het volgende over de vraag wat rechtens was als de onroerende zaak niet voor het gerecht geleverd was, maar in plaats daarvan de koper alleen het bezit was verschaft. Voet:

‘(..), als iemand eigendom van onroerend goed op grond van een geldige titel aan een ander informeel heeft overgedragen, en de wettelijk ter plaatse voorgeschreven formaliteit van de gerechtelijke opdracht achterwege heeft gelaten, dan brengt hij door een dergelijke, overdracht geen nadeel toe aan zijn schuldeisers, (..). Maar niettemin brengt hij zichzelf zeker nadeel toe, opdat hij zich ten opzichte van de koper aan wie hij informeel heeft overgedragen, niet langer op de eigendom van de grond kan beroepen, aangezien hij wordt afgeweerd met de exceptie van de verkochte en geleverde zaak’²⁸

En voorts:

‘(..) dat geen vervreemding kon plaatsvinden of worden voorgewend, heimelijk tot bedrog van schuldeisers, (..).’²⁹

nrs. 76, 426 en 810.

²⁷ Asser-Beekhuis, noot 24, 236; Asser-Scholten, noot 24, 1933, 169. Vgl. A.L. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, Groningen/Batavia 1935, 205.

²⁸ Voet, noot 21, 41, 1, 42: (..) *si quis rem immobilem ex justa causa alteri simpliciter, non coram lege loci solenniter, tradiderit, nullum quidem traditione tali praejudicium suis adfert creditoribus, (..); sed sibi tamen omnino nocet, sicut neque vindicare amplius possit ab emtore fundum ita simpliciter traditum; exceptione quippe rei venditae et traditae repulsam passurus, (..)*

²⁹ Voet, noot 21, 41, 1, 42: *Quod enim possessio coram lege loci tradenda fuerit, id ideo inductum, ne clam in creditorum fraudem fiat, (..).*

De reden dat onroerend goed voor het gerecht moest worden overgedragen was dat schuldeisers van de verkoper moesten worden beschermd tegen een overdacht die niet openbaar was voor de buitenwereld.

Voet zegt verder dat de verkoper zich tegenover de koper ‘niet langer op de eigendom van de grond kon beroepen, aangezien de koper hem met succes de exceptie van de verkochte en geleverde zaak kon tegenwerpen’.³⁰ Beriep de verkoper zich tegenover de koper op het eigendomsrecht, dan werd de koper dus beschermd. Maar betekende dat nu dat de koper tegenover de verkoper eigenaar was geworden, zoals Scholten-Beekhuis uit de woorden van Voet begreep?

Een soortgelijke casus, die tot eenzelfde vraag aanleiding gaf vinden we in het klassieke Romeinse recht. Hoewel het klassieke Romeinse recht niet als het gemene recht is gerecipieerd en het dus minder waarschijnlijk is dat Voet dat recht aan zijn opvatting ten grondslag heeft gelegd, is het toch niet overbodig een uitweiding te maken naar het klassieke Romeinse recht. Daarin werd de koper eveneens tegenover de verkoper beschermd door de hierboven genoemde exceptie van de verkochte en geleverde zaak als partijen de leveringsvorm niet waren nagekomen en de koper alleen in het bezit van het onroerend goed was gesteld.

Quiritisch versus praetorisch eigendom.³¹

In de tijd van de klassieke juristen (ong. 200 na C.) kende het Romeinse recht drie wijzen van eigendomsoverdracht.³² De zogeheten *mancipatio* was de wijze voor overdracht van *res Mancipi*, dat wil zeggen onroerend goed in Italië en de zaken die de boer op de boerderij gebruikte. De *in iure cessio*, die plaatsvond ten overstaan van de praetor, was de wijze om beperkt zakelijke rechten over te dragen en te vestigen. Voor alle overige zaken, de *res nec Mancipi*, was *traditio*, bezitsverschaffing voldoende.

De *mancipatio*, de leveringsvorm voor onroerend goed, kenmerkte zich door formele en rituele handelingen. Er moesten onder andere vijf getuigen aanwezig zijn. De Romeinen hadden geen registerstelsel. De aanwezigheid van de getuigen waarborgde de openbaarheid. De koper pakte de zaak die werd overgedragen vervolgens beet en beweerde dat de zaak van hem was. Dat voor onroerend goed deze eis niet werd gesteld betekent dat het beetpakken van de zaak geen soort van inbezitneming was, maar een identificatievereiste, waardoor de getuigen en de buitenwereld wisten over welke zaak het ging. De handelingen die bij de *mancipatio* werden verricht omvatten dus niet de *traditio*,

³⁰ Zie noot 28.

³¹ J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2003, Z 38, Z 54; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1948, 62 v. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München 1971, 403, 439.

³² Zie voor de beschrijving ervan: Gaius’ *Instituten*, boek 2. Zie tevens: J.H.A. Lokin, *De levering van onroerend goed in het Romeinse recht*, in: *De levering van onroerend goed*, *Ars Notariatus* XXXII, Deventer 1985, 9-21.

de bezitsverschaffing. De *traditio* was geen constitutief vereiste voor deze wijze van eigendomsoverdracht en kon op een later tijdstip plaatsvinden. Evenmin werd er aan de geldigheid van een titel getoetst. Aan de *mancipatio* werden slechts twee vereisten gesteld: de vervreemder moest beschikkingsbevoegd zijn en de formele handelingen moesten zijn uitgevoerd.

Wilde de eigenaar van een perceel grond de eigendom van deze grond overdragen, dan moest dat dus door middel van de *mancipatio* gebeuren en moesten de formaliteiten worden verricht. Gesteld nu dat niet aan de formaliteiten werd voldaan en dat slechts het bezit van de grond werd verschaft. In plaats van *mancipatio* vond *traditio* plaats. Wat was het rechtsgevolg? De eigendom ging niet over, want de formaliteiten waren immers een constitutief vereiste voor de eigendomsovergang. De verkrijger was slechts bezitter geworden, en wel verjaringsbezitter, ook wel Publiciaans bezitter *a domino* genoemd, *a domino* omdat hij van de eigenaar het bezit had verkregen. Hij kon dan na verloop van tijd eigenaar worden door verjaring. Deze verjaring, de *usucapio a domino*, hief het gebrek in de leveringsvorm op. Kenmerkend voor deze verjaring was dat de verjaringsbezitter in zijn bezit tegen iedereen beschermd werd, zelfs tegen de eigenaar. De reden dat hij zelfs tegen de eigenaar werd beschermd, was dat de eigenaar ook moedwillig aan de vormfout in de levering had meegewerkt. Het zou onbillijk zijn de eigenaar in bescherming te nemen als hij alsnog later onder de transactie uit wilde. Stelde de eigenaar de revindicatie in tegen de bezitter, dan kon de bezitter de actie afweren met de *exceptio rei venditae et traditae*, de exceptie van de verkochte en geleverde zaak. De eigenaar-verkoper had de koper-bezitter de zaak immers verkocht en geleverd. Omdat de *praetor* dit bezit zo krachtig beschermde, werd dit bezit in navolging van Gaius ook wel ook wel praetorisch eigendom genoemd. De eigendom die de vervreemder nog steeds had noemde men civiel of Quiritisch eigendom. Ook hier zou men kunnen spreken over relatieve eigendom. De civiele eigenaar was eigenaar, maar hij kon zijn recht niet handhaven tegenover de Publiciaans bezitter *a domino*, de praetorisch eigenaar.

Op grond van het bestaan van civiel en praetorisch eigendom trekt men wel de conclusie dat het Romeinse recht twee soorten eigendomsrechten kende, *duplex dominium*.³³ Dat er twee soorten eigendomsrechten bestonden leidt men af uit de volgende tekst die verwijst naar het *duplex dominium*:

Voorts bestaat er bij de Romeinse burgers een tweevoudig eigendomsrecht. Want een slaaf wordt iemands eigendom geacht op grond van praetorisch recht of van Quiritisch recht of van beide rechten. Welnu, pas als een slaaf naar praetorisch recht aan zijn meester toebehoort, zeggen wij dat hij onder diens absolute macht staat, ook al behoort hij hem eventueel niet tegelijkertijd naar Quiritisch recht toe.

³³ Zie over *duplex dominium*: H. Ankum en E. Pool, *Rem in bonis meis esse and rem in bonis meum esse: Traces of the Development of Roman Double Ownership*, in: *New Perspectives in the Roman Law of Property*, Oxford 1989. 5-43. G. Diosdi, *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Budapest 1970.

