

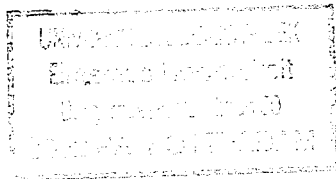
# CAPITA OVERGANGSRECHT NBW

Preadviezen, uitgebracht voor de  
Vereniging voor Burgerlijk Recht

door  
Mr R.S. Meijer  
Mr A.I.M. van Mierlo  
Prof. mr M.V. Polak  
Mr J. Spier en mr C.H.W.M. Sterk  
Mr A.J. Tekstra

1991  
Koninklijke Vermande bv, Lelystad  
*Uitgevers sinds 1750*

663  
F  
JG



Omslag: C. Koevoets

ISBN 90 6040 979 5 / CIP  
NUGI 692

© 1991 Koninklijke Vermande BV - Lelystad

De uitgever is zich ervan bewust dat, ondanks de zorg die auteurs en uitgever besteden aan de samenstelling van de uitgave, onvolkomenheden kunnen ontstaan. Hiervoor kunnen de uitgever en de auteurs helaas geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden.  
Voor suggesties aangaande verbetering van de uitgave houdt de uitgever zich aanbevolen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.  
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j<sup>o</sup> het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

## INHOUD

Blz.

### Nakoming en niet-nakoming van overeenkomsten; As Time Goes By...

	Algemeen deel	
1.	Voóraf .....	9
2.	Overlopende overeenkomsten; algemene inleiding .....	11
	Bijzonder deel	
3.	Nakoming .....	15
4.	Niet-nakoming, Afdeling 6.1.9 NBW; art. 182/183 Ow .....	20
5.	Consumentenkoop; Titel 7.1 NBW; art. 196 Ow .....	23
6.	Varia .....	25
7.	Besluit .....	27

### Over zekerheidsrechten, het overgangsrecht en conversie ex lege transitoria

1.	Inleiding .....	29
1.1	Zakelijke zekerheidsrechten .....	29
1.2	Plan van behandeling .....	30
2.	'Zakelijke' zekerheidsrechten naar NBW .....	30
2.1	Eigendom tot zekerheid .....	30
2.1.a	Eigendomsoverdracht tot zekerheid .....	31
2.1.a.1	Ongeldigheid fiduciaire titels; alternatieven .....	31
2.1.a.2	Vuistloos en stil pandrecht .....	31
2.1.a.3	Vestigingsvereisten .....	31
2.1.a.4	Toekomstige goederen .....	32
2.1.a.5	Dubbele verpanding .....	32
2.1.a.6	Voorbehoud van pandrecht .....	33
2.1.a.7	Collisie met NBW-voorrechten .....	33
2.1.a.8	Collisie met fiscaal voorrecht .....	34
2.1.a.9	Van vuistloos/stil naar vuist/openbaar pandrecht .....	34
2.1.b	Eigendomsvoorbehoud .....	35
2.1.b.1	Wettelijke regeling .....	35
2.1.b.2	Verlengd of uitgebreid eigendomsvoorbehoud? .....	35
2.2	Pandrecht .....	36
2.2.1	Zaaksvervanging .....	36
2.2.2	Wijze van executie .....	36
2.2.3	Executie volgens hypotheekregels .....	36
2.3	Hypotheekrecht .....	37
2.3.1	'Oude' hulpzaken .....	37

	Blz.	
2.3.2	Wijzigingen .....	37
2.3.3	Huurbeding .....	37
2.3.4	Parate executie .....	38
2.3.5	Wijze van executie .....	38
2.3.6	Zuivering .....	38
3.	Een aantal overgangsrechtelijke zekerheidsrechtscasus ..	38
3.1	Eigendom tot zekerheid .....	38
3.1.a	Eigendomsoverdracht tot zekerheid .....	38
3.1.a.1	Voorbeeld I (etz. constitutum possessorium) .....	39
3.1.a.2	Voorbeeld II (etz. aandeel onroerend goed) .....	39
3.1.a.3	Voorbeeld III (etz. aandeel verzameldepot) .....	40
3.1.a.4	Voorbeeld IV (etz. toekomstige goederen) .....	41
3.1.a.5	Voorbeeld V (dubbele etz.) .....	41
3.1.a.6	Voorbeeld VI (verbintenis strekkende tot etz.) .....	43
3.1.a.7	Voorbeeld VII (cessie of cessie tot zekerheid) .....	43
3.1.a.8	Voorbeeld VIII (collisie met voorrechten) .....	44
3.1.a.9	Voorbeeld IX (collisie met verkopersvoorrecht) .....	45
3.1.a.10	Voorbeeld X (etz. en accessoire rechten) .....	46
3.1.a.11	Uitblijven van omzetting .....	47
3.1.b	Eigendomsvoorbehoud .....	47
3.1.b.1	Voorbeeld XI (uitgebreid eigendomsvoorbehoud) .....	47
4.	Vuistregels voor het hanteren van de Overgangswet bij 'zakelijke' zekerheidsrechtscasus .....	48
4.1	Vuistregel I: onderzoek of sprake is van een 'overlopende' casuspositie .....	48
4.2	Vuistregel II: formuleer de op te lossen rechtsvraag ...	48
4.3	Vuistregel III: beantwoord de rechtsvraag en onderzoek of het NBW en het oude recht met elkaar overeenstemmen	48
4.4	Vuistregel IV: zoek naar de relevante Ow-uitzonderings- bepaling, indien NBW en oud recht niet met elkaar over- eenstemmen .....	49
4.5	Vuistregel V: onderzoek, indien een OW-uitzonderings- bepaling ontbreekt, de mogelijkheid toepassing van art. 63a, lid 1 Ow te corrigeren met behulp van art. 75 Ow	49
5.	Besluit .....	50

#### Wegwerprecht op termijn:

#### verjaring en verval in het overgangsrecht NBW

1.	Inleiding .....	51
2.	Verjaring en verval in BW, NBW en Ow .....	51

2.	Verjaring en verval in BW, NBW en Ow .....	51
3.	Uitgangspunt: verjaring en verval volgens NBW .....	52
4.	Aanvang, duur en aard van de termijn van het NBW ..	54
5.	Toepassing van de artt. 72-73a Ow .....	54
6.	Bijzondere regels van overgangsrecht .....	58
7.	Stuiting, schorsing en verlenging van verjaring .....	63
7.1	Algemeen .....	63
7.2	Stuiting .....	63
7.3	Schorsing en verlenging .....	64
8.	De moraal .....	66
	Bijlagen .....	67

#### Onrechtmatige daad en schadevergoeding

1.	Inleiding .....	85
2.	De opzet van het overgangsrecht met betrekking tot de onrechtmatige daad en schadevergoeding .....	86
3.	Toepassing van de hoofdregels .....	86
4.	Aansprakelijkheid veroorzakende gebeurtenis onder het oude recht, schade na de invoering van het NBW (regel c)	88
5.	Artikel 173 lid 1 .....	94
6.	Afdeling 6.1.10 (schadevergoeding c.a.) .....	94
7.	Het overgangsrechtelijk stelsel met betrekking tot afde- ling 6.1.10 .....	96
8.	Wettelijke rente .....	98
9.	Het oude recht is onduidelijk .....	99
10.	Conclusie .....	100

#### Transitoria;

#### overeenkomsten met uitzondering van nakoming en tekortkoming

1.	Inleiding .....	103
2.	Totstandkoming .....	104
2.1	Rechtshandelingen .....	104
2.2	Aanbod en aanvaarding .....	107
2.3	Volmacht .....	107
3.	Lopende overeenkomsten .....	107
3.1	Verwijzing, uitleg en inhoud .....	108
3.2	Overeenkomsten en derden .....	108
3.2.1	Kwalitatieve verplichtingen .....	109
3.2.2	Derdenbeding .....	109

		Blz.
3.3	Verrekening .....	110
3.4	Wijziging van de overeenkomst .....	110
4.	Bijzondere overeenkomsten .....	111
4.1	Koop en ruil .....	111
4.2	Lastgeving .....	112
4.3	Borgtocht .....	112

## NAKOMING EN NIET NAKOMING VAN OVEREENKOMSTEN; AS TIME GOES BY...

Mr R.S. Meijer

### ALGEMEEN DEEL

#### 1. Vooraf

'Tijd baart rozen', maar voor teveel praktijkjuristen lonkt het overgangsrecht NBW nog als een kaal en doornig bos. De ontwerper van dit rosarium treft hiervoor geen blaam, gegeven de aard van het gewas. De doornen staan voor de weezin sommen te moeten maken met minstens twee onbekenden: het oude recht, het nieuwe recht en het overgangsrecht. En wie die 'onbekenden' wil invullen komt onvermijdelijk terecht bij kale, wat 'abstracte' teksten die het voorstellings- en uithoudingsvermogen danig op de proef stellen. De tijd voor uitstel en proefwerkjes is echter voorbij, want in ieder dossier zit mogelijk een examen met effectus civilis. Waar de overgangswet, net als het NBW zelf, als verkregen recht eerbiediging verdient, wordt in dit preadvies niet getheoretiseerd of gedifficulteerd. Het verzoek was om een 'spoorboekje' te maken voor het mij toegevoegde tracé van (niet-)nakoming van overeenkomsten. De mij beschikbare ruimte en denkkracht is echter beperkt en de praktijk is niet alleen sterker maar ook gevarieerder dan de leer. Het beste spoorboekje biedt toch de wettekst zelf, mits gelezen in combinatie met zijn parlementaire geschiedenis. In het bijzonder gedeelte van de memorie van toelichting is namelijk per afzonderlijk artikel van het nieuwe vermogensrecht publiekelijk verslag gedaan van de overwegingen om al dan niet af te wijken van het *formele* (wetgevingstechnische) uitgangspunt van dit overgangsrecht: de onmiddellijke werking. Per concrete casusvraag hoeft men dus niet telkens het hele spoorboekje door, maar kan men direct terecht bij de gezochte verbinding: de bespreking van de betreffende NBW-artikelen die, ware het een geheel zuivere/toekomstige NBW-casus, de oplossing ook geheel geregeerd zouden hebben. De inspanning die men zichzelf daarvoor moet getroosten wordt sterk verlicht door de 'Van Zeben'-uitgave, die immers alles dat bijeen behoort – met name dus ook de discussie en wijzigingen van na de eerste memorie – bijeen afdrukt. Belangrijke hulpmiddelen zijn voorts de transponeringstabellen, in het bijzonder de van overgangswettelijke notaties voorziene variant van Wessels,<sup>1)</sup> alsmede de Nieuw BW-uitgave van Nieuwenhuis c.s. die per nieuw artikel ook een

<sup>1)</sup> B. Wessels, *Overgangsrecht nieuw BW in kort bestek*, 2e dr., 1990.

paragraaf aan het oude recht en het overgangsrecht wijdt. Het (over)lezen en (over)denken van dit alles zal men echter geheel op eigen kracht moeten doen. Bij die eigen denkbeelden is het onvermijdelijk ook kennis te nemen van de theoretische achtergrond en systematische opzet van de overgangswet. Ook daarvoor biedt de memorie van toelichting (het algemeen deel) de beste introductie. De discussie of men in de praktijk bij het bijzonder dan wel bij het algemeen gedeelte moet beginnen, acht ik niet zinvol.<sup>2)</sup> Men moet die steeds in samenhang lezen. Daarnaast is er het inleidende cursusmateriaal en een monografie in de gelijknamige NBW-serie.<sup>3)</sup>

Tot besluit van dit 'woord vooraf' volgt nog een brutale maar geruststellende raad.

Overgangsrecht wijst – simpel gezegd – aan of het nieuwe dan wel het oude wetsartikel een over de invoeringsdatum heen lopende casus beheerst. Die aanwijzing is in verreweg de meeste gevallen eenvoudig via een tabel of notatie in de wetseditie te vinden. En daarmee is men al aangekomen waar men wezen moest. De daarna optredende complicaties van het toepasselijke (nieuwe of oude) recht hebben niets met het overgangsrecht uitstaande. Het diepere, overgangsrecht-theoretische 'waarom' is praktisch gezien niet zo relevant, net als bij zoveel technische en intellectuele operaties die we dagelijks zonder handleiding voltrekken: start de telefax en pas de wet toe!

De werkelijke overgangsrechtelijke complicaties – en dus de noodzaak tot verdere bezinning – doen zich voor waar verschillende overgangsrechtelijke regels tegelijk *dezelfde* aspecten van een casus beheersen. Dat is met name het geval bij de wisselwerking tussen de eerste 'algemene overgangsbepalingen' (art. 68-75) onderling en met de bijzondere 'per boek' gegeven regels. Ook deze laatste kunnen – mede door de gelaagde structuur van het NBW zelf – weer een algemeen en abstract karakter dragen (zoals die over de (on-)geldigheid van rechtshandelingen; art. 79-81). De algemene(re) regels bepalen niet alleen de inhoud en toepassing van de bijzondere, ze worden er ook door gecorrigeerd, ze vullen deze aan en corrigeren deze soms weer uit eigen kracht. Zo in abstracto leert zo'n mededeling niets. Zonder casus-voorbeelden met bijbehorende alternatieve (oude en nieuwe) regelcomplexen komt geen inleiding of spoorboekje tot leven.

<sup>2)</sup> VV I, pag. 2/3; MvA I pag. 2; H. Stein, in *Liber Amicorum NBW*, 1991, pag. 157 e.v.

<sup>3)</sup> C.L. de Vries Lentsch-Kostense, *Monografie NBW* deel A-25.

## 2. Overlopende overeenkomsten; algemene inleiding

Voor mijn onderwerp zijn slechts overlopende overeenkomsten relevant. Overeenkomsten die vóór januari 1992 gesloten en geheel afgewikkeld zijn – door wederzijdse nakoming of door ontbinding en schadevergoeding –, stellen geen overgangsrechtelijk probleem aan de orde. Evenmin houdt het overgangsrecht zich bezig met overeenkomsten die pas na 1 januari 1992 gesloten worden. De totstandkomingsfase ervan vóór 1-1-1992 (aanbod, wilsgebreken en precontractuele goede trouw) wordt uiteraard wel door andere delen van het overgangsrecht bestreken; zie hiervoor o.a. het preadvies van Tekstra.

Mijn werkterrein wordt dus bepaald door vóór 1-1-1992 gesloten overeenkomsten, waarover ná die datum nog onbeantwoorde vragen voortleven.<sup>4)</sup> Al die vragen moeten *stuk voor stuk* aan de hand van de specifiek dáárvoor gegeven regels worden beantwoord. De overgangswet regelt niet 'het' lot van 'de' overlopende (koop- etc.) overeenkomst noch de rechtspositie van bijvoorbeeld de teleurgestelde koper. De verwijzings- of overbruggingsregels dragen het juiste beantwoordingskader – oud of nieuwe recht – aan voor (steeds aan nieuw BW-bepalingen opgehangen) deelvragen.

Hierboven werd gerefereerd aan het formele of wetgevingstechnische uitgangspunt van de overgangswet: de (exclusieve) onmiddellijke werking van het nieuwe materiële recht. Zie art. 68a, lid 1 OW:<sup>5)</sup> *vanaf* hun inwerkingtreding verbinden de regels van de nieuwe wet hun rechtsgevolgen aan de door hen daartoe gestelde vereisten. Voor overlopende overeenkomsten betekent dit dus dat ze – bij wijze van formeel/technisch uitgangspunt – in tweeën worden geknipt. Immers, vanaf 1-1-1992 bepaalt de nieuwe wet het al dan niet intreden van rechtsgevolgen voor de periode nadien, zoals het oude recht dat deed – en blijft doen – voor de periode voordien. Dit formele/technische uitgangspunt behelst niet meer dan de simpele consequentie van de afschaffing van het oude en de invoering van het nieuwe recht per 1-1-1992. Niettemin ligt hier een bron van misverstand verscholen, zich uitend in het onterechte verwijt dat er terugwerkende kracht wordt uitgeoefend. Weliswaar worden 'anterieure' – mits nog niet voldongen/afgedane – toestanden per 1-1-1992 aldus door het nieuwe recht beoordeeld en geregeld, maar zulks geschiedt slechts voor

<sup>4)</sup> Zie voor verschil in definitie van 'echte' overgangsrechtelijke vragen en praktische gevolgen daarvan, de auteur van noot 3 in *Liber Amicorum NBW* pag. 167.

<sup>5)</sup> De geciteerde OW-artikelen zijn die van de Invoeringswet 11e gedeelte, Stb. 1991-197. De verwijzingen naar de Parlementaire geschiedenis betreffen dezelfde wet: Kamerstukken 18 998;

de toekomst en bij wijze van wetstechnisch uitgangspunt. Ook waar het oude en nieuwe recht identiek zijn, vindt dus een regime-wisseling plaats, alleen 'voelt' men die niet. Waar er wèl verschillen zijn, zou er door zo'n regime-wisseling meestal één pijn lijden. Concreter: de nieuwe wet geeft ruimere opschortingsbevoegdheden (onzekerheidsexceptie) met daaraan een automatisch gekoppeld, sterker retentierecht (verhaalsrecht met voorrang); het 'risico' gaat ook bij de koop van een specieszaak straks pas over met de aflevering ervan; de ontbinding wegens wanprestatie heeft straks noch zakelijke werking noch terugwerkende kracht. Duidelijk geldt hier: de een zijn nood, is de ander zijn brood. 'Terugwerkende kracht' levert dit alles echter niet op, want vóór 1-1-'92 mocht de retentor zich niet verhalen op de zaak; moest de koper wèl de prijs betalen voor de verbrande auto; kon de onbetaalde leverancier in faillissement wèl zijn zaak opeisen. Ook deze quasi-terugwerking behoeft niettemin vaker correctie.

Het slechts formele, technische karakter van het uitgangspunt van onmiddellijke werking verdient thans uitwerking. Ook al is het NBW moderner, rechtvaardiger, duidelijker, omvattender etcetera dan het oud BW, die voorkeur is niet of nauwelijks van invloed geweest op de uiteindelijk vastgestelde verwijzingsregels per afzonderlijk probleemtype. Naast gewichtige factoren als praktische toepassings-eenvoud en innerlijke consistentie bij samenhangende regelingen, speelt bij de keuze tussen oud en nieuw recht een hoofdrol het beginsel van eerbiediging van 'verkregen rechten' (rechtszekerheid): het zo min mogelijk beschamen van in vertrouwen op het toenmalige recht geaccepteerde en bewerkstelligde rechtsgevolgen. Dit beginsel is met name vastgelegd in de materiële hoofdregel van art. 69 Ow:

door het *enkele* van toepassing worden van het nieuwe recht gaat geen eerder verkregen vermogensrecht (incl. vorderingsrechten) verloren (sub *a*); gaat een schuld niet op een ander over (sub *b*); wordt het bedrag van een vordering niet gewijzigd (sub *c*); ontstaat uit anterieure feiten geen vorderingsrecht (sub *d*); komt geen beperkt recht op een goed te rusten (sub *e*).

Het woordje 'enkele' is hierboven niet zonder reden cursief gezet. Noch het achterliggende beginsel, noch de regel zelf verbiedt het om dergelijke nieuwe rechtsgevolgen, als in sub *a* t/m *e* bedoeld, toch vanaf 1-1-1992 te verbinden aan anterieure toestanden, *mits in combinatie met* een nieuw feitelijk of juridisch gegeven. De regel als zodanig verbiedt het ook niet de inhoud of connexe bevoegdheden van vorderingsrechten te verruimen of in te perken. De uitoefening door een partij van een 'nieuwe' bevoegdheid (bijvoorbeeld tot opschorting en ontbinding 'bij voorbaat') kan lei-

den tot het verlies van een voorheen liquide vorderingsrecht voor diens wederpartij. Uitoefening van de nieuwe rechterlijke wijzigings- of matigingsbevoegdheid kan een nieuw vorderingsrecht creëren c.q. het bedrag van een vordering wijzigen. Uitgaande van de formele hoofdregel van onmiddellijke werking (art. 68a lid 1 Ow) is, met inachtneming van de materiële hoofdregel van art. 69 Ow (rechtszekerheid), per NBW-artikel bepaald of dit vanuit praktisch en rechtspolitek gezichtspunt 'inderdaad' onmiddellijk en integraal mag inwerken op bijvoorbeeld overlopende overeenkomsten, dan wel dat het oude recht daarop integraal van toepassing blijft (eerbiedigende werking; art. 68a lid 2 Ow), dan wel dat het oude recht slechts tijdelijk wordt geëerbiedigd en dus het nieuwe recht een uitgestelde werking krijgt toegemeten. Bovenbedoelde artikel-/probleem-gerichte benaderingswijze leidt ertoe dat binnen één onderwerp als de 'koopovereenkomst' alle overgangsrechtelijke werkingsvarianten en constructies toepassing kunnen vinden, zonder dat dit voor de concrete casus tot problemen behoeft te leiden. Als eerder gezegd, geeft de Toelichting respectievelijk MvA telkens aan of en waarom – conform de technische hoofdregel – ook op inhoudelijke gronden voor onmiddellijke werking van het nieuwe recht is gekozen, dan wel waarom – maar dan dus expliciet in de vorm van een bijzondere verwijzingsregel of constructie – een andere (eerbiedigende, uitgestelde) werking meer passend is geacht. Juist vanwege deze technische hoofdregel is onmiddellijke werking niet telkens afzonderlijk verordonneerd maar stilzwijgend verondersteld. Slechts de op de rechtszekerheid van art. 69 of op efficiency, parallelle en dergelijke geïnspireerde eerbiedigingsvarianten en constructies hebben een eigen wettekst gekregen.

Over de resterende algemene bepalingen kan ik korter zijn. Art. 71 Ow bepaalt dat een anterieure verwijzing in een beding naar de *oude* wet 'geacht' wordt een verwijzing naar de (overeenkomstige regeling van de) *nieuwe* wet in te houden, *tenzij* zulks niet in overeenstemming met de oorspronkelijke strekking zou zijn. Sluit de oorspronkelijke strekking aan bij de nieuwe wet, dan is ook een uitleg conform die nieuwe regel, passend binnen het nieuwe systeem, aangewezen. Het staat de belanghebbende echter vrij om het tegendeel te bewijzen, derhalve dat niets meer of minder dan de oude regeling tot eigen contractsinhoud was uitverkoren. Naarmate de afwijking tussen oud en nieuw groter is, zal die bewijslast de belanghebbende lichter vallen. Niettegenstaande de op maximale geldigheid gerichte nulliteitenregels (art. 79-81) zal men – maar dan vanuit het nieuwe materiële recht bezien – geen eerbiediging mogen verwachten van oude bedingen die er louter toe strekten nieuw dwingend recht te ontlopen.<sup>6)</sup>

<sup>6)</sup> VV II pag. 4; MvA II pag. 7.

Art. 74 *Ow* geeft een regeling voor ten tijde van de invoering al *aanhangige procedures*. De meer procesrechtelijke materie van lid 1 en het bij de wijzigingen van Rechtsvordering behorende overgangsrecht (Inv.wet 12e gedeelte, Titel 4) vallen buiten dit bestek.

Conform de formele overgangsrechtelijke hoofdregel voor materieelrechtelijke kwesties wordt ook in al *aanhangige procedures* onmiddellijk werkend NBW-recht direct van toepassing. Waar voor een bepaalde regeling op goede gronden voor onmiddellijke werking is gekozen, behoort het geen verschil te maken of partijen nog onderhandelen of slechts via conclusies communiceren. Echter, men bedenke wel dat deze onmiddellijke werking slechts geldt voor de periode ná 1-1-1992 en dan nog slechts voorzover daarop door de (andere) algemene hoofdregel van art. 69 ('verkregen rechten') en de bijzondere verwijzingsregels geen 'inbreuk' wordt gemaakt. Aangezien op alle wanprestaties van vóór 1-1-1992 het oude recht van toepassing blijft (art. 182 *Ow*), zal het feitelijk substraat van deze onmiddellijke werking in lopende procedures over overlopende contracten gering zijn. Met name valt te denken aan een beroep op nieuwe bevoegdheden van partijen of rechter. Voor deze uitzonderingsgevallen (zie voor enkele voorbeelden de *MvA II* pag. 12) bepaalt art. 74 lid 2 *Ow* dat de rechter partijen op hun verzoek of ambtshalve in de gelegenheid stelt hun stellingen aan te passen. Een waarborg tegen chicanes is ingebouwd. Is in hoogste feitelijke instantie al gefourneerd, dan maakt de rechter zelf uit of daarvoor nog voldoende aanleiding bestaat. In en na cassatie komt het nieuwe recht in beginsel niet meer aan de orde (lid 4).

Art. 75 *Ow* tenslotte behelst de wijze erkenning van de wetgever dat ook waar na zoveel studie en discussie gekozen is voor toepassing van het nieuwe recht op overlopende situaties, daaruit voortvloeiende ongerijmdheden toch op voorhand niet uitgesloten, maar wel gekeerd moeten kunnen worden. Twee typen gevallen worden hiertoe onderscheiden:

1. dwingende analogieën met gevallen van uitgestelde of eerbiedigende werking;
2. in concreto naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare uitkomsten.

Het eerste geval betreft in wezen herstel van een 'vergissing' van de wetgever zelf. Het tweede geval, dat ziet op een marginale, incidentele billijkheidscorrectie, heeft onderscheiden kritiek uitgelokt. Enerzijds zou dit tot misbruik uitnodigen: gemakzucht en Calimero-klachten. Anderzijds zou daaraan geen behoefte bestaan omdat het NBW zelf al via art. 6:2 lid 2 en 6:248 in zo'n vangnet voorziet. De verwijzing in het tweede kritiekpunt ontkracht die van het eerste, terwijl dit tweede zelf geen inhoudelijk bezwaar inhoudt. Lid 2 zet de artikelen 69 ('verkregen rechten') en

72 t/m 73a (termijnen) onder dezelfde marginale relativiteitsmogelijkheid. Niet noodzakelijk is het effect van een en ander te beperken tot de (omgekeerde) keuze voor onmiddellijke dan wel eerbiedigende werking. Ook nuancering lijkt – als het mindere – in de rechterlijke bevoegdheid begrepen. Voor zover de grammatica van art. 75 al ongerechtvaardigde beperkingen stelt aan het bereik van dit uitzonderlijke overgangs-vangnet, zal hopelijk de materiële correctiemogelijkheid die – dan nog uitzonderlijker – taak kunnen overnemen.<sup>7)</sup>

## BIJZONDER DEEL

### 3. Nakoming

*a. Nakoming van verbintenissen; Afdeling 6.1.6. NBW; art. 177-179 Ow*  
Afdeling 6.1.6 NBW treedt goeddeels in de plaats van de art. 1417 e.v. BW en regelt naast wijze, plaats, tijdstip en andere modaliteiten van (verschuldigde; bevrijdende) nakoming/betaling onder meer ook de complicaties ten aanzien van de bij de betaling betrokken *dramatis personae* (onbekwaamheid; derde-betaler c.q. -ontvanger e.d.). Inhoudelijk zijn er – indien de rechtspraak onder het oude recht wordt verdisconteerd – nauwelijks verschillen. Onmiddellijke werking – conform het formele *Ow*-uitgangspunt – levert dus in elk geval geen probleem op voor dergelijke vanaf de inwerkingtreding gestelde handelingen c.q. te maken kwalificaties. In de regel zullen deze nieuwe regels óók op anterieure gegevens voor de toekomst kunnen worden toegepast. Dit mag echter niet zover gaan dat daarmee gerechtvaardigde verwachtingen ontleend aan het ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst c.q. de betaling geldende recht, beschaamd mogen worden.

– Art. 69 *Ow/4 Wet AB* verzetten zich ertegen dat door een afwijkende nieuwe bepaling *ex nunc* een eerder tenietgegangene schuld zou herleven c.q. een nog openstaande vordering teniet zou gaan (vgl. *MvT* pag. 84). Explicitering behoeft zulks niet, want op grond van het algemeen deel wordt dan automatisch art. 68a lid 1 gecorrigeerd door art. 69 sub a en d. Overigens kiest de *Ow* hier, ook waar (wellicht) marginale verschillen met het oude recht bestaan (6:30,2; 31; 40 sub b), voor onmiddellijke werking. Hierop wordt voor twee bepalingen een uitzondering gemaakt, omdat daar sprake is van wezenlijke verschillen.

– Art. 6:41 sub b/art. 178 *Ow*. Krachtens art. 1429 BW was de verbintenis tot aflevering van een specieszaak een haalschuld, die van *genuszaken*

<sup>7)</sup> *MvA II* pag. 14; H. Stein, *Preadvies NJV* 1985, pag. 262 e.v.; A.S. Hartkamp, *Liber Amicorum NBW*, pag. 151 e.v.

echter een *brenghschuld*. Mede om de plaats van aflevering en betaling in de regel te doen samenvallen kent art. 6:41 slechts haalschulden. Partijen met een anterieure overeenkomst behoren hierdoor niet verrast te worden: art. 178 Ow eerbiedigt voor zo'n geval het brenghschuld-karakter bij soortzaken.

– Art. 6:50/art. 179 Ow. Krachtens art. 1430 BW schiepen 3 kwitanties voor achtereenvolgende termijnen een bewijsvermoeden voor de betaling van daaraan voorafgaande termijnen. Art. 6:50 acht daartoe reeds een tweetal voldoende. Art. 179 beschermt de crediteur uit een anterieure overeenkomst door art. 6:50 (slechts) voor anterieure kwitanties uit te schakelen.

*Casus*: kwitanties uit november en december 1991 scheppen dus per 1-1-1992 geen betalingsvermoeden voor oktober 1991. Daarvoor is nog een kwitantie van januari 1992 nodig. Kwitanties van januari en februari 1992 scheppen echter wel zo'n vermoeden voor december 1991. De vertrouwensbescherming ligt weliswaar vast in de hoofdregel van art. 69 Ow, maar de wetgever zelf mag daarvan weer afwijken, net als van art. 4 Wet AB. Voor dit nakomingsleerstuk is dat ook gebeurd door aan een drietal nieuwe bepalingen desondanks onmiddellijke werking te geven met het daaraan eigen quasi-terugwerkende effect.

– Art. 6:33 en 36 NBW; art. 177 Ow

Art. 1424 BW gaf een verhaalsactie aan de debiteur die andermaal moet betalen, omdat zijn eerdere betaling aan de crediteur zelf wegens een gelegd beslag of gedane oppositie tegenover de daarbij betrokken derden niet kon worden ingeroepen. Art. 6:33 breidt dit verhaalsrecht tegen de ware crediteur uit tot andere gevallen van diens inningsonbevoegdheid. Het oude recht kende dan hooguit een verrijkingsactie (die blijkens art. 190 Ow niet wordt omgezet in één uit art. 6:212). Art. 177 Ow heeft – terecht – geen medelijden met deze crediteur en kent deze debiteur het nieuwe vorderingsrecht van art. 6:33 toe.

In de spiegelbeeldsituatie van een bevrijdende betaling aan een niet-inningsbevoegde, kende art. 1422 BW geen enkele vergelijkbare voorziening, en was de ware gerechtigde dus eveneens slechts op een eventuele verrijkingsactie aangewezen. Art. 177 Ow geeft de aldus onbetaald gebleven crediteur, mits dan aan alle vereisten van (art. 6:34/35 jo.) art. 36 is voldaan, per de invoeringsdatum direct deze nieuwe verhaalsactie tegen de onterechte ontvanger. Ook hiermee wordt dus door de enkele invoering een nieuwe vordering/schuld gecreëerd.

De tweede volzin van art. 177 Ow geeft voor beide gevallen een eigen verjaringsregeling.

– Art. 6:42 NBW; art. 177 Ow

Art. 6:42 regelt net als zijn voorloper art. 1420 BW het wat specieuze geval van de beperkte mogelijkheid tot terugvordering van een onbevoegd afgeleverde zaak, mits tegen vervanging en zonder redelijk bezwaar van de ontvanger/zaakscrediteur. Juist omdat 1420 BW niet tot leven is gekomen en de reikwijdte ervan dus onzeker is, kent art. 177 Ow onmiddellijke werking toe aan het nieuwe art. 42.

Vermelding verdient voorts nog dat de in Afdeling 6.1.6 genoemde opschortingsrechten van art. 37 (onzekerheid over ware inningsgerechtigde), art. 48 lid 3 en 49 lid 4 (weigering van genoegzaam bewijs van kwijting) onmiddellijke werking toekomt op grond van het aanstonds te bespreken art. 180 Ow.

