

OVER DE GRONDSLAG VAN DE CONVALESCENTIE BIJ DE EIGENDOMSOVERDRACHT VAN ROERENDE ZAKEN

Op 1 januari ontvreemdt Victor een gouden horloge van zijn oude en zieke tante Emilie. Victor verkoopt vervolgens dit horloge aan Karel, aan wie hij de zaak feitelijk levert. Karel verwerft hierdoor uiteraard niet de eigendom van het horloge: hij krijgt dit geleverd van een beschikkingsonbevoegde vervreemder en wordt, ondanks zijn goede trouw, tegen deze beschikkingsonbevoegdheid niet beschermd omdat het een gestolen zaak betreft. Emilie zou derhalve het horloge met vrucht onder Karel hebben kunnen revindiceren; zij overlijdt helaas op 1 februari met achterlating van Victor als haar enige erfgenaam. Door dit bloot rechtsfeit verkrijgt Victor de eigendom van het horloge, die vervolgens van rechtswege overgaat op Karel.

1 Inleiding

De voorgaande feiten doen de vraag rijzen welke de grondslag is van de eigendomsverrijging door Karel. Er zou in theorie kunnen worden verdedigd dat de eigendomsverrijging door Victor geen enkel effect heeft ten aanzien van Karel. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de vervreemder niet op een willekeurig, maar daarentegen op één bepaald tijdstip beschikkingsonbevoegd moet zijn opdat de beoogde eigendomsoverdracht kan plaatsvinden. Dit tijdstip is bij de eigendomsoverdracht van roerende zaken gelegen op het moment van de bezitsverschaffing.¹ Indien de vervreemder op *dit* tijdstip niet beschikkingsonbevoegd is, vindt er uiteraard geen eigendomsovergang plaats krachtens art. 3:84 lid 1 BW. Het staat derhalve vanaf dat tijdstip vast dat de eigendomsoverdracht die de vervreemder heeft beoogd, bij gebreke van beschikkingsonbevoegdheid is mislukt.² De verkrijger zal, teneinde de eigendom van de zaak te kunnen verkrijgen, zijn toevlucht moeten zoeken in de bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw of in de verkrijgende verjaring. Het enkele feit dat de vervreemder *ná de bezitsverschaffing* de eigendom van de zaak heeft verkregen, lijkt daarentegen niet voldoende opdat de verkrijger de zaak kan verwerven. Dit feit brengt namelijk géén verandering in de eerder gemaakte vaststelling dat de beoogde eigendomsoverdracht is mislukt. Het gevolg van deze zienswijze is dat de eigendomsoverdracht waarvan vaststaat dat zij bij gebreke van beschikkingsonbevoegdheid is mislukt, ééns en voor altijd mislukt blijft, ook al zijn de aan de eigendomsoverdracht gestelde vereisten alsnog vervuld. Er zou dan slechts één oplos-

1. Zo ook: Asser-Mijnssen-De Haan (*Algemeen goederenrecht*, Zwolle 1992), nrs 257 en 294; H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 1996, nrs 303 en 363.

2. De vaststelling dat 'de eigendomsoverdracht is mislukt', kan de indruk wekken dat het begrip 'overdracht' een handeling beschrijft, terwijl er daarentegen meestal wordt aangenomen dat dit begrip het rechtsgevolg aanduidt. Die indruk is echter niet terecht. De bovenstaande zegswijze geeft slechts aan dat het beoogde rechtsgevolg, namelijk de eigendomsoverdracht, is uitgebleven.

sing zijn teneinde de eigendom van de roerende zaak te doen overgaan van de vervreemder op de verkrijger. De vervreemder zou nogmaals - ditmaal als beschikkingsbevoegde - de roerende zaak aan de verkrijger moeten leveren op grond van een tot eigendomsoverdracht strekkende titel.³

De oplossing die art. 3:58 lid 1 BW biedt, is desalniettemin een andere.⁴ De eigendomsoverdracht die bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid is mislukt, vindt alsnog plaats door het enkele feit dat de vervreemder ná de bezitsverschaffing de eigendom van de zaak heeft verkregen en derhalve beschikkingsbevoegd is geworden.⁵ Het hier besproken geval, waarin het vereiste van beschikkingsbevoegdheid wordt vervuld door het intreden van een bloot rechtsfeit, wordt in de literatuur 'convalescentie' genoemd.⁶ De convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht houdt in dat de rechtsgevolgen die eerder bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid zijn uitgebleven, nu alsnog intreden.^{7,8} De eigendom van de roerende zaak gaat derhalve van rechtswege over van de vervreemder op de verkrijger, dat wil zeggen zonder dat partijen enige nadere

3. Deze levering kan uiteraard niet bestaan uit een bezitsverschaffing, aangezien de verkrijger reeds bezitter van de zaak is; de levering dient derhalve te geschieden door middel van een akte (art. 3:95 BW).

4. Zie in het algemeen over art. 3:58 BW: Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht* (Arnhem 1994), nr 146; Asser-Mijnssen-De Haan, nr 296; Asser-Hartkamp II (1993), nrs 502-505; Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer 1988, p. 355-399.

5. Ik ga er gemakshalve van uit dat de vervreemder door de eigendomsverrijging inderdaad beschikkingsbevoegd is geworden. Er kan daarentegen geen sprake zijn van convalescentie indien de vervreemder op het tijdstip van eigendomsverrijging in staat van faillissement verkeert, aangezien er in dit laatste geval niet alsnog aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid is voldaan (zie Hof Den Haag 20 januari 1988, *NJ* 1989, 694).

6. Er is eveneens sprake van 'convalescentie' wanneer de eigenaar van de zaak die de vervreemder heeft willen vervreemden, vervolgens de erfgenaam is geworden van deze vervreemder. Dit geval zal in het vervolg buiten beschouwing blijven. Art. 3:58 lid 1 BW bevat bovendien nog een andere wijze waarop de mislukte eigendomsoverdracht kan helen, namelijk de 'bekrachtiging'. Er is in het besproken geval sprake van bekrachtiging als de eigenaar aan de vervreemder of aan de verkrijger verklaart in te stemmen met de door hen eerder beoogde eigendomsoverdracht. De bekrachtiging veronderstelt derhalve, anders dan de convalescentie, een wilsverklaring van de eigenaar.

7. Deze rechtsgevolgen treden in *zonder* terugwerkende kracht, alhoewel de wetgever het anders heeft bedoeld (zie: Hijma, a.w., p. 378-379).

8. De redactie van art. 3:58 lid 1 BW laat ten aanzien van de heling van de mislukte eigendomsoverdracht veel te wensen over, ondanks het feit dat juist dit geval de wetgever voor ogen stond (zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 248). Het artikel spreekt namelijk van een 'nietige rechtshandeling', terwijl hiervan geen sprake is in het geval van een eigendomsoverdracht die bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid is mislukt. De beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder is immers geen vereiste voor de geldigheid van de titel, noch voor de geldigheid van de bezitsverschaffing zelf, maar slechts voor het intreden van het beoogde rechtsgevolg, te weten de eigendomsoverdracht. Het is dientengevolge bij een stricte lezing van de wet niet eenvoudig een antwoord te geven op de vraag *wat* er convalideert als de vervreemder alsnog beschikkingsbevoegd is geworden (zie hierover: Hijma, a.w., p. 376-378 (met verdere literatuur); Mon. Nieuw BW B-6a (Brahn, *Overdracht*), Deventer 1992, p. 2-4; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, nr 146). In dit debat, dat slechts is ingegeven door de ongelukkige redactie van art. 3:58 BW, zal ik niet treden. De strekking van dit artikel is dat de mislukte eigendomsoverdracht zelf convalideert, in die zin namelijk dat de beoogde overdracht (dat wil zeggen: het rechtsgevolg) die eerst is uitgebleven, nadien alsnog tot stand komt.

handeling hoeven te verrichten. Het is in het bijzonder niet vereist dat de vervreemder de zaak nogmaals aan de verkrijger levert.

