



# De risico bij den genuskoop

<https://hdl.handle.net/1874/273826>

2

DE RISICO BIJ DEN GENUSKOOPI.

PROEFSCHRIFT

NA MAGTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

J. J. VAN OOSTERZEE,

GEWOON HOOGLEERNAAR IN DE GODGELEERDHEID,

MET TOFSTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAI

EN

VOLGENS BESLUIT DER REGTSGELEERDE FACULTEIT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in het Romeinsch en Hedendaagsch Regt,

AAN

DE HOGESCHOOL TE UTRECHT

TE VERDEDIGEN

OP DINGSOAG DEN 2den JUNIJ 1868, DES NAMIDDAGS TEN 3 URE.

DOOR

JOHAN GREGORIUS VOGEL,

GEBOREN TE ROTTERDAM.



UTRECHT,  
J. DE KRUYFF.  
1868.

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

BY HET CONTOING

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

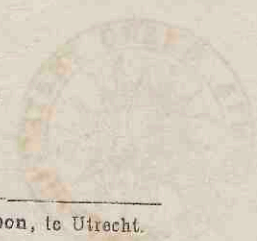
DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG

DE RECHTEN VAN DEN OORLOG



Stoom-Snelgedrukt van L. B. Bosch en Zoon, te Utrecht.

Aan mijn Vader.





# INHOUD.

Inleiding . . . . .	Blz.	1.
HOOFDSTUK I.		
Koop van individueel bepaalde zaken, en van zaken, welke alleen ten opzichte van de soort bepaald zijn. . . . .	"	11.
HOOFDSTUK II.		
Welke risico heeft de koper te dragen bij den koop van individueel bepaalde zaken? . . . . .	"	23.
HOOFDSTUK III.		
Welke risico draagt de koper bij den koop van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald? . . . . .	"	34.
§ 1. Wat leert het Romcinsche regt omtrent de risico bij den genuskoop? . . . . .	"	36.
§ 2. De hedendaagsche regtsleer en wetgeving omtrent de risico bij den genuskoop.		
A. De regtsleer en de wetgeving in Duitschland. . . . .	"	47.
Het Duitsche Handelsregt. . . . .	"	72.
B. De regtsleer en de wetgeving in Frankrijk. . . . .	"	82.
C. Iets over de risico bij den koop in het Engel- sche regt. . . . .	"	96.

D. De regtsleer in Nederland ten opzichte van de  
risico bij den genuskoop . . . . . Blz. 98.

E. Aan welk stelsel omtrent de risico moet, bij den  
koop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald,  
de voorkeur gegeven worden? Is dat stelsel niet in strijd  
met de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, en komt  
het overeen met de Nederlandsche Handels-usance? . . . " 104.



## INLEIDING.

---

Onder de vele en verschillende levens- en regtsbetrekkingen, waarin de mensch zich kan geplaatst zien, komen er bijkans geene zoo menigvuldig voor, als die, welke uit koop en verkoop ontstaan. De ontwikkeling van dat regtsinstituut hield met de beschaving gelijken tred. Naarmate de mensch in beschaving vordert, vermenigvuldigen zijn behoeften, en houdt hij op daaraan uitsluitend door zich zelve te voldoen. In de beschaafde maatschappij werkt ieder zooveel mogelijk voor anderen en tracht daardoor voor zich zelve het groote ruilmiddel, het geld, te verkrijgen, ten einde zich, naar gelang zijner behoeften, de produkten van eens andermans werk en arbeid te kunnen aanschaffen. Nu eens vrijwillig, dan weder uit den aard der zaak daartoe genoodzaakt, zal hij zich meestentijds die zaken zóó trachten te verwerven, dat hij ze onherroepelijk de zijne zal mogen noemen, en daarvan niet alleen maar een tijdelijk genot of bezit zal hebben; dat wil zeggen: in verreweg de meeste gevallen zal hij zich die zaken *koopen*.

*Koopen*, zoo kan men het kortelijk uitdrukken, bestaat in het ruilen van een zaak tegen geld, of liever tegen zekeren prijs in geld uitgedrukt <sup>1)</sup>. Dit laatste behoort tot het

---

1) Art. 1493 Burg. Wetb.



wezen van het koopcontract, en daardoor onderscheidt het zich van de *ruiling* <sup>1)</sup>, waarbij een zaak tegen een andere zaak wordt ingewisseld en waar alzoo het onderscheid niet zichtbaar is tusschen datgene, wat te koop wordt aangeboden, en datgene, wat daarvoor in vergoeding gegeven wordt. Als men *koopt*, verklaart men zekeren prijs voor een zekere zaak te zullen betalen; als men *verkoopt*, verbindt men zich, om tegen een vast bepaalden prijs, een bepaalde zaak te leveren.

De oorspronkelijke vorm van den koop is de *ruiling*; dat leert de kindschheid van alle volkeren, en de reden daarvan is de onbekendheid met het algemeene ruilmiddel, het geld. Maar is dat laatste eenmaal bekend geworden, dan treedt de koop uit dezen oorspronkelijken vorm te voorschijn. Ruilhandel treft men bij de ruwste en meest onbeschaafde volkeren aan; wel een bewijs, dat de koop gegrond is op een der allereerste behoeften van den mensch, die zich dagelijks doet gevoelen. Van daar ook, dat dit regtsinstituut, in zijn meest ontwikkelde gestalte, ontdaan bleef van alle knellende en belemmerende vormen. Op de zoo hoogst eenvoudige grondslagen, door het Romeinsche regt gelegd, werd de leer van het hedendaagsche regt opgebouwd; een korte ontwikkeling van het eerste, met een vergelijking tusschen de oude leer en de hedendaagsche wetgeving, zal ons doen inzien, dat de hoofdzaak geen verandering ondergaan heeft.

*Koop en verkoop* (*emptio venditio*) behoort in het Romeinsche regt tot de verbindtenissen, die uit overeenkomst ontstaan (*obligationes ex contractu*), en wel uit die contracten, die eenig en alleen door den over-

1) Art. 1577 Burg. Wetb.

eenstemmenden wil van partijen tot stand komen (door den nudus consensus), zonder dat daartoe nog een uiterlijk feit (res), woorden (verba) of wel geschrift (literae) vereischt wordt. Daarin kwam de koop met de huur en verhuur (locatio conductio), de maatschap (societas) en de lastgeving (mandatum) overeen <sup>1)</sup>. Voorts behoort het koopcontract tot de tweezijdige overeenkomsten (contractus bilaterales, synallagmatici), dat wil zeggen: elk van beide partijen heeft het regt om van de andere partij iets (een praestatie) te vorderen, en is op haar beurt jegens de wederpartij tot iets (een contra-praestatie) verplicht.

Wat is nu het *doel* en welke zijn de *gevolgen* van het koopcontract? Beginnen wij met het eerste. Als doel van het koopen kan men kortelĳk aangeven het verkrijgen van een zaak; en wel zóó, dat men daarover de volle magt en heerschappij zal kunnen uitoefenen. Toch houde men wel in het oog, dat het koopcontract op zich zelf den eigendomsovergang niet medebrengr <sup>2)</sup>, maar dat deze daaruit onder zekere gegevens, *kan*, en meestal *zal* voortvloeijen. De verkoper, zeiden wij reeds, verbindt zich tot levering. Levering verbonden met een regtstitel van eigendoms-overgang, afkomstig van hem, die geregtigd was om over den eigendom te beschikken, <sup>3)</sup> doet eerst den eigendom overgaan. Het koopcontract op zich zelf draagt dus geenszins den eigendom van de verkochte zaak op den koper over; het is slechts een regtstitel van eigendoms-overgang. Bezit en eigendom blijven tot aan de

1) Gaius III, 135—162. Inst. III, 22—26.

2) Wij spreken hier alleen van het algemeene regt; een ander systeem volgt de Code Civil, art. 1583, waarover later in het breede.

3) Art. 639 Burg. Wetb.



levering bij den verkooper; het contract is slechts een *persoonlijke* band tusschen den verkooper en den koper, waaruit voor eerstgenoemden de verplichting tot levering <sup>1)</sup> voortvloeit, en waardoor derhalve de laatstgenoemde nog geen *zakelijk* regt op de zaak, die het onderwerp van het contract uitmaakt, verkregen heeft.

Wat de gevolgen van het koopcontract betreft, zoo vloeijen daar in de eerste plaats, zoo voor den verkooper als voor den koper, verschillende verplichtingen uit voort, waartoe beiden zich door het sluiten van het contract verbinden. De verkooper neemt twee verplichtingen op zich: de levering en de vrijwaring <sup>2)</sup>, en de koper heeft insgelijks twee verplichtingen: hij moet de verkochte zaak aannemen, en daarvoor den bepaalden prijs betalen <sup>3)</sup>.

Staan wij eerst bij den verkooper stil. Wat is levering? Deze bestaat in de feitelijke of, waar die niet mogelijk is, in de formele overgifte van de zaak. Later hopen wij de verschillende wijzen na te gaan, waarop de levering geschieden kan, en de verschillende vormen, die zij kan aannemen. Daarom mogen wij hier met dit weinige volstaan.

---

1) Men zie het onderscheid tusschen art. 1493 Burg. Wetb., waar van *leveren*, en art. 2397 Ontwerp 1820, waar van *eigendom overdragen* gesproken wordt, als verplichting van den verkooper; het eerste is meer in overeenstemming met het *habere licere* van het Romeinsche regt.

2) Art. 1510 Burg. Wetb. L. 11, §. 2 D. de act. empti et vend. (19. 1): Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, *tradere*. L. 30, §. 1 D. eod.: Quamvis enim alioquin verum sit venditorem haecenus teneri, ut rem emptori *habere liceat*, etc.

3) Art. 1549 en art. 1554 Burg. Wetb.

Wat moet de verkooper vrijwaren?

Het *habere licere*, zooals de Romeinen het uitdrukten, dat wil zeggen, het rustig en vreedzaam bezit, zonder dat derden op het van den verkooper verkregen regt eenigen inbreuk kunnen maken. Dus niet den eigendom, want het geval kan zich b. v. voordoen, dat de verkooper eerst bezig is zich door verjaring den eigendom te verwerven. — Met deze vrijwaring van het vreedzaam en rustig bezit van de gekochte zaak, is nog een andere verbonden van verborgen gebreken of van de zulke, die aanleiding geven tot vernietiging van den koop.

Wat nu den kooper aangaat, deze is, zeiden wij, in de eerste plaats tot aanneming verplicht. Dit zal ons later blijken van invloed te zijn op de risico, die de verkooper te dragen heeft. In de tweede plaats moet de kooper den bepaalden prijs betalen. Tijd, plaats en wijze van betaling, dat alles moet door partijen te voren bepaald zijn; bij gebreke hiervan zal men zich moeten houden aan de bepalingen der wet.

Behalve de verplichtingen, waartoe de verkooper en de kooper beiden, uit kracht van het contract, gehouden zijn, heeft dit nog een ander belangrijk gevolg: *zoodra de koop tot stand is gekomen, gaat de risico van de verkochte zaak van den verkooper op den kooper over.* Het schetsen en ontwikkelen van dit gevolg is het onderwerp dezer verhandeling. Wij rekenen het daarom van gewigt de algemeene beginselen van dit leerstuk in het breede te ontvouwen, maar daarvoor is het hier de plaats niet; wij verwijzen den lezer naar Hoofdstuk II en III van ons geschrift.

Laat ons thans nog eens op het vroeger gezegde terugkomen. Tot het sluiten van het koopcontract, zeiden wij, is niets anders noodig dan de overeen-



stemmende wil van partijen <sup>1)</sup>. Hoe zal deze blijken, en waarop moet hij gerigt zijn?

Wat de eerste vraag betreft, zoo merken wij al dadelijk, als gevolg van het boven gezegde, op, dat het koopcontract aan geen vorm gebonden is, mits de wil van partijen maar duidelijk worde geopenbaard. Schrift is daartoe niet noodig, tenzij de wet dit voor enkele gevallen mogt voorschrijven, of partijen het uitdrukkelijk mogten begeeren; in alle gevallen dient het alleen tot bewijs. Meestal zullen de partijen haren wil in woorden uitdrukken, maar zelfs deze worden niet vereischt, en de wil kan even goed op andere wijze stilzwijgend worden kenbaar gemaakt.

Waarop moet die overeenstemmende wil van partijen gerigt zijn? Op twee dingen: op de zaak, die het voorwerp zal uitmaken van het koopcontract, en op den daarvoor te betalen prijs.

Wat de zaak betreft, daarover mag, bij het aangaan van de overeenkomst, niet de minste twijfel bestaan; zij moet duidelijk zijn aangewezen (*certa*). Individuele bepaaldheid is dan nog geen vereischte, maar wordt dit eerst ten tijde der vervulling; tusschen het aangaan van de overeenkomst en het vervullen daarvan mag derhalve zekere relatieve onbepaaldheid van de zaak bestaan. Zien wij thans, hoeverre zich die onbepaaldheid kan uitstrekken, zonder het contract zelf te schaden. Vooreerst treffen wij haar aan bij den alternatieven contractsvorm, dáár, waar een keuze gelaten is aan den verkooper, aan den kooper of aan een derde <sup>2)</sup>. Vervolgens, en dit is voor ons onderwerp

1) L. 1, §. 2 D. de contr. empt. (18. 1): Est autem emptio juris gentium, et ideo *consensu* peragitur. Art. 1494 Burg. Wetb.

2) L. 25 pr. D. cod.: Si ita distrahitur, *illa, aut illa res*, utram eliget venditor, haec erit empti.

van belang, dáár, waar de zaak slechts ten opzichte van de soort is bepaald, waar dus alleen het genus is aangewezen, waaruit een zekere hoeveelheid zal moeten worden genomen. Zulks geschiedt met het oog op de eigenschappen, die de zaken van zekere klasse met elkander gemeen hebben; hoe meer eigenschappen men op die wijze aanduidt, hoe enger de kring wordt, waaruit die zaken gekozen moeten worden. Het is mogelijk een zaak, door opsomming van de vele vereischte eigenschappen, haarfijn te omschrijven, zonder haar toch nog individueel aan te duiden.

Zoowel bij den alternatieven vorm van het koopcontract, als bij het bepalen der zaak alleen ten opzichte van de soort, kan deze reeds vóór de vervulling individuele bepaaldheid verkrijgen; *op zijn laatst* kan dit ten tijde der vervulling van het contract geschieden, en wordt dan zelfs uit den aard der zaak noodzakelijk.

Dat een zaak ten tijde van het aangaan van den koop nog niet bestaat, neemt niet weg, dat zij dan reeds een *res certa* kan zijn, mits maar het vooruitzicht besta, dat zij eenmaal zal bestaan <sup>1)</sup>.

Ten slotte zij nog aangemerkt, dat alleen die zaken vatbaar zijn voor koop, die in den handel zijn <sup>2)</sup> en niet alleen die zaken zelve, maar ook haar bezit <sup>3)</sup>.

De zaak moet dus, gelijk wij zagen, een zekere zijn.

1) Art. 1370 Burg. Wetb. met de uitzondering van al. 2.

2) L. 34, §. 1 D. eod.: *Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit.* — Er bestaat groot verschil tusschen de l. 28 eod.: *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est*, en art. 1507 Burg. Wetb.: Koop en verkoop van eens anders goed is *nietig*.

3) L. 34, §. 4 D. eod.: *Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit.*



Eveneens is het met den prijs <sup>1)</sup>. Ook deze moet nooit eenige aanleiding tot twijfel kunnen opleveren. Maar gelijk daar, behoeft ook hier, niet reeds van den beginne af volstrekke zekerheid te bestaan, zoo maar het middel is aangewezen, waardoor later die zekerheid zal verkregen worden. Zoo kan men verkoopen tegen den marktprijs, zonder dat de verkooper of de koper weten hoeveel deze bedraagt <sup>2)</sup>.

Met dat onbepaalde van den prijs kan zeer goed een relatieve onbepaaldheid van de zaak verbonden worden, b. v. als ik u tegen den marktprijs het graan verkoop, dat ik morgen nog onverkocht op mijn zolder zal hebben liggen. Faalt het middel, waardoor óf de zaak óf de prijs, óf wel beide, bepaald moeten worden, dan is de koop nietig, en is het, als of er tusschen den verkooper en den koper nooit eenige overeenkomst had bestaan.

Dat bepaalde van den prijs is echter niet zijn eenig vereischte; volgens het Romeinsche regt moet deze bovendien bestaan uit pecunia numerata <sup>3)</sup> en tevens verum en justum zijn. De prijs moet waar (verum) zijn, dat wil zeggen, niet kwanswijs vastgesteld om daarmee andere handelingen te bemantelen en de wet

1) Gajus III, 140: Pretium autem *certum* esse debet.

2) Over het geval, dat een zaak verkocht was tegen den prijs, waarop een derde deze zou schatten, was vóór Justinianus strijd in het Romeinsche regt; men zie Gajus I.I. en de beslissing van Justinianus, Inst. I.I. §. 1. al. 2 en 3. Voor het Ned. regt zie men art. 1501 Burg. Wetb.: „de koopprijs kan echter aan de begrooting van een derde worden overgelaten. Indien die derde de begrooting niet wil of niet kan doen, heeft er geen koop plaats.”

3) Inst. I.I. §. 2.: Item pretium in *numerata pecunia* consistere debet; waarover vroeger strijd tusschen Sabinianen en Proculleanen.

te ontduiken (*simulatum*) <sup>1)</sup>. Dit vereischte mag men ook door ons regt gevorderd rekenen; het andere, dat de prijs billijk (*justum*) moet zijn, mist voor het Nederlandsche regt zijn beteekenis. Had, volgens het Romeinsche regt, de verkooper minder dan de helft van den waren prijs ontvangen, dan was dit *laesio enormis* <sup>2)</sup>, en had hij het regt, op dien grond de overeenkomst te verbraken, tenzij de kooper door tot het ware bedrag bij te passen, haar van kracht deed blijven. Van het omgekeerde geval (*laesio van den kooper*) wordt niet gesproken, zij schijnt derhalve geen rechtsgevolgen te hebben gehad. Een bepaling omtrent de *laesio enormis* wordt in onze wet gemist <sup>3)</sup>.

In weinige woorden hebben wij zoo het wezen van den koop geschetst, althans voor zooverre dit onmiddelijk met ons onderwerp in verband staat. Vele punten gingen wij met stilzwijgen voorbij, maar dit weinige zal toch genoeg zijn, om te doen zien, dat, behoudens enkele wijzigingen, de hoofdzaak in het nieuwe regt dezelfde bleef als in het Romeinsche. Het handelsverkeer riep evenwel nieuwe toestanden in het leven, die den Romeinen ten eenenmale onbekend waren, zoo moest de geheele leer van de zoogenaamde *Distance-Kauf*, waarbij de verkooper en de kooper zich op ver-

1) L. 3 C. de contr. empt. (4. 38): Si *donationis* causa, venditionis simulatus contractus est, emptio in sua deficit substantia.

2) L. 2 C. de resc. vend. (4. 44): Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus *minoris* distraxerit, humanum est, ut, vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate, iudicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

3) Doch niet in den Code Civil, art. 1674, alwaar de *lésion* moet bedragen: plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble.



schillende plaatsen bevinden, door het nieuwe regt zelfstandig worden geregeld. Men koopt nu zaken, die men nooit gezien heeft, en waarvan dikwijls noch de verkooper noch de koper weten of zij bestaan. Zoo is het ook met dat koopcontract, waarover wij in dit opstel wenschen te handelen, dat zaken tot voorwerp heeft, alleen ten opzichte van de soort bepaald. Wat den Romeinen daarvan bekend was, vormt nu van die geheele leer slechts een klein onderdeel, namelijk de zoogenaamde *emptio ad mensuram*, waardoor zaken bij de maat, bij het getal of bij het gewigt verkocht werden, altijd echter, naar het schijnt, in tegenwoordigheid van den koper of althans van diens plaatsvervanger. Van *verzendingen* wordt in het Romeinsche regt niet gesproken; welligt kenden zij reeds *bestellingen*, maar slechts een enkele *Digestenplaats* geeft ons grond dit te vermoeden, en eenige regelen omtrent de *risico*, daarbij te volgen, zal men vruchteloos zoeken. Wij treden dus bij de behandeling van ons onderwerp, de *risico* bij koop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, op een geheel nieuw terrein; de groote moeilijkheid daarbij toch is vooral (gelijk wij later zullen zien) in het geval van bestelling en verzending gelegen. Toch zullen wij het nieuwe gebouw, dat wij willen trachten op te trekken, op de hechte en voor ons nog deugdelijke en onveranderde grondslagen van het Romeinsche regt, vestigen.

---

## HOOFDSTUK I.

---

### KOOP VAN INDIVIDUEEL BEPAALDE ZAKEN, EN VAN ZAKEN, WELKE ALLEEN TEN OPZIGTE VAN DE SOORT BEPAALD ZIJN.

---

Over de wijzen, waarop de zaak, die het voorwerp van het koopcontract uitmaakt, bepaald kan zijn, spraken wij reeds met een enkel woord in onze Inleiding, toen wij als eerste vereischte van die zaak vast stelden, dat zij een zoogenaamde res certa moest zijn. Wij zeiden toen, dat het slechts ten opzichte van de soort bepaald zijn op dat vereischte geen inbreuk maakt. Thans evenwel moeten wij dieper tot het wezen der zaak doordringen, en nagaan, vooreerst, waarin dat ten opzichte van de soort bepaald zijn, gelegen is, en hoe het zich van de individuele bepaaldheid onderscheidt; vervolgens, onder welke verschillende vormen, het zich kan voordoen, en eindelijk, hoeverre zich de daaruit voortspruitende relatieve onbepaaldheid van de zaak mag uitstrekken, zonder het contract zelve te vitieren. Vooraf zij echter opgemerkt, dat wij hier met geen objectief verschil van zaken te doen hebben,



zelfs in het geheel met geen verschil van zaken; het verschil betreft alleen hare *wijze van bepaling*; en dit verschil is bovendien geheel en al *subjectief*, dat wil zeggen, de bepaling geldt alleen in een bijzonder geval voor een bijzonder persoon, en mist daardoor alle algemeenheid. Dezelfde zaak kan voor den een individueel bepaald zijn, en voor een ander alleen ten opzichte van de soort. In het laatste geval is vooreerst nog maar alleen het genus of de soort aangewezen, waaruit later de individueel bepaalde zaak of species zal afgescheiden worden. Omschrijft men een zaak alleen ten opzichte van de soort, dan zal men het onbepalend lidwoord of het telwoord gebruiken; bepaalt men zoodanige zaak individueel, dan bezigt men het bepalend lidwoord of het aanwijzend voornaamwoord.

Het groote juridische verschil tusschen beide wijzen van bepaling bestaat hierin, dat men zich geen toestanden denken kan, waarin op de zaak onmiddellijk wordt ingewerkt, zoo zij slechts ten opzichte van de soort bepaald is. Zakelijke regten geven juist tot dat inwerken regt; van daar, dat geen zakelijke regten denkbaar zijn op zaken, slechts ten aanzien van het genus bepaald. Geen eigendomsregt op *een* huis, geen pandregt op *een* edelgesteente. Evenmin zijn daarop die handelingen mogelijk, waardoor men de zakelijke regten verkrijgt, zooals toeëigening, natrekking, opdragt of levering, enz.

Anders is het ten opzichte van de persoonlijke regten, uit de verbindtenis geboren, waarbij men tot het geven van een zaak verplicht is. Hier is het mogelijk, het individualiseren zoolang uit te stellen, tot dat de aard der zaak bepaaldheid eischt, dat is: (op zijn laatst) tot op het oogenblik der praestatie. Men zou zelfs dan nog een uitzondering kunnen maken voor het

geval dat de praestatie niet reëel geschiedt, maar door schuldvergelijking plaats heeft. Maar, behoudens deze enkele uitzondering, moet iedere verbindtenis, ook al wordt ze gesloten met een object van praestatie, alleen ten opzichte van het genus bepaald, noodzakelijk met een species eindigen. Ihering<sup>1)</sup> drukt dit kortelijk aldus uit: het voorwerp van de verbindtenis is een genus, het voorwerp van de betaling (praestatie) een species; juister nog zegt Bekker<sup>2)</sup> dat men niet zoozeer de zaak verschuldigd is, als wel hare praestatie: het dare of facere, hetwelk natuurlijk een species onderstelt.

Het onderscheid tusschen beide wijzen van bepaling berust op de eigenschappen der zaak, naarmate zij die al of niet met andere zaken gemeen heeft. Noem ik een species, dan duid ik een zaak aan, voorzien van een of meerdere eigenschappen, die zij alleen bezit, al heeft zij ook alle overige met andere zaken gemeen; door het opsommen van die eigenschappen bepaal ik de zaak individueel, en onderscheid ik ze van alle andere. Maar een genus omvat meerdere individuen, die vele eigenschappen gemeen *kunnen* hebben, die er minstens één gemeen *moeten* hebben; en daarvan zal het afhangen, of het genus meer of minder beperkt is; de schakeringen zijn talloos, en met regt noemt Ihering het begrip van genus hoogst rekbaar. Zoo kan men b. v. in het algemeen spreken van een *paard*, zonder meer; dan is er niets dat aanduidt, aan welke klasse uit het

1) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; Vierter Band, S. 366. Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte.

2) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausgegeben von Bekker und Muther; Fünfter Band, S. 350. Zur Lehre vom Genuskauf.



geheele genus *paard* men denkt; maar vermeldt men er nu een eigenschap bij, en spreekt men van een *paard Friesch ras*, dan scheidt men reeds een deel uit het geheele genus af, dat op zich zelf weder een genus vormt, waarin het bedoelde *paard* begrepen is; zoo voortgaande, maakt men telkens het genus al enger en enger, b. v. een *driejarig paard*, *Friesch ras*, een *driejarig merrie-paard Friesch ras*, enz. enz. Bedoelt men echter een bepaald individu, dan laat men de aanwijzing van al die gemeenschappelijke eigenschappen achterwege, en voegt eenvoudig bij den naam van het genus de eigenschap, die de bedoelde zaak alleen bezit, b. v. het *paard, dat ik gisteren kocht*.

Behalve door het telkens toevoegen van eigenschappen, kan men het genus nog op een andere wijze beperken. Men kan namelijk een deel van het genus afsnijden, door bijvoeging van een plaats in de ruimte. Spreekt men onbeperkt van b. v. *10 mud tarwe*, dan omvat het genus al de tarwe, die op de wereld voorhanden is; anders evenwel wordt het, als men zegt *10 mud tarwe uit die lading, van dien zolder*, enz.<sup>1)</sup>

Uit hoeveel individuen kan nu wel een genus bestaan? Het maximum is niet te bepalen; het minimum is twee, want zoolang een zaak een of meerdere eigenschappen met een tweede gemeen heeft, vormen deze beide te zamen een genus.