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

Want wie het bloot Quiritisch recht over een slaaf heeft, wordt geacht geen absolute macht over hem te hebben.³⁴

Bestaan er werkelijk twee soorten eigendomsrechten? Zijn Quiritisch of civiel recht enerzijds en praetorisch recht of verjaringsbezit *a domino* anderzijds als twee afzonderlijke eigendomsrechten te beschouwen? Ik zou zeggen van niet. Buiten deze tekst van Gaius is er geen tekst te vinden die ook spreekt over duplex dominium. Nu is dit niet het meest overtuigende argument. Een ander argument om te ontkennen dat er twee soorten eigendomsrechten bestaan vinden we in de tekst van Gaius zelf. Hoewel Gaius zijn tekst aanvangt met de mededeling dat er een tweevoudig eigendomsrecht bestaat, nuanceert hij deze opmerking verderop in de tekst. Hij zegt dat de praetorische eigenaar de absolute macht heeft, ook al behoort de slaaf hem naar Quiritisch recht niet toe. De Quiritische of civiele eigenaar wordt dus geacht geen absolute macht te hebben, maar hem behoort de slaaf wel toe. De absolute *macht* waar hierover gesproken wordt en die de praetorisch eigenaar heeft, duidt m.i. op bezit - op iets feitelijks³⁵ - welk bezit absoluut is in die zin dat de praetorisch eigenaar in dit bezit beschermd wordt tegenover de Quiritisch of civiele eigenaar. Degene die bloot Quiritisch eigenaar is, heeft geen absolute macht zegt Gaius met zoveel woorden. Dit nu betekent dat hij zich tegenover de praetorisch eigenaar niet meer *met succes* op zijn eigendomsrecht kan beroepen, maar dit betekent niet dat hij zijn absolute recht verloren heeft. Hoewel de slaaf hem toebehoort, zoals Gaius zegt, kan hij niet meer met succes de revindicatie instellen tegen de praetorisch eigenaar, die bezitter is: zijn revindicatie wordt met een exceptie van de verkochte en geleverde zaak krachteloos gemaakt.

Er bestaan derhalve geen twee verschillende soorten eigendomsrechten, maar één, te weten de civiele of Quiritische eigendom. Daarnaast kan er sprake zijn van een bezitter, wiens bezit zo sterk is, dat hij zelfs tegen de eigenaar beschermd wordt. De technische term voor dat onaantastbare bezit, wordt in de teksten '*in bonis habere*', in zijn vermogen hebben, genoemd.³⁶

Bovenstaande opvatting vindt zijn ondersteuning in een andere tekst van Gaius:

'Ook het Romeinse volk huldigde oudtijds deze rechtsregel. Iemand was namelijk ofwel eigenaar naar civiel Romeins recht ofwel hij werd niet als eigenaar aangemerkt. Maar later heeft de eigendom een onderverdeling ondergaan, in die zin dat de één eigenaar kan zijn van iets naar civiel Romeins recht en

³⁴ Gaius I, 54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

³⁵ Lokin, noot 31, Z 27.

³⁶ Theophilus, hoogleraar te Constantinopel, die een Griekse bewerking maakte van de in 533 verschenen Instituten van Justinianus sprak over bonitarische eigendom. Parafr. 1, 5,4.

dat een ander het naar praetorisch recht in zijn vermogen kan hebben (*in bonis habere*).³⁷

De één was dus civiel eigenaar van de zaak, de ander bezitter, wiens bezit door de praetor werd beschermd.

Dat de degene die het onaantastbare bezit had verkregen (*in bonis habere*) zo'n sterke bescherming genoot leidde ertoe dat de omslachtige formaliteiten van de *mancipatio* niet meer in acht werden genomen en dat iedereen via *traditio* leverde. De positie van de bezitsverkrijger was immers onaantastbaar. Toen Justinianus het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi* afschafte en alle zaken gewoon door *traditio* geleverd konden worden, kwam ook een einde aan het onderscheid tussen Quiritisch en praetorisch eigendom. Het was 'een formele bezegeling van een reeds eeuwen bestaande feitelijke toestand.'³⁸

De keizer wond er geen doekjes om in zijn motivering. Het ingewikkelde, raadselachtige onderscheid joeg de eerstejaars uit de collegebanken:

'Door deze beslissing bannen wij een belachelijke oude spitsvondigheid uit en dulden wij niet dat er enig verschil is tussen eigenaren bij wie òfwel de blote eigendom naar Quiritisch recht, òfwel alleen maar praetorisch eigendom wordt aangetroffen, omdat wij geen onderscheiding van dergelijke aard willen, noch de benaming naar "Quiritisch recht", die in niets van raadsel verschilt en nooit wordt gezien of in werkelijkheid verschijnt, maar een zinledige en overbodige uitdrukking is, waardoor de verschrikte geesten van de jongelui die naar de eerste colleges in het recht komen, nutteloze bepalingen van het oude recht leren vanaf de wieg van hun studie. Maar laat dus ieder gewoon volledig en wettig eigenaar zijn, hetzij van een slaaf hetzij van andere zaken die hem toebehoren.'³⁹

Oud-Hollands recht, vervolg.

Passen we het voorgaande toe op hetgeen Voet heeft gezegd over het rechtsgevolg van het niet leveren voor het gerecht dan zijn er duidelijke overeenkomsten met de praetorische eigendom uit het klassieke Romeinse recht.⁴⁰

³⁷ Gaius, II, 40: *Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus niet intellegitur. quo iure etiam Populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut niet intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

³⁸ Lokin, noot 31, Z 54.

³⁹ C. 7, 25: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp: Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritum nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfuum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabilis inutilis legis antiquae dispositiones accipiunt, sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium.*

⁴⁰ Het moet worden gezegd dat het Romeinse recht het faillissement niet kende, in die zin dat

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

Voor alle duidelijkheid herhalen we de woorden van Voet:

‘(..), als iemand eigendom van onroerend goed op grond van een geldige titel aan een ander informeel heeft overgedragen, en de wettelijk ter plaatse voorgeschreven formaliteit van de gerechtelijke opdracht achterwege heeft gelaten, dan brengt hij door een dergelijke, overdracht geen nadeel toe aan zijn schuldeisers, (..). Maar niettemin brengt hij zichzelf zeker nadeel toe, opdat hij zich ten opzichte van de koper aan wie hij informeel heeft overgedragen, niet langer op de eigendom van de grond kan beroepen, aangezien hij wordt afgeweerd met de exceptie van de verkochte en geleverde zaak’⁴¹

De verkoper kon zijn eigendomsrecht niet tegen koper handhaven omdat de koper met succes de *exceptio rei venditae et traditae* kon tegenwerpen. Voet stond hierin niet alleen. Ook de rechtsgeleerden Van der Keessel, Voorda en Mattheus kenden de koper een dergelijke exceptie toe.⁴² Dat Mattheus deze mogelijkheid opperde deed Wessels Boer in zijn proefschrift over ontwikkeling der eigendomsoverdracht van onroerend goed verzuchten, dat ‘ook de hersens van dezen vruchtbaren schrijver met romeinsch zuurdesem zijn doortrokken.’⁴³

Dat Voet c.s. deze exceptie toekeende aan de koper doet vermoeden, dat Voet c.s. in tegenstelling tot wat Scholten-Beekhuis uit de woorden van Voet heeft geconcludeerd, van mening was dat de eigendom tegenover de verkoper niet was overgegaan, maar dat de koper tegenover de verkoper enkel het bezit had gekregen, gelijk de praetorisch eigenaar naar Romeins recht. En dat de verkoper nog steeds (civiel) eigenaar was, die zijn eigendom niet tegen de koper, de praetorisch eigenaar, kon handhaven. De revindicatie werd immers met succes afgeweerd met de exceptie van de verkochte en geleverde zaak. Zou de koper eigenaar zijn tegenover de verkoper, zoals Beekhuis-Scholten uit de woorden van Voet opmaakte, dan is het de vraag of de koper de exceptie nog wel nodig had. Als de verkoper geen eigenaar meer zou zijn tegenover de koper, dan kon hij zich immers niet meer op zijn eigendomsrecht beroepen en derhalve de revindicatie niet meer instellen. De koper hoefde zich dan niet van de exceptie te bedienen. Naar Romeins recht wierp de gedaagde-koper-bezitter de exceptie juist op tegen de eigenaar, die de revindicatie nog kon instellen. De gedaagde erkende de (civiele) eigendom van de eiser-eigenaar, maar bewees dat de zaak aan hem was verkocht en geleverd.⁴⁴ Kortom, de woorden van Voet duiden erop dat hij van mening was dat niet alleen tegenover schuldeisers van de verkoper, maar dat ook tussen de verkoper en de koper geen eigendom

schuldeisers met een voorrecht zich op bepaalde vermogensbestanddelen van de debiteur konden verhalen. Het Romeinse recht kende wel de zogeheten ‘missio in bona’, waarbij het gehele vermogen verbeurd werd verklaard.

⁴¹ Voet, noot 21, 41, 1, 42. Zie voor de Latijnse tekst noot 28.

⁴² Van der Keessel, noot 21, 13-14; Voorda, noot 21, ad D. 41, 1, 1243; Mattheus, noot 21, 5, 13.

⁴³ Wessels Boer, noot 21, 259.

⁴⁴ Van Oven, noot 31, 66.

was overgegaan. De koper had dus slechts bezit.

Maar met deze constatering zijn we er nog niet. Voet zegt verder het volgende:

‘Noch kan hij [*de verkoper: FAJV*] de koper storen in zijn bezit en in de uitoefening van diens [*van de koper: FAJV*] eigendomsrechten. En het bezit zal door de rechter aan de koper worden toegewezen indien hij in zijn bezit is gestoord of uit zijn bezit is gezet.’⁴⁵

Uit deze woorden lijkt Voet de koper niet slechts het bezit toe te kennen, maar ook eigendom. Hij zegt immers dat de verkoper de koper niet mag storen, noch in zijn bezit, noch in de uitoefening van diens eigendomsrechten. Deze laatste woorden kunnen moeilijk anders worden begrepen dan dat Voet toch werkelijk bedoelt dat de koper eigendomsrechten heeft. Men zou deze eigendomsrechten echter kunnen vergelijken met die van de praetorische eigenaar die eigenlijk een onaantastbaar bezit tegenover de verkoper heeft en geen eigendom.

