

*Handelingen 1985
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

‘Rechtsvinding overgangsrecht
privaatrecht’

*Preadviezen van
prof. mr. C.J.H. Brunner
mr. H. Stein*

ISBN 90 271 2351 9

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Brunner, C.J.H.

'Rechtsvinding overgangsrecht privaatrecht' / preadviezen van C.J.H. Brunner en H. Stein. –
Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink. – (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging; 1985,

jrg. 115, dl. 1, eerste stuk)

ISBN 90-271-2351-9

SISO 397 UDC 347(492)

Trefw.: Burgerlijk Wetboek.

Brunner is echter van mening, dat art. 4 Wet AB daarenboven de ‘terugwerking ex nunc’ verbiedt, namelijk: *het volgens de nieuwe wet beoordelen van rechtsgevolgen, die na de invoering van een nieuwe wet voortvloeien uit daaraan voorafgegangene feiten of rechtshandelingen*. Die opvatting van Brunner komt tot uiting in de door hem voorgestelde vuistregel 5 (p. 43 van zijn praeadvies).

Het praktische belang van dit verschil van mening bestaat hierin: naar welke wet moeten – bij het ontbreken van een uitdrukkelijke overgangsbepaling – de rechten en verplichtingen uit overlopende rechtsverhoudingen vanaf de invoering van een nieuwe wet worden bepaald? Volgens de overgangswetgever brengt art. 4 Wet AB mee, dat – behoudens andersluidende wilsuiting van de wetgever – de nieuwe wet onmiddellijk moet worden toegepast op rechtsfeiten en rechtsverhoudingen ontstaan vóór haar inwerking-treding. De voorgestelde artikelen 69 en 70 lid 1 OW zijn dan ook uitzonderingen op de ‘normale’ werking van de nieuwe wet (zie § 8 en § 10 Hoofdstuk II, Inleidende Opmerkingen van de MvT). Stein neemt een tussenstandpunt in: ook hij gaat uit van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op de overlopende rechtsverhoudingen, echter met ‘exclusieve werking’, waaronder hij verstaat de eerbiediging van anterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten, niet echter van posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten (zie Stein, praeadvies § 287). Brunner verwierpt in principe die opvatting, want de toepassing van de nieuwe wet op rechten en verplichtingen, die vanaf de invoering uit een overlopende rechtsverhouding voortvloeien, kan vallen onder het terugwerkingsverbod van art. 4 Wet AB, zoals hij het opvat (p. 43/44 van zijn praeadvies). In verband met de invoering van het nieuwe vermogensrecht is Brunner echter ambivalent: hij wil eerst nagaan of de onmiddellijke toepassing van het nieuwe vermogensrecht in overlopende rechtsverhoudingen tot een ernstige aantasting van een rechtspositie – tot een ingrijpende vermogensverschuiving – leidt en daarvan de toepassing, c.q. de niet-toepassing van het nieuwe vermogensrecht laten afhangen. Hij zet aldus – in de opvattingen van de overgangswetgever en van Stein – de zaak op z’n kop.

Een tweede, principieel verschil betreft de vraag: *bevat art. 4 Wet AB – naast het terugwerkingsverbod (negatieve regel) – het gebod van onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet (positieve regel)?* De overgangswetgever antwoordt bevestigend (MvT, p. 22-23a), waarbij niet helemaal duidelijk is of die positieve regel uit art. 4, dan wel uit de artt. 2 en 4 Wet AB in onderlinge samenhang wordt afgeleid. In elk geval acht de overgangswetgever een overgangsbepaling, waarin die positieve regel wordt uitgedrukt, volmaakt *overbodig*. Ook Stein leest de positieve regel in art. 4 Wet AB, maar constateert een controverse en acht

Toen wij aan de voorbereiding van deze praeadviezen begonnen, stond ons één gemeenschappelijk praeadvies voor ogen, bestaande uit twee delen: *overgangsrecht* en *overgangswet*. Van die gemeenschappelijke opzet is niet veel terechtgekomen, want de tijd ontbrak om – naast ons gewone werk – èn praeadviezen te schrijven èn onze betogen op elkaar af te stemmen. Het resultaat is, dat de verschillen tussen onze opvattingen de verwarring dreigen te vergroten. Wij willen trachten dit nadeel zo veel mogelijk weg te nemen.