Als de zaak, die het voorwerp van een verbindtenis uitmaakt, slechts ten aanzien van de soort bepaald is, en deze laatste uit slechts zeer weinige individuen bestaat, dan zal er eenige overeenkomst bestaan met de *alternatieve* verbindtenis, waarover wij in onze In-

---

1) Thöl (Handelsrecht I § 73) noemt in het eerste geval het genus „unübersehbar” in het tweede „übersehbar.”

leiding met een enkel woord spraken. Reeds bij de Romeinsche juristen bestond er verschil van meening omtrent de juiste afpaling van beider gebied. Toch blijft de alternatieve verbindtenis haar bijzonder karakter behouden; de verschillende zaken, waartusschen de keuze wordt gelaten, zijn daarbij een voor een met name genoemd, en meestal door het voegwoord *of* gescheiden. Wat beide vormen van verbindtenis gemeen hebben, is de eigenschap, dat het voorwerp van praestatie vooralsnog, bij het sluiten der verbindtenis, betrekkelijk onbepaald is, maar later noodzakelijk individueel bepaald worden moet.

Het genus kan, zeiden wij, uit slechts weinige individuen bestaan, maar ook uit oneindig vele. Volmaakt hetzelfde geldt van de species: 100, 5000 enz., paarden kan men zeer goed individueel bepalen. Ja, zelfs alle onderdeelen van eenig genus, individueel opgesomd, vormen weder een species. Bevinden zich 10 stuks runderen in de stal van A, en koop ik er daarvan 9, zonder verdere aanduiding, dan vormen die 10 een genus; maar koop ik *de* 10 stuks runderen uit de stal van A, dan vormen deze een species. Hieruit moge op nieuw de waarheid van het vroeger gezogde blijken, dat alle verschil tusschen species en genus slechts in de subjectieve wijze van bepaling gelegen is.

Nog lette men op de volgende eigenaardigheid: een quota pars van het geheel, vormt een species, mits dat geheel individueel bepaald zij. Ter opheldering diene een voorbeeld, dat tevens de gewigtige gevolgen van beide wijzen van bepaling zal aantoonen.

Ik koop van A. een vijfde deel van zijn anker wijn voor  $\text{f}$  9; de helft van die hoeveelheid wijn gaat door toeval te loor, dan bekom ik slechts een vijfde deel van de overgebleven helft, en betaal daarvoor toch de



volle *f* 9, daar het hier om een species te doen was, en ik daarvan, na het sluiten van den koop, de risico moet dragen. Anders evenwel, als ik gekocht had 9 flesschen à *f* 1 de flesch; dan zijn die 9 flesschen slechts ten opzichte van de soort (het geheele anker) bepaald, en na het te loor gaan van de helft, zal ik toch mijne 9 flesschen onverminderd mogen vorderen.

Uit het gezegde blijkt, hoe gemakkelijk een geheel genus kan te niet gaan, wanneer dit zoo beperkt was, dat het slechts uit weinige individuen bestond.

Het doet er niet toe, of de zaken, die het genus vormen, reeds voorhanden zijn, of eerst later zullen bestaan. Toekomstige zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald, vormen in het dagelijksch leven zeer dikwijls het onderwerp van een verbindtenis, met name bij bestellingen van nog te vervaardigen zaken. Wij ontleenen aan Ihering het volgende voorbeeld: van een nog niet afgedrukte gravure bestel ik *een* of *tien* der eerste afdrukken; daarentegen zou de zaak individueel bepaald zijn, zoo ik *de* 10 eerste, afdrukken besteld had.

Wij zagen, wat het beteekent: bepaald te zijn alleen ten aanzien van het genus, en gaven een overzicht van de verschillende wijzen, waarop zulk een bepaling kan geschieden. Wij willen thans onderzoeken, onder welke voorwaarde een zaak, op die wijze bepaald, het voorwerp van een koopcontract kan zijn, zonder het contract te vitieren. Vooraf echter schijnt het ons hier de geschikte plaats, om tegen een dwaling te waarschuwen, waarin men bij dit onderwerp ligtelijk vervalt: tegen het verwarren namelijk van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald, en de zogenaamde *res fungibiles*, verkeerdelijk in onze wet *verbruik-*

*bare*<sup>1)</sup> zaken genoemd, daar het woord *fungibilis* alleen aanduidt, dat een zaak door een andere *vervangen* kan worden. Beter ware dus de benaming: *vervangbare* zaken. Hier geldt het een wezenlijk objectief verschil, naar den innerlijken aard der zaken. Welke zaken door andere kunnen vervangen worden, en welke niet, beslist geheel en al de praktijk, en kan niet van te voren worden uitgemaakt; voor zaken, zoo als geld, koren, wijn enz. moge de vervangbaarheid onveranderlijk vaststaan met anderen zooals b. v. glaswaren, aardewerk, porcelein enz., is dit het geval niet. De verwarring, waarvan wij zoo even spraken, ontstond daardoor, dat vervangbare zaken of *res fungibiles* meest alle slechts ten opzichte van de soort; niet vervangbare daarentegen meestal individueel bepaald zijn; het omgekeerde kan echter ook zeer goed plaats hebben, als b. v. *het geld in die kist*, enz.

De zaak, die het voorwerp van het koopcontract uitmaakt, moet, zeiden wij, een vast bepaalde, een *res certa*, zijn, en toch kunnen ook zaken, die alleen ten opzichte van de soort bepaald, dus relatief onbepaald, zijn, gekocht en verkocht worden. Hoe is dit laatste met het eerste te rijmen? De koop is geldig, wanneer er slechts een middel bestaat, om dat onbepaalde later in volkomen bepaaldheid te doen veranderen. Partijen kunnen dit middel aangeven, of ook, als voor de hand liggend, verzwijgen; zij kunnen het ook aan een derde overlaten. Faalt het middel, of wel bestond het niet reeds van den beginne af aan, dan blijft de zaak onbepaald, en het koopcontract komt niet tot stand.

Ook op nog andere wijzen kan het voorwerp van

1) Art. 1791 Burg. Wetb. en art. 1463 Burg. Wetb., waar gesproken wordt van zaken, die door het gebruik te niet gaan.



praestatie vooralsnog betrekkelijk onbepaald zijn, zonder dat dit schaadt aan het contract. De volgende verdeeling zal ons van die verschillende wijzen een overzicht geven:

A. De alternatieve vorm van verbindtenis: waarbij meerdere, minstens twee, voorwerpen van praestatie zijn, waartusschen de keuze óf aan den schuldeischer óf aan den schuldenaar, óf wel aan een derde is overgelaten, welke verschillende praestaties dan gescheiden zijn door het woordje *of*: ik schenk u *of* mijn Vondel *of* mijn Bilderdijk *of* mijn van Lennep. De zaken behoeven hier geen species te wezen, maar kunnen ook alleen ten opzichte van de soort bepaald zijn: ik verkoop u *of* 10 mud tarwe, *of* 10 mud rogge, enz.

B. Wanneer men verplicht is te geven een deel van een species, welk deel zelf niet individueel, maar

óf *a*) volgens maat, getal of gewigt bepaald is, óf *b*) bepaald is in verhouding tot het geheel, als deel daarvan.

C. Als de qualiteit van de verschuldigde zaak bepaald is, waarmede alsdan de bepaling van de quantiteit, naar maat, getal of gewigt, moet verbonden zijn.

*a*) qualiteit en quantiteit zijn bepaald, en bovendien is de soort nog beperkt, waaruit men de zaak zal moeten nemen.

*b*) de soort is niet beperkt, of, volgens Thöl, niet te overzien.

Deze verdeeling, die op alle verbindtenissen toepasselijk is, kan gemakkelijk ook op den koop worden toegepast. Wij zouden die toepassing zelfs met stilzwijgen kunnen voorbijgaan, ware het niet, dat zich een stem tegen deze verdeeling had verheven, die ons de splitsing



van C. heeft doen aannemen, hoewel wij het belang daarvan moeten betwijfelen. Fick <sup>1)</sup> namelijk onderscheidt den *zuiveren* van den *gemengden* genuskoop; de eerste is, volgens hem, dan aanwezig, als het geheel, waaruit de gevraagde hoeveelheid genomen moet worden, onbeperkt is; bij den gemengden genuskoop is dat geheel daarentegen beperkt. Bij den gewonen koop en verkoop van waren bestaat, volgens hem, het genus uit de hoeveelheid waren, die op de bedoelde marktplaats te krijgen is, en dit begrip heeft hij later <sup>2)</sup>, op eene aanmerking van Goldschmidt <sup>3)</sup>, uitgebreid tot de waren,

1) Archiv für Wechselrecht VIII. S. 21—111 en 129—171: Stellung einer nur theilweise fehlerhaften Waarensendung zur Disposition der Verkäufers, von Dr. Heinrich Fick. Behalve de hier vermelde, maakt Fick nog eene andere onderscheiding, die namelijk tusschen *zuiveren genuskoop* en *speculatie*. De eerste komt zijns inziens alleen voor: „beim Platzverkehr und zwar vorzugsweise bei börsenmässigen Lieferungsgeschäften“ (d. w. z. de zoodanige, waarbij de verkooper zich tot *leveren* verplicht, en hij derhalve de zaken niet juist op het oogenblik van het sluiten van den koop behoeft te bezitten, maar dan gehouden is, om ze zich van elders aan te schaffen). Al wat daar buiten valt noemt Fick: *speculatie*. Waarin bestaat hier het onderscheid? Niet in den vorm van het contract; deze is bij beide dezelfde, maar in de bedoeling van partijen, of deze namelijk een deugdelijken koop, dan wel een speculatie op het oog hadden. Bij deze laatste is het partijen enkel en alleen om de prijsverandering van het bedoelde genus te doen. Wij verwerpen de geheele onderscheiding, daar de bedoeling van partijen nooit invloed kan uitoefenen op de rechtsgevolgen van het contract. Waar toe ook verder de boven vermelde beperking van den zuiveren genuskoop, die een menigte gevallen daarvan buitensluit?

2) Archiv für Wechselrecht IX. S. 371: Ueber die Natur des modernen Distance-Kaufvertrags, von Dr. Fick.

3) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt III. S. 298.



die reeds naar die plaats onder weg zijn, of daarheen van andere plaatsen kunnen ontboden worden, nog vóórdat de tijd van levering verstreken is.

Maar, zooals wij zeiden, die onderscheiding is van weinig nut. Een juridisch belang is daaraan niet verbonden; want, zooals Bekker terecht zegt, het onderscheid der contracten regelt zich slechts naar de wilsverklaring der partijen, geenszins naar het verschil in de aanduiding van het object van praestatie.

Wij meenen hiermede genoeg gezegd te hebben over de beide wijzen, waarop men een zaak kan bepalen: individueel en ten opzichte van de soort, en zouden dus tot een ander onderwerp kunnen overgaan. Hier, waar het de toepassing van die onderscheiding op het koopcontract geldt, meenen wij echter eerst nog op een paar bijzonderheden de aandacht te moeten vestigen. Er moet een middel bestaan, zeiden wij, om die betrekkelijke onbepaaldheid later te doen ophouden, anders geldt de koop niet. Bij zekere waren, die bij de maat, bij het gewicht of bij het getal plegen verkocht te worden, bestaat dat middel in het meten, tellen, wegen. Nu zijn er sommigen, die beweren, dat een koop van zoodanige zaken een *voorwaardelijke* is. Maar een voorwaarde is een toevoegsel aan de wilsverklaring, krachtens hetwelk het gewilde regtsgevolg alleen onder zekere gegevens plaats zal hebben, en het springt in het oog, dat van zoodanige voorwaarde hier geen sprake kan zijn. Men koopt niet, *mits* er geteld, gewogen, gemeten worde, maar men verlangt het tellen enz. als noodzakelijk gevolg van den koop. Alleen in dien zin kan er hier van voorwaarde sprake zijn, dat het tellen, wegen, meten de *conditio sine qua non* van zoodanigen koop is, zonder welke de koop niet bestaan kan en de zaak onbepaald blijft. Later, bij de behandeling van

het Romeinsche regt, komen wij op deze dwaling terug; de verkeerde opvatting van een plaats in de Digesten is, zooals wij dan zien zullen, hare hoofdoorzaak.

Eenigszins met den koop bij de maat, het gewigt of het getal verwant is de koop, welke *en bloc*, bij den hoop, geschiedt <sup>1)</sup> (per *aversionem*, in Bausch und Bogen); toch is het onderscheid groot. Bij den koop bij den hoop is de zaak, die het onderwerp van het koopcontract uitmaakt, individueel bepaald, en vormt een scherp begrensd geheel, een species, en dat wel reeds van den beginne af aan, zoodra partijen het contract gesloten hebben. Maar het bedrag van dat geheel en van den daarvoor te geven prijs kan vooralsnog aan partijen onbekend zijn. Het eerste is het geval, wanneer ik b. v. van A. zijn inboedel koop voor *f* 1000. Nu is de zaak volkomen bepaald, maar toch hebben misschien noch ik, noch A. een juist denkbeeld van het geheel. Tevens kan ook de prijs van het geheel vooralsnog onbekend zijn: ik koop van A. al het graan, dat hij morgen nog onverkocht zal hebben liggen, à *f* 10. het schepel. Er zal dan geen verschil kunnen bestaan over de zaak, die verkocht is, maar eerst, nadat men zal gemeten hebben, zullen partijen de hoeveelheid en tevens den prijs van het geheel, te weten komen. Als men maar zich zelven afvraagt, of de zaak, die verkocht wordt, eene species is, of wel slechts bepaald ten opzichte van de soort, zal men zich tegen verwarring van den koop bij de maat, het getal of het gewigt met dien bij den hoop (waarbij veeltijds eveneens tellen, wegen, meten vereischt wordt) genoegzaam vrijwaren.

---

1) Voor ons regt zie men art. 1498 Burg. Weth.



Gaan wij thans over tot de ontwikkeling van het begrip van *gevaar* of *risico*, en de toepassing daarvan op het koopcontract. Wij willen daarbij van het Romeinsche regt uitgaan, daar dit, ook bij dat gewichtig leerstuk, nog steeds de grondslag is van het nieuwere regt.

het geval verwan is de koop, welke is (de op den hoop, geschiedt) (per aversionem, in Bausch, ind. Hogen); toch is het onderscheid groot. Bij den koop bij den hoop is de zaak, die het onderwerp van het koopcontract nimmakt, individueel bepaald, en vormt een zeker bepaald geheel, een species, en dat wel reeds van den beginne af aan, zoodra partijen het contract vaststellen hebben. Maar het bedrag van dat geheel en van den daervoor te geven prijs kan voortaan nog partijen onbekend zijn. Het eerste is het geval, wanneer ik b. v. van A. vijf inbodel koop voor 1000. Nu is de zaak volkomen bepaald, maar toch hebben misschien noch ik, noch A. een juist denkbeeld van dat geheel. Terwijl kan ook de prijs van het geheel voortaan onbekend zijn; ik koop van A. al het vras, dat hij morgen nog overkocht zal hebben tegen 10 tot schepel, en zal dan geen verschil kunnen bestaan over de zaak, die verkocht is, maar eerst, nadat men zal gemeten hebben, zullen partijen de hoeveelheid en den prijs van het geheel te weten komen. Als men maar zich welken afkomst of de zaak, die verkocht wordt, een species is, of wel slechts bepaald ten opzichte van de soort, zal men zich tegen verwarring van den koop bij de maat, het gewicht of het gewicht niet dien bij den hoop (waarbij veelheid eveneens talen wegen, met een verschillend soort) en nogzamen vrijwaren.

## HOOFDSTUK II.

### WELKE RISICO HEEFT DE KOOPER TE DRAGEN, BIJ DEN KOOP VAN INDIVIDUEEL BEPAAALDE ZAKEN?

Dikwijls ontmoet men in het dagelijksch leven woorden en uitdrukkingen, waarvan de beteekenis aan een ieder klaar en duidelijk toeschijnt, maar die, bij naauwkeuriger onderzoek, geenszins zoo eenvoudig blijken te zijn. Wij rekenen daaronder ook het woord, aan het hoofd dezer afdeeling geplaatst: het woord *risico*, waarvan de beteekenis in onze taal wel is waar door het woord *gevaar* goed wordt wedergegeven, maar waarvan men zich toch ook bij ons meer bedient dan van het laatste. De Romeinen spreken hier van *periculum*, de Duitschers van *Gefahr*; de Franschen zeggen eenvoudig, dat iets is *aux risques de quelqu'un*."

De leer van de risico had eigenlijk bij de behandeling van den koop en den verkoop in 't algemeen door ons moeten ontwikkeld worden, maar daar wij haar juist met het oog op den genuskoop wenschen



te ontvouwen, komt het ons gepast voor, om aan de behandeling van dit leerstuk een afzonderlijk hoofdstuk te wijden.

In den Codex en de Digesten wordt *periculum* tegenover *commodum* gesteld: in de beide titels de *periculo et comodo rei venditae* (D. 18.6, C. 4.48). *Periculum* en *incommodum* worden derhalve op één lijn geplaatst, en omvatten alles, wat tegenover nut en voordeel staat. Dat *periculum* of *incommodum* nu verschillend, naarmate de zaak geheel te niet gaat (*periculum interitus*), of behouden blijft, maar in waarde vermindert (*periculum deteriorationis*).

Voor het zakenregt geldt ten opzichte van het *periculum* in het algemeen het bekende regtsadagium: *res perit suo domino* <sup>1)</sup>, dat wil zeggen: de zaak gaat te niet ten nadeele van hem, wien zij toebehoort; onder welk *perire* (te niet gaan) het *deterior fieri* (slechter worden) dus eveneens moet begrepen worden. Is zulks geschied door toedoen van een ander en met kwaad opzet, dan is deze daardoor jegens den eigenaar verbonden en tot schadevergoeding verplicht. Dit laatste evenwel laat het regtsadagium buiten rekening; het zegt alleen, dat het de eigenaar is, die door den ondergang of de vermindering van de zaak schade lijdt. Geheel anders is het bij verbindtenissen. A. belooft mij zekere zaak te zullen geven, en vóór het vervullen der verbindtenis gaat die zaak te niet of vermindert in waarde. Of het nu ook hier de eigenaar is, die de schade lijdt hangt van den bijzonderen aard der verschillende gevallen af.

Vóór alles onderscheidten de Romeinen, of die ondergang of vermindering geschied was *met* of *zonder*

---

1) Ook wel: *casum sentit dominus*.

schuld (*culpa*) van hem, die zich tot geven had verbonden; alle gevallen van het laatste vatten zij onder het woord *casus* (toeval) te zamen. Er bestond, gelijk wij later zullen zien, geenszins een vaste maatstaf van schuld; alles hing van de meerdere of mindere mate van zorg af, die men verplicht was tot instandhouding van de verschuldigde zaak aan te wenden, hetwelk op zijn beurt wederom van den aard der verbindtenis afhing.

Was de schuld van hem, die tot geven verplicht was, niet te verschoonen, dan had deze zich aan kwaad opzet (*dolus*) schuldig gemaakt, en hij moest volle schadevergoeding geven voor het niet nakomen zijner verbindtenis. Dat kwaad opzet werd nimmer voorondersteld; zoo de tegenpartij er zich op beriep moest zij het bewijzen; maar aan den anderen kant kon men zich ook door geen overeenkomst van de verantwoordelijkheid daarvoor bevrijden <sup>1)</sup>. Met kwaad opzet werd grove nalatigheid en groote onvoorzigtigheid (*lata culpa*) gelijk gesteld; bij iedere verbindtenis was de schuldenaar, evenals voor kwaad opzet, ook daarvoor aansprakelijk. <sup>2)</sup>

In vele gevallen strekte zich echter de verantwoordelijkheid van hem, die tot geven of teruggeven van een zaak verplicht was, nog verder uit, en was die tot schadeloosstelling gehouden, ook al had hij zich niet juist aan kwaad opzet of groote nalatigheid en onvoorzigtigheid schuldig gemaakt. Zoo dikwijls de schul-

1) L. 23 D. de div. reg. juris (50.17).

2) L. 29 pr. D. mandati (17.1): Dissoluta enim negligentia prope dolum est. L. 226. D. de verb. sign. (50.16): Magna negligentia, culpa est: magna culpa dolus est.



denaar nut <sup>1)</sup> had van de verschuldigde zaak, moest hij daarvoor zorgen, nu eens als een *goed huisvader* <sup>2)</sup> (*tamquam bonus paterfamilias*), dan weder zóó als hij zulks *in zijn eigen aangelegenheden* <sup>3)</sup> gewoon was te doen, (*tamquam rebus suis*). De laatstgenoemde aansprakelijkheid was uit den aard dier zaak niet scherp begrensd, maar rigtte zich naar ieder individu in het bijzonder; zoo was de verantwoordelijkheid van een slordig persoon <sup>4)</sup> minder groot dan die van een naauwgezet man, daar beiden immers op verschillende wijze in hunne eigene aangelegenheden te werk gaan.

Een voorbeeld moge ons de praktische toepassing van deze leer doen zien. De *bewaarnemer* (*depositarius*) heeft in den regel geen nut van de in bewaring gegeven zaak, en hij is diensvolgens alleen dan aansprakelijk, wanneer de zaak ten gevolge van zijn kwaad opzet of wel van zijn groote nalatigheid, te niet ging of in waarde

1) L. 5, §. 2 D. comm. (13.6): *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, et ideo verior est Quinti (Mutii) sententia, existimantis ét culpam praestandam ét diligentiam. Diligentia* is veeltijds de uitdrukking, voor die meerdere zorg gebezigd.

2) L. 14 D. de pign. act. (13.7): *Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.* Deze zorg heet ook wel *exacta diligentia*, blijkens Inst. III. 15 § 2.: *At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.*

3) L. 25, §. 16 D. fam. herc. (10.2): *Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in rebus suis.* Deze culpa noemt men ook wel culpa levis *in concreto*.

4) Inst. III. 15 §. 3: *Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amisserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, (non ei), sed suae facilitati id imputare debet.*



verminderde: hij praesteert slecht *dolus* en *lata culpa* <sup>1)</sup>. Maar het kan gebeuren, dat zulk een bewaarnemer tevens gerechtigd is om de zaak ten zijnen bate te gebruiken <sup>2)</sup>; dan is hij gehouden tot schadeloosstelling <sup>3)</sup>, zoo hij verzuimd heeft de zorg van een goed huisvader aan te wenden; dat heeft insgelijks plaats wanneer de bewaarnemer zich als zoodanig heeft opgedrongen. Tegenover de *lata culpa* werd deze grootere verantwoordelijkheid met den naam van *culpa levis* bestempeld. De bovenvermelde splitsing van deze laatste had op de volgende wijze plaats: als regel gold, dat men de zorg van een goed huisvader had aan te wenden, zoo men tot de praestatie van *culpa levis* gehouden was; doch men volstond met voor de zaak te zorgen, op dezelfde wijze als men in zijn eigen aangelegenheden gewoon was te zorgen, wanneer men zich niet vrijwillig, en niet uit eigen beweging (b. v. bij voogdij of gemeenschap) verbonden had <sup>4)</sup>.

Gelijk gezegd is, bleef deze leer als grondslag voor die van het nieuwere recht gelden, behoudens enkele wijzigingen. Zoo is het b. v. in het Nederlandsche recht, dat, volgens art. 1271 Burg. Wetb., overal de zorg van een goed huisvader wil aangewend hebben (*culpa levis*), doch die bij zekere overeenkomsten meer of minder

1) Inst. eod.: Sed is ex eo (deposito scil.) solo tenetur, si quid *dolo* commiserit.

2) Zoo b. v., als een som gelds aan iemand in depositum werd gegeven, met vergunning om daarvan gebruik te maken. L. 4 pr. D. de reb. cred. (12. 1.)

3) L. 1, §. 35. D. dep. (16. 3): Sed et si se quis deposito *obtulit*, idem Julianus scribit, periculo (se) depositi illigasso, ita tamen, ut non solum *dolum*, sed etiam *culpam* et *custodiam* praestet, non tamen *casus fortuitos*.

4) L. 23. D. de div. reg. juris (50. 17).



streng toepast; minder streng, b. v. voor den bewaarnemer, volgens art. 1743 (dezelfde als voor zijn eigen zaken) strenger voor denzelfden, in de gevallen in art. 1744 opgesomd.

Wij begonnen met te zeggen, dat men bij de leer van de risico in de eerste plaats moet onderscheiden, of het te niet gaan of in waarde verminderen van de verschuldigde zaak te wijten is aan de schuld van hem, die tot geven of teruggeven verplicht was, dan wel of zulks buiten diens schuld geschied is. Dit laatste kan op verschillende wijzen plaats grijpen. Al die gevallen die men, zoo als wij reeds opmerkten, onder het woord *toeval* (casus) te zamen vat, kan men in drie klassen rangschikken: *a.* de ondergang of vermindering heeft plaats, wel is waar door toedoen van den schuldenaar, maar toch geheel buiten diens schuld; hij struikelt b. v. en laat het verschuldigde voorwerp stuk vallen; *b.* de schade wordt wel door een mensch veroorzaakt, maar door een derde, dat wil zeggen, door een ander dan den tot geven verbonden persoon, b. v. ingeval van diefstal of brandstichting; en eindelijk, *c.* niet de mensch, maar de natuur is oorzaak van den ondergang of de vermindering: (natuurlijke dood, ziekte, bederf, hagel, schipbreuk, enz.) Tot deze laatste klasse kan men ook het geval brengen, dat een dier de schade aanrigte. Dit alles is den schuldenaar niet toe te rekenen: ontstaat er dus aan de verschuldigde zaak op een van de genoemde wijzen schade, dan zal de schuldeischer die zelf moeten dragen <sup>1)</sup>. Die eene verbindtenis wil aangaan, moet zich de mogelijkheid van het beloopen dier schade voorstellen, die *risico* heeft hij te dragen.

---

1) Ten gevolge van een *witdrukkelijk beding* kan echter de schuldenaar de aansprakelijkheid voor den casus op zich nemen.

Maar wij moeten den persoon, die bij verbindtenissen de risico van den ondergang of de vermindering der verschuldigde zaak, ten gevolge van casus of toeval, te dragen heeft, nog duidelijker aanwijzen, en hier een onderscheid maken tusschen de eenzijdige en de tweezijdige verbindtenissen. Bij de eenzijdige verbindtenissen is slechts één van beide partijen jegens de andere verbonden tot doen of geven. Dit laatste is voor ons van belang. A. belooft mij morgen eenige zaak te zullen geven; nu heb ik wel van heden af in mijn vermogen een vorderingsregt tegen A., tot voldoening van de verschuldigde zaak, maar niet de zaak zelve. Eerst als A. mij deze zal geleverd hebben, ben ik haar eigenaar geworden; tot zoolang blijft bezit en eigendom bij A. Als nu de zaak heden door toeval te niet gaat of vermindert in waarde, wie zal dan de schade daarvan dragen? Niet A.; deze, hoewel eigenaar, ondervindt niet de minste schade; in het passief van zijn vermogen toch bestond reeds een debet van de zaak, of liever, ter waarde van de zaak. Hij geeft nu óf niets, óf minder dan hij beloofd had, en is tot niets meer verplicht. Ik ben het derhalve, die de schade zal ondervinden. In het actief van mijn vermogen stond een vorderingsregt tegen A., ter waarde van de verschuldigde zaak, en dit credit is nu óf geheel voor mij vervallen óf verminderd. De regel is dus deze: bij eenzijdige verbindtenissen draagt de schuldeischer, van het oogenblik van het sluiten der overeenkomst af, de risico van de vernietiging of de vermindering der verschuldigde zaak, ten gevolge van casus <sup>1)</sup>.

