

VRIJWARING WEGENS UITWINNING

Mr C.G. Breedveld-de Voogd

Vrijen en waren, vrijwaren¹⁾. Het zegt ons niet zo veel en toch is het volgens art. 1510 BW naast het leveren van de verkochte zaak de hoofdverplichting van de verkoper. De procesrechtelijke plicht tot vrijwaring is bekender en keert ook terug in art. 7.1.2.6 NBW. In dit artikel staat de *materieelrechtelijke* plicht tot vrijwaring centraal en wel de vrijwaring wegens uitwinning. Deze keert naar NBW niet terug.

Vrijwaren betekent waarborgen. In die ruime zin wordt dit woord gebruikt in art. 1527:

"De vrijwaring, waartoe de verkooper jegens den koper gehouden is, heeft twee strekkingen, namelijk, vooreerst, het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak; ten tweede, de verborgene gebreken der zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop."

De oorspronkelijke betekenis is beperkter. Art. 2428. Ontwerp-Kemper van 1820 bepaalt dat de verkoper verplicht is het verkochte goed te vrijen en te waren. Dit staat voor respectievelijk vrij maken en waarborgen. De samentrekking "vrijwaren" betekent dan er voor instaan dat een ander geen rechten kan doen gelden²⁾. In de laatste betekenis ziet de vrijwaring alleen op het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak. De verkoper moet er voor instaan dat een derde niet op grond van zijn beter recht op de zaak het bezit aan de koper

-
- 1) Star Busmann-Rutten, Hoofdstukken van Burgerlijke
Rechtsvordering derde druk, Haarlem 1972, nr. 324, blz. 307.
2) - zie noot 1
- Asser-Schut, blz. 131.

ontneemt³⁾. Met andere woorden de verkoper moet de koper vrijwaren tegen uitwinning (art. 1528)⁴⁾.

Wanneer de verkoper aan deze primaire verplichting niet kan voldoen en de verkochte zaak toch onder de koper wordt uitgewonnen, is de verkoper gehouden schadevergoeding te betalen aan de koper⁵⁾. Deze schadevergoedingsplicht wordt uitgewerkt in de artikelen 1531-1537.

Nu kan eenzelfde resultaat worden bereikt, zonder het instituut van vrijwaring wegens uitwinning. Op grond van wanprestatie kan de koper schadevergoeding vorderen. De verkoper heeft immers niet voldaan aan zijn verplichting tot eigendomsverschaffing⁶⁾. De vrijwaring wegens uitwinning is dan niets anders dan een regeling voor een speciaal geval van wanprestatie en kan derhalve worden gemist⁷⁾.

We gaan echter met deze redenering van een vooronderstelling uit, waarover vroeger in het geheel geen overeenstemming bestond. Het was nog maar de vraag of de verkoper verplicht was tot eigendomsverschaffing. Dat wat nu voor de hand lijkt te liggen was toen een juridisch probleem. Bepalingen in ons huidige BW, zoals de vrijwaringsregeling, voeren ons terug naar die discussie. Het Nieuw BW wist die sporen uit, maar kent weer nieuwe vragen.

De verplichting tot eigendomsverschaffing

In het huidige wetboek zal men tevergeefs zoeken naar een wetsartikel dat bepaalt dat de verkoper verplicht is de eigendom van het verkochte te verschaffen. De verkoper is ingevolge art. 1510 verplicht de

3) Opzoomer, Burgerlijk Wetboek VIII, tweede druk, 's-Gravenhage 1892, blz. 110.

4) Dit wordt ook juridische vrijwaring genoemd; Asser-Schut, blz. 131 e.v.

5) Asser-Schut, blz. 131 en 132.

6) of eigendomsoverdracht; over dit verschil later.

7) Asser-Kamphuisen, blz. 70 en 71.

verkochte zaak te leveren. Dat dit tot het Ansink-Canjels-arrest⁸⁾ niet als aanknopingspunt voor een plicht tot eigendomsverschaffing kon dienen hing samen met de uitleg van art. 1511. Dit artikel bepaalt:

"De levering is eene overdragt van het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper."