Onze opdracht was: *de rechtsvinding met betrekking tot overgangsrecht in het privaatrecht*. De opdracht was dus beperkt, want het overgangsrecht in andere rechtsgebieden (strafrecht, belastingrecht, administratief recht) valt er buiten. De komende invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW bracht zelfs nog een verdere beperking mee; wij hebben ons voornamelijk geconcentreerd op de overgangsrechtelijke problemen in verband met de invoering van het nieuwe vermogensrecht, dus met uitsluiting van het personen- en familierecht.

In onze uiteenzettingen komt een zeer belangrijke plaats toe aan de vraag: *hoe behoort het overgangsrecht gevonden te worden in die gevallen, waarvoor de overgangswet geen bepaling bevat?* Dat leek ons – mede gezien de opbouw van de Overgangswet – de meest urgente vraag. Voor zover de Overgangswet een regeling bevat, lost zich het rechtsvindingsprobleem immers op in een interpretatievraag, die stellig netelig kan zijn, doch in wezen niet verschilt van interpretatieproblemen in het normale privaatrecht. Juist ten aanzien van de voormelde kernvraag verschillen wij echter van mening, zowel onderling als met betrekking tot de overgangswetgever.

De overgangswetgever, Brunner en Stein aanvaarden allen, dat art. 4 Wet AB verbiedt: *het beoordelen van feiten, rechtshandelingen en rechtsgevolgen, vanaf het tijdstip dat zij plaatsvonden of verricht werden, volgens een nadien ingevoerde wet*. Alle drie gaan ervan uit, dat een dergelijke retroactieve beoordeling de wetstoe-passer niet is toegestaan, tenzij de overgangswetgever hem daartoe verplicht.

Volgens de overgangswetgever en Stein is het terugwerkingsverbod van art. 4 Wet AB tot de voormelde regel – de terugwerking *ex tunc* – beperkt.

daarom codificatie van de positieve regel *gewenst* (§ 283 van zijn praeadvies). Brunner ontkent, dat art. 4 Wet AB die positieve regel bevat en vindt daarom – voor zover een dergelijk voorschrift wordt *gewenst* – een uitdrukkelijke overgangsbepaling, waarin die regel is opgenomen, *onmisbaar* (p. 54 en 61 van zijn praeadvies).

Het praktisch belang blijkt, wanneer een speciale overgangsbepaling ontbreekt, waarin voor het zich voordoende geval de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet wordt voorgeschreven. Dan mag – volgens Brunner – die nieuwe wet niet in alle gevallen worden toegepast. Volgens de overgangswetgever en Stein is de nieuwe wet wel toepasselijk en is Brunners vuistregel 8 (p. 47 van zijn praeadvies) onjuist.

Daarmee houdt wederom verband de controverse ten aanzien van de artt. 69 en 70 OW. In de opvatting van de overgangswetgever zijn deze artikelen onmisbaar, omdat – bij het ontbreken ervan – de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet tot ongewenste gevolgen, dus tot overgangsrechtelijke ongelukken zou leiden (MvT, p. 29-30). Brunner heeft aan deze artikelen geen behoefte (p. 57-58 van zijn praeadvies), al heeft hij er geen overwegend bezwaar tegen, dat de overgangswetgever duidelijkheidshalve herhaalt wat reeds voortvloeit uit het ontbreken van de positieve regel in art. 4 Wet AB. Stein zou het met de overgangswetgever eens moeten zijn – ook hij leest immers, zij het aarzelend, de positieve regel in art. 4 Wet AB –, doch deelt het standpunt van Brunner, want hij kent aan de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet exclusief effect (§ 283 van zijn praeadvies) toe.