Maar hoe nu bij tweezijdige verbindtenissen, d. w. z.

---

1) Art. 1273. Burg. Wetb. In den Code wordt bij de verbindtenissen een andere theorie gehuldigd, maar in de gevolgen is er geen verschil.



zulke, waar verpligtingen van weërszijden bestaan, die als het ware tegen elkander worden opgewogen. Hier schijnt het niet mogelijk, een regel te geven, althans geen regel zonder vele uitzonderingen. De reden daarvan schijnt mij vooral de volgende. Er bestaan hier wel twee verpligtingen, maar die spruiten beide uit dezelfde overeenkomst voort, en staan dus tot elkander in een zeer naauwe betrekking; als ik mijn huis aan A. verhuur, beloof ik wel hem mijn huis te zullen afstaan, maar *mits* hij mij daarvoor den bepaalden huurprijs betale, en omgekeerd. Van daar, dat eene wijziging in de eene van beide verpligtingen terstond invloed op de andere zal uitoefenen, en daar die verpligtingen, ofschoon elkander in zekeren zin opwegende, toch niet altijd volkomen gelijk staan, maar de eene, in betrekking tot de andere, dikwijls als de voornamere beschouwd moet worden, is die invloed niet eens voor al te bepalen. Bovendien worden de meeste 1) dier overeenkomsten te goeder trouw gesloten, de billijkheid heeft soms tot bepalingen omtrent de risico geleid, die met het strenge regt niet geheel overeenkomen.

Het is dus natuurlijk, dat die bepalingen in iedere wetgeving verschillen, en dat men in elke wetgeving op zich zelve niet voor alle tweezijdige verbindtenissen een zelfden, vasten regel heeft, maar iedere verbindtenis in 't bijzonder moet beschouwen. Dit laatste zou ons thans te ver leiden en voor ons tegenwoordig oogmerk geen nut hebben: wij willen ons hier alleen tot het koopcontract bepalen, en nagaan, hoe de vraag naar de risico daarbij in het Romcinsche regt was beantwoord, waarmede wij dan vervolgens de bepalingen van onze wet zullen vergelijken. De hoofdzaak toch is ook

1) Bij ons *alle*, blijkens art. 1374 al. 3. Burg. Weth.



hier weder, behoudens enkele wijzigingen, dezelfde gebleven.

De regel, die in het Romeinsche regt gold, was deze: van het oogenblik dat het koopcontract volkomen is tot stand gekomen, draagt de koper de risico van de zaak, en gaat deze dus van den verkooper op den koper over <sup>1)</sup>. Dit komt volmaakt overeen met wat wij bij de eenzijdige verbindtenissen vastgesteld zagen. De verkooper belooft van zijn zijde een zaak te zullen leveren; voor allen ondergang of vermindering daarvan buiten zijn schuld, vóór de levering geschied, kan hij billijkerwijze niet aansprakelijk zijn. De koper draagt dus de risico, ook vóórdat hij bezitter of eigenaar van de zaak geworden is. Velen schijnt dit vreemd toe, en zij hebben daarom allerlei verklaringen van dit beginsel gegeven. Mommsen (Beiträge I. S. 349) en Fuchs (Archiv für civ. Pr. XXXIV. 5. 10. 17) nemen de fictie aan, dat de verkooper, ofschoon hij aan zijn verbindtenis nog niet voldaan heeft, toch beschouwd wordt, *alsof* hij daaraan reeds voldeed. De moeilijkheid is hierdoor echter niet weggenomen, en de vraag eenvoudig door een andere van gelijke beteekenis vervangen.

Ihering (Jahrbücher III. S. 462) neemt insgelijks zijn toevlugt tot een fictie, en wel tot deze: de koper zal, volgens hem, meestal de schuld hebben, dat de verkooper niet terstond aan zijn verbindtenis voldeed, en waar dit niet zoo is, wordt het gemakkelijks halve

1) L. 8. D. de per. et comm. (18, 6): *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim scimus, cujus periculum sit, nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.* Art. 1496 Burg. Wetb.: Indien de verkochte zaak in een zeker en bepaald voorwerp bestaat: is dezelve, *van het oogenblik van den koop af, voor rekening van den koper*, hoewel de levering nog niet hebbe plaats gehad, en heeft de verkooper het regt om den prijs te vorderen.



toch voorondersteld. Windscheid (Lehrbuch des Pandektenr. II. §. 321 n<sup>o</sup>. 19) noemt het eerste gevoelen onjuist, het laatste onwaarschijnlijk, en zoekt den grond van den regel in den aard van de wilsverklaring van den verkooper, volgens welke de verkochte zaak reeds dadelijk wordt beschouwd als afgescheiden uit diens vermogen en overgegaan in dat van den koper.

Regelsberger (Archiv für civ. Pr. XLIX. 203) vindt er een motief voor, ontleend aan de praktijk en aan de billijkheid. Na het sluiten van het contract tot aan de levering blijft de verkooper bezitter en eigenaar, en behoudt derhalve, uit het oogpunt van het *zakelijk* regt, de volle magt om over de zaak te beschikken; maar die beschikking zou in strijd zijn met datgene, waartoe hij, krachtens zijn verbindtenis, verplicht is: met zijne gehoudenheid tot levering van de zaak aan den koper. Daarom zijn hem dus als het ware de handen gebonden, en mist hij de bevoegdheid, om haar te vervreemden. Maar hierdoor ontbeert hij het middel, dat hem juist zou dienen om zich voor mogelijk nadeel, ondergang en verslechtering der zaak te vrijwaren. Uit dien hoofde verleent het regt hem hulp, en draagt het gevaar op den koper over.

Anderen eindelijk verklaren het feit oeconomisch, en redeneren zoo ongeveer als Windscheid: als de zaak verkocht is, staat het den koper vrij, om haar terstond tot zich te nemen, en meestal zal hij dit dan ook doen; maar doet hij het niet, dan legt toch de verkooper de zaak ter zijde, en beschouwt haar niet meer als de zijne, in afwachting, dat de koper ze zal doen afhalen. Al behoort dus die zaak juridisch nog den verkooper toe, zoo is dit toch uit een oeconomisch oogpunt niet meer het geval.

Ons komt het voor, dat de zaak geene bijzondere verklaring behoeft; de regel is een zuivere toepassing

van de algemeene leer van de risico bij eenzijdige verbindtenissen.

Men houde wel in het oog, dat wij hier steeds het geval bedoelden, dat een individueel bepaalde zaak voorwerp van het koopcontract is. Van het geval, dat de zaak slechts ten opzichte van de soort bepaald is, spreken wij breedvoerig in het volgende hoofdstuk.

Wij beschouwden tot nog toe de leer van de risico bij het koopcontract slechts van ééne zijde, namelijk van die van den verkooper. De koper heeft echter eveneens een verplichting te vervullen. Hij is gehouden tot het betalen van den bepaalden prijs, en is dus eveneens tot geven verbonden. Maar geld is een zaak alleen ten opzichte van de soort bepaald; wij kunnen dus voorsnog niets omtrent de risico van dat geld bepalen. Wij treffen hier evenwel reeds dadelijk de toepassing aan van de opmerking, die wij boven maakten bij tweezijdige verbindtenissen, dat de beide verplichtingen niet altijd kunnen gezegd worden tegen elkander volkomen op te wegen, en geheel gelijk te staan. Als toch de verkooper de zaak buiten zijn schuld niet leveren kan, is desniettemin de koper tot betaling verplicht; wordt daarentegen de koper op de eene of andere wijze <sup>1)</sup> van zijn verplichting tot betaling bevrijd, dan is ook de verkooper van de verplichting tot leveren vrij. Zoo leert althans het Romeinsche regt in de l. 50. D. de act. empt. et vend. (19.1): *bona fides non patitur, ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur et re sua careret.* — De verbindtenis van den verkooper richt zich dus in dit geval naar die van den koper, en de goede trouw is de grond van deze bepaling.

1) Zie Vangerow, Pandect I § 133.



### HOOFDSTUK III.

---

WELKE RISICO DRAAGT DE KOOPER BIJ DEN KOOP  
VAN ZAKEN, ALLEEN TEN OPZIGTE VAN DE  
SOORT BEPAALD?

---

Wij gaan thans tot de beantwoording van de eigenlijke vraag over, die wij ons voorstellen in dit opstel te behandelen. Tot nog toe stelden wij de grondslagen vast, waarop wij bij dit onderzoek zullen moeten voortbouwen, en die wij tot een juiste beoordeeling der zaak vooraf moesten ontwikkelen. Wederom zullen wij ons punt van uitgang nemen van het Romeinsche regt, hoewel zulks ons ditmaal onbevredigd zal laten. Vervolgens zullen wij tot het hedendaagsche regt overgaan, en wel bepaaldelijk tot de wetgevingen van Duitschland, Frankrijk en Nederland, waarbij wij dan tevens de aandacht zullen vestigen op wat de verschillende regtsgeleerde schrijvers over ons onderwerp te boek stelden; met een enkel woord zullen wij eindelijk ook van Engeland gewag maken.

Wij beginnen met Duitschland, omdat de leer van de risico aldaar meer dan elders opzettelijk werd be-

handeld, en ook in de wetgeving eenige regeling vond. De schrijvers kan men in drie klassen splitsen, al naar mate zij de oude Ausscheidungs- (ook wel Specialiserungs-) theorie van Thöl zijn toegedaan, of wel de nieuwere Lieferungs-theorie van Ihering, of de door Bekker en Regelsberger voorgestane Individualiserungs-theorie. Tusschen de eerste en de laatste is niet veel verschil te bespeuren; de leer van Bekker is als het ware een voortzetting van die van Thöl; geheel verschillend van beide is echter het stelsel van Ihering, die het praktisch belang op den voorgrond stelt ten koste der regtsleer.

Over de poging tot regeling van ons onderwerp in het Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch wenschen wij eenigzins breedvoerig te spreken; daardoor toch is een voorbeeld gegeven, dat in andere landen ten volle navolging verdient, opdat de daar voorkomende gebrekkige en onvolledige bepalingen, of wel het geheele gemis daarvan, door een juiste en naauwkeurige regeling vervangen worde.



§ 1. WAT LEERT HET ROMEINSCHE REGT OMTRENT  
DE RISICO BIJ DEN GENUSKOOP?

---

De risico van den koper, bij het koopen van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, is in het Romeinsche regt nergens opzettelijk behandeld. Eenige weinige plaatsen in de Digesten en den Codex spreken alleen van de zoogenaamde emptio ad mensuram, en geven slechts eenige aanwijzingen, hoe men, naar Romeinsche regtsbeginselen, over onze vraag zal hebben te oordeelen.

Van waar die stiefmoederlijke behandeling van een zoo gewichtig onderwerp? Kenden de Romeinen dan de rechtsbetrekking niet, die bij ons dagelijks in zoo oneindig vele schakeringen voorkomt? Sommigen meenen, dat, wel is waar, ook bij de Romeinen een koop voorkwam, waarbij de koper en de verkooper zich niet op de dezelfde plaats bevonden, maar dat die bij hen ontbloomt was van de vele praktische moeilijkheden, waartoe hij bij ons aanleiding geeft, omdat de middelen van vervoer en verkeer bij hen geheel verschilden van de onze. Bevond de koopman zich buiten af, dan zond de koper één of meerdere slaven tot hem; de verkooper gaf de waren alsdan aan dezen, als plaatsver-

vangers van hun heer over, en zoo waren het sluiten van het contract en de levering in den regel niet gescheiden, hetgeen, zooals wij later zullen zien, bijkans alle bezwaren wegneemt. Daardoor verviel de betrekkelijke onbepaaldheid van de zaak, omdat de handeling in eens affiep; men kocht, en tegelijker tijd werd door middel van meten, tellen of wegen de zaak individueel, in 't bijzijn van den kooper, bepaald.

Kenden de Romeinen geen zoogenaamde *bestellingen*? Uit eene enkele Digestenplaats zou men met Ihering opmaken, dat het woord *emere* aldaar in de beteekenis van *bestellen* moet voorkomen. Ofschoon dit geenszins de gewone beteekenis van *emere* is, houden wij toch die meening voor juist. Anderen daarentegen meenen, dat de Romeinen, waar een dergelijke handeling voorkwam, die in den vorm eener *stipulatie* plachten in te kleeden. Door middel daarvan kon men zich insgelijks tot het geven van een zaak verbinden, maar de moeilijkheid is daardoor niet opgeheven; de risico-questie blijft dezelfde en is er alleen door op een ander terrein overgebracht.

Fick <sup>1)</sup> meent, dat een contract van zuiveren genuskoop (niet ingekleed in den vorm eener stipulatie) onvereenigbaar zou geweest zijn met het regtsbegrip der Romeinen; dat aan zulk een contract bij hen geen regtsvordering kon verbonden zijn. Dat is, zegt Bekker, grootendeels waar; althans in het ontwikkelde Romeinsche regt, konden vele zaken het onderwerp van een stipulatie uitmaken, die geen voorwerp van een koopcontract konden zijn; en, voegt hij er bij, er moet ook een tijd geweest zijn, dat aan stipulaties ter voldoening van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald,

1) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Fünfter Band. Zur Lehre vom Genuskauf. S. 359 §. 2.



regtsgevolg verbonden was, terwijl koop-contracten van zulke zaken dit nog misten. Regtsgeldige verbindtenissen met een object van praestatie, alleen ten opzichte van de soort bepaald, moesten, wel is waar, den Romeinen als abnormiteiten toeschijnen, maar de utilitatis of liever de necessitatis ratio moest hen toch dwingen om ze aan te nemen. Het strijdt, zegt Bekker, wel grootelijks met den strengen en onveranderlijken aard der stipulaties, dat bij haar niet vast zou staan wat voldaan moet worden, en alleen de soort en hoeveelheid van hetgeen men verschuldigd is bekend zou zijn, maar toen men eenmaal met het begrip van geld vertrouwd was geworden, werd het natuurlijk onvermijdelijk verbindtenissen met een object van praestatie alleen ten opzichte van de soort bepaald, aan te nemen. Allengs paste men dit ook op andere *res fungibiles*, dan geld, toe, en eindelijk liet men het algemeen bij alle verbindtenissen toe.

Bekker betoogt verder, dat, toen men eenmaal bij de stipulaties zoo verre gekomen was, de toepassing van het nieuwe beginsel op het koopcontract niet achterwege kon blijven: waarom toch zou men bij contracten, die alleen uit consensus geboren werden, en die tevens *negotia bonae fidei* waren, omzigtiger zijn geweest, dan bij de stipulaties, dat wil zeggen, bij geheel formele handelingen van het *jus strictum*? Bovendien was ook de verplichting van den koper, tot betaling van den prijs, altijd slechts ten opzichte van de soort bepaald. Werkelijk blijkt het uit de bronnen, dat de zaak niet onbekend was, b. v. uit de l. 35 §. 7 D. de contr. empt. (18.1), waar sprake is van het koopen van een zekere hoeveelheid wijn uit een vat, en uit de l. 5 D., de peric. et comm. rei. vend. (18.6), waar hetzelfde voorbeeld gegeven wordt.

Met verwerping van de meening van Fick, vereenigen wij ons geheel met de verklaring door Bekker gegeven, en nemen wij aan, dat de koop van voorwerpen, alleen ten opzichte van de soort bepaald, den Romeinen niet alleen bekend is geweest, maar ook, volgens het latere Romeinsche regt, volkomen van kracht was.

Laat ons thans de plaatsen nagaan, die op ons onderwerp betrekking hebben.

Vooreerst dan de lex 35 §. 5, Digestorum de contr. empt. (18.I), waar wij in §. 1 lezen: in his, quae pondere, numero, mensura, constant (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur, quae in caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut, etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratae sint.

Wij beginnen met op te merken, dat hier slechts van res fungibiles gesproken wordt, hetgeen echter niet betel, het hier gezegde in 'talgemeen op den koop van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald, toe te passen. Toch is hier niet zoo zeer van de emptio generis als wel van de emptio ad mensuram sprake. In § 6 zullen wij zien, wordt als voorbeeld een kudde (grex) genoemd, hetgeen (zegt Ihering) bewijst, dat de jurist niet zoozeer zaken op het oog heeft, die in het verkeer *in den regel* alleen ten opzichte van de soort bepaald zijn (dat zijn, res fungibiles), als wel alle zaken, die in het *onderhavige* geval op die wijze bepaald zijn; want al worden paarden, ossen, enz., onder zekere omstandigheden, bij het stuk verkocht, zoo is dat toch geen regel.

De jurist zegt dan, dat bij den koop van dergelijke zaken hetzelfde geldt, wat bij andere zaken regel



is, namelijk, dat de koop volkomen is, zoodra men het over den prijs en de zaak eens is. Maar, voegt hij er bij, eerst moet afgewogen, afgeteld of afgemeten worden.

Wat bedoelt hij nu met de uitdrukking, dat de koop alsdan volkomen (*perfecta*) is? In de gewone beteekenis kan het woord hier niet gebezigd zijn; immers aan het koopcontract ontbreekt niets, ook al is er niet afgemeten, geteld of gewogen, want de hoeveelheid van de te leveren waren en de daarvoor te betalen prijs zijn naauwkeurig bepaald. Een lex van den Codex zal ons later leeren, dat het woord *perfecta* op een der gevolgen van het contract doelt, op den overgang namelijk van de risico op den koper.

Is de geheele massa voor een ronde som verkocht, laat de jurist er op volgen, dan geldt de gewone regel: nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in caeteris rebus. Dit kan ons niet verwonderen, want hier is een species het voorwerp van het koopcontract.

Maar, vraagt hij, wanneer is de koop volkomen, wanneer er wijn bij de flesch, olie bij de kan, koorn bij de maat, zilver bij het pond is verkocht, of wel wanneer de koop bij het getal is geschied? Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulos metretas; item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emptio perfici? Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum? Sabinus en Cassius, antwoordt hij, meenen dat de koop eerst dan volkomen is, wanneer er is toegeteld, enz., omdat de verkoop

als het ware onder de voorwaarde geschiedt, dat er geteld, gewogen of gemeten zal worden: Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos, quasve adensus eris; aut in singulas libras, quas adpenderis; aut in singula corpora, quae adnumeraveris. Daarmede zegt de jurist echter natuurlijk niet, dat deze koop een *voorwaardelijke* is.

In §. 6 geeft hij een toepassing: ergo et si grex venierit: si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. In §. 7 volgt dan het voorbeeld van een vat; zoo daaruit 100 kan verkocht is, draagt de verkooper de risico, zoolang deze nog niet zijn afgemeten, terwijl het geen verschil maakt, of voor die 100 kan een vaste som in eens of wel per kan is vastgesteld: sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, (quod et constare videtur) antequam admotiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. Nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos.

Beschouwen wij nu nog de plaats van den Codex, waarover wij zoo even spraken, en die ons meer licht zal geven dan de aangehaalde leges der Digesten. Het is de lex 2 Codicis, de peric. et comm. rei venditae (5.48): Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant: antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Hier wordt wederom het geval gesteld, dat een zekere hoeveelheid wijn bij de flesch voor een vasten prijs is



verkocht. Vóór dat er geleverd is, bederft de geheele massa. Als nu de koper niet de oorzaak was van het vertragen van het afmeten, heeft deze geen risico te dragen, omdat de flesschen nog niet waren geleverd, en de koop derhalve nog niet volkomen was. Met het oogenblik van de levering wordt dus hier de koop volkomen genoemd, en dat volkomen zijn is hetzelfde als het overgaan van de risico van den verkooper op den koper. Als derhalve de juristen ons leeren, dat de koop vóór het afmeten nog niet volkomen is, dan denken zij aan de risico, die eerst na die handeling op den koper zal overgaan.

Het verdient voorts opmerking, dat niet het eenvoudige *metiri*, *pendere*, *numerare* gebruikt wordt, maar het *compositum*: *admetiri*, *adpendere*, *adnumerare*, hetgeen overeenkomt met ons *toewegen*, *toetellen*, *toemeten*. Dit is van groot gewigt, en duidt aan, dat die verschillende handelingen worden verrigt in het bijzijn van den koper of althans van diens plaatsvervanger: het geschiedt onder diens oogen, en hij kan derhalve zijn gedachten rigten op een bepaalde hoeveelheid of species, die voor hem is afgescheiden van het geheel; de zaak wordt met die handeling voor den koper individueel bepaald. Van daar ook dat deze uitdrukkingen met het woord *tradere* worden verwisseld, omdat dit daarvan een natuurlijk gevolg, en als het ware in het *admetiri* enz. mede begrepen is. Dit wordt vooral hierdoor op afdoende wijze bewezen, dat de beide uitdrukkingen door denzelfden jurist (Paulus) gebruikt worden, om daarmede dezelfde zaak aan te duiden; men zie de *lex 5 Digestorum de peric. et comm. rei vend.* (18. 6) waar hij, van den verkoop van wijn sprekende, die toegetmeten zal moeten worden, zegt: *donec admetiatur omne periculum venditoris est*; en de *leges 12 en 14 Diges-*



torum eod., hierna te vermelden, waar hij in denzelfden zin de uitdrukking *tradere* bezigt.

Na de reeds genoemde, blijven er nog drie leges uit de Digesten, die op ons onderwerp betrekking hebben, ter behandeling over. Wij zullen zien, dat deze ook in een ander opzigt merkwaardig zijn, daar zij namelijk grond geven om te vermoeden, dat de Romeinen ook bestellingen kenden van nog te vervaardigen zaken. Het zijn de leges 12, 13 en 14 Digestorum de peric. et comm. rei vend. (18—6). Gaan wij den inhoud daarvan kortelijk na. *Lectos emptos*, zoo heet het, *Aedilis*, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet. Men ziet hieruit, dat het te Rome niet geoorloofd was, voorwerpen (hier aanlegbedden) op de straat te plaatsen, en de passage te belemmeren. Was zulks geschied, dan verklaarde de *Aedilis* die voorwerpen prijs. *Eumque cum Aedili*, si id non jure fecisset, habiturum actionem Legis Aquiliae; aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum *Aedili* habuisset, ei praestaret. Er waren derhalve gevallen denkbaar, dat de *Aedilis* de op de straat uitgestalde zaken ten onregte prijs verklaard had; dan werd óf den verkooper een regtsvordering tegen dezen gegeven, óf kon de kooper vorderen, dat de verkooper hem zijne regtsvordering afstond. Maar wie moest nu de risico dragen? Ter beantwoording van deze vraag laten wij hier nog het eerste deel van *lex 14* volgen: *Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit*. Derhalve moest nu eens de kooper, dan weder de verkooper de risico dragen. Waarvan hing dit af? Hiervan, of het prijs verklaren door den *Aedilis*,



vóór of na de levering geschied was. Van een gewonen koop van geheel afgewerkte aanlegbedden kan hier dus geen sprake zijn; anders gezegd, de aanlegbedden konden hier nog niet individueel bepaald zijn; dan toch ware de zaak, die het voorwerp van den koop uitmaakte, een species geweest, en zou dus de risico reeds terstond na het sluiten van het contract (en niet eerst met de levering) op den koper zijn overgegaan. Denkt men hier daarentegen aan aanlegbedden, die iemand bij een fabrikant *besteld* had, dan wordt ons alles duidelijk. Dan was de zaak hier nog maar alleen ten opzichte van de soort bepaald, en moest dus de risico eerst dan op den koper overgaan, als zij individuele bepaaldheid had verkregen, hetgeen eerst ten tijde der traditie zou geschieden. Tot op de levering draagt de fabrikant de risico, en treft de daad van den Aedilis alleen hem; na de levering gaat de risico op den koper over; of, wanneer het aan den koper te wijten is, dat deze nog niet plaats heeft gehad, na den tijd, voor de levering bepaald. Van daar, dat in dit laatste geval de koper uit kracht van het koopcontract van den verkooper kon vorderen, dat deze hem de actio ex lege Aquilia afstond, om van den Aedilis, die onrecht pleegde, schavergoeding te eischen.

Wij zien dus, dat in alle de gevallen van genuskoop, in de leges vermeld, de risico eerst met de levering op den koper overgaat. Daarmede houdt de relatieve onbepaaldheid van de zaak op, en wordt het genus tot species herleid.

In de eerste §. van de laatstgenoemde lex wordt eindelijk dit beginsel nog op een ander geval van genuskoop toegepast. *Materia empti, si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo, respondit: si minus, venditoris: videri autem trabes traditas quas*

emptor signasset. Iemand heeft een aantal balken in genere gekocht; de balken worden gestolen, wie draagt daarvan nu de risico? Even als vroeger is het antwoord: vóór de levering de verkooper; na de levering de koper. En die levering behoeft niet feitelijk te zijn geschied; als er maar een handeling heeft plaats gehad, waardoor die balken voor den koper individueel bepaald zijn (hier het merken), dan wordt die met de levering gelijk gesteld, en gaat de risico op den koper over.

Welke is dan nu de slotsom van dit geheele onderzoek naar de leer van de risico in het Romeinsche regt, bij den verkoop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald? Deze, dat de Romeinen ook bij den genuskoop volkomen de beginselen omtrent de risico bij den specieskoop toepasten, en te dezen opzichte geen ander systeem noodig achtten. Bij den gewonen koop ging, volgens het Romeinsche regt, de risico van de verkochte zaak op den koper over, zoodra partijen het eens waren over de zaak en over den prijs. Bij den genuskoop zijn partijen het, wel is waar, daarover ook eens, maar niet zoo concreet, want de zaak is betrekkelijk onbepaald. Daarom wordt een der gevolgen van den koop, de overgang van de risico, voorloopig opgeschort. Toch blijft de regel inderdaad dezelfde, namelijk: *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*, zooals Paulus leert in de *lex 8 Digestorum* (18. 6), waarop hij dan voor den genuskoop laat volgen: *si id quod venierit appareat, quid, quale, quantum sit, et pretium, et pure venit, perfecta est emptio*; dat wil zeggen: de koop zal dan volkomen zijn, als de zaak individueel bepaald en een species is; als middel daartoe wordt het *admetiri, adpendere, adnumerare*, het *tradere* (en wat daarmee gelijk staat) aangewezen.