Nog steeds zijn we er niet, want Voet zegt voorts over de heimelijke, informele vervreemding die tot bedrog van de schuldeisers kon leiden:

‘(..) En daarom vanwege de rede - en de rede is de ziel van de wet - is er geen belemmering voor de verkoper om ten faveure van de koper op een andere wijze afstand te doen van zijn bezit en eigendom aan hem over te dragen op een manier dat hij (verkoper) geen nadeel toebrengt aan anderen, maar alleen aan zichzelf. Hieruit volgt dat als in dit geval, waarin deze formele levering voor het plaatselijke gerecht achterwege is gebleven, de welbekende sanctie van nietigheid (nulliteit), een sanctie die te vinden is in het plakkaat van Karel V van 1529 (..), geen betrekking heeft op de verkoper zelf, maar alleen op derden aan wie nadeel mag worden toegebracht vanwege de verkoop.’⁴⁶

Hij gebruikt hier de woorden ‘eigendom overdragen’ (*transferat dominium*). Bedoelt hij dan toch dat de eigendom op de koper is overgegaan? Het vervolg van hetgeen hij zegt lijkt dit vermoeden te bevestigen. De sanctie op het niet naleven van de eis van levering voor het gerecht is volgens Voet nietigheid tegenover derden, d.w.z. de schuldeisers van de verkoper, aan wie geen nadeel mag worden toegebracht, niet tegenover de verkoper zelf. Nietigheid waarvan? Ik zou menen nietigheid van de levering, hetgeen zou kunnen betekenen dat de levering tegenover genoemde derden niet geldig zou zijn, maar tussen de

⁴⁵ Voet, noot 21, 41, 1, 42: (..) *neque emtorem in possessione ejus et exercendis dominii juribus turbare possit, emtorique turbato vel dejecto possessio adjudicanda sit.*

⁴⁶ Voet, noot 21, 41, 1, 42: (..) *ac proinde ex ratione illa, quae anima legis, nullum impedimentum est, quo minus venditor alio modo possessionem in gratiam emtoris abdicet, in eumque ita transferat dominium, ut non aliis, sed sibi soli, praejudicium faciat. (..) Cui consequens est, illam nullitatis comminationem, in casum, quo solennis illa coram lege loci traditio praetermissa fuerit, propositam tum in edicto Caroli V. 10 Maii 1529 (..). non ad venditorem ipsum, sed tantum ad tertios, quibus ex venditione praejudicium generari posset, pertinere.*

verkoper en de koper wel. Is de levering geldig tegenover de verkoper, dan zou de eigendom volgens Voet dus toch op de koper zijn overgegaan, zoals ook Scholten-Beekhuis uit deze woorden van Voet heeft opgemaakt.

Wat moeten we nu concluderen uit de woorden van Voet en de andere schrijvers die dezelfde mening als Voet waren toegedaan? Dat de eigendom wel tegenover de verkoper, maar niet tegenover zijn schuldeisers was overgegaan, zoals Scholten-Beekhuis zegt, of dat de eigendom, noch tegenover de verkoper, noch tegenover diens schuldeisers was overgegaan?

Voet c.s. beriep zich voor zijn standpunt op een arrest van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland uit 1593, dat besproken is door Nieustad.⁴⁷ De casus die tot dat arrest aanleiding gaf was de volgende.

De verkoper had door een koopbrief aan de koper het eigendomsrecht op een stuk land en het bezit ('ledige bezittinge') daarvan gegeven. Blijkbaar had de verkoper het land aan iemand bij wijze van pacht in gebruik gegeven, want er werd in de koopbrief gezegd dat de gebruiker werd gelast het land voortaan voor de koper te houden. Tevens werd er gezegd dat het land voor het gerecht ter plaatse zou worden overgedragen. De verkoper bedacht zich echter voordat de opdracht voor het gerecht had plaatsgevonden en gelastte de gebruiker aan niemand anders de pacht te betalen dan aan hem, de verkoper. Inmiddels had de pachter beloofd de koper in de toekomstige tijd als eigenaar van het land te zullen erkennen. De koper nu meende dat hij door de daad van de verkoper in zijn bezit was gestoord en vroeg een interdict aan. Een interdict is een bezitsactie die diende om te worden beschermd in het bezit. De verkoper ontkende dat het land 'naar den lichame en 't gemoed', *corpore et animo* door de koper was aanvaard en stelde dat aanvaarding alleen kon geschieden voor de rechter ter plaatse, dus door een geformaliseerde bezitsverschaffing.

De Hoge Raad wees het provisionele bezit toe aan de koper omdat de verkoper het land volkomen had verlaten, terwijl de koper de voornaamste titel had. Met de 'voornaamste titel' bedoelde de Hoge Raad dat de koper meer recht had op de zaak dan de verkoper ook al was de koper nog geen eigenaar omdat de verkoper sowieso verplicht was om aan de koper te leveren. Nieustad zei hierop dat het niets nieuws was dat degene die de beste titel had voorrang kreeg. Ten opzichte van de verkoper kreeg de koper dus gelijk. Hij voegde er aan toe dat de verkoper de eigendom niet had mogen verlaten - overdragen - dan voor het gerecht. Dit vereiste strekte echter alleen tot voordeel van de crediteuren, opdat zij niet door een heimelijke overdracht van enig 'Pand-recht of ander beroofd' werden. Hetzelfde gold aldus Nieustad in het geval eenzelfde zaak aan twee personen was verkocht en aan de een heimelijk en aan de ander openbaar voor het gerecht was overgedragen. De laatstgenoemde had het meeste recht. Hij besloot zijn commentaar met de opmerking dat geen wet verbood dat een verkoper door een toezegging zichzelf benadeelde.

⁴⁷ C. van Nieustad (Neostadius), *Hollandse praktijk in rechten*, Rotterdam 1655, nr 70.

Het ging in deze casus om het bezit van de grond en over de vraag wie er beschermd werd in het bezit. De koper had immers een interdict aangevraagd en de koper werd door de Hoge Raad in zijn bezit beschermd. Het staat dus vast dat de koper tegenover de verkoper in het bezit werd beschermd, maar dat zegt nog niets over de vraag of de eigendom tussen verkoper en koper nu was overgegaan of niet. De Hoge Raad stelde dat het vereiste van de gerechtelijke opdracht alleen strekte tot voordeel van de crediteuren, opdat zij niet door de heimelijke overdracht nadeel ondervonden. Alleen door middel van een formele overdracht ging de eigendom over. Door een onjuiste levering werd deze schuldeisers het verhaal niet ontnomen. Dit betekent dat tegenover deze schuldeisers de verkoper eigenaar was gebleven, maar dit hoeft niet te betekenen dat daaruit dan ook automatisch volgt dat tussen de koper en de verkoper de eigendom wél was overgegaan.

Kortom, de lezing van Nieustad zou derhalve zo kunnen worden uitgelegd dat bij een onjuiste levering de eigendom noch tegenover derden, noch tegenover de verkoper was overgegaan. De koper had het bezit waarin hij werd beschermd. Dat Voet c.s. naar de opvatting naar Nieustad verwees, doet vermoeden dat hij evenals Nieustad van mening was dat de eigendom noch tegenover derden noch tegenover de verkoper was overgegaan. Rijst ten slotte de vraag naar het oordeel van Van Bijnkershoeck. Scholten-Beekhuis meent, zoals gezegd, dat Van Bijnkershoeck's mening tegengesteld is aan die van Voet c.s. Scholten-Beekhuis baseert die gedachte op zijn commentaar op een drietal arresten van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland. Wijkt zijn mening inderdaad af? Eén van die drie zaken lijkt op de door ons besproken casus, waarin de koper wel in het bezit is gesteld, maar niet geleverd heeft gekregen voor het gerecht.⁴⁸ De verkoper was failliet gegaan en de curator legde beslag op de onroerende zaak die de verkoper aan de koper had verkocht en waarin hij de koper in het bezit had gesteld. De Hoge Raad oordeelde in 1708 dat noch tussen partijen, noch tegenover derden de zaak in eigendom was overgegaan.⁴⁹ Van Bijnkershoeck was het met dit oordeel eens. Zijn opvatting lijkt dus wél met die van Voet c.s. overeen te stemmen. Van Bijnkershoeck spreekt echter niet met zoveel woorden over de exceptie van de verkochte en geleverde zaak die de koper tegenover de verkoper zou kunnen opwerpen. Deze vraag deed zich in de genoemde casus niet voor omdat het hier niet de verkoper was die aanspraak maakte op de door hem verkochte onroerende zaak, maar de curator, die voor de schuldeisers van de verkoper optrad.

Conclusie

Het vermoeden is gerechtvaardigd dat de woorden van Voet en met hem de andere hierboven genoemde schrijvers, die allen verwijzen naar het door Nieustad besproken arrest van de Hoge Raad, als volgt moeten worden uitgelegd. Lieten partijen de

⁴⁸ In de andere twee zaken zegt de Hoge Raad niet veel meer dan dat onroerend goed voor het gerecht geleverd moet worden.