*Casus*: debiteur A heeft in december 1991 aan crediteur B betaald in weerwil van een (niet in beslag gelegen) beletsel als bedoeld in art. 6:33, dat tot betaling aan C had moeten leiden. A wordt door C in februari 1992 tot betaling aangesproken voor dezelfde schuld. Komt A het goede trouw-verweer van art. 6:34 toe, dan krijgt C van art. 177 Ow het directe verhaalsrecht op B ex art. 6:36. Slaagt A's beroep niet, dan krijgt hijzelf van art. 177 Ow het directe verhaalsrecht op B ex art. 6:33. Had A in weerwil van een beslag door C betaald, dan had hij reeds een regresrecht op grond van het ex art. 69 sub a Ow dan gehandhaafde art. 1424 verkregen. Heeft A reden tot twijfel aan B's positie, dan is zulks voor zijn opschortingsbevoegdheid ex art. 6:37 slechts relevant voor eventuele vanaf 1-1-1992 nog te verrichten betalingen, zij het inclusief voordien verschuldigde bedragen.

*b. Opschortingsrechten; Afdeling 6.1.7 c.a. NBW; art. 180 Ow*

Art. 180 Ow bepaalt, geheel in het algemeen, dat op de door het NBW geregelde opschortingsbevoegdheden – retentierechten daaronder begrepen – met onmiddellijke werking vanaf de invoering een beroep kan worden gedaan, indien per die datum (dus ook indien reeds eerder: MvT pag. 27 en 63) aan alle daartoe gestelde NBW-vereisten is voldaan.

Het huidige recht kent behalve de *exceptio n.a.c.* bij koop (art. 1510) en enkele incidentele retentierecht-bepalingen geen algemene regels. Wel wordt in de rechtspraak en literatuur de opvatting gehuldigd dat het hier slechts voorbeelden betreft van reeds thans bestaande ongeschreven hoofdregels. Bij voldoende nauw verband tussen over en weer bestaande vorderingen mag nu reeds in beginsel worden opgeschort; en wanneer de aldus opgeschorte verbintenis ziet op de afgifte van een zaak, mag deze zaak worden teruggehouden. Het NBW legt een en ander in algemene re-



gels vast (Afd. 6.1.7.; Afd. 3.10.4) met bijzondere uitwerkingen voor onder andere wederkerige overeenkomsten, inclusief de belangrijke nieuwe 'onzekerheidsexceptie' van art. 6:263. Vanaf de invoeringsdatum kan op grond van art. 180 Ow een crediteur van een opeisbare, nog niet nagekomen verbintenis derhalve de voldoening van zijn eigen daarmee voldoende verknochte of direct daartegenover staande schuld opschorten.

Deze onmiddellijke werking geldt voor alle algemene en bijzondere opschortingsrechten. Zulks ongeacht de aard van de overeenkomst, en ongeacht of dezelfde voor 1-1-1992 al aanwezige feiten toen geen dergelijke opschorting rechtvaardigden. Uiteraard bepaalt de nieuwe wet behalve de vereisten ook de modaliteiten van de uitoefening van deze bevoegdheid: derdenwerking (6:53 en 3:291); tussenkomen schuldeisersverzuim en zekerheidsstelling (6:54 en 55 jo. 264); overleving na verjaring (6:56). De parlementaire stukken benadrukken dat deze onmiddellijke werking – ook voor wat betreft het met een verhaalsrecht versterkte retentierecht – niet in strijd is met art. 69 sub d Ow. Immers, er wordt geen nieuw *vorderingsrecht* op basis van zuiver anterieure feiten gegeven, maar slechts een *bevoegdheid* die ook pas vanaf de invoeringsdatum kan worden ingeroepen. Het eerder over de ontwikkeling binnen het oude recht gestelde, maakt ook dat art. 180 Ow geen beschermenswaardig vertrouwen beschaamt.

*Casus:* A heeft medio 1991 de ombouw c.q. uitbreiding van een machine van B aangenomen. Als B vanaf december 1991 goede gronden heeft voor de vrees dat A in zodanige financiële (technische etc.) problemen verkeert dat het werk niet af zal komen, dan heeft hij op grond van 6:263 jo. 180 Ow het recht om zijn termijnbetalingen vanaf januari 1992 op te schorten. Indien omgekeerd A terecht vreest dat B zijn betalingsverplichtingen niet zal kunnen nakomen, mag hij vanaf de invoeringsdatum het werk opschorten en krijgt hij dan ook het retentierecht van art. 3:290, dat veelal sterker zal zijn dan een op de machine gevestigd pandrecht (art. 3:291). A's retentierecht zal zelfs voor de reeds in 1991 gemaakte zorgkosten (ex 3:293) gaan gelden. Het onder het oude recht geldende vereiste voor een eigen reeds opeisbare vordering wordt derhalve door het onmiddellijk werkende art. 6:263 opzijgezet.

*c. Schuldeisersverzuim; Afdeling 6.1.8; art. 181 Ow*

Behoudens de consignatie na een aanbod van gerede betaling (art. 1440 e.v. BW) kende de oude wet geen regeling van het schuldeisersverzuim. Wel neemt men aan dat de twee basisgevallen van art. 6:58 en 59 (aan de crediteur toerekenbare verhindering van de prestatie resp. bevoegde opschorting door debiteur) in beginsel reeds thans tot dezelfde gevolgen lei-

den als onder het NBW (blokkade tenzij eventueel debiteursverzuim (61), verlichting debiteurs-aansprakelijkheid (64)). Onmiddellijke werking stuit derhalve – voor zover geen strijd met art. 69 Ow ontstaat – niet op bezwaar: ook op een anterieur aangevangen en per de invoeringsdatum nog voortdurend schuldeisersverzuim, wordt dus dadelijk de nieuwe regeling van toepassing. Vanaf dan kan de rechter ook dadelijk ex art. 6:60 een eis tot bevrijding van de debiteur (eventueel onder voorwaarden) toewijzen (P.M.: geen 'automatisch' rechtsverlies, dus ook geen strijd met art. 69 sub a Ow). Niet uitgesloten is dat aan het eveneens onmiddellijk werkend verbod van executiemaatregelen (art. 62) gederogerd wordt door art. 69 Ow ('verkregen recht').<sup>8)</sup> Evenzo zal de onmiddellijke aanspraak van de debiteur ex art. 6:63 jo. art. 68a Ow op vergoeding van zijn kosten door de werking van art. 69 Ow voor het anterieure deel beheerst blijven door het oude recht. Ook de verlichting van zijn aansprakelijkheid ex art. 6:64 en 6:65 geldt op dezelfde grond slechts voor posterieure gebeurtenissen: de anterieure risico's blijven geregeld door het oude recht (met waarschijnlijk hetzelfde gevolg).

– *Art. 181 Ow* eerbiedigt de nu eenmaal afwijkende oude regeling voor een anterieur aanbod en consignatie conform art. 1440 e.v. BW jo. 794 e.v. Rv. De daaruit voor de debiteur voortvloeiende bevrijding laat zich niet goed inpassen in het stelsel van art. 6:60 en 67 e.v.

*Casus:* verkoper V heeft transportbedrijf T ingeschakeld om conform het nog in 1991 gesloten contract een grote partij televisies bij koper K af te leveren. Ondanks V's tijdige aankondiging komt T voor K's gesloten deur en moet onverrichter zake terugkeren. Later – K blijft inmiddels incommunicado – wordt T's nog geladen en goed bewaakte container niettemin opengebroken en leeggehaald. Vond de afgesproken maar vergeefse aflevering plaats na de invoeringsdatum, dan beheerst Afd. 6.1.8 de gehele casus. Bij een aflevering vóór 1-1-1992 geldt in elk geval dat K per die datum volgens de nieuwe wet in verzuim is. Of de kosten op de vergeefse aflevering en bewaring voor K's rekening komen, wordt bepaald door het oude respectievelijk het nieuwe recht afhankelijk van hun voor respectievelijk na de invoering liggende datum. Rechterlijke bevrijding kan door V (thans nog afgezien van de risico-regeling bij koop; zie infra) in beide varianten vanaf 1-1-1992 gevorderd worden, waarbij voor de eventueel op te leggen 'voorwaarden' onder andere de verzekeringspositie verdisconteerd kan worden. De MvT pag. 85 onderscheidt tussen de risico-verlichting ex art. 6:64 respectievelijk de bevrijding van V ex art. 6:65 zien

<sup>8)</sup> MvT pag. 85.

slechts op posterieure niet aan V toerekenbare beletselen (daargelaten een eventueel identiek resultaat onder het oude recht). Dit is een uitvloeisel van de regel van art. 69 sub a Ow (geen verlies van een al verkregen vermogensrecht). Een anterieure individualisatie van af te leveren soortzaken leidt niettemin – zonder spanning met art. 69 Ow – tot bevrijding van V met onmiddellijke ingang per 1-1-1992 ex art. 6:65 voor sindsdien opgekomen ‘verslimming’ van die zaken, voorzover niet aan V op de voet van art. 6:64 toerekenbaar.

#### 4. Niet-nakoming, Afdeling 6.1.9 NBW; art. 182/183 Ow

Het belangrijkste overeenkomsten-thema voor de rechtspraak is dat van wanprestatie en overmacht. Het NBW houdt terzake behalve een nieuwe terminologie ook afwijkende criteria, maatregelen en rechtsgevolgen in. Men denke aan criteria als niet/niet tijdig/niet behoorlijk presteren respectievelijk tijdelijke c.q. blijvende onmogelijkheid van nakoming, aan het afschaffen van de terugwerkende kracht en zakelijke werking van de ontbinding, aan de introductie van de ‘anticipatory breach’-regel en van de ontbinding bij overmacht, aan de nieuwe verzuim- en schadevergoedingsregels e.t.q.. De cruciale vraag voor het overgangsrecht is in hoeverre al deze nieuwe regels onmiddellijk mogen gaan werken voor gevallen van ‘niet-nakoming’ in ‘overlopende’ overeenkomsten. De gevolgen van reeds geheel in of buiten rechte afgewikkelde wanprestatie of overmacht worden uiteraard geëerbiedigd en met niet-nakoming in posterieure contracten heeft het overgangsrecht evenmin van doen. Met het oordeel dat de Afdelingen 6.1.9. en 10 jo. 6.5.5 een beter doordacht en meer omvattend stelsel bieden dan het oude recht, kan men deze vraag niet afdoen. Anderzijds kan ook de fictie niet beslissend zijn dat partijen bij anterieure contracten vertrouwd zouden hebben op de blijvende toepasselijkheid van het oude wanprestatierecht.

– Art. 182 Ow hanteert de datum van de tekortkoming als waterscheiding. Een tekortkoming vóór de invoeringsdatum wordt en blijft voor *alle* gevolgen beheerst door het oude recht. Dit geldt ook voor voortzetting ná de invoeringsdatum van dezelfde tekortkoming (uitblijven van de verschuldigde prestatie) alsook voor pas nadien daardoor opgekomen schade. De cursivering van ‘alle’ gevolgen geeft aan dat onder andere ook de oude schadevergoedings- en ontbindingsregeling voor die anterieure tekortkomingen geëerbiedigd blijft. Omgekeerd volgt uit art. 182 dat alle gevolgen van tekortkomingen ná 1-1-1992 – ook voor anterieure overeenkomsten – door het NBW geregeerd worden. De ‘kwalificatie’-vraag – is er sprake van wanprestatie c.q. overmacht?

recht beantwoord, afhankelijk van de datum van de tekortkoming.<sup>9)</sup> In dit verband herinner ik eraan dat ‘tekortkoming’ in het NBW wel een neutraal maar geen kleurloos begrip is. Neutraal, omdat de al dan niet toerekenbaarheid ervan beslist of van wanprestatie danwel overmacht sprake is; niet kleurloos, omdat het slechts ziet op de ‘niet-nakoming’ van reeds opeisbare verbintenissen vanaf het moment dat de debiteur ‘in verzuim’ is (voor zover § 2 van Afdeling 6.1.9 ook toepasselijk is).<sup>10)</sup>

Van belang is de constatering dat Art. 173 Ow – ondanks de ruime aanhef ‘toepasselijkheid van de bepalingen der wet omtrent aansprakelijkheid en schadevergoeding’ – niet ziet op de gevolgen van tekortkomingen in de nakoming van verbintenissen. Art. 182 Ow geeft daarvoor een derogerende *lex specialis*. Anders dan voor met name de wèl door art. 173 Ow geregelde o.d.-aansprakelijkheid en -schadevergoeding is bij wanprestatie het ontstaan c.q. bekend worden van de schade irrelevant. Slechts bij zogenaamde samenloopacties zal de anterieure wanprestatie – maar dan als o.d. en dus (goeddeels) geabstraheerd van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen – mede beoordeeld kunnen worden naar het nieuwe schadevergoedingsrecht.<sup>11)</sup>

Ik herinner voorts aan het hierboven al besproken art. 180 Ow. De nieuwe opschortingsrechten krijgen wèl onmiddellijke werking, ook voor anterieure toestanden. Zo’n recht ontstaat immers niet als het rechtsgevolg van een tekortkoming, maar is een van meet af aan sluimerende bevoegdheid van iedere debiteur jegens zijn crediteur die zelf in gebreke blijft. De rechterlijke matigingsbevoegdheid ten aanzien van de contractuele boetes (art. 6:96) kan als tekortkomingsgevolg op grond van art. 182 Ow slechts aan de orde komen, indien het een posterieure tekortkoming betreft. Echter ook dan wordt een geldig anterieur beding dat zo’n matiging uitsloot – ondanks het dwingende art. 94 lid 3 – wegens zijn onmiskenbare strekking geëerbiedigd op grond van art. 71 Ow (zie pag. 13 en noot 6 supra). Die eerbiediging vindt slechts haar beperking in de derogerende goede trouw van het oude recht. De eveneens dwingend- rechte(r)lijke matigingsmogelijkheid van de wettelijk verschuldigde schadevergoeding ex art. 6:109 geldt evenzeer alleen voor posterieure tekortkomingen. Immers alle gevolgen van anterieure tekortkomingen, inclusief de begroting van de schade en bepaling van de vergoeding worden ex art. 182 Ow door het oude recht beheerst. In zo’n geval mist dus ook art. 6:104 (winstafdracht)

<sup>9)</sup> MvT pag. 86.

<sup>10)</sup> J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, par. 366; A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het NBW*, par. 270.

<sup>11)</sup> MvT pag. 79, 86 en 96; MvA II pag. 31.

toepassing (anders dan in navolging van de vroegere parlementaire stukken wel wordt geleerd).<sup>12</sup>

– Art. 183 Ow stelt voor (de anterieure en) de posterieure tekortkoming in overlopende contracten de nieuwe verzuimregels van art. 6:83 sub a en b buiten werking. Het nieuwe (aan art. 1274 BW tegengestelde) vermoeden dat een termijn-beding voor de voldoening ook een ‘fataal’ karakter heeft, geldt dus niet voor anterieure verbintenissen. Ook de wettelijke schadevergoedingsverbintenis uit wanprestatie en o.d. draagt voor die oude contracten niet automatisch de wettelijke rente.

*Casus:* A accepteert op 24 december 1991 B's reparatie-opdracht voor diens auto. Afgesproken wordt dat B uiterlijk op oudejaarsmiddag de auto kan ophalen. Op die dag is de auto echter nog niet gereed. Alleen als men die afspraak ex 1274 BW toch als een fatale termijn zou mogen aanmerken, is A alsdan reeds in gebreke, en regeert dus het oude recht alle wanprestatie-gevolgen. Dit geldt ook voor B's steeds verder oplopende schade als gevolg van het nog langer tot eind januari moeten wachten op de auto. Wordt echter tijdens deze reparatie ná 1-1-1992 een ander onderdeel van de auto toerekenbaar aan A, beschadigd, dan geldt voor de gevolgen dáárvan het nieuwe recht. In het andere geval (geen fatale termijn) zal B eerst A nog ingebreke moeten stellen, met als consequentie dat eerst onder het NBW-regime van een tekortkoming sprake kan zijn en dus ook het nieuwe recht alle gevolgen daarvan zal beheersen. Dit ligt – ook voor de noodzaak tot ingebrekestelling – niet anders indien aflevering op 2 januari 1992 bedongen zou zijn. In beide laatste gevallen zal bij een tenietgaan van de inmiddels gerepareerde auto in A's garage door brand ten gevolge van een A niet toerekenbare tekortkoming (overmacht), B op basis van het inmiddels toepasselijke art. 6:78 eventuele in verband daarmee genoten voordelen (verzekeringsspenningen) bij wijze van schadevergoeding aan A moeten afstaan. In het allereerste geval (fatale termijn vóór 1-1-1992) is dat onzeker (zie art. 1481 BW). In dit geval is B onder het oude recht automatisch bevrijd van zijn betalingsverplichting voor de reparatie. In de beide andere varianten zal B daartoe met een beroep op art. 6:265 de overeenkomst moeten ontbinden.

<sup>12</sup>) VV I pag. 6 en MvA I pag. 8.

## 5. (Consumenten)koop; Titel 7.1 NBW; art. 196 Ow<sup>13</sup>

Het nieuwe kooprecht verschilt in een aantal belangrijke opzichten van het huidige recht, ook afgezien van de doorwerking van algemene wijzigingen in basisleerstukken als verzuim, wanprestatie, schadevergoeding en dergelijke. Behalve aan de invoering van de dwingendrechtelijke regeling van de consumentenkoop, valt hierbij onder meer te denken aan de afschaffing van de risico-regel van art. 1496 BW en die van de verborgen gebreken regeling; aan de invoering van het flexibele conformiteitscriterium en de alternatieve aanspraken op meer specifieke vormen van genoegdoening bij non-conformiteit naast ontbinding en schadevergoeding of vernietiging wegens een wilsgebrek; aan de meer specifieke aan de LUVI ontleende schade-regeling en aan de verruiming van het reclamerecht (als compensatie voor het verval van de zakelijke werking van de ontbinding).

– *Art. 196, lid 1 Ow* kiest – vanwege de grote intensiteit en frequentie van koopcontracten, de veelal korte looptijd ervan en de bovenbedoelde wijzigingen – voor *uitgestelde werking* van het (gewone) nieuwe kooprecht op overlopende contracten. Pas vanaf 1-1-1993 wordt Titel 7.1 hierop van toepassing, zulks vanuit de gedachte dat zij dan merendeels onder het geëerbiedigde oude recht zullen zijn afgewikkeld; het relatief kleine aantal anterieure koopcontracten dat ook dit uitstel nog overleeft (vast kader met termijnleveranties), zal dan door partijen inmiddels zijn aangepast aan de nieuwe regels. Op vanaf 1-1-1992 gesloten koopovereenkomsten wordt Titel 7.1 uiteraard direct toepasselijk.

– *Art. 196, lid 2 Ow* sluit toepassing van de dwingende consumentenkoopregels op anterieure contracten geheel uit. Hoe rechtspolitiek wenselijk deze nieuwe bescherming ook moge zijn, de anterieure verkoper behoort daardoor niet te worden overvallen. Vanwege het vermoedelijk verwaarloosbare aantal langlopende consumentenkopen geldt hier geen uitstelnuance.

– *Art. 196, lid 3 Ow* maakt op de overgangsregeling van beide zojuist behandelde leden een belangrijke uitzondering. Indien zich ná de invoeringsdatum een tekortkoming (wanprestatie of overmacht) voordoet in de nakoming van een ‘gewone’ danwel consumenten-koop, dan geldt Titel 7.1 weer wel voor de gevolgen van deze niet-nakoming. Dit is geheel in overeenstemming met de onmiddellijke werking die art. 182 Ow bij

<sup>13</sup>) Het ontwerp en de MvT gingen nog uit van een geheel ander stelsel dan het huidige dat bij MvA II werd geïntroduceerd.

*posterieure* tekortkomingen in alle anterieure overeenkomsten aan het nieuwe recht toekent (zie par. 4 hierboven). Art. 182 en art. 196,3 Ow zien geen van beide op de gevolgen van anterieure doch ook na 1-1-1992 nog voortgezette tekortkomingen, die derhalve geheel door het oude recht (inclusief o.a. de verborgen gebreken-regeling) geregeerd blijven.

– Art. 196, lid 3 Ow bevat ook nog een bepaling die aan het nieuwe (ruimere) *reclamerecht* van Afd. 7.1.8. onmiddellijke werking toekent, mits daarop voor het eerst ná de invoeringsdatum een beroep wordt gedaan. Is derhalve het reclamerecht reeds in 1991 uitgeoefend, dan blijft dit beheerst door art. 1191 BW.

– Het *verkoperprivilege* van art. 1185 BW keert weliswaar onder het nieuwe recht niet terug, maar wordt ex art. 119 Ow geëerbiedigd voor zover het reeds aan anterieure verkopersvorderingen was verbonden; zulks met dezelfde oude rang ten opzichte van oude fiduciaire eigendom en nieuw bezitloos pandrecht.

– Art. 196, lid 4 Ow sluit toepassing van art. 7:7 uit op vóór 1-1-1992 ongevraagde ter aankoop toegezonden zaken (die de toekomstige ontvangers ervan gratis mogen behouden).

*Casus:* V levert aan K – restaurateur – juist voor de kerstdagen 1991 een nieuwe oveninstallatie die als laatste overjarig model tegen een voordelsprijs verkocht is. Bij de voorbereiding van het nieuwjaarsavondbanket raakt de oven ten gevolge van een latente fabricagefout oververhit, zodat K zijn gasten naar huis moet sturen. K zal in dit geval, hoewel zijn schade eerst onder het NBW-regime viel, nu de tekortkoming daarvóór lag, aangewezen zijn op de verborgen gebreken regeling. Art. 182 en 196, lid 1 (jo. lid 3) Ow sluiten toepassing van het nieuwe (koop-)recht op deze wanprestatiegevolgen uit. Dit wordt niet anders als V nog achteraf vergeefse reparatiepogingen op die nieuwjaarsmiddag verrichtte, want het gebrek is een voortzetting van de anterieure foutlevering.

Was het een kerstkoop van een gewone oven voor het woonhuis van de familie K geweest en had de aflevering met vergelijkbaar gebrek na 1-1-1992 plaats gevonden, dan staat aan K op grond van art. 196,3 – ondanks lid 1 – Ow het gehele nieuwe arsenaal van art. 7:21 en 22 ter beschikking. Op K rust de tijdige waarschuwingsplicht van art. 7:23. V's *contraire* algemene voorwaarden kunnen – ondanks hun eerbiediging ex art. 191 Ow – op grond van art. 7:6 niet aan K worden tegengeworpen.

*Casus:* Antiquair V verkoopt op 15 december 1991 aan K een antieke klok. Afsproken is dat V de klok op 10 januari 1992 bij K thuis zal brengen.

Door vuurwerk van onbekende vandalen brandt V's winkel in de vroege ochtend van 1 januari uit en van de klok resteert niets dan houtskool en gesmolten metaal (zie voor mijn bron in dezen: MvA I, pag. 6). Vanaf 15 december droeg K ex art. 1496 BW het risico. Op grond van het oude recht is V – door overmacht – van zijn leveringsplicht bevrijd en moet K hem 'gewoon' de prijs betalen. Art. 7:10 (risico gaat over bij aflevering) geldt immers nog niet (vgl. art. 196 Ow, lid 1 en 2). Ook al brengt art. 182 Ow (196 lid 3 Ow jo. 7:22 komt hier geen zelfstandige betekenis toe) mee dat K door V's niet-aflevering op 10 januari wél de tekortkomingsgevolgen van het nieuwe recht mag invoeren en dus ex art. 6:265 de koop mag ontbinden, K is daarbij niet gebaat. Art. 6:271 bevrijdt K immers slechts van de 'daardoor getroffen verbintenissen'. K's verbintenis tot betaling van de koopprijs en V's recht daarop liggen vast door art. 1496 BW als onderdeel van hun contractsinhoud. Ook aan art. 69 sub a Ow komt men dus niet toe. Een dergelijk risico-beding kan onder het nieuwe recht ook worden overeengekomen, zij het voor een consumentenkoop slechts bij standaardregeling (7:6).

*Casus:* V verkoopt en levert een machine aan K op 1 oktober 1991. K moet uiterlijk op 1 december betalen maar laat dit na. V heeft op grond van art. 1191 BW geen reclamerecht (HR NJ 1979,361), maar kan op grond van art. 196 lid 3 Ow wél vanaf 1-1-1992 profiteren van het nieuwe reclamerecht van Afd. 7.1.8, ook al was K al op 1 december in gebreke. De voor V gunstigste nieuwe vervalltermijn van art. 7:44 verstrijkt pas 6 weken na 1 december. De termijnregeling van art. 72/73a Ow deert V evenmin, want art. 196,3 Ow stelt zelf de termijn van art. 7:44 als maatstaf (vgl. MvA II pag. 137).

## 6. Varia

'Alles hangt met alles samen' en er is dus eigenlijk geen eind aan wat men in verband met (niet-)nakoming hier aan overgangsregels zou kunnen beschrijven. Teneinde dit 'verbindend principe' te illustreren tegelijk met het 'meesterschap der beperking', volgen hieronder nog enige varia.

– Afdeling 6.1.5 inzake *voorwaardelijke verbintenissen* verschilt van het oude recht (art. 1297 en 1301 BW) doordat ex art. 3:38,2 de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht (meer) toekomt. Is de voorwaarde vóór de invoering vervuld, dan blijft de oude terugwerkende kracht gehandhaafd; in het andere geval treedt de wél gehandhaafde zakelijke werking in vanaf het moment van die posterieure vervulling conform het nieuwe recht. Zie voor het lot van vruchten, kosten en schaden, anterieur: art. 630 e.v./658 e.v. BW respectievelijk posterieur: art. 3:120 jo. art. 95 Ow.

– Afd. 6.1.11 inzake verbintenissen tot *betaling van een geldsom* stemt goedgevoel met het geldende ‘ongeschreven’ recht overeen en kan dus met onmiddellijke werking worden toegepast. Art. 6:119 inzake de wettelijke rente krijgt al dan niet onmiddellijke werking overeenkomstig de regeling van art. 182 Ow: wèl voor verdragingschade van posterieure, níet voor die van anterieure tekortkomingen; in het eerste geval gaat de rente automatisch bij het intreden van het verzuim lopen, in het tweede geval blijft de aanzegging conform art. 1286 BW een vereiste.

– Afdeling 6.1.12 inzake *verrekening* biedt een aardige illustratie van overgangsrechtelijke wetgevingstechniek. Zou – hetgeen vóór HR, NJ 1988, 875 omstreden was – het oude recht de compensatie van rechtswege kennen, dan is er per 1-1-1991 niets anterieurs meer te verrekenen. Zou ook voorheen een verrekeningsverklaring vereist zijn, dan bestaat er tegen de onmiddellijke werking van het op die leest geschoeide nieuwe recht a fortiori geen bezwaar. Art. 6:130 geeft een ruimere beschermings/verrekeningsbevoegdheid aan de debiteur tegenover een onder bijzondere titel opgevolgde crediteur dan het geldende recht (vgl. art. 1467 en 1470 BW en HR NJ 1985, 213). Conform het beginsel van art. 69 Ow biedt art. 184 Ow de anterieure opgevolgde crediteur, beslaglegger en beperkt gerechtigde bescherming door terzake het oude recht te eerbiedigen.

*Art. 185 Ow* ziet op de verreken-problematiek bij rekening-courant verhoudingen, die naar huidig recht omstreden is en in art. 6:140 een aanvullende regeling vindt, die wijkt voor hetgeen anderszins uit de concrete rechtsverhouding voortvloeit. Onder hetzelfde flexibele voorbehoud creëert deze overgangsregel voor zover nodig een wettelijke verrekening tot één saldo per de invoeringsdatum conform het oude recht. Vanaf dat moment werkt 6:140 onmiddellijk.

– *Art. 194 Ow* kent vanaf de inwerkingtreding aan de ‘ondergeschikte’ van een ‘werkgever’ die door een exoneratie-beding verweer kan voeren tegen een vordering van zijn wederpartij, gebaseerd op een gedraging van die ondergeschikte, hetzelfde verweermiddel toe, indien die ondergeschikte rechtstreeks door die wederpartij voor dezelfde gedraging met een *paardesprong*-vordering wordt aangesproken. Deze onmiddellijke werking van art. 6:257 geldt ook voor zodanige anterieure gedragingen, zelfs indien zo’n paardesprong reeds vóór de invoeringsdatum in rechte ahangig was gemaakt. De MvA II pag. 36/37 rechtvaardigt deze ‘terugwerking’ met een beroep op de huidige anticiperende doctrine, en neemt daarbij een eventuele inbreuk op art. 69 sub a Ow voor lief.

– *Art. 195 Ow* geeft het overgangsrecht voor onder meer de *imprévision* van art. 6:258, in dezelfde geest als art. 165, 169 en 171 Ow de vergelijkbare rechterlijke aanpassingsbevoegdheid regelen bij erfdienstbaarheden, erfpacht en opstal. De kern van deze Ow-benadering is dat deze materiële

bepalingen wèl onmiddellijke werking voor overlopende rechtverhoudingen toekomt, maar dat de rechter daarbij niet mag letten op anterieure gewijzigde omstandigheden. Deze beperking van wat door de rechter bij een zo typisch op alle omstandigheden van het geval betrokken afweging verdisconteerd ‘mag’ worden, wordt gestoeld op art. 69 sub *d* (vgl. MvA I, pag. 8). Ook de inmiddels door de Hoge Raad gesanctioneerde anticipaties op de criteria van art. 6:258 hebben aan deze eerbiediging geen afbreuk kunnen doen. Wel wordt t.a.p. naar de aanvullende mogelijkheden van art. 1374 BW verwezen voor die ‘oude’ gewijzigde omstandigheden. Op het gevaar af ten onrechte een pleitbezorger te lijken voor een ruime *imprévision*-praktijk, betreur ik deze twee-wegen-leer in één casus op principiële gronden. Een klein sprongetje is te verkiezen boven een spaagaat, wil men uitglijders vermijden.

## 7. Besluit

Meer in de geest van het voorlaatst behandelde varium (art. 194; i.t.t. art. 195 Ow) valt te verwachten althans te hopen dat ook de rechterlijke toepassing van het overgangsrecht in gevallen van twijfel aan het antwoord conform het oude recht met terugwerkende kracht blijft anticiperen op het inmiddels geldende recht. In andere gevallen behoort evenwel – buiten de kaders van art. 75 Ow jo. 6:2, 216 en 248 – de uit onder andere art. 68a, lid 2 Overgangswet voortvloeiende eerbiedigende werking gerespecteerd te worden. In zoverre is immers noch het oude recht noch het overgangsrecht ‘wegwerp-recht’.

## OVER ZEKERHEIDSRECHTEN, HET OVERGANGSRECHT EN CONVERSIE EX LEGE TRANSITORIA

Mr A.I.M. van Mierlo

### 1. Inleiding

Op 1 januari 1992 is het zover! Ruim 43½ jaar nadat aan de Leidse hoogleraar E.M. Meijers (1880-1954) opdracht werd verleend een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen treedt, na het personen- en familierecht in 1970 en het rechtspersonenrecht in 1976, het nieuwe vermogensrecht – grotendeels – in werking.

Vanaf die datum zullen belangrijke gedeelten van het huidige recht niet meer van kracht zijn. In deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat het NBW reeds geldend recht is. Het huidige recht dat ná 1 januari 1992 niet meer van kracht zal zijn, duid ik – reeds nu vooralsdan – aan met de term 'oud recht'. Waar gesproken wordt van Overgangswet of Ow wordt bedoeld de regeling van het overgangsrecht, zoals neergelegd in het elfde gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (kamerstuk 18 998).

#### *1.1 Zakelijke zekerheidsrechten*

Het oude recht kende drie soorten zakelijke zekerheidsrechten: de eigendom tot zekerheid, het pandrecht (artt. 1196 e.v. BW) en het hypotheekrecht (artt. 1208 e.v. BW). De eigendom tot zekerheid kwam op zijn beurt weer voor in twee vormen: de eigendomsoverdracht tot zekerheid en het eigendomsvoorbehoud.

Het eerste stond ten dienste aan externe financiers (bankkrediet); het tweede strekte de onbetaalde verkoper/leverancier tot zekerheid (leverancierskrediet).

In het NBW komen eigendom tot zekerheid, pand en hypotheek eveneens voor. De eigendom tot zekerheid heeft evenwel een aanmerkelijke wijziging ondergaan. Het *overdragen* van eigendom tot zekerheid is niet meer mogelijk; een rechtshandeling die ten doel heeft een goed (i.e. een zaak of een vermogensrecht; vgl. art. 3:1) over te dragen tot zekerheid is geen geldige titel van overdracht van dat goed. Artikel 3:84 lid 1 eist voor overdracht een geldige titel; een overdracht zonder geldige titel is nietig.