Men zij echter voorzichtig met de toepassing van deze Romeinsche regtsbeginselen. De toestanden zij heden ten dage geheel veranderd; de genuskoop heeft zich sinds dien tijd zeer ontwikkeld en oneindig uitgebreid. In die oude tijden bevonden de koper en de verkooper zich veelal op dezelfde plaats, en waren niet, gelijk heden ten dage, door groote afstanden gescheiden; daardoor kon het individueel bepaald maken van de zaak in het bijzijn van den koper, en, naar het schijnt, steeds gelijktijdig met de levering geschieden. Gevallen van individualiseren vóór de levering worden althans niet vermeld. Dit sluit echter de mogelijkheid daartoe geenszins uit. Worden er in het Romeinsche regt eenige middelen opgenoemd ter individueele bepaling van de zaak, zoo sluite men voor ons hedendaagsch regt niet alle andere uit. Het gewigt van deze opmerking zal ons, bij de behandeling van het nieuwe regt, duidelijk blijken.

---

§ 2. DE HEDENDAAGSCHE REGTSLEER EN WETGEVING  
OMTRENT DE RISICO BIJ DEN GENUSKOOP.

A. DE REGTSLEER EN DE WETGEVING IN DUITSCHLAND.

Na den tijd van Justinianus tot op onze dagen wordt door nagenoeg alle schrijvers een diep stilzwijgen over ons onderwerp bewaard. Men schijnt de zaak te moeilijk of te weinig belangrijk geacht te hebben: de Basilika laten zelfs de leges 5 Digestorum en 2 Codicis, de periculo et commodo rei venditae, in den titel over dit onderwerp achterwege.

De eerste schrijver die, in Duitschland, de zaak opzettelijk behandelde en aan een wetenschappelijk onderzoek onderwierp, was Thöl. 1) Wij willen hem in in den gang van zijn betoog volgen. Opdat de risico na het sluiten van het koopcontract op den koper overga, moet de koop *perfecta* zijn, in de beteekenis van bindend, en ook in die beteekenis, die hij vervolgens zal ontwikkelen. Voor die *perfectio* is het bij

1) Das Handelsrecht, in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, dargestellt von Dr. Heinrich Thöl. Vierte vermehrte Auflage § 73 seqq.



den onvoorwaardelijken koop noodig, dat het *quid*, *quale* en *quantum* van de waren vaststa. Bij den koop van een *species* is dit reeds terstond het geval. Anders is het evenwel, als van een *genus* een eerst later af te scheiden *species* gekocht is. In dit laatste geval kan namelijk het geheele *genus* te niet gaan, vóór dat de *species* daarvan is afgescheiden, en de koop dus bij gemis van object niet bestaan. De schade zal alsdan geheel ten nadeele van hem komen, die als verkooper optrad. Maar evenzeer kan ook de *species*, die uit het gevraagde *genus* is afgescheiden, te niet gaan of in waarde verminderen. Voor dit geval, dat alleen voor ons van belang is, komt Thöl tot het volgende besluit. Is juist de vergane of verminderde *species*, als het object van den koop, van het *genus* afgescheiden, dan draagt de koper de risico. Want is de gevraagde hoeveelheid behoorlijk van het *genus* afgescheiden, dan wordt de *species* het object van den koop, en heeft diensvolgens de koper zoowel de *commoda* als de *incommoda*. Die partij, die zich op de afscheiding uit het *genus* wil beroepen, zal ze moeten bewijzen. Het regt om over de zaak te beschikken blijft Thöl, in geval de afscheiding en de levering niet gelijktijdig plaats hebben, aan den verkooper toekennen. De koper kan dat regt niet belemmeren. Maar blijft de verkooper in gebreke om de *species*, die cenmaal het object van den koop werd, aan den koper te leveren, dan verplicht hij zich daardoor tot schadevergoeding. Mogt de verkooper inmiddels op andere wijze over de zaak beschikt hebben, dan zal de risico niet meer ten laste van den koper blijven, hoewel deze laatste toch de *commoda* van de zaak behoudt.

Maar nu komt Thöl tot de nadere omschrijving van

datgene wat hij *behoorlijk* afscheiden noemt; hij verstaat daaronder: zóó afscheiden, dat de zaak individueel bepaald wordt, en de risico diensvolgens op den koper overgaat.

Alle twijfel daaromtrent zal opgeheven zijn: 1<sup>o</sup>.) als de afgescheiden species feitelijk is *geleverd* ter voldoening aan het koopcontract, want die levering noodzaakt beide partijen om deze afgescheiden species als object van den koop te beschouwen; evenmin is er twijfel 2<sup>o</sup>.) als de afscheiding uit het genus plaats greep in 't bijzijn van den koper, of van diens plaatsvervanger, b. v. als de waren hem zijn toegewogen, toegeteld of toegemeten. Maar hoe, als 3<sup>o</sup>.) de verkooper eenzijdig die handeling verrigtte, dat wil zeggen, zonder dat de koper daarbij tegenwoordig of daarvan bewust was? Zoowel wetten als schrijvers, zegt Thöl, huldigen die leer van de eenzijdige afscheiding. Maar het bezwaar daartegen is, dat dan de verkooper naar believen, die eenzijdige afscheiding zal kunnen doen opklimmen tot een vroeger tijdstip, dat hij op die wijze zich zelf zal kunnen bevoordeelen ten nadeele des koopers, dat hij in één woord het *an debeat* geheel in zijn magt heeft. Zoo zal de verkooper het bewijs van de afscheiding wel ten nadeele des koopers kunnen leveren, deze laatste daarentegen dit bewijs ten zijnen voordeele niet kunnen leveren. Er zijn dan ook, zegt Thöl, geen juridische gronden om aan die eenzijdige afscheiding zoo voor den koper als voor den verkooper een bindend gevolg toe te kennen, en de zoeven genoemde feitelijke ongelijkheid van beiden verzet er zich ook uit een oogpunt van billijkheid tegen. Daarom komt hij tot het besluit, dat de *tweezijdige* afscheiding een noodzakelijk vereischte is voor den overgang van de risico, zóó, dat beide partijen het over de uit het genus af



te scheiden species eens zijn, even als zij het daarover eens zouden zijn, wanneer het hun van den beginne af aan om een species ware te doen geweest. Het eenig verschil zou hierin gelegen zijn, dat de koper een eenzijdig door den verkooper afgescheiden species, zoo die aannemelijk (d. i. volgens het contract en zonder gebreken) is, niet mag afwijzen. Van daar dan ook dat de koper of diens plaatsvervanger de afgescheiden species niet behoeft gezien te hebben, maar dat het voldoende is, als hem de afscheiding zóó kenbaar is gemaakt, dat hij zijn gedachte op die afgescheiden species kan rigten. Daartoe is de algemeene kennisgeving, dat de species is afgescheiden, niet voldoende, maar de verkooper moet zóó naauwkeurig (dit kan door de aanwijzing van eenige weinige punten geschieden) aan den koper van de afscheiding, die plaats vond, bericht hebben gegeven, dat het bewijs van de identiteit der afgescheidene en ten onder gegane of in waarde verminderde species door middel van dit bericht kan geleverd worden.

Zie daar, hoe Thöl in weinige woorden zijne leer formuleert, de toepassing daarvan aan den lezer overlatende. Hoe men over dit stelsel denken moge, zijn verdienste is in elk geval groot, daar hij het eerst de aandacht op deze belangrijke zaak vestigde, en haar aan een wetenschappelijk onderzoek onderwierp.

Zooals wij reeds zeiden, bouwde Bekker verder op dezen grondslag voort. Wij zouden daarom diens theorie hier terstond kunnen doen volgen, ware het niet, dat hij haar had ontvouwd in een opstel, dat ten doel had om de kort te voren door Ihering verkondigde leer te wederleggen. Wij willen daarom eerst het systeem van dezen laatsten, dat een scherpe tegenstelling is tegen de meening van Thöl, in weinige woorden ont-

wikkelen. Wij herinneren daarbij, dat men aan de leer van Thöl den naam van de *Ausscheidungs-* of ook wel *Specialiserungs-*theorie gegeven heeft, terwijl Bekker de zijne de *Individualiserungs-*theorie noemt. Die van Ihering is bekend als de *Lieferungs-*theorie.

Een voorval in de praktijk gaf aan Ihering aanleiding tot het verkondigen van zijne geheel nieuwe leer <sup>1)</sup>, die hij zelf kortelijk aldus zamen vat: bij den verkoop van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald, het genus moge enger of ruimer zijn, reeds bestaan of niet bestaan, (dus ook bij nog te vervaardigen zaken) gaat de risico op den koper eerst over met de *levering*, hetzij deze werkelijk is geschied, of door de schuld van den koper is verhinderd. Die levering geschiedt ten huize van den verkooper, en de koper zal dus de waren bij dezen moeten *halen*, in zooverre niet het *brenge*n of het *zende*n uitdrukkelijk of stilzwijgend is bedongen. De eenvoudige afscheiding van de species uit het genus is niet toercikend om dat gevolg van den koop te doen plaats hebben.

Daar nu bij Ihering alles op de levering aankomt, is het van veel belang om naauwkeurig vast te stellen, wat leveren is, en de verschillende wijzen na te gaan, waarop die kan geschieden, opdat men het juiste oogenblik wete, waarop de levering plaats had en derhalve de risico op den koper overging. Dit alles onderzoekt dan ook Ihering in het breede; wij willen hem in zijn betoog volgen, niet, omdat wij ons met zijn leer kunnen vereenigen, maar omdat hij, over de levering sprekende, sommige begrippen vast stelt, (halen, brengen, zenden) wier juiste bepaling later zal blijken ook voor ons van groot gewigt te zijn.

---

1) Jahrbücher II.



Een enkele opmerking ga echter vooraf.

Ihering zegt zelf in het opschrift van zijn opstel, dat, volgens zijn leer, de verkooper dan van de risico zal bevrijd zijn, als hij alles deed waartoe het contract hem verplichtte; met andere woorden: de overgang van de risico op den kooper en de vervulling der verbindtenis geschieden op het zelfde oogenblik; de levering is derhalve het eenige middel om de zaak individueel te bepalen. Van daar dat er bij hem geen sprake kan zijn van het te niet gaan der species vóór de praestatie, want er kan dan nog geen species bestaan.

Ihering roemt zijn theorie als in technische eenvoudigheid boven alle andere uitmuntende, en wij geven dit ten deele toe, ofschoon wij van meening zijn, dat die eenvoudigheid niet rijmt met de regtsleer. Die theorie van Ihering geeft slechts één enkelen regel, toe te passen op alle gevallen: *de risico gaat met de levering over*. In plaats van koop van een genus en koop van een species, ten opzichte van de risico, in een scherpe tegenstelling te plaatsen, worden deze beide hier vermengd, en de een tot den anderen herleid. En die herleiding geschiedt, volgens Ihering eerst dan als zij logisch noodwendig is, dat is, niet dan met de levering. Waarom zou zij ook vroeger moeten geschieden? Misschien met het doel om de praestatie van den verkooper voor te bereiden? Maar hoe lang van te voren mag de verkooper dit doen? Is het geheel aan zijn goeddunken overgelaten, dan kunnen groote onregtvaardigheden daaruit voortvloeijen, want, als de verkooper een gevaar, dat zijn genus bedreigt, voorziet, dan scheidt hij eenvoudig de verschuldigde hoeveelheid daarvan af, om zich na den ondergang van die species, desniettemin van den koop-

prijs te verzekeren. Huldigden inderdaad de tegenstanders van Ihering de leer, dat de verkooper geheel naar eigen goeddunken die species van het genus kan afscheiden, dan zouden wij met hem het bestaan der zoo even vermelde bezwaren erkennen, maar wij zullen zien, dat dit niet het geval is.

Wat nu de levering zelve betreft, volgens Ihering, bestaat deze in den regel in de *overgifte* van de verschuldigde zaak, maar zij behoeft daarin niet noodzakelijk te bestaan. Ook op andere wijzen kan geleverd worden. Men kan in 't algemeen vast stellen, dat de verkooper vrij wordt door de *praestatie*; dat wil zeggen, door het doen van al datgene, waartoe hij volgens het contract verplicht is. Nu zijn er bij den koop drie wijzen mogelijk, waarop geleverd kan worden: de kooper zal de waren moeten *afhalen* (levering ten huize des verkoopers); de verkooper zal de waren moeten *brenge*n (levering ten huize des koopers); de verkooper zal de waren moeten *zenden*. Dat laatste begrip is niet zoo eenvoudig, en eischt nadere bepaling; hier zij voorloopig aangemerkt, dat de verplichting van den verkooper tot zenden nooit stilzwijgend in het contract ligt opgesloten, maar steeds uitdrukkelijk moet zijn bepaald.

Als er niets dienaangaande bedongen is, dan zal de kooper de waren ten huize des verkoopers in ontvangst moeten nemen: hij zal ze moeten *halen*. Zoo als gezegd is, geschiedt alsdan de levering gelyktijdig met de overgifte van de zaak of de waren aan den kooper of aan diens plaatsvervanger.

*Brenge*n sluit de verplichting in zich om te zorgen, dat de zaak zich bevindt dáár, waar de kooper deze in ontvangst wil nemen. De verkooper verrigt die handeling in persoon, of wel hij laat haar door een ander



verrigten. De plaats van ontvangst mag de koper ten nadeele des verkoopers niet veranderen; hij is daarentegen wel daartoe gerechtigd, in geval die verandering den koper voordeelig of onverschillig is. Ook tot brengen zal de verkoper slechts verplicht zijn ten gevolge van een uitdrukkelijk beding; veeltijds wordt dit in het dagelijksch leven stilzwijgend als de bedoeling der partijen aangemerkt. Wonen de partijen niet op dezelfde plaats, dan spreekt men van zenden of sturen, maar bevinden zij zich op dezelfde plaats, dan spreekt men meest van brengen. De bestelde kleederen, schoenen, enz. worden door den kleedermaker, schoenmaker, enz. gebragt; de verkoper zorgt alsdan voor het transport; kosten en risico komen voor zijn rekening.

Ook een combinatie van brengen en halen is mogelijk, als b. v. de verkoper de waren op eene bepaalde plaats doet brengen, en de koper ze van daar doet halen.

Zoowel bij halen als bij brengen is, na de overgifte van de zaak of de waren aan den koper, aan de verplichting des verkoopers voldaan. Die overgifte behoeft noch door den verkoper, noch aan den koper in persoon te geschieden; uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen beiden daartoe een plaatsvervanger aanwijzen. Zoo wordt in het dagelijksch leven, bij het brengen aan huis, meest alles aan de dienstboden afgegeven, behalve dáár, waar men een magtiging daartoe van den koper niet kan vooronderstellen, b. v. bij voorwerpen van waarde, waarbij zulks evenmin, als bij betalingen, gebruikelijk is.

De beide begrippen van halen en brengen leveren derhalve weinig moeilijkheid op, en zijn vrij duidelijk. Maar nu gaat Ihering tot het begrip van *zenden* over, dat meerdere zwaarigheden in zich sluit. Voor-

eerst, wat is de beteekenis van zenden? Men kan tusschen twee opvattingen aarzelen, en aannemen, dat bij zenden de verpligting van den verkooper alleen bestaat, in het verzenden of afzenden, of wel dat hij meer doen moet en te zorgen heeft dat de koper de zaak ten zijnen huize ontvangt. De koopman vat het zenden in de eerste beteekenis op: hij zendt voor rekening en op risico des koopers. Maar, zegt Ihering terecht, dat neemt niet weg, dat de wil van partijen boven alles gelden moet, en dat noch het gebruik van de uitdrukking *zenden*, noch het niet gebruiken daarvan hier kan beslissen. Men kan dus geen algemeenen regel stellen.

Wanneer gaat nu bij zenden, in de eerstgenoemde beteekenis van *afzenden*, de risico op den koper over?

Wederom, zegt Ihering, heeft men hier tusschen twee oogenblikken te kiezen: dat, waarop het afzenden begint, en dat, waarop het is afgelopen. Het begin van de afzending sluit zich dadelijk aan het geval van halen aan; alsdan eindigt de risico van den verkooper op hetzelfde oogenblik, dat deze bij het halen zou bevrijd geweest zijn, dus na het afmeten, afwegen enz. Al wat daarop volgt behoort dan tot het begrip van het zenden, b. v. het inpakken, verzegelen, enz., en het ontbreekt, volgens Ihering, niet aan schijngronden, om de risico gedurende dit geheele stadium aan den koper toe te wijzen. Als zoodanig wijst hij er op, dat de verkooper in het geval van *halen* reeds terstond na het afwegen enz. vrij is, en zulks dus ook hier het geval moet zijn. Maar die gevolgtrekking is toch, volgens hem, onjuist: wat bij het halen geldt, gaat niet door voor het zenden; waarom anders ook niet voor het brengen? en daar is toch blijkbaar de verkooper na het afwegen enz. niet bevrijd. De verkooper



kan zich evengoed bij het afzenden, als bij het brengen, tot iets meer verplichten, dan waartoe hij in het geval van halen verplicht zou geweest zijn.

In de tweede plaats voert men, zegt Ihering, aan, dat de verkooper het zenden *in opdracht van den koper* op zich neemt, bij gevolg ook op diens risico, als daartoe lasthebbende. Het eerste beweren noemt hij valsch: immers deze opdracht, wanneer ook door den verkooper aangenomen, maakt een integreerend deel van diens geheele verplichting uit: het is de obligatio ex vendito, ten opzichte van de wijze van levering. De verkooper kan zich later niet meer aan die verplichting onttrekken; als mandataris zou hem zulks onder zekere omstandigheden wel vergund zijn. Door middel van het inpakken, verzegelen enz., bereidt hij de praestatie voor, waartoe hij verplicht is, en die eerst geëindigd zal wezen, als de afzending geheel zal zijn volbragt.

Ten derde zegt men, dat de koper de *onkosten* aan het pakken, enz. verbonden zal moeten vergoeden. Maar onkosten en risico gaan geenszins hand aan hand. Zoo kan hij, die brengt, zich een zekere vergoeding bedingen, daarentegen hij die zendt, de kosten en de transport voor zijn rekening nemen: de risico zal in beide gevallen niet veranderen. Anders zou dáár, waar de inpakking, enz. geen onkosten veroorzaakt, de risico geheel ten laste van den verkooper komen, in andere gevallen weder geheel door den koper moeten gedragen worden; in nog andere ten deele door beiden. Bovendien beroept Ihering zich nog ter wederlegging van de meening die hij bestrijdt, op het spraakgebruik: van iemand, die het zenden op zich nam, zegt men dan eerst, dat hij aan zijn verplichting voldeed, als hij de zaak werkelijk heeft *afgezonden* (dat wil zeggen: overgegeven aan hem, die voor het vervoer zorgen zal).

Ware het anders, men zou er ook in de praktijk de moeilijkheden van gevoelen, daar dan het dragen van de risico zoo slecht mogelijk zou geregeld zijn; want, terwijl het oogenblik van het geëindigde afzenden zeer scherp begrensd is, valt daarentegen dat van het afwegen enz. moeilijk vast te stellen; dit toch geschiedt ten huize van den afzender, en derden zijn daarbij als getuigen in den regel niet tegenwoordig.

Ihering neemt op al deze gronden aan, dat het oogenblik, waarop de daad van het afzenden geheel volbragt is, beslissend is om de risico van den verkooper op den koper te doen overgaan. Als de verkooper de zaak of de waren zal hebben overgegeven aan den persoon of aan de inrigting, die voor het vervoer zal zorgen, zal de koper de risico beginnen te dragen.

Wij hebben de leer van Ihering omtrent het halen, brengen en zenden uitvoerig nagegaan, omdat wij ons daarmede volkomen kunnen vereenigen. Maar men houde wel in het oog, dat Ihering steeds van de stelling uitgaat, dat de risico eerst met de levering op den koper zal overgaan. Nu is met het zenden wel de levering volbragt, maar wij kunnen aan Ihering niet toegeven, dat in *ieder* geval eerst dan de koper de risico zal moeten dragen. Volgens onze meening (en wij komen daarop later terug) kan dit gevolg van het koopcontract reeds vroeger, vóór de levering, plaats hebben. Wanneer wij dus zeggen met Ihering in te stemmen, geldt zulks, wat den overgang van de risico betreft, alleen voor het geval, waarin ook wij meenen dat de risico met de levering zal overgaan, het geval namelijk, wanneer de *levering* het middel zal zijn om die betrekkelijke onbepaaldheid van de zaak te doen ophouden en tot species te herleiden.

Een voorval in de praktijk, zeiden wij reeds, gaf



aan Ihering aanleiding om zijn theorie te ontwikkelen, ter vervanging van de leer van Thöl, die tot nog toe algemeen had gegolden. Dat voorval was het volgende. Het handelshuis N., waarbij onafhankelijk van elkander S. te K., en B. te Z., ieder 600 centenaars Coaks besteld hebben, koos tot vervoer daarvan zooals gewoonlijk, den schipper P. Aan dezen werd de geheele massa van 1200 centenaars toegemeten, zonder dat de 600 van A. en de 600 van B., noch bij het toemeten, noch bij het inladen waren afgescheiden. P. laadde de 1200 Centenaars in twee schuiten, en wel 800 in een grootere en 400 in een kleinere schuit. In den nacht, vóór dat men dacht heen te varen, verging de laatste, ten gevolge van een hevigen storm, met de lading. P. voer daarop met de andere schuit weg, en loste te K., waar hij het eerst aanlegde, bij A. 600 Centenaars, zoodat hij voor B. er slechts 200 overhield. Daar B. nu voor deze laatste 200 wel wilde betalen, maar N. op den vollen prijs voor de 600 aanspraak maakte, stelde deze een regtsvordering tegen B. in. De regter in eersten aanleg wees N. af, en wel omdat hij verzuimd had, den kooper te doen weten, hoe en in welke schuit was ingeladen. De hoogere regter legde hem alsnog het bewijs op, dat de te niet gegane 400 centenaars, of zoo veel minder, den schipper, als voor den gedaagde bestemd, waren toegemeten. Daar nu zulk een speciale afscheiding op naam van den gedaagde niet was geschied, verloor de eischer dus in tweeden aanleg eveneens het proces.

Met deze laatste uitspraak, hoewel geheel in overeenstemming met de afscheidings-theorie van Thöl, kon Ihering zich niet vereenigen. Wat, vroeg hij, als nu eens de beide koopers uitdrukkelijk aan den verkooper hadden voorgeschreven, hoe zij wilden, dat de ver-

vulling en de levering zou plaats hebben, zou alsdan de verkooper eveneens de risico te dragen gehad hebben? Zeker niet! want, onverschillig of de 600 centenaars van A. al dan niet van die van B. gescheiden waren, zou dan N. eenvoudig tot zijn verdediging zeggen: ik heb gedaan, wat gij mij hebt opgedragen, ik heb mijn verbindtenis vervuld. Maakt het dan nu verschil, dat A. en B., in plaats van de wijze van verzending op te geven, aan N. onbepaald hebben opgedragen: zend ons 600 centenaars; natuurlijk onder dien verstande, dat de door N. gekozen wijze van verzending met het belang van de bestellers overeenkomen moest, zooals dit inderdaad het geval was? Had N. de voor A. en de voor B. bestemde 600 centenaars afzonderlijk willen verzenden, dan waren daardoor de transportkosten aanmerkelijk vermeerderd, door het maken b. v. van een tusschenschot in de grootere schuit. En waartoe zou dit gediend hebben? Als nu N. dit teregt niet deed, dan zou het ook in het geheel geen zin hebben gehad, om bij het afmeten de 600 centenaars van A., van die van B. te scheiden; immers die scheiding ware door het gemeenschappelijk inladen terstond weder vervallen. Waarom nu aan den verkooper het nalaten van die geheel doellooze handeling te verwijten? Alleen omdat bij den verkoop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald de risico eerst door middel van de afscheiding overgaat? Maar wat dan, als de kooper van die afscheiding afstand doet, als b. v. meerderen ieder een anker wijn bestellen, maar ter besparing van onkosten, dien in een enkel vat laten verzenden, of als hout, door meerderen onafhankelijk van elkander besteld wordt, maar de verzending daarvan met den spoortrein in één massa geschiedt? Dan is er dus niet afgescheiden; en als dit de noodzakelijke voorwaarde



voor het overgaan van de risico is, dan heeft de verkooper die dus hier te dragen; ja dan zou hij die ook te dragen hebben, als de koopers uitdrukkelijk bepaald hadden, dat de verzending voor hun risico zou geschieden!

Tegen deze redenering van Ihering merkt Bekker, onzes inziens, terecht op, dat door het afwegen en vervolgens inladen van de gezamentlijke 1200 centenaars Coaks in het bedoelde geval nog geenszins het genus tot species was herleid, maar dat de beide ladingen der schepen een genus bleven vormen, waaruit de leveringen aan A. en B. zouden moeten geschieden. Als nu de verkooper wel een genoegzame hoeveelheid der gevraagde waren heeft ingeladen, maar er later bij de levering blijkt, dat die hoeveelheid verminderd is, zoodat er niet genoeg over is, om beide leveringen daaruit te bewerkstelligen, zal de koper daarmede niet te maken hebben, omdat de zaak, die het voorwerp van het koopcontract uitmaakte, nog geenszins individueel was bepaald, en de koper dus tot zoolang daarvan nog geen risico te dragen had.

Het groote verschil tusschen de leer van Bekker en die van Ihering is voornamelijk daarin gelegen, dat Bekker het tijdstip van de volbrachte levering niet aanneemt als het oogenblik, waarop zonder uitzondering, de risico van den verkooper op den koper zal overgaan.

Hij zelf vat zijn stelsel in korte woorden ongeveer aldus te zamen: iedere verbindtenis ter voldoening van slechts relatief bepaalde zaken, moct, daar ze slechts door de praestatie van individueel bepaalde zaken kan vervuld worden, *op zijn laatst* bij de vervulling, tot een verbindtenis worden herleid, die een species ten voorwerp heeft. Op het oogenblik waarop zij, *hetzij bij of vóór de vervulling*, zulk eene verbindtenis wordt, treedt zij

in het algemeen, dus ook wat het dragen van de risico betreft, onder de regels, die een verbindtenis met een species tot voorwerp, beheerschen. Dat individueel bepaald worden van de zaak *vóór* de vervulling is op twee wijzen mogelijk: 1<sup>o</sup>.) er kan bij het sluiten van het contract iets daaromtrent zijn afgesproken; 2<sup>o</sup>.) partijen kunnen later (d. i. na het sluiten van het contract, maar *vóór* de vervulling), omtrent het specialiseren een afspraak maken, zonder dat zij daarmede tevens de vervulling verbinden.