Algemeen werd aangenomen dat de wetgever hiermee doelde op feitelijke levering en niet op eigendomsoverdracht⁹⁾. Dit zou onder meer blijken uit art. 1604 van de Code Civil, waarvan art. 1511 een vertaling is. Art. 1604 C.C. spreekt van "délivrance", hetgeen betekent feitelijke levering¹⁰⁾. Was eigendomsoverdracht bedoeld dan zou het woord "tradition" zijn gebruikt. In het Franse stelsel is evenwel een verplichting tot eigendomsoverdracht overbodig, omdat de eigendom reeds overgaat door de koop alleen. Wel moet de koper de zaak feitelijk krijgen en dāt is dan ook de functie van art. 1604 C.C..

Lange tijd heeft men onder invloed van Diephuis, die het bovenstaande voor het voetlicht heeft gebracht, geleerd dat de verkoper uitsluitend gehouden is het rustig genot te leveren en niet de verdergaande plicht tot eigendomsoverdracht heeft. Argumenten hiervoor kunnen ook in het Romeinse recht worden gevonden. In het klassieke en in het Justiniaanse recht was het voldoende dat verkoper aan de koper het ongestoorde bezit verschafte, hem vrijwaarde voor uitwinning en zich verder onthield van alles wat kon worden aangemerkt als onbehoorlijk gedrag¹¹⁾. De vrijwaring is in zo'n stelsel zoals Kamphuisen het noemt, "een noodzakelijk complement" van de plicht van de koper om het ongestoorde bezit te verschaffen¹²⁾.

8) HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 m.n. C.J.H. Brunner; AA 1983, blz. 611 e.v. m.n. Van Schilfgaarde.

9) Diephuis XI, blz. 214
Asser-Schut blz. 11.

10) Asser-Kamphuisen blz. 11.

11) R. Feenstra, Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht, derde herziene druk, Leiden 1980, nr. 331.

12) Asser-Kamphuisen blz. 69.

Doordat de verkoper aan de koper het vrij bezit verschaft, kan de koper door verjaring eigenaar worden.¹³⁾ Maar dit doel, het uiteindelijk verkrijgen van de eigendom, is niet veilig te stellen door de verkoper uitsluitend de plicht tot bezitsverschaffing op te leggen. De koper kan immers na de bezitsverschaffing door de verkoper in dit bezit worden gestoord door een derde die beweert een beter recht op de zaak te hebben. De plicht tot vrijwaring is hiervoor geschreven. Alleen door deze vrijwaringsplicht kan de koper schadevergoeding vorderen, wanneer de zaak wordt uitgewonnen. Aan de verplichting tot bezitsverschaffing was immers al voldaan. De verplichting tot bezitsverschaffing en die tot vrijwaring gaan derhalve hand in hand.

De vrijwaringsregeling in het BW is dan ook een belangrijk argument in de leer die verdedigt dat de verkoper niet verplicht is tot eigendomsverschaffing¹⁴⁾. Zou de verkoper hiertoe verplicht zijn dan is de vrijwaringsplicht overbodig: de koper kan immers op grond van wanprestatie ageren.

Deze leer, die lange tijd de heersende was, heeft echter een groot nadeel. De koper heeft slechts recht op schadevergoeding wanneer er sprake is van uitwinning. Strikt genomen betekent uitwinning ontneming van het bezit door een derde op grond van zijn beter recht op de zaak door middel van een rechterlijk vonnis¹⁵⁾. Of, zoals Opzoomer zegt:

"Ze moet den koper niet maar gedreigd, ze moet door hem werkelijk geleden zijn, geleden op den weg des rechts, ..."16).

In die gevallen waarin er geen sprake is van uitwinning in bovengenoemde zin zou de koper geen recht hebben op schadevergoeding. Daarom werd het begrip uitwinning soms opgerekt. Voorbeelden hiervan zijn: het afgeven van de zaak door de koper zonder vonnis, omdat procederen in dat geval zinloos is en de situatie waarin de koper de hypotheek

13) vgl. voor het oud-Nederlandse recht, Hugo de Groot, Inleidinghe III, 15 § 4.

14) S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht tweede deel, tweede druk, blz. 27.

15) Asser-Kamphuisen blz. 69.

16) Opzoomer VII, blz. 110: anders Asser-Schut blz. 134.

betaalt die een derde op het goed blijkt te hebben om uitwinning te voorkomen¹⁷⁾. Kamphuisen wijst erop dat men deze uitbreiding van het begrip uitwinning niet nodig heeft wanneer men zich op het standpunt stelt dat de verkoper verplicht is de eigendom over te dragen. De koper kan dan immers wanneer er geen sprake is van uitwinning in strikte zin een beroep doen op wanprestatie. De gehele regeling van de vrijwaring is in die visie een *lex specialis* die uitsluitend moet worden toegepast wanneer er werkelijk sprake is van uitwinning¹⁸⁾. Zo wordt ook het argument dat de vrijwaringsregel zou wijzen op het niet bestaan van een plicht van de verkoper tot eigendomsoverdracht ontkracht. Niet duidelijk wordt evenwel waarom bij werkelijke uitwinning een dergelijke *lex specialis* door de wetgever noodzakelijk werd geacht.