Het *voorbehouden* van eigendom tot zekerheid wordt nog slechts toegelaten onder zekere beperkingen (art. 3:92, lid 2).

Het valt te verwachten dat de NBW-rechtspraktijk wordt geconfronteerd met zekerheidsrechten die nog onder het oude recht zijn gevestigd. Juist

in die gevallen waarin tussen het NBW en het oude recht terzake (aanmerkelijke) verschillen bestaan zal de vraag rijzen: wat geldt rechtens, oud recht, nieuw recht, of, wellicht oud én nieuw recht?

Het doel van deze bijdrage is de praktijkjurist die geconfronteerd wordt met 'oude' zekerheidsrechten een zeker handvat te bieden bij het beantwoorden van deze vraag.

## 1.2 Plan van behandeling

Mijn plan van behandeling is als volgt.

Allereerst zal ik (onder 2.) aangeven wat er in het NBW is geworden van de eigendom tot zekerheid, het pand- en hypotheekrecht. Daar waar tussen oud recht en NBW geen verschil bestaat zijn weinig overgangsrechtelijke problemen te verwachten. In zo'n geval geldt – onverkort – de in art. 68a, lid 1 Ow neergelegde (hoofd)regel van onmiddellijke werking van het NBW per 1 januari 1992. Juist bij (aanmerkelijke) verschillen/wijzigingen spelen andere bepalingen van overgangsrecht dan art. 68a, lid 1 Ow een rol.

Het is om die reden dat ik onder 2. voornamelijk aandacht zal besteden aan opmerkelijke verschillen/wijzigingen ten opzichte van het oude recht. De nadruk zal daarbij liggen op de eigendom tot zekerheid. Ik streef bij mijn weergave van het NBW op het punt van de zekerheden overigens niet, zo dat al mogelijk zou zijn, naar een uitputtende behandeling van alle verschillen tussen het NBW en het oude recht; volstaan wordt met een schets. Voor studies 'en detail' zij verwezen naar de – gebruikelijke – civielrechtelijke handboeken en monografieën. Onder 3. zal ik een aantal denkbare (en te verwachten) overgangsrechtelijke casusposities in het kader van de eigendom tot zekerheid bespreken.

Tenslotte zal onder 4. een vijftal vuistregels worden geformuleerd die van nut kunnen zijn bij het zoeken naar het antwoord op de vraag wat rechtens geldt in een geval waarbij men wordt geconfronteerd met een zekerheidsrecht dat onder het oude recht is gevestigd en dat ná 1 januari 1992 voortduurt.

## 2. 'Zakelijke' zekerheidsrechten naar NBW

### 2.1 Eigendom tot zekerheid

De eigendom tot zekerheid is aanmerkelijk gewijzigd. Van de beide loten van dezelfde stam is de overdracht tot zekerheid weg- en het eigendomsvoorbehoud teruggesnoeid. Een summiere schets.

### 2.1.a Eigendomsoverdracht tot zekerheid

#### 2.1.a.1 Ongeldigheid fiduciaire titels; alternatieven

Eigendomsoverdracht tot zekerheid is met ingang van 1 januari 1992 niet meer mogelijk (vgl. art. 3:84, lid 3). Het NBW biedt de rechtspraak evenwel een bruikbaar alternatief. Wie een ander goed dan een registergoed tot zekerheid voor de nakoming van een schuld wil verbinden, zal een pandrecht moeten vestigen. De mogelijkheden daartoe zijn in vergelijking met het oude recht uitgebreid. Voor de bestaande overdrachten tot zekerheid bevat de Overgangswet (art. 86 Ow) een bepaling die hierna onder 3.1.a.1 e.v. ter sprake zal komen.

#### 2.1.a.2 Vuistloos en stil pandrecht

Naast het met het oude recht overeenstemmende vuistpandrecht (ex art. 3:236, lid 1) respectievelijk openbaar pandrecht (ex art. 3:236, lid 2 jo. art. 3:94) bestaat de mogelijkheid tot vestiging van een zogenaamd vuistloos respectievelijk stil pandrecht. Kenmerkend voor beide laatstgenoemde pandrechten is – om met de woorden van het onder het oude recht in het kader van een eigendomsoverdracht tot zekerheid *constituto possessorio* gewezen Pluvier-arrest (HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433) te spreken – dat de zekerheidsverschaffing zich uitsluitend tussen de daarbij betrokken partijen afspeelt zonder dat zij op enigerlei wijze naar buiten behoeft te blijken. Bij de vuistloze verpanding behoeft het te verpanden goed (veelal: zaak) niet in de macht van de pandhouder of een derde te worden gebracht (vgl. art. 3:237). Bij de stille verpanding, veelal van vorderingen op naam, kan mededeling van de verpanding aan de debiteur van de betreffende vordering achterwege blijven (vgl. art. 3:239).

#### 2.1.a.3 Vestigingsvereisten

Voor de vestiging van een beperkt recht op een goed gelden dezelfde vereisten als in art. 3:84, lid 2 worden gesteld voor de overdracht van dat goed (vgl. art. 3:98). Voor de vestiging van een pandrecht is derhalve vereist een vestigings (= 'leverings')-handeling krachtens een geldige titel, verricht door iemand die bevoegd is over het te verpanden goed te beschikken. Anders dan voor de vestiging van een vuistpandrecht respectievelijk openbaar pandrecht is de vestigingshandeling voor een vuistloos respectievelijk stil pandrecht formeel (formeler) van aard. Art. 3:237 respectievelijk art. 3:239 vereist:

– een authentieke of geregistreerde onderhandse akte (vgl. lid 1). Meestal zal het hier gaan om een tweezijdige akte; strikt noodzakelijk is dat evenwel niet (vgl. 3:237/239, lid 1 met bijv. 3:89, lid 1 of 3:260, lid 1). Het pandrecht komt tot stand bij het verlijden van de authentieke akte respectieve-

lijk de registratie van de onderhandse akte op grond van de Registratiewet 1970 bij de Inspectie der Registratie en Successie. De dag van registratie is bepalend voor het ontstaan en de rangorde van het pandrecht; bij de authentieke akten is daarvoor de dagtekening van de akte bepalend.

– een beschikkingsbevoegdheidsverklaring door de pandgever (vgl. lid 2). Blijkens de Parlementaire Geschiedenis (P.G. Boek 3, pag. 749) is de naleving van deze verplichting géén vestigingsvereiste; geheel of gedeeltelijk ontbreken of onjuistheid van de verklaring leidt niet tot nietigheid van het pandrecht. Voor de pandhouder zal naleving van deze verplichting evenwel van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of hem behoorlijk onderpand wordt geboden. Daarnaast zal een afgegeven verklaring een rol van betekenis kunnen spelen in verband met vragen van goede trouw van de pandhouder (vgl. o.m. artt. 3:238 en 3:11).

#### *2.1.a.4 Toekomstige goederen*

De mogelijkheid van verpanding van toekomstige – dat wil zeggen door de pandgever nog 'in eigendom' te verwerven – goederen verschilt onder het NBW niet wezenlijk van die tot zekerheidsoverdracht van toekomstige zaken en vorderingen onder oud recht (vgl. in dat verband HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615, HR 15 maart 1991, RvdW 1991, 79 en art. 35, lid 2 NFW). Voor een geval van dubbele verpanding bij voorbaat bepaalt het NBW dat de oudste verpanding bij voorbaat in rang prevaleert (zie art. 3:98 jo. art. 3:97, lid 2 NBW; zie voorts in verband met laatstgenoemde bepaling: HR 25 januari 1991, RvdW 1991, 41). In zo'n geval kan bij zaken een rangwisseling optreden in geval de tweede vuistloze pandhouder te goeder trouw als eerste de feitelijke macht over de zaak verkrijgt (zie art. 3:238, lid 2 en hierna onder 2.1.a.5).

#### *2.1.a.5 Dubbele verpanding*

In gevallen van een vuistloze of stille verpanding is de kans groot dat een pandgever een bepaald vermogensbestanddeel tweemaal tot zekerheid voor de nakoming van de schuld verbindt. Het gaat hier om een fenomeen dat reeds onder het oude recht bekend was. Daar betrof het dan de overdracht tot zekerheid 'in tweede verband'. Voor de 'tweede' zekerheidseigenaar waren de gevolgen veelal pijnlijk; meestentijds stond hij met lege handen (vgl. bijv. HR 15 maart 1991, RvdW 1991, 79).

Naar NBW is dat anders. Na een eerste verpanding kan de pandgever een tweede – in rang bij het eerste pandrecht ten achter staand – pandrecht vestigen. Rangwisseling treedt enkel op, indien de tweede pandhouder – ingeval van een vuistloos pandrecht – afgifte van de verpande zaak verkrijgt (al dan niet op grond van het bepaalde in art. 3:237, lid 3) en op

dát moment bescherming geniet op grond van art. 3:238, lid 2. Een dergelijke rangwisseling doet zich niet voor bij een dubbele stille verpanding; een bijzondere beschermingsbepaling in die zin ontbreekt.

#### *2.1.a.6 Voorbehoud van pandrecht*

Een vuistloos respectievelijk stil pandrecht kan ook ontstaan door middel van een voorbehoud van een dergelijk recht bij de overdracht van de zaak respectievelijk de vordering op naam (zie art. 3:81, lid 1, tweede volzin). De praktische betekenis van deze door de wet geboden mogelijkheid moet niet worden overschat. Zo biedt in geval van roerende zaken een eigendomsvoorbehoud de vervreemder veelal een eenvoudiger te hantieren zekerheid dan een voorbehouden vuistloos pandrecht (vgl. hierover Vriesendorp, WPNR 5749 (1985), pag. 533 e.v.). Een voorbehouden pandrecht biedt de vervreemder wél als voordeel dat deze in voorkomende gevallen rechten ontleent aan de in art. 3:229 voor pand- en hypotheekrecht opgenomen zaakvervangingsregel. Afgezien daarvan zal het voorbehoud van een vuistloos pandrecht voornamelijk van belang zijn voor de gevallen waarin, gelet op het bepaalde in art. 3:92, lid 2, geen geldig eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen.

#### *2.1.a.7 Collisie met NBW-voorrechten*

De – bijzondere – voorrechten, geregeld in Afdeling 3.10.2, zijn in vergelijking tot die onder het oude recht aanzienlijk uitgedund. Wanneer zowel een pandhouder als een bevoorrechte crediteur verhaal zoeken op een verpand goed en de netto-opbrengst onvoldoende is om beiden geheel te voldoen, dan geeft art. 3:279 de (bekende) hoofdregel: pand gaat boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt.

Uit lid 2 van de artt. 3:284 en 3:285 valt af te leiden dat de vordering tot voldoening van kosten tot behoud en die wegens bearbeiding boven een eerder of later gevestigd vuistloos pandrecht gaan.

Uit lid 2 van art. 3:287 volgt dat de gelaedeerde zijn vordering kan verhalen op de vordering van de laedens op de verzekeringmaatschappij, zonder dat hem een – al dan niet bij voorbaat gevestigd – stil pandrecht kan worden tegengeworpen. Opgemerkt zij dat het hier gaat om andere gevallen dan die bestreken door de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). Krachtens art. 6 WAM heeft de gelaedeerde immers een rechtstreekse actie jegens de verzekeringmaatschappij.

Wat betreft de in het NBW neergelegde voorrechten wijs ik verder nog op art. 3:292 waarin wordt bepaald dat een retentor zijn vordering op de teruggehouden zaak kan verhalen met voorrang boven allen (!) tegen wie hij zijn retentierecht kan inroepen. Art. 3:292 creëert zogezegd een 'super-voorrecht'.



Blijkens art. 3:291, lid 1, kan de retentor zijn retentierecht tegenwerpen aan een posterieur vuistloos pandrecht. Blijkens het tweede lid geldt hetzelfde in geval van een anterieur vuistloos pandrecht, mits de vordering van de retentor voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar (in zijn relatie tot de pandhouder) bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of de retentor geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. Voorts volgt uit art. 6:53 jo. art. 6:57 dat de retentor zijn retentierecht ook kan tegenwerpen aan 'gewone' schuldeisers van de schuldenaar.

#### 2.1.a.8 *Collisie met fiscaal voorrecht*

Wat betreft *buiten* het NBW geregelde voorrechten noem ik het voorrecht van de fiscus. Dit voorrecht gaat boven een vuistloos pandrecht dat is gevestigd op bodemzaken (zie art. 21, lid 2, tweede volzin, jo. art. 22, lid 3 Invorderingswet, zoals neergelegd in de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (9e gedeelte), Wet van 25 oktober 1989, S.491). In de eerste helft van 1990 is door een interdepartementale werkgroep een rapport opgesteld over het fiscale voorrecht en bodemrecht. In het rapport worden verdergaande voorstellen gedaan op het punt van het fiscale voorrecht. In plaats van een voorrecht dat gaat boven een vuistloos pandrecht gevestigd op bodemzaken, wordt voorgesteld het voorrecht van de fiscus te laten gaan boven een vuistloos pandrecht gevestigd op zaken die bestemd zijn om blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf. Dit voorgestelde – nieuwe – criterium is ruimer dan dat van bodemzaken. Thans valt nog niet te zeggen wat de wetgever met de door de interdepartementale werkgroep gedane voorstellen precies zal gaan doen.

#### 2.1.a.9 *Van vuistloos/stil naar vuist/openbaar pandrecht*

Vuistloos en stil pandrecht onderscheiden zich van het vuistpandrecht en het openbare pandrecht door de wijze waarop zij worden gevestigd. Daarnaast bestaat er een zeker onderscheid op het punt van de aan de pandhouder toekomende bevoegdheden. Zo mist bijvoorbeeld de stille pandhouder de bevoegdheid de verpande vordering te innen, zolang mededeling van de verpanding aan de debiteur van de vordering achterwege is gelaten (art. 3:246, lid 1).

Zodra mededeling van de verpanding of, ingeval van een vuistloos pandrecht, afgifte van de verpande zaak heeft plaatsgevonden (zie lid 3 van de artt. 3:237 en 239), verandert het karakter van de verpandingen aldus dat het stille pandrecht een openbaar pandrecht en het vuistloze pandrecht een vuistpandrecht wordt. Een dergelijke verandering heeft uiteenlopende consequenties (vgl. o.m. artt. 3:238, 243, 246, 284 lid 2, 285 lid 2 en 7:42 lid 2).

#### 2.1.b *Eigendomsvoorbehoud*

De positie van de onbetaalde verkoper/leverancier is veranderd:

- het verkopersvoorrecht (art. 1185 sub 3° BW) is afgeschaft, behoudens een overgangsrechtelijke uitzondering (vgl. art. 119 Ow);
- de 'gewone' ontbinding (artt. 6:265 e.v.) heeft geen terugwerkende kracht en geen zakelijke werking (zie overigens voor het overgangsrecht: art. 182 Ow); en
- een zogeheten verlengd of uitgebreid eigendomsvoorbehoud ('totdat de vorderingen op de koper, *uit welken hoofde dan ook*, volledig zullen zijn voldaan') is niet meer mogelijk.

#### 2.1.b.1 *Wettelijke regeling*

Het NBW kent een – summier – regeling van het eigendomsvoorbehoud in art. 3:92, lid 1. Daarin wordt het wettelijk vermoeden uitgesproken dat in geval van een eigendomsvoorbehoud sprake is van een verbintenis tot overdracht van de zaak onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie. De verbintenis tot overdracht zal veelal voortvloeien uit een koopovereenkomst; de tegenprestatie bestaat in dat geval uit de betaling van de koopsom (vgl. artt. 7:9 en 26). Tenzij uitdrukkelijk van het tegendeel blijkt komen verkoop en levering onder eigendomsvoorbehoud hierop neer dat de koper eigenaar wordt van de zaak onder opschortende voorwaarde. Zolang deze voorwaarde niet is vervuld is de koper houder van de zaak voor de verkoper. De koper is eigenaar noch bezitter.

#### 2.1.b.2 *Verlengd of uitgebreid eigendomsvoorbehoud?*

Verlenging/uitbreiding van het eigendomsvoorbehoud is, anders dan onder het oude recht, nog maar beperkt mogelijk. Art. 3:92, lid 2 bepaalt dat een eigendomsvoorbehoud slechts rechtsgeldig kan worden bedongen ter zake van vorderingen betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst geleverde of te leveren zaken of krachtens een zodanige overeenkomst tevens ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden, alsmede ter zake van de vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten. Voorzover onder de vigeur van het NBW een ruimere voorwaarde wordt bedongen dan op grond van art. 3:92, lid 2 is toegestaan, wordt 'het meerdere' voor ongeschreven gehouden. Onduidelijk is of in zo'n geval de gehele voorwaarde al dan niet voor nietig moet worden gehouden. Op basis van de tekst van de laatste volzin van art. 3:92, lid 2 lijkt zowel het ene als het andere standpunt verdedigbaar. Juist op het punt van het verlengde/uitgebreide eigendomsvoorbehoud zijn overgangsrechtelijke problemen te verwachten. De daárvóór geschreven be-

paling in de Overgangswet (art. 89 Ow) zal hierna onder 3.1.b.1 summier aan de orde komen.

## 2.2 *Pandrecht*

Een van de belangrijkste wijzingen op het punt van het pandrecht betreft de reeds besproken mogelijkheid van vestiging van een vuistloos respectievelijk stil pandrecht. Daarnaast vestig ik nog de aandacht op:

- de (al genoemde) zaaksvervangingsregel van art. 3:229; en
- de regeling omtrent executie volgens de hypotheekregels (art. 3:254).

### 2.2.1 *Zaaksvervanging*

Het NBW kent een groot aantal bepalingen waarin zaaksvervanging wordt toegepast (zie o.a. in Boek 3 artt. 167, 177, 213, 229, 246 lid 5 en 283). Bij zaaksvervanging vindt op grond van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling een wisseling plaats in het object van een recht, terwijl in wezen het recht zelf in stand blijft. Voor zowel het pandrecht als het hypotheekrecht geeft art. 3:229 een regel van zaaksvervanging: het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege mee een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed. Dit pandrecht op grond van zaaksvervanging is mijns inziens een stil pandrecht met dezelfde rang als het oorspronkelijke zekerheidsrecht. Art. 3:229 maakt het onder het oude recht gebruikelijke assurantiebeding (art. 297 K) overbodig.

### 2.2.2 *Wijze van executie*

De wijze van executie van een verpand goed is geregeld in de artt. 3:249 e.v. De inhoud van deze bepalingen wijkt niet wezenlijk af van die onder het oude recht. Hoofdregel is (nog altijd): openbare verkoop; de uitzonderingen zijn nauwelijks gewijzigd (vgl. artt. 3:250, lid 2 en 251).

### 2.2.3 *Executie volgens hypotheekregels*

Nieuw is wel het bepaalde in art. 3:254. Onder het oude recht kenden wij de zogenaamde 'hulpzaken'. Het betrof daar zaken die naar verkeersopvatting bestemd waren om een bepaalde zaak (de hoofdzaak) duurzaam te dienen, maar die, anders dan de bestanddelen, niettemin hun zakenrechtelijke zelfstandigheid behielden. Een hulpzaak kon onroerend worden door bestemming (art. 563 BW).

Was van dit laatste sprake en was bovendien de hoofdzaak belast met een hypotheekrecht, dan rustte het hypotheekrecht tevens op de hulpzaak (vgl. HR 14 december 1928, NJ 1929, 372, alsmede de artt. 1210 en 1211 BW).

In het NBW is de hulpzaak geëlimineerd. Voor zover geen bestanddeel (vgl. art. 3:4 en Parl. Gesch. Boek 3, pag. 89; zie ook Kortmann, WPNR 5855 (1988), pag. 713 e.v.) is wat onder het oude recht hulpzaak was onder het NBW een volledig zelfstandige roerende zaak, waarop bijvoorbeeld een pandrecht kan worden gevestigd. Vindt verpanding plaats en gaat het dan om een vuistloos pandrecht gevestigd voor een vordering waarvoor ook hypotheek is gevestigd op – wat naar oud recht werd genoemd – de hoofdzaak, dan kan in de authentieke of te registreren onderhandse akte worden bedongen dat de schuldeiser bevoegd is de verpande en verhypothekerde goederen tezamen volgens de voor hypotheek geldende regels te executeren.

De eliminatie van het begrip 'hulpzaak' heeft overgangsrechtelijke consequenties. De in het kader van het hypotheekrecht relevante bepaling uit de Overgangswet is art. 77 Ow, hierop neerkomend dat op verhypothekerde hulpzaken naar oud recht vanaf 1 januari 1992 een vuistloos pandrecht rust, waarvoor het beding van art. 3:254, lid 1 is gemaakt.

## 2.3 *Hypotheekrecht*

### 2.3.1 *'Oude' hulpzaken*

De verandering van status van de 'oude' hulpzaken heeft haar repercussies op datgene wat onder het NBW is bezwaard met hypotheekrecht. De 'oude' hulpzaken zullen daartoe niet behoren, voor zover zij niet kunnen worden aangemerkt als bestanddeel van het verhypothekerde. Op dergelijke – zelfstandige (roerende) – zaken dient de potentiële hypotheekhouder voortaan een pandrecht te bedingen.

### 2.3.2 *Wijzigingen*

Afgezien daarvan bevat het nieuwe hypotheekrecht onder meer wijzingen op het punt van:

- het huurbeding (art. 3:264);
- de bevoegdheid tot parate executie (art. 3:268);
- de voldoening van de koopprijs en de verdeling van de executieopbrengst (artt. 3:270-272); en
- de zuivering (art. 3:273).

Nieuw zijn het *ius tollendi* van de hypotheekgever (art. 3:266) en het beheersbeding (art. 3:267).

Het voert te ver in het kader van deze bijdrage op al deze wijzigingen nader in te gaan. In veel gevallen spreekt de wettekst voor zich.

### 2.3.3 *Huurbeding*

Wat betreft het huurbeding vestig ik speciale aandacht op de bijzondere

beschermingsbepalingen voor huurders, neergelegd in de leden 4 tot en met 8 van art. 3:264. Zij brengen naar mijn mening een beperking met zich mee van de 'zekerheidswaarde' van een verhypothekerde verhuurde onroerende zaak. Een regeling, zoals neergelegd in lid 7 – voorrang van huurder/pachter op netto-opbrengst van het geëxecuteerde goed – ontbrak in het oude recht.

#### 2.3.4 Parate executie

Evenzeer opmerkelijk in vergelijking tot het oude recht is art. 3:268, waarin aan *iedere* hypotheekhouder het recht van parate executie wordt toegekend. Een uitdrukkelijk beding (vgl. art. 1223, lid 2 BW) behoeft niet meer te worden gemaakt.

#### 2.3.5 Wijze van executie

Als hoofdregel voor executie geldt nog altijd dat verkoop geschiedt in het openbaar (art. 3:268, lid 1). Zowel hypotheekhouder als hypotheekgever kunnen echter de President van de Rechtbank verzoeken dat verkoop onderhands zal geschieden. In zo'n geval dient tezamen met het verzoek een overeenkomst tot onderhandse verkoop ter goedkeuring aan de President te worden voorgelegd (lid 2). De praktijk van de zgn. boedelbijdrage 'in ruil' voor een bewilliging van de curator tot onderhandse verkoop, door de Hoge Raad reeds in het kader van onderhandse verkoop van een verpand goed gewraakt (vgl. HR 8 april 1983, NJ 1984, 434), lijkt hiermee de kop te zijn ingedrukt. Ook bij executie door onderhandse verkoop blijven de bepalingen omtrent executie in het algemeen (zoals artt. 3:234, 254, 269, 270-273 en 282) van toepassing.

#### 2.3.6 Zuivering

Zuivering vindt in het NBW van rechtswege plaats (vgl. art. 3:273). Door de levering ingevolge een executoriale – openbare of onderhandse – verkoop én voldoening van de koopprijs gaan alle op het verkochte goed rustende hypotheken teniet.

### 3. Een aantal overgangsrechtelijke zekerheidsrechtscasus

#### 3.1 Eigendom tot zekerheid

De in het kader van de eigendom tot zekerheid relevante bepalingen uit de Overgangswet zijn de artt. 86 en 89 Ow.

##### 3.1.a Eigendomsoverdracht tot zekerheid

Art. 86 Ow komt, kort samengevat, hierop neer dat een krachtens een

eigendomsoverdracht tot zekerheid verkregen eigendomsrecht op een naar NBW voor verpanding vatbaar goed wordt geëerbiedigd door omzetting, behoudens in de uitzonderingsgevallen neergelegd in art. 86, lid 5 Ow (zie daárvóór hierna onder 3.1.a.11), in een (met de zekerheidseigendom vergelijkbaar) pandrecht. Aldus beschouwd vormt art. 86 Ow een verbijzondering van art. 69 onder a (maar ook, naar het lijkt, onder e) Ow. De werking van art. 86 Ow laat zich toelichten aan de hand van de hierna volgende voorbeelden, waarbij telkens tussen haakjes de kern van het voorbeeld naar oud recht wordt aangegeven. Voor het begrip 'eigendomsoverdracht tot zekerheid' gebruik ik gemakshalve de afkorting: etz. In alle voorbeelden ga ik uit van toepasselijkheid van de Overgangswet (vgl. dáárvóór hierna onder 4.1). Voorzover mogelijk wordt dezelfde volgorde aangehouden als hiervoor onder 2.1.a.1 e.v.

##### 3.1.a.1 Voorbeeld I (etz. *constitutum possessorium*)

Albert (A) draagt op 1 januari 1988 tot zekerheid over aan Bank (B) zijn roerende zaak (Y). De levering geschiedt *constituto possessorio*.

Krachtens art. 86, lid 1 Ow is het aan B toekomende eigendomsrecht tot zekerheid geconverteerd in een pandrecht; vanaf 1 januari 1992 is A eigenaar van zaak Y en B pandhouder.

Het 'type' pandrecht – i.e. vuistpandrecht of vuistloos pandrecht – wordt blijkens art. 86, lid 2 Ow bepaald door de vorm waarin de eigendomsoverdracht tot zekerheid was gegoten. Indien de tot zekerheid overgedragen zaak, gelijk in casu, in de macht was gebleven van A, dan is het per 1 januari 1992 aan B toekomende pandrecht een vuistloos pandrecht. Was de zaak daarentegen in de macht gebracht van bijvoorbeeld een derde (denk aan: warrantage), dan zullen de bepalingen omtrent vuistpand van toepassing zijn. Eenzelfde onderscheiding kan worden gemaakt indien in plaats van een zaak bijvoorbeeld een vordering op Z aan B tot zekerheid zou zijn overgedragen. Afhankelijk van de vraag of de fiduciaire cessie al dan niet aan Z is betekend danwel door Z schriftelijk is aangenomen of erkend, zal het per 1 januari 1992 aan B toekomende pandrecht een openbaar dan wel een stil pandrecht zijn.

##### 3.1.a.2 Voorbeeld II (etz. *aandeel onroerend goed*)

A draagt op 1 januari 1988 tot zekerheid over aan B zijn onverdeelde aandeel in een gemeen onroerend goed (X).

De omzettingsregeling van art. 86, lid 1 Ow is niet van toepassing. Omzetting vindt slechts plaats als het gaat om een aan een ander tot zekerheid

overgedragen goed *dat vatbaar is voor verpanding*. Dit heeft echter niet tot gevolg dat B zijn (vermogens-)recht verliest (zie art. 69 onder a Ow.); het eigendomsrecht tot zekerheid wordt geëerbiedigd.

Uit deze eerbiediging kan een aantal problemen voortvloeien. Wat te denken van het geval dat alle deelgenoten na 1 januari 1992 overgaan tot scheiding en deling ('verdeling'), zaak X wordt toebedeeld aan A en de overige deelgenoten tot waarborg van hetgeen A uit hoofde van overbedeling aan hen verschuldigd is een hypotheekrecht op X bedingen, welk hypotheekrecht gelijktijdig met de levering wordt gevestigd. Normaliter geldt voor dergelijke gevallen het bepaalde in art. 3:177, lid 3 (zie daarover: Perrick, diss. Nijmegen 1986, pag. 155 e.v.; zie voorts over de positie van een beperkt gerechtigde op een aandeel: Wammes, diss. Nijmegen 1988, pag. 93 e.v.).

In casu lijkt het mij – met een beroep op art. 75 Ow – gerechtvaardigd het bepaalde in art. 100 Ow naar analogie toe te passen en art. 3:177, lid 3 voor ongeschreven te houden; het aan de deelgenoten toekomende hypotheekrecht staat in rang achter bij het recht van B.

### 3.1.a.3 Voorbeeld III (etz. aandeel verzameldepot)

A draagt op 1 januari 1988 tot zekerheid over aan B zijn aandeel in een door aangesloten instelling D gehouden verzameldepot als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer (Wet van 8 juni 1977, S.333; verder: WGE). De levering geschiedt overeenkomstig art. 17 WGE. De handel in effecten vormt het belangrijkste onderdeel van de bedrijfsvoering van A. Om die reden wordt door B aan A volmacht verleend om aan D opdracht te kunnen geven tot verkoop van één of meer zich in het verzameldepot bevindende effecten. Uitholling van B's zekerheidspositie wordt voorkomen met behulp van een aantal – in dit kader niet relevante – op A rustende verplichtingen.

Het eigendomsrecht van B wordt omgezet in een pandrecht (art. 86, lid 1 Ow). De WGE kent slechts één 'type' pandrecht, te weten het met het vuistpandrecht overeenstemmende pandrecht ex art. 20 WGE. De vraag rijst of het ongewijzigd in stand laten van de aan A verleende volmacht het pandrecht van B doet tenietgaan. Immers, in art. 3:258, lid 1 wordt bepaald dat het pandrecht eindigt indien het in pand gegeven goed – i.e. het aandeel in het verzameldepot – in de macht komt van de pandgever. Ware het een na 1 januari 1992 gevestigd pandrecht ex art. 20 WGE geweest met daaraan verbonden een aan A verleende volmacht als in de casus beschreven, dan lijkt mij, gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad (o.a. HR 26 januari 1973, NJ 1973, 219 – Pierson) een bevestigend antwoord niet uitgesloten. Aangezien het in de onderhavige casus gaat om een krachtens overgangsrecht tot stand gekomen pandrecht meen ik dat aan het verkregen recht van B geen afbreuk mag worden gedaan (vgl. art.

69 onder a Ow). Vestiging na 1 januari 1992 van een art. 20 WGE-pandrecht met volmacht (oud) dient mijns inziens aldus te worden ingekleed dat A voor iedere opdracht aan D medewerking van B nodig heeft. Teneinde een praktische gang van zaken te bewerkstelligen zou kunnen worden bepaald dat een dergelijke medewerking geacht wordt te zijn verleend, tenzij door B het tegendeel wordt geuit.

### 3.1.a.4 Voorbeeld IV (etz. toekomstige goederen)

A draagt op 1 december 1991 tot zekerheid over aan B zaak (Y) en vordering (Z), die A beide zal verwerven na 1 januari 1992.

Op 1 januari 1992 hebben beide overdrachten tot zekerheid nog geen effect; de overdracht is geschied onder de opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid van A op het moment dat hij de goederen Y en Z verwerft. Ligt dat moment na 1 januari 1992, dan geldt op grond van de tweede volzin van art. 86, lid 7 Ow de levering bij voorbaat van Y en Z als een vestiging bij voorbaat van een vuistloos respectievelijk stil pandrecht.

Het pandrecht komt tot stand op het moment dat A de goederen Y en Z verwerft en dan beschikkingsbevoegd is (i.e. niet failliet is verklaard – vgl. art. 35, lid 2 Nfw – of – vgl. HR 15 maart 1991, RvdW 1991, 79 – geen surséance van betaling is verleend).

### 3.1.a.5 Voorbeeld V (dubbele etz.)

A draagt op 1 januari 1988 tot zekerheid *constituto possessorio* over aan B zijn roerende zaak (Y). Vervolgens draagt A dezelfde zaak nogmaals tot zekerheid *constituto possessorio* over aan C.

Voor wat betreft de positie van B verwijs ik naar hetgeen hierboven bij voorbeeld I is opgemerkt.

De positie van C is niet zonder meer duidelijk.

De Memorie van Toelichting (18 998, nr. 3, pag. 39) lijkt ervan uit te gaan dat C door de werking van – inmiddels – art. 81, lid 1 Ow jo. art. 86, lid 1 Ow (bekrachtiging) een tweede pandrecht verkrijgt. Naar mijn mening is deze opvatting onjuist. In het merendeel van de gevallen speelt de bekrachtigingsregel geen enkele rol, is deze regel niet ter zake doende.