Waar nu, zegt Bekker, gelijktijd met de vervulling der verbindtenis gespecialiseerd wordt, daar is op het oogenblik, dat de overgifte van de zaak geschied is, het gewenschte gevolg verkregen. Dit zal geen moeilijkheid opleveren daar, waar hij die overgeeft en hij aan wien wordt overgegeven (of hunne plaatsvervangers) te zamen komen (bij halen en brengen), en waar dus de beslissende handelingen beide, althans schijnbaar, in hetzelfde oogenblik te zamen vallen. Maar waar de beide deelen der traditie (geven en aannemen), volgens den wil van partijen door een tijdsverloop gescheiden zijn (zenden), daar zal inderdaad eerst het aannemen de zaak specialiseren. Nu is echter, volgens algemeene regelen, door het geven alleen, en *vóór* dat de andere partij aannam, den verkooper de mogelijkheid niet ontnomen om aliud pro alio te voldoen; aan het speciaal bepaald object van praestatie is hij nog geenszins gebonden. Daar hieruit, wat het dragen van de risico betreft, een resultaat zou voortvloeijen, in strijd met hetgeen partijen bedoeld hebben, zoo moet men, volgens Bekker, aannemen, dat het specialiseren van de zaak, naar haren vermoedelijken wil, reeds met het volbrengen der afzending is geschied, en dat van dat oogenblik



af beide partijen zich de verbindtenis dachten als aan deze species gebonden, zoodat nu de koper de risico zal moeten dragen, en van den anderen kant de verkooper zich van elke beschikking over de zaak zal moeten onthouden, even alsof de verbindtenis van den beginne af aan een species tot voorwerp had gehad.

Bekker noemt zijne theorie de consequente toepassing van een eenvoudige gedachte, die aan de ratio juris volkomen beantwoordt; deze namelijk, dat de verbindtenissen tot het geven van individueel bepaalde zaken *alle* op gelijke wijze moeten behandeld worden, hetzij deze verbindtenissen reeds bij haar ontstaan een species tot voorwerp hadden, hetzij de zaak in den begiune alleen ten opzichte van de soort bepaald was en later tot species is herleid.

Om aan te toonen, dat het bezwaar door hem tegen Ihering's theorie geopperd, zich in het dagelijksch leven werkelijk voor kan doen, verhaalt Bekker een voorval, waarvan hij zelf getuige was. Een landeigenaar in de Mark kocht van een paardenkooper 50 kleine Litthauer paarden van bepaalde grootte en bepaalden leeftijd, à 12 Fdrs. het stuk. De koopman moest de paarden brengen, en op een hofstede in de Mark leveren. Er was tevens afgesproken, dat slechts zulke paarden zouden geleverd worden, die een vriend van den koper, in achter-Pommeren woonachtig, en een kundig paardenkenner, bruikbaar zou hebben bevonden, met dien verstande, dat de koopman met meerdere Litthauer paarden bij den landeigenaar in achter-Pommeren zou komen en dat dan deze een keuze zou doen. De koopman zond een 80tal paarden naar achter-Pommeren; de paardenkenner koos er daaruit 50, en merkte die; daarmede toog de koopman naar de Mark, en verkocht de overige; deels daar ter plaatse

deels zoud hij ze terug. — Als nu eenige van die 50 op weg naar de Mark toevallig waren gestorven, vraagt Bekker, wie zou dan de schade hebben moeten dragen? Hij meent: de koper; maar Ihering zou moeten oordeelen: de verkooper, want de levering had nog geen plaats gehad.

Maar daarenboven moet Ihering's theorie, volgens Bekker, noodzakelijk tot groote onbillijkheid leiden, want alhoewel gespecialiseerd is, zou het aan den verkooper vóór de levering toch nog vrij staan, naar believen over de zaak te beschikken. Hij stelt het volgende: een huis te Bremen koopt te Hamburg 10 loten in een loterij, waarvan de trekking reeds begonnen is. De verkooper te Hamburg verzendt 10 nummers, in een pakket, met den privaatpost, die tusschen Bremen en Hamburg gaat, geadresseerd aan het Bremer huis. Kort daarop verneemt de verkooper door een telegraphische dépêche, dat op een van de afgezonden nummers een groote prijs is gevallen. Nu zendt hij boden te paard om de afgifte van het pakket te voorkomen, om dan vervolgens 10 andere nummers aan het huis in Bremen te leveren. De privaatpost verbond zich alleen tegenover den afzender, en kon derhalve het pakket gerustelijk aan dezen teruggeven. Hetzelfde zou het geval zijn, zoo het pakket aan een expediteur of voerman was toebetrouwd; deze toch zijn lasthebbers van den verkooper, en het Duitsche Handelswetboek ziet in de expeditie een soort van Commissie; ook zij kunnen derhalve vrijelijk het hun toevertrouwde aan den afzender terug geven. Neemt men nu de leveringstheorie aan, dan kan de koper in zulke gevallen niet geholpen worden, tenzij men in de wet de bepaling opneme, dat, bij verbindtenissen om zaken te geven, alleen ten opzichte van de soort bepaald, de verkooper niet eerder



van de risico bevrijd zal zijn, dan wanneer hij van zijn zijde alle beschikking over de zaak opgegeven, en deze op den koper zal hebben overgedragen, waarvan dan op verschillende wijzen kan blijken.

Ofschoon wij ons met de leer van Bekker wel kunnen vereenigen, gaat, onzes inziens, evenwel het gegeven voorbeeld en de gevolgtrekking daaruit niet op. Wij gelooven toch niet, dat de verkooper in het gestelde geval aan zijn verplichting voldaan had, want hij leverde niet de species, die door den koper begeerd was: deze wilde geen loten, op geen waarvan de getrokken prijs vallen kon. De koper zal de te betalen koopsom wel berekend hebben naar zijn kans van trekken, en deze was na het uitkomen van dien prijs zeer verminderd. Het is dus niet noodig, dat de wet den koper helpt; hij kan zich zelven volkomen hulp verschaffen door eenvoudig de loten te weigeren.

Bekker, de leer van Ihering bestrijdende, geeft tevens een eigen theorie, die hij den naam geeft van Individualiserings-theorie. Maar het verschil tusschen de beide theoriën is inderdaad zoo groot niet; in de praktijk althans zal het weinig zichtbaar zijn. Het verschil is meer in den naam, dan in de toepassing merkbaar. Ook Ihering toch eischt dezelfde individualisatie als Bekker, al noemt hij den naam niet. Volgens Ihering's theorie is de risico bij den genuskooop een zuivere toepassing van het *res perit domino*; want door levering gaan de zakelijke regten op den koper over; geen zakelijk regt is mogelijk op een zaak, die niet individueel is bepaald; voor de levering is dus individualisatie een noodzakelijk vereischte; ten gevolge van de levering wordt de koper eigenaar en draagt derhalve hij de risico. Derhalve wil Ihering, zij het dan ook slechts middellijk, even goed als Bekker, individualisatie van

de zaak, opdat de risico daarvan op den koper zal overgaan. Maar hierin verschilt hij van Bekker, dat hij het individualiseren van de zaak *vóór* de levering niet laat geschieden. In verreweg de meeste gevallen nu zal, bij verbindtenissen tot het geven van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, de herleiding van die zaken tot een species *door middel van de levering* plaats hebben. Verschil tusschen de beide theoriën zal zich in de praktijk dus alleen dan openbaren, wanneer niet eerst door middel van de levering, maar reeds *vóór* deze, de zaak individueel bepaald zal worden. Bekker noemt twee gevallen, waarin dat herleiden tot species *vóór* de levering mogelijk is: 1) bij het sluiten van het contract kan iets omtrent het specialiseren afgesproken zijn, b. v. dat zulks zal geschieden door middel van een derde, aan wien echter niet tevens geleverd zal worden (voorbeeld van de Litthauer paarden) 2) na het sluiten van het contract spreken partijen daaromtrent een en ander af, zonder met dat specialiseren tevens de levering te verbinden; eerst wordt het contract gesloten, vervolgens gespecialiseerd en eindelijk geleverd. In die gevallen nu en in alle andere, dat reeds *vóór* de levering de zaak, alleen ten opzichte van de soort bepaald, tot species wordt herleid, leert Bekker dat daarmee steeds de risico op den koper zal overgaan, en dat men alzoo niet tot op de levering zal behoeven te wachten, om dit gevolg te doen plaats hebben, zooals Ihering beweert. Tot staving van zijn gevoelen beroept hij zich op de *lex 8. Digestorum de peric. et comm. rei vend.* (18. 8), waar gezegd wordt: *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet et si id, quod venierit, appareat quid, quale, quantum sit, perfecta est emptio.* Van levering wordt hier niet gesproken, maar alleen gezegd, dat, zoo-



dra als de zaak individueel wordt bepaald, de risico terstond op den koper zal overgaan. Vervolgens wijst Bekker nog op de analogie tusschen den specieskoop en den koop van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald. Waarom toch, vraagt hij, naar ons inzien, teregt, zou een specieskoop, die uit een genuskoop ontstond, regtens anders moeten beoordeeld worden dan een specieskoop van den beginne af aan?

Een tweede afwijking van de leer van Ihering, die wij bij Bekker aantreffen, betreft zijn opvatting van het begrip van *zenden*.

Teregt merkt hij aan, dat dit begrip oeconomisch hoogst eenvoudig, maar juridisch zeer moeilijk is, omdat het zenden nu eens in deze, dan weder in gene beteekenis wordt opgevat, al naarmate partijen bedoeld hebben. Daarenboven hebben in duizend gevallen de contracterende partijen zelve geen klaar denkbeeld van de dikwijls zeer uiteenlopende mogelijkheden, en daar kan een positieve wetsbepaling, die meer op de utilitatis dan op de wel juris ratio berust, niet gemist worden. Maar zeer ten onregte, naar ons oordeel, komt Bekker tegen het gevoelen van Ihering op, dat de risico op het oogenblik van de volbragte afzending op den koper zal overgaan. Hij meent dat die leer én juridisch niet opgaat én in de praktijk tot onbillijkheid leiden zal. Tot staving van het laatste, wijst hij op het voorbeeld van de loten, dat wij reeds boven onjuist noemden. De juridisch meest eenvoudige beteekenis van *zenden* vindt Bekker die, welke het minst afwijkt van het normale geval dat de koper halen moet. Ook bij het *zenden* hebbe hij te halen, maar hij verrigte die handeling door middel van den verkooper, die als zijn lasthebber de zaak ontvange (constitutum possessorium) en haar

vervolgens aan hem toezende. De verkooper moet dan eerst *ex vendito* leveren, en vervolgens een tegelijk met het aangaan van het koopcontract op zich genomen mandaat vervullen. Dit kan wezenlijk de bedoeling van partijen geweest zijn, en als die te bewijzen is, moeten ook de regtsgevolgen daarvan niet achterwege blijven, dat wil zeggen: het bezit en de eigendom der zaak gaan op den koper over, terwijl de zaak zich nog bij den verkooper bevindt; van dat oogenblik af heeft de koper, en niet meer de verkooper, de bezits- en eigendomsacties; ook de *condictio furtiva*. Wilde de verkooper dan nog de species verruilen, dan ware dit misbruik van vertrouwen; ook de personen, die voor het transport zorgen, zouden, door middel van den verkooper, eigenlijk met den koper contracteren, en dus den eerstgenoemde niet weder de zaak of waren uit mogen leveren. Maar, zegt Bekker, praktische redenen verbieden ons deze opvatting van het *zenden*, in geval van twijfel, tot een wettelijken regel te verheffen; want zij verbindt de meest gewigtige regtsveranderingen aan een oogenblik (het voltrokken *constitutum possessorium*), dat meestal niet feitelijk is vast te stellen.

Wij voor ons geven de voorkeur aan de opvatting van Ihering, waarover wij boven spraken, en kunnen ons met zijn verdediging van die opvatting volkomen vereenigen. De geheele redenering van Bekker schijnt ons meer op het *zenden*, dan op het *afzenden*, toepasselijk, en met Ihering houden wij het laatste voor een daad, waartoe de verkooper gehouden is, om de verpligting van het *zenden*, die hij als lasthebber op zich nam, voor te bereiden. Men zie ook de practische gronden door Ihering voor zijn opvatting aangevoerd.

Ihering stelde zijn leveringstheorie, ter wille van de



praktijk vast, en geeft één algemeenen regel, die schijnbaar hoogst eenvoudig, in de toepassing echter niet zoo eenvoudig is, en ons daarenboven uit een juridisch oogpunt niet aannemelijk voorkomt: alles komt bij hem op de praktische vraag neder: wanneer is er geleverd? en met het antwoord daarop is dan tevens de risicoquestie beslist. Bekker verwerpt die theorie, en gaat van een meer zuiver wetenschappelijk beginsel uit, waaraan hij de praktijk ondergeschikt maakt. De toepassing van zijn theorie laat hij aan anderen over. Die heeft later Regelsberger gegeven in een opstel <sup>1)</sup> waarop wij nog kortelĳk de aandacht willen vestigen.

Dit staat vast, zegt Regelsberger, dat van het oogenblik af, waarop de pligt tot praestatie op een individueel bepaalde zaak gerigt is, de verkooper bij iedere soort van genuskoop even goed gebonden is als bij den specieskoop; hij schendt het koopcontract, zoo hij na dien tijd op eenige andere wijze over de zaak beschikt. Maar daarom moet hij dan ook, ten opzichte van de risico, in den meer gunstigen toestand van den speciesverkooper geplaatst worden: met andere woorden, bij den genuskoop moet de risico van de zaak te gelijk met het regtens-bindend individueel bepaald worden van de zaak op den kooper overgaan.

Hoe zal nu een zaak, in den beginne alleen ten opzichte van de soort bepaald, later regtens-bindend individueel bepaald worden?

De beantwoording dezer vraag hangt, volgens Regelsberger, weder van twee andere vragen af: wie heeft het regt van keuze? en hoe wordt dat regt uitgeoefend?

---

1) Archiv für die Civilistische Praxis. Neun und vierzigster Band, S. 183. Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf.

De keuze kan aan den *koop*er zijn gelaten: dan gaat de risico over, zoodra deze zal te kennen hebben gegeven, welke species hij geleverd wil hebben. Maar ook de *verkoop*er kan de keuze hebben, en hij heeft haar steeds, bij gebreke van een overeenkomst in tegenovergestelden zin. Doch al heeft hij het regt om te kiezen, daarmede is nog niet gezegd, dat hij dat regt ieder oogenblik mag uitoefenen. Men moet hier de volgende gevallen onderscheiden: *a)* is, volgens het contract, de koop

er gerechtigd om de afzondering van de species bij te wonen, dan ontnemt het doen van die afzondering buiten zijn tegenwoordigheid, aan de handeling alle kracht, tenzij hij door zijn wegblijven gerekend kan worden van zijn regt afstand te hebben gedaan. Stilzwijgend is dit regt van den koop

er om de afzondering van de species bij te wonen, aan te nemen, wanneer hetzij de koop

er *halen*, of de verkoop

er moet *bren*gen. *b.)* Heeft de koop

er afstand gedaan van zijn regt om de afzondering van de species bij te wonen (zooals in den regel het geval is bij den zoogenaamden Distance-Kauf), dan kan de verkoop

er zijn regt uitoefenen, wanneer hij wil. Evenwel de afzondering van de species heeft hier alleen dan den overgang van de risico ten gevolge, wanneer daarin een definitieve uitoefening van zijn regt van keuze ligt. Zoolang hij nog bevoegd is de keuze te veranderen, heeft er geen afzondering plaats gehad, die regtens-bindend kan genoemd worden. Regtens-bindend, meent Regelsberger, is die afzondering dan, wanneer de tot kiezen gerechtigde verkoop

er van de door hem gedane keuze aan den koop

er kennis zal hebben gegeven. Dus zal noch lichamelijke afscheiding van een bepaalde hoeveelheid uit het gevraagde genus, noch het inpakken of stempelen der afzonderde waren, en evenmin het afzenden der factuur,



de risico op den koper doen overgaan. Het besluit van den verkooper, om de lichamelijk afgezonderde waren tot het voorwerp van praestatie te maken, verkrijgt eerst kracht, wanneer hij zijn wil naar buiten, en wel tegenover den koper, heeft doen blijken. Zulks geschiedt: vooreerst, door het afzenden van een berigt aan laatstgenoemde, dat de afzondering door hem geschied is. Een naauwkeurige beschrijving van de afgezonderde waren is daarbij niet volstrekt noodig, maar alleen een nuttig middel van voorzorg om het bewijs van de identiteit der waren, bij eventueel verlies of in waarde vermindering, gemakkelijker te maken; de verkooper zal die omschrijving dus in zijn welbegrepen belang kunnen doen, maar er is geen reden, om hem, behalve dit, geen ander middel van bewijs toe te staan.

Waar zoodanig berigt achterwege blijft — en dit is in den kleinhandel regel — doet de verkooper van zijn wil genoegzaam blijken (zóó dat de risico zal overgaan) door overgifte van de waren, die door hem tot voldoening van het contract zijn afgezonderd, aan den expediteur of voerman (post, schipper, spoorweg, bode, enz.).

Ten slotte vat Regelsberger zijn leer aldus zamen:

De overgang van de risico is bij den genuskoop bepaald door het individualiseren van het voorwerp der praestatie. Dit geschiedt:

1°. Door het kiezen van den koper en het afzonderen in zijn bijzijn, wanneer dit uitdrukkelijk of stilzwijgend bedongen is. Moet, volgens het contract, hetzij de verkooper de zaak aan den koper *brenge*n, of deze ze bij den verkooper *haben*, dan heeft het individualiseren eerst plaats met de overgifte der zaak aan den koper.

2°. Waar de verkooper de waren aan den koper zal *toezenden*, in dien zin dat de woonplaats van den verkooper als plaats van levering geldt, daar geschiedt het individualiseren :

a. Door het afzenden van het berigt der gedane afzondering aan den koper, (dit schijnt ons te exclusief, daar de door den verkooper gedane keuze ook nog op andere wijzen ter kennis van den koper komen kan, b. v. in het boven meêgedeelde voorbeeld van Bekker, van de 50 Litthauer paarden), en bij gebreke daarvan :

b. Door overgifte der waren aan den expediteur of voerman, ter bezorging aan den koper.

3°. In alle gevallen staat het partijen vrij bijzondere bepalingen te maken.

Wij sluiten hiermede ons overzicht van de Deutsche literatuur over ons onderwerp. Welke theorie men ook aanneme, altijd zal men op vele moeilijkheden in de praktijk stuiten. Die van Ihering heft schijnbaar alle bezwaren op; men zou haast geneigd zijn haar ter wille van de eenvoudigheid aan te nemen. Maar inderdaad is zij zoo eenvoudig niet, want de vraag, of, en wanneer er *geleverd* is (en dus, volgens Ihering, de risico is overgegaan), is meestal zeer moeilijk te beantwoorden. De toepassing van Iherings theorie op het dagelijksch leven valt niet zoo ligt als men wel zou meenen. Later komen wij op die praktische bezwaren terug, laat ons thans de aandacht vestigen op een wetgeving, waarin een poging tot regeling van ons onderwerp gewaagd is: te weten, op het Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.



## HET DUITSCHE HANDELSREGT.

---

Onder de artikelen van het Duitsche Wetboek die op ons onderwerp betrekking hebben, komt in de eerste plaats in aanmerking de bepaling van art. 338: „Nach „den Bestimmungen über den Kauf ist auch ein Han- „delsgeschäft zu beurtheilen, dessen Gegenstand in der „Lieferung eine Quantität vertretbarer Sachen gegen „einen bestimmten Preis besteht.” Slaan wij de motieven van het Pruissisch Ontwerp op (Verlag der Königlich-Geheimen Ober-Hofdruckerei, Berlin 1859), dan lezen wij, bij het met dit art. corresponderend art. 262, dat het Allgemeine Landrecht (Th. I. Tit. 11 §§ 981—987) over Lieferungsverträge handelde bij de overeenkomsten, waarbij zaken tegen handelingen of handelingen tegen handelingen beloofd worden; eerst *nadat* de levering geschied was, stelde dit regt de betrekking tusschen de contraherende partijen aan die tusschen kooper en verkooper gelijk. De praktijk, die dit onderscheid tusschen de Lieferungsverträge en de gewone koopcontracten niet erkende, gaf regt tot de bovengenoemde bepaling <sup>1)</sup>, die echter alleen van beteekenis is

---

1) Zij behoort dus bij den genuskooop te huis, ofschoon zij uitsluitend de vervangbare zaken betreft.

voor het Pruisisch regt, want volgens dat der andere Staten is het Lieferungsvertrag een koopcontract. (von Hahn, Commentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, ad. art.)

Wat nu den koop en verkoop in het algemeen betreft, met name de risico, daaromtrent vinden wij geene bepalingen, maar de gewone regels van het privaatrecht zijn hier toepasselijk; toch worden er verschillende gevallen, die zich kunnen voordoen, onderscheiden. Art. 342 (Preuss. Entwurf art. 259. 271; Entwurf I Lesung art. 284; Entwurf II Lesung art. 319), begint namelijk met het vroeger (art. 324, Abs. 1), omtrent de „Erfüllung der Handelsgeschäfte” in 't algemeen bepaalde op den koop en verkoop toe te passen. Wij lezen in dit laatste artikel: „Die Erfüllung des Handelsgeschäfts muss an dem Orte geschehen, welcher im Verträge bestimmt oder nach der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist.” Dus: uitdrukkelijke afspraak gaat vóór, maar, bij gemis van deze, (art. 342) geschiedt de overgifte door den verkooper: „an dem Orte wo er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte.” Hij is alzoo noch tot brengen noch tot zenden, maar integendeel de koper tot halen, verplicht. Hierop maakt de bepaling aan het slot dan ook geen uitzondering, volgens welke, als er een bepaalde zaak moet geleverd worden, die zich tijdens het sluiten van het contract, met medeweten der partijen, op een andere plaats bevindt, de overgifte daarvan dan op die plaats geschieden moet. Hetzelfde art. handelt verder over de plaats van betaling, doch deze doet hier minder ter zake.

Waartoe is nu de verkooper verplicht, zoolang de



koper de zaak of de waren niet heeft afgehaald of doen afhalen? Daarop geeft het volgend art. 343 (Preuss. Entwurf art. 260. — Entwurf I Lesung art. 285. — Entwurf II Lesung art. 320) het antwoord. De verkooper moet namelijk, zoolang de koper met het in ontvangst nemen niet in mora is, de zaak bewaren en wel: „mit der Sorgfalt eines ordentlichen „Geschäftsmanns“; het 2<sup>de</sup> en 3<sup>de</sup> lid van hetzelfde art. schrijven dan verder voor, wat den verkooper te doen staat, zoo de koper met het in ontvangst nemen in gebreke mogt zijn. Bij dit art. doet von Hahn, in zijn Commentar, opmerken, dat deze bepaling onderstelt, dat de overgifte nog niet heeft plaats gehad, omdat het bewaren na dien tijd een geheel nieuwe regtsbetrekking in het leven roept, waarmede de vroegere van koop en verkoop niets te maken heeft. 't Valt niet te betwijfelen, zegt hij, of het Pruisisch ontwerp heeft dat ook zoo opgevat. Immers men leest aldaar (art. 240): „Der Verkäufer ist verpflichtet, die waare *bis zur* „*Uebergabe*, und so lange der Käufer mit der Empfangnahme nicht säumig ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufzubewahren.“ Doch, zoo merkt hij in de noot op, „der Verfasser der Motive „scheint freilich, wie aus den Citaten auf S. 138 „(Absatz 1) hervorgehen dürfte, das Verhältniss *nach* „der Tradition oder wenigstens auch dieses im Auge ge- „habt zu haben.“ Dat de woorden „bis zur Uebergabe“ niet in art. 346 werden opgenomen, zegt hij, vindt zijn grond alleen in een verschil van redactie, en is niet opzettelijk geschied (men zie de aanmerking bij de tweede lezing, Protocolle Bl. 1373 aan 't slot). Uitdrukkelijk werd bij de eerste lezing het voorstel, om voor „Uebergabe“ *Abnahme* te stellen, verworpen (Protocoll. Bl. 624). De beteekenis, die het woord



*Empfangnahme*, blijkens art. 346, heeft, komt geheel overeen met die, welke daaraan in het Monitum van Hamburg, voor de derde lezing werd gehecht: „Unter *Empfangnahme* ist der Act der Uebergabe der Waare an den Käufer zu verstehen, während die Fortschaffung der übergebenen Waare aus der Behausung des Verkäufers mit *Abnahme* zu bezeichnen ist.”

Von Hahn past deze bepaling voornamelijk op den genuskoop toe, als de zaak nog gespecialiseerd moet worden, en hij kent haar slechts dan beteekenis toe „wenn ein Fall vorliegt, in welchem der Verkäufer „durch den casuellen Untergang der Waare von der „Verpflichtung, den Kauf zu erfüllen, befreit wird „(sei es, dass er den Kaufpreis zu fordern berechtigt „ist oder nicht). Sie findet also nicht Anwendung, „wenn eine Quantität im Allgemeinen verkauft ist „vor der dem Käufer gegenüber erfolgten Ausschei- „dung. War jedoch eine Quantität aus einer vor- „handenen Waarenmenge verkauft, so kann der Satz „Anwendung finden. Der Verkäufer kann sich z. B. „bei Untergang oder Verschlechterung der grösseren „Quantität dem Entschädigungsanspruch des Käufers „nur entziehen, wenn er die Sorgfalt eines ordent- „lichen Geschäftsmannes in Betreff der ganzen Waaren- „menge angewandt hatte.”

Wij kunnen ons met deze opmerking wel vereenigen, maar gelooven niet, dat men bij het stellen dezer bepaling den genuskoop op het oog had, daar zij ook op iederen speciekoop toepasselijk is, waarbij de overgifte eenigen tijd na het sluiten van den koop plaats zal hebben. Zij regelt de verpligting van den verkooper gedurende den tijd, waarin deze, het bezit en den eigendom van de reeds verkochte zaak behoudende, toch het regt van beschikking daarover verloren heeft, wes-



halve dan ook gedurende dien tijd de risico door den koper gedragen wordt. Daarbij is in het Wetboek het geval van *halen* als het normale aangegeven, zoodat een bepaling, die de verplichting van den verkooper omschrijft, in den tusschentijd, nadat de koop gesloten werd, tot op het oogenblik dat de zaak door den koper (op den door partijen bepaalden tijd) wordt afgehaald, hier zeer op hare plaats is. Dit neemt echter niet weg, dat wij met von Hahn het art. ook op den genuskoop kunnen toepassen en wel 1<sup>o</sup>.) bij verkoop van een species uit een onbegrensd genus, voor den tijd tussehen het individualiseren en de levering en 2<sup>o</sup>.) bij verkoop van een species uit een aangewezen quantum, (zie von Hahn) op die geheele hoeveelheid, waarvan de verkooper verplicht is een zeker deel (hoewel nog geheel in vago) aan den koper te leveren.