⁴⁹ Zie noot 26, nr 426. In de andere twee zaken oordeelde de Hoge Raad dat eigendom van onroerend goed overgaat door transport voor het gerecht. (nrs 76 en 810)

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

gerechtelijke opdracht achterwege, dan ging noch tegenover derden, noch tegenover de verkoper de eigendom over. Tegenover de verkoper had de koper ‘slechts’ een onaantastbaar bezit. Beriep de verkoper zich tegenover de koper op zijn eigendomsrecht, dan genoot de koper de bescherming van de exceptie van de verkochte en geleverde zaak. Dat noch tegenover derden, noch tussen de koper en de verkoper de eigendom overging lezen we eveneens in de door Van Bijnkershoeck aangehaalde arresten van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland. Van Bijnkershoeck was het, zoals gezegd, eens met het oordeel van de Hoge Raad. In tegenstelling tot hetgeen Scholten en Beekhuis zegt lijkt de mening van Van Bijnkershoeck dus toch in overeenstemming te zijn met die van Voet c.s.

Keren we terug naar de zaak te Suriname. Niet anders oordeelde de Hoge Raad der Nederlanden in de zaak over de plantage Penoribo:

‘(..) dat de verkoper als nu *zijn* eigendomsregt niet meer jegens den koper kan doen gelden, noch hem in zijn bezit belemmeren’.⁵⁰ (*cursivering FAJV*)

Uit bovenstaande uitlegging van de mening van Voet zijn enkele belangrijke gevolgen af te leiden. Indien B zijn huis, land, plantage etc. verkoopt aan C en hem in het bezit stelt zonder gerechtelijke overdracht, dan zijn de verhaalsrechten die A mocht hebben op de onroerende zaak van B niet aangetast. Naar de mening van Voet c.s. staat voorop dat schuldeiser A geen nadeel van deze heimelijke ‘overdracht’ door B aan C mag ondervinden. B blijft tegenover A (een derde) eigenaar van het huis, hetgeen betekent dat het eigendomsrecht zich nog steeds in het vermogen van B bevindt. A kan zich dus nog steeds op dit huis verhalen voor zijn vordering tegen B. Het bezit van het huis bevindt zich echter onder C. C zal zich het verhaalsrecht van A moeten laten welgevalen. C kan op zijn beurt B aanspreken met een actie uit koop omdat hij niet het ongestoorde bezit heeft gekregen.

Nieustad merkte op dat hetzelfde geldt in het geval waarin eenzelfde zaak twee maal wordt verkocht. Een voorbeeld. A verkoopt de zaak voor de eerste maal aan B. A stelt B slechts in het bezit van de zaak. A laat de opdracht voor het gerecht achterwege. Vervolgens verkoopt A de zaak voor de tweede maal, nu aan C. A levert aan C ten overstaande van het gerecht. Tegenover de eerste koper B, aan wie A slechts het bezit heeft verschaft, is A eigenaar gebleven. A kan de eigendom dus aan C, overdragen. C is eigenaar geworden en kan aankloppen bij B, de eerste koper en het bezit opeisen. B, de bezitter, heeft op zijn beurt een actie uit koop tegen de verkoper(A) omdat de verkoper hem niet het ongestoorde bezit heeft verschaft. Zo leren we het nog steeds.

Ontwerpen en wetboeken; OBW en BW

In het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland bleef de opdracht voor het

⁵⁰ Zie noot 19.

gerecht gehandhaafd.⁵¹ De handeling van partijen voor de rechter sloot zonder twijfel registratie in.⁵² Volgens Hamaker vinden we in het WNH ‘dat oud-vaderlandsche’ terug: overdracht buiten het gerecht had tussen partijen volle zakelijke werking, niet tegenover derden.⁵³ Bij deze opmerking kunnen vraagtekens worden gesteld omdat wij hierboven hebben betoogd dat overdracht buiten het gerecht naar oud-Hollands recht tussen partijen geen volle zakelijke werking leek te hebben, in die zin dat de eigendom nu juist niet tussen verkoper en koper was overgegaan. De koper had het bezit waarin hij werd beschermd.

Ten tijde van de gelding van de Code Civil ging de eigendom reeds over na het sluiten van de overeenkomst. Om de rechten van derden, voor wie de overdracht niet waarneembaar was, te beschermen heeft men in het Franse recht een aantal beperkingen gesteld aan de werking van de eigendomsoverdracht door overeenkomst.⁵⁴ Deze beperkingen hadden tot gevolg dat de eigendomsoverdracht door overeenkomst slechts werkte tussen partijen, en eerst tegenover derden kon worden gehandhaafd wanneer deze van de overdracht kennis hadden kunnen nemen, dat wil zeggen na inschrijving in de registers.

In het Ontwerp 1816 stond opdracht voor het gemeentebestuur voorgeschreven.⁵⁵ Krachtens artikel 1829 van het Ontwerp 1820 moest onroerend goed worden overgedragen bij authentiek transport. Bij authentieke akte werd het goed overgedragen. Van gerechtelijke opdracht was geen sprake meer. Met het oog op de belangen van derden, die in vroeger tijden gewaarborgd waren omdat na de overdracht voor het gerecht de inschrijving in het register automatisch plaats had, bepaalde lid 2 van genoemd artikel dat de eigendomsovergang van onroerend goed tegenover derden pas van kracht was nadat de akte was ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers. Volgens Hamaker werden de oud-Hollandse beginselen gehandhaafd.⁵⁶ Hier gelden dezelfde vraagtekens die ik zojuist bij zijn opmerking over het WNH heb gezet. In tegenstelling tot het WNH en het Ontwerp 1820 was er mijns inziens in het oud-Hollandse recht geen sprake van relatieve eigendom als er niet op de juiste wijze was geleverd. Noch tussen partijen, noch tegenover derden ging de eigendom over.

⁵¹ Art. 591 WNH: ‘ten overstaan van een door den Koning nader aan te wijzen autoriteit.’ Zie voor een historisch overzicht van de levering van onroerend goed hier te lande behalve de auteurs genoemd in noot 1: G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, 6, Groningen 1880, 113; C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, 3, Den Haag 1912, 598 v.; N.K. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek*, 2, Haarlem 1901, 191 v.; Asser-Scholten, *Zakenrecht*, Zwolle 1927, 159 v.; Asser-Beekhuis, *Zakenrecht*, Zwolle 1980, 236 v.; H.J. Hamaker, *Verspreide geschriften*, II, Zakenrecht, Haarlem 1911, 128 v.

⁵² Hamaker, noot 51, 139.

⁵³ Hamaker, noot 51, 139.

⁵⁴ F. Brandsma, Enige mededelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen, Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische grondslag*, VI, Groningen 1989, 1-45, 5

⁵⁵ Art. 1127.

⁵⁶ Hamaker, noot 51, 140.

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

Artikel 710 van het Ontwerp 1830 bepaalde dat de levering of opdracht van onroerende zaken zou geschieden door de overschrijving van de titel in de daartoe bestemde openbare registers. De onderscheiding tussen partijen en derden vinden we in dit Ontwerp niet terug.

Het BW van 1838 sloot aan op het Ontwerp 1830. Eigendom van onroerende zaken ging volgens artikel 671 over nadat de notariële akte van overdracht in de openbare registers was ingeschreven.⁵⁷ De algemene opinie was dat de overdracht zowel tussen partijen als tegenover derden⁵⁸ eerst plaats vond door de overschrijving van de akte. De overschrijving diende niet slechts om den eigendomsovergang tegen derden te doen werken, ze was de voorwaarde voor die overgang zelf.⁵⁹ Scholten echter was in navolging van Hamaker van mening dat de overdracht tussen partijen al plaats vond door het op schrift stellen van de akte. Tegenover derden zou de overschrijving van de akte van doorslaggevende betekenis zijn.⁶⁰ In het Ontwerp 1820 was, zoals gezegd, deze gedachtegang ook te vinden. Omdat de verkrijger opdracht gaf tot overschrijving en de vervreemder daarbij niet was betrokken, kon volgens Scholten overschrijving niet tot gevolg hebben dat tussen partijen de eigendom op dat ogenblik pas overging. Volgens Scholten vond de overdracht tussen partijen reeds plaats door de op schrift gebrachte zakelijke overeenkomst.⁶¹ De overschrijving was niet meer dan een bekendmaking tegenover derden van hetgeen tussen vervreemder en verkrijger reeds was geschied. Tegenover derden gold de overdracht na inschrijving. Doch de wetgever stelde zich duidelijk op het standpunt dat ook tussen partijen de eigendom eerst overging door de overschrijving.⁶²

De Hoge Raad heeft zich in 1889 duidelijk uitgesproken over het absolute karakter van eigendom:

‘omdat zij (...) tot het resultaat zoude leiden dat na zoodanige overeenkomst de koper wel tegenover de verkooper maar niet tegenover derden eigenaar was, hetgeen met het zakelijk tegenover allen gelijkelijk geldend karakter van dit recht zou strijden’.⁶³

⁵⁷ Lokin, noot 31, 9-21.

⁵⁸ Asser-Scholten, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, Zakenrecht, Zwolle 1905, 107 v.; Asser-Beekhuis, noot 51, 245; Hamaker, noot 51, 143 v. Zie hierover Eggens, noot 64.

⁵⁹ Opzoomer, noot 51, 601.

⁶⁰ Asser-Scholten, noot 58, 106 v.; Hamaker, noot 51, 113-161.

⁶¹ Zie hierover noot 25.

⁶² Zie: Asser-Beekhuis, noot 51, 245/6. Brandsma betoogt dat bezitsverschaffing van onroerend goed slechts plaatsvindt door de overschrijving en dus tegelijk met de eigendomsoverdracht. Hij koppelt de feitelijke macht los van het bezit. Levering van de feitelijke macht leidt volgens hem tot houderschap. Bezit gaat zoals gezegd eerst over door overschrijving. Brandsma, noot 54, 23-24, 34 v.