Onderscheiden moet worden naar de wijze waarop de overdracht A-C heeft plaatsgevonden. Globaal laat zich een drietal mogelijkheden onderscheiden:

(i) een overdracht zonder dat melding wordt gemaakt van de eerdere

overdracht aan B;

(ii) een overdracht door A aan C van de door hem in de toekomst te verwerven zaak Y;

(iii) overdracht aan C van het aan A toekomende eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

Ten aanzien van elke mogelijkheid een korte opmerking:

*ad (i)*

De overdracht A-C is zonder effect, nietig. Ongeacht de opmerking in de Memorie van Toelichting verkrijgt C niet – uit het niets! – een tweede pandrecht op 1 januari 1992 (in dezelfde zin: Reehuis, diss. Groningen 1987, no. 520-521 en P. Stein, WPNR 6007 (1991), pag. 357 m.k.). C dient een zekerheidspositie te verwerven door A alsnog tot verpanding te laten overgaan.

*ad (ii)*

De positie van C is dezelfde als die van B in het hiervóór onder 3.1.a.4 besproken voorbeeld, met dien verstande dat op 1 januari 1992 de levering bij voorbaat van zaak Y niet alleen wordt omgezet in een vestiging bij voorbaat van een vuistloos pandrecht (art. 86, lid 7 Ow), doch tevens dat deze vestiging bij voorbaat effect krijgt (i.e. leidt tot een – tweede – vuistloos pandrecht voor C), doordat op 1 januari 1992 de opschortende voorwaarde – eigendomsverkrijging door A – wordt vervuld als gevolg van de omzetting van de overdracht A-B in een vuistloos pandrecht voor B (art. 86, leden 1 en 2 Ow). Van een bekrachtiging van een nietige rechtshandeling in een geldige, i.e. van toepassing van art. 81, lid 1 Ow, is in het geheel geen sprake. De bekrachtigingsregel doet niet ter zake!

*ad (iii)*

Tenzij door A en B iets anders is overeengekomen is de overdracht A-B geschied onder de ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de schuld (vgl. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60).

Nà de overdracht aan B heeft A ten aanzien van Y een verwachting van eigendom, waarover mijns inziens niet kan worden beschikt (vgl. mijn diss. Nijmegen 1988, pag. 56 e.v.). De overdracht A-C heeft derhalve geen effect; voor C geldt niets anders dan hierboven ad (i) is opgemerkt. Toegegeven zij dat in de literatuur, in het bijzonder die met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud (zie Mezas, diss. Nijmegen 1985, pag. 3 en 45; anders Vriesendorp, diss. Groningen 1985, pag. 88-90), ook wordt verdedigd dat A wél over zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan beschikken. De Hoge Raad (HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 IFN-CBI II; vervolg van HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213) lijkt zich bij deze op-

vassing aan te sluiten. Daarvan uitgaande zou de redenering in een casus als de onderhavige moeten luiden (zie ook het slot van r.o. 3.6 van het genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1989), dat A ten tijde van de overdracht A-C een mede door de aard van de voorwaardelijke eerste overdracht bepaald recht op zaak Y heeft, dientengevolge niet bevoegd is om – onvoorwaardelijk – over de *onvoorwaardelijke* eigendom van zaak Y te beschikken, doch wel over de *voorwaardelijke* eigendom van zaak Y. Uitgaande van deze opvatting lijkt mij dat C per 1 januari 1992, nà de omzetting van B's zekerheidseigendom in een vuistloos pandrecht, door omzetting van zijn eigendomsrecht tot zekerheid een tweede – vuistloos – pandrecht toekomt. Gelijk hierboven ad (ii) komen wij wederom aan een toepassing van de bekrachtigingsregel niet toe.

### *3.1.a.6 Voorbeeld VI (verbintenis strekkende tot etz.)*

A verbindt zich op 1 januari 1988 aan B tot zekerheid te zullen overgedragen alle door hem in de toekomst te verwerven – op 1 januari 1988 nog *onbepaalde* – vorderingen op derden.

De verplichting van A gaat in de praktijk meestal gepaard met een overdracht (bij voorbaat) van toekomstige – inhoudelijk *bepaalde* – vorderingen. De op A rustende verbintenis is per 1 januari 1992 omgezet in een verbintenis tot vestiging van een pandrecht (zie de eerste volzin van art. 86, lid 7 Ow).

Vanaf 1 januari 1992 dient A door hem ondertekende pandlijsten aan B te verstrekken. Op dergelijke pandlijsten kunnen zowel bestaande als (inhoudelijk bepaalde) toekomstige vorderingen worden vermeld. Aanvaarding door B van een dergelijke pandlijst heeft, na registratie van de lijst, tweemaal gevolg. Voor wat betreft de op de lijst vermelde bestaande vorderingen ontstaat het pandrecht terstond; voor wat betreft de vermelde toekomstige vorderingen ontstaat het pandrecht eerst op het moment van het ontstaan van de bewuste vordering, mits A op dat moment beschikingsbevoegd is.

### *3.1.a.7 Voorbeeld VII (cessie of cessie tot zekerheid)*

A verkoopt en levert aan B op 1 december 1991 al zijn – bestaande – vorderingen op zijn afnemers. Betekening van de cessie blijft achterwege. Inning van de betreffende vorderingen geschiedt door A ten behoeve van B op basis van een aantal – thans minder relevante – contractueel vastgelegde afspraken. A en B komen voorts overeen dat in geval één of meer vorderingen binnen een zekere termijn onbetaald blijven, B voor het onbetaald geblevene een verhaalsrecht heeft op A, al dan niet onder retrocessie van de betreffende – onbetaalde – vordering(en).

Deze wijze van bedrijfsfinanciering is in Nederland tamelijk nieuw. Zij is 'overgewaaid' uit de Verenigde Staten, waar in dit verband wordt gesproken over 'securitisation' (zie daarover onder meer: Wood & Lowes, *Securitisation and Financial Strategies for the Treasurer*, in: *The Treasurer*, October 1989). In de accountancy-wereld rijst, zulks met het oog op de mogelijkheid van het al dan niet buiten de balans laten van de betrokken vorderingen, nogal eens de vraag of securitisation, dat enige gelijkenis vertoont met sommige vormen van 'factoring', moet worden beschouwd als een 'gewone' cessie danwel als een cessie tot zekerheid. In het eerste geval rijst bovendien de vraag of aan de cessie wel een rechtsgeldige titel (koop?) ten grondslag ligt. Het voert te ver op deze plaats nader op gestelde vragen in te gaan.

Of securitisation als een (geldige) cessie of als een cessie tot zekerheid moet worden beschouwd is overigens niet enkel van belang in het kader van de externe verslaggeving, doch evenzeer in verband met de Overgangswet. Een bestaande cessie tot zekerheid wordt omgezet in een – al dan niet stil – pandrecht (art. 86, lid 1 Ow); mededeling aan de debiteur van de betreffende vordering behoeft niet plaats te vinden. Dit is anders, indien het betreft een 'gewone' cessie. Alsdan dient voor werking van de cessie jegens de debitor cessus mededeling van de cessie overeenkomstig art. 3:94 plaats te vinden.

Naar oud recht is de overdracht van een vordering op naam voltooid na het opmaken van de cessie-akte; de overdracht werkt jegens de debitor cessus, indien zij aan hem wordt betekend of de debitor cessus haar schriftelijk heeft aangenomen of erkend (vgl. art. 668, lid 2 BW). Het NBW stelt voor overdracht van een vordering op naam, naast het opmaken van een cessie-akte, als constitutieve eis mededeling daarvan aan de debitor cessus (vgl. art. 3:94, lid 1).

Een cessie onder het oude recht waarbij enkel een cessie-akte is opge maakt, ondervindt krachtens overgangsrecht tweërlei eerbiedigende werking. Allereerst laat de invoering van het NBW de positie van de cessionaris onverlet; de cessionaris blijft rechthebbende op de vordering (art. 69 onder a Ow). Daarnaast werkt de cessie eerst tegenover de debitor cessus nadat aan hem de cessie is medegedeeld overeenkomstig art. 3:94 (art. 90 Ow); aldus wordt de aan art. 668, lid 2 BW ten grondslag liggende gedachte geëerbiedigd.

### 3.1.a.8 Voorbeeld VIII (collisie met voorrechten)

A vervoert voor B zaak (Y) van Amsterdam naar Den Haag. Zaak Y wordt afgeleverd bij B, de rekening van A blijft onbetaald. Vervolgens draagt B zaak Y tot zekerheid constituto possessorio over aan C.

Het voorrecht van de vervoerder (vgl. art. 1185 sub 7° BW) is vervallen. Art. 117, lid 1 Ow geeft een regel van onmiddellijke werking. De bepalingen van het NBW omtrent de rangorde waarin vorderingen uit de opbrengst van een goed moeten worden voldaan, gelden mede met betrekking tot vorderingen die op 1 januari 1992 bestaan. A komt sedert 1 januari 1992 geen voorrecht meer toe. Dit is evenwel anders, indien de oude rangorde op 1 januari 1992 reeds 'in actie' is gekomen (art. 117, lid 2 Ow). Alsdan wordt het oude recht geëerbiedigd. Voor collisie vraagstukken bevat art. 86, lid 3 Ow een nadere regel. Het door omzetting ontstane pandrecht werkt tegen de vóór 1 januari 1992 ontstane voorrechten op het (aanvankelijk tot zekerheid overgedragen) goed, waartegen – indien het onder het oude recht reeds tot een executie zou zijn gekomen – de eigendomsoverdracht tot zekerheid kon worden ingeroepen. Van dit laatste is bijvoorbeeld sprake, indien de zekerheidsoverdracht anders dan door middel van constitutum possessorium is geschied of na een aanvankelijke levering constituto possessorio handelingen hebben plaatsgevonden zoals in HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (*Berg – De Bary*), mits dergelijke handelingen blijken HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (*OAR – ABN*) maar vóór het faillissement van de overdrager tot zekerheid zijn geschied.

Voor de gevallen waarin naar oud recht de eigendomsoverdracht tot zekerheid *niet* tegen een bevoorrechte schuldeiser kon worden ingeroepen (vgl. daarvoor onder meer de bekende relativiseringsarresten inzake Pluvier en Van Gend & Loos) is met ingang van 1 januari 1992 niet veel veranderd. Dit is een gevolg van de onmiddellijke werking op grond van art. 117 Ow van de nieuwe rangorde, die onder andere tot uitdrukking komt in de artt. 3:284, lid 2 en 3:285, lid 2.

### 3.1.a.9 Voorbeeld IX (collisie met verkopersvoorrecht)

verkoopt en levert aan B zaak (Y). Betaling van de koopprijs blijft achterwege. Vervolgens draagt B zaak Y tot zekerheid constituto possessorio over aan C.

Het voorrecht van de verkoper (vgl. art. 1185 sub 3° BW) is vervallen. Desondanks is voor de onbetaalde verkoper een uitzondering in de Overgangswet opgenomen op de hiervoor weergegeven regel van art. 117, lid 1 Ow. Art. 119 Ow bepaalt dat het verkopersvoorrecht voor op 1 januari 1992 bestaande verkopersvorderingen wordt gehandhaafd, tezamen met de daarbij behorende regeling van de artt. 1190 en 1192a BW. De laatste volzin van art. 119 Ow geeft bovendien aan wat de rangorde is tussen het – aldus gehandhaafde – verkopersvoorrecht en een vuistloos pandrecht dat onder vigeur van het NBW is gevestigd, danwel tot stand is gekomen

door omzetting op basis van art. 86, lid 1 Ow jo. art. 86, lid 2 Ow. Op dit punt blijft de uitkomst gelijk aan die onder het oude recht, de meest recente nuancering op basis van het arrest Berg-De Bary inclus. De eveneens in de laatste volzin van art. 119 Ow opgenomen verwijzing naar art. 89, lid 1 Ow lijkt mij zinledig.

### 3.1.a.10 Voorbeeld X (etw. en accessoire rechten)

A draagt op 1 december 1991 tot zekerheid over aan B de vordering op Z, welke vordering is versterkt met een door Z ten behoeve van A gevestigd hypotheekrecht.

Het hypotheekrecht is accessoir aan de vordering. B is door de zekerheidsoverdracht niet alleen schuldeiser van Z geworden, doch tevens hypotheekhouder. De omzetting ex art. 86, lid 1 Ow heeft tot gevolg dat B stil pandhouder wordt en A schuldeiser wordt van Z. Wat geldt nu ten aanzien van het afhankelijke recht (vgl. art. 3:7) van hypotheek? Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn (artikel 3:82). Dit betekent dat door de omzetting ex art. 86, lid 1 Ow niet alleen de vordering maar ook het daaraan verbonden hypotheekrecht terugkeert naar A. Daaruit dient mijns inziens te worden afgeleid dat B zich nimmer buiten A om van de uit het hypotheekrecht voortvloeiende (executie-)bevoegdheden zou kunnen bedienen. Ter toelichting daarvan merk ik het volgende op. Een hypotheekrecht dient ter versterking van een vordering, hier: de vordering van A op Z. Als Z in verzuim is met de voldoening van de vordering kan de vordering worden verhaald op het aan het hypotheekrecht onderworpen goed. Normaliter zal degene aan wie de vordering toebehoort de bevoegdheid hebben voldoening van de vordering, nakoming, te vorderen. In geval dat deze bevoegdheid goederenrechtelijk toekomt aan een ander, dient mijns inziens die ander zich ook te kunnen bedienen van de 'versterking', i.e. van het hypotheekrecht. In deze opvatting dient onder 'het recht' in art. 3:82 te worden verstaan: de krachtens het goederenrecht toekomende bevoegdheid in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen. Blijkens art. 3:246, lid 1 komt een dergelijke bevoegdheid eerst aan de pandhouder toe nadat de verpanding aan de schuldenaar is medegedeeld. Mededeling van de verpanding leidt ertoe dat het hypotheekrecht overgaat naar B. Dat een hypotheekrecht aan een beperkt gerechtigde kan toekomen lijkt te worden onderschreven door het bepaalde in de tweede volzin van art. 3:274, lid. 1.

Ingeval men niet zou willen aannemen dat B zich, ná mededeling van de verpanding, kan bedienen van het hypotheekrecht meen ik dat toepassing van het bepaalde in art. 69 onder a Ow – zonodig naar analogie (vgl. art.

75 Ow) – met zich meebrengt dat het door B verkregen hypotheekrecht wordt geëerbiedigd. Anders zowel ten aanzien van art. 3:82 als art. 69 onder a Ow: Vriesendorp, Enige opmerkingen over het lot van afhankelijke (zekerheids-)rechten bij verpanding van vorderingen naar NBW, WPNR 1991 (vindplaats bij het ter perse gaan nog onbekend).

### 3.1.a.11 Uitblijven van omzetting

Tot dusverre is vrijwel steeds uitgegaan van een omzetting ex lege van een bestaande eigendomsoverdracht tot zekerheid in een pandrecht. Een belangrijke uitzondering daarop vindt men in art. 86, lid 5 Ow. De leden 1 tot en met 4 van art. 86 zijn niet van toepassing, indien aan de schuldenaar de uitwinning van het tot zekerheid overgedragen goed was aangezegd. In dat geval wordt de eigendomsoverdracht tot zekerheid afgewikkeld naar oud recht, tenzij de schuldeiser zes maanden na de dag van aanzegging van de uitwinning nog altijd niet tot uitwinning is overgegaan. In zo'n geval worden de leden 1 tot en met 4 van art. 86 Ow alsnog van toepassing, tenzij de schuldenaar op het moment van aanzegging van uitwinning in staat van faillissement verkeerde. Alsdan worden de leden 1 tot en met 4 van art. 86 Ow eerst na afloop van het faillissement van toepassing, zulks evenwel alleen indien de eigendom tot zekerheid is blijven bestaan.

### 3.1.b Eigendomsvoorbehoud

Over de overgangsrechtelijke regeling in het kader van het eigendomsvoorbehoud wil ik kort zijn. Temeer, daar het merendeel van de bepalingen van art. 86 Ow – te weten: de leden 2, 3, 5, 6 en 8 – van overeenkomstige toepassing is verklaard in art. 89, lid 3 Ow en deze bepalingen reeds grotendeels hierboven onder 3.1.a.1 e.v. aan de orde zijn geweest. Ik volsta met een enkel voorbeeld.

#### 3.1.b.1 Voorbeeld XI (uitgebreid eigendomsvoorbehoud)

A verkoopt en levert op 1 januari 1988 aan B roerende zaak (Y). Blijkens de toepasselijke algemene verkoopvoorwaarden behoudt A zich de eigendom van zaak Y voor tot zekerheid van de nakoming van al hetgeen hij van B heeft te vorderen uit welke hoofde dan ook.

Voorzover het door A bedongen eigendomsvoorbehoud (gelet op art. 3:92, lid 1) te uitgebreid is, wordt het omgezet in een (gelijktijdig) voorbehouden vuistloos pandrecht (art. 89, lid 1 Ow). Zijn de vorderingen zoals genoemd in art. 3:92, lid 1 voldaan en heeft A op dat moment nog een vordering op B uit andere hoofde, dan komt A tot zekerheid voor de nakoming van laatstgenoemde vordering een vuistloos pandrecht toe. De rangorde van dit pandrecht wordt bepaald door de tweede volzin van art. 86, lid 3 Ow.

#### 4. Vuistregels voor het hanteren van de Overgangswet bij 'zakelijke' zekerheidsrechtscasus

##### 4.1 Vuistregel I: onderzoek of sprake is van een 'overlopende' casuspositie

De Overgangswet speelt ná 1 januari 1992 slechts in een beperkt aantal gevallen een rol van betekenis. In veel gevallen kan bij de oplossing van een probleem worden volstaan met raadpleging van – rechtspraak, literatuur en parlementaire geschiedenis over – de relevante bepaling(en) uit Boek 3, 5, 6 of (de ingevoerde gedeelten van Boek) 7 NBW en is de Overgangswet niet van belang.

De Overgangswet is enkel van belang bij 'overlopende' rechtstoestanden en rechtsverhoudingen; toestanden en verhoudingen die onder het oude recht zijn ontstaan en op het moment van het in werking treden van het NBW nog voortduren. Voor rechtsverhoudingen die zijn ontstaan na 1 januari 1992 geldt enkel het NBW en heeft men niets te maken met de Overgangswet. Voor op 1 januari 1992 reeds 'uitgewerkte' rechtsverhoudingen zijn het NBW en de Overgangswet in beginsel (vgl. in dat verband onder meer Brunner, WPNR 6007 (1991), pag. 342) niet van belang; zij werden beheerst door het oude recht.

De eerste vuistregel komt hierop neer dat moet worden vastgesteld of er in het concrete geval sprake is van een overlopende casus. Zo ja, dan is de Overgangswet van toepassing.

##### 4.2 Vuistregel II: formuleer de op te lossen rechtsvraag

Wellicht overbodig is de tweede vuistregel dat na analyse van de casus de relevante rechtsvraag zorgvuldig dient te worden geformuleerd.

##### 4.3 Vuistregel III: beantwoord de rechtsvraag en onderzoek of het NBW en het oude recht met elkaar overeenstemmen

Het uitgangspunt van de Overgangswet is de regel van onmiddellijke werking: het NBW is vanaf 1 januari 1992 terstond van toepassing op de bestaande rechtstoestanden en rechtsverhoudingen. Deze – aanvankelijk niet in de Overgangswet opgenomen – hoofdregel is thans neergelegd in art. 68a, lid 1 Ow.

Teneinde te kunnen vaststellen of in concreto 'slechts' deze algemene overgangsbepaling danwel een of meer bijzondere overgangsbepalingen van toepassing zijn, moet de geformuleerde rechtsvraag zowel naar NBW als oud recht worden beantwoord en worden vastgesteld of beide antwoorden identiek zijn. Indien dat het geval is geldt de in art. 68a, lid 1

Ow neergelegde hoofdregel.

##### 4.4 Vuistregel IV: zoek naar de relevante Ow-uitzonderingsbepaling, indien NBW en oud recht niet met elkaar overeenstemmen

In de Memorie van Toelichting bij de Overgangswet (Kamerstuk 18 998, nr 3, pag. 35 e.v.) is voor iedere bepaling in de Boeken 3, 5, 6 en (in de ingevoerde gedeelten van Boek) 7 NBW aangegeven in hoeverre die verschilt met het oude recht. Wanneer tussen het NBW en het oude recht op een bepaald punt verschil bestaat kan toepassing van art. 68a, lid 1 Ow bezwaarlijk zijn. Voor dergelijke gevallen zijn in de Overgangswet 'uitzonderingen op de hoofdregel' opgenomen.

Voor wat betreft de 'zakelijke' zekerheidskasus is dat – van de algemene overgangsbepalingen – in het bijzonder art. 69 Ow (de eerbiedigende werking ten aanzien van, kort gezegd, 'verkregen rechten').

Van de *bijzondere bepalingen* zijn met name van belang de artt. 77, 86, 89, 100, 108-119 en 122 Ow.

Het in concreto opsporen van relevante Ow-uitzonderingsbepalingen is, dunkt mij, de minst eenvoudige bezigheid bij de behandeling van overgangsrechtelijke casusposities. Een nuttige reiswijzer bij zo'n speurtocht is de Memorie van Toelichting bij de Overgangswet.

##### 4.5 Vuistregel V: onderzoek, indien een Ow-uitzonderingsbepaling ontbreekt, de mogelijkheid toepassing van art. 68a, lid 1 Ow te corrigeren met behulp van art. 75 Ow

Denkbaar is dat voor een concreet geval waarin verschil bestaat tussen het NBW en het oude recht een Ow-uitzonderingsbepaling ontbreekt. Alsdan geldt in beginsel het bepaalde in artikel 68a, lid 1 Ow, tenzij – kort samengevat – (i) een bestaande Ow-uitzonderingsbepaling naar analogie kan worden toegepast danwel (ii) toepassing van het NBW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een en ander is neergelegd in art. 75 Ow. De tweede grond behelst een marginaal criterium. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis (18 998, nr. 3, pag. 35) wil de wetgever aldus voorkomen dat al te gemakkelijk op grond van redelijkheid en billijkheid wordt geïmplementeerd.

Wanneer met behulp van art. 75 Ow correctie van een toepassing van art. 68a, lid 1 Ow plaatsvindt, resteert ter beantwoording de vraag wat dan geldt. De Parlementaire Geschiedenis leert hierover niets. Literatuur omtrent art. 75 Ow is schaars (zie Hartkamp, Liber amicorum De Die, pag.



pag. 151 e.v. met verdere verwijzingen, waaraan toegevoegd: Brunner, t.a.p., pag. 346) en in hetgeen voorhanden is worden verschillende standpunten terzake ingenomen. Sommigen (Brunner en H. Stein, preadvies NJV 1985) menen dat dan het beginsel van de eerbiedigende werking geldt. Hartkamp (t.a.p., pag. 154) neemt een ander – ruimer – standpunt in. Naast eerbiedigende werking zouden ook andere werkingen (terugwerkende kracht, uitgestelde werking) mogelijk zijn of toepassing van in de Overgangswet neergelegde zogenaamde 'overbruggingsregels'. De opvatting van Hartkamp, hoewel afwijkend van hetgeen tot dusverre gebruikelijk wordt geleerd, heeft mijn voorkeur. Zij heeft als voordeel dat het in concreto aan de rechter een ruimere mogelijkheid biedt om in de gevallen waarin toepassing van art. 68a, lid 1 Ow onaanvaardbaar is, tot een aanvaardbare oplossing van het door hem te beslechten geschil te komen.

## 5. Besluit

Mijn doelstelling was de praktijkjurist een zeker handvat te bieden bij de beantwoording van overgangsrechtelijke – 'overlopende' – casusposities. Aan de hand van uiteenlopende aan de dagelijkse advocatenpraktijk ontleende voorbeelden heb ik in het bijzonder de artt. 86 en 89 van de Overgangswet behandeld. De in hoofdstuk 4 geformuleerde vijf vuistregels dienen als 'aide memoire' bij het oplossen van overlopende casusposities.

Zonodig voeg ik aan dit vijftal een zesde vuistregel toe, luidende: wanhoop nooit, troost u met de gedachte dat de Overgangswetgever zelf zijn eigen product kwalificeert als "wegwerprecht" dat voor het overgrote deel slechts kort dienst zal doen' (18 998, nr. 3, pag. 28).

## WEGWERPRECHT OP TERMIJN:

## VERJARING EN VERVAL IN HET OVERGANGSRECHT NBW

Prof. mr M.V. Polak

### 1. Inleiding

1992 wordt een zenuwslopend jaar voor advocaten en bedrijfsjuristen, maar een goed jaar voor deurwaarders. De regeling van het overgangsrecht NBW met betrekking tot verjaring en verval leidt ertoe dat in de loop van 1992 en op 1 januari 1993 tal van termijnen verstrijken. Het is dan ook zaak dat advocaten en bedrijfsjuristen nog vóór 1 januari 1992 of zo spoedig mogelijk daarna ieder privaatrechtelijk dossier onderwerpen aan een onderzoek naar de overgangsrechtelijke complicaties rond verjaring en verval. In veel gevallen zal spoedig na de inwerkingtreding van het NBW actie zijn vereist om te voorkomen dat verjarings- en vervaltermijnen effect sorteren. En die actie zal er vaak uit bestaan dat een nog net lopende verjaringstermijn wordt gestuit door de deurwaarder op pad te sturen met een exploit waarbij een eis wordt ingesteld (art. 3:316 lid 1 NBW).

De bedoeling van deze bijdrage is de rechtspraktijk inzicht te verschaffen in de overgangsrechtelijke problemen rond verjaring en verval. Teneinde deze bijdrage enigszins overzichtelijk en leesbaar te houden, wordt slechts ingegaan op het overgangsrecht met betrekking tot de wettelijke termijnen van verjaring en verval; overgangsrechtelijke problemen rond contractueel overeengekomen termijnen blijven buiten beschouwing. Voorts wordt in deze bijdrage alleen stilgestaan bij verjaring en verval in de Boeken 3, 5 en 6 en Titels 7.1, 7.7, 7.9 en 7.14 NBW en de bijbehorende Overgangswet. Verjaring en verval in de Boeken 1, 2, 4, 7A en 8 NBW en de andere wetboeken (WvK, Fw en Rv) en bijbehorende Overgangswetten komen niet aan bod.

Eén waarschuwing vooraf. De bepalingen inzake verjaring en verval in het NBW zijn ingewikkeld. De bepalingen in de Overgangswet die betrekking hebben op verjaring en verval, zijn eens te meer gecompliceerd. Het is zeer wel denkbaar dat deze bijdrage onjuistheden bevat. De lezer zij daarvoor gewaarschuwd.

### 2. Verjaring en verval in BW, NBW en Ow

Het BW bevat in de artt. 1983-2029 regels omtrent de verjaring in het algemeen (artt. 1983-1999), verkrijgende verjaring (artt. 2000-2003), bevrij-

dende verjaring (artt. 2004-2014), stuiting van verjaring (artt. 2015-2022) en schorsing van verjaring (artt. 2023-2029). Elders in het BW zijn bijzondere verjaringstermijnen te vinden (bijvoorbeeld artt. 876n lid 2 en 1490). Een algemene regeling inzake verval ontbreekt in het BW; vervaltermijnen komen herhaaldelijk voor (bijvoorbeeld artt. 876d leden 2 en 3, 876k, 1130 lid 4, 1162; 1274 en 1547).

Het NBW heeft de bevrijdende verjaring op een andere plaats geregeld dan de verkrijgende verjaring. Afdeling 3 van Titel 3.4 bevat regels inzake verjaring ten gunste van de bezitter te goeder trouw (art. 3:99) en verkrijgende verjaring in aansluiting op de bevrijdende verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit (art. 3:105). Tevens wordt aldaar geregeld het tenietgaan van een beperkt recht door de bevrijdende verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van een met het beperkte recht strijdige toestand (art. 3:106). De bevrijdende verjaring, met inbegrip van stuiting en verlenging van verjaring, is geregeld in Titel 3.11 (artt. 3:306-325). Verspreid over het NBW zijn talloze bijzondere bepalingen van verjaring te vinden. Aan het verval is geen aparte regeling gewijd; het NBW kent op veel plaatsen echter bijzondere vervaltermijnen.

De Ow bevat in artt. 72-73a drie algemene bepalingen inzake verjarings- en vervaltermijnen. Artt. 92-94 Ow regelen overgangsrechtelijke bijzonderheden van de verkrijgende verjaring; artt. 120-124 Ow hebben betrekking op overgangsrechtelijke complicaties rond de bevrijdende verjaring. Tenslotte bevatten de artt. 81 lid 2, 82, 88, 151, 152, 177, 181, 185, 191, 196 en 220 Ow regels van overgangsrecht die van belang zijn voor bijzondere bepalingen van verjaring en verval in het NBW.

### 3. Uitgangspunt: verjaring en verval volgens NBW

Uitgangspunt van de Ow, neergelegd in art. 68a, is de onmiddellijke werking van het NBW per 1 januari 1992. Vanaf het tijdstip van zijn in werking treden is het NBW in beginsel niet alleen van toepassing op feiten en rechtsverhoudingen die nadien ontstaan en tot stand komen, maar ook op feiten en rechtsverhoudingen die op 1 januari 1992 reeds bestaan en tot stand zijn gekomen. Het BW is vanaf 1 januari 1992 nog slechts van toepassing op alsdan bestaande rechtstoestanden voor zover en zolang het NBW ingevolge de Ow niet van toepassing is (art. 68a lid 2 Ow). Volledigheidshalve zij erop gewezen dat weliswaar het gehele NBW per 1 januari 1992 in werking treedt, maar dat niet alle op 1 januari 1992 bestaande feiten en rechtsverhoudingen met ingang van dit tijdstip door het NBW worden beheerst. In diverse bepalingen van de Ow wordt afgeweken van het beginsel van de onmiddellijke werking van het NBW en worden delen van het NBW met uitgestelde werking van toepassing verklaard

op bestaande rechtstoestanden (zie bijvoorbeeld art. 196 lid 1 Ow ten aanzien van koop- en ruilovereenkomsten die voor 1 januari 1992 zijn gesloten). Het is dus steeds zaak om aan de hand van de bijzondere bepalingen van de Ow vast te stellen op welk tijdstip de voor het voorliggende rechtsgebied relevante onderdelen van het NBW van toepassing worden.

Het uitgangspunt van de onmiddellijke werking van het NBW geldt ook voor de voorschriften van het NBW inzake verjaring en verval. De nieuwe bepalingen omtrent termijnen van verjaring en verval en stuiting en verlenging van verjaring zijn in beginsel met ingang van 1 januari 1992 van toepassing op alsdan reeds bestaande feiten en rechtsverhoudingen en treden in de plaats van de voorheen geldende bepalingen van het BW. Op het punt van de termijnen van verjaring en verval maakt de Ow daarbij onderscheid tussen termijnen die het NBW op korter dan één jaar stelt en termijnen die volgens het NBW één jaar of langer duren. De korte termijnen worden onmiddellijk bij de inwerkingtreding van het NBW van toepassing, waarbij het aanvangstijdstip fictief wordt bepaald op het moment van inwerkingtreding van het NBW (art. 72 Ow). De lange termijnen worden eerst een jaar na de inwerkingtreding van het NBW van toepassing; gedurende dit eerste jaar gelden nog de termijnen van het BW (art. 73 Ow). Ook hier geldt echter de waarschuwing van de vorige alinea: bepaalde delen van het NBW – met inbegrip van hun verjarings- en vervaltermijnen – zijn niet al per 1 januari 1992 maar eerst later van toepassing op bestaande rechtstoestanden.

Onderzoek naar de overgangsrechtelijke complicaties rond verjaring en verval zal er hoofdzakelijk op gericht zijn om vast te stellen op welk tijdstip na 1 januari 1992 een voor het voorliggende rechtsgebied relevante verjarings- of vervaltermijn verstrijkt. Gegeven het uitgangspunt van de onmiddellijke werking van de bepalingen inzake verjaring en verval van het NBW per 1 januari 1992, dient dergelijk onderzoek te beginnen bij de regeling van het NBW. Daarbij is in de eerste plaats analyse vereist van het tijdstip van aanvang en de duur van de relevante termijn van het NBW. Tevens is van belang of er volgens het NBW sprake is van een verjarings- of van een vervaltermijn. Over dit onderzoek handelt hoofdstuk 4. Wanneer aanvang, duur en aard van de relevante termijn van het NBW zijn vastgesteld, dan kan met toepassing van de in hoofdstuk 5 te bespreken artt. 72-73a Ow worden bepaald wanneer de termijn verstrijkt. In enkele in hoofdstuk 6 te bespreken gevallen wijken de artt. 72-73a Ow echter voor bijzondere bepalingen in de Ow. Het betreft hier met name de gevallen waarin delen van het NBW met uitgestelde werking van toepassing worden op bestaande rechtstoestanden. Tenslotte kan het nodig zijn om aandacht te besteden aan de overgangsrechtelijke complicaties

rond stuiting en schorsing c.q. verlenging van verjaringstermijnen. Daarop wordt in hoofdstuk 7 ingegaan.