In Art. 344 (Preuss. Entwurf Art. 261. Entwurf I Lesung Art. 286. — Entwurf II Lesung Art. 221.) komt een hoogst belangrijke en voor de praktijk zeer nuttige bepaling voor, zij behandelt het geval van *zenden* en wijst aan, hoe de verzending zal moeten geschieden. „Soll die Waare dem Käufer von einem anderen Orte  
„übersendet werden und hat der Käufer über die Art  
„der Ubersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer  
„für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen  
„Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen,  
„insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch  
„welche der Transport der Waare besorgt oder aus-  
„geführt werden soll.“ Hoewel het niet uitdrukkelijk gezegd wordt, volgt toch uit deze bepaling, dat de verkooper aan het verlangen van den koper moet voldoen, zoo deze op eenige wijze zijn wil omtrent de wijze van verzending heeft doen kennen. Het art. handelt alleen over het geval, dat de koper daar-

omtrent gezwogen heeft. Uitlegging behoeft de bepaling niet; zij is hoogst duidelijk. Toch merken wij met von Hahn aan, dat onder *Art der Versendung*, blijkens het woord *insbesondere*, niet uitsluitend het middel van transport te verstaan is. „Jedenfalls ist „auch die Eigenthümlichkeit des Transports selbst „gemeint, z. B. ob als Eilgut oder gewöhnliches „Frachtgut, ob mit Generalfrachtbrief, im Verband- „verkehr, in bedeckten und unbedeckten Wagen, mit „oder ohne Versicherung bez. Declaration. Ferner muss „auch die Art der Verpackung und unter Umständen „auch die Zeit des Transports darunter begriffen „werden, z. B. ob bei nassem oder trockenem Wetter, „bei welcher Temperatur. Auch die Sorge für die Be- „handlung der Waare auf der Reise gehört hierher. „Der Absender kann unter Umständen verpflichtet sein, „dem Frachtführer oder Schiffer besondere Vorschriften „über Bearbeiten, Ventiliren u. s. w. zu geben. Bei „Kriegeszeiten hat er bei der Wahl der Flagge die „nöthige Vorsicht anzuwenden.” De toepassing van dit art. op den genuskoop zal het groote gewigt daarvan doen inzien. In het systeem, dat wij zijn toege- daan, is met het oogenblik van verzending onder zekere gegevens, het individualiseren van de zaak ver- bonden. Wij gaan van het beginsel uit, dat partijen zich omtrent dat individualiseren moeten verstaan, en bij gevolg, in het geval van zenden, omtrent den tijd en de wijze van verzending. Een bepaling als art. 344 zou dus leeren, dat, zoo de koper daaromtrent gezwegen had, dat alsdan de tijd en de wijze van verzenden, en dus ook van het *individualiseren*, aan den verkoper is overgelaten, en het derhalve aan dezen laatsten vrij staat om de risico op den koper te doen overgaan, wanneer hij zulks verkiest; maar heeft de koper



daaromtrent zijn wil doen kennen, dan is de verkooper gehouden om daaraan stiptelijk te gehoorzamen.

Maar het woord *zenden* geeft op zich zelve geen naauwkeurig begrip van de daardoor bedoelde handeling. Wanneer zal men zeggen, dat de verkooper begint met verzenden? Een bepaling van dat oogenblik is blijkens het hier boven gezegde voor ons van het hoogste gewigt. Het Wetboek laat dan ook die vraag geenszins onbeantwoord, maar bepaalt in art. 345 (Preuss. Entwurf, Art. 262. Entwurf I. Lesung, Art. 287, 288. Entwurf II. Lesung, Art. 322. Protoc. S. 629 bis 641, 1380 bis 1383, 1386 bis 1389) dat zulks geschiedt, nadat de waren aan den expediteur of voerman zullen zijn overgegeven of wel aan hem, die anders voor het vervoer zal zorgen. Het luidt aldus: „Nach Uebergabe der Waare „an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum „Transport der Waare bestimmte Person trägt der Käufer „die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird.“ En als aanvulling van hetgeen in het vorige artikel omtrent de wijze van verzenden gezegd is, voegt dat art. er bij: „Hat jedoch der Käufer eine besondere „Anweisung Ueber die Art der Uebersendung ertheilt „und ist der Verkäufer ohne dringende Veranlassung „davon abgewichen, so ist dieser für den daraus entstan- „denen Schaden verantwortlich.“ Wil deze bepaling nu zeggen, dat bij verzendingen de koper nooit vroeger, dan de in het art. aangegeven tijdstippen de risico te dragen heeft? Geenszins; alinea 3. van het art. zegt dit uitdrukkelijk: „Durch die Bestimmungen dieses Arti- „kels ist nicht ausgeschlossen, dass die Gefahr schon „seit einem früheren Zeitpunkte von dem Käufer ge- „tragen wird, sofern dies nach dem bürgerlichen Recht „der Fall sein würde.“ Het art. geeft in al. 1, het oogenblik aan, waarop in *alle* gevallen *op zijn laatst* de

risico kan en moet overgaan, natuurlijk tenzij de afspraak van partijen anders luidde, en b. v. de koper de risico reeds vóór het afzenden der waren op zich nam. Zooals het nu luidt, vindt het art. zijn strikte en woordelijke toepassing slechts in een enkel geval van den genuskooop, namelijk dan, als met het oogenblik van het verzenden, dat van het *individualiseren* verbonden is. Geschiedde dit laatste op een of andere wijze reeds vroeger, of wel is het in 't algemeen om het koopen van een individueel bepaalde zaak, van een species, te doen, dan draagt de koper reeds voor *het verzenden* de risico. Zoo zegt ook von Hahn: „die Bestimmung wird gemeinrechtlich von Bedeutung beim Genuskauf; *res certa* dem Käufer gegenüber ist vorhanden wenn die ausgeschiedene Waare dem Transportanten übergeben ist.”

Voor het geval dat de verkooper van het door den koper omtrent de verzending bepaalde afwijkt, dan legde het Pruissisch ontwerp dezen daarvoor een soort van straf op, hij moest namelijk de geheele risico gedurende de reis zelve dragen. In twee opzigten is dit nu in art. 345 veranderd; de straf volgt alleen dan, als hij *ohne dringende Veranlassung* van het bepaalde afweek, en zelfs dan is hij nog maar alleen aansprakelijk voor de schade, *aus der Abweichung entstanden*. Dit laatste nu verdient nog een meer naauwkeurige beschouwing. Wanneer toch zal men kunnen zeggen, dat de schade het gevolg is van een afwijking van hetgeen de koper voorschreef? De verkooper kan een ander middel van vervoer gekozen hebben, of wel een ander persoon door middel van wien het vervoer geschieden zal; in plaats van per pakschuit vervoert hij b. v. per stoomboot, of wel hij gebruikt een anderen dan den door den koper aangewezen expediteur. Geen twijfel of de verkoo-



per zal bij eventuele schade deze moeten dragen, omdat men in den regel zal kunnen aannemen, dat de schade ontstond door een afwijking van hetgeen de koper voorschreef. Meerdere gevallen zijn hiertoe te brengen; als de verkooper de waren in zakken in plaats van, zooals de koper verlangde, in kisten of vaten verzond, dan is ook dit een afwijking van de door den koper voorgeschreven wijze van verzending. Nu kan de afwijking, zooals ook von Hahn aanmerkt, niet zeer groot zijn, en daaruit niet zoo onmiddellijk, maar slechts middellijk schade voortvloeijen. De koper beval b. v. per sneltrein te zenden, en de verkooper zond per goederentrein, of omgekeerd. Als dan de waren onder weg beschadigd worden, dan zal het, zegt von Hahn, in de meeste gevallen evident zijn, dat de schade niet het gevolg is van de wijze van verzending, die de verkooper koos. Veelmeer is deze alsdan aan toevallige omstandigheden te wijten en had zij even goed kunnen ontstaan, als de verkooper de door den koper voorgeschreven wijze van verzending gevolgd had. En men kan toch ook niet denken, dat die aanwijzing geschiedde, met het doel om juist de schade te vermijden. De risico werd daardoor, zegt van Hahn, voor den koper niet vermeerderd, en het gevolg dat toevallig daaruit ontstond, kan den verkooper niet als culpa toegerekend worden. Vaste regelen zijn hier, over het algemeen, niet te geven, en voor ieder voorkomend geval zal men moeten zien, of de schade ontstaan uit de wijze van verzending aan den verkooper is te wijten, ingeval hij van den last, te dien opzichte door den koper gegeven, afweek. Maar het groote praktische nut van de bepaling, zooals zij in art. 345, al. 1, gegeven is, schijnt ons boven allen twijfel verheven.

Al. 2 van hetzelfde art. bepaalt, in welk geval de verkooper de risico gedurende de reis zal dragen, namelijk dan: „wenn er gemäss dem Vertrage die Waare „an dem Orte, wohin der Transport geschieht, zu liefern hat, so dass dieser Ort für ihn als Ort der Erfüllung gilt,“ d. w. z. dan, wanneer dit door partijen uitdrukkelijk zal zijn bepaald. Eindelijk zegt het art. nog, dat het dragen van de risico en het dragen van de kosten van vervoer niet noodzakelijk gepaard behoeven te gaan, en dat het laatste niet als rigtsnoer voor het eerste dienen kan. De verkooper kan dus de kosten van vervoer op zich nemen, terwijl desniettemin de koper de risico zal dragen.

Meerdere bepalingen, die direct met ons onderwerp in verband staan, treffen wij te dezer plaatse niet aan. Op eenige belangrijke praktische vragen bleef de wetgever het antwoord schuldig; b. v. wanneer zal men zeggen, dat de verzending begonnen is, als de verkooper zelf zich daarmee geheel of gedeeltelijk belast heeft, en welke regelen zullen bij gecombineerde verzendingen gelden, zooals b. v. in de vermelde coaks-kwestie? Wanneer eindelijk zal bij den genuskoop de verkooper het regt van beschikking over de gespecialiseerde waren verloren hebben, en wanneer zullen die waren voor den koper zijn geïndividualiseerd, bij het afzenden van een cognossement door den verkooper, of eerst wanneer de koper dit stuk zal hebben ontvangen? Wij zien derhalve: *volledig* is ons onderwerp geenszins in het Duitse Wetboek behandeld; toch onderscheidt zich dit door deze, zij het dan ook onvolledige, behandeling gunstig van alle andere; eere zij den wetgever, die de behoefte aan regeling gevoelde van een zaak, die zich dagelijks onder zoo oneindig vele vormen in de praktijk voordoet.



## B. DE REGTSLEER EN DE WETGEVING IN FRANKRIJK.

---

In den Franschen Code treffen wij in de leer van den koop en verkoop een belangrijke afwijking aan van het algemeene regt. Terwijl toch, volgens dit laatste, de eigendom van de verkochte zaak eerst *na de levering* op den koper overgaat, is daarentegen in den Code de leer gehuldigd, dat het enkele *contract* voldoende is tot den eigendomsovergang. In art. 1583 Code Civil is bepaald: „la vente est parfaite entre les parties „et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard „du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du „prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni „le prix payé.” Het is merkwaardig te hooren, hoe de Conseiller d'Etat Portalis deze zonderlinge leer trachtte te verdedigen (Exposé des motifs, tome VI n<sup>o</sup>. 70). „Dans les premiers âges, il fallait *tradition et occupation corporelle* pour consommer un transport de propriété. Nous trouvons dans la jurisprudence romaine „une multitude de règles et de subtilités qui dérivent „de ces premières idées. Nous citerons entre autres cette „maxime: *traditionibus et non pactis dominia rerum transferuntur*. Dans les principes de notre droit français le „contrat suffit, et ces principes sont à la fois plus cou-

„formes à la raison et plus favorables à la société.” Het contract moet, volgens hem, wel onderscheiden worden van de uitvoering daarvan. Het eerste is geheel afhankelijk van den wil van partijen, maar is het eens vrijwillig gesloten, dan volgt de verplichting tot uitvoering. Bij den koop bestaat de uitvoering in de betaling van den prijs aan den eenen kant, en de levering van de zaak aan den anderen. Gaat nu de eigendom eerst door de levering over, dan is, wel is waar, de verkooper verbonden tot eigendomsoverdracht, maar de weg staat hem open, om die verbindtenis niet na te komen. Laat daarom, zegt Portalis, de eigendomsovergang het gevolg zijn het contract zelf, en gij belet den verkooper om zijn plicht te verzaken. „Il serait absurde, que l'on fut autorisé à éluder ses obligations et ne les exécutant pas.” En met groote woorden roemt hij vervolgens de voortreffelijkheid der nieuwe leer: „qui a sa base dans les rapports de moralité, qui doivent exister entre les hommes.” Gelukkig volk, dat men voor pligtverzuim behoedt door een hoogst eenvoudig middel: door het wegnemen namelijk van de mogelijkheid om zijn plicht te verzaken! Maar dit is niet het eenige: „Ce système est encore plus favorable au commerce.” En dan volgt eene nieuwe verheffing van een stelsel, dat juist in de praktijk tot groote moeilijkheden, tot eindelooze verwarringen, zal aanleiding geven, omdat het den eigendomsovergang doet afhangen van feiten, die nauwelijks voor bewijs vatbaar zijn, en omdat er geene middelen bestaan, waaraan men den eigenaar van de zaak of der waren zal herkennen. „Il rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si la tradition matérielle d'une chose vendue était nécessaire pour consommer la vente. Par la seule expression de notre volonté nous acquérons pour nous-mêmes, et nous



„transportons à autrui toutes les choses, qui peuvent être  
 „l'objet de nos conventions. Il s'opère par le contrat une  
 „sorte de tradition civile, qui consomme le transport du  
 „droit, et qui nous donne action pour forcer la tradition  
 „réelle de la chose vendue et le paiement du prix. Ainsi  
 „la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de  
 „la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les  
 „obstacles et devient présente partout comme la loi  
 „même.”

Ten gevolge van dit stelsel, kon men zich, wat de  
 risico betreft, vergenoegen met een zuivere toepassing  
 van het Romeinsche *res perit domino*. Daaraan houden  
 zich dan ook de artt. 1135 en 1624 Code civil: „l'obliga-  
 „tion de livrer la chose est parfaite par le seul consen-  
 „tement des parties contractantes. Elle rend le créancier  
 „propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant  
 „où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en  
 „ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en  
 „demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux  
 „risques de ce dernier.” Tot het wezen van het con-  
 tract behoort evenwel, volgens het Fransche regt, even  
 als volgens het Romeinsche, dat zaak en prijs beide  
 bepaald zijn. Derhalve, zegt Portalis, met de woor-  
 den van art. 1585 Code Civil: „lorsque les marchan-  
 „dises ne sont par vendues en bloc, mais au poids,  
 „au compte ou à la mesure, la vente n'en est point  
 „parfaite en ce sens, que les choses vendues sont aux  
 „risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient pesées,  
 „comptées ou mesurées <sup>1)</sup>. Mais l'acheteur peut en

1) Pothier (Traité du Contrat de vente § 308.): „Ce n'est donc  
 „que depuis qu'on aura fait cette mesure, ce poids, ce compte,  
 „que la chose vendue peut devenir aux risques de l'acheteur, car  
 „les risques ne peuvent tomber que sur quelque chose de déter-  
 „miné.”

„demander ou la délivrance ou des dommages et intérêts, „s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement, car „il y a au moins une obligation précise de vendre.” Dat men, gelijk wij zeiden, bij dit alles niet meer dan eene zuivere toepassing wil geven van het „res perit domino,” leert ons de tribun Faure in zijn rapport (Exposé n°. 71). Eerst na de weging, telling, meting, zegt hij, wordt de koper *eigenaar*, en nog duidelijker spreekt de tribun Grenier (Exposé n°. 72): is de zaak bepaald, dan wordt zij, terstond na het sluiten van het contract, eigendom van den koper en komt voor diens risico: „d'après la règle si connue: *res perit domino*. Une exception à ce principe est consignée dans l'art. 1585.” In dit art., het eenige van den Code Civil, dat met ons onderwerp in betrekking staat, wordt niet zoo zeer de genuskoop in 't algemeen, als wel de zoogenaamde *emptio ad mensuram* behandeld, die als een onderdeel daarvan kan worden aangemerkt. Voorts is de regeling nog een hoogt oppervlakkige. De Code zegt niet hoe, *op welke wijze*, geteld, gewogen, gemeten zal moeten worden; of het voldoende is, dat de verkoper dit eenzijdig doet plaats hebben, dan wel, of het overgaan van de risico eerst dan zal geschieden, wanneer met het tellen, wegen, meten tevens de zaak voor den verkoper zal worden geïndividualiseerd? Ook zegt de Code niet, of het meten enz., het eenig middel is, om dit laatste gevolg te doen plaats hebben. Zoo straks zullen wij de verschillende meeningen van de Fransche juristen hieromtrent nagaan. Sommigen hunner toch bleef de moeilijkheid van ons onderwerp niet verborgen, ofschoon verreweg de meesten onnadenkend over de bezwaren heenstappen.

Behalve het aangehaalde art. van den Code Civil, heeft op ons onderwerp nog betrekking art. 100 Code



de Commerce. 't Spreekt van *verzendingen*, en schijnt op het eerste gezigt veel te beslissen, doch inderdaad leert het ons niets. „La marchandise sortie du magasin „du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui „elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport.” Of men vraagt, wie de risico gedurende de reis te dragen heeft, dan wel wie de eigenaar is, komt, voor het Fransche regt, op hetzelfde neder, en het antwoord op de laatste vraag is, bij de eenmaal aangenomen toepasselijkheid van het *res perit domino* noodzakelijk ook tevens dat op de eerste.

Wat de Fransche juristen aangaat, er laten zich slechts enkelen, en dan nog wel op onvoldoende wijze, over ons onderwerp uit. Bij het behandelen van art. 1585 Code Civil is het een geheel andere vraag, die bijkans allen bezig houdt, en waarop zij de aandacht vestigen. Het bedoelde art. zegt namelijk, dat de koop vóór de telling, meting of weging niet volmaakt is, in dien zin, dat de risico eerst daarna op den koper zal overgaan, maar hoe is het dan, vragen zij, met den eigendom gesteld? Deze gaat, volgens de wet, tegelijk met het sluiten van het contract over: bestaat er dus nu reeds vóór het aftellen, afwegen of afmeten een soort van eigendomsregt van den koper op de verkochte zaak? De meeningen hieromtrent loopen zeer uit elkander. Hoe het mogelijk is, verklaren wij niet te begrijpen, veel minder hoe zelfs sommige vonnissen den eigendoms overgang vóór het meten, tellen, wegen enz., hebben kunnen aannemen. Ieder vindt het duidelijk, dat de koper geen risico kan dragen van een zaak, die voor hem nog niet is bepaald, maar hoe zou er dan eigendom mogelijk zijn van een zaak die nog niet eens

bestaat, maar slechts betrekkelijk is bepaald. Is het om een quota pars van een afgerond geheel te doen, dan zou men nog aan eenig dominium pro indiviso kunnen denken, maar bij een zaak of bij waren, die slechts in 't algemeen, ten opzichte van de soort, zijn aangeduid, valt daaraan niet te denken; b. v. bij bestellingen van een zeker aantal nog te vervaardigen zaken. Het blijkt voorts ten duidelijkste uit de motieven, dat men een zuivere toepassing van het „res perit domino” wilde; ware dus, naar het stelsel van den Franschen Code, de eigendom ook hier reeds dadelijk overgegaan, dan zou dit natuurlijk op het dragen van de risico zijn invloed hebben doen gelden, en men had dit onmiddelijk gevolg van den eigendomsovergang wel met name aangeduid. Een strijd over dit punt, de jure constituendo, is nog denkbaar, maar het stelsel, dat de Code volgt maakt allen anderen strijd onmogelijk.

Maar wat leeren nu de Fransche juristen, ad art. 1585 Code Civil, omtrent de risico? Allen zijn het daarover eens, dat de risico niet vóór de telling, meting of weging op den koper kan overgaan; en slechts hier en daar vindt men enkele aanwijzingen *hoe, waar en wanneer*, naar hunne meening, dat tellen, enz. moet plaats grijpen. Hoogst oppervlakkig is de behandeling van ons onderwerp bij Merlin (Rép. V<sup>o</sup>. Vente § 4. 2): „Si les choses ont été achetées au „poids, au nombre ou à la mesure, zegt hij, comme „si l'on achète un millier pesant de café, cent bottes „de foin, cinquante aunes de toile etc., la vente „n'est parfaite, que quand le café a été pesé, les „bottes de foin comptées et la toile mesurée, attendu „qu' auparavant on ignore quel est le café, le foin et „la toile qui sont l'objet de la vente.”

Naauwkeuriger en uitvoeriger is daarentegen Pardessus



(Cours de droit comm. 1. p. 158). Hij spreekt bepaaldelijk van den koop van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald, niets slechts van de emptio ad mensuram van art. 1585 C. C.; daardoor breidt hij het terrein van behandeling aanmerkelijk uit, en de verschillende gevallen, die zich kunnen voordoen, blijven hem dan ook niet verborgen. Hij zegt: „lorsqu'il s'agit d'une „vente de choses, qui n'étaient déterminées que par „leur espèce, elles ne sont aux risques de l'acheteur, „que lorsqu'elles ont été *individualisées* pour devenir sa „propriété, ce qui peut avoir lieu par la réception, „pesage ou mesurage, dans les cas de ventes faites „sous cette condition.” Men merke wel op, dat Pardessus hier bepaaldelijk het *individualiseren* noemt als het middel om de risico op den koper te doen overgaan, en hij geeft zelfs de wijze aan, waarop dat gevolg kan verkregen worden. Eerst spreekt hij van de emptio ad mensuram; een weinig verder onderstelt hij het geval, dat de specialisatie en de levering niet, zooals bij de emptio ad mensuram, in één tijdstip zamen vallen. „Il n'y a, dans ces cas, zegt hij, qu'un „moyen non suspect *d'individualiser* les choses pour les „mettre aux risques de l'acheteur: c'est, indépendamment „des offres réelles, dont nous avons parlé (n°. 215), „qui peuvent être faites, quand l'époque d'enlèvement „convenue est arrivée, *leur sortie du magasin du vendeur, „et leur remise au commissionnaire ou voiturier*, qui devient „alors mandataire de l'acheteur, pour prendre livraison et décharger le vendeur des risques.” Wij zien hier een groote overeenstemming met het Duitsche Handelswetboek, waarin wij die zelfde leer hebben aangetroffen. Pardessus vult de zijne nog aan, door ten slotte te zeggen: „il peut toutefois intervenir une „convention qui modifie ce principe,” b. v. wanneer

de verkooper op zich nam, om een zekere hoeveelheid van onbepaalde zaken, op een daartoe aangewezen plaats, te leveren, of wel wanneer de verkooper niet onmiddellijk aan den kooper levert, maar de waren aan een correspondent ter verdere levering toezendt. De verkooper, die de waren zendt aan het adres, dat men hem opgaf, is van alle verantwoordelijkheid ontheven, doch geenszins, zoo hij ze aan een ander adres bezorgt. — Hoewel men niet kan zeggen, dat Pardessus ons onderwerp volledig behandelt, is hij toch een van de weinigen, die het opzettelijk aanroeren, en zijn verdienste in dit opzigt is niet te miskennen.

Duranton (Cours de droit Français t. 13, § 94) past het bekende art. 100 Code de Comm. toe op den koop van een species, op de proef aangegaan. Heeft de kooper den wijn goedgekeurd, dan is de koop reeds vóór de reis gesloten, en de risico gedurende de verzending dus voor den kooper geweest. Een nuttelooze toepassing van een nuttelooze bepaling, want ook zonder deze laatste behoefde men aan het door Duranton beweerde geenszins te twijfelen. Beter schijnt mij zijn beschouwing van het geval, dat de kooper of de verkooper den persoon of het middel van verzending heeft aangewezen. Aan den kooper, meent hij, komt de keuze toe, maar door stil te zwijgen laat hij die aan den verkooper over, die nu als zijn lasthebber moet beschouwd worden „et qui en conséquence n'est tenu, „qu'autant qu'il aurait commis quelque faute ou négligence dans le choix du commissionnaire ou du voiturier.” Maar als de kooper uitdrukkelijk begeerd heeft, dat de zaak op een daartoe aangewezen plaats zal geloverd worden, dan zal verkooper gedurende de reis de risico moeten dragen: „il serait même indifférent, selon nous, (voegt hij er bij) que l'acheteur



„eut déclaré, qu'il paierait les frais de transport et „d'expédition.” Risico en kosten van vervoer gaan dus geenszins hand aan hand. Duranton ontleent daarop aan het dagelijksch leven een voorbeeld van genuskoop: „il arrive souvent qu'un propriétaire vende, à „l'approche des vendanges, le vin qu'il va faire à tant „la pièce;” in dat geval moet de verkoper tot op den tijd der levering de risico dragen, want tot zoolang weet men niet, wat verkocht is; en wat de levering betreft, houdt men het er voor, dat de koper de levering heeft aangenomen, zoodra hij den wijn of welke andere waren het zijn mogen met een merk heeft voorzien, ook indien hij ze nog niet uit den kelder of het pakhuis van den verkoper heeft doen weghalen.

Troplong (de la Vente 1, § 93) treedt, naar aanleiding ding van art. 1585 Code Civil, in eene breede beschouwing van zaken die bij het getal, de maat of het gewigt verkocht zijn. Voorop stelt hij dit: „pour qu'une „chose soit livrée, il faut, si je puis parler ainsi, qu'elle „soit individualisée.” Daarin stemt hij dus met Pardessus overeen. Bij de zaken, in art. 1858 C. C. genoemd, geschiedt dat individualiseren door tellen, wegen, of meten. Over de wijze *waarop* dit geschieden moet, om het verlangde gevolg te weeg te brengen, zegt hij het volgende: „quand les parties sont prudentes, elles doivent „mettre toute leur attention à constater positivement „cette importante opération;” anders is het bewijs daarvan moeilijk, en verschillend naar de omstandigheden. Wat het *wanneer* betreft, leert Troplong, dat het meten, tellen, wegen plaats moet hebben, ten tijde in de overeenkomst bepaald; blijft men daaromtrent in gebreke, dan moet art. 1657, Code Civil, dat over de vernietiging van den koop, van regtswege en zonder aanma-

ning, handelt, toepassing vinden, omdat het meten, tellen, wegen alhier met de levering gelijk staat: „et „l'acheteur, en retard de faire opérer le retirement, doit „être puni par la résolution de la vente.”

Bij gemis van afspraak, geeft Troplong in n<sup>o</sup>. 478, 479 en 481, eenige regelen, omtrent den tijd van de levering, die dan in de eerste plaats aan de regels van het gewoonterecht onderworpen is.