Het meest principiële argument om het roer om te gooien is wel dat aard, strekking en doel van de koopovereenkomst de verplichting tot eigendomsverschaffing met zich meebrengt¹⁹⁾. De eigendomsoverdracht is het doel van de koopovereenkomst²⁰⁾. Om aan te geven dat men er bij de totstandkoming van ons huidig BW niet anders over dacht citeren Kamphuisen en Schut een uitspraak van Beelaerts van Blokland:

"De aard van het wezen van het koopcontract bestaat in eene wederzijdsche vrijwillige toestemming van koper en verkoper, om eene zaak uit den eigendom van den laatste in dien van den eerste te doen overgaan"²¹⁾.

17) Asser-Kamphuisen blz. 70.

18) idem.

19) Asser-Schut blz. 11

Asser-Kamphuisen blz. 11

Van Vrijberghe de Coningh R.M. Themis, 1942, blz. 168.

20) S. van Brakel, t.a.p. blz. 26.

21) zie noot 19.

Ansink/Canjels

In zijn arrest van 4 februari 1983 kiest de Hoge Raad voor de leer dat de koopovereenkomst verplicht tot eigendomsoverdracht²²⁾.

Canjels verkoopt aan Ansink een Mercedes voor f 21.000,-. Op zijn beurt verkoopt Ansink deze auto aan Verbeek voor f 30.000,-. De Mercedes blijkt gestolen te zijn van eigenaar Gijzen. Gijzen revindiceert de auto bij Verbeek en deze geeft de auto aan Gijzen af. Verbeek vordert schadevergoeding van Ansink wegens de uitwinning. Deze vordering wordt toegewezen. Ansink nu vordert op grond van wanprestatie schadevergoeding van Canjels.

Het probleem is dat Canjels voldaan heeft aan zijn verplichting tot bezitsverschaffing. Hierin kan de wanprestatie dus niet zijn gelegen. Ansink kan ook geen beroep doen op de vrijwaringsplicht van Canjels, aangezien het bezit hem niet is ontnomen. Er is geen sprake van uitwinning. Alleen het aannemen van een verplichting tot eigendomsverschaffing kan uitkomst brengen. In tegenstelling tot het Hof doet de Hoge Raad dit ook:

"Naar algemene verkeersopvatting heeft de koopovereenkomst ten doel dat aan de koper de eigendom van de verkochte zaak wordt verschaft; aard en strekking dezer overeenkomst brengen derhalve mede dat de hoofdverplichting van de verkoper de zaak te "leveren", neergelegd in art. 1493 en 1510 en nader bepaald in art. 1511 mede omvat de verplichting tot verschaffen van deze eigendom."

Vrijwaringsregeling is overbodig geworden.

Het arrest Ansink/Canjels brengt ons geldende nationale kooprecht in overeenstemming met art. 18 Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en met art. 7.1.2.1 NBW. Dit laatste artikel bepaalt in de eerste zin van lid 1:

"De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren."

22) zie noot 8.

In de Toelichting op het Voorontwerp titel 7.1 wordt geschreven dat wanneer de verkoper zijn verbintenis tot het overdragen van de eigendom niet vervult, de koper de beschikking heeft over alle rechten welke uit deze niet-nakoming voortvloeien. "Bijgevolg kan de wet afzien van bijzondere bepalingen betreffende vrijwaring in geval van uitwinning (artikelen 1528-1539 BW)".

Door het arrest Ansink/Canjels is ook voor het huidig recht de vrijwaring wegens uitwinning overbodig geworden. Er is ook geen reden om een speciale regeling toe te passen wanneer er sprake is van werkelijke uitwinning. De algemene regels inzake wanprestatie voldoen in deze gevallen.