#### 4. Aanvang, duur en aard van de termijn van het NBW

Om het onderzoek naar de relevante verjarings- of vervaltermijn van de Boeken 3, 5 en 6 en Titels 7.1, 7.7, 7.9 en 7.14 NBW te vergemakkelijken, zijn de belangrijkste termijnen in Bijlagen I, II en III weergegeven. Bijlage I bevat de algemene termijnen met betrekking tot de verkrijgende verjaring (artt. 3:99-106); Bijlage II bevat de algemene termijnen van de bevrijdende verjaring (artt. 3:306-325); Bijlage III bevat de bijzondere termijnen van verjaring en verval, gerangschikt volgens de systematiek van het NBW. In de eerste kolom is aangegeven op welk rechtsgebied de desbetreffende verjarings- of vervaltermijn betrekking heeft. De tweede kolom geeft de vindplaats van de termijn in het NBW aan. In de derde respectievelijk vierde respectievelijk vijfde kolom worden aanvang respectievelijk duur respectievelijk aard van de termijn vermeld. Tenslotte wordt in de zesde kolom de vindplaats van de corresponderende termijn uit het BW genoemd.

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat de schema's niet uitputtend zijn bedoeld en dat bepaalde elementen sterk zijn vereenvoudigd. Met name de aard van de termijn (verjaring of verval) is hier en daar discutabel. Het verdient dan ook aanbeveling de schema's met de grootst mogelijke voorzichtigheid te hanteren.

#### 5. Toepassing van de artt. 72-73a Ow

Toepassing van de artt. 72-73a Ow geschiedt in negen stappen.

1. Stel vast of zich een overgangssituatie voordoet waarop de Ow betrekking heeft: is er sprake van een 'overlopende' rechtstoestand? Kortheids halve wordt naar de algemene literatuur inzake het overgangsrecht NBW verwezen.
2. Bepaal of voor de rechtstoestand volgens NBW een verjarings- of vervaltermijn bestaat. Daarbij kunnen de Bijlagen I, II en III behulpzaam zijn.
3. Pas de relevante verjarings- of vervaltermijn van het NBW toe op de rechtstoestand. Let daarbij op:
  - a. de aanvang van de termijn;
  - b. de duur van de termijn;
  - c. de aard van de termijn.
4. Stel het tijdstip van aanvang van de termijn van het NBW vast:
  - 4.(1) indien het tijdstip van aanvang van de termijn van het NBW op of na

de inwerkingtreding van het NBW valt, dan kan deze termijn in beginsel zonder meer worden toegepast.

#### *Voorbeeld A*

Jansen heeft op 1 januari 1980 een samenwerkingsovereenkomst gesloten met De Vries. Op 2 januari 1992 ontdekt Jansen dat hij ten tijde van het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen. Ingevolge art. 3:52 lid 1 onder c NBW vangt de termijn van verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling op grond van bedrog aan op het tijdstip dat het bedrog wordt ontdekt. De termijn van het NBW vangt derhalve op 2 januari 1992 aan en verstrijkt op 2 januari 1995.

Deze regel lijdt uitzondering indien de correctie van art. 73a lid 2 Ow moet worden toegepast: zie stap 6(2).

4.(2) indien het tijdstip van aanvang van de termijn van het NBW vóór de inwerkingtreding van het NBW valt, dan is er sprake van een overgangsrechtelijke situatie waarop de artt. 72-73a Ow van toepassing zijn: zie stappen 5 en 6.

#### *Voorbeeld B*

Jansen heeft op 1 januari 1980 een samenwerkingsovereenkomst gesloten met De Vries. Jansen ontdekt op 1 juli 1987 dat hij ten tijde van het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen. Het tijdstip van aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW is 1 juli 1987, derhalve vóór de inwerkingtreding van het NBW.

5. Stel vast of de duur van de termijn van het NBW minder dan één jaar bedraagt: zie stap 5(1); dan wel één jaar of langer: zie stap 5(2);

5(1). indien de duur van de termijn van het NBW minder dan één jaar bedraagt:

5(1)(1). verschuift het tijdstip van aanvang van de termijn van het NBW van de aanvangsdatum vóór de inwerkingtreding van het NBW naar het tijdstip van de inwerkingtreding van het NBW (art. 72 lid 1 Ow);

#### *Voorbeeld C*

Een vereniging van eigenaars neemt op 15 december 1991 een besluit, van welk besluit een eigenaar op 16 december 1991 kennis neemt. De termijn waarbinnen vernietiging van het besluit kan worden verzocht, bedraagt één maand: art. 5:130 lid 2 NBW. Ingevolge art. 72 lid 1 Ow verschuift het tijdstip van aanvang van deze termijn van 16 december 1991 naar 1 januari 1992. Zie omtrent de voltooiing van deze termijn stap 5(1)(2)(2) en voorbeeld E.

5(1)(2). eindigt de termijn van het NBW:

5(1)(2)(1). indien er sprake is van een termijn van het NBW die niet strekt tot vervanging van een termijn volgens het BW: na ommekomst van de termijn die het NBW stelt (art. 72 lid 1 Ow);

#### *Voorbeeld D*

De Haan heeft een schuld jegens Bakker. Deze schuld is op 1 juli 1990 door Maas van De Haan overgenomen. Op 15 oktober 1990 wordt de schuldoverneming tussen De Haan en Maas met wederzijds goedvinden ontbonden. Op 20 december 1991 verzoekt De Haan Bakker om te verklaren of hij de schuld weer op De Haan wil doen overgaan. De redelijke termijn van art. 6:158 NBW verschuift ingevolge art. 72 lid 1 Ow van het tijdstip van de uitnodiging van De Haan aan Bakker (20 december 1991) naar het tijdstip van de inwerkingtreding van het NBW. De bevoegdheid van art. 6:158 NBW kwam in het BW niet voor: binnen een 'redelijke termijn' na 1 januari 1992 vervalt de bevoegdheid van Bakker om te bepalen of hij de schuld weer op De Haan wil doen overgaan.

5(1)(2)(2). indien de termijn van het NBW strekt tot vervanging van een termijn van het BW: na ommekomst van de termijn die het NBW stelt of – indien dit tijdstip eerder valt – op het tijdstip waarop de termijn van het BW zou verstrijken (art. 72 lid 2 Ow);

#### *Voorbeeld E*

De termijn van art. 5:130 lid 2 NBW van voorbeeld C strekt tot vervanging van de termijn van art. 876d lid 2 BW. De aanvang van de termijn van art. 5:130 lid 2 NBW verschuift naar 1 januari 1992: de termijn eindigt niet op 1 februari 1992 maar al op 16 januari 1992, het tijdstip waarop de termijn van art. 876d lid 2 BW zou verstrijken.

5(2). indien de duur van de termijn volgens het NBW één jaar of langer bedraagt, is gedurende één jaar na de inwerkingtreding van het NBW het bepaalde in het NBW omtrent aanvang, duur en aard van de termijn niet van toepassing; gedurende dat jaar geldt nog hetgeen het BW (eventueel) bepaalt omtrent aanvang, duur en aard van de termijn (art. 73 lid 1 Ow);

#### *Voorbeeld F*

De termijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW van voorbeeld B bedraagt drie jaar en vangt aan op 1 juli 1987. Gedurende 1992 is niet het bepaalde in art. 3:52 lid 1 onder c NBW omtrent aanvang, duur en aard van toepassing, maar het bepaalde in art. 1490 BW omtrent aanvang, duur en aard.

N.B.: de bepalingen van het NBW omtrent stuiting en verlenging zijn wel met ingang van de inwerkingtreding van het NBW van toepassing; zie hieromtrent hoofdstuk 7.

5(2)(1). bevat het BW een termijn die in de loop van het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW verstrijkt, dan wordt het rechtsgevolg (verjaring c.q. verval) zonder meer aanvaard; het bepaalde in het NBW omtrent aanvang, duur en aard van de termijn blijft dan verder buiten beschouwing (art. 73 lid 1 Ow);

#### *Voorbeeld G*

Indien Jansen en De Vries op 1 januari 1980 een samenwerkingsovereenkomst hebben

gesloten en Jansen op 1 juli 1987 ontdekt dat hij bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen, begint de verjaringstermijn van art. 1490 BW op de dag van de ontdekking van het bedrog en verstrijkt deze termijn op 1 juli 1992. Het bepaalde in art. 3:52 lid 1 onder c NBW omtrent aanvang, duur en aard van de termijn blijft buiten beschouwing.

5(2)(2). bevat het BW geen termijn c.q. een termijn die later dan één jaar na de inwerkingtreding van het NBW verstrijkt, dan wordt het bepaalde in het NBW omtrent aanvang, duur en aard van de termijn één jaar na de inwerkingtreding van het NBW van toepassing (art. 73 lid 1 Ow);

#### *Voorbeeld H*

Indien Jansen op 1 juli 1990 ontdekt dat hij bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen, verstrijkt de termijn van art. 1490 BW na 1 januari 1993. Vanaf 1 januari 1993 wordt het bepaalde in het NBW omtrent aanvang, duur en aard van de termijn van toepassing. Art. 3:52 lid 1 onder c NBW brengt mee dat de verjaringstermijn van drie jaar aanvangt op 1 juli 1990 en verstrijkt op 1 juli 1993.

5(2)(3). indien de termijn van het NBW zou eindigen voordat één jaar na de inwerkingtreding van het NBW is verstreken, dan wordt het tijdstip van voltooiing van de termijn van het NBW verschoven tot de afloop van het jaar na de inwerkingtreding van het NBW (art. 73 lid 2 Ow).

#### *Voorbeeld I*

Indien Jansen op 1 juli 1989 ontdekt dat hij bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen, verstrijkt de termijn van art. 1490 BW op 1 juli 1994, derhalve niet in de loop van het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW. Vanaf één jaar na de inwerkingtreding van het NBW wordt het bepaalde in het NBW omtrent aanvang, duur en aard van de termijn van toepassing. Art. 3:52 lid 1 onder c NBW brengt mee dat de verjaringstermijn op 1 juli 1989 aanvangt en op 1 juli 1992 verstrijkt. Het tijdstip van voltooiing van de termijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW wordt ingevolge art. 73 lid 2 Ow verschoven naar 1 januari 1993.

6. Stel vast welke bevoegdheid naar NBW binnen de relevante termijn van het NBW moet worden uitgeoefend en of een bevoegdheid van gelijke aard ook volgens het BW al bestond, al dan niet met een daaraan gekoppelde termijn voor de uitoefening van deze bevoegdheid naar BW:

6(1). indien het NBW een bevoegdheid creëert die volgens het BW niet bestond, dan kan de volgens het NBW toegekende bevoegdheid niet meer worden uitgeoefend indien de termijn die het NBW daarvoor stelt volgens het NBW vóór de inwerkingtreding van het NBW is aangevangen en op het tijdstip van de inwerkingtreding van het NBW reeds is geëindigd (art. 73a lid 1 Ow);

#### *Voorbeeld J*

Indien in voorbeeld D De Haan Bakker op 16 oktober 1990 verzoekt om te bepalen of hij zijn schuld weer op De Haan wil doen overgaan, is de redelijke termijn van art. 6:158 NBW waarbinnen Bakker de schuld weer op de Haan kan doen overgaan, bij de inwerkingtreding van het NBW reeds verstreken. Aangezien het NBW een bevoegdheid creëert die volgens het BW niet bestond, kan de volgens het NBW toegekende bevoegdheid van Bakker om de schuld weer op De Haan te doen overgaan niet meer worden uitgeoefend, nu de daarvoor gestelde termijn bij de inwerkingtreding van het NBW reeds was verstreken.

6(2). indien volgens het BW wel een bevoegdheid van gelijke aard bestond en het BW voor de uitoefening van deze bevoegdheid een bepaalde termijn stelde, welke termijn volgens het BW reeds vóór de inwerkingtreding van het NBW was verstreken, dan wordt het rechtsgevolg van de verjaring of het verval volgens het BW bij de inwerkingtreding van het NBW niet aangetast (art. 73a lid 2 Ow).

#### *Voorbeeld K*

Indien Jansen op 1 januari 1986 ontdekt dat hij bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen, is de termijn van art. 1490 BW op 1 januari 1991 verstreken. Aan het rechtsgevolg van verjaring volgens het BW wordt bij de inwerkingtreding van het NBW niet getornd.

7. Ga na of de artt. 76-220 Ow bijzondere regels van overgangsrecht bevatten die voor de voorliggende rechtstoestand tot een andere uitkomst leiden dan de toepassing van de artt. 72-73a Ow volgens de stappen 2 tot en met 6. Enkele van die bijzondere regels worden in hoofdstuk 6 besproken.

8. Ga na of zich vóór dan wel ná de inwerkingtreding van het NBW een geval van stuiting, schorsing c.q. verlenging van de relevante termijn voordoet. Zie hieromtrent hoofdstuk 7.

9. Corrigeer het resultaat dat uit de stappen 2 tot en met 8 volgt, indien de uitkomst van deze stappen 'onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn' (art. 75 Ow). Korthedshalve wordt naar de algemene literatuur inzake het overgangsrecht NBW verwezen.

### **6. Bijzondere regels van overgangsrecht**

Op het algemene regime van overgangsrecht voor verjaring en verval van de artt. 72-73a Ow wordt inbreuk gemaakt door een aantal bijzondere regels van overgangsrecht. Het betreft hier bijzondere regels in de Ow die betrekking hebben op de overgangsrechtelijke gevolgen van de inwerkingtreding van bijzondere onderdelen van het NBW, waarin termijnen van verjaring en verval zijn opgenomen.

#### *Artikel 81 lid 2 Ow*

Indien een rechtshandeling een gebrek aankleeft dat naar BW tot nietigheid, maar naar NBW tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling leidt (bijvoorbeeld misbruik van omstandigheden), is de rechtshandeling vanaf het in werking treden van het NBW nog slechts vernietigbaar (art. 81 lid 2 eerste volzin Ow). Zou de termijn van het NBW waarbinnen de vernietigbaarheid kan worden ingeroepen voor de inwerkingtreding van het NBW een aanvang nemen en bij de inwerkingtreding van het NBW inmiddels zijn verstreken, dan zou toepassing van de correctie van art. 73a lid 1 Ow (zie hoofdstuk 5, stap 6(1)) tot een onaanvaardbare uitkomst leiden, indien voor het invoeren van de nietigheid naar BW geen bepaalde termijn gold. Degene die onder het BW de nietigheid van de rechtshandeling kon invoeren, behoefde immers geen rekening te houden met een verjaringstermijn; het zou onbillijk zijn indien de enkele inwerkingtreding van het NBW tot verlies van de bevoegdheid tot het invoeren van de (vernietig)baarheid zou leiden. Art. 73a lid 1 Ow blijft in dit geval buiten toepassing (art. 81 lid 2 tweede volzin Ow). Als de termijn waarbinnen de rechtsoverdracht tot vernietiging van de rechtshandeling naar NBW moet worden ingesteld, korter is dan één jaar, verschuift het aanvangstijdstip van deze termijn naar 1 januari 1992 (art. 72 lid 1 Ow); als de termijn één jaar of langer is en het aanvangstijdstip voor 1 januari 1992 ligt, is de termijn niet voor 1 januari 1993 voltooid (art. 73 lid 2 Ow).

#### *Artikel 82 Ow*

De rechtsoverdracht tot vernietiging van een rechtshandeling op een andere grond dan onbekwaamheid, bedreiging, misbruik van omstandigheden, bedrog, dwaling of benadeling verjaart drie jaar nadat de bevoegdheid tot vernietiging aan de belanghebbende ten dienste is komen te staan (art. 3:52 lid 1 onder d NBW). Als een soortgelijke bevoegdheid onder het BW ook al bestond, dan is het gerechtvaardigd om de aanvang van de termijn van art. 3:52 lid 1 onder d NBW te bepalen op het tijdstip waarop de bevoegdheid tot invoering van de soortgelijke vernietigingsgrond volgens het BW aan de belanghebbende ten dienste is komen te staan. Art. 82 Ow stelt de bevoegdheid naar BW en die naar NBW op een lijn ten behoeve van de bepaling van de aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:52 lid 1 onder d NBW.

#### *Artikel 88 Ow*

Roerende zaken die vóór 1 januari 1992 zijn gestolen, kunnen gedurende 1992 onder de voorwaarden van art. 2014 BW (waaronder de drie-jaarstermijn) door de bestolene worden gerevindiceerd. Na 1 januari 1993 is art. 3:86 NBW van toepassing en kan geen revindicatie van gestolen za-

ken meer plaatsvinden onder de omstandigheden genoemd in art. 3:86 lid 3 onder a en b NBW (art. 88 lid 1 Ow). Roerende zaken die vóór 1 januari 1992 zijn verloren, kunnen gedurende 1992 krachtens art. 2014 BW door de voormalige eigenaar worden gerevindiceerd, tenzij zij na 1 januari 1992 overeenkomstig Titel 5.2 NBW aan een derde zijn overgedragen. Na 1 januari 1993 is geen revindicatie van verloren zaken meer mogelijk (art. 151 lid 4 Ow). Een derde te goeder trouw die vóór 1 januari 1992 een gestolen of verloren zaak op een markt of veiling heeft gekocht, kan ook ná 1 januari 1992 aanspraak maken op vergoeding van de koopprijs ingevolge art. 637 BW (art. 88 lid 2 Ow).

#### *Artikel 92 Ow*

Indien goederen ingevolge art. 593 BW niet vatbaar waren voor bezit en daarmee niet voor de verkrijgende verjaring van art. 2000 BW, beginnen de termijnen van art. 3:99 BW met het bezit dat ingevolge art. 95 Ow op 1 januari 1992 van deze goederen mogelijk wordt (art. 3:101 NBW). Op goederen die volgens het BW wél vatbaar waren voor bezit, zijn gedurende 1992 nog aanvang, duur en aard van de termijn van art. 2000 BW van toepassing en worden de termijnen van art. 3:99 NBW op 1 januari 1993 van toepassing (art. 73 lid 1 Ow), waarbij deze termijnen beginnen te lopen op het moment dat het bezit aanving (art. 3:101 NBW) en niet voor 1 januari 1993 eindigen (art. 73 lid 2 Ow). Art. 92 Ow heeft betrekking op de situatie dat een goed volgens het BW wel vatbaar was voor bezit maar van de verkrijgende verjaring van art. 2000 BW was uitgesloten. De termijnen van art. 3:99 NBW beginnen normaliter te lopen op het moment dat het bezit aanving (art. 3:101 NBW) en verstrijken niet voor 1 januari 1993 (art. 73 leden 1 en 2 Ow). Indien echter vóór 1 januari 1992 stuiting van de verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit heeft plaatsgevonden, vangen de termijnen van art. 3:99 NBW conform het beginsel van art. 3:104 NBW aan vanaf deze stuiting.

#### *Artikel 93 Ow*

Ingevolge art. 3:105 NBW wordt de bezitter (te kwader trouw) van een goed bij de voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit eigenaar van het goed. Art. 93 Ow strekt ertoe dit rechtsgevolg per 1 januari 1993 te laten intreden indien de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit voordien was verjaard. Gedurende 1992 kan nog stuiting van de verjaring door de rechthebbende plaatsvinden volgens de stuitingsregeling van het NBW: zie hoofdstuk 7.

#### *Artikel 94 Ow*

De regeling van art. 3:106 NBW wordt per 1 januari 1993 van toepassing.

Gedurende 1992 geldt nog de non-ususregeling van de artt. 754 en 854 onder 5 BW.

#### *Artikel 122 Ow*

Art. 3:323 leden 1 en 2 NBW gelden met ingang van 1 januari 1992. Indien de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming al vóór 1 januari 1992 is voltooid, gaan pand en hypotheek – voor zover deze de bevrijdende verjaring van de rechtsvordering tot nakoming naar BW hebben overleefd – per 1 januari 1992 teniet (art. 122 Ow). Bij voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming op een tijdstip gelegen ná 1 januari 1992 gaan pand en hypotheek ingevolge art. 3:323 leden 1 en 2 NBW op dat tijdstip teniet.

#### *Artikel 123 Ow*

De artt. 3:324 en 325 NBW zijn vanaf 1 januari 1993 van toepassing op rechterlijke en arbitrale uitspraken die vóór 1 januari 1992 zijn gewezen. De stuitingsregeling van het NBW is echter al met ingang van 1 januari 1992 van toepassing: zie hoofdstuk 7.

#### *Artikel 124 Ow*

Indien na 1 januari 1992 nog een beroep wordt gedaan op de verjaringstermijnen van de artt. 2005-2008 BW, dan is de eed van betaling van art. 2010 BW eveneens nog van toepassing.

#### *Artikel 151 Ow*

De NBW-regeling omtrent gevonden zaken (artt. 5:5-12) gaat vergezeld van een specifieke regel van overgangsrecht. Art. 151 lid 4 Ow is in het kader van art. 88 Ow besproken. De overige bepalingen blijven kortheidshalve buiten beschouwing.

#### *Artikel 152 Ow*

Een bijzondere regel van overgangsrecht voor de schatvindingsregeling van art. 5:13 NBW.

#### *Artikel 177 Ow*

De vorderingen van de artt. 6:33, 36 en 42 NBW zijn nieuw ten opzichte van het BW. Het tijdstip van aanvang van de verjaringstermijnen van deze vorderingen wordt gefixeerd op het moment – eventueel vóór 1 januari 1992 – dat aan de in deze bepalingen gestelde voorwaarden is voldaan. De verjaring is echter niet voltooid voor 1 januari 1993.

### *Artikel 181 Ow*

De artt. 6:66-71 NBW, met inbegrip van de verjaringstermijn van art. 6:71 NBW, zijn niet van toepassing op een bewaargeving die voor 1 januari 1992 met inachtneming van de artt. 1440-1448 BW is verricht.

### *Artikel 185 Ow*

Schulden en vorderingen die vóór 1 januari 1992 in een rekening als bedoeld in art. 6:140 NBW waren opgenomen, worden op 1 januari 1992 volgens de regels van het BW verrekend. Vanaf 1 januari 1992 is het aldus ontstane saldo verschuldigd. De verjarings- en vervaltermijnen van de leden 3 en 4 gelden ten aanzien van dit op 1 januari 1992 verschuldigde saldo.

### *Artikel 191 Ow*

Afdeling 3 van titel 6.5 NBW is eerst vanaf 1 januari 1993 van toepassing op algemene voorwaarden die al vóór 1 januari 1992 door een partij in haar overeenkomsten werden gehanteerd, ook indien in de loop van 1992 nog wijzigingen in deze algemene voorwaarden worden aangebracht (art. 191 lid 1 Ow). Na 1 januari 1993 kan een beding in dergelijke algemene voorwaarden in beginsel slechts ex nunc worden vernietigd (art. 191 lid 2 Ow). De verjaringstermijn voor de rechtsvordering tot vernietiging van een beding in algemene voorwaarden vangt aan op de dag volgend op die waarop een beroep op het beding wordt gedaan (art. 6:235 lid 4 NBW) en eindigt na drie jaar (art. 3:52 lid 1 onder d NBW). Wordt op een tijdstip tussen 1 januari 1990 en 1 januari 1993 een beroep gedaan op een beding in algemene voorwaarden die van vóór 1 januari 1992 dateren, dan vangt de verjaringstermijn van de vernietigingsvordering van het NBW op dat tijdstip aan (art. 73 lid 1 Ow), maar eindigt deze niet vóór 1 januari 1994 (art. 73 lid 2 Ow). Is op een tijdstip vóór 1 januari 1990 een beroep gedaan op algemene voorwaarden, dan kan de vernietigingsvordering van het NBW op grond van art. 73a lid 1 Ow niet meer worden uitgeoefend. Het NBW creëert hier immers een nieuwe bevoegdheid met een daaraan gekoppelde termijn die op het moment dat de bevoegdheid aan de belanghebbende ten dienste komt te staan – te weten op 1 januari 1993 – volgens het NBW reeds is voltooid.

### *Artikel 196 Ow*

Voor de koopovereenkomst geldt een ingewikkelde overgangsregeling. Artt. 7:21 en 23 NBW, betrekking hebbende op de bijzondere gevolgen van niet-nakoming van de verplichtingen van de verkoper, zijn niet van toepassing indien de verkoper vóór 1 januari 1992 in de nakoming van zijn verplichtingen tekort is geschoten en evenmin indien deze niet-nakoming na 1 januari 1992 wordt voortgezet. Bij niet-nakoming na 1 januari

1992 van een voordien of nadien gesloten koopovereenkomst zijn de artt. 7:21 en 23 NBW wél van toepassing (art. 196 lid 3 Ow).

Art. 7:28 NBW is slechts van toepassing op een consumentenkoop die na 1 januari 1992 is gesloten (art. 196 lid 2 Ow).

Artt. 7:40 en 44 NBW zijn slechts van toepassing indien het recht van reclame na 1 januari 1992 wordt uitgeoefend (art. 196 lid 3 Ow). Indien het tijdstip van aanvang van de vervaltermijn van art. 7:44 NBW vóór 1 januari 1992 valt, verschuift dit tijdstip naar 1 januari 1992 (art. 72 lid 1 Ow); de termijn eindigt na ommekomst van de twee perioden van art. 7:44 NBW of – indien dit tijdstip eerder valt – 30 dagen na de aflevering van de zaak (art. 1191 BW) of, in geval van faillissement, 30 dagen na de opslag onder de koper of een derde (art. 232 WvK) (art. 72 lid 2 Ow). Indien op 1 januari 1992 reeds 30 dagen (art. 1191 BW c.q. art. 232 WvK) zijn verstreken, is het recht van reclame vervallen (art. 73a lid 2 Ow). Anders dan de parlementaire geschiedenis van art. 196 lid 3 Ow suggereert, zijn de artt. 72 en 73a Ow wél van toepassing op het recht van reclame. De in de parlementaire geschiedenis verdedigde opvatting staat niet alleen op gespannen voet met de tekst van de artt. 72, 73a en 196 lid 3 Ow, maar heeft onder meer ook tot gevolg dat een recht van reclame dat vóór 1 januari 1992 door het verstrijken van de termijn van art. 1191 BW c.q. art. 232 WvK is vervallen, per 1 januari 1992 herleeft indien de (langere) termijn van art. 7:44 NBW op dat tijdstip nog niet is verstreken. Toepassing van de artt. 72 en 73a Ow – zoals hiervoor aangegeven – voorkomt dit ongewenste en met de geest van art. 69 onder d Ow strijdige resultaat.

### *Artikel 220 Ow*

De vervaltermijn van art. 3:852 lid 2 NBW is niet van toepassing op een borgtocht die op 1 januari 1992 reeds bestaat.

## **7. Stuiting, schorsing en verlenging van verjaring**

### *7.1 Algemeen*

De figuur van de stuiting van de verjaring van het BW (artt. 2015-2022) keert in gewijzigde vorm terug in het NBW (artt. 3:316-319 en 325). De schorsing van het BW (artt. 2023-2029) keert niet terug in het NBW maar wordt vervangen door de figuur van de verlenging (artt. 3:320-321 en 325).

### *7.2 Stuiting*

Het uitgangspunt van de onmiddellijke werking van het NBW (art. 68a Ow) geldt ook ten aanzien van de bepalingen van het NBW inzake stui-

ting van verjaring. Met ingang van 1 januari 1992 dient aan de hand van het NBW te worden bepaald of een verjaringstermijn op of na 1 januari 1992 kan worden gestuit en wat de gevolgen van stuiting zijn voor de lopende verjaringstermijn.

Op het beginsel van de onmiddellijke werking van de bepalingen van het NBW inzake stuiting wordt geen inbreuk gemaakt door de in hoofdstuk 5 besproken artt. 72-73a Ow. Deze regels van overgangsrecht zijn – zoals uit hun tekst ook blijkt – uitsluitend relevant voor aanvang, duur en aard van de termijn. Met de overgangsrechtelijke problemen rond de stuiting hebben zij niet van doen.

Twee complicaties verdienen nadere bestudering:

1. stuiting van een termijn van het BW ná de inwerkingtreding van het NBW;
2. stuiting van een termijn van het NBW vóór de inwerkingtreding van het NBW.

#### *Complicatie 1*

Op grond van art. 73 lid 1 Ow (zie hoofdstuk 5, stap 5(2)) is het denkbaar dat gedurende het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW nog toepassing moet worden gegeven aan hetgeen het BW bepaalt omtrent aanvang, duur en aard van een termijn. Gedurende dit jaar zijn echter al wel de bepalingen van het NBW inzake stuiting van een verjaringstermijn van toepassing. Een termijn van het BW die ingevolge art. 73 lid 1 Ow op 1 juli 1992 eindigt, kan na 1 januari 1992 uitsluitend worden gestuit volgens de artt. 3:316-319 en 325 NBW.

#### *Complicatie 2*

Op grond van art. 73 lid 1 Ow (zie hoofdstuk 5, stap 5(2)) is ook de situatie denkbaar dat het tijdstip van aanvang van een termijn van het NBW is gesitueerd vóór de inwerkingtreding van het NBW. Het zal duidelijk zijn dat deze termijn van het NBW vanaf 1 januari 1992 uitsluitend gestuit kan worden volgens het NBW. Gedurende de periode vóór de inwerkingtreding van het NBW gelden nog de bepalingen van het BW inzake stuiting. Art. 120 Ow beoogt blijkens de wetsgeschiedenis buiten twiifel te stellen dat een termijn van het NBW in de periode vóór de inwerkingtreding van het NBW uitsluitend is onderworpen aan de stuitingsregeling van de artt. 2015-2022 BW.

### *7.3 Schorsing en verlenging*

De artt. 3:320-321 en 325 NBW inzake verlenging van de verjaring hebben onmiddellijke werking (art. 68a Ow). Is op het tijdstip van de in-

werkingtreding van het NBW een grond voor verlenging van de verjaring aanwezig, dan wordt de verjaring naar NBW verlengd. De verlengingsregeling van het NBW heeft geen terugwerkende kracht: de verlenging treedt pas in op het tijdstip van of na de inwerkingtreding van het NBW waarop aan de voorwaarden voor verlenging naar NBW is voldaan. Drie overgangsrechtelijke complicaties zijn in art. 121 Ow nader geregeld:

1. er doemt een verlengingsgrond volgens het NBW op gedurende de periode dat ingevolge art. 73 lid 1 Ow nog toepassing moet worden gegeven aan aanvang en duur van een verjaringstermijn van het BW;
2. bij de inwerkingtreding van het NBW bestaat een schorsingsgrond volgens het BW maar geen verlengingsgrond volgens het NBW;
3. bij de inwerkingtreding van het NBW bestaat zowel een schorsingsgrond volgens het BW als een verlengingsgrond volgens het NBW.

#### *Complicatie 1*

De eerste complicatie doet zich voor als gedurende het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW op grond van art. 73 lid 1 Ow (zie hoofdstuk 5, stap 5(2)) nog toepassing moet worden gegeven aan aanvang en duur van een verjaringstermijn van het BW en in dat eerste jaar een verlengingsgrond volgens het NBW opdoemt. Deze combinatie van aanvang en duur van de termijn volgens BW en verlenging volgens NBW acht de wetgever te ingewikkeld. Daarom wordt in art. 121 lid 1 Ow een uitzondering gecreëerd op art. 73 Ow: als tijdens het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW een grond voor verlenging ex artt. 3:320-321 en 325 NBW opdoemt, worden aanvang en duur van de verjaringstermijn naar NBW in de plaats van aanvang en duur van de verjaringstermijn naar BW terstond bij de inwerkingtreding van het NBW van toepassing.