⁶³ HR 22 februari 1889, W 1889, 5648.

Dat de (informele) levering, generlei werking heeft tegenover derden, maar tegelijkertijd volmaakt geldig is tussen partijen, is volgens Eggens een contradictie.⁶⁴ Levering is immers een handeling die eigendomsovergang bewerkstelligt en eigendom is een absoluut recht dat tegenover iedereen werkt. Eigendom die wel geldt ten opzichte van de één, maar niet ten opzichte van de ander is in strijd met het wezenlijke kenmerk van eigendom.

Eggens was niet de eerste die deze mening naar voren bracht. Opzoomer bijvoorbeeld noemt ‘zulk een betrekkelijke eigendom’ onbestaanbaar.⁶⁵

Van de voorstanders van relatieve eigendom noemen wij alleen J.W. Wiarda. Hij geeft in het WPNR over ‘de relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder’, een duidelijk overzicht over de vormen van relatieve eigendom.⁶⁶ Ook de ‘eigendom tegenover den één, doch niet tegenover den ander’ brengt hij ter sprake. Over het relativeren van de eigendom verwijst hij naar Van Oven, die als eerste de eigendom heeft gerelativeerd.⁶⁷ Van Oven wees erop dat ‘alle juridische begrippen gevormd moeten worden, zòd dat zij in alle gevallen den weg banen tot een billijke oplossing.’ Van Oven werkte met ‘een der talrijke tusschenvormen tusschen zakelijk en persoonlijk recht, (..) daarbij tekenend sprekend van ‘schier-eigendom, half-eigendom’’.⁶⁸ Ook Hijmans constateerde in zijn Romeinsch Zakenrecht, aldus Wiarda dat ‘alle rechtsverhoudingen, gelijk alles op deze wereld, relatief zijn; dat ook de eigendom is relatief, d.w.z. men kan tegenover den één eigenaar zijn, en tegenover den ander niet.’⁶⁹

Het huidige recht; artikel 90 lid 2 BW.

Voor het huidige recht bepaalt artikel 3: 89 lid 1 BW dat levering van onroerend geschiedt door het opmaken van een notariële akte, gevolgd door inschrijving in de openbare registers. Zowel tussen partijen, als tegenover derden gaat de eigendom eerst over nadat inschrijving heeft plaatsgevonden. Voor relatieve eigendom is in dezen geen plaats meer. Hoe de Surinaamse casus aan de hand van het huidige recht zou worden beoordeeld is derhalve duidelijk. De schuldeiser van de koper kan zich niet op de onroerende zaak

⁶⁴ J. Eggens, Eene oude vraag naar aanleiding van eene nieuwe, over levering van onroerend goed, in: *WPNR* 1931, 3188-3190, 3189, 75.

⁶⁵ C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, VIII, 62 v.

⁶⁶ *WPNR*, 4701, 1961, 572-586. Wiarda beperkte zich niet tot juridische opmerkingen over relatieve eigendom. Hij voegde er aan toe dat hij onlangs tot zijn verrassing in een door hem bewaarde aantekening had ontdekt dat hij door Hijmans over relatieve eigendom was ondervraagd ‘op het tentamen Romeins recht, 28 april 1930, (afgenomen in zijn aan velen uit die jaren zeer nog bekende, woning aan de - toen nog deftige - P.C. Hooftstraat 7 te Amsterdam)!’. Wiarda, 576.

⁶⁷ J.C. van Oven, *Verleden en toekomst*, inaugurale oratie, Groningen 1917; idem, *De bezitsbescherming en hare functies*, Amsterdam 1905; idem, Art. 2014 en de bezitsbescherming van roerend goed, in: *WPNR* 1908, 2016-2019; idem, Eigendom van roerende zaken, in: *NJB* 1951 225-234; idem, Een vraag over art. 1302 B.W. in verband met faillissement, in: *WPNR* 2142-2143

⁶⁸ Wiarda, noot 66, 574. Van Oven, noot 67, 2143, 26.

⁶⁹ Wiarda, noot 66, 574.

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

verhalen als de koper slechts in het feitelijke bezit van de zaak is gesteld. De verkoper is eigenaar gebleven en de zaak kan dienen tot verhaal van zijn schuldeisers.⁷⁰

Is met het nieuwe BW de eeuwenoude kwestie nu definitief opgelost? Neen, ook nu is zij nog actueel en nog steeds zorgt zij voor dogmatische moeilijkheden. Zij komen met name aan de orde in de uitleg van artikel 90 lid 2 BW.

Artikel 90 lid 2 BW laat zien tot welke (onnodig) ingewikkelde rechtsgevolgen relatieve eigendom aanleiding geeft.⁷¹ Tevens volgt uit dit artikel dat de wetgever, als hij een knoop heeft doorgehakt, er wellicht beter aan doet consequent de rechtsgevolgen van die keuze te aanvaarden en niet te tornen aan de keuze door te gaan relativiseren omdat de keuze voor sommige justitiabelen wellicht wat minder plezierige gevolgen heeft. Het is het één, of het ander.

Artikel 90 lid 2 BW luidt als volgt:

Blijft de zaak na levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering *tegenover een derde* die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met vervreemding heeft ingestemd.

Het artikel heeft tot doel oudere gerechtigden die een recht op de zaak hebben te

⁷⁰ Voor de vraag welke rechtspositie de koper heeft als hem alleen het feitelijke bezit van een onroerende zaak is verschaft, en partijen de gang naar de notaris hebben verzuimd, meer in het bijzonder voor de vraag of de koper in dat geval bezitter dan wel houder is geworden, zij verwezen naar de artikelen van Brandsma en Jansen. Brandsma, noot 54, 41; J.E. Jansen, Enige opmerkingen over levering en bezitsverschaffing van onroerende zaken, in: *Themis* 2008, 19 v.

⁷¹ In het huidige recht vinden we de relatieve eigendom verder bij de *actio Pauliana* en bij beslag op roerende zaken, niet-registergoederen. De relativisering van eigendom bij de *actio Pauliana* kan worden uitgelegd aan de hand van het volgende voorbeeld. A is schuldeiser van B. B verkoopt een goed uit zijn vermogen aan C en draagt de eigendom aan C over. A wordt hierdoor benadeeld omdat hij wordt gekort in zijn verhaalsmogelijkheden op B. A nu kan met de *actio Pauliana* de rechtshandeling tussen B en C vernietigen. Slaagt deze actie, dan is C tegenover een ieder, met uitzondering van A, eigenaar van de zaak. Damsteegt-Molier, noot 18, 67. Zie ook J.A. Ankum, *De geschiedenis der 'Actio Pauliana'*, Zwolle 1962. Voor de relativisering van eigendom bij het beslag op roerende zaken, niet-registergoederen kan het volgende voorbeeld worden gegeven. A is schuldeiser van B. Ter voorbereiding op de executie kan A verhaalsbeslag leggen op de vermogensbestanddelen van B. Kiest A er bijvoorbeeld voor beslag te leggen op de auto van B, dan is de beschikkingsmacht van B over de auto geblokkeerd. De auto is veilig gesteld voor verhaal. Vervreemdt B in weerwil van het beslag de auto aan C, dan leidt dit volgens Damsteegt weliswaar tot eigendomsovergang tegenover C, maar A mag B als eigenaar blijven aanmerken. Damsteegt-Molier, noot 18, 161, 167. Zij noemt drie andere constructies. De relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie: B is t.o.v. A niet bevoegd de zaak te vervreemden. C wordt t.o.v. een ieder m.u.v. A eigenaar van de zaak. De relatieve nietigheidsconstructie: de vervreemding door B aan A is nietig t.o.v. A. C wordt t.o.v. een ieder m.u.v. A eigenaar van de zaak. De zaaksgevolgconstructie: B is wel bevoegd aan C over te dragen, maar het beslag van A blijft als het ware op de zaak rusten. C wordt t.o.v. een ieder, óók t.o.v. A eigenaar van de zaak.

beschermen tegen de levering c.p. die niet naar buiten toe waarneembaar is. Tot de oudere gerechtigden behoren niet alleen de eigenaar en beperkt gerechtigden⁷², die een recht op de zaak hebben, maar ook de bevoorrechte schuldeisers.⁷³ De relativering werkt niet ten opzichte van een ouder persoonlijk recht tot de zaak.⁷⁴ Het doel van artikel 90 lid 2 BW lijkt op dat van de hierboven genoemde plakaten uit de 16^e eeuw, zij het dat het in genoemde plakaten de levering van onroerend goed betrof. Deze plakaten hadden tot doel een oudere gerechtigde te beschermen indien niet op de voorgeschreven wijze voor het gerecht was geleverd. Artikel 90 lid 2 BW beoogt eveneens oudere gerechtigden tegen een niet-waarneembare levering, te weten de levering c.p., te beschermen.