Nieuwe regels, nieuwe vragen

Het Ansink/Canjels-arrest en art. 7.1.2.1 lossen een belangrijk twistpunt omtrent de koop op. De nieuwe leer kent weer andere vragen. In het bovenstaande zijn de woorden eigendomsverschaffing en eigendomsoverdracht naast elkaar gebruikt. Maar voldoet de verkoper aan zijn verplichting wanneer de koper niet door eigendomsoverdracht eigenaar wordt, maar door de werking van art. 2014 of 3.4.2.3a? De Hoge Raad laat zich in bovengenoemd arrest niet uit over dit probleem.

In art. 7.1.2.1 wordt het begrip overdragen gebruikt. De Toelichting spreekt echter ook van het verschaffen van de eigendom. Het Nieuw BW schept in dit geval dus geen duidelijkheid. Schut verdedigt dat de verbintenis naar huidig en komend recht vervuld is zodra het beoogde resultaat is bereikt. De koper wil eigenaar van het gekochte worden. Of dit geschiedt door eigendomsoverdracht of op andere wijze zal de koper niet interesseren²³⁾. Brunner daarentegen is van mening dat de verkoper gehouden is de eigendom over te dragen. Wanneer de koper krachtens wetsbepaling eigenaar is geworden zal hij er veelal geen belang bij hebben de verkoper uit wanprestatie aan te spreken. Maar de koper die te goeder trouw verkreeg moet volgens Brunner wel de mogelijkheid hebben de koop wegens wanprestatie te

23) Asser-Schut, blz. 128.

ontbinden, wanneer hij na de levering ontdekt dat hij gestolen of verduisterd goed heeft gekocht²⁴⁾.

Mijns inziens hangt het een en ander ook af van de werking die men aan art. 2014 en 3.4.2.3a toekent. Asser-Beekhuis leert dat op art. 2014 door de derde te goeder trouw een beroep moet worden gedaan²⁵⁾. Wanneer de koper dit niet doet, zal de eigendom hem ook niet zijn verschaft en zal hij in beginsel de verkoper op grond van wanprestatie kunnen aanspreken. De koper handelt niet juist wanneer hij enerzijds een beroep doet op art. 2014 en anderzijds de koop op grond van wanprestatie wenst te ontbinden. Hij geeft door zijn beroep op art. 2014 immers aan prijs te stellen op de eigendom van het goed. Welk belang heeft hij dan nog bij een vordering uit wanprestatie, vanwege het feit dat hem de eigendom niet is overgedragen?

Art. 3.4.2.3a werkt volgens Asser-Beekhuis van rechtswege²⁶⁾. De koper wordt zonder dat hij hierop een beroep doet eigenaar van het verkochte. In dat geval zou de vraag of de koper de verkoper op grond van wanprestatie kan aanspreken van meer belang zijn dan naar huidige recht, omdat art. 3.4.2.3a de koper, mogelijk tegen wil en dank, eigenaar kan maken van gestolen of verduisterde goederen.

Wellicht moet de opvatting van Asser-Beekhuis over de werking van art. 2014 en art. 3.4.2.3a worden omgedraaid: art. 2014 werkt van rechtswege, op art. 3.4.2.3a moet de beschermde een beroep doen²⁷⁾. De vraag of de koper een beroep op wanprestatie kan doen zal zich dan voornamelijk in het huidige recht voordoen. Naar komend recht zal de oplossing gelijk zijn aan hetgeen hiervoor ten aanzien van art. 2014 is geschreven. Wanneer de koper geen eigenaar wil worden van gestolen en verduisterde goederen, dan moet hij de bescherming van art. 3.4.2.3a

24) C.J.H. Brunner, noot onder Ansink/Canjels (zie noot 8) en noot onder HR 29 mei 1981, NJ 1982, 25.

25) Asser-Beekhuis I (Zakenrecht) blz. 369.

26) zie noot 25

27) vgl. voor art. 2014: W.C.L. van der Grinten, R.M. Themis 1976, p. 535. vgl. voor art. 3.4.2.3a: A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, tweede druk, Deventer 1984, nr. 49.

niet inroepen. Hem is door de verkoper eigendom overgedragen noch verschaft.

Conclusie

De vrijwaring wegens uitwinning is overbodig geworden. Naar geldend en komend recht kan de koper immers een beroep op wanprestatie doen. Want, nam men vroeger aan dat de verkoper slechts gehouden was het bezit over te dragen, nu leert men dat hij de koper de eigendom moet verschaffen. Misschien gaat de verplichting van de verkoper nog verder en moet hij de eigendom overdragen. Voor een oud is een nieuw twist-punt in de plaats gekomen.