Alhoewel de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht in art. 3:58 BW een wettelijke basis heeft gekregen, blijft de vraag bestaan om welke reden het recht betekenis hecht aan het feit dat de vervreemder eerst ná de bezitsverschaffing beschikkingsbevoegd is geworden. Het wekt immers verwondering dat de eigendomsoverdracht die eerst als mislukt werd beschouwd, alsnog van rechtswege kan plaatsvinden. Er kan ter verklaring uiteraard worden verwezen naar de gedachte dat 'er geen reden is de nietigheid verder te doen reiken dan haar doel rechtvaardigt.'⁹ Een dergelijk antwoord bevredigt niet. De algemene strekking ervan biedt namelijk geen aanknopingspunten voor de verdere uitleg van het leerstuk der convalescentie. Het is derhalve wenselijk de meer specifieke reden bloot te leggen die ten grondslag ligt aan de convalescentie van een mislukte eigendomsoverdracht. Het Romeinse recht biedt hierover een aantal aanwijzingen.

2 *Het Romeinse recht*

De convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht was in het klassieke Romeinse recht geenszins vanzelfsprekend. Er was immers op het moment van de bezitsverschaffing komen vast te staan dat de beoogde eigendomsoverdracht bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid was mislukt. Deze vaststelling wijzigde zich uiteraard niet wanneer de vervreemder nadien alsnog de eigendom van de zaak verkreeg. De eigendomsoverdracht die eerder was mislukt, vond om deze reden naar een stricte toepassing van het recht niet alsnog plaats wanneer de vervreemder na de bezitsverschaffing beschikkingsbevoegd was geworden.¹⁰ Toch had het intreden van dit bloot rechtsfeit bepaalde goederenrechtelijke rechtsgevolgen:

D. 21,3,1 *pr* (Ulpianus). Marcellus schrijft dat, als u andermans stuk grond hebt verkocht en u het opeist nadat het van u is geworden, u dan terecht moet worden afgeweerd met deze exceptie (d.w.z. de *exceptio rei venditae et traditae*).¹¹

De vervreemder had een stuk grond verkocht en feitelijk geleverd waarvan hij ten tijde van de bezitsverschaffing niet de eigenaar was. De verkrijger ontving derhalve geen enkel recht op de zaak, maar was hiervan slechts de bezitter. De vervreemder werd vervolgens

9. Aldus Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, nr 146. Hijma (a.w., p. 374) zoekt de grondslag van de convalescentie 'in het zelfbeschikkingsprincipe, hetwelk inhoudt dat het objectieve recht de verrichte rechtshandelingen zo veel mogelijk zal volgen.'

10. Zie D. 50,17,29 (Paulus): 'hetgeen aan het begin gebrekkig is, kan niet in de loop der tijd geldig worden' (Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere).

11. Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte <te> repellendum.

eigenaar van het stuk grond dat hij eerder aan de verkrijger had verkocht en geleverd. Het intreden van dit bloot rechtsfeit bewerkstelligde niet alsnog de overdracht van de eigendom. De vervreemder bleef eigenaar van de zaak die hij eerder aan de verkrijger had willen vervreemden. Het was echter de vraag of de vervreemder als eigenaar ook met vrucht de revindicatie tegen de verkrijger kon instellen teneinde in het bezit te komen van zijn zaak. Het antwoord luidde ontkennend. De verkrijger ontcrachtte de revindicatie van de vervreemder met de *exceptio rei venditae et traditae*, dat wil zeggen met een beroep op het feit dat de vervreemder hem zelf de zaak voordien had verkocht en geleverd.

Het feit dat de vervreemder na de bezitsverschaffing beschikkingsbevoegd was geworden, bewerkstelligde dat de verkrijger een onaantastbare positie verwierf ten aanzien van de zaak die de vervreemder hem eerder als niet-eigenaar had willen overdragen.¹² De verkrijger kon de revindicatie van de vervreemder (dat wil zeggen: van de eigenaar) ontcrachten door middel van een exceptie; hij kon bovendien zelf de zaak onder een ieder opeisen met de *a^o Publiciana*,¹³ een rechtsmiddel dat de fictie bevatte dat hij hiervan de eigenaar was geworden. De verkrijger genoot derhalve een zodanige positie dat hij materieel gezien als de eigenaar van de zaak kan worden beschouwd. Er wordt hierom van hem gezegd dat hij de 'praetorische' eigenaar van de zaak was.¹⁴ De vervreemder had op zijn beurt nog slechts de 'bloot civiele eigendom', het *nudum ius Quiritium*. De verkrijger was dientengevolge in staat om zijn praetorische eigendom geldend te maken tegen de rechtsopvolger onder bijzondere titel van de vervreemder, die niet meer rechten op de zaak had verkregen dan de vervreemder zelf had.¹⁵ Hij kon bovendien over dit eigendomsrecht beschikken, zodat ook zijn rechtsopvolger onder bijzondere titel een onaantastbare positie genoot tegen de vervreemder.¹⁶ Er was derhalve, hoewel de mislukte eigendomsoverdracht naar een stricte toepassing van het recht niet convalideerde, materieel wel degelijk sprake van een convalescentie. Deze kende echter niet als uitgangspunt dat de eerder mislukte eigendomsoverdracht alsnog zou plaatsvinden door het enkele feit dat de vervreemder na de bezitsverschaffing eigenaar was geworden. De convalescentie werd daarentegen ingegeven door de gedachte dat het de vervreemder, eenmaal eigenaar geworden, niet was toegestaan om zijn eigendomsrecht jegens de verkrijger geldend te maken. Deze invalshoek is bepalend geweest voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk der convalescentie.

- De verplichting tot vrijwaring voor uitwinning of tot eigendomsoverdracht

12. Zie ook D. 6,1,72, D. 21,2,17, D. 21,3,2, D. 36,1,58(56), D. 41,3,42 *i.f.* en D. 44,4,4,32. Zie hierover M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 2e druk, München 1979, p. 248 en p. 439¹²; P. Koschaker, "Fr. 4,32 D. 44,4 Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", in: *Iura* 4 (1953), p. 15-16 en 79. 13. Zie D. 44,4,4,32.