Locré (Esprit du Code de Commerce, I, ad art. 100) spreekt, naar aanleiding van art. 100 Code de Comm., breedvoerig over het geval van *zenden*. Wie is dan gedurende de reis eigenaar van de verzonden zaak? vraagt Locré, want zeer zeker is het de eigenaar, die de risico moet dragen, volgens den regel: *res perit domino*. Men was het er, zegt hij, vroeger niet over eens, dat de waren de eigendom van den koper worden, van het oogenblik af aan, dat zij aan den expediteur zijn overgegeven. Toch werd dit beginsel in den Conseil d'Etat niet betwist; men merkte alleen op: „qu'il serait bien rigoureux de décharger de toute „garantie le vendeur, du moment qu'il a livré ses „marchandises à un commissionnaire, et de faire porter „tout le risque sur celui, qui n'a fait, que demander „la chose.” Men had gewild, dat de regel, die de risico door den koper laat dragen, nader werd omschreven, en dat er onderscheidingen werden gemaakt, naar gelang van de verschillende omstandigheden, die zich kunnen voor doen. Maar, zegt hij, het was genoeg den algemeenen regel vast te stellen, en het verder aan partijen vrij te laten, om daarvan naar goedvinden af te wijken. Wij kunnen dit toestemmen, maar vinden het toch jammer, dat de woorden van art. 100 dien algemeenen regel zoo onvolledig uitdrukken, iets waarom Locré zich niet schijnt te bekom-



meren. Ware hij duidelijk in de wet opgenomen, zooals b.v. in het Duitsche Wetboek het geval is, dan zouden wij ons zeer goed met het gevoelen van Locré kunnen vereenigen, dat de kooper, door niets te bepalen, te kennen geeft, dat hij zich aan den algemeenen regel onderwerpt. „Si l'acheteur aurait eu quelques „craintes, il aurait désigné lui-même le commissionnaire „par lequel l'envoi lui serait fait; il aurait stipulé que „la livraison lui serait faite à son domicile. Quand il „néglige ces précautions, il est réputé avoir mis les „marchandises entre les mains du vendeur et s'en être „chargé à l'instant même.”

Delamarre en le Poitvin (Traité théorique et pratique de droit comm. t. IV p. 279 vlgg.), geven dáár, waar zij de leer van den koop behandelen, de leidende beginselen aan, om de zekere en bepaalde zaak van de andere te onderscheiden. Ten aanzien van de zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald, houden zij zich aan de gewone regels; opgave van de *hoedanigheid*, van het genus, voldoet op zich zelf niet, om zoodanig een zaak tot voorwerp van een koopcontract te maken; de *hoeveelheid* moet mede zijn opgegeven. Hoe kan nu het onbepaalde later bepaald worden? Bij waren, bij de maat, het getal of het gewigt verkocht, door meten, tellen, wegen. „Elles le deviennent encore par l'offre „réelle de la chose, offre qui fait présumer que le débiteur „de cette chose l'a comptée, mesurée ou pesée, et met le „créancier en demeure d'en vérifier le compte, le poids ou „la mesure. Et en général par la tradition effective de la „chose à celui, qu'on a chargé du transport, lorsqu'il est „convenu que le vendeur en fera l'expédition, soit à l'acheteur lui-même, soit au commissionnaire ou l'ayant-cause „de l'acheteur.” — In Chapitre III, § III beschouwen zij art. 100 Code de Comm. Waarom wordt daar

gezegd, dat de goederen reizen voor de risico van hem, *aan wien ze toebehooren?* in plaats dat er bepaald wordt, of dat de koper of de verkooper is? In 't kort wordt dan door hen het volgende betoogd: een koop gevolgd door verzending heeft meest altijd ten voorwerp, óf levensmiddelen, die men zal moeten proeven, alvorens ze te koopen, óf waren, die bij de maat, het getal of het gewigt verkocht worden. In 't algemeen nu zal de koop van zulke zaken óf in 't geheel niet tot stand komen, óf eerst volkomen worden, nadat er geproefd, gewogen, gemeten of geteld is. Van den anderen kant onderstelt de last om te verzenden gewoonlijk, dat de koper niet daar is, om te proeven, te wegen, te meten of te tellen. En reeds Casaregis zegt, dat in zoodanig geval de eigendom der waren op den koper zal overgaan, wanneer de verkooper ze moet vervoeren, want dan handelt deze op last des koopers: „L'acheteur qui „a commandé l'expédition n'a-t-il commis à qui que „ce soit le soin d'effectuer le transport, alors la „commande elle-même contient implicitement le „mandat, et l'acceptation de cette demande emporte „l'obligation, de choisir un voiturier ou un commis- „sionnaire; car l'acheteur qui n'envoie ni ne va „lui-même prendre la marchandise, ne peut vouloir „qu'elle lui parvienne sans que personne la lui apporte. „Ainsi, dans tous les cas, la tradition aura été reçue „par son mandataire; conséquemment par lui-même: „qui mandat ipse fecisse videtur.” Volgens den Code Civil gaat wel de eigendom terstond met het sluiten van het contract over, maar die regel gaat in handelszaken niet door: „dans la vente commerciale „c'est la tradition qui consomme le transport de la „propriété. Voilà le principe proclamé dans le discours



„préliminaire du Code de Commerce. La convention  
 „sur la chose et le prix ouvre seulement une action  
 „réciproque en délivrance de la chose et en paiement  
 „du prix.” Dikwijls verzendt de verkooper veiligheids-  
 halve niet direct aan den kooper, maar aan een hem  
 bekend en vertrouwd persoon, die slechts dan aan den  
 kooper de waren zal overgeven, wanneer deze te-  
 vens wil betalen of voldoende zekerheid stellen. Dit  
 is de reden, dat art. 100 niet spreekt van den kooper,  
 maar slechts van hem, aan wien de waren toebehoor-  
 ren; wie dit is, kon de wet niet bepalen, en zal  
 de regter in ieder bijzonder geval, volgens de regelen  
 van het handelsregt, moeten uitmaken. De schrijvers  
 besluiten hun betoog met een toepassing van al. art. 100  
 op de emptio ad mensuram. „Néanmoins, un principe  
 „général résulte de l'art. 100 per viam consequentiae;  
 „c'est que, si la chose est achetée au compte, au poids  
 „ou à la mesure, encore bien qu'en vertu du mandat,  
 „impliqué dans la commande, cette chose ait été comptée  
 „pesée ou mesurée, embaillée ou enfutaillée pour l'ache-  
 „teur, elle ne lui appartient et n'est à ses risques  
 „qu'après qu'elle est sortie des magasins du vendeur.  
 „Mais ce principe n'a pas lieu quand on traite d'un corps  
 „déjà certain que la convention détermine. Dans ce cas  
 „dès que la vente est parfaite, pour l'acheteur le  
 „risque avant l'expédition comme après.”

De fout, waaraan deze schrijvers ons toeschijnen  
 zich schuldig te maken, bestaat daarin, dat zij de  
 risico van den eigendom doen afhangen. Met hun  
 verklaring, waarom bij waren, als de in art.  
 100 bedoelde, de eigendom eerst met de verzending  
 overgaat, kunnen wij ons wel vereenigen; maar  
 niet met hun toepassing van het genoemde art. op de  
 emptio ad mensuram. Is het een *bepaalde* zaak, dan

draagt, volgens hen zelven, de koper zoo vóór als na de verzending de risico, en teregt; maar *verzenden* is niet het eenige middel, om eenige zaak, alleen ten opzichte van de soort bepaald, te individualiseren; op dit laatste komt het alleen aan, en dat kan reeds op eenigerlei wijze vóór de verzending geschied zijn. Dit is ook de reden waarom meten, tellen, wegen, inpakken het doen in vaten, kisten of zakken enz. *op zich zelf* niet voldoende is; wel wordt daardoor de zaak voor den verkooper gespecialiseerd, maar dit is niet genoeg, en zij moet ook voor den koper *bepaald* worden. Die specialisatie, door den verkooper geschied, moet *objectiviteit* verkrijgen, waartoe verzenden het middel kan zijn; eerst van dat oogenblik af aan zal de koper de risico kunnen en moeten dragen.

Hiermede willen wij ons onderzoek naar de meeningen der Fransche schrijvers over ons onderwerp besluiten. De meeste anderen, met name Massé en Vergé, Aubry en Rau, enz. stippen onze vraag nauwelijks aan, en bepalen zich tot een korte omschrijving van artikel 1585 Code Civil. Hoewel het resultaat over het algemeen weinig kan bevredigen, mogten wij toch met genoegen opmerken, dat het denkbeeld van individualiseren bij enkelen hunner (Pardessus, Troplong) op den voorgrond staat; al is dit begrip ook niet genoegzaam door hen ontwikkeld, men is daarmede toch op den goeden weg, om tot een oplossing te komen van de vele vragen, waartoe ons onderwerp aanleiding geeft.



C. IETS OVER DE RISICO BIJ DEN KOOP IN HET  
ENGELSCH REGT.

---

In het Engelsche regt heerschte vroeger algemeen de regel, dat de eigendom van de verkochte zaak terstond na het sluiten van den koop, en alleen uit kracht daarvan, op den koper overgaat. Later evenwel werd die regel zeer beperkt. Men zie hieromtrent Colfavru (le droit comm. comparé de la France et de l'Angleterre l. 179), die het volgende zegt: „Ce „principe a été restreint dans sa généralité par l'acte „de parlement connu sous le nom de *statute of frauds*, „qui n'en admet l'application qu'aux ventes, dont „l'importance n'atteint pas 10 livres sterling (250 francs). „Mais si le prix de la chose vendue est de 10 livres „sterling et au dessus, le contrat ne sera valable, et „l'acheteur ne sera saisi de la propriété des marchandises par lui achetées, qu' à la condition, que ce dernier „accepte et reçoive partie de la chose, ou donne des „arrhes ou partie du prix stipulé, ou qu'il y ait un acte „écrit et signé des parties ou de leurs fondés de pouvoir, constatant l'opération.” Zoo leert ook Stephen in zijne *New Commentaries on the laws of England* (vol II p. 60): „The law as to the transmutation of

property under such contracts may be stated generally, as follows: if the goods or price be thereon delivered, or tendered by either party, conformably to the bargain, or any part of the price paid down and accepted (if it be but a penny) or any portion of the goods delivered and accepted by way of earnest, the property in the goods is transmuted, and vests immediately in the bargainee; so that in the event of their damage or destruction, he must stand to the loss; but if no such delivery, payment, or tender take place, the vendor may, notwithstanding the bargain, dispose of the goods as he pleases.

Wij vinden hier een zonderling stelsel, dat van de algemeene regtsbeginselen uitgaat, maar in sommige opzichten met de Fransche theorie overeenkomt. Echter gelden deze regelen van eigendomsovergang, volgens Stephen, alleen bij den koop van gespecificeerde goederen, want in alle andere gevallen gaat de eigendom niet over, voordat de bijzondere goederen door middel van de levering zijn bepaald geworden. Zij zien dus alleen op het geval, dat de goederen bij den verkoop onmiddellijk konden geleverd worden; want zoolang den verkooper nog te voren eenige handeling te verrigten overblijft, blijven zij steeds voor diens risico.

Ihering zal dus voor zijn leer steun vinden in het Engelsche regt; immers uit het bovengezegde volgt, dat aldaar, bij den koop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, eerst na de levering de risico op den kooper zal overgaan.



D. DEREGTSLEER IN NEDERLAND TEN OPZIGTE VAN  
DE RISICO BIJ DEN GENUSKOOP.

---

Bij de oud-vaderlandsche regtsgeleerden zal men weinig over ons onderwerp vinden, hetgeen bij den uitgebreiden handel, waarop wij ons toen mogten beroemen, bevreemding wekt. De genuskoop zelf was natuurlijk hun niet onbekend; de Groot en Huber, zooals wij later zullen zien, spreken er met een woord over. Men volgde misschien een vast gewoonterecht door den handel geschapen, dat geheel oorspronkelijk, en niet op van elders ontleende regtsregelen gegrond was.

De Groot in zijn *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* behandelt ook het leerstuk van den koop, en zegt dan (B. III, 14 34): „De koop van eenige „zaken voltrokken zijnde, zulx als voren is geseyd, „hoewel de koper nog geen eygenaer en is, ende „nog geen levering en is geschied, zoo staet de zake „tot baet ende schade van den koper, overzulx sullen „den koper van dien tijd af volgen alle vrugten, ook „aenwasch van 't land; wederom indien 't verkogte „goed vergaet ofte verargert, zulx komt tot des koopers schade . . . . . Dog wanneer sekere mate van

„meetbaer, telbaer ofte weegbaer goed is verkogt, zoo „komt de *verargering* wel tot laste van den koper „(l. 15. de peric. et comm.) maar niet des saeks *ondergang* voor de meting, telling ofte weging (l. 5. Cod.)” Deze plaats moet men wel verstaan. Zooals ook uit de aangehaalde wetten blijkt, bedoelt hij hier een *begrensd* genus, waaruit een zekere hoeveelheid moet geleverd worden. Als nu die massa in waarde vermindert, zal de koper toch den eenmaal vastgestelden prijs voor zijn gedeelte daarvan moeten betalen, nadat men dat deel van het geheel zal hebben afgeteld, gewogen of gemeten. Maar gaat, voor dat die handeling is geschied, de geheele massa te niet, dan kan er niet geteld, gewogen of gemeten worden, en de koper heeft ook niets aan den verkooper te betalen. — De Groot behandelt echter ook maar alleen de zoogenaamde *emptio ad mensuram*, niet den genuskoop in 't algemeen; met een nadere ontwikkeling van het gezegde, of met een toepassing daarvan op de praktijk laat hij zich verder niet in.

Huber, in zijn *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* B. III. kap. III, behandelt den genuskoop, in verband met het verbod, van de Ordonnantie van Friesland: „om te verkoopen of te „verhandelen, *alderhande granen bij lasten te leveren, eerse „noch gezaeyt zijn of terwyl sij noch wassen*; waarvan de reeden „is, om dat de landt-bouwerij van Godts zeegen afhanginge, met al te avontuurlijke handelingen niet soude belemmert ende de huys-lieden niet te grof bedroogen „worden. . . . In het verbodt staet, *bij lasten te leveren*, „waaruit volgt dat men *bij kleinder partijen* wel mag granen koopen eer sij gewassen zijn. Eyndelijk de conditie „neer *sij gezaeyt zijn of weesende noch in de aiven, ofte wassende* „geeft eerstelijk te kennen, dat niet verboden is *granen „bij lasten* te koopen ende over een geruimen tijd te



„leveren, als maer de handelaers niet zien op sulke  
 „granen, die *uit een seeker stuk lands* staen voort te komen.  
 „Evenwel, indien een huisman die geen gewoonte  
 „noch gelegentheyf heeft, om *granen van elders bij lasten* te  
 „leeveren, soodanigen koop aangaet, men soude kunnen  
 „zeggen, dat het *contract* tegen de *wet* was; schoon in de koop  
 „geen melding van zijn landt was gemaekt; *om het*  
 „verbodt niet vruchteloos te maken, gelijk bijkans van alle  
 „de bepalingen bij *Sande* verhaelt, schijnt te kun-  
 „nen gebeuren. Ten *laetsen*, blijkt hier uit, dat als  
 „het *graen* rijp is, ende gereet om te zichten, de ver-  
 „koopinge ook niet is verboden, gelijk dan soodanige  
 „verkoopingen alledaeg uitderhandt ende bij uitroep  
 „geschieden, hoewel dat ook niet *bij lasten* is.”

Men ziet, hier worden verschillende soorten van *genuskoop*, en als dagelijks voorkomende, behandeld. Wat het *perikel* van dergelijke goederen aangaat, daaromtrent zegt Huber, na het vermelden van den gewonen regel bij *specieskoop*, dit: „Anders is het, als eenig goedt bij *getal, mate of gewichte* is verkocht, „want alsdan wordt de koop, immers ten aanzien „van de noedt ofte gevaer, niet eer volkomen geacht „als het meeten, tellen ofte weegen is geschiedt, „maar hetselve goedt, bij geheele stucken verkocht „zijnde, verscheelt niet ten aanzien des perikels van „andere verkochte goederen.” (Kap. V).

Zeer merkwaardig is wat wij bij Huber over het *zenden* aantreffen, daar bij de andere schrijvers daar van geen melding gemaakt wordt. Men leest in § 22 van hetzelfde kapittel: „Het goedt geleevert zijnde, zoo gaet „de eygendom ende het gevaar (*dat doch al over gaet* „voor de leeveringe, *terstond, nae dat partijen 't eens zijn,* „gelijk *terstont sal volgen*) buiten twijfel over op den „koooper, maar de vrage kan zijn, als het verkochte

„goedt bij den verkooper aen den kooper gesonden  
 „wordt, wanneer het voor geleevert moet gehouden  
 „worden, *als het aen den Boode, of als het door desen aen*  
*„den kooper wordt overhandigt.* Indien geblijkt, dat de  
 „kooper ordere heeft gegeven, tot het afhaelen van  
 „’t goedt, soo geschiedt de leeveringe bij ’t overhandigen  
 „aen de *Boode*, maer heeft het de verkooper self ge-  
 „sonden, soo geschiedt de leeveringe bij ’t overhandigen  
 „aen den kooper; wel te verstaen, als de leeveringe te  
 „vooren niet al is gedaen geweest, *want indien de*  
*„kooper het geleeverde goedt bij den verkooper hadde gelaeten,*  
 „soo mag het hem dese wel senden op sijn koopers  
 „pericul.”

Van Leeuwen, in zijn Rooms-Hollands-Regt (Boek IV  
 Deel XVII n°. 2), stipt alleen de emtio ad mēsuram aan:  
 „De koop van hetgeen meet-baar, tel-baar of weeg-baar  
 „is, en bij maat getal of gewigt verkoft werd, werd  
 „niet verstaan voltrokken te zijn voor dat de meting,  
 „telling of gewigte is geschied, en sulks behoord het  
 „gevaar van het verkofte tot die tijd mede tot den  
 „verkooper.”

Weinig bevredigend is dus hetgeen wij omtrent den  
 genuskoop bij onze vaderlandsche juristen aantreffen.  
 Met onze wetgeving is het niet beter gesteld. In  
 art. 1492 van het Burgerlijke Wetboek vinden wij een  
 bijna woordelijke vertaling van art. 1585 Code Civil:  
 „In geval goederen niet bij den hoop, maar bij het  
 „gewigt, het getal of de maat verkocht zijn, blijven  
 „dezelve voor rekening van den verkooper, tot dat  
 „dezelve gewogen, geteld of gemeten zijn.” Daar  
 onze Wetgever het Fransche systeem omtrent den  
 koop niet overnam, maar zich aan de algemeene  
 leer hield, werd het meerdere, dat in het art.  
 van den Code voorkomt, overbodig. In het ontwerp



Wetboek van Koophandel van 1822 vergenoegde men zich met een vertaling van art. 100 Code de Comm. te geven, (art. 72): „Het koopmansgoed, uit het „pakhuis van den verkooper of van den expediteur „afgeleverd zijnde, is gedurende de reize voor rekening „van den eigenaar van hetzelfde, behoudens zijn verhaal op dengenen, die met de vervoering belast is”, welke bepaling met een geringe wijziging ook voorkwam in art. 9 van het ontwerp van 1825: „Goederen of koopmanschappen, behoorlijk verzonden zijnde, „zijn gedurende de reize voor rekening van den „eigenaar van dezelve, behoudens zijn verhaal op den „expediteur, voerman of schipper, indien daartoe termen zijn.”

Gelijkluidend daarmede was art. 67 van het Wetboek van 1830. Bij de beraadslaging (zie Voorduin Gesch. en Beg. der Ned. Wtb., Deel VIII. p. 377) zeide de 4<sup>e</sup> afd.: „Hier doet zich het moeilijke „vraagpunt voor van het juiste tijdstip van eigendoms- „overgang. Art. 5 uit den nieuwen titel: van koop en „verkoop (nu art. 1497 B. W.) zegt, dat de risques „van het goed voor rekening van den koper zijn, „zoodra het gemeten is. De titel over den eigendom, „is nog niet afgedaan, maar waarschijnlijk zal hij den „overgang van eigendom *bij traditie* bevatten. Het is „dus van groot belang, dat, niet alleen in *commerciële*, „maar ook gewone zaken, het juiste tijdstip van overgang duidelijk bepaald worde. Naar den algemeenen „regel”, antwoordde de regering, „zijn de afgezonden „goederen, indien dezelve verkocht zijn, ten laste en „schade van den koper; — deze regel kan uitzonderingen lijden, hetzij door de overeenkomst van partijen, hetzij door wijzigingen in den titel: van koop en verkoop vastgesteld, *wie de eigenaar is*, moet naar

„de beginselen van dien titel vastgesteld, of naar de  
 „bijzondere overeenkomsten, welke tusschen partijen  
 „mogten hebben plaats gehad, beoordeeld worden”; — die  
 „kwestie is alzoo aan *dezen* titel vreemd, welke zich dan  
 „ook daarom tot de algemeene uitdrukking van: *eigenaar*  
 „heeft bepaald, terwijl in ieder bijzonder geval de daad-  
 „zaak zal moeten worden onderzocht, *wie de eigenaar is.*”

De Wetgever schoof aldus de moeilijke taak van  
 zich af, en belastte daarmede den regter, die nu in  
*ieder bijzonder geval* weinig uitkomst zal vinden, omdat  
 algemeene regels, die dit onderwerp beheerschen, in  
 het Wetboek niet te vinden zijn, en die dus telkens zal  
 inzien, dat een regeling bij de wet noodzakelijk gevor-  
 derd wordt. Het art. is later (zie Voorduin, t. a. p.), weg-  
 gevallen, en wel, luidens de memorie van toelichting,  
 „omdat deszelfs bepaling niet in dezen titel te huis  
 „behoort, daar de tweede afdeeling dezes titels alleen han-  
 „delt en kan handelen over de verplichtingen der *expedi-*  
*teurs*, waaraan geheel en al vreemd zijn de kwestiën,  
 „die tusschen den *koop* en den *verkoop* kunnen ontstaan,  
 „als welke bij het Burgerlijke Wetboek zijn geregeld.”

Wij laten de gegrondheid van dit motief in het  
 midden, maar het wegvallen van het art. kan men niet  
 betreuren, omdat het inderdaad niets bepaalde, en der-  
 halve den regter toch geen uitkomst gaf.

Men kan derhalve gerustelijk zeggen, dat de over-  
 gang van de risico bij den koop van zaken, alleen  
 ten opzichte van de soort bepaald, niet in ons Wetboek  
 is geregeld. Wij zullen later zien, in hoeverre eenige  
 andere artikelen, die van levering spreken, zijdelings  
 ons onderwerp aanroeren en daarop kunnen toegepast  
 worden.

---



E. AAN WELK STELSEL OMTRENT DE RISICO MOET, BIJ DEN  
KOOPT VAN ZAKEN ALLEEN TEN OPZIGTE VAN DE SOORT  
BEPAALD, DE VOORKEUR WORDEN GEGEVEN?

IS DAT STELSEL NIET IN STRIJD MET DE BEPALINGEN VAN  
HET BURGERLIJK WETBOEK, EN KOMT HET OVEREEN  
MET DE NEDERLANDSCHE HANDELS-USANCE?

---

Stellen wij thans de slotsom van ons onderzoek vast, en zien wij, welke leer wij, na al het gezegde, als de beste, dienen te volgen. Wij hebben hier met een onderwerp te doen, dat in onze wet niet geregeld is, en waaromtrent wij zelven dus naar regels moeten zoeken. Bij een daarmede ten naauwste verwant onderwerp, den specieskoop, zien wij daartegen juist het omgekeerde: een vaste leer en stellige uitspraken. Wat ligt nu meer voor de hand, dan om, bij wijze van analogie, de regels van den specieskoop op den zoo naauw daarmee zamenhangenden genuskoop toe te passen? Ieder, die onbevooroordeeld spreekt, zal deze handelwijze billijken en met ons denzelfden weg bewandelen. Men ga daarbij dan uit, van waar men noodzakelijk moet uitgaan: van de *regtsbeginselen*, en eerst als men die zal hebben vastgesteld, ga men tot de toepassing daarvan op de praktijk over. Men zie dan, of die beginselen zelfstandig kunnen gelden, dan wel, of er

positieve wetsbepalingen moeten ontworpen worden, ter aanvulling van hetgeen partijen niet mogten hebben vastgesteld. Gevaarlijk schijnt ons de weg, door Ihering ten dezen opzichte bewandeld, die van de *praktijk* uitgaat, en een soort van billijkheidsleer tracht zamen te stellen uit de verschillende concrete gevallen, die deze oplevert. Men verliest zich zoodoende, in de bonte menigte van denkbare gevallen, en doolt te midden daarvan hulpeloos rond.

Wij passen het boven gezegde op den genuskooop toe, en stellen dan dezen regel: *Even als bij den koop van een individueel bepaalde zaak, zoo zal ook bij het koopen van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, de risico van die zaak op den koper overgaan, ZOODRA DEZE INDIVIDUEEL ZAL ZIJN BEPAALD.* De risico bij den koop toch is slechts van deze voorwaarde afhankelijk; als partijen geen middel zullen hebben aangegeven om de zaak (vóór de levering) individueel te bepalen, zoo geschiedt zulks eerst bij de levering, daar deze noodzakelijk individualisatie onderstelt. De risico van de alleen ten opzichte van de soort bepaalde zaak *kan* diensvolgens reeds vóór de levering op den koper overgaan; op zijn laatst zal zulks ten tijde der levering (en door middel van deze) *moeten* geschieden.

Met verwerping van Ihering's-theorie, nemen wij die van Bekker aan, echter met dien verstande, dat toch de toepassing van Ihering's leer in verreweg de meeste gevallen, die zich in het dagelijksch leven voordoen, zal gelden.

Maar wat wil het zeggen, dat een zaak *geindividualiseerd* is? Wij moeten ons hiervan naauwkeurig reken-schap geven. Individualiseren is een zaak ten opzichte van het individu bepalen; het bepalen alleen ten opzichte van de soort, het generaliseren, staat daar tegenover.



Een aantal (minstens twee) zaken, die een of meerdere eigenschappen gemeen hebben, vormen een soort (genus). De rangschikking van zaken onder een soort berust op het gemeen hebben van eigenschappen. Een individuele zaak is een zaak toegerust met een eigenschap, die zij met geen andere gemeen heeft, waardoor zij dus zelfstandig tegen alle andere over staat. Men bepaalt een zaak individueel door het noemen van die eigenschap; daardoor onderscheidt men haar van alle andere.

Volgens de omtrent het koopcontract geldende regelen, moet die zaak, die het voorwerp daarvan uitmaakt een *res certa* zijn, reeds ten tijde van het aangaan van het contract, dat wil zeggen, zij moet zóó duidelijk zijn omschreven, dat daarover niet de minste twijfel kan rijzen. Dit geldt zoowel voor den species- als voor den genuskoop. *Individueel* bepaald is iets anders dan *certa*; bij den specieskoop is een zaak dit reeds van den beginne af aan, doch bij den alternatieven, en bij den genuskoop, kan de zaak eerst later individueel bepaald worden.

Voor twee gevolgen van het koopcontract, die met elkander in niet het minste verband staan (in de miskenning hiervan ligt eene groote fout van Ihering) is bij den koop individuele bepaaldheid een noodzakelijk vereischte: voor den *overgang van de risico op den koper* en voor de *levering*.

Voor de levering: omdat daarmede het zakelijk regt van den verkooper op den koper overgaat, en men zich geen zakelijk regt denken kan, zoo de zaak niet individueel is bepaald.