Wij vatten het vorenstaande samen:

- Bij gebreke van een daartoe verplichtende overgangsbepaling mag de wetstoepasser de nieuwe wet niet met terugwerking *ex tunc* toepassen (overgangswetgever, Brunner, Stein).
- Indien een bijzondere overgangsbepaling ontbreekt, moet de nieuwe wet in overlopende rechtsverhoudingen vanaf de invoering voor de toekomst worden toegepast (overgangswetgever, Stein); moet de oude wet in overlopende rechtsverhoudingen ook na de invoering worden toegepast, indien toepassing van de nieuwe wet een vermogensverschuiving ten gevolge heeft (Brunner).
- Ontbreekt een overgangsbepaling die voor een bepaald soort van gevallen de nieuwe wet van toepassing verklaart, dan moet de nieuwe wet krachtens de positieve regel van art. 4 Wet AB worden toegepast (overgangswetgever, Stein); dan mag de nieuwe wet niet in alle gevallen worden toegepast, want art. 4 Wet AB bevat die positieve regel niet (Brunner).

- Artt. 69 en 70 zijn onmisbaar (overgangswetgever); zijn overbodig, maar kunnen geen kwaad (Brunner, Stein).
- Art. 75 is in het systeem van de overgangswet nodig om de hoofdregel van de onmiddellijke toepassing te mitigeren, zet volgens Stein (§ 300) teveel op losse schroeven en toont volgens Brunner de onjuistheid van de hoofdregel van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet aan, althans voor het vermogensrecht.

Dat hadden wij op ons hart en wij herinneren ons – ieder voor zich doch eensluidend – Greshof:

‘Hier sta ik mager in mijn hemd ten toon
en geef mij zonder schaamte prijs,
vrijwillig offer, aan de zure hoon
der zedenmeesters van ’t verdiende loon.’

C.J.H. Brunner
H. Stein

ALGEMENE INHOUD

PREADVIES PROF. MR. C.J.H. BRUNNER

Rechtsvinding Overangsrecht Privaatrecht, 1

PREADVIES MR. H. STEIN

Brood-NODI-gheden bij de toepassing van de Overgangswet boeken 3, 5 en 6 NBW, 63

AFKORTINGEN

AMvB	Algemene maatregel van Bestuur
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BNB	Beslissingen in belastingzaken – Nederlandse belastingrechtspraak
BVerfGE	Bundes Verfassungs Gericht
BW	Burgerlijk Wetboek
CC	Code Civil
CRvB	Centrale Raad van Beroep
diss.	dissertatie
Fw.	Faillissementswet
Gw.	Gemeentewet
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
N	Artikelen BW na aanpassing, zoals in de invoer- ingswetten NBW voorgesteld
NFw.	Nieuw Faillissementswet
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NRv.	Artikelen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvor- dering na aanpassing zoals in w.o. 16 593 voorgesteld
OW	Overgangswet
PG	Parlementaire Geschiedenis
Pres.	President
Pr.w.	Provinciewet
Rb.	Rechtbank
Rv.	Artikelen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvor- dering die ongewijzigd blijven
SE	Studenteneditie Nederlandse Wetgeving
Sr.	Wetboek van Strafrecht

Stb.	Staatsblad
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
VR	Verkeersrecht
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wet AB	Wet Algemene Bepalingen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WVW	Wegenverkeerswet
ZGB	Zivil Gesetz Buch (Zwitserland)

PREADVIES PROF. MR. C.J.H. BRUNNER

Rechtsvinding Overgangsrecht Privaatrecht

1. Inleiding, 3
2. Het object van het overgangsrecht, 5
3. Het 'verbod' van terugwerkende kracht, 