14. Zie over de praetorische eigendom in het algemeen Kaser, a.w., p. 403 en 439.

15. Zie D. 44,4,4,32; zie ook D. 21,3,3,1.

16. Zie D. 21,3,3 *pr.*

Het voorgaande roept de vraag op waarom de Romeinse juristen het niet toelieten dat de vervreemder de zaak met vrucht onder de verkrijger revindiceerde. Een begin van een antwoord hierop ligt besloten in het volgende fragment:

D. 21,2,17 (Ulpianus). Het wordt door niemand betwijfeld dat de verkoper die de zaak revindiceert die hijzelf heeft verkocht, met de *exceptio doli* kan worden afge-weerd, hoezeer ook hij de eigendom heeft verkregen op een andere grond: hij tracht namelijk op onredelijke wijze de zaak uit te winnen die hij zelf heeft ver-kocht.¹⁷

De verkoper was in het Romeinse recht niet verplicht tot eigendomsoverdracht, maar tot bezitsverschaffing van de verkochte zaak.¹⁸ Er rustte bovendien op hem de verplichting om de koper te vrijwaren voor uitwinning: hij diende jegens de koper in te staan voor het ongestoorde bezit van de zaak. De revindicatie die de vervreemder in D. 21,2,17 tegen de verkrijger instelde, stuitte dan ook op een voor de hand liggend bezwaar. De vervreemder stoorde met de revindicatie de verkrijger in het bezit van de zaak, terwijl hijzelf op grond van de koopovereenkomst de verkrijger diende te vrijwaren voor uitwinning. Door de zaak onder de verkrijger te revindiceren schond de vervreemder derhalve de contractuele verplichting die op hem rustte. Het behoeft hierom geen verbazing te wekken dat hij zijn eigendomsrecht niet geldend kon maken tegen de verkrijger. De grondslag van de convalescentie kan derhalve worden gevonden in de verplichting van de vervreemder om de verkrijger te vrijwaren voor uitwinning.¹⁹

De vrijwaringsverplichting van de vervreemder vormde -naast D. 21,2,17- in veel gevallen de grondslag van de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht. De tot eigendomsoverdracht strekkende rechtsverhouding bestond namelijk meestal uit een koopovereenkomst. In het geval waarin de vervreemder niet instond voor het ongestoorde bezit van de zaak, was het desalniettemin mogelijk dat een andere obligatoire verplichting zijnerzijds het slagen van de revindicatie verhinderde. De vervreemder kon zich namelijk door middel van een *stipulatio* jegens de verkrijger hebben verplicht om hem de eigendom van de zaak over te dragen. Ook in dit geval schond de vervreemder de obligatoire ver-plichting die hij jegens de verkrijger had wanneer hij de zaak onder hem revindiceerde. Hij eiste namelijk de zaak op die hij op een andere grond aan de verkrijger was verschul-digd:

17. *Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summo- veri nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quaesierit: improbe enim rem a se distractam evincere conatur.*

18. Zie bijvoorbeeld D. 19,4,1 *pr.*

19. Zo ook: P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e druk (bewerkt door F. Senn), Parijs 1929, p. 368 en 597; A. Burdese, "Convalida del pegno e convalida della vendita", in: *Labeo* 6 (1960), p. 137-141. Zie ook C. 8,44(45),14 (voor het geval waarin de eigenaar erfgenaam wordt van de vervreemder).

D. 50,17,173,3 (Paulus). Hij die opeist hetgeen (door hem) teruggegeven zal moeten worden, handelt onbehoorlijk.²⁰

De vervreemder die jegens de verkrijger verplicht was tot eigendomsoverdracht, kon derhalve, eenmaal eigenaar geworden, de zaak niet met vrucht onder de verkrijger revindiceren. Ook deze obligatoire verplichting kon dientengevolge aan de convalescentie ten grondslag liggen.

De grondslag van de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht kan, zo mag voorlopig worden geconcludeerd, in het merendeel van de gevallen worden gevonden in de obligatoire verplichting die op de vervreemder rustte jegens de verkrijger. Er zijn desondanks gevallen waarin de vervreemder jegens de verkrijger noch instond voor het ongestoorde bezit van de zaak, noch verplicht was om de eigendom van de zaak te over te dragen. Dit was bijvoorbeeld het geval als de vervreemder de zaak had willen overdragen bij wijze van schenking, aangezien een schenking op zichzelf geen bron van verbintenissen was.²¹ Het was bovendien mogelijk dat de vervreemder de zaak weliswaar had geleverd ter uitvoering van een koopovereenkomst, maar dat hij desalniettemin niet was verplicht om de verkrijger te vrijwaren voor uitwinning. Dit was onder andere²² het geval wanneer de verkrijger bij de bezitsverschaffing te kwader trouw was geweest en dus had geweten dat hem het bezit van andermans zaak werd verschafte.²³ Het ontbreken van een obligatoire verplichting van de vervreemder jegens de verkrijger belette de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht echter niet. De vervreemder kon, eenmaal eigenaar geworden, zijn eigendomsrecht in dat geval evenmin tegen de verkrijger geldend maken.²⁴ Er moet derhalve nog een andere, meer algemene, reden hebben bestaan die ten grondslag lag aan de convalescentie.

- De ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium*

Het was een eiser in het Romeinse recht niet altijd mogelijk om met vrucht een beroep te doen op zijn recht. Een reden hiervoor kon zijn gelegen in het feit dat hij zich had gedragen op een wijze die onverenigbaar was met het vervolgens geldend maken van dat

20. *Dolo facit, qui petit quod redditurus est*. Zo ook D. 44,4,8 *pr.*

21. Kaser, a.w., p. 602.

22. Het was tevens mogelijk dat de vervreemder zijn aansprakelijkheid voor een mogelijke uitwinning had uitgesloten; dit was vaak het geval als de vervreemding plaatsvond ter uitvoering van een executoriale verkoop. Zie over dit *pactum de non praestanda evictione* Kaser, a.w., p. 554⁵.

23. Zie C. 8,44(45),27 en Kaser, a.w., p. 554.

24. Zie voor de convalescentie bij kwade trouw van de verkrijger: D. 41,3,42 alsmede C. 3,32,14 voor het geval waarin de eigenaar erfgenaam van de vervreemder is geworden. Zie ook C. 8,53(54),24 voor de convalescentie bij een eigendomsoverdracht ten titel van schenking (in het geval de eigenaar erfgenaam van de vervreemder is geworden).

betrokken recht.²⁵ De eiser die dan desondanks een vordering instelde, handelde in strijd met zijn eigen eerdere gedragingen. De gemeenrechtelijke juristen zouden in een dergelijk geval van hem zeggen dat hij zich schuldig maakte aan het *venire contra factum proprium*, letterlijk het 'opkomen tegen een eigen gedraging'.²⁶ Engelse juristen spreken van 'estoppel'. Het rechtsmiddel dat de eiser wilde instellen, werd hem dientengevolge ontzegd of kon door de gedaagde worden ontkracht door middel van een exceptie. Het navolgende fragment geeft hiervan een voorbeeld:

D. 1,7,25 *pr* (Ulpianus). Na de dood van zijn dochter, die als *materfamilias* had geleefd als ware zij rechtens geëmancipeerd geweest en die was overleden nadat zij erfgenenamen bij testament had ingesteld, wordt het de vader niet toegestaan een proces te beginnen tegen zijn eigen gedraging aanvoerende dat hij haar niet geldig, noch in aanwezigheid van getuigen zou hebben geëmancipeerd.²⁷

Het was voor de emancipatie van een huiskind, waardoor dit een zelfstandig rechtssubject, oftewel *sui iuris* werd, vereist dat de *paterfamilias* een aantal formele handelingen verrichtte.²⁸ De vader had hieraan in het bovenstaande fragment niet voldaan zodat de dochter streng rechtens niet was geëmancipeerd. Zij werd desalniettemin *de facto* als zodanig door de vader beschouwd en behandeld. De dochter maakte vervolgens een testament op, dat echter streng rechtens nietig was omdat zij als onzelfstandig rechtssubject de testeerbevoegdheid miste.²⁹ De vader wilde daarom na het overlijden van zijn dochter jegens de erfgenenamen de nietigheid van het testament inroepen met de stelling dat hij haar niet rechtens had geëmancipeerd.³⁰ Hierin slaagde hij echter niet. De eiser die met het instellen van de vordering in strijd handelde met zijn eigen eerdere gedragingen, kon zijn rechten niet meer geldend maken.