Voor den overgang van de risico. De koper moet na het sluiten van het contract alle schade dragen van een zaak, wier waarde wel reeds tot zijn

vermogen behoort, maar waarvan hij vóór de levering toch nog geen eigenaar is. Dat dit billijk en begrijpelijk is, verklaarden wij reeds vroeger. Maar het is niet mogelijk, om zich de vernietiging of vermindering van een zaak te denken, die niet individueel is bepaald; al wilde de koper de risico van zoodanige zaak op zich nemen, hij zou het niet kunnen. Indien hij de risico van een zaak, alleen ten opzichte van de soort bepaald, op zich had genomen, en er later beweerd werd, dat van de zaken, die het genus vormden, juist de vernietigde of verminderde, hem toekwam, dat zou dit ten eenenmale van alle bewijs ontbloomt zijn, en diensvolgens de koper nimmer tot het dragen van de schade gehouden zijn.

*Ten aanzien van wien* moet nu de zaak geindividualiseerd zijn? Ten aanzien van twee personen: van den verkooper en van den koper. De verkooper scheidt van het genus de species af; men noemt die handeling *specialisatie*, een begrip dat niets meer dan die éézijdige handeling aanduidt, en dus op zich zelf louter *subjectief* is. Maar die handeling zal objectiviteit verkrijgen, als de specialisatie ook tot de wetenschap van den koper zal zijn gekomen. Als dit geschied is, als op die wijze de specialisatie, objectiviteit zal hebben verkregen, noemt men haar *individualisatie*. Dit laatste begrip is geenszins altijd objectief, maar, als wij in 't vervolg korthedshalve van individualiseren spreken, bedoelen wij daarmede steeds de *objectieve*, en met specialisatie de *subjectieve* handeling.

Alles berust bij den koop op den overeenstemmenden wil van partijen; van daar dat de eenzijdige, subjectieve specialisatie door den verkooper alle kracht mist, en alleen het tweezijdig objectief individualiseren ten



gevolge kan hebben, dat de risico van de verkochte zaak op den kooper overgaat.

Wij handelden uitvoerig over het individualiseren in het algemeen; zien wij thans *hoe* en *wanneer* dit bij den koop kan plaats hebben. Op oneindig vele wijzen kan de zaak, die het onderwerp van het koopcontract uitmaakt individueel bepaald worden, maar deze kunnen toch alle onder twee klassen gerangschikt worden, naarmate het individualiseren geschiedt *vóór* of wel *gelijktijdig met* de levering.

De orde zou medebrengen om eerst het individualiseren *vóór* de levering te beschouwen, en vervolgens dat, hetwelk *gelijktijdig met* de levering geschiedt, maar aangezien wij in het bijzonder de aandacht op het eerste willen vestigen, omdat daarin juist de groote afwijking der leveringstheorie van de individualiserings-theorie gelegen is, willen wij de orde van behandeling hier omkeeren.

Het individueel bepaald worden van de zaak kan dan vooreerst geschieden *te gelijkertijd met* de levering. Door de verschillende wijzen waarop de levering geschiedt wordt tevens de zaak tot species herleid. Wij hebben voor dit geval niets anders te doen dan het door Ihering daaromtrent geleerde te herhalen; wij willen ons derhalve vergenoegen de hoofdpunten slechts even aan te stippen. Voor dit geval identificeert zich de vraag naar de risico met de vraag naar de levering. Het verband is *zóó*: ter wille van de levering wordt de zaak tot species herleid; *omdat* de zaak geindividualiseerd is, gaat tevens de risico over. Als nu door middel van die levering de eigendom van de verkochte zaak op den kooper overgaat, treedt tevens de risico, krachtens het zakelijk regt (*res perit domino*), te voorschijn. Wij hebben dus hier slechts te vragen naar de levering.

Deze kan in de eerste plaats geschieden *van hand tot hand*, als beide partijen of hunne plaatsvervangers op dezelfde plaats tegenwoordig zijn. Beide deelen der overgifte, het geven en het aannemen, volgen alsdan onmiddellijk op elkander. In het dagelijksch leven neemt deze wijze van levering den vorm van het *bren-gen* en van het *halen* aan; in het eerste geval is het huis van den koper, in het laatste dat van den verkooper de plaats, waar de levering geschiedt. Beide wijzen van levering kunnen door partijen zijn bedongen, zijn voorgeschreven door de Wet, of regelen zich naar het gebruik.

In de tweede plaats kan de levering zoo geschieden, dat de beide deelen der traditie niet zamenvallen, maar dat deze door een tusschentijd gescheiden zijn, wanneer namelijk de verkooper en de koper zich niet op dezelfde plaats bevinden; de onmiddellijke overgifte van hand tot hand is dan uit den aard der zaak niet mogelijk. In de praktijk geschiedt de levering dan door middel van het *zenden*. Wanneer zullen nu de partijen de levering als geschied beschouwen, en diensvolgens de risico op den koper overgaan? Dit zullen partijen moeten bepaald hebben; zoo niet dan beslist weder de wet of de gewoonte. Zoo er niet eerst met het *ontvangen*, maar reeds met het *afzenden* zal geleverd zijn, dan is nog gedurende den tijd van het gereed maken ter verzending, als een voorbereiding tot de levering, de risico voor den verkooper. Men vergelijkte daaromtrent Ihering's leer, in strijd met die van Bekker, beide door ons boven ontvouwd. Met het betoog van Ihering kunnen wij ons volkomen vereenigen. In dit geval (als het afzenden reeds beslist) zal de levering plaats hebben, en de risico op den koper overgaan, als de verkooper de zaak zal hebben



overgegeven aan de maatschappij of aan den persoon, die voor het vervoer zorgen zal. De plaats, van waar de verkooper zal moeten verzenden is die, waar hij de species uit het genus zal hebben afgescheiden, als namelijk het geven reeds beslist; maar als het op het ontvangen aankomt, dan de plaats, waar de koper woont, of werwaarts partijen zijn overeen gekomen, dat hij de zaak zenden zal.

Nu zal bij verzendingen, als reeds het geven beslissend is, de koper geen getuige kunnen zijn van de specialisatie, door den verkooper verrigt, en zal hij diensvolgens niet met de risico van die zaak kunnen bezwaard worden, zoolang die handeling louter subjectief bleef. Wanneer zal dan nu die specialisatie objectief worden, en de zaak ook ten aanzien van den koper geïndividualiseerd zijn? Van het oogenblik af aan, dat de koper wetenschap van de specialisatie zal hebben gekregen, zoo hij die niet reeds had. Dit geeft voor de praktijk het volgende resultaat: de koper mag de wijze en tijd van verzending bepalen, dan zal de verkooper die moeten volgen; kan hij aan dien wil niet gehoorzamen, of verandert hij wijze en tijd willekeurig, dan zal hij daarvan aan den koper kennis moeten geven; zwijgt hij daaromtrent, dan moet hij verondersteld worden alles aan den verkooper te hebben overgelaten, en als deze dan door middel van het verzenden specialiseert, moet men fingeren, dat de koper daarvan kennis draagt.

Thöl eischt voor den overgang van de risico, bij verzendingen, als het afzenden beslist, een zoo naauwkeurig bericht aan den koper van tijd en wijze, en opgave der waren, dat de identiteit van de te niet gegane of verminderde waren door middel van dit bewijs kan geleverd worden. Dit rekenen wij slechts in

het ééne geval noodig, dat de verkooper verandering brengt in tijd en wijze van verzending, door den kooper opgegeven; dan zal, eerst wanneer de kooper dit berigt ontvangt, en den inhoud er van goedkeurt, de risico gedurende de geheele reis voor hem zijn, ook al bevinden de waren zich reeds op weg. Keurt de kooper die afwijking van zijn last niet goed, dan zou men, even als in het Duitsche Handelswetboek, een bepaling kunnen vaststellen in de wet, dat alle schade *uit die afwijking* ontstaan, ten laste van den kooper komen zal. Alleen in dit geval achten wij het berigt, door Thöl gevorderd, noodig; maar in de beide andere gevallen schijnt het ons ten eenenmale overbodig, en zal het alleen den verkooper kunnen te stade komen, voor het geval dat de waren te niet gingen, als een bewijsmiddel van de afzending of levering, ten einde zich tegen de verplichting tot dubbele levering te vrijwaren. In geen geval zal het berigt verandering kunnen brengen in den tijd, waarop de risico op den kooper overgaat.

Wij komen nu tot die individualisatie, die *vóór* de levering kan geschieden. In alle de vorige gevallen kan men eigenlijk niet van den overgang van de risico, *die een gevolg is van het koopcontract*, spreken; want, zoodra deze mogelijk werd, omdat de zaak werd geindividualiseerd, had tevens de levering plaats en trad de risico van het zakelijke regt, het *res perit domino*, te voorschijn. Maar hier is de zaak anders: de individualisatie heeft *vóór* de levering plaats, en *in dien tusschentijd* zal de kooper de risico van de zaak moeten dragen. Ihering neemt dezen tijd en deze wijze van individualiseren niet aan, en houdt het er voor, dat dit laatste alleenlijk *in, met* en *door* de levering kan geschieden. Daarom verliest bij hem de vraag naar de risico alle beteekenis, en het voorval, dat hem



aanleiding gaf tot het opstellen van een nieuwe theorie, heeft ook met de risico van het koopcontract niets te maken; bij de bekende coaks-kwestie, en in 't algemeen bij alle verzendingen, komt het alleen op de levering aan: wanneer is deze geschied, wanneer is diensvolgens de koper eigenaar geworden, en van welk oogenblik af aan zal hij dus als eigenaar alle risico van de zaak moeten dragen? Nogmaals herhalen wij: bij *verzendingen*, als eerst te gelijker tijd met de levering de zaak individueel zal bepaald worden, bestaat er geen verschil ten opzichte van de risico tusschen de leverings- en de individualiseringstheorie.

Wij kennen aan Ihering het regt niet toe, om de mogelijkheid van individualisatie vóór de levering te ontkennen, zodoende maakt hij, onzes inziens, inbreuk op de algemeene regtsbeginselen; een wetsbepaling in dien zin ware onbillijk, daar zij den verkooper met een last zou bezwaren, dien de koper moest dragen. De leer geeft ook geene meerdere eenvoudigheid in de praktijk, daar de practische moeilijkheden en bezwaren der andere theorie zich hier alle ook voordoen. Het gevoelen van Ihering schijnt ons derhalve onjuridisch; de toepassing daarvan onregtvaardig; de aanleiding daartoe ongegrond.

Wij aarzelen alzoo niet, om met Bekker den overgang van de risico vóór de levering aan te nemen, bij den koop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald. Maar wij willen thans ook de mogelijkheid daarvan aantonen.

Dat individueel bepaald worden vóór de levering is steeds het gevolg van een *uitdrukkelijke overeenkomst* der partijen. Zij moeten de wijze, waarop het geschieden zal, bepalen, hetzij gelijktijdig met het sluiten van het contract, hetzij eerst later, doch vóór de levering. De wijzen, waarop

het kan geschieden, zijn oneindig vele; als voorbeeld diene het voorval, ons door Bekker verhaald van de Lithauer paarden. De verkooper zal zich strikt aan de overeenkomst moeten houden, ten opzichte van de wijze, den tijd en de plaats van het individualiseren. Nu kan de kooper den tijd niet naauwkeurig hebben bepaald, of wel geheel aan het goedvinden des verkoopers hebben overgelaten, dan zal alleen die afscheiding van de species kracht kunnen hebben, die door den verkooper is verrigt, met het doel, dat de aldus afgescheiden zaak voorwerp van het koopecontract zou zijn. Dat doel moet voor bewijs vatbaar zijn, anders zou die afscheiding alle objectiviteit missen: de verkooper kan derden als getuigen daarbij tegenwoordig doen zijn; hij kan ook den kooper van die afscheiding berigtzenden; het doel kan ook uit de omstandigheden blijken, maar in ieder geval moet de afscheiding niet subjectief, doch voor bewijs vatbaar zijn.

Van het oogenblik af, dat de afscheiding onder deze gegevens door den verkooper verrigt is, gaat de risico van de zaak op den kooper over, en verliest de verkooper daarover alle regt van beschikking.

Onze wet spreekt niet, gelijk wij reeds zagen, van den koop van zaken, alleen ten opzichte van de soort bepaald. Maar rijmt de door ons gekozen leer met de overige bepalingen van het Burgerlijke Wetboek? Is zij daarmede overeen te brengen? Wij meenen van ja, en willen die meening nader toelichten. Zien wij vooreerst het reeds elders behandelde artikel 1497: „in geval goederen „niet bij den hoop, maar bij het gewigt, het getal of de „maat, verkocht zijn, blijven deze voor rekening van „den verkooper, totdat ze gewogen, geteld of gemeten „zijn.” Deze bepaling moest een regeling van de risicovraag bevatten bij den genuskoop; maar spreekt slechts



van een onderdeel daarvan, van de *emptio ad mensuram*, en dat wel op hoogst onvolledige wijze, want dat tellen, meten en wegen, hoewel het een noodzakelijk vereischte voor den overgang van de risico zal zijn, is geenszins op zich zelf daartoe voldoende. Wel wordt daardoor de species uit het genus afgescheiden, maar dit is, gelijk wij zagen, niet genoeg; die daad moet objectiviteit verkrijgen ten opzichte van den koper; het tellen, meten, wegen moet zóó geschieden, dat de goederen daardoor tevens geindividualiseerd worden. Wij hebben daarover breedvoerig gesproken, en zullen er daarom niet op terug komen. In ieder geval belet deze bepaling niet, om individualisatie vóór de levering aan te nemen, vooral nu het eenvoudige *tellen, meten, wegen*, en niet het zamengestelde, *aftellen, afmeten, afwegen* gebruikt is; in welk geval men misschien nog zou kunnen beweren, dat zij met de levering moet verbonden zijn. Thans mist die bewering allen grond.

Vervolgens spreekt art. 1429 van de plaats van betaling in 't algemeen, dat is dus, bij den koop, ook van de levering, en zegt, dat de betaling geschieden moet ter plaatse bij de overeenkomst bepaald. Partijen zullen dus moeten bepalen, dat er gehaald, of wel, dat er gebracht zal worden, en bij verzendingen, tevens, of reeds de afzending dan wel eerst de ontvangst zal beslissen. Is daaromtrent niets bepaald, dan geldt voor een zekere en bepaalde zaak de plaats, waar deze zich tijdens het aangaan van het contract bevond, als plaats van levering. Is noch de zaak individueel bepaald, noch iets door partijen overeengekomen, dan moet de betaling, zegt het art., geschieden ter woonplaats van den schuldeischer; bij koop zal dus alsdan de zaak door den verkooper moeten *gebracht* worden. Verandert de schuld-

eischer van woonplaats, zoo bepaalt eindelijk ons artikel, dan moet de betaling geschieden ten huize van den schuldenaar. Dit geeft voor den koop dit resultaat, dat dan de koper de zaak zal moeten doen halen, of wel dat de verkooper ze aan den koper zal zenden, voor diens risico en op diens kosten, daar ten huize van den verkooper reeds geleverd is, en dus reeds het afzenden beslist. Dit artikel, handelende over de plaats van levering, kan bij ons onderwerp derhalve alleen dan toepassing vinden, wanneer het individualiseren te gelijk met de levering geschiedt.

Vestigen wij thans de aandacht op art. 1550, dat van het betalen van den koopprijs spreekt. Het bepaalt, dat, zoo deswege niets is overeengekomen, de plaats en de tijd van betaling zich geheel naar die der levering rigten. Dit komt geheel en al met ons systeem overeen, want individualisatie vóór de levering kan niet dan krachtens uitdrukkelijke overeenkomst geschieden. Betaling toch van den koopprijs is niet anders, dan een levering van een zaak, alleen ten opzichte van de soort bepaald. Nu zal men wel hoogst zelden den koopprijs vóór den tijd der levering individualiseren, omdat de behoefte daartoe ontbreekt; niemand toch zal het te doen zijn, om deze of gene bepaalde geldstukken te hebben, maar meer om de waarde, die door die stukken wordt vertegenwoordigd. In ieder geval vergunt dit artikel ons het individualiseren van deze alleen ten opzichte van de soort bepaalde zaak aan te nemen.

Verbiedt eindelijk de Nederlandsche handelsusance het individualiseren vóór de levering? Ik meen van neen. Als waren verkocht worden bij de maat, het getal of het gewigt, dan zal de risico daarvan eerst na het tellen, wegen, meten op den koper overgaan, *als de*



*waren de schaal doorgaan*, zegt de handel. De suikerraffinadeur, b. v., weegt of pakt af, waarbij de koper kan tegenwoordig zijn, hetgeen deze echter gewoonlijk niet doet, omdat er rijkswegers bij zijn (daardoor verkrijgt de specialisatie objectiviteit, en worden de waren ten opzichte van den koper individueel bepaald); is dan de suiker door de schaal, dan is de raffinadeur van de risico bevrijd, onverschillig of de suiker in zijn fabriek blijft of naar een entrepôt wordt overgebracht of verscheept. Zoo werd ons door een kundig koopman welwillend medegedeeld.

De mogelijkheid van het individualiseren vóór de levering blijkt hieruit ten duidelijkste; want, als heden de raffinadeur in tegenwoordigheid van de rijkswegers afweegt, en vervolgens de waren bij hem blijven liggen, en hij misschien eerst morgen of later zal leveren, dan heeft men een geval van individualiseren vóór de levering; en als de suiker door de schaal is, dan is de raffinadeur van de risico bevrijd; deze gaat derhalve na de individualisatie op den koper over.

Nu een enkel woord over het zenden, volgens de handelsusage. Bij verkoop van goederen of waren, waarbij verzending te pas komt, neemt het handelsgebruik aan, dat de risico (nisi aliter convenerit) gedurende de reize bepaaldelijk ten laste van den *koop*er is. Men schrijft dan ook altijd boven aan de factuur *voor UEd risico en gevaar verzonden* (per deze of die gelegenheid). En die gelegenheid moet zijn de door den koper aangegevene; zweeg de koper daaromtrent, dan kan de verkooper ter goeder trouw zelf eenig middel van vervoer kiezen. Anders is het, wanneer verkocht is, om op een *bepaalde plaats* te leveren, b. v. 100 balen koffij aan N. N. te Hamburg, tot den prijs *aldaar* geleverd; dan is de risico tot op het oogenblik der levering voor den koper.

Deze opvatting van het zenden is, voor een zekere en bepaalde zaak, in overeenstemming met het bovenvermelde art. 1429. al. 1 en art. 1513 Burg. Wetb. Het laatste onderscheidt niet, even als het eerste, de individueel bepaalde zaak van de andere, maar zegt eenvoudig, dat de levering moet geschieden ter plaatse, waar het verkochte goed zich op het tijdstip der verkoop bevond, altijd nisi aliter convenerit. Daar nu daarenboven art. 1550 bepaalt, dat de plaats van de betaling van den koopprijs dezelfde is als die van de levering, is het onzes inziens een vraag van groot gewigt, of art. 1513 analogisch, naar art. 1429 al. 2. mag uitgebreid worden, zoodat bij den verkoop van een zaak, alleen ten opzichte van de soort bepaald, de levering en de betaling, bij gemis aan cenige overeenkomst deswege, zouden moeten geschieden ten huize van den koper, indien deze bij voortdoring op dezelfde plaats bleef wonen, dan wel ten huize van den verkooper, indien de koper zich na het sluiten van het contract elders vestigde. Ons schijnt de ratio juris van art. 1429 deze toe: dat men van een zaak, alleen ten opzichte van de soort bepaald, onmogelijk zal kunnen zeggen, dat deze zich op eenige plaats bevindt, wanneer het genus, waaruit de zaak genomen moet worden, onbegrensd is; de onmogelijkheid hiervan zal voor al, bij nog te vervaardigen zaken, een ieder in het oog springen. Nu heeft men geen bijzondere bepaling willen maken voor zaken, af te scheiden uit een begrensd genus; en om alle moeilijkheid af te snijden, de bepaling van art. 1429 al. 2. eens vooral vastgesteld voor alle zaken die niet individueel zijn bepaald. Dat zelfde nu doet zich bij den koop voor, en deze paritas rationis doet ons niet aarzelen om de analogische uitbreiding van art. 1513 aan te nemen.



Vandaar, dat wij tevens beweren, dat de vermelde opvatting van het *zenden* door het handelsgebruik, voor zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, in strijd is met de bepaling van de wet, daar uit deze zou volgen, dat in den regel zoodanige goederen door den verkooper voor diens risico moeten gezonden worden naar de plaats, waar de koper zich bevindt, omdat eerst met de ontvangst de levering zou volbragt zijn. Om alle moeilijkheid te vermijden, zal het derhalve voor partijen raadzaam zijn om deswege een uitdrukkelijke bepaling te maken.

Wat nu de vraag betreft naar het juiste oogenblik der levering, wanneer bij verzendingen reeds door het afzenden zal geleverd zijn, daaromtrent neemt de handel aan, dat de risico van de waren op den koper zal overgaan, zoodra deze bezorgd worden *in* of *aan* of *bij* het vervoermiddel, dat door den koper is voorgeschreven, of dat de verkooper zelf heeft mogen kiezen, ; zoo wil b. v. *tot aan boord* zeggen: zoodra het goed door den verkooper aan de kade zal zijn gebragt, om ingescheept te worden, dus voor het schip, ook al kunnen door de menigte van goederen, de waren niet terstond ingeladen worden ; eveneens is het met de uitdrukking: *tot aan de spoor, tot aan het expeditie-kantoor*, enz. Geen twijfel, of dit zal in de praktijk dikwijls tot moeilijkheden aanleiding kunnen geven, maar het geldt hier een vraag, waaromtrent iedere theorie hare bezwaren heeft ; alleen een vaste regeling bij de wet zal daarin kunnen voorzien.

Het geven van de rekening of factuur komt eerst in het tweede stadium ; gewoonlijk geeft men de factuur te gelijkertijd met het bericht der verzending ; maar soms is er te veel drukte, en men zendt dan de factuur eerst later. Dat zenden van de factuur, zagen wij reeds,

doet niets tot het individualiseren af, en is geheel vreemd aan de risico; het kan alleen als bewijsmiddel den verkooper te stade komen, zoo de waren te niet gingen of verminderden, om de identiteit daarvan of de verzending te bewijzen, en zich aldus voor een door den kooper te eischen dubbele levering te vrijwaren.

Zoo voor individueel bepaalde zaken, als die welke alleen ten opzichte van de soort zijn aangeduid, geldt het omtrent verzendingen gezegde gelijkelijk, alleen met dit onderscheid, dat meestentijds bij de laatste met de levering tevens het individualiseren zal verbonden zijn.

De slotsom, waartoe wij dan aan het einde onzer beschouwing gekomen zijn, is deze, dat wij die leer omhelzen, die tot den overgang van de risico bij den koop van zaken alleen ten opzichte van de soort bepaald, eenig en alleen *individualisatie* eischt van de aldus bepaalde zaak. Die leer schijnt ons uit een juridisch oogpunt toe volkomen op te gaan, omdat zij een zuivere en ongedwongene toepassing is van het systeem, dat bij den specieskoop algemeen wordt gehuldigd. De toepassing van die leer zal tot regtvaardigheid en billijkheid leiden, omdat zij geheel berust op den overeenstemmenden wil van partijen, en omdat zij alle onzekerheid en willekeur ten eenenmale uitsluit. De moeilijkheden en bezwaren, die zich in de praktijk bij de toepassing zullen voordoen, kunnen de waarde van het systeem in geenon deele verminderen; die zwarigheden heeft deze theorie met alle andere gemeen. Wij gelooven niet aan de mogelijkheid van een leer, die daarvan vrij zou zijn. Maar een regeling van ons onderwerp in de Nederlandsche wet ware zeer wenschelijk. Waar



nog op enkele punten aanleiding tot twijfel en onzekerheid over mogt blijven, zouden positieve wetsbepalingen die leemten moeten aanvullen; vooral voor het geval dat partijen hadden nagelaten om zelve de zaak te regelen.

# STELLINGEN.

---

## I.

L. 79 § 2 D. de leg. et fid. III (32) is niet te vereenigen met l. 39 D. de leg. et fid. II (31).

## II.

L. 12, 13 en 14 D. de per. et comm. rei vend. (18.6) handelt over genuskoop.

## III.

Af te keuren is de meening van Schütze (Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts III. 440), dat de woorden van de l. 18 D. de reb. cred. (12.1) *magisque puto nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit* te verstaan zijn, van het geval, dat men het geld ontving, in de meening, dat het als commodatum of depositum gegeven was.

## IV.

Voortdurende aanvulling en verbetering der wetboeken, gevolgd door een periodieke algemeene wetsherziening is het beste middel tot instandhouding van een goed regt.



## V.

Exceptiën mogen analogisch worden uitgebreid.

## VI.

De meerderjarig gewordenene heeft zijn domicilie dáár, waar hij op het oogenblik zijner meerderjarigheid woont en van plan is te blijven wonen.

## VII.

Niettegenstaande de verkooper de eigendom van het verkochte goed op den kooper heeft overgedragen, is hij nog gehouden dezen in het bezit te stellen.

## VIII.

De eigenaar van het heerschend erf mag van de erfdienstbaarheid een omvangrijker gebruik maken, dan zijn voorgangers deden.

## IX.

Het Ned. Burg. Wetboek kent alleen schuldvergelijking van regtswege, zonder dat partijen zich daarop behoeven te beroepen.

## X.

De vereffening van art. 32 Wetb. van Kh. sluit het faillissement niet uit.

## XI.

De risico bij den koop van zaken alleen ten opzichte van soort bepaald gaat op den kooper over, zoodra die zaken zullen zijn geïndividualiseerd.

## XII.

Indien reeds met het afzenden der waren de levering geschiedt, zal gedurende den tijd dier handeling de verkooper de risico moeten dragen.

## XIII.

De strijd tusschen art. 333 Burg. Rv. en art. 99. Regt. Org. wordt opgeheven, indien men met de Pinto (Handl. tot de wet op de Regt. Org. 193—195) de gevallen onderscheidt, waarin de bevoegdheid van den kantonregter reeds is betwist vóór het vonnis, en dat, waarin tegen het vonnis in h. b. wordt opgekomen op grond van onbevoegdheid.

## XIV.

Alleen de zoogenaamde absolute strafregts-theoriën kunnen de juiste maat van straf aanwijzen.

## XV.

Bij de artt. 77 en 88 Strafv., moest ook ontslag onder borgtogt niet uitgesloten zijn.

## XVI.

Art. 372 al. 2 Strafv. eischt verandering.

## XVII.

Ten onregte noemt Beccaria het regt van gratie: "une improbation tacite des lois existantes."

## XVIII.

Het beginsel van art. 31 Strafv. is nuttig en noodig.



## XIX.

De kiesbevoegdheid behoort naar het vermogen geregeld te worden.

## XX.

Onze Grondwet moest een middel aangeven tot het constateren het wegnemen van den strijd tusschen de Grondwet en de gewone of organieke wetten.

## XXI.

Het heffen van tolgelden aan de rijkswegen is af te keuren.

## XXII.

Arbeidersvereenigingen zijn aan te bevelen.

## XXIII.

Het dagbladzegel moet afgeschaft worden.