Artikel 90 lid 2 BW geeft aanleiding tot vele subtiliteiten die in het proefschrift van Damsteegt-Molier aan de orde komen.⁷⁵ Ik zal mij in het volgende beperken tot de in dit opstel behandelde vraag naar de mogelijkheid en de wenselijkheid van relatieve eigendom. Tijdens het eerstejaars college burgerlijk recht in Groningen wordt de werking van artikel 90 lid 2 BW uitgelegd aan de hand van de volgende casus:

De wegens verkwisting onder curatele gestelde A verkoopt en levert zonder de toestemming van zijn curator zijn bromfiets aan B. B verkoopt en levert c.p. de bromfiets op zijn beurt aan C. Vervolgens wordt op last van de curator de overeenkomst tussen A en B vernietigd omdat A handelingsonbekwaam was. Vast staat dat C te goeder trouw is.

Nu de overeenkomst is vernietigd, heeft A aan B geleverd op grond van een ongeldige titel. Dit heeft ex. 3: 84 BW tot gevolg dat de eigendom niet op B is overgegaan en dat B derhalve beschikkingsonbevoegd was om te leveren aan C. C was echter te goeder trouw. Kan C een beroep doen op derdenbescherming? Had B het feitelijke bezit van de bromfiets aan C verschaft, dan was C beschermd door art. 3:86 BW en was C tegenover iedereen eigenaar geworden, ook tegenover A. Nu B echter c.p. geleverd heeft, lijkt deze bescherming voor C tegenover A niet op te gaan. Artikel 90 lid 2 BW gooit roet in het eten. Dit artikel bepaalt immers dat als tussen B en C c.p. geleverd is, deze levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft (A), eerst werkt vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger (C) is gekomen. Zolang de bromfiets dus bij B in de schuur staat ‘werkt’ de levering B-C dus niet tegenover A.

De reden waarom artikel 90 lid 2 BW is ingevoerd, is, zoals gezegd, dat de c.p.-levering naar buiten toe niet waarneembaar is. In de parlementaire geschiedenis lezen we

⁷² Degenen met een pandrecht of een recht van vruchtgebruik. Damsteegt-Molier, noot 18, 40.

⁷³ Een voorrecht is verbonden aan een vordering en geeft de schuldeiser het recht om uit de netto-executieopbrengst van het goed te worden voldaan vóór de andere schuldeisers, indien er meerdere schuldeisers op de zaak verhaal zoeken en de opbrengst onvoldoende is om allen te voldoen. A. Pitlo, A.H.T. Heisterkamp, *Het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht*, Deventer 2006, 201-202.

⁷⁴ Pitlo-Reehuis, noot 73, 201.

⁷⁵ Damsteegt-Molier, noot 18.

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

het volgende:

De beoogde bescherming van deze ouder gerechtigde(A) tegen niet naar buiten blijken overdrachten van de zaak wordt in het tweede lid bereikt door een regel die de levering die voldoet aan lid 1, in haar rechtsgevolg beperkt: blijft de zaak in handen van de vervreemder(B), dan werkt de levering – en daarmee dus de overdracht – in beginsel eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger(C) is gekomen.⁷⁶

Verder:

De betekenis van het onderhavige tweede lid is aldus, dat het de verkrijger te goeder trouw(C) ondanks een geldige levering door constitutum possessorium beroep op 3a (*lees: 3:86 FAJV*) tegenover een oudere gerechtigde(A) onthoudt (...). Dit lid staat immers de verkrijger(C) in beginsel niet toe jegens de oudere gerechtigde een beroep op zulk een levering en daarmee overdracht te doen.⁷⁷

Volgens Pitlo-Reehuis staat C met lege handen tegenover A omdat C zich tegen A vanwege artikel 90 lid 2 BW niet kan beroepen op artikel 3: 86 BW:

‘In geval van art. 3:90 lid 2 is sprake van een *geslaagde* levering, zij het dat deze niet tegenwerpbaar is aan iemand die een ouder recht op de zaak heeft. Buiten dat geval werkt zij tegenover iedereen. (...). Het belang van art. 3:90 lid 2 is daarin gelegen dat het – ondanks de in principe geslaagde levering – de verkrijger te goeder trouw tegenover een oudere gerechtigde bescherming door art. 3:86 onthoudt. Voor toepassing van art. 3:86 is immers vereist dat de verkrijger zich tegenover de oudere gerechtigde op een geslaagde levering kan beroepen, zo volgt uit de verwijzing in lid 1 naar art. 3:90, 3:91 of 3:93. Art. 3:90 lid 2 bewerkstelligt dat de verkrijger te goeder trouw ondanks de in principe geslaagde levering deze niet aan de oudere gerechtigde kan tegenwerpen, wat hem a fortiori bescherming door 3:86 ontnemt.’⁷⁸

Hoe moeten deze woorden van Pitlo-Reehuis worden uitgelegd? Drie zinnen uit het citaat zijn hierbij van belang. Eén: er is wél sprake van een geldige levering B-C, maar de levering kan niet door C aan A worden tegengeworpen. Twee: voor toepassing van artikel 3: 86 BW is vereist dat C zich tegenover A op een geslaagde levering kan beroepen. Drie: artikel 90 lid 2 BW bewerkstelligt dat C deze in principe geslaagde levering niet aan A kan tegenwerpen, wat hem de bescherming van 3: 86 ontnemt.

Wat bedoelt Pitlo-Reehuis met een ‘in principe geslaagde levering’? Dat de levering geslaagd is tussen B en C, maar niet tegenover A? Dit nu zou betekenen dat de levering tegenover A niet geldig, maar gebrekkig is. Nu artikel 3: 86 BW een gebrekkige levering

⁷⁶ Parl. Gesch., 3, MvA II, 385. Overgenomen uit Damsteegt-Molier, noot 18, 29.

⁷⁷ Parl. Gesch., 3, MvA II, 386. Overgenomen uit Damsteegt-Molier, noot 18, 29.

⁷⁸ Pito-Reehuis-Heisterkamp, noot 73, nr 231-232.

niet heelt, kan C geen beroep doen op artikel 3: 86 BW.

Het resultaat is dat C, zolang de bromfiets bij B in de schuur staat, eigenaar is tegenover iedereen, behalve tegenover A.

Damsteegt huldigt een andere opvatting over het antwoord op de vraag waarom C met lege handen tegenover A staat. Zij zegt het volgende:

‘De levering is dus wel geldig, maar ten aanzien van de oudere gerechtigde kan daarop geen beroep worden gedaan. Nog afgezien van de beschikkingsonbevoegdheid aan de zijde van de vervreemder, (..) is dus *ten opzichte van de oudere gerechtigde geen sprake van een leveringshandeling in de zin van artikel 3: 84 BW*, zodat ten opzichte van de oudere gerechtigde (door C) geen beroep op de eigendomsovergang kan worden gedaan (..). Ten opzichte van alle anderen is wel sprake van een geldige levering. Krachtens artikel 3: 84 BW is echter naast een leveringshandeling en een geldige titel ook beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder vereist. Nu deze (..) ontbreekt, is voor eigendomsovergang nodig dat de verkrijger (C) ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder (B) te goeder trouw is. Is hij inderdaad te goeder trouw, dan wordt hij ten opzichte van een ieder, met uitzondering van de oudere gerechtigde, eigenaar van de zaak (artikel 3:84 jo. artikel 3:86 BW)’⁷⁹ (*cursivering FAJV*)

En voorts zegt zij:

‘Ondanks de overdracht door B aan C (per c.p.), kan A (als gevolg van de relativering van de levering c.p. ten opzichte van A) ten opzichte van C nog worden aangemerkt als eigenaar. Tegen A immers werkt de levering c.p. niet.’⁸⁰

Het feitelijke resultaat van Damsteegts opvatting is dus hetzelfde als dat van Pitlo-Reehuis: C is eigenaar tegenover iedereen behalve tegenover A. A op zijn beurt is zijn rechten op de zaak kwijt, behalve ten opzichte van C.⁸¹

In tegenstelling tot Pitlo-Reehuis koppelt Damsteegt het feit dat C tegenover A geen beroep op de levering kan doen *niet* aan artikel 3: 86 BW. Aan een beroep op dit artikel komt C volgens haar niet toe:

‘Strikt genomen wordt echter aan artikel 3:86 BW pas toegekomen als is voldaan aan alle andere vereisten die artikel 3:84 stelt voor een eigendomsovergang behalve beschikkingsbevoegdheid (geldige titel en leveringshandeling). Artikel 3:86 komt dan pas in beeld als wél sprake is van een leveringshandeling.’⁸²

⁷⁹ Damsteegt-Molier, noot 18, 29.

⁸⁰ Damsteegt-Molier, noot 18, 58.

⁸¹ Damsteegt-Molier, noot 18, 58.

⁸² Damsteegt-Molier, noot 18, 29 noot 73.

ENIGE OPMERKINGEN OVER RELATIEVE EIGENDOM

Wat bedoelt Damsteegt met de laatste zin? Zij zal niet bedoelen dat er in het geheel geen levering heeft plaatsgehad. Damsteegt zegt immers zelf ook dat de levering wel geldig is, maar niet tegenover A. Geeft men aan de levering de kwalificatie geldig of ongeldig, dan betekent dat dat er wel een levering moet hebben plaatsgevonden. Er valt moeilijk een oordeel over een levering te vellen indien deze niet heeft plaatsgevonden.