#### *Voorbeeld 1*

Jansen heeft in 1980 een samenwerkingsovereenkomst met De Vries gesloten. Op 1 juli 1989 ontdekt Jansen dat hij bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst door De Vries is bedrogen. Ingevolge art. 73 lid 1 Ow zijn gedurende 1992 nog aanvang, duur en aard van de termijn van art. 1490 BW van toepassing en worden aanvang, duur en aard van deze termijn met ingang van 1 januari 1993 door aanvang, duur en aard van de termijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW vervangen. Als Jansen op 1 februari 1992 onder curatele wordt gesteld met benoeming van De Vries tot curator, ontstaat er een verlengingsgrond ex art. 3:321 lid 1 onder b NBW. Wordt De Vries op 1 april 1992 van zijn taak als curator ontheven en wordt de eindrekening op 1 mei 1992 gesloten (art. 3:321 lid 2 NBW), dan worden alsdan aanvang en duur van de termijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW van toepassing. Op grond van art. 3:320 NBW eindigt de termijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW niet reeds op 1 juli 1992 maar op 1 november 1992. De bepaling van art. 73 lid 2 Ow die de termijn van art. 3:52 lid 1 onder c NBW op 1 januari 1993 zou doen eindigen blijft ingevolge art. 121 lid 1 Ow buiten toepassing. Het ontstaan en het verdwijnen van een verlengingsgrond in de loop van 1992 leiden in casu dus tot een verkorting van de termijn! Een uitkomst die schreeuwt om toepassing van art. 75 Ow (zie hoofdstuk 5, stap 9).



### Complicatie 2

Een tweede complicatie speelt indien er bij de inwerkingtreding van het NBW een grond voor schorsing onder het BW bestaat maar geen grond voor verlenging onder het NBW. Art. 121 lid 2, eerste volzin, eerste gedeelte Ow bepaalt dat de artt. 2023-2029 BW gedurende het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW van toepassing blijven. Gedurende dat jaar zijn ingevolge art. 73 lid 1 Ow ook aanvang, duur en aard van de termijn van het BW van toepassing. Valt de schorsing volgens het BW in de loop van dit eerste jaar weg, dan dient aan de hand van het BW te worden bepaald of de verjaring in dat jaar wordt voltooid. Indien de schorsing van het BW niet gedurende het eerste jaar na de inwerkingtreding van het NBW wegvalt c.q. ondanks wegvallen van de schorsing van het BW de termijn van het BW niet in dit eerste jaar wordt voltooid, dan wordt het NBW na afloop van dit eerste jaar van toepassing en wordt de verjaring geacht nimmer geschorst te zijn geweest (art. 121 lid 2, tweede volzin). Ingevolge art. 73 lid 2 Ow is de met ingang van 1 januari 1993 van toepassing geworden verjaringstermijn van het NBW niet vóór 1 januari 1993 voltooid (zie stap 5(2)(3)).

### Complicatie 3

Een derde complicatie dient zich aan indien er bij de inwerkingtreding van het NBW zowel een schorsingsgrond volgens het BW als een verlengingsgrond volgens het NBW bestaat. Art. 121 lid 2, eerste volzin, laatste gedeelte Ow bepaalt dat het NBW dan onmiddellijk van toepassing wordt. Vanaf de inwerkingtreding van het NBW dienen zowel aanvang en duur van de verjaringstermijn van het NBW als de verlengingsbepalingen van het NBW te worden toegepast. Het BW blijft geheel buiten toepassing. Art. 121 lid 2, eerste volzin, laatste gedeelte Ow creëert dezelfde uitzondering op art. 73 Ow als art. 121 lid 1 Ow (zie complicatie 1).

## 8. De moraal

Het overgangsrecht NBW met betrekking tot verjaring en verval is van een duizelingwekkende complexiteit. Er is veel studie en denkwerk voor nodig om de bepalingen van de Ow inzake verjaring en verval correct toe te passen. Dat ligt overigens meer aan de aard van de materie dan aan de wetgever. De Ow bevat op het punt van verjaring en verval op zich zelf helder en hanteerbaar recht. We zullen met dit recht moeten leren omgaan: *lex complicata, sed lex*.

### I. Verrijking en verlies van goederen

Onderwerp	NBW	Aanvang	Duur	Aard	BW
Verrijgende verjaring van rechten op roerende zaken, niet-registeregoederen en rechten aan toonder of order	3:99	Aanvang van de dag na het begin van het bezit (art. 3:101)	3 jaar	Verjaring	2000
Verrijgende verjaring van andere goederen	3:99	Aanvang van de dag na het begin van het bezit (art. 3:101)	10 jaar	Verjaring	2000
Verrijgende verjaring van nalatenschap	3:100	Aanvang van de dag volgende op die van het overlijden van de erflater (art. 3:315)	20 jaar	Verjaring	--
Onderbreking verrijgende verjaring door onvrijwillig bezitaverlies	3:103	Tijdstip van onvrijwillig bezitaverlies	1 jaar	Verval	2015, 616 en 622

Verkrijgende verjaring van goederen bij bevrijdende verjaring	3:105, lid 1	Aanvang van de dag, volgend op die waarop niet-recht-hebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd kan worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt (art. 3:314 lid 2)	20 jaar (art. 3:306)	Verjaring	--
Onderbreking verkrijgende verjaring door onvrijwillig bezitsverlies	3:105, lid 2	Tijdstip van onvrijwillig bezitsverlies	1 jaar	Verval	--
Tenietgaan beperkt recht door bevrijdende verjaring	3:106	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de onmiddellijke opheffing van de strijdige toestand kan worden gevorderd (art. 3:314 lid 1)	20 jaar (art. 3:306)	--	754 854 onder 5

✓

## II. Bevrijdende verjaring in het algemeen

<u>Onderwerp</u>	<u>NBW</u>	<u>Aanvang</u>	<u>Duur</u>	<u>Aard</u>	<u>BW</u>
Rechtvordering tot nakoming van niet-contractuele verplichting om te geven of te doen	3:306	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de onmiddellijke nakoming kan worden gevorderd (art. 3:313)	20 jaar	Verjaring	2004
Rechtvordering tot opheffing onrechtmatige toestand	3:306	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de onmiddellijke opheffing van de onrechtmatige toestand kan worden gevorderd (art. 3:314 lid 1)	20 jaar	Verjaring	2004
Rechtvordering tot besnijdiging bezit niet-rechthebbende	3:306	Aanvang van de dag, volgend op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd kan worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt (art. 314 lid 2)	20 jaar	Verjaring	2004
Rechtvordering tot opeising nalatenschap	3:306	Aanvang van de dag, volgend op die van het overlijden van de erflater (art. 3:315)	20 jaar	Verjaring	882

Rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot geven of doen	3:307, lid 1	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de vordering opeisbaar is geworden	5 jaar	Verjaring	2005-2008
Rechtsvordering tot nakoming na onbepaalde tijd	3:307, lid 2	1. Aanvang van de dag, volgend op die waartegen de schuldeiser heeft medegedeeld tot opeising over te gaan	5 jaar	Verjaring	--
		2. Aanvang van de dag, volgend op die waartegen de opeising op zijn vroegst mogelijk waa	20 jaar	Verjaring	--
Rechtsvordering tot betaling van periodieken	3:308	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de vordering opeisbaar is geworden	5 jaar	Verjaring	2012
Rechtsvordering uit onverschuldigde betaling	3:309	1. Aanvang van de dag, volgend op die waarop de schuldeiser bekend is met vordering en ontvanger	5 jaar	Verjaring	--
		2. Ontstaan van de vordering	20 jaar	Verjaring	--

v

Rechtsvordering tot vergoeding van schade of betaling van bedongen boete	3:310	1. Aanvang van de dag, volgend op die waarop benadeelde bekend is met schade/opeisbaarheid en aansprakelijke persoon	5 jaar	Verjaring	2004
		2. Tijdstip relevante gebeurtenis	20 jaar	Verjaring	2004
Rechtsvordering tot ontbinding overeenkomst bij wanprestatie of tot herstel van tekortkoming	3:311, lid 1	1. Aanvang van de dag, volgend op die waarop schuldeiser tekortkoming kent	5 jaar	Verjaring	--
		2. Ontstaan van de tekortkoming	20 jaar	Verjaring	--
Rechtsvordering tot ongedaanmaking ex art. 6:271	3:311, lid 2	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de overeenkomst is ontbonden	5 jaar	Verjaring	--
Stuiting na beëindiging rechtsgeding door nieuwe eis	3:316, lid 2	Tijdstip van in kracht van gewijde gaan van uitspraak of beëindiging van geding	6 maanden	Verval	2016
Stuiting door bindend advies	3:316, lid 3	Tijdstip van handeling strekkende tot verkrijging van bindend advies	bekwame spoed	Verval	2016

Stuiting door schriftelijke aanmaning	3:317, lid 2	Tijdstip van schriftelijke aanmaning	6 maanden	Verval	2016
Nieuwe verjaringstermijn na stuiting	3:319	1. Aanvang van de dag, volgend op die waarop de stuiting plaatsvindt	oorspronkelijke verjaringstermijn met maximum (5 jaar) en minimum	Verjaring	--
		2. Aanvang van de dag, volgend op die waarop het bindend advies is uitgebracht	oorspronkelijke verjaringstermijn met maximum (5 jaar) en minimum	Verjaring	--
Rechtvordering tot nakoming verbintenis met hypotheek	3:323, lid 3	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de hypotheek aan de verbintenis is verbonden	20 jaar	Verjaring	--

√

Verjaring tenuitvoerlegging rechterlijke of arbitrale uitspraak	3:324, lid 1	Aanvang van de dag, volgend op die van de uitspraak c.q. vervulling van aanvullende vereisten	1. 20 jaar (art. 3:324, lid 1)	Verjaring	--
			2. 5 jaar (art. 3:324, lid 3)	Verjaring	--
Verjaring tenuitvoerlegging rechterlijke of arbitrale uitspraak bij instellen rechtsmiddel of eis	3:324, lid 2	Aanvang van de dag, volgend op die van beëindiging geding over rechtsmiddel of eis	1. 20 jaar (art. 3:324, lid 1)	Verjaring	--
			2. 5 jaar (art. 3:324, lid 3)	Verjaring	--
Stuiting verjaring van tenuitvoerlegging rechterlijke of arbitrale uitspraak	3:325, lid 2 onder c	Tijdstip van verrichten van daad van tenuitvoerlegging	bekwame spoed	Verval	--

## III. Bijzondere termijnen van verjaring en verval

Onderwerp	NBW	Aanvang	Duur	Aard	BW
Vernietiging rechtshandeling wegens onbekwaamheid	3:52, lid 1 onder a	1. Tijdstip van beëindiging onbekwaamheid	3 jaar	Verjaring	1490
		2. Tijdstip van kennisneming door wettelijk vertegenwoordiger	3 jaar	Verjaring	1490
Vernietiging rechtshandeling wegens bedreiging of misbruik van omstandigheden	3:52, lid 1 onder b	1. Tijdstip van beëindiging bedriegende invloed	3 jaar	Verjaring	1490
		2. Tijdstip van beëindiging van invloed door misbruik	3 jaar	Verjaring	1490
Vernietiging rechtshandeling wegens bedrog, dwaling of benadeling	3:52, lid 1 onder c	1. Tijdstip van ontdekking bedrog	3 jaar	Verjaring	1490
		2. Tijdstip van ontdekking dwaling	3 jaar	Verjaring	1490
		3. Tijdstip van ontdekking benadeling	3 jaar	Verjaring	1490
Vernietiging rechtshandeling op andere vernietigingsgrond	3:52, lid 1 onder d	Tijdstip waarop bevoegdheid belanghebbende ten dienste komt te staan	3 jaar	Verjaring	1490

v

Wijziging in plaats van vernietiging bij misbruik van omstandigheden	3:54, lid 1	Tijdstip waarop bevoegdheid tot vernietiging ex art. 3:44 lid 4 ontstaat	tijdig	Verval	--
Bevestiging vernietigbare rechtshandeling	3:55, lid 2	Tijdstip van uitnodiging tot doen van keuze	redelijke termijn (zie ook art. 36a Fw.)	Verval	--
Bekrachtiging onbevoegde vertegenwoordiging	3:69, lid 4	Tijdstip van uitnodiging tot doen van bekrachtiging	redelijke termijn	Verval	--
Bescherming tegen beschikkingeonbevoegdheid	3:86, lid 3	Dag van de diefstal	3 jaar	Verval	2014
Hegwijsplicht	3:87	Tijdstip van verkrijging	3 jaar	Verval	--
Levering van recht op onbekende persoon	3:94, lid 2	Tijdstip van bekend worden van persoon	bekwame spoed	Verval	--
Bezitsactie	3:125, lid 1	Tijdstip van verlies of stoornis	1 jaar	Verval	614

Schadevergoeding onvoldoende gegoedheid schuldenaar van gemeenschap	3:188, lid 3	Tijdstip van de verdeling c.q. op- eisbaar worden van de toegedeelde vordering	3 jaar	Verval	1130, lid 4
Vernietiging gebrekkige verdeling	3:195, lid 1	Tijdstip van kennisneming van verdeling	1 jaar	Verjaring	--
Vernietiging van verdeling	3:200	Tijdstip van de verdeling	3 jaar	Verval	1162
Gestanddoening huur of verpachting na beëindiging vruchtgebruik	3:217, lid 4	Tijdstip van uitnodiging tot gestanddoening	redelijke termijn	Verval	--
Vernietiging rechtshandeling in strijd met huurbeding bij verhypothekeerd goed	3:264, lid 2	Tijdstip van uitbrengen van ex- ploit van aanzegging of overneming	3 jaar	Verjaring	--
Voorrecht op vordering uit overeenkomst tot aanneming van werk	3:285	Tijdstip van ontstaan van de vordering	2 jaar	Verval	--
Meldingsplicht vinder	5:5, lid 1	Tijdstip van de vondst	bekwame spoed	Verval	--

Eigendomsverkrijging door vinder	5:6, lid 1	Tijdstip van aangifte of mede- deling	1 jaar	Verjaring	--
Niet-kostbare zaken	5:6, lid 2	Tijdstip van inbewaringgeving	3 maanden	Verjaring	--
Overige situaties van vondst	5:6, lid 3	Tijdstip van inbewaringgeving	1 jaar	Verjaring	--
Gevonden dier	5:8, lid 3	Tijdstip van inbewaringneming	2 weken	Verjaring	--
Kosten van bewaring	5:10, lid 1	Tijdstip van opgave van kosten van bewaring	1 maand	Verval	--
Inontvangstneming door vinder	5:11	Tijdstip van eigendomsverkrijging	1 maand	Verval	--
Meldingsplicht schatvinder	5:13, lid 3	Tijdstip van de vondst (art. 5:5, lid 1)	bekwame spoed (art. 5:5, lid 1)	Verval	--

Inschrijving notariële akte van grensvastlegging	5:31, lid 1	Tijdstip van opmaken van notariële akte	14 dagen	Verval	--
Gestandoening huur of verpachting na beëindiging erfpacht	5:94, lid 3	Tijdstip van uitnodiging tot gestandoening	redelijke termijn	Verval	--
Voortzetting erfpacht	5:98	Tijdstip van verstrijken termijn erfpacht	6 maanden	Verval	--
Gestandoening huur of verpachting na beëindiging opstal	5:104, lid 2 jo. 5:94, lid 3	Tijdstip van uitnodiging tot gestandoening	redelijke termijn	Verval	--
Voortzetting opstal	5:104, lid 2 jo. 5:98	Tijdstip van verstrijken termijn opstal	6 maanden	Verval	--
Vernietiging besluit vernietiging van eigenaars	5:130, lid 2	Tijdstip waarop belanghebbende van besluit heeft kennisgenomen of heeft kunnen kennisnemen	1 maand	Verval	876d, lid 2

Hoger beroep van beslissing inzake vernietiging besluit	5:130, lid 3	Dagtekening der eindbeschikking	1 maand	Verval	876d, lid 3
Hoger beroep van beslissing inzake geschil over herstel of wijze van herstel	5:138	Dagtekening der eindbeschikking	1 maand	Verval	876k
Vernietiging van wijziging van akte van splitsing	5:141, lid 2	Aanvang van de dag, volgend op die waarop belanghebbende van wijziging kennis heeft genomen c.q. wijziging hem schriftelijk is medegedeeld	1 jaar	Verjaring	876n, lid 2
Keuzerecht bij alternatieve verbintenissen	6:19, lid 1	Tijdstip van uitnodiging tot bepaling keuze	redelijke termijn	Verval	--
Keuzerecht bij alternatieve verbintenissen in verband met pand of beslag	6:19, lid 3	Tijdstip van uitnodiging tot bepaling keuze	redelijke termijn	Verval	--
Opdraagbaarheid verplichting na aanmaning tot nakoming	6:80, lid 1 onder c	Tijdstip van schriftelijke aanmaning	redelijke termijn	Verval	--

Intreden verzuim na ingebrekestelling	6:82, lid 1	Tijdstip van schriftelijke aan- maning	redelijke termijn	Verval	1274
Keuze schuldeiser uit mid- delen bij niet-nakoming door schuldenaar	6:88, lid 1	Tijdstip van verzoek om keuze te bepalen	redelijke termijn (zie ook art. 36a Fw.)	Verval	--
Niet-nakoming na keuze door schuldeiser	6:88, lid 2	Tijdstip van uitbrengen van keuze door schuldeiser	redelijke termijn	Verval	--
Protest tegen gebrekkige prestatie	6:89	Tijdstip van ontdekking van gebrekkige prestatie	bekwame tijd	Verval	1547
Niet-naleving uitspraak tot schadevergoeding in niet- geldelijke vorm	6:103	Tijdstip van in kracht van gewijsde gaan van rechterlijke uitspraak	redelijke termijn	Verval	--
Beroep op weigeringsgrond verrekening	6:132	Tijdstip van uitbrengen van verre- keningsverklaring	onverwijld	Verval	--
Beroep op eigen bevoegdheid tot verrekening	6:133	Tijdstip van uitbrengen van verre- keningsverklaring	onverwijld	Verval	--
Beroep op verrekening bij ontbindingsverklaring overeenkomst	6:134	Tijdstip van verklaring strekkende tot ontbinding van de overeenkomst wegens niet-nakoming	onverwijld	Verval	--
Protest tegen verrekenings- verklaring	6:137, lid 2	Tijdstip van uitbrengen van ver- rekeningsverklaring	onverwijld	Verval	--
Protest tegen verrekening bij verschil in plaats van nakoming	6:138, lid 2	Tijdstip van uitbrengen van ver- rekeningsverklaring	onverwijld	Verval	--
Protest tegen vaststelling saldo in rekening	6:140, lid 3	Tijdstip mededeling verschuldigde saldo	redelijke tijd	Verval	--
Vordering tot betaling van saldo van rekening	6:140, lid 4	Aanvang van de dag, volgend op die waarop de rekening is geïndigd en het saldo opeisbaar is geworden	5 jaar	Verjaring	--
Overgang schuld bij ongel- dige schuldoverneming	6:158	Tijdstip van uitnodiging tot doen van kennisgeving	redelijke termijn	Verval	--



Vordering tot schadevergoeding bij produktaansprakelijkheid	1. 6:191, lid 1	Aanvang van de dag, volgend op die waarop benadeelde met schade, gebrek en producent bekend is geworden c.q. had kunnen worden	3 jaar	Verjaring	1407g, lid 1
	2. 6:191, lid 2	Aanvang van de dag, volgend op die waarop producent de zaak in het verkeer heeft gebracht	10 jaar	Verval	1407g, lid 2
Goedkeuring pseudo-zaakwaarneming	6:202	Uitnodiging tot verlenen van goedkeuring	redelijke termijn	Verval	--
Wijziging van vernietigbare overeenkomst	6:230, lid 1	Tijdstip waarop de bevoegdheid tot vernietiging ex artt. 6:228 en 6:229 kan worden ingeroepen	tijdig	Verval	--
Vernietiging van beding in algemene voorwaarden	6:235, lid 4	Aanvang van de dag, volgend op die waarop wederpartij een beroep op het beding doet	3 jaar (art. 3:52, lid 1 onder d)	Verjaring	--

Keuzerecht van verkoper bij gebrekkige prestatie bij consumentenkoop	7:21, lid 2	Tijdstip van vordering van koper tot herstel c.q. vervanging	korte tijd	Verval	--
Nakoming door verkoper consumentenkoop van door hem gemaakte keuze	7:21, lid 2	Tijdstip van keuze van verkoper voor vervanging c.q. teruggave van de koopprijs	redelijke tijd	Verval	--
Aanmaning tot herstel	7:21, lid 3	Tijdstip van schriftelijke aanmaning	redelijke tijd	Verval	--
Klachtplicht koper	7:23, lid 1	Tijdstip van ontdekking van ondeugdelijke prestatie	bekwame tijd	Verval	1547
Rechtavordering c.q. verweer koper	7:23, lid 2	Tijdstip van kennisgeving ondeugdelijke prestatie	2 jaar	Verjaring	1547
Vordering tot betaling van koopprijs bij consumentenkoop	7:28	Tijdstip van opeisbaar worden van de vordering tot betaling van de koopprijs (artt. 3:308 en 3:313)	2 jaar	Verjaring	--

		Tijdstip van verklaring van de verkoper	redelijke termijn	Verval
Voorkoming recht van reclame bij faillissement en euseance door betaling koop-prijs	7:40			--
Uitoefening recht van reclame	7:44	Tijdstip van opelebaar worden van de vordering tot betaling van de koopprijs en de dag waarop de zaak is opgege-slagen	6 weken en 60 dagen	1191 232 WVK Verval
Afgifte stukken door last-hebber	7:417	Aanvang van de dag, volgend op die waarop bemoelingen laathebber zijn geëindigd	5 jaar	2011 Verjaring
Vernietiging rechtshandeling bij borgtocht	7:852, lid 2	Tijdstip van uitnodiging door borg of schuldeiser tot uitvoe-ning van vernietigingsbevoegdheid door hoofdschuldenaar	redelijke termijn	-- Verval

## ONRECHTMATIGE DAAD EN SCHADEVERGOEDING

Mr J. Spier  
Mr C.H.W.M. Sterk

### 1. Inleiding

Volgens de Memorie van Toelichting bij de Overgangswet NBW gaat dit preadvies over wegwerprecht.<sup>1)</sup> Het overgangsrecht zal immers voor het overgrote deel slechts kort dienst doen en over het algemeen slechts incidenteel worden geraadpleegd door de rechtspraak. In dit preadvies hopen wij duidelijk te maken dat raadpleging van dit brokje recht – waarbij dit preadvies slechts betrekking heeft op onrechtmatige daad en schadevergoeding (afd. 6.1.10) – op meer dan incidentele basis noodzakelijk zal zijn. Voor de rechtspositie van slachtoffers en aansprakelijken kan van groot belang zijn of oud dan wel nieuw recht van toepassing is. Bij bestudering zal dan in een aantal gevallen blijken dat het overgangsrecht geen antwoord geeft op alle relevante vragen; bovendien dat het voor een antwoord op sommige van die vragen niet steeds in dezelfde richting wijst. Soms is sprake van een botsing tussen tekst en toelichting die te wijten is aan het nu eens prevaleren van de algemene regels dan weer van de meer specifieke. Dat is op zich goed te begrijpen. Het is vaak moeilijk om een keuze tussen beide te maken. De ontwerpers hebben daarmee natuurlijk ook geworsteld. Waarom de keuze nu eens is uitgevallen ten gunste van de algemene, dan weer van de specifieke, wordt niet steeds (overtuigend) gemotiveerd. Maar misschien kan dat ook niet in alle gevallen.

De opzet van dit preadvies is als volgt. We zullen beginnen met een korte uiteenzetting van het systeem zoals dat in de wet is neergelegd. Aan de hand van een aantal voorbeelden zal dit worden geïllustreerd. Vervolgens bespreken we enkele vragen die opkomen bij toepassing van het stelsel. In dat kader wordt stilgestaan bij daaraan klevende bezwaren. Deze zullen op hun beurt worden verduidelijkt met voorbeelden. Dit alles voert ons tot de vraag of de hier besproken bepalingen wel in de huidige vorm moeten worden ingevoerd. Aanpassing is nu nog mogelijk! We realiseren ons echter dat dit preadvies daarvoor wat aan de late kant komt.

<sup>1)</sup> Aanvulling van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boek 3. 5 en 6 NBW elfde gedeelte), TK 1984-1985, 18 998, nr. 3, biz. 28.

## 2. De opzet van het overgangsrecht met betrekking tot de onrechtmatige daad en schadevergoeding

Voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt de hoofdregel van het overgangsrecht gevolgd. Deze luidt dat de nieuwe wet (NBW) 'vanaf haar inwerkingtreding haar rechtsgevolgen hecht aan hetgeen zij daartoe vereist en wel voor het vervolg'.<sup>2)</sup> Voor deze onderwerpen betekent dit het volgende:

- a. Voor het geval dat alle elementen van art. 6:162 lid 1 en 163 vóór 1 januari 1992 zijn vervuld, is het *oude recht* van toepassing.
  - b. Zijn alle elementen ná D-day (Duinkerken voor sommigen) vervuld, dan is het *nieuwe recht* toepasselijk.
  - c. Gaat het om een gebeurtenis die voorvalt vóór 1 januari en om daaruit voortvloeiende schade ná die datum, dan geldt het *nieuwe recht*.
  - d. Is sprake van een gebeurtenis (onrechtmatig<sup>3)</sup> handelen of nalaten) die voorvalt vóór 1 januari 1992 terwijl de schade ten dele vóór en ten dele ná die datum optreedt dan beheerst het *oude recht* deze materie.
  - e. In die situatie waarin een onrechtmatig handelen of nalaten en de daaruit voortvloeiende schade de magische grens van 1 januari overschrijdt (doorlopende gevallen), geldt voor de periode vóór 1 januari het *oude recht*, voor die ná 1 januari het *nieuwe recht*.
- Er is nog een zesde geval dat niet door de hoofdregel wordt geregeerd. Art. 173 bepaalt
- f. voor het geval dat onduidelijk is of de schade vóór of ná het inwerkingtreden van het NBW is ontstaan het *nieuwe recht* geldt indien de schade ná het inwerkingtreden van het NBW is bekend geworden.

## 3. Toepassing van de hoofdregels

De regels a t/m d zijn vrijwel steeds eenvoudig toe te passen. Dat wil niet zeggen dat zij ook steeds leiden tot billijke uitkomsten. Zie daarover onder 4 en 5. Maar nu eerst voorbeelden ter illustratie van de hoofdregels a t/m d.

a. Zekere de Coninck is broodbezorger. Met zijn mand vol heerlijkheden ter viering van oudjaar 1991 loopt hij naar de woning van Heddema. Voor de deur struikelt hij over een touwtje, dat was waargenomen (niet gespannen!) door het twaalfjarig zoontje Willem dat zich achter de struiken lag te verkneukelen bij de gedachte dat de bakker ten val zou komen.

<sup>2)</sup> Idem blz. 21.

<sup>3)</sup> Dit omvat mede gevallen van risico aansprakelijkheid van het oude recht (in het NBW geregeld in afd. 6.3.2).

De bakker loopt ernstig letsel op dat zich uiteraard voortzet na oudjaar. De aansprakelijkheid wordt geheel beheerst door oud recht (regels a en d). Dit zal leiden tot aansprakelijkheid van Willem.<sup>4)</sup>

b. Dezelfde casus als onder a, met dien verstande dat de Coninck nu onder het NBW valt. Volgens regel b is dat (dan ook) van toepassing. Noch Willem noch zijn ouders zijn aansprakelijk.<sup>5)</sup>

c. Henderson begeeft zich op een terrein waar bij de toegangspoort een bord staat met de volgende tekst: 'Eenieder betreedt dit terrein op eigen risico. De exploitant aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor enige schade.' Op dat terrein wordt Henderson op 31 januari 1991 door een raccordementstrein aangereden. Aanvankelijk lijkt er niets aan de hand doch reeds spoedig na (niet door) de invoering van het NBW begint Henderson zich onwel te voelen. Mede ten gevolge van zijn psychische aanleg verergert zijn kwaal snel, zozeer dat hij enkele maanden later overlijdt. Zijn vrouw, die door zijn arbeid placht te worden onderhouden, is verstoken van inkomsten.<sup>6)</sup>

Het gaat hier om een geval waarin de schade ná de invoering ontstaat.<sup>7)</sup> Dat brengt mee (regel c) dat het *nieuwe recht* van toepassing is. De weduwe Henderson blijft in de kou staan, want de exoneratie kan haar worden tegengeworpen.<sup>8)</sup> Onder het oude recht is dat anders.<sup>9)</sup>

d. Het juridisch adviesbureau Hermans heeft in 1991 een gloednieuwe olietank laten installeren door een te goeder naam en faam bekend staand installateur. De tank begint al spoedig (en in elk geval vóór 1 januari 1992) te lekken. Uiteraard weet Hermans van niets. Door het lekken ontstaat – naar vaststaat – schade. De tank lekt ná D-day door. Daardoor ontstaat nieuwe schade.<sup>10)</sup>

Voor de schade ontstaan vóór 1 januari wordt de aansprakelijkheid van Hermans beheerst door het *oude recht*. Voor de schade die nadien is ontstaan door het *nieuwe* (regel e). Dat brengt mee dat Hermans voor de eerste schade (vermoedelijk) niet aansprakelijk is (art. 1401 BW geldt), voor

<sup>4)</sup> Zie HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger).

<sup>5)</sup> Zie artt. 6:164 en 6:169 NBW. Het gaat hier niet om een 'als een doen te beschouwen gedraging'.

<sup>6)</sup> Zie over deze materie uitvoerig MvA I blz. 7 e.v. met daar nader genoemde vindplaatsen.

<sup>7)</sup> Ten minste: dat lijkt het geval. Men kan anders verdedigen. Maar men verwijdert zich o.i. dan van het gegeven dat Henderson aanvankelijk geen problemen ondervond van het ongeval.

<sup>8)</sup> Art. 6:107 lid 2 NBW. Zie met betrekking tot de vraag of de exoneratie thans werkt Contractenrecht VII nr 73 (met name Hof 's-Gravenhage 7 januari 1977, NJ 1978, 262). Aangenomen zal mogen worden dat het causaal verband hier geen beletsel voor aansprakelijkheid oplevert: HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 CJHB.

<sup>9)</sup> HR 22 december 1950, NJ 1951, 222 (Lemmer-Boot).

<sup>10)</sup> Zie hierover MvT blz. 78.

de latere wel (art. 6:173 NBW).<sup>11)</sup> Zou in dit voorbeeld onduidelijk zijn wanneer de schade is ontstaan, dan is het nieuwe recht volledig toepasselijk (regel f).

In art. 182 wordt nog een hoofdregel die betrekking heeft op schadevergoeding geformuleerd. Deze luidt:

'Indien een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, is op de gevolgen van de tekortkoming de wet niet van toepassing, ook niet indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.'

Ook deze bepaling lichten we toe aan de hand van een voorbeeld. Martens is glazenwasser. Hij heeft zich verbonden om – tegen een naar marktprijzen lage vergoeding – iedere week het trapportaal van Bobbels schoon te maken. Hij blijft daarmee vanaf december 1991 in gebreke. Deze wanprestatie zet zich in 1992 voort. Bobbels is met deze 'bezuiniging' niet ongelukkig. Hij besluit het portaal zelf een tijdje schoon te gaan maken. Vast staat dat het 'inhuren' van een andere schoonmaker f 25,- per week meer zou hebben gekost dan Martens kreeg. Deze 'schade' komt naar toepasselijk oud recht niet voor vergoeding in aanmerking; de leer van de abstracte schadeberekening ziet immers niet op dit soort gevallen.<sup>12)</sup> Zou het NBW van toepassing zijn (op de toerekenbare tekortkoming vanaf de invoering) dan zou dit anders *kunnen* zijn.<sup>13)</sup>

Van verschillende kanten is er op gewezen dat dit artikel, dat afwijkt van de hiervoor gememoreerde hoofdregel e waar het onrechtmatige daden betreft, problemen kan geven in geval van samenloop van vorderingen.<sup>14)</sup> De wetgever is voor die kritiek niet ontvankelijk geweest.<sup>15)</sup> Wij noemen dit voorbeeld om duidelijk te maken dat de hoofdregel voor onrechtmatige daad en die van art. 182 tot een verschillend resultaat kan leiden. Op de vraag welk regime zou moeten prevaleren komen we nog terug.

#### 4. Aansprakelijkheid veroorzakende gebeurtenis onder het oude recht, schade na de invoering van het NBW (regel c)

Een door de Minister in de MvT op wetsontwerp 21202 (gevaarlijke stoffen c.a) gegeven voorbeeld: door ontploffing van een tank wordt een

<sup>11)</sup> Art. 6.3.2.7a mist (reeds) toepassing omdat deze bepaling 1 januari 1992 (nog) niet wordt ingevoerd.