Het feit dat de vervreemder die eerst na de bezitsverschaffing de eigendom van de zaak had verkregen, jegens de verkrijger niet met vrucht een beroep kon doen op zijn eigendomsrecht, kan worden beschouwd als een toepassing van het verbod op het *venire contra factum proprium*.³¹ De vervreemder die een zaak als niet-eigenaar feitelijk had geleverd op grond van een tot eigendomsoverdracht strekkende rechtsverhouding, had hiermee de wil kenbaar gemaakt de eigendom van de zaak te willen overdragen. De ver-

25. Zie Riezler, *Venire contra factum proprium*, Leipzig 1912, p. 1-2; S. Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milaan 1959, p. 112.

26. Zie Riezler, a.w., p. 40-48.

27. *Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.*

28. Kaser, a.w., p. 68-69 en 349-350.

29. Kaser, a.w., p. 682.

30. Zie Riezler, a.w., p. 13-17.

31. Riezler, a.w., p. 18-22; Tondo, a.w., p. 61-62 en 109.

vreemder handelde derhalve in strijd met de strekking van zijn eerdere handelingen door nadien, eenmaal eigenaar geworden, de revindicatie in te stellen tegen de verkrijger. Het was hem, gelet op zijn eerdere gedrag, niet toegestaan om zich te beroepen op het feit dat hij ten tijde van de bezitsverschaffing geen eigenaar van de zaak was geweest. De vervreemder was dientengevolge gebonden aan de tot eigendomsoverdracht strekkende rechtsverhouding die hij zelf eerder als niet-eigenaar tot stand had gebracht.³²

Er kunnen dientengevolge twee redenen worden onderscheiden waarom de vervreemder in het Romeinse recht zijn eigendom niet tegen de verkrijger geldend kon maken en die derhalve aan de convalescentie ten grondslag lagen: enerzijds de ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium*, anderzijds de obligatoire verplichting die de vervreemder had jegens de verkrijger. Het enige verschil dat tussen deze twee redenen bestond, is gelegen in hun respectievelijke toepassingsgebied. De verdere ontwikkeling van het leerstuk der convalescentie na de receptie van het Romeinse recht zou door deze tweedeling worden bepaald.

3 *Het adagium Quem de evictione*

De convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht kende na de receptie hetzelfde uitgangspunt als in het Romeinse recht.³³ De vervreemder die eerst na de bezitsverschaffing de eigendom had verkregen van de zaak die hij had willen overdragen, kon deze zaak niet met vrucht revindiceren onder de verkrijger. Deze ontcrachte namelijk de revindicatie van de vervreemder door middel van een exceptie. De redenen die aan deze convalescentie ten grondslag lagen, waren dezelfde als die van het Romeinse recht. De glosse 'conatur' op D. 21,2,17 bevestigt dit beeld:

Gl. 'conatur' ad D. 21,2,17. Natuurlijk door aldus op te komen tegen zijn eigen daad, zoals ik het hierboven heb gezegd bij D. 1,7,25 pr. (...) Sla hier bovendien acht op grond van dit fragment en van het voorgaande op de zogenaamde rechtsregel: *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (hij die aansprakelijk is op grond van uitwinning, wordt met een exceptie teruggewezen als hij zelf de zaak opeist).³⁴

32. Zie ook D. 19,1,46 (Paulus): 'als iemand andermans zaak heeft verkocht en hij tussentijds de erfgenaam is geworden van de eigenaar van de zaak, dan wordt hij gedwongen de verkoop te vervullen' (Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem).

33. De lezer zij erop gewezen dat de oudste gemeenrechtelijke schrijvers slechts processuele, en geen materiële, gevolgen toekenden aan de convalescentie. Zij trokken uit het feit dat de verkrijger de revindicatie van de vervreemder kon ontcrachten, niet de conclusie dat de eigendom van de zaak was overgegaan van de vervreemder op de verkrijger. Zie hierover Ranieri, *Alienatio convalescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell' Europa continentale*, Milaan 1974, p. 25-31.

34. Scilicet sic veniendo contra factum suum, ut dixi supra de adopt.l.post mortem. (...) Item nota hic ex hac lege et praedictis regulam talem: quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.

Deze glosse doet vermoeden dat men zich sinds de receptie van het Romeinse recht bewust was van de verhouding tussen de twee gronden die aan de convalescentie ten grondslag konden liggen. De ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium* zou dankzij het onbegrensde toepassingsgebied algemene geldingskracht hebben gehad; de vrijwaringsverplichting van de vervreemder zou meer in het bijzonder een rol hebben gespeeld in het geval waarin de vervreemder inderdaad jegens de verkrijger instond voor het ongestoorde bezit van de zaak. Dit inzicht was echter, gelijk de rechtshistoricus F. Ranieri het heeft beschreven,³⁵ het merendeel van de gemeenrechtelijke schrijvers vreemd. De reden waarom de vervreemder zijn eigendomsrecht jegens de verkrijger niet geldend kon maken, werd meestal uitsluitend gezocht in de verplichting van de vervreemder om de verkrijger te vrijwaren voor uitwinning.³⁶ Een dergelijk standpunt is noch onjuist, noch onverklaarbaar. De vervreemder was immers in de meeste gevallen aansprakelijk voor uitwinning, daar de meest voorkomende tot eigendomsoverdracht strekkende rechtsverhouding de koopovereenkomst was. Het gevolg hiervan was dat de convalescentie telkens in verband werd gebracht met het adagium *Quem de evictione*. De vrijwaringsverplichting van de vervreemder kreeg dientengevolge in de loop der tijd een betekenis die zij in het klassieke Romeinse recht niet had gehad.³⁷ Zelfs de gevallen waarin de mislukte eigendomsoverdracht convalideerde terwijl de vervreemder *niet* aansprakelijk was voor uitwinning, werden in verband gebracht met het adagium *Quem de evictione*.³⁸ Zij werden meestal beschouwd als de uitzondering op de hoofdregel. De convalescentie werd daarbij slechts een enkele keer verklaard met een expliciete of impliciete verwijzing naar de ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium*.³⁹

35. Ranieri, a.w., p. 11-25 (met uitgebreide bronnenverwijzingen).

36. Zie bijvoorbeeld: Baldus, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetië 1586, sub D. 21,2,17; Pothier, "Traité du contrat de vente" (partie II, chapitre I, article VI), in: *Oeuvres* (ed. Dupin) I, Brussel 1829, p. 324-325).

37. De lezer zij erop gewezen dat het adagium op zichzelf onjuist is. Het doet namelijk voorkomen alsof de revindicatie van de eigenaar *altijd* kan worden ontkracht indien hij de gedaagde ook moet vrijwaren voor uitwinning. Dit was echter in het Romeinse recht geenszins het geval (zie bijvoorbeeld C. 8,44(45),31): de revindicatie van de eigenaar kon op die grond slechts worden ontkracht indien hij *zelf* het bezit van de zaak op grond van een tot eigendomsoverdracht strekkende rechtsverhouding aan de gedaagde had verschaft of deze bezitsverschaffing hem kon worden toegerekend; het enkele bestaan van een verbintenis had immers geen goederenrechtelijke gevolgen.

38. Zie bijvoorbeeld Gl. '*prohiberis*' ad C. 3,32,14 in het geval waarin de mislukte eigendomsoverdracht convalideerde ondanks de kwade trouw van de verkrijger: 'en dit geldt ook in dit geval wanneer er geen vrijwaringsverplichting bestaat omdat de koper te kwader trouw heeft gekocht en de verkoper zich niet door middel van een stipulatie garant heeft gesteld voor de uitwinning' (Et habent haec locum etiam eo casu quando non praestatur evictio, quia sciens emit, nec fuit stipulatus de evictione).