Zoals ik het zie bedoelt zij dat er geen levering was ten opzichte van A, maar alleen ten opzichte van C. Dit zou betekenen dat de levering zelf wordt gerelativeerd. Dat er dus tegenover de één (C) wel geleverd is, maar niet tegenover de ander (A). Deze veronderstelling lijkt mij enigszins merkwaardig. Er is wel of er is niet geleverd. Iets anders is het - overigens ook merkwaardig - om het gevolg van de leveringshandeling te relativiseren, namelijk dat de levering tegenover de één wel geldig is, maar niet tegenover de ander. Dat de leveringshandeling tegenover de één wel geldig is, maar niet tegenover de ander heeft tot gevolg dat de verkrijger tegenover de één wel eigenaar wordt, maar niet tegenover de ander. En dat is nu precies wat artikel 3: 90 BW bewerkstelligt, namelijk dat C wel eigenaar is tegenover derden, maar niet tegenover A.

Zo zijn we terug bij de vraag waarom C tegenover A geen beroep op de eigendom kan doen. En meer in het bijzonder of dit nu komt omdat artikel 3: 90 lid 2 hem een beroep op artikel 3: 86 BW onthoudt, zoals Pito-Reehuis meent, of, zoals Damsteegt zegt, omdat er ten opzichte van de oudere gerechtigde geen sprake is van een leveringshandeling in de zin van artikel 3: 84 BW, zodat ten opzichte van de oudere gerechtigde (door C) geen beroep op de eigendomsovergang kan worden gedaan.

Wij geven de voorkeur aan de mening van Pitlo-Reehuis, die C een beroep tegenover A onthoudt omdat C tegenover A geen beroep kan doen op artikel 3: 86 BW. Er is namelijk wel degelijk geleverd, en wel tegenover ieder ander, dus ook tegenover A. Het gaat niet om het al dan niet plaatshebben van de levering, maar om haar gevolgen. Artikel 90 lid 2 BW nu gooit voor C roet in het eten omdat het bepaalt dat de levering c.p., die geslaagd is, niet aan A kan worden tegengeworpen, zolang de zaak zich bij B bevindt. De levering c.p. 'werkt niet' tegenover A en is m.i. dus niet geldig tegenover A. Wil C zich beroepen op derdenbescherming ex 3: 86 BW tegenover de rest van de wereld inclusief A, dan moet er sprake zijn van een geldige levering. De levering is geldig, 'werkt' tegenover de rest van de wereld, maar niet tegenover A omdat artikel 90 lid 2 BW dat bepaalt. Nu er tegenover A geen sprake is van een geldige levering kan C tegenover A dus geen beroep doen op artikel 3: 86 BW omdat dit artikel een gebrekkige levering niet heelt. Dat C er geen beroep op kan doen tegenover A wil echter nog niet zeggen dat er geen levering (tegenover A) heeft plaatsgevonden, zoals Damsteegt wil doen geloven. Gesteld dat C de zaak niet via een c.p. levering, maar via gewone bezitsverschaffing gekregen had van de beschikkingsonbevoegde B, dan was er toch ook een levering tegenover A, die in dit geval wel geldig was.

Enige rechtsgevolgen van artikel 90 lid 2 BW.

Wat kan A ondernemen tegen C? A kan van C afgifte vorderen van de zaak. A heeft zijn

rechten op de zaak tegenover iedereen immers verloren, behalve ten opzichte van C. C staat na afgifte alsdan met lege handen, maar kan van B schadevergoeding vorderen.⁸³ C heeft een vordering uit toerekenbare tekortkoming tegen B omdat deze de verplichting uit de koopovereenkomst niet is nagekomen. Op grond van de koopovereenkomst was B immers verplicht de eigendom aan C over te dragen.

A kan zijn relatieve eigendom overdragen aan een derde (X). Na deze overdracht aan X heeft X op grond van de nemo-plus regel niet meer dan een relatief eigendomsrecht verkregen. X heeft een relatief eigendomsrecht dat alleen geldt tegenover C. C blijft eigenaar tegenover een ieder, nu echter met uitzondering van X. X kan ondanks de onbevoegdheid van A ten aanzien van de volledige eigendom volgens Damsteegt toch de volledige eigendom verkrijgen. X kan volgens haar een beroep doen op artikel 3:86 BW. Indien X meende dat hij niet slechts de relatieve eigendom verkreeg, maar de volledige en hij aan de overige voorwaarden van genoemd artikel voldoet, dan verwerft hij de volledige eigendom.⁸⁴

Beschikt C ten behoeve van een derde (X), hetgeen alleen via een levering c.p. of longa manu kan geschieden - C heeft immers niet de feitelijke macht -, dan is het de vraag of X tegenover A volledig eigenaar wordt op grond van artikel 3: 84 BW of dat het relatieve recht van A aankleeft aan het recht van C en dat C alleen onder de last van artikel 90 lid 2 BW over de zaak kan beschikken.⁸⁵ In het laatstgenoemde geval krijgt X dezelfde rechtspositie tegenover A als C had, te weten eigenaar tegenover iedereen, met uitzondering van A. Damsteegt prefereert de eerstgenoemde opvatting. Doorwerking van het recht van A ten opzichte van X zou in strijd zijn met de opvatting dat C eigenaar is ten opzichte van een ieder met uitzondering van A. C is volgens haar volledig beschikkingsbevoegd ten opzichte van X. Het is de vraag of dit de juiste opvatting is. C is weliswaar ten opzichte van een ieder eigenaar, maar niet tegenover A. In feite heeft C ook een relatief eigendomsrecht. Op grond van de nemo plus-regel kan hij niet meer rechten overdragen dan hijzelf heeft. Nu C relatieve eigendom heeft, zou ik menen, dat hij niet meer dan deze relatieve eigendom kan overdragen aan X. X wordt dus eveneens eigenaar tegenover een ieder, met uitzondering van A. X kan evenwel een beroep doen op artikel 3: 86 BW en de volledige eigendom verwerven indien hij in de veronderstelling verkeerde dat hij de volledige eigendom kreeg en aan de overige vereisten van artikel 3: 86 BW voldoet.

Is artikel 90 lid 2 BW gewenst?

De vraag is dus of de levering-cp moet worden gerelativeerd? Damsteegt beantwoordt deze vraag ontkennend, mijns inziens terecht. Er zijn talloze bezwaren opgeworpen tegen de levering-cp, zoals de niet-waarneembaarheid en het misbruik van de cp-levering om schuldeisers te benadelen. Maar deze bezwaren kleven per definitie aan het *constitutum*

⁸³ Damsteegt-Molier, noot 18, 64 v.

⁸⁴ Damsteegt-Molier, noot 18, 59.

⁸⁵ Damsteegt-Molier, noot 18, 49.

possessorium. Als men consequent is, dan zou men deze leveringsvorm in zijn geheel niet moeten erkennen.

De levering c.p. moet met andere woorden óf wel, óf niet ten volle worden geaccepteerd: ten opzichte van een ieder of ten opzichte van niemand.⁸⁶ Dit laatste - niet accepteren - kan worden bereikt door de levering c.p. niet als geldige levering te beschouwen ofwel de verkrijger (C) niet een beroep op bescherming van art. 3: 86 BW te bieden zolang de zaak niet in zijn macht is, zoals in Duitsland het geval is. De c.p. levering is in dat geval wel geldig, 'werkt' tegenover iedereen, inclusief A, maar het Duitse 3: 86 bepaalt met zoveel woorden dat er door niemand een beroep op kan worden gedaan zolang de zaak nog in handen van de beschikkingsonbevoegde vervreemder is.⁸⁷

Nu onze wetgever de cp-levering uitdrukkelijk mogelijk heeft gemaakt, moeten de gevolgen ervan dan niet ten volle worden geaccepteerd? Onzichtbaarheid kleeft nu eenmaal aan de levering c.p. Waarom zou de oudere gerechtigde eigenlijk bij de levering c.p. beschermd moeten worden als levering c.p. wettelijk mogelijk is?

Deze reden is, zoals gezegd, de nadelige gevolgen die de niet-waarneembaarheid van de levering c.p. voor oudere gerechtigden met zich meebrengt, weg te nemen. Dit zou de rechtszekerheid ten goede komen. Maar waarom zoekt men de oplossing in de ingewikkelde regeling van artikel 90 lid 2 BW? Dogmatisch is het niet juist om te zeggen: de c.p. levering is geldig, maar deze levering geldt, 'werkt' wel tegenover de één, maar niet tegenover de ander. Eggens zei het al: 'Eene levering met geenerlei werking tegenover derden (doch die gelijktijdig geldig is tusschen partijen), is (..)eene contradictie.'⁸⁸

Aan de oudere zakelijk gerechtigde, zoals de eigenaar, biedt het BW zelf al - los van artikel 90 lid 2 BW - bescherming. Doet C een beroep op artikel 3:86 BW, dan zal hij bij een niet waarneembare c.p. levering minder snel te goeder trouw worden geacht.⁸⁹ Er kunnen bij de c.p. levering dus strengere eisen gesteld worden aan de goede trouw van C. De Duitse oplossing zou ook een goede optie zijn: de c.p. levering is, zoals gezegd, geldig, maar het BGB onthoudt de verkrijger(C) in het 'Duitse 3: 86' een beroep op derdenbescherming zolang de zaak niet in zijn macht is. Op deze wijze wordt aan de bovengenoemde contradictie ontkomen.

Voor de oudere gerechtigde met een zakelijk recht is er geen reden om een artikel als 3: 90 lid 2 BW te hebben. Blijft over de vraag of er een reden is de bevoorrechte schuldeisers te beschermen in de zin van artikel 90 lid 2 BW. Damsteegt beantwoordt de

⁸⁶ Damsteegt-Molier, noot 18, 21.