<sup>12)</sup> Zie nader Onrechtmatige Daad (II) Bloembergen nr 23 e.v.

<sup>13)</sup> Zie PG Boek 6 blz. 339, waar de oplossing van deze kwestie wordt overgelaten aan de vrijheid van de rechter.

<sup>14)</sup> Zie VV blz. 15.

<sup>15)</sup> MvA blz. 33-34.

strand verontreinigd. Dit heeft als gevolg dat de hotels die aan het strand liggen bedrijfsschade ondervinden. Maar ook de winkeliers die van de hotelgasten klanten zouden hebben gehad of degenen van wie het hotel etenswaren of dranken placht te betrekken, lijden schade.<sup>16)</sup> Dit voorbeeld vullen we enigszins aan. De ontploffing vindt met Kerstmis 1991 plaats. Hotel Chez Martin is ook gedurende de jaarwisseling geopend; hotel de Wachendonkse Hoeve gaat pas in mei 1992 weer open. Dan arriveren immers normaal gesproken de eerste badgasten. De verontreiniging heeft de badplaats een slechte naam gegeven waardoor de gasten een jaar lang wegblijven. De aansprakelijkheid jegens Chez Martin wordt beheerst door het oude recht (art. 1401 BW), die jegens de Hoeve door het NBW (art. 6:173). De Hoeve lijdt immers pas in mei schade. Dat verschil is wonderlijk. Waarom wordt er in deze gevallen niet dezelfde regel gehanteerd als in het geval d? Ook daar is er immers sprake van schade die begint vóór invoering en doorloopt ná invoering. Het enige verschil is dat er in geval d slechts één benadeelde is en in het onderhavige geval verschillende.

We veranderen de casus opnieuw. Een olietank ontploft, maar onduidelijk is wat de *oorzaak* is. Er zijn twee mogelijkheden: of de tank was gebrekkig (art. 6:173 NBW is van toepassing) of de tank is deugdelijk en de op zich deugdelijke olie is bijvoorbeeld als gevolg van oververhitting in brand geraakt. Zou art. 6.3.2.7a eveneens tegelijkertijd met de boeken 3, 5 en 6 worden ingevoerd, dan zou deze bepaling (los van haar overgangsregime) toepassing vinden. De bedoeling van art. 6.3.2.7a is – kort gezegd – een lacune op te vullen van gevallen die niet door art. 6:173 NBW worden bestreken. Gevreesd werd dat sommige gevaarlijke stoffen geen zaak zouden zijn (bijvoorbeeld ontsnapt gas, dat niet meer voor menselijke beheersing vatbaar is, en dus geen zaak).<sup>17)</sup> Bovendien behoeft in art. 6.3.2.7a geen sprake te zijn van een gebrek. Een en ander brengt mee dat de gelaedeerde zich niet behoeft te verdiepen in de oorzaak van de ontploffing, zodra de artikelen 6:173 NBW en 6.3.2.7a naast elkaar gelden.

Art. 6.3.2.7a wordt echter niet tegelijkertijd ingevoerd. Dit betekent dat de gelaedeerde de oorzaak van de schade zal moeten bewijzen. In theorie is denkbaar dat de rechter deze bewijslast van de gelaedeerde 'verlicht' op grond van art. 177 Rv. Deze benadering strookt evenwel niet goed met de overgangsrechtelijke regeling van de wetgever met betrekking tot art. 6.3.2.7a. Immers art. V van die regeling biedt de gelaedeerde niet de mogelijkheid om te profiteren van de 'anti-kiesregel'; art. 6.3.2.7a is immers niet toepasselijk ten aanzien van gebeurtenissen die plaatsvonden vóór zijn inwerkingtreding. Art. V wijkt dus af van de hoofdregel van de overgangs-

<sup>16)</sup> MvT blz. 18-19.

<sup>17)</sup> MvT w.o. 21202 blz. 13.

wet (regel d). Het wordt zeer principieel onderbouwd. Daarom zou de rechter onzes inziens art. 177 Rv. niet mogen gebruiken ter verlichting van de bewijspijn van degene die schade lijdt en die niet kan aantonen wat de precieze oorzaak daarvan was (zaak of stof).

Uit het voorgaande blijkt dat de Overgangswet een principieel ander uitgangspunt heeft dan de overgangsrechtelijke regel ten aanzien van wetsontwerp 21202. De overgangsrechtelijke regel van wetsontwerp 21202 is overigens gelijk aan die van de Europese produktaansprakelijkheidsregeling<sup>18)</sup> en ontwerprichtlijn dienst aansprakelijkheid.<sup>19)</sup> In de MvT op wetsontwerp 21202 wordt de keuze voor art. V fundamenteel onderbouwd. Er wordt op gewezen dat risico aansprakelijkheden niet bedoeld zijn voor verontreiniging die vóór de inwerkingtreding al hebben plaatsgevonden, ongeacht of zij respectievelijk haar de gevolgen pas daarna aan het licht zijn gekomen.<sup>20)</sup> Het spreekt ons zeer aan de aansprakelijkheidsvraag te beantwoorden aan de hand van het recht dat gold ten tijde van de gebeurtenis. Dat schade eerst later ontstond, mag er niet toe leiden dat de aansprakelijkheidsvraag plots beheerst wordt door een ten tijde van de gebeurtenis niet bestaande risico aansprakelijkheid.

De functie van het aansprakelijkheidsrecht is immers óók het gedrag van justitiabelen te normeren. Dit betekent in ieder geval dat zij hun gedrag moeten kunnen afstemmen op een tevoren bekend aansprakelijkheidsrisico. Men heeft aldus de keuze om een bepaalde handeling na te laten, eventueel nadere veiligheidsvoorzieningen te treffen of zich te verzekeren.<sup>21)</sup> Het spreekt voor zich dat verzekeraars niet snel bereid zijn om dekking te verlenen voor gevallen van 'oud zeer' waarvoor eerder geen dekking bestond. Om die redenen vinden wij de hoofdregel van het overgangsrecht (namelijk dat de aansprakelijkheidsvraag wordt beantwoord door het recht dat geldt wanneer aan álle vereisten, de schade daaronder begrepen, is voldaan) nauwelijks te verdedigen. Dat klemmt met name in gevallen waarin het aansprakelijkheidsrecht (wezenlijk) verzwaaard wordt, zoals de art. 6.3.2.7a en 6:173 NBW doen.<sup>22)</sup>

<sup>18)</sup> Zie art. II w.o. 19636. De MvT (blz. 13) vindt deze bepaling kennelijk vanzelfsprekend.

<sup>19)</sup> Zie art. II van de Ontwerp richtlijn. Publikatieblad 18 januari 1991 C 12-8.

<sup>20)</sup> MvT w.o. 21202 blz. 14.

<sup>21)</sup> Vgl. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. blz. 213 e.v.

<sup>22)</sup> Wij realiseren ons dat over deze materie verschillend wordt gedacht. Zie bijvoorbeeld de standpunten van J.B.M. Vranken en J.M. van Dunné, *WPNR* 5953 e.v en 5976. C.H.W.M. Sterk, *WPNR* 5991/2. In ieder geval is duidelijk dat een onvervalste risico-aansprakelijkheid thans nog niet bestaat en dat van de bekendheid met betrekking tot gevaar als gevolg van de werking met lijsten in art. 6.3.2.7a geen sprake meer behoef te zijn. Datzelfde geldt trouwens ook met betrekking tot de gebrekkigheid in art. 6:173 NBW. Voldoende is dat bekend is dat de zaak *bij* gebrek schade kan veroorzaken.

Terug naar de praktische bezwaren tegen de hoofdregel. Er zijn veel meer dagelijks voorkomende problemen die erdoor worden beroerd. Te denken valt aan de migrerende bodemverontreiniging. Door een lek in een tank komt olie in de grond van het landgoed van Baron van Deel. Door de grondwaterstroom waaiert deze uit en komt terecht in de grond van buurman Hoving. Dit alles gebeurt vóór de invoering van het NBW. Toepasselijk is dus oud recht. De olie blijft evenwel niet 'zitten' in Hovings grond doch komt, thans na de invoering, ook terecht in die van zijn buurman Schaardam. Deze lijdt zijn schade ná de invoering. De aansprakelijkheidsvraag wordt dus beheerst door art. 6:173 NBW. Dat resultaat is merkwaardig; er is bovendien geen enkele rechtvaardiging voor. Waarom zou Schaardam 'beter af' moeten zijn dan Hoving?

In het al eerder vermelde voorbeeld van de strandverontreiniging speelt eenzelfde probleem ten aanzien van de afnemers van hotel Chez Martin, althans voorzover de eerste leverantie 'uitvalt' ná de invoering. Deze afwijkende bejegening van eerste en tweede graads schade is toch niet te verdedigen!

Een volgend praktisch bezwaar is dat deze regeling van het overgangsrecht ertoe dwingt vast te stellen wat nu precies *schade* is. In de meeste gevallen levert dat geen problemen op. Maar bij verschillende soorten milieuschade ligt dat anders. Te denken valt aan 'sluipende schade'. Hieronder vallen de situaties dat er een of meer voortdurende gebeurtenissen zijn die op zich zelf geen juridische schade opleveren, maar gecumuleerd op een zeker moment wel juridische schade opleveren. Het overgangsrecht maakt het noodzakelijk precies vast te stellen wanneer de cumulatie zodanig is dat rechtens schade is ontstaan. Concreet: een tank lekt fenol. Het ecosysteem werkt zo dat een bepaalde verontreiniging kan worden afgebroken binnen redelijke tijd. Boven een bepaalde grens gaat dat niet langer. Dan pas ontstaat de juridische schade. De vraag wat 'schade' is, speelt buiten het overgangsrecht praktisch alleen bij verjaring en eenvoudige veroorzaking.<sup>23)</sup>

Hierboven werd het probleem besproken dat de schade 'druppelsgewijs' (voortdurend) ontstaat. Nu willen we aan de orde stellen dat zij schoksgewijs ontstaat. Dit geeft onder meer de volgende problemen.

In 1991 lekt de butagastank van Petra. Dit leidt in dat jaar niet tot het ontstaan van juridische schade omdat de kritische drempel niet wordt overschreden. Een jaar later lekt haar tankje opnieuw. En weer ontstaat er afgezien van de lekkage uit 1991 geen juridische schade. Echter: de cumulatie van beide lekkages voert wél degelijk tot juridische schade. De bedoeling van de wetgever is, naar wij menen, dat ten volle nieuw recht

<sup>23)</sup> Zie verder J. Spier, *Sluipende schade*, Rede Tilburg 1990.

van toepassing is. Immers de schade is ná de invoering ontstaan. Evenwel ontstaat bij deze benadering een curieus resultaat. Zou sprake zijn geweest van een situatie waarin de eerste lekkage reeds schade had veroorzaakt, die door de tweede is verergerd, dan zou het oude recht toepasselijk zijn geweest. Waarom zou dat anders moeten zijn in gevallen waarin de eerste lekkage (bijna) schade heeft veroorzaakt die door de tweede tot 'volledige schade' is geworden?

Een andere casus: in 1991 is er 100 liter tri gelekt uit een tank, waarvan de gebruiker niet wist dat deze lekte. Naar toen geldende inzichten was er geen juridische schade bij verontreiniging met 100 liter tri. De onrechtmatigheidsvraag kon derhalve blijven rusten. In 1993 veranderen de inzichten en wordt aangenomen dat deze lozing wél schade heeft veroorzaakt. De onrechtmatigheidsvraag – die in het geval dat er geen juridische schade was in het midden kon blijven – wordt dan van belang, áls ervan zou moeten worden uitgegaan dat er onder het oude dan wel het nieuwe recht schade was ontstaan. Wanneer is die schade ontstaan? Het antwoord hierop is onzes inziens – vreemd genoeg – dat er geen voorvergoeding in aanmerking komende schade is ontstaan. De vraag of sprake is van onrechtmatig handelen moet – naar gangbare inzichten<sup>24)</sup> – worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de handeling werd verricht. Hetzelfde geldt onzes inziens voor de vraag of sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Het ligt ook daarom voor de hand omdat onrechtmatigheid (onzorgvuldigheid) en schade hier twee in elkaar overlopende begrippen zijn. Gesteld de gebruiker wist dat hij 100 liter tri loosde. Maar hij dacht – gelet op de toen geldende inzichten – dat dit geen schade veroorzaakte. Onder deze omstandigheden handelde hij niet onrechtmatig. Tot zover is het geen typisch overgangsrechtelijk, maar een materieelrechtelijk probleem. Zou het antwoord op de vraag wanneer deze schade ontstaan is 'in 1993' luiden dan is wel een echt overgangsrechtelijke materie aan de orde.

Nu lekt uit dezelfde tank in 1993 1 liter tri. Deze kleine 'lekkage' zou als er geen eerdere lekkage was geweest geen schade doen ontstaan. De kosten van het opruimen van 100 of 101 liter zijn even hoog. Wat is nu de juridische relevantie van het feit dat er reeds 100 liter 'geloosd' is waarvoor geen verplichting tot schadevergoeding bestaat? In deze situatie – die in talloze varianten veelvuldig voor zal komen – behoort zij onzes inziens niet als nog te ontstaan. Maar is dat ook zo, gelet op het overgangsrecht? Het antwoord luidt onzes inziens bevestigend. Allereerst kan deze situatie wellicht gebracht worden onder het ontstaan van de schade. Echter: in

<sup>24)</sup> Zie hierover de al eerder genoemde discussie tussen Vranken en Van Dunné in *WPNR* 1990. Op dit punt zijn zij het geheel met elkaar eens.

1991 is geen schade ontstaan omdat 100 liter toen nog niet als schadelijk werd beschouwd. In 1993 is geen schade ontstaan omdat de toen al ge-loosde 100 liter al schadelijk was (maar niet leidde tot een schadevergoedingsplicht), en de ene extra liter daaraan niets toevoegde. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat voor 1 liter die zelf geen schade toevoegt een schadevergoedingsplicht zou ontstaan. Dit is onredelijk.

Een laatste praktisch bezwaar: voor het vorderen van een verbod van een onrechtmatige daad is niet vereist dat reeds schade is ontstaan. Dat brengt mee dat de onrechtmatigheid van een gebeurtenis vóór de inwerkingtreding met betrekking tot een verbod(sactie) steeds door het oude recht wordt beheerst. Aldus geldt een verschillend regime ten aanzien van dezelfde gebeurtenis tussen verschillende 'sancties' ingeval de schade eerst ná de inwerkingtreding ontstaat.<sup>25)</sup> Ook hier een voorbeeld.

De tienjarige Hans en Rob zijn baldadige jongens. Dag in dag uit voetballen ze in de buurt van de Jaguar van Chris. Deze is aan zijn wagen bijzonder gehecht omdat het een oud model betreft dat hij zelf helemaal heeft opgeknapt. Herhaaldelijk heeft hij Hans en Rob vaderlijk gemaand ergens anders te gaan voetballen. Maar het was aan dovemansoren gericht. Om Chris te pesten blijven zij op hun oude plek voetballen. De Jaguar loopt steeds weer schade op. Chris begint van een en ander genoeg te krijgen. Als enige mogelijkheid rest hem slechts het entameren van een kort geding, waarin hij een verbod vordert om ter plaatse te voetballen. Deze vordering wordt onder oud recht ingesteld doch de uitspraak volgt ná invoering. Zowel naar oud als naar NBW kan een verbod worden opgelegd. De vraag is echter of de rechter naar NBW bereid zal zijn daaraan een dwangsom te verbinden voor het voetballen ná de invoering omdat tienjarigen niet aansprakelijk kunnen zijn zodat het vreemd zou zijn dat ze wel een dwangsom verbeuren. Naar NBW zijn de ouders van Hans en Rob aansprakelijk voor de schade doch niet voor de dwangsom. Het 'missen' van die dwangsom valt immers niet als schade van Chris aan te merken. Zou de uitspraak zijn gedaan uiterlijk 31 december 1991 dan zal een dwangsom aan het verbod worden verbonden. Komt deze nadien dan is dat zeer de vraag.<sup>26)</sup>

<sup>25)</sup> Zie *MvT* blz. 78; volgens de *MvA* blz. 33 zou hier van een probleem geen sprake zijn.

<sup>26)</sup> Het gaat hier mede om een probleem van materieel recht, waaraan we verder voorbij gaan.

## 5. Artikel 173 lid 1

Sluipende schade geeft overgangsrechtelijk nog meer problemen. Met name in die gevallen zal vaak onduidelijk zijn wanneer de juridische schade is ontstaan. Dit hangt nauw samen met de vraag wanneer juridische schade bekend is geworden. Dát geval wordt beheerst door art. 173 lid 1.

Dit artikel luidt als volgt:

‘Is voor de al dan niet toepasselijkheid van de bepaling der wet beslissend, of een schade vóór of ná het inwerkingtreden van de wet is ontstaan en blijkt dit niet, dan is beslissend, of de schade vóór of ná het inwerkingtreden van de wet is bekend geworden.’

De scharnier van deze bepaling is: ‘en blijkt dit niet’ en ‘bekend geworden’. Hoe moet die passage worden begrepen? De toelichting biedt geen uitkomst. Toch gaat het om een niet onbelangrijke vraag. Hoe streng moet ‘blijken’ worden opgevat? Is voldoende dat het (zeer) aannemelijk is? Een voorbeeld ter illustratie. Een fabrieksterrein is ernstig verontreinigd met ftalaten. De oorzaak hiervan (die terstond schade heeft veroorzaakt) is onduidelijk. Het kan een gebeurtenis zijn uit 1980. Toen vond een calamiteit plaats, maar daaraan werd – zoals zeker in die dagen heel gebruikelijk – geen aandacht besteed; onbekend is derhalve wat de gevolgen daarvan waren. Maar als oorzaak komt ook in aanmerking een lekkage sinds 1993. Het eerste is waarschijnlijker dan het tweede: doch met zekerheid valt niets vast te stellen. Quid iuris?

Ook hier geeft de sluipende schade extra reliëf. Onduidelijk is of de cumulatie die de juridische schade veroorzaakte vóór of ná 1 januari 1992 plaatsgreep. Het is aannemelijker dat dit vóór die datum gebeurd is, maar ook hier geeft de techniek geen hard antwoord.

Het komt dus aan op de vraag welke mate van zekerheid vereist is. Hierover zegt de MvT niets. Onzes inziens zou het voldoende (moeten) zijn aannemelijk te maken dat de schade onder het oude recht is ontstaan. Dit strookt met onze gedachte dat op oude gebeurtenissen oud recht van toepassing behoort te blijven. Bij twijfel betekent dit onzes inziens dat het oude recht moet voorgaan.

### 6. Afdeling 6.1.10 (Schadevergoeding c.a.)

Afd. 6.1.10 geeft in hoofdzaak het thans geldende recht weer. Doch daarnaast biedt het een aantal (grotere en kleinere) veranderingen. De belangrijkste daarvan zijn:

6a. Art. 97 NBW biedt heel in het algemeen de mogelijkheid om de schade abstract te berekenen. Ook buiten de gevallen waarin de rechtspraak dat

thans doet: in essentie zaakschade.<sup>27)</sup> Praktisch gesproken zal er vermoedelijk (op korte termijn) niet veel veranderen.

6b. Art. 99 NBW regelt de problematiek der alternatieve causaliteit. Vermoedelijk codificeert het een al bestaande rechtsregel<sup>28)</sup> zodat geen overgangsrechtelijke problemen rijzen.

6c. Art. 102 lid 2 NBW heeft betrekking op gevallen waarin sprake is van verschillende daders die ieder voor een deel ‘schuld’ hebben en een gelaedeerde met eigen schuld. De gecompliceerde regel strookt vermoedelijk met geldend recht.<sup>29)</sup>

6d. Art. 104 NBW introduceert een nieuw fenomeen: de rechter kan degene die onrechtmatig heeft gehandeld of wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis aansprakelijk is, veroordelen tot schadevergoeding, te begroten op de genoten winst.

6e. Art. 105 lid 2 NBW: indien de rechter een debiteur veroordeelt tot betaling van periodiek uit te keren bedragen kan hij in zijn uitspraak bepalen dat deze op verzoek van elk van de partijen kan worden gewijzigd indien zich ná de uitspraak omstandigheden voordoen die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn. Het gaat hier om een niet onbelangrijke bepaling met name ingeval van blijvend letsel. Deze bepaling behoeft geen overgangsrechtelijke problemen op te leveren nu de rechter dit ‘voorbehoud’ alleen maar in zijn uitspraak kan maken en dit tot op heden niet gebeurd is.

6f. Art. 106 NBW breidt de gevallen waarin immateriële schadevergoeding kan worden gevorderd uit. Met name in het geval de aansprakelijke persoon het oogmerk had – kort gezegd – schade toe te brengen en bij aantasting van de goede naam van bepaalde overledenen.

6g. Art. 107 NBW geeft bij letselschade een beperkte uitbreiding van de kring der gerechtigden. Het speelt vooral in de relatie werkgever werknemer.<sup>30)</sup>

6h. Art. 108 NBW doet hetzelfde bij overlijdensschade. Zie vooral lid 1 onder b (andere bloedverwanten), c en d (in gezingsverband samenwonenden). Daarnaast is sprake van een aantal kleinere veranderingen.

6i. Art. 109 NBW roept een algemeen matigingsrecht in het leven. Dat is in het huidige recht onbekend. Het is beperkt tot ‘kennelijk onaanvaardbare gevolgen’, een begrip dat (zonder ‘kennelijk’) ook voorkomt in art. 6:2 lid 2 NBW (algemene redelijkheid- en billijkheidscorrectie). De bedoeling van de wetgever is geweest dat de rechter zich terughoudend zal

<sup>27)</sup> Zie nader Asser-Hartkamp I nr 241.

<sup>28)</sup> Idem nr 441 en Hof Amsterdam 20 november 1990, *TMA* 1991, blz. 36 nt J. Spier.

<sup>29)</sup> HR 21 januari 1977, *NJ* 1977, 386 ARB (eender Bloembergen in zijn noot).

<sup>30)</sup> Zie verder Asser-Hartkamp I, nr 472.

opstellen.<sup>31)</sup> De vraag is in hoeverre er op dit punt de facto een verschil is met het geldend recht. Hoewel zulk een algemeen recht thans ontbreekt, kan bijvoorbeeld met behulp van het causaal verband eenzelfde (soort) resultaat worden bereikt.

6j. Art. 110 NBW creëert een limiteringsbevoegdheid. Deze moet nog nader worden uitgewerkt, zodat daarop thans niet kan worden ingegaan. Bij het bovenstaande dient te worden bedacht dat afd. 6.1.10 betrekking heeft op alle wettelijke schadevergoedingsverplichtingen.

## 7. Het overgangsrechtelijk stelsel met betrekking tot Afdeling 6.1.10

Art. 69 regelt het overgangsrechtelijk regime. Het bepaalt:

a. niemand verliest door de inwerkingtreding van het NBW een vermogensrecht dat hij onder het oude recht had;

b. niemand krijgt door de inwerkingtreding een recht dat hij onder het oude recht niet had;

c. een bestaand recht of een bepaalde verplichting wordt, waar het de omvang betreft, niet gewijzigd.

De MvT maakt duidelijk dat de wetgever dit stelsel ook uitdrukkelijk ten aanzien van afd. 6.1.10 heeft gewild.<sup>32)</sup> Aanvankelijk werd – zij het zonder enige motivering – anders geleerd ten aanzien van de artikelen 6:102-105 NBW. De Minister is daar echter voor art. 104 NBW in de Eerste Kamer op teruggekomen.<sup>33)</sup> Het lijkt aannemelijk dat hetzelfde heeft te gelden met betrekking tot de artt. 102, 103 en 105 NBW.

Mede in het licht van art. 6:173 NBW komt het overgangsrechtelijk regime er op neer dat afd. 6.1.10 buiten toepassing blijft behalve als zowel de onrechtmatigheid als de schade zich hebben voorgedaan ná de invoering.<sup>34)</sup> Voor één categorie gevallen geldt een afwijkende regeling: bij – kort gezegd – voortgezette wanprestatie gaat afd. 6.1.10 nimmer gelden. Ook hier wordt een en ander aan de hand van enkele voorbeelden toegelicht:

7a. In een landelijk dagblad verschijnt vóór de invoering een advertentie voor voetbalschoenen. Daarbij is vermeld dat Gullit deze schoenen draagt, hetgeen niet alleen onjuist is, maar Gullit heeft voor deze advertentie ook geen toestemming gegeven. De schoenfabrikant, die deze advertentie had opgegeven, ziet zijn omzet (en daardoor winst) ineens verdubbeld. Na de invoering spreekt Gullit de fabrikant aan. Afd. 6.1.10 en

<sup>31)</sup> PG Boek 6 blz. 449 e.v.

<sup>32)</sup> MvT blz. 87.

<sup>33)</sup> MvA I blz. 8.

<sup>34)</sup> De uitzondering geldt ook in het geval van art. 173 lid 2. Zie hiervoor.

daarmee ook art. 104 NBW is niet van toepassing. Ook niet wanneer een deel van de winst zou zijn gemaakt na de invoering. Dit betekent dat Gullit alleen zijn daadwerkelijke schade kan vorderen terwijl de fabrikant er met de winst vandoor gaat.

7b. Prof. Crael is de uitvinder van een medicijn tegen AIDS. Dit heeft hem buiten zijn eigen faculteit alom geliefd gemaakt. De vele wetenschappelijke onderscheidingen zijn zijn collega's een doorn in het oog. Collega De Rooij verspreidt vóór de invoering (tegen beter weten in) het gerucht dat Crael er in de oorlog dubieuze praktijken op na hield. Crael is hierdoor zeer onaangenaam getroffen, doch, krachtig onderzoeker als hij is, ziek wordt hij er niet van. Hij loopt met andere woorden geen letsel in de zin van art. 1407 BW op. Afd. 6.1.10 (en dus ook art. 106 lid 1 sub a NBW) mist toepassing.

7c. Jan en Marie wonen – buiten echt – in gezinsverband samen. Vóór de invoering krijgt Jan een ongeval waardoor hij overlijdt. Voordien placht hij te voorzien in het levensonderhoud van Marie en wel op uitzonderlijk royale wijze. Ook ná de invoering van het NBW blijft Marie in armoede achter. Afd. 6.1.10 (en derhalve eveneens art. 108 lid 1 onder c NBW) mist toepassing. Marie zal zich moeten blijven behelpen.

Hetzelfde geldt voor de andere gememoreerde wijzigingen. De vraag dringt zich daarbij op: levert het beschreven stelsel ook wenselijke uitkomsten op? Men kan de vraag ook anders stellen: welke voordelen levert dit stelsel op boven de omgekeerde benadering? Deze zou inhouden dat afd. 6.1.10 onverkort ná de invoering optredende schade gaat regeren, ook wanneer deze het gevolg is van daarvoor plaatsgevonden gebeurtenissen.

Het voordeel van deze laatste benadering is duidelijk. De resultaten sluiten beter aan bij gewijzigde maatschappelijke verhoudingen en opvattingen. Niet voor niets heeft de NBW-wetgever andere keuzes gemaakt. Dat onrechtmatig genoten winst mag worden behouden, achterblijvende samenwonenden in de kou blijven staan en opzettelijke laster 'ongestraft' blijft is niet meer van deze tijd. Het overgangsrecht moet dan ook bewerken dat de nieuwe regels met onmiddellijke werking gaan gelden.

Hiertegen kan worden ingebracht dat in een bepaalde optiek de aansprakelijke in een slechtere positie komt. Fundamenteeler: a prima vista gaat het hier om een benadering die haaks staat op hetgeen ten aanzien van het aansprakelijkheidsregime als meest wenselijk recht werd bepleit. Doch dat is schijn.

Voor de vraag of *aansprakelijkheid* moet bestaan pleiten wij voor een stelsel waarin wordt aangeknoopt bij het recht dat gold ten tijde van de gebeurtenis die tot aansprakelijkheid leidt. Het moment van (bekend wor-



den van) schade moet hierop geen invloed hebben.<sup>35)</sup> Daarbij weegt voor ons zwaar dat men op het moment van handelen of nalaten zijn gedrag moet kunnen afstemmen op het dan geldend aansprakelijkheidsrecht. Men heeft dan de keuze: een risico nemen, de daad of gedraging achterwege laten en/of verzekeren. En ook verzekeraars moeten hun risico's kunnen taxeren. Het voorgestelde overgangsrecht gaat voor een deel uit van een andere opzet. In zoverre achten we het onjuist.

Dit bezwaar klemmt niet voor de *omvang* van de schadevergoeding nu afd. 6.1.10 geen wijzigingen bevat die per saldo kunnen leiden tot een wezenlijke vergroting van de te betalen schadevergoeding. Dit is slechts anders bij winstafdracht en op macroschaal wellicht bij de kring van gerechtigden van art. 6:108 NBW. Doch voor beide veranderingen geldt dat ze moderne en wenselijke bepalingen in de plaats stellen voor obsoleete. Daar komt voor winstafdracht bij dat de aansprakelijke weliswaar een voordeel ontgaat (het verschil tussen winst en schade); slechter wordt hij er niet van. Daarom bepleiten we voor een onmiddellijke werking van afd. 6.1.10 voor schade die ná de invoering ontstaat.<sup>36)</sup>

In alle gevallen – met uitzondering van de al vaker genoemde winstafdracht – is het hoogst onaannemelijk dat rechtssubjecten hun gedrag zullen veranderen ten gevolge van de inwerkingtreding van afd. 6.1.10. Evenmin is te verwachten dat dit een grond zal zijn voor het afsluiten van (aanvullende) verzekeringen.

Zoals ieder stelsel kan ook het door ons bepleite stelsel onder bijzondere omstandigheden tot extreme uitkomsten leiden. Een voorbeeld daarvan is het geval van Jan en Marie, wanneer het ongeval in 1950 zou hebben plaatsgevonden. Dat Marie, na ruim veertig jaar op een houtje te hebben gebeten, voor haar schade ná 1991 vergoeding zou kunnen vragen, spreekt anderen dan Marie weinig aan. Voor deze en dit soort gevallen kan de billijkheidscorrectie van art. 75 uitkomst bieden.

## 8. Wettelijke rente

Volgens het oude recht loopt de wettelijke rente eerst na aanmaning en 'aanzegging'. In het NBW is in een aantal gevallen deze aanmaning en 'aanzegging' niet vereist. Praktisch gesproken is met name van belang dat zij bij onrechtmatige daad niet langer nodig zijn. Zie art. 6:119 NBW (vertragingsschade) in samenhang met 6:83 lid 1 onder b NBW.

<sup>35)</sup> Op praktische gronden kan er begrip voor worden opgebracht dat een uitzondering geldt wanneer niet kan worden vastgesteld of de gebeurtenis vóór dan wel ná de invoering plaatsvond.

<sup>36)</sup> In gelijke zin, maar op enigszins andere grond, H. Stein, *Preadvies NJV* 1985 blz. 96.

Art. 183 houdt in dat voor schade die onder het oude recht is voorgevallen het oude recht van toepassing blijft.

Dit betekent concreet: in 1991 handelt Van Klaveren onrechtmatig jegens Mees. Deze lijdt aanzienlijke schade. Zijn advocaat Delor vordert deze van Van Klaveren, doch laat na de wettelijke rente aan te zeggen. Dat is jammer voor Mees; de NBW bepalingen missen toepassing. De rente gaat niet lopen zonder het inachtnemen van de formaliteiten van art. 1286 BW.

Het behoeft geen betoog dat we ook hier meer zouden voelen voor onmiddellijke werking.

## 9. Het oude recht is onduidelijk

Het nieuwe recht codificeert niet alleen het geldende recht maar biedt ook oplossingen voor rechtsvragen die onder het huidige recht onderwerp van discussie en strijd zijn. Voor een deel heeft de rechter door middel van anticipatie de oplossingen van het NBW al geldend recht gemaakt. Maar op een ander deel heeft de rechter niet geanticipeerd.

Gesteld het overgangsrecht verklaart het oude recht van toepassing. Dit oude recht is echter omstreden, terwijl het NBW een heldere duidelijke oplossing biedt. Moet dan niet alsnog het nieuwe recht worden toegepast? Brunner heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Hij beperkt zijn positieve antwoord echter tot die gevallen waarop de rechter had kunnen anticiperen omdat het NBW *slechts* meer rechtszekerheid biedt.<sup>37)</sup> Wijkt het NBW in belangrijke mate af van het huidige recht en zou de toepassing van het NBW tot aanzienlijke veranderingen van bestaande vermogensrechtelijke verhoudingen leiden, dan moet toch het oude recht worden toegepast.