39. Zie bijvoorbeeld: Baldus, a.w. sub C. 3,32,14 *argumentum* 2; Pothier ("Traité des donations entre-vifs", section III, § 1 (in: *Oeuvres* (ed. Dupin) V, Brussel 1831, p. 30)) met betrekking tot de convalescentie van een mislukte eigendomsoverdracht ten titel van schenking: 'mais il (d.w.z. de schenker) pu, et il doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourraient un jour lui appartenir dans cette chose.'

Het feit dat het merendeel van de gemeenrechtelijke schrijvers de convalescentie zag in het licht van de vrijwaringsverplichting van de vervreemder, heeft de verdere ontwikkeling van het leerstuk der convalescentie sterk beïnvloed. Dit geldt in het bijzonder voor het Franse recht. Er zij echter opgemerkt dat de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht in dat rechtsstelsel op het eerste gezicht uitgesloten lijkt. Aangezien de wetgever bij de totstandkoming van de Code Civil is uitgegaan van het beginsel dat de eigendom overgaat door het enkele bestaan van een hiertoe strekkende verbintenis, heeft hij in art. 1599 CC bepaald dat de koopovereenkomst van andermans zaak nietig is. Het feit dat de beoogde eigendomsoverdracht andermans zaak als onderwerp heeft, impliceert derhalve niet alleen de mislukking van de eigendomsoverdracht, maar ook de nietigheid van de koopovereenkomst. Hiermee lijkt elk bestaansrecht aan het leerstuk van de convalescentie te zijn ontnomen. Zelfs wanneer de verkoper na het sluiten van de koopovereenkomst de eigendom van de zaak verwerft, zou de nietigheid van de tot eigendomsoverdracht strekkende titel verhinderen dat de mislukte eigendomsoverdracht zou kunnen convalideren.

Desalniettemin hebben de rechtspraak en de literatuur algemeen aanvaard dat de verkrijger van rechtswege de eigendom van de verkochte zaak verwerft door het enkele feit dat de verkoper de eigendom van de zaak heeft verkregen ná het sluiten van de koopovereenkomst.⁴⁰ Er wordt namelijk aangenomen dat art. 1599 CC slechts strekt tot bescherming van de koper. Alleen hij, en niet de verkoper, kan zich op die nietigheid beroepen. Dit beroep van de koper is bovendien slechts mogelijk voorzover het gevaar bestaat dat de zaak onder hem wordt uitgewonnen door de eigenaar.⁴¹ Het belang van de koper om zich op de nietigheid te beroepen vervalt wanneer hij geen uitwinning meer heeft te duchten. Dit laatste is het geval als de verkoper na het sluiten van de koopovereenkomst de eigendom van de zaak heeft verkregen. De verkoper moet namelijk krachtens artt. 1625 en 1626 CC jegens de koper instaan voor het ongestoorde bezit van de zaak. Hij kan derhalve zelf geen recht op de zaak tegen de koper geldend kan maken: *Qui doit garantie, ne peut évincer*.⁴² Deze regel is van dwingend recht aangezien de verkoper zich krachtens art. 1628 CC niet kan vrijtekenen voor de gevolgen van de uitwinning die

40. Zie: M. de Juglart (ed. H. Mazeaud e.a.), *Leçons de droit civil (Tome III, 2e volume): Principaux contrats (vente et échange)* 7e druk, Parijs 1987, p. 103-104; J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats: la vente*, Parijs 1990, p. 415-417; Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil (Tome deuxième)* 4e druk, Parijs 1952, p. 743-746; P. Guiho, "Les actes de disposition sur la chose d' autrui", in: *Revue trimestrielle de droit civil* 52 (1954), p. 7-13. Zie voor de 19e eeuw Ranieri, a.w., p. 58-67.

41. Zie bijvoorbeeld Cour de Cassation (Ch. Commerce) 2 juillet 1979, in: *Dalloz* 1980, IR, p. 225 (m.n.v. Audit).

42. Zie bijvoorbeeld expliciet in de rechtspraak: Cour de Grenoble 10 mai 1892, in: *Dalloz* 1892, II, p. 518-519; Cour d' Angers 23 juillet 1847, in: *Dalloz* 1847, II, p. 195. Zie: De Juglart, a.w., p. 277-278; C. Hochart, *La garantie d' éviction dans la vente*, Parijs 1993, p. 36-37; Planiol-Ripert-Boulanger, a.w., p. 794-796; P. Guiho, a.w., p. 12-13. Zie nog Cour de Cassation (Ch. civile) 6 janvier 1962, in: *Revue trimestrielle de droit civil* 1962, p. 517-518 (noot van G. Cornu) in het geval waarin de eigenaar erfgenaam van de vervreemder is geworden.

het resultaat zou zijn van zijn eigen handelen. Het feit dat de verkoper na het sluiten van de koopovereenkomst de eigendom van de zaak heeft verkregen, heeft dientengevolge tot gevolg dat de verkrijger van rechtswege de eigendom verwerft.

De reden die aan de convalescentie ten grondslag ligt, kan, zoveel is gebleken, voor het Franse recht worden gevonden in de verplichting tot vrijwaring voor uitwinning die op de vervreemder rust. Deze vaststelling doet de vraag rijzen of de mislukte eigendomsoverdracht ten titel van schenking vatbaar is voor convalescentie. Alhoewel de schenker -anders dan de verkoper- jegens de begiftigde niet hoeft in te staan voor het ongestoorde bezit van de zaak, wordt die vraag in de literatuur positief beantwoord.⁴³ De reden hiervoor wordt meestal gezocht in de analoge toepassing van de bepalingen betreffende de koopovereenkomst en in het onherroepelijke karakter van de schenking.

Het Oude BW kende geen bepaling betreffende de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht, evenmin als de Code Civil. De vraag naar de convalescentie bij de eigendomsoverdracht is bovendien onder het oude recht, voorzover mij bekend, nooit aan de Hoge Raad voorgelegd.⁴⁴ Er kan derhalve slechts worden gegist naar de reden die deze daaraan ten grondslag zou hebben gelegd. Het betoog van Beekhuis betreffende de convalescentie in de Asser-serie is echter niet uit de lucht gegrepen.⁴⁵ Evenals het in het Romeinse recht het geval was, neemt Beekhuis als uitgangspunt dat de vervreemder, eenmaal eigenaar geworden, zijn eigendomsrecht niet tegen de verkrijger geldend kan maken. De verklaring hiervoor zoekt hij, evenals de Franse juristen, in het adagium *Quem de evictione*,⁴⁶ dat wil zeggen in de vrijwaringsverplichting van de vervreemder.

4 Ontwikkelingen in Duitsland

Het adagium *Quem de evictione*, dat door de gemeenrechtelijke schrijvers was ontwikkeld en dat in de loop der eeuwen tot de leerstellige grondslag van de convalescentie was verheven, overtuigde de 19^e-eeuwse Pandektisten niet.⁴⁷ Het was in het licht van het *Corpus Iuris* duidelijk dat het adagium een te beperkt toepassingsgebied had. De mislukte eigendomsoverdracht convalideerde immers in het Romeinse recht zelfs als de vervreemder niet was verplicht om de verkrijger te vrijwaren voor uitwinning.⁴⁸ Het

43. Zie: A. Breton (ed. H. Mazeaud e.a.), *Leçons de droit civil (Tome IV, 2e volume): Successions - Libéralités*, 3e druk, Parijs 1980, p. 695-696; Planiol-Ripert-Boulanger, a.w., p. 796; P. Raynaud (ed. Marty & Raynaud), *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Parijs 1983, p. 397-398. Zie nog Cour de Dijon 11 février 1887, in: *Dalloz* 1888, II, p. 42-43.