⁸⁷ Damsteegt-Molier, noot 18, 23. § 933: Gehört eine nach § 930 veräuserte Sache nicht dem Veräuszerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräuszerer übergeben wird es sei denn dass er zu dieser Zeit nicht im guten Glauben ist. Deze levering c.p. is te onzichtbaar om te rechtvaardigen dat de derde tegenover de eigenaar wordt beschermd. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am M. 1900, 793; F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 1989, 465.

⁸⁸ Eggens, noot 64, 3189, 75.

⁸⁹ Damsteegt-Molier, noot 18, 227.

vraag ontkennend. Mijns inziens terecht.

Nemen we het voorbeeld⁹⁰ van B die zijn auto laat repareren door A voor € 1500,-. B neemt de auto mee zonder te betalen. A heeft dus een vordering op B van € 1500,-. Vervolgens verkoopt B zijn auto aan C en levert de auto door middel van c.p. Door de overdracht aan C is de auto in beginsel onttrokken aan het verhaal daarop door A. Maar aan de vordering van A koppelt de wetgever in artikel 3:285 BW het voorrecht ter zake van aanneming van werk. A kan zich ondanks de overdracht aan C verhalen op de auto. Dit omdat een levering c.p. ex artikel 3:90 lid 2 niet tegenwerpbaar is aan A, die een voorrecht heeft op de zaak. C is eigenaar geworden tegenover B en iedere derde, maar niet tegenover A. A kan zich tegenover C op zijn voorrecht beroepen. C kan op zijn beurt naar B met een actie uit toerekenbare tekortkoming. Is het juist dat A vóór C gaat?

Ik zou 'nee' antwoorden. In de eerste plaats is het niet in overeenstemming met het dogmatische systeem dat A voor C gaat. Dat A een persoonlijk recht heeft, maakt B niet beschikkingsonbevoegd. B kan de eigendom derhalve overdragen aan C. C wordt eigenaar. Het gevolg dat de levering B-C niet aan A, de bevoorrechte schuldeiser van B, kan worden tegengeworpen leidt ertoe dat de persoonlijk gerechtigde A als het ware een zakenrechtelijke positie verwerft. Hij kan zijn voorrecht ook tegenover de nieuwe eigenaar C handhaven, hetgeen in strijd is met het persoonlijke karakter van het vorderingsrecht.

Een tweede reden om de bevoorrechte schuldeisers van B niet te beschermen ligt hierin besloten dat de 'normale' schuldeisers van B ook niet worden beschermd. Deze laatstgenoemde schuldeisers kunnen echter evengoed nadeel ondervinden van de niet-waarneembaarheid van de levering c.p. B lijkt door de levering c.p. meer vermogend dan hij in werkelijkheid is en dit kan voor zijn crediteuren een reden zijn met hem in zee te gaan. 'Het is dan van tweeën één', aldus Damsteegt, 'óf alle persoonlijk gerechtigden worden beschermd, maar dan ook de concurrente schuldeisers, óf geen van de persoonlijk gerechtigden wordt beschermd.'⁹¹

Ik zou kiezen voor de tweede mogelijkheid. Want waarom moeten bevoorrechte schuldeisers beschermd moeten worden tegen de verkrijger c.p.? Waarom zouden deze gerechtigden vóór de verkrijger c.p. moeten gaan? C heeft verkregen van een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel. Dat hij geleverd heeft gekregen door middel van een levering c.p. zou daar niets aan af mogen doen. Het feit dat hij eigenaar is geworden zou zwaarder moeten wegen dan het persoonlijke voorrecht van A.

Daarbij heeft A in het hierboven gegeven voorbeeld een risico genomen door de auto mee te geven zonder onmiddellijke betaling te verlangen van B. Mocht er iets mis gaan, dan behoort hij derhalve ook de gevolgen van het genomen risico te dragen. Of hij had geen risico moeten nemen en betaling moeten verlangen.

Kortom, zakelijk gerechtigden behoeven geen bescherming door een speciaal artikel à la artikel 3: 90 lid 2 BW en ten aanzien van bevoorrechte schuldeisers bestaat er geen

⁹⁰ Overgenomen uit Pitlo-Reehuis, noot 73, 201-202.

⁹¹ Damsteegt-Molier, noot 18, 33.

goede reden om bescherming te bieden. Damsteegt concludeert dat artikel 3:90 lid 2 BW kan worden geschrapt.⁹² Er bestaat, zoals zij terecht zegt, geen reden voor een relativering van de levering c.p.⁹³

Conclusie

Enerzijds heeft de wetgever duidelijk een keuze gemaakt en de deur geopend voor de levering c.p., anderzijds heeft zij de deur weer net zo hard dichtgeslagen vanwege de niet-waarneembaarheid en mogelijke onbillijkheden tegenover bepaalde oudere gerechtigden. Zij heeft zich in ingewikkelde haarspeldbochten van de ‘relatieve eigendom’ gewrongen. Beter ware het geweest ofwel de levering c.p. niet te accepteren ofwel volledig te accepteren met alle rechtsgevolgen van dien. Vanuit dogmatisch oogpunt is relatieve eigendom (in ons rechtssysteem) in de zin dat men eigenaar is tegenover de één, maar niet tegenover de ander, niet te verdedigen.⁹⁴ Men is eigenaar of men is het niet. En degene die eigenaar is, kan het eigendomsrecht vanwege het absolute karakter tegenover iedereen handhaven.

Artikel 90 lid 2 BW geeft aanleiding tot (onnodig) ingewikkelde rechtsgevolgen, zonder dat er reden is voor de relativering van de levering c.p. De oudere gerechtigde met een zakelijk recht kan tegemoet worden gekomen door strengere eisen te stellen aan de goede trouw van de derde-verkrijger. Of de wetgever zou kunnen kiezen voor de oplossing van de Duitse wetgever en de nadelige gevolgen voor deze oudere gerechtigde weg kunnen nemen door de derde-verkrijger in artikel 3: 86 BW uitdrukkelijk een beroep op derdenbescherming te onthouden, zolang de zaak niet in zijn macht is. Dat de oudere persoonlijk gerechtigde (de bevoorrechte schuldeisers) bescherming zouden moeten hebben boven de c.p verkrijger valt niet in te zien.

Slot

We hebben voor dit opstel een Surinaams Koloniaal appèl uit 1848 als uitgangspunt genomen, dat de Hoge Raad naar oud-Hollands recht moest beoordelen. Omwille van de waarneembaarheid en derdenbelangen, te weten de belangen van de schuldeisers van de verkoper, moesten onroerende zaken krachtens een plakkaat van Karel V uit 1529 voor het gerecht geleverd worden. De Hoge Raad moest beantwoorden wat rechtens was als niet voor het gerecht geleverd was, maar in plaats daarvan de koper alleen in het bezit van het onroerend goed was gesteld.

Uit de literatuur bleek dat latere schrijvers als Scholten en Beekhuis van mening waren dat naar oud-Hollands recht in genoemd geval de zaak wel in eigendom overging tussen partijen, maar niet tegenover de schuldeisers van de verkoper. Zij namen derhalve aan dat er sprake was van relatieve eigendom in die zin dat de koper tegenover de verkoper

⁹² Damsteegt-Molier, noot 18, 21, 267.

⁹³ Damsteegt-Molier, noot 18, 30, 268.

⁹⁴ Vgl. Damsteegt-Molier, noot 18, 225.

wel eigenaar was geworden, maar niet tegenover derden, waaronder de genoemde schuldeisers. Scholten en Beekhuis deden onder andere een beroep op Voet, die dezelfde mening zou zijn toegedaan.

We hebben geprobeerd aan te tonen dat Voet echter van mening was dat de eigendom noch tegenover de verkoper, noch tegenover derden was overgegaan. De verkoper bleef eigenaar, maar hij kon zijn recht niet tegenover de koper handhaven. De koper-bezitter kon zich net als de praetorisch eigenaar in het klassieke Romeinse recht, verweren met de exceptie van de verkochte en geleverde zaak. Deze gang van zaken was in overeenstemming met de praktijk van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland en het oordeel van Van Bijkershoek. De Hoge Raad overwoog in het koloniaal appèl op precies dezelfde wijze.

Ook in het oud-Hollandse recht was er in dit geval sprake van een zekere relativering van eigendom. De verkoper kon zijn eigendomsrecht immers niet tegen de koper handhaven. De positie van de verkoper van de plantage is geen andere dan die van de verkrijger van de c.p levering uit artikel 90 lid 2 BW. Deze verkrijger kan zijn eigendomsrecht immers ook niet handhaven. In beide gevallen is de reden dat handhaving van het eigendomsrecht niet mogelijk is dezelfde: de niet-waarneembaarheid van de levering.

Relativering van eigendom kan maar beter worden vermeden, want één ding is hierboven hopelijk duidelijk geworden en dat is dat de subtiliteiten van relatieve eigendom in het algemeen en die van artikel 90 lid 2 BW in het bijzonder, ‘zinledig en overbodig’ zijn. Laat dus ieder gewoon volledig en wettig eigenaar zijn. Met wetsbepalingen als artikel 90 lid 2 BW leren, om met de woorden van keizer Justinianus te spreken, ‘de verschrikte geesten van de jongelui die naar de eerste colleges in het recht komen, nutteloze bepalingen vanaf de wieg van hun studie.’⁹⁵

Foskea van der Ven

Groningen

⁹⁵ Zie voor de Latijnse tekst: noot 39.