In de parlementaire geschiedenis wordt op deze 'regel' van Brunner niet ingegaan. Toch valt er onzes inziens zeker veel voor te zeggen. Het probleem is echter vast te stellen wanneer zij toegepast moet worden. Een voorbeeld ter illustratie.

Jan en Marie wonen weer – buiten echt – in gezinsverband samen. Jan onderhield Marie. Als gevolg van een ongeval in 1987 komt Jan te overlijden. Onder nummer 7 hebben wij reeds betoogd dat Marie dan ná 1991 voor de ná die periode opkomende schade een vorderingsrecht zou moeten hebben. Hier gaat het echter om de vraag of Marie ook een vorderingsrecht zou kunnen toekomen voor de schade van 1987 tot 1992. Vaststaat dat de Hoge Raad zich daarover niet heeft kunnen uitlaten. Betoogd zou kunnen worden dat het oude recht op dit punt onduidelijk

<sup>37)</sup> C.J.H. Brunner, *Rechtsvinding Overgangsrecht Privaatrecht. Preadvies NJV* 1985, blz. 52.

is. Op allerlei rechtsgebieden worden immers samenwonenden steeds meer gelijk gesteld aan gehuwden. Dit geldt niet alleen in het fiscaal recht en sociaal verzekeringsrecht maar ook in het vermogensrecht. Zo werd aan de Staat een verhaalsrecht onthouden jegens de partner (laedens) van een ongevallen ambtenaar (gelaedeerde) omdat de ambtenaar en zijn partner een gezamenlijke huishouding voerden.<sup>38)</sup> Voor gehuwden gold deze regel al langer. Volgens Hartkamp wordt er in de praktijk sinds 1987 al wel op art. 108 NBW geanticipeerd.<sup>39)</sup> Moet onder deze omstandigheden – althans voor de periode 1987-1991 – de ‘regel’ van Brunner dan niet worden toegepast? Onzes inziens valt daar veel voor te zeggen. Niet alleen omdat het verdedigbaar is dat de Hoge Raad geanticipeerd zou hebben als hem daartoe de gelegenheid was gegeven maar ook omdat art. 1406 BW volstrekt niet meer bij de maatschappelijke realiteit aansluit.

## 10. Conclusie

1. Voor het overgangsrecht met betrekking tot de aansprakelijkheidsvraag pleiten wij voor een stelsel waarin wordt aangeknoopt bij het recht dat gold ten tijde van de gebeurtenis die tot aansprakelijkheid leidt. Het moment van (bekend worden van) schade moet hierop geen invloed hebben. Daarbij weegt voor ons zwaar dat men op het moment van handelen of nalaten zijn gedrag moet kunnen afstemmen op het dan geldend aansprakelijkheidsrecht. Men heeft dan de keuze: een risico nemen, daad of gedraging achterwege laten en/of verzekeren. En ook verzekeraars moeten hun risico's kunnen taxeren. Het voorgestelde overgangsrecht gaat voor een deel uit van een andere opzet. In zoverre achten we het onjuist.

2. Voor het overgangsrecht met betrekking tot de omvang van de schade (inclusief de wettelijke rente) pleiten wij voor een onmiddellijke werking van het nieuwe recht voor schade die opkomt ná invoering, ook wanneer de gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat zich vóór de invoering hebben afgespeeld. Naar onze mening sluiten de resultaten beter aan bij gewijzigde maatschappelijke verhoudingen en opvattingen. Het bezwaar dat de aansprakelijke in een slechtere positie komt weegt onzes inziens niet zwaar. De aansprakelijke heeft zijn gedrag immers niet op de omvang van de schade afgesteld want afd. 6.1.10 bevat geen wijzigingen die per saldo kunnen leiden tot een wezenlijke vergroting van de te betalen schadevergoeding. Dit is slechts anders bij winstafdracht en op macroschaal wellicht bij de kring van gerechtigden van art. 6:108 NBW.

<sup>38)</sup> HR 25 januari 1991, *RvdW* 1991, 40. (*ABP-Elzinga*).

<sup>39)</sup> Asser-Hartkamp I, nr 480. In 1987 heeft de Commissie schadefonds geweldsmisdrijven op art. 6:108 NBW geanticipeerd.

Doch voor beide veranderingen geldt dat ze moderne en wenselijke bepalingen in de plaats stellen voor obsoleete. Daar komt voor winstafdracht bij dat de aansprakelijke weliswaar een voordeel ontgaat (het verschil tussen winst en schade); slechter wordt hij er niet van.

3. Voor het geval het oude recht omstreden en onduidelijk is, pleiten wij voor de toepassing van de ‘regel’ van Brunner. Op grond van deze regel moeten onzes inziens samenwonenden bij overlijdensschade – althans vanaf 1987 – gelijkgesteld worden aan gehuwden.

## TRANSITORIA; OVEREENKOMSTEN MET UITZONDERING VAN NAKOMING EN TEKORTKOMING

A.J. Tekstra

*Things should be as simple as possible, but not simpler*

### 1. Inleiding

Bovenstaande uitspraak, afkomstig van Einstein, is stellig van toepassing op het overgangsrecht NBW.

De 'simplificatie', waarvan in de algemene bepalingen (m.n. art. 68a en 69 Ow) sprake is, verdwijnt in de daarop volgende bijzondere bepalingen. Dit zonder overigens de indruk te geven dat de materie ingewikkelder dan noodzakelijk wordt gemaakt.

Het overgangsrecht kan uit de aard der zaak aanleiding geven tot gecompliceerde situaties. Om hier aan tegemoet te komen, dienen op het algemene uitgangspunt van de onmiddellijke werking, zoals neergelegd in art. 68a lid 1 Ow,<sup>1)</sup> de nodige nuances te worden aangebracht.

De wetgever heeft zich gerealiseerd dat de Ow niet voor alle mogelijke (overgangs)situaties een rechtstreekse oplossing kan bieden. Mede met het oog daarop is in art. 75 lid 1 Ow een 'vangnetbepaling' opgenomen, inhoudende dat het NBW in zaken van overgangsrecht buiten toepassing blijft, indien de gelijkenis met wel in de Ow geregelde gevallen daartoe noopt, of indien die toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze bepaling past binnen het systeem van het NBW. Hoewel ik er vanuit ga dat zij in de rechtspraak te pas en te onpas zal worden ingeroepen, onderschrijf ik het oordeel van Wessels dat zij bij de rechter in goede handen moet worden geacht.<sup>2)</sup>

In deze bijdrage beperk ik mij tot de overgangsrechtelijke bepalingen met betrekking tot het overeenkomstenrecht, met uitzondering van de regels van de nakoming en de (toerekenbare) tekortkoming. De opbouw is als volgt: eerst wordt aandacht besteed aan de totstandkomingsfase (rechtshandelingen, aanbod en aanvaarding), vervolgens aan de lopende overeenkomsten en tenslotte aan de bijzondere overeenkomsten.

<sup>1)</sup> Zie verder TK 1984-1985, 18 998, nr. 3, blz. 18-25.

<sup>2)</sup> B. Wessels, 'Algemene bepalingen van NBW-overgangsrecht', *Advocatenblad* 1990, blz. 531.

## 2. Totstandkomingsfase

### 2.1 Rechtshandelingen

De overgangsbepalingen betreffende rechtshandelingen, te vinden in de artt. 79-82 Ow, kunnen als volgt worden samengevat:

- een onder het oude recht *geldige* rechtshandeling, blijft, tenzij de wet anders bepaalt, geldig, ook al wordt deze onder het nieuwe recht met nietigheid of vernietigbaarheid bedreigd;
- is een rechtshandeling onder het oude recht *vernietigbaar* en onder het nieuwe recht niet meer, dan kan zij onder het nieuwe recht niet worden vernietigd. Is de rechtshandeling naar NBW geldig, dan wordt zij op 1 januari 1992 in een geldige omgezet. Geeft de nieuwe wet de nietigheids-sanctie, dan wordt de rechtshandeling met terugwerkende kracht nietig;
- is een rechtshandeling onder het oude recht *nietig*, dan wordt zij onder het nieuwe recht met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien alsdan is voldaan aan de vereisten voor een geldige rechtshandeling. Wordt een onder het oude recht als nietig aangemerkte rechtshandeling onder het nieuwe recht als vernietigbaar aangemerkt, dan is zij nog slechts vernietigbaar. Voor deze beide gevallen geldt als algemene eis dat alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling vóór 1 januari 1992 als geldig hebben aangemerkt.

#### Voorbeeld 1

Hendriks heeft op 1 december 1988 een zeiljacht van Pieters gekocht. Pieters is van mening dat bij de koop sprake was van misbruik van omstandigheden door Hendriks. Op 15 maart 1992 laat Pieters Hendriks dagvaarden.

Een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden leidt onder het oude recht, via het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak, tot nietigheid. Onder het NBW zal sprake zijn van vernietigbaarheid (art. 3:44), zodat de koop van de zeiljacht vanaf 1 januari 1992 vernietigbaar is (art. 81 lid 2 Ow). Daarbij speelt nog een rol de vraag of alle onmiddellijk belanghebbenden de koop vóór 1 januari 1992 als geldig hebben aangemerkt (art. 81 lid 3 Ow). Hoewel zulks wellicht niet voor de hand ligt, ga ik er bij dit voorbeeld vanuit dat Pieters zich pas na 1 januari 1992 op het standpunt is gaan stellen dat sprake was van misbruik van omstandigheden.

Naar NBW verjaart een rechtsvordering tot vernietiging wegens misbruik van omstandigheden drie jaren nadat de invloed daarvan heeft opgehouden te werken (art. 3:52 lid 1 sub b). Betekent dit nu dat Pieters zijn vordering te laat heeft ingesteld? Dit lijkt inderdaad het geval te zijn, namelijk op grond van art. 81 lid 2 jo. 73a Ow. Onder het oude recht was/is de ver-

jaringstermijn voor een beroep op misbruik van omstandigheden vijf jaren (art. 1490 BW), zodat naar mijn mening sprake is van een bepaalde termijn in de zin van art. 81 lid 2 Ow. Daardoor is art. 73a lid 1 van toepassing, met als gevolg dat de vordering van Pieters is verjaard. Mijns inziens gaat de wetgever er in de parlementaire geschiedenis ten onrechte vanuit dat art. 73a lid 1 in deze situatie niet van toepassing zou zijn.<sup>3)</sup>

#### Voorbeeld 2

Dezelfde casuspositie als in voorbeeld 1, maar nu heeft Pieters Hendriks reeds gedagvaard op 19 november 1991 voor de Rechtbank te Rotterdam. In de daarop volgende procedure wordt Hendriks bijgestaan door advocaat Mr X te Rotterdam. Aangezien Mr X zekerheid wenst voor de betaling van zijn declaraties, laat hij Hendriks daartoe op 1 december 1991 een pandrecht op de zeilboot vestigen.

De verpanding wordt door art. 3:43 lid 1 sub a NBW nietig verklaard. Onder verkrijging in de zin van genoemd artikel valt immers eveneens de vestiging van een beperkt recht<sup>4)</sup>.

Onder het oude recht geldt/gold een gelijksoortige regeling op grond van de artt. 1504-1506 BW, zij het dat deze slechts betrekking heeft/had op koop. Derhalve lijkt op bovenstaand voorbeeld art. 79 Ow van toepassing; de verpanding is (en blijft) geldig. Wellicht is nog verdedigbaar dat ook het oude recht een dergelijke verpanding met nietigheid bedreigde, wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak. Deze zekerheidstelling is volgens de Gedragsregels voor Advocaten (art. 19) immers niet geoorloofd. In deze gedachtengang blijft de verpanding vanzelfsprekend nietig.

Ten aanzien van de regel van art. 79 Ow (kort gezegd: een geldige rechtshandeling blijft geldig), merk ik nog het volgende op.

In de eerste plaats zal, zoals uit het laatste voorbeeld blijkt, niet in alle gevallen eenvoudigweg zijn vast te stellen of een rechtshandeling onder het oude recht wel geldig was. Het belang van een dergelijke vaststelling is in verband met art. 79 echter bepaald groot.

Ten tweede kan, zoals de aanvangswoorden van art. 79 Ow aangegeven, de wetgever uitzonderingen formuleren op de regel geldig blijft geldig. Dit is gebeurd in gevallen van ingrijpende wijziging van het oude recht. Zie met name:

- ten aanzien van de fiduciaire overdrachten, die onder het NBW niet meer geldig zijn (art. 3:84 lid 3), de conversieregeling van art. 86 Ow;
- ten aanzien van het eigendomsvoorbehoud, voorzover het niet voldoet aan het vereiste van art. 3:92 lid 2, de conversieregeling van art. 89 Ow;

<sup>3)</sup> TK 1988-1989, 18 998, nr. 5, blz. 17.

<sup>4)</sup> Zie Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek 3, blz. 1143.

– ten aanzien van de toetsing van algemene voorwaarden, kan een voorheen geldig beding in algemene voorwaarden toch worden vernietigd, overeenkomstig art. 6:233 e.v. (art. 191 lid 2 Ow). Een dergelijke vernietiging heeft echter, krachtens art. 191 lid 2 Ow geen werking over het tijdvak tot 1 januari 1993 – de datum van inwerkingtreding van de algemene voorwaarden-regeling – tenzij in dit tijdvak het beding reeds vernietigbaar of nietig was.

De laatstgenoemde regeling van art. 191 lid 2 Ow kan mijns inziens tot vreemde consequenties leiden, met name als gevolg van de thans door de rechtspraak gehanteerde (anticiperende) toetsing van algemene voorwaarden aan de goede trouw. Zie het volgende voorbeeld:

#### *Voorbeeld 3*

Het bedrijf Butterfly sluit met (consument) Van Bohemen op 20 april 1992 een huurovereenkomst betreffende een caravan. Op deze overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van Butterfly van toepassing, waarin onder meer de bepaling is opgenomen dat het aan Van Bohemen nimmer is toegestaan de op hem rustende verplichtingen op te schorten. In het kader van een procedure over de naleving van de huurovereenkomst, die in februari 1993 aanhangig wordt gemaakt, roept van Bohemen op grond van art. 6:233 sub a jo. 236 sub c de nietigheid van genoemd beding in. De rechter vernietigt het beding. De vraag die zich vervolgens aandient, is of deze vernietiging ook geldt voor de periode van 20 april 1992 tot 1 januari 1993.

Art. 191 lid 2 Ow beperkt de terugwerkende kracht van de vernietiging, zoals deze in beginsel uit art. 3:53 NBW volgt. Terugwerkende kracht is in het kader van art. 191 lid 2 slechts dan aanwezig, wanneer het beding reeds vóór 1 januari 1993 nietig of vernietigbaar was.

Bij het beding in bovengenoemd voorbeeld ligt het niet voor de hand dat zij vóór deze datum als vernietigbaar of nietig moet worden aangemerkt, bijvoorbeeld vanwege een wilsgebrek of het ontbreken van een geoorloofde oorzaak. Het ligt meer voor de hand dat de rechter het beding onder het oude recht in strijd met de goede trouw zou achten. Dit kan echter niet tot terugwerkende kracht van een na 1 januari 1993 uitgesproken vernietiging leiden, aangezien art. 191 lid 2, laatste zinsnede, dan niet van toepassing is. De wetgever geeft overigens aan dat de goede trouw hier als correctie dienst kan doen.<sup>5)</sup>

Tot slot van deze paragraaf – ter complicatie – nog een voorbeeld:

<sup>5)</sup> TK 1988-1989, 18 998, nr. 5, blz. 37 en nr. 8, blz. 8.

#### *Voorbeeld 4*

Zangeres M. Abrahams, die aan het einde van haar muzikale carrière staat en op het punt om naar het bejaardenhuis te gaan, schenkt op 24 augustus 1991 haar huis aan de heer Geritsen, eigenaar van een klein café aan een haven, die door de jaren heen haar meest trouwe fan is geweest. Haar voormalig manager Van Mol blijkt echter nog een opeisbare vordering op haar te hebben, waarvoor hij thans geen verhaal meer kan vinden. Op 2 april 1992 roept Van Mol de nietigheid van de schenking in wegens paulianeus handelen (art. 3:47 NBW).

Hier doet zich een geval voor waarin twijfel mogelijk is over de vraag of de schenking onder het oude recht met succes, middels art. 1377 BW, bestreden zou kunnen worden. Waarschijnlijk zou daarbij voor Van Mol een bewijsprobleem zijn ontstaan, met als gevolg dat de schenking als geldig zou moeten worden aangemerkt. Daardoor zou de schenking, via art. 79 Ow, ook na 1 januari 1992 geldig blijven. Onder het NBW zal het bewijsprobleem aan de zijde van de zangeres ontstaan (art. 3:47).

In dit voorbeeld zou – ervan uitgaande dat het vermoeden van art. 3:47 niet kan worden weerlegd – mijn voorkeur uitgaan naar de redenering dat de schenking onder het oude recht geacht moet worden eveneens paulianeus te zijn (geweest), zodat zij na 1 januari 1992 kan worden vernietigd.

### *2.2 Aanbod en aanvaarding*

Ten aanzien van de aanbod en aanvaarding valt, in overgangsrechtelijke zin, weinig op te merken, deels omdat de NBW-regeling niet fundamenteel afwijkt van de oude regeling, deels omdat de basis reeds is gelegd door de overgangsrechtelijke regels van de rechtshandeling.

Het uitgangspunt der onmiddellijke werking (art. 68a Ow) is in dit kader onverkort van toepassing. Daarnaast volgt uit art. 79 Ow de regel dat een vóór 1 januari 1992 gedaan geldig aanbod niet ongeldig wordt bij toepassing van het nieuwe recht. Deze regel is weinig opzienbarend.

### *2.3 Volmacht*

In verband met de volmacht is vermeldenswaard dat de regeling van de bijzondere volmacht of de volmacht voor een bepaald doel, zoals neergelegd in art. 3:62 lid 2 vanaf 1 januari 1993 van toepassing wordt op een op dat tijdstip bestaande volmacht (art. 83 Ow). Voor het overige geldt ook bij de volmacht het beginsel van de onmiddellijke werking van het NBW.

## **3. Lopende overeenkomsten**

In dit hoofdstuk worden behandeld de onderwerpen die samenhangen met (bedingen in) lopende overeenkomsten.

### 3.1 Verwijzing, uitleg en inhoud

Art. 71 Ow geeft de voor de hand liggende regel dat een contractueel beding, dat naar een wetsartikel uit het oude recht verwijst, of de zakelijke inhoud daarvan weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van het NBW in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding. Aangenomen mag worden dat, hoe sterker de NBW-bepaling afwijkt van de oude bepaling, hoe eerder de uitzondering uit de laatste zinsnede van art. 79 Ow zich zal voordoen.

Een bekend voorbeeld van een contractueel beding met verwijzing, is de uitsluiting of afstand in koopovereenkomsten van (het recht van) ontbinding wegens wanprestatie op grond van art. 1302 BW.<sup>6)</sup> Onder het NBW moet worden gelezen: art. 6:265. In dit verband zij erop gewezen dat het NBW in sommige gevallen, zoals bij consumentenkoop (art. 7:6) en bij gebruik van algemene voorwaarden (art. 6:236 sub b) uitsluiting van de bevoegdheid tot ontbinding met vernietiging bedreigt.<sup>7)</sup>

Stein heeft in zijn preadvies voor de NJV de regel geformuleerd dat een vóór de invoering het NBW aangegane overeenkomst wordt uitgelegd met inachtneming van de ten tijde van de totstandkoming bekende en redelijkerwijs te verdisconteren omstandigheden.<sup>8)</sup> Deze regel komt mij te algemeen voor. Met name wanneer het 'oudere' overeenkomsten betreft, mag men mijns inziens van partijen verwachten dat zij de inhoud van hun rechten en verplichtingen – tot op zekere hoogte – aanpassen aan de maatschappelijke ontwikkelingen, zoals onder meer neergelegd in nieuwe rechtsregels.

### 3.2 Overeenkomsten en derden

In verband met overeenkomsten en derden, bevat de Ow twee bepalingen. Art. 192 geeft een overgangsbepaling met betrekking tot de kwalitatieve verplichtingen. Art. 193 geeft een overgangsregeling voor een derdenbeding.

<sup>6)</sup> Zie voor andere voorbeelden: TK 1984-1985, nr. 3, blz. 31 en 32.

<sup>7)</sup> Zie M.M. Olthof, 'Uitsluitend van ontbinding in de transportakte', *WPNR* nr. 6006 (1991), blz. 329-331.

<sup>8)</sup> H. Stein, preadvies Nederlandse Juristenvereniging, *Handelingen NJV 1985*, deel I, eerste stuk, blz. 81.

### 3.2.1 Kwalitatieve verplichtingen

#### Voorbeeld 5

Gemeente H. legt bij de verkoop van grond aan particulieren een kettingbeding op, onder meer inhoudende dat zij te allen tijde bezoek van enkele nader aangeduide gemeentebestuurders zullen dulden en voorts dat zij geen traliehekken rond het stuk grond zullen zetten. Bij enkele grondverkoop in de zomer van 1991 besluit de Gemeente deze bepalingen te geven in de vorm van kwalitatieve verplichtingen. Vervolgens worden deze verplichtingen in augustus van dat jaar op de daarvoor vereiste wijze in de openbare registers ingeschreven.

Deze verplichtingen zullen niet vanaf 1 januari 1992 derdenwerking hebben. Art. 192 Ow houdt dit tegen. Volgens deze bepaling komt aan de verplichtingen slechts derdenwerking toe wanneer zij zijn ingeschreven ná 1 januari 1991.

De ratio van deze regeling ontgaat mij. Waarom zouden partijen niet, in het kader van een bepaalde transactie en vooruitlopend op het NBW, reeds vóór 1 januari 1992 kwalitatieve verplichtingen kunnen laten inschrijven, waaraan per 1 januari 1992 derdenwerking zal toekomen? Nu zullen partijen na 1 januari 1992 alsnog/wederom voor inschrijving moeten zorgdragen, waartoe beider medewerking vereist is.

Vanzelfsprekend kan een bestaand kettingbeding slechts met medewerking van beide partijen – en voorzover art. 6:252 dat toelaat – worden omgezet in een kwalitatieve verplichting. Het verdient aanbeveling, indien mogelijk, de koper bij het sluiten van de koopovereenkomst reeds de verplichting op te leggen aan de omzetting van een kettingbeding in een kwalitatieve verplichting en de inschrijving daarvan – onvoorwaardelijk – zijn medewerking te verlenen.

Tot slot kunnen de nodige complicaties ontstaan wanneer de (hernieuwde) inschrijving plaatsvindt op een moment waarop het betreffende registergoed reeds onder bijzondere titel in andere handen is overgegaan. Zie art. 6:252 lid 3.

### 3.2.2 Derdenbeding

#### Voorbeeld 6

De NV A en de Staat sluiten op 1 februari 1991 een overeenkomst waarbij wordt bepaald dat de NV onder bepaalde omstandigheden gehouden is nieuwe aandelen uit te geven en deze, tegen de geldende beurskoers, te verkopen aan Stichting S. Na enige tijd, eind 1992, wil de NV van de overeenkomst af. Ten eerste herroept zij het derdenbeding. Daarnaast roept zij de nietigheid van het beding in, met de stelling dat de Staat niets voor zichzelf heeft bedongen.

Art. 193 Ow staat aan herroeping van het derdenbeding conform art. 6:253 lid 2 (voordat het door de derde is aanvaard) in de weg. Hetzelfde lot treft de bepalingen van art. 6:254-256, ingeval het derdenbeding reeds bestaat vóór 1 januari 1992.

Het beroep van de NV op nietigheid van het beding wegens strijd met art. 1353 BW, dat in tegenstelling tot het NBW de eis stelt dat de stipulator iets voor zichzelf bedingt, zal afstuiten op art. 181 Ow, nu de onmiddellijk belanghebbenden het derdenbeding vóór 1 januari 1992 als geldig hebben aangemerkt.

### 3.3. Verrekening

#### Voorbeeld 7

Vermeer laat door Stofheuveel een jacht bouwen. De opleveringsdatum is 20 mei 1992. Bij overschrijding van deze datum is Stofheuveel aan Vermeer een boete van f 40.000.— verschuldigd. Op 5 december 1991 cedeert Stofheuveel – niet tot zekerheid – zijn vordering op Vermeer voor de eerste termijn van het bouwcontract, welke opeisbaar wordt op 5 januari 1992, aan Van Loenhout. Op 3 maart 1992 laat Van Loenhout de cessie aan Vermeer betekenen en vordert hij betaling van de eerste termijn. Als op 20 mei van dat jaar blijkt dat het jacht nog niet klaar is, beroept Vermeer zich jegens Van Loenhout op verrekening met de boete van f 40.000.—.

Het oude recht staat verrekening in deze situatie niet toe (art. 1476 lid 2 BW en HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213). Het NBW wel (art. 6:130): de door Vermeer in verrekening te brengen vordering vloeit voort uit dezelfde rechtsverhouding als de gecedeerde vordering.

Art. 184 Ow kiest in dit geval voor eerbiedigende werking. Volgens deze bepaling geldt art. 6:130 niet ten aanzien van een vordering die vóór 1 januari 1992 is overgegaan, beslagen of bezwaard. Op grond van art. 668 lid 1 BW is de vordering van Stofheuveel op Vermeer vóór deze datum overgegaan; namelijk op het tijdstip waarop de akte van cessie werd ondertekend (5 december 1991). Art. 90 Ow lijkt hier niet van toepassing te zijn.

Art. 185 Ow geeft nog een regeling voor verrekening in een rekeningcourantverhouding (art. 6:140). Zij lijkt mij meer van dogmatisch dan van praktisch belang.<sup>9)</sup>

### 3.4 Wijziging van de overeenkomst

#### Voorbeeld 8

De KLM heeft in februari 1991 met het Nederlands Olympisch Comité (NOC) een contract afgesloten voor het vervoer per vliegtuig van een groot aantal hoogwaardig-

heidsbekleders en officials naar de Olympische Zomerspelen 1992 in Barcelona. In het najaar van 1991 pleegt de Baskische afscheidsbeweging ETA een aantal zeer bloedige aanslagen, gericht tegen de spelen en dreigt zij met aanslagen tijdens de spelen zelf. Vanzelfsprekend daalt de animo voor de vliegtickets naar Barcelona zeer sterk. Het lijkt erop dat slechts twee vluchten bezet zullen zijn. De KLM houdt echter tegenover het NOC vast aan de contractueel overeengekomen vijftig vluchten. Begin 1992 stapte het NOC naar de rechter en verzocht het de rechter de overeenkomst te wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden.

Naar de letter van art. 195 Ow mag de rechter met de ETA-aanslagen en dreigementen van vóór 1 januari 1992 in het kader van de toetsing aan art. 6:258 – overigens ook in het kader van art. 6:259 – geen rekening houden. Deze consequentie vind ik moeilijk aanvaardbaar, zeker gezien het feit dat op de regel van art. 6:258 in de rechtspraak onder het 'oude' recht reeds werd geanticipeerd.<sup>10)</sup> Wellicht zal het beginsel van de redelijkheid en billijkheid hier als correctie kunnen dienen.

Het voorschrift dat met een wijziging van omstandigheden van vóór 1 januari 1992 geen rekening mag worden gehouden, is eveneens te vinden in de artt. 165 en 169 Ow, handelend over wijziging danwel opheffing van een erfdienstbaarheid respectievelijk erfpacht.

De interessante vraag doet zich voor of men onder het oude recht rechtsgeldig kan bedingen dat een beroep op art. 6:258 uitgesloten zal zijn. Met het Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen en Van der Beek ben ik van mening dat dit mogelijk is, hoewel de wetgever, in het kader van art. 71 Ow, anders lijkt te suggereren.<sup>11)</sup>

## 4. Bijzondere overeenkomsten

### 4.1 Koop en ruil

Ten aanzien van koop en ruil (Titel 7.1 Boek 7) is op grond van art. 196 lid 1 Ow sprake van (uitgestelde) onmiddellijke werking vanaf 1 januari 1993. Bij consumentenkoop is sprake van eerbiedigende werking (art. 196 lid 2 Ow).

Het derde lid van art. 196 Ow geeft een speciale regeling in verband met het recht van reclame.

Art. 196 lid 4 Ow geeft tot slot nog een overgangsrechtelijke bepaling in verband met art. 7:7, welke hier verder buiten beschouwing blijft.

<sup>10)</sup> Bijv. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Helder) en HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150 (Kriek/Smit).

<sup>11)</sup> Zie voor deze discussie: TK 1984-1985, 19 998, nr. 3 blz. 31, TK 1987-1988, nr. 4, blz. 4 en TK 1988-1989, nr. 5, blz. 9.

<sup>9)</sup> Zie TK 1984-1985, 18 998, nr. 3, blz. 89.

Art. 196 lid 4 Ow geeft tot slot nog een overgangsrechtelijke bepaling in verband met art. 7:7, welke hier verder buiten beschouwing blijft.

#### 4.2 Lastgeving

Bij lastgeving geldt als uitgangspunt onmiddellijke werking, met de correctie van art. 69 Ow (eerbiediging bestaande rechten). Van eerbiedigende werking is geen sprake ten aanzien van art. 7:407, indien de daar genoemde last voor januari 1992 is gegeven. In de literatuur is er reeds op gewezen dat de Toelichting op deze overgangsbepaling de eerbiedigende werking van art. 7:407 lijkt te beperken tot het tweede lid.<sup>12)</sup>

#### 4.3 Borgtocht

##### *Voorbeeld 9*

Voorduin heeft een overeenkomst met Kistenmaker gesloten, op grond waarvan Voorduin zich heeft verplicht, tegen een vast bedrag per eenheid, alle aardappelen die in 1992 van het land van Kistenmaker zullen worden gerooid, af te nemen. Voorduin vindt zijn neef Van der Zee, die hem in privé wel wil helpen, bereid voor hem borg te staan. Op 15 december 1991 wordt de borgtocht gesloten. Daarbij wordt geen maximum bedrag aangegeven waarvoor Van der Zee borg staat.

Naar NBW is deze (particuliere) borgtocht nietig op grond van art. 7:858 lid 1. Art. 220 lid 1 Ow verleent in dit verband echter eerbiedigende werking aan het oude recht, zodat mag worden aangenomen dat de borgtocht geldig is (en blijft). Dit volgt ook uit art. 79 Ow (zie 2.1). Tot slot geeft het tweede lid van art. 220 Ow nog een (eerbiedigende) regel in verband met Afdeling 3 van titel 7 van Boek 7. Deze Afdeling blijft buiten toepassing op de gevolgen van de borgtocht tussen de hoofdschuldaren en de borg en tussen borgen en andere voor de verbintenaansprakelijke niet-schuldaren onderling, indien vóór 1 januari 1992 aan de schuldenaar is betaald. Art. 175 lid 2 Ow geeft een op art. 220 gelijkende regeling voor de gevolgen van hoofdelijkheid.

<sup>12)</sup> H.L. van der Beek, 'Rechtshandelingen in het algemeen, volmachten en (bijzondere) overeenkomsten in het licht van de overgangswet nieuw BW', *WPNR*, nr. 6007 (1991), blz. 365.

## REEDS VERSCHENEN PREADVIEZEN

### Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Deze preadviezen zijn tot dusver verschenen:

1. **Burgerlijk recht en grondrechten**,  
door prof. mr. J.L.M. Elders en mr. M.B.W. Biesheuvel  
ISBN 90 6040 784 9
2. **Produktaansprakelijkheid**  
door prof. mr. J.H. Nieuwenhuis en mr. J.M. Barendrecht  
ISBN 90 6040 833 0
3. **Kredietverlening naar huidig en komend recht**  
door prof. mr. F.H.J. Mijnsen, prof. mr. P.A. Stein en  
mr. C.J.B. Ebeling  
ISBN 90 6040 879 9
4. **Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding**  
door prof. mr. E.A.A. Luijten en mr. J.A.M.P. Keijser  
ISBN 90 6040 909 4 (*niet meer leverbaar*)
5. **De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid**  
door prof. mr. R. van den Bergh, dr. M. Faure LL.M.,  
mr. T. Hartlief en mr. R.P.J.L. Tjittes  
ISBN 90 6040 942 6

Leden van de Vereniging ontvangen ieder jaar de uitgebrachte preadviezen en hebben toegang tot de jaarvergadering. De contributie bedraagt voor 1991 f 30,- voor gewone leden en f 20,- voor studentleden. Voor aanmelding als lid en/of nadere informatie kan men zich wenden tot het secretariaat: Postbus 90153 5000 LE Tilburg, tel: 013 - 662980, t.a.v. Mr. A.J. Akkermans.