44. De enige uitspraak van de Hoge Raad hieromtrent (HR 28 april 1889, *NJ* 1889, 252 m.n. WMK (Puinbreekinstallatie)) werd gegeven anteciperend op de invoering van art. 3:58 NBW.

45. Asser-Beekhuis I *Zakenrecht* (1985), nr 324.

46. Beekhuis verwijst hierbij naar de noot van Meijers onder HR 19 december 1935, *NJ* 1936, 948; er is in dit arrest echter geen sprake van convalescentie.

47. Zie: K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten I*, 7e druk, Marburg-Leipzig 1863, p. 661-662; A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten I*, 2e druk, Erlangen 1873, p. 658.

48. Zie hierboven noot 24.

behoeft dan ook geen verbazing te wekken dat de grondslag van de convalescentie werd gevonden in de ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium*. De verkrijger kon de revindicatie van de vervreemder ontkrachten met het verweer 'daß derselbe (d.w.z. de vervreemder) sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen dürfe.'⁴⁹

- De convalescentie in het BGB

Het leerstuk van de convalescentie is bij de totstandkoming van het BGB opgenomen in § 185.⁵⁰ Deze bepaling bouwt voort op de uitgangspunten die de Pandektisten voordien hadden geformuleerd. De convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht is in het BGB derhalve, evenals in het Romeinse recht, ingegeven door de gedachte dat het onbehoorlijk zou zijn als de vervreemder die eerst na de bezitsverschaffing eigenaar is geworden, zijn eigendom tegen de verkrijger geldend zou kunnen maken.⁵¹ De vraag rijst uiteraard waarom dit onbehoorlijk zou zijn. De gedachte dat dit het gevolg zou zijn van de op de vervreemder rustende verplichting tot vrijwaring of tot eigendomsoverdracht, is bij de totstandkoming van het BGB expliciet verworpen. De convalescentie vindt plaats

'zwar allgemein ohne Rücksicht darauf, ob derjenige, zu dessen Gunsten verfügt worden, gewußt hat, daß der Verfügende nicht der Berechtigte sei und ob eine Verpflichtung zu der Verfügung vorlag oder nicht.'⁵²

De twee gevallen waarin bij een strikte toepassing van het adagium *Quem de evictione* de mislukte eigendomsoverdracht niet voor convalescentie vatbaar is, namelijk bij kwade trouw van de verkrijger en in het geval van een vervreemding ten titel van schenking, vallen daarmee binnen het bereik van § 185 BGB. Er is bovendien een meer principiële reden waarom de convalescentie niet is gebaseerd op de verbintenis die de vervreemder tot eigendomsoverdracht verplicht. De vraag namelijk of de eigendomsoverdracht plaatsvindt, wordt in een abstract stelsel geabstraheerd van het bestaan en van de inhoud van

49. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, 9e druk (door Th. Kipp), Frankfurt a.M. 1906, p. 885 noot 5. Zie ook Brinz, a.w., p. 658; R. Leonhard, "In wie weit ist die *exceptio rei venditae et traditae* ein lebensfähiges Institut?", in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht (Jherings Jahrbücher)* 17 (1879), p. 190-194.

50. § 185 II 1 Fall 2 (betreffende de 'Verfügung eines Nichtberechtigten') luidt, voorzover hier van belang: 'Die Verfügung wird wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt.'

51. W. Schubert, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht I* (door R. Johow), Berlijn 1985, p. 894-895; *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band III Sachenrecht*, Berlijn 1888, p. 189 en 340-341.

52. H. Jakobs en W. Schubert, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil II*, Berlijn 1985, p. 958 (zie nog deel I, p. 715). Zo ook *Motive*, a.w. *Band II Recht der Schuldverhältnisse*, p. 139.

een verbintenisrechtelijke verhouding tussen de vervreemder en de verkrijger. De titel die aan de eigendomsoverdracht ten grondslag ligt, bestaat uit de Einigung, de op eigendomsoverdracht gerichte wilsovereenkomst van de vervreemder en de verkrijger. Het Abstraktionsprincipe verzet zich er derhalve tegen dat de convalescentie afhankelijk wordt gemaakt van het bestaan van een verplichting tot eigendomsoverdracht van de vervreemder.⁵³ Het is voor de convalescentie slechts van belang dat de Einigung, die eerst zonder rechtsgevolg is gebleven, nog bestaat op het tijdstip waarop de vervreemder de eigendom van de zaak heeft verkregen.⁵⁴

De reden die aan de convalescentie ten grondslag ligt, is bij de totstandkoming van het BGB gegeven: 'Der Verfügende insbesondere ist an das (dingliche) Rechtsgeschäft gebunden.'⁵⁵ De vervreemder heeft namelijk in de Einigung aan de verkrijger de wil kenbaar gemaakt hem de eigendom van de zaak te willen overdragen. Bovendien heeft hij aan deze wil uitvoering gegeven door het bezit van de zaak aan de verkrijger te verschaffen. De vervreemder kan zich hierom vervolgens niet eenzijdig terugtrekken van de Einigung. De reden hiervan is eenvoudig: het is de vervreemder niet toegestaan om in strijd te handelen met de strekking van zijn eigen eerdere wilsverklaring en gedragingen.⁵⁶

- Het 'Bundesgerichtshof' overstag?

Een gevolg van het Abstraktionsprincipe is dat de mislukte eigendomsoverdracht convalideert, ook al is de onderliggende tot eigendomsoverdracht strekkende overeenkomst nietig. De vervreemder die in dit geval de eigendom van de zaak door de convalescentie aan de verkrijger heeft verloren, heeft vervolgens een vordering uit onverschuldigde betaling jegens de verkrijger teneinde deze ongegronde vermogensverschuiving ongedaan te maken. Sommige schrijvers zijn van oordeel dat de convalescentie in dit geval haar doel voorbij schiet. De mislukte eigendomsoverdracht dient volgens hen slechts dan te convalideren, indien een tot eigendomsoverdracht strekkende verbintenis de vervreemder aan de verkrijger bindt. H. Hagen heeft om deze reden de convalescentie in een nieuw licht geplaatst.⁵⁷ Zijn opvatting komt, kort gezegd, hierop neer dat de vervreemder niet gebonden zou zijn aan de Einigung die hij zelf eerder heeft gesloten met betrekking tot

53. In deze zin: *Motive*, a.w. II, p. 139-140. Zo ook: Münch.Komm-Schramm (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I, 1993) § 185 RdNr. 58; Staudinger/Gursky (J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1996) § 185 RdNr. 64; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 6e druk, Heidelberg 1994, RdNr. 1031.

54. Jakobs/Schubert, a.w. II, p. 959 en 973; *Motive*, a.w. II, p. 139.

55. *Motive*, a.w. II, p. 140; zie nog Jakobs/Schubert, a.w. II, p. 959 en 973. In die zin ook: Münch.Komm-Schramm § 185 RdNr. 58.

56. Riezler, a.w., p. 123.

57. H. Hagen, "Zur Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz", in: *Archiv für die civilistische Praxis* 167 (1967), p. 481-503.

andermans zaak; de bevoegdheid zou hem moeten toekomen om, wanneer hij alsnog de eigendom van de zaak heeft verkregen, te beslissen of hij al dan niet zijn *eigen* zaak aan de verkrijger zou willen overdragen. Dit uitgangspunt zou volgens Hagen alleen uitzondering lijden indien de vervreemder jegens de verkrijger verplicht is om hem de eigendom van de zaak over te dragen.⁵⁸ De wil van de vervreemder om de zaak al dan niet te vervreemden, zou dan namelijk worden bepaald door de verbintenis die hem reeds aan de verkrijger verplicht. Het gevolg van deze zienswijze is dat de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht een causaal karakter heeft gekregen.

De bovenstaande opvatting is door het merendeel van de schrijvers verworpen.⁵⁹ Zij is immers zowel in strijd met de bedoeling van de wetgever als ook met het Abstraktionsprincipe. Er bestaat bovendien geen aanleiding om aan te nemen dat de vervreemder niet aan de Einigung zou zijn gebonden. Het is hiervoor namelijk onverschillig of het zijn eigen zaak of *andermans* zaak is geweest die hij onderwerp heeft gemaakt van die Einigung, aangezien hij in elk geval aan de verkrijger de wil kenbaar heeft gemaakt de eigendom van deze ene zaak te willen overdragen. Ondanks deze bezwaren heeft het 'Bundesgerichtshof' de opvatting van Hagen in 1994 gevolgd:⁶⁰ er geldt voor de convalescentie als uitgangspunt dat

'der Nichtberechtigte den Verfügungserfolg noch schuldet und daher ohnehin verpflichtet wäre, die von ihm vorgenommene Verfügung nach Erwerb der Rechtszuständigkeit zu genehmigen.'

Het valt te betwijfelen of deze zienswijze navolging verdient. Het BGH heeft namelijk, teneinde de gevolgen van het Abstraktionsprincipe te beperken, onbewust een oud probleem doen herleven. De grondslag van de convalescentie wordt immers door het bovenstaande arrest niet meer gezocht in de gebondenheid van de vervreemder aan de Einigung en in de hiermee samenhangende ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium*. De reden voor de convalescentie wordt daarentegen gevonden in de *verplichting* van de vervreemder om de eigendom van de zaak aan de verkrijger over te dragen. De geschiedenis leert dat deze zienswijze niet alle mogelijke gevallen insluit. Het is dan ook de vraag of de eigendomsoverdracht die het gevolg zou zijn geweest van een schenking van hand tot hand, maar die bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid is mislukt, in de ogen van het BGH nog voor convalescentie vatbaar is.

58. Er zij hier erop gewezen dat deze zienswijze, anders dan de wetgever het bedoelde, de heersende leer is voor het geval waarin de eigenaar erfgenaam is geworden van de vervreemder (Münch.Komm-Schramm § 185 RdNr. 63).

59. Zie hierboven noot 53.

60. BGH 4.2. 1994, *NJW* 1994, p. 1471. Er zij terzijde opgemerkt dat het BGH in het arrest spreekt van § 185 II 1 Fall 3 (de eigenaar wordt vervreemder) terwijl de feiten zonder twijfel betrekking hebben op § 185 II 1 Fall 2 (de vervreemder wordt eigenaar).

5 De grondslag van de convalescentie in het NBW

Het voorgaande heeft het uitgangspunt van de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht aan het licht gebracht. De convalescentie wordt ingegeven door de gedachte dat de vervreemder die na de bezitsverschaffing beschikkingsbevoegd is geworden, zich jegens de verkrijger niet mag beroepen op zijn aanvankelijke beschikkingsonbevoegdheid. De convalescentie is, anders gezegd, het gevolg van het feit dat het onbehoorlijk zou zijn als de vervreemder die eerst na de levering eigenaar is geworden, zijn eigendom jegens de verkrijger geldend zou kunnen maken. Het moge hierom duidelijk zijn dat de vervreemder *niet* tot de in art. 3:58 BW genoemde groep van 'onmiddellijk belanghebbenden' behoort die in staat is om de convalescentie tegen te houden.⁶¹ De vraag rijst - wederom- om welke reden het onbehoorlijk wordt geacht dat de vervreemder met vrucht de zaak onder de verkrijger zou kunnen revindiceren.

- De verplichting tot eigendomsoverdracht

Het in het Nederlandse recht geldende causale stelsel van eigendomsoverdracht maakt het mogelijk om de grondslag van de convalescentie te zoeken in de inhoud van de obligatoire rechtsverhouding die de vervreemder aan de verkrijger bindt. De vervreemder zal in de meeste gevallen de eigendom van de zaak hebben willen overdragen ter uitvoering van een koopovereenkomst. De hoofdverplichting van de verkoper bestaat ex art. 7:9 lid 1 BW hieruit dat hij de *eigendom* van de zaak aan de verkrijger moet overdragen.⁶² De verkoper heeft zich uiteraard van deze verplichting niet gekweten wanneer hij op het moment van de bezitsverschaffing beschikkingsonbevoegd is geweest, zodat de tot eigendomsoverdracht verplichtende verbintenis op hem blijft rusten. Hij zou derhalve onbehoorlijk handelen als hij zich, eenmaal beschikkingsbevoegd geworden, jegens de verkrijger zou beroepen op zijn aanvankelijke beschikkingsonbevoegdheid of de zaak onder deze zou revindiceren. Hij zou hiermee de verplichting schenden die hij zelf jegens de verkrijger heeft.

Deze vaststelling kan slechts één gevolg hebben: de verkoper die na de bezitsverschaffing alsnog eigenaar is geworden, moet van rechtswege de eigendom van de zaak verliezen aan de verkrijger. Het tegenovergestelde standpunt verdient uit een oogpunt van proceseconomie geen navolging. Het leidt namelijk, maar pas na een omweg, uiteindelijk tot hetzelfde resultaat. De verkoper zou dan inderdaad in staat zijn om de zaak onder de

61. Zo ook: *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1175; Asser-Hartkamp II (1993), nr 504; R.D. Vriesendorp, "De 'onmiddellijk belanghebbenden' in artikel 3.2.20 lid 1 NBW", in: *WPNR* 5655 (1983), p. 372; Hijma, a.w., p. 390-391 en 395-397. Anders: P. van Schilfgaarde, "Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet", in: *WPNR* 5622 (1982), p. 571.

62. Het adagium *Quem de evicione* is derhalve onder het huidige recht niet meer geschikt om de convalescentie te rechtvaardigen.

verkrijger te revindiceren; hij zou vervolgens door dezelfde verkrijger worden aangesproken tot nakoming van de op hem rustende verplichting tot eigendomsoverdracht; de verkoper zou dan ter nakoming van deze verplichting de zaak een tweede keer moeten leveren aan de verkrijger. Deze omweg wordt dankzij art. 3:58 BW voorkomen.

De grondslag van de convalescentie wordt derhalve gevonden, zo kan voorlopig worden geconcludeerd, in de verplichting tot eigendomsoverdracht die op de verkoper rust.⁶³ De geschiedenis leert echter dat men ervoor moet waken om de reden die ten grondslag ligt aan de convalescentie van een mislukte eigendomsoverdracht ten titel van koop, te verheffen tot de algemene grondslag van de convalescentie.⁶⁴ Er zijn immers gevallen denkbaar waarin noch de verplichting tot eigendomsoverdracht, noch die tot vrijwaring voor uitwinning op de vervreemder rusten. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de vervreemder de zaak heeft willen overdragen ten titel van schenking.⁶⁵ De vraag is gerechtvaardigd of hieruit de conclusie mag worden getrokken dat de schenker, die eerst na de bezitsverschaffing beschikkingsbevoegd is geworden, inderdaad zijn eigendomsrecht jegens de begiftigde geldend kan maken. Een positief antwoord daarop ligt niet voor de hand. Er bestaat geen reden om aan te nemen dat de wetgever de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht heeft willen beperken tot de gevallen waarin de vervreemder tot eigendomsoverdracht was verplicht. Een dergelijke gedachte is bovendien in tegenspraak met de redactie van art. 3:58 BW. Dit artikel spreekt namelijk in het algemeen van een 'rechtshandeling', dat wil zeggen van een mislukte eigendomsoverdracht, zonder onderscheid naar de daaraan ten grondslag liggende titel. Alhoewel de grondslag van de convalescentie meestal kan worden gevonden in de verplichting tot eigendomsoverdracht die op de vervreemder rust, is deze gedachte niet geschikt om de convalescentie in alle gevallen te dragen.

- Rechtsverwerking

De reden die meer in het algemeen ten grondslag ligt aan de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht, is gelegen in het verbod op het *venire contra factum proprium*.⁶⁶ De vervreemder heeft in de tot eigendomsoverdracht strekkende overeen-

63. Zo ook Vriesendorp, a.w., p. 372; (impliciet) Asser-Hartkamp II (1993), nr 504.

64. Zie in dit verband art. 1478 van de Italiaanse CC, dat, voortbouwend op het adagium *Quem de evictione*, de convalescentie van de mislukte eigendomsoverdracht uitsluitend toelaat als de overdracht geschiedt ter uitvoering van een koopovereenkomst (zie kritisch Ranieri, a.w., p. 73-76 en 82-84).

65. De verplichting van de schenker bestaat hieruit dat hij de zaak aan de begiftigde moet leveren; de schenker is gelet op art. 7A:1711 BW en art. 7.3.9. NBW in het algemeen niet verplicht om de begiftigde te vrijwaren voor uitwinning (zie hierover Asser, *Bijzondere overeenkomsten IV* (Kleijn, 1988), nr 272; Gr. van der Burght en J.P. Penders, *Schenking*, Deventer 1989, p. 182-183).

66. De reden die Hagen -en het BGH- ertoe noopte het beginsel van de ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium* af te wijzen als grondslag van de convalescentie, bestaat ten onzent niet. Er kan in een causaal stelsel van eigendomsoverdracht geen sprake zijn van een eigendomsovergang als er geen tot eigendomsoverdracht strekkende verbintenis bestaat die de vervreemder aan de verkrijger bindt. De mislukte eigendomsover-

komst aan de verkrijger de wil kenbaar gemaakt hem de eigendom van deze zaak te willen overdragen. Hij heeft bovendien aan deze wil uitvoering gegeven door het bezit van de zaak aan de verkrijger te verschaffen. De vervreemder die eerst na de bezitsverschaffing de eigendom van de zaak heeft verkregen, zou derhalve, indien er geen sprake zou zijn van convalescentie, in strijd handelen met zijn eerdere gedragingen wanneer hij de zaak onder de verkrijger zou revindicieren. Hetzelfde geldt indien de vervreemder zich eenzijdig zou willen terugtrekken van de tot eigendomsoverdracht strekkende overeenkomst.⁶⁷ De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat de vervreemder aan zijn eerdere handelingen is gebonden. De ontoelaatbaarheid van het *venire contra factum proprium* vormt in het Nederlandse recht geen zelfstandig leerstuk, maar kan worden gezien als een geval van rechtsverwerking. De vervreemder heeft 'zich gedragen op een wijze die naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht.'⁶⁸ Hij heeft, anders gezegd, door eerder de tot eigendomsoverdracht strekkende overeenkomst te sluiten en de zaak te leveren, het recht verwerkt om, eenmaal eigenaar geworden, zich op zijn eigendomsrecht te beroepen.⁶⁹

De vaststelling dat de vervreemder zijn rechtsoverdracht heeft verwerkt, heeft niet tot gevolg dat de eigendom van de zaak van rechtswege zou overgaan op de verkrijger. De rechtsverwerking kan, gelet op het gesloten karakter van het goederenrecht, op zichzelf geen eigendomsovergang bewerkstelligen. Zij heeft bovendien meer in het algemeen niet tot gevolg dat het recht van de vervreemder teniet zou zijn gegaan. De rechtsverwerking heeft alleen tot gevolg dat de vervreemder zijn eigendomsrecht jegens de verkrijger niet meer geldend kan maken.⁷⁰ Deze conclusie heeft desondanks iets onbevredigends. Zij impliceert namelijk dat de vervreemder eigenaar van de zaak en derhalve beschikkingsbevoegd zou blijven, terwijl de verkrijger slechts bezitter van de zaak zou zijn. Er zou nog kunnen worden verdedigd dat de verkrijger materieel gezien de eigenaar van de zaak zou zijn geworden en dat de vervreemder alleen nog uit een formeel oogpunt de eigendom van de zaak zou behouden. Een dergelijk standpunt veronderstelt dat het huidige Nederlandse recht een onderscheid zou kennen dat overeenkomt met de in het Romeinse recht bestaande tweedeling tussen de 'praetorische' en de 'bloot civiele eigen-

dracht convalideert derhalve niet indien die verbintenis ontbreekt op het tijdstip waarop de vervreemder alsnog beschikkingsbevoegd is geworden.

67. Zie ook Hijma, a.w., p. 395-397, die de oorzaak hiervan zoekt in het feit dat in het geval van een meerzijdige handeling partijen zich slechts tezamen kunnen terugtrekken.

68. HR 7 juni 1991, *NJ* 1991, 708 (Bankmanager) in rechtsoverweging 3.3.1.

69. De lezer zij erop gewezen dat er hier sprake is van een rechtsverwerking 'bij voorbaat', aangezien de vervreemder door zijn gedragingen een recht verwerkt dat hij op dat tijdstip nog niet heeft (zie W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, Deventer 1993, p. 110).

70. Zie Mon. Nieuw BW A6b (Tjittes, *Rechtsverwerking*), Deventer 1992, p. 43.

dom'.⁷¹ Er is echter geen aanleiding om aan te nemen dat deze tweedeling tot in het huidige recht heeft voortbestaan.

De vaststelling dat de vervreemder zijn rechtsvordering heeft verwerkt, moet uit een logisch oogpunt tot gevolg hebben dat hij de eigendom van de zaak verliest aan de verkrijger. Er wordt dan vermeden dat de vervreemder een eigendomsrecht heeft dat hij tegen de verkrijger niet geldend kan maken terwijl de verkrijger geen betere bescherming geniet dan die van de bezitsacties. Dezelfde overweging ligt ook ten grondslag aan de koppeling tussen de bevrijdende en verkrijgende verjaring in art. 3:105 BW:⁷² het tenietgaan van de revindicatie van de eigenaar door verjaring impliceert automatisch de verkrijging van de eigendom van de zaak door degene die de zaak op dat tijdstip bezit. Het is derhalve in het geval waarin de eigenaar zijn rechtsvordering heeft verwerkt, een logische stap om te bepalen dat de eigendom van de zaak van rechtswege overgaat van de vervreemder op de verkrijger. Deze consequentie van de gedachte der rechtsverwerking heeft de wetgever neergelegd in art. 3:58 BW.

G.H. POTJEWIJD

LEIDEN

71. Zie hierboven bij noot 14.

72. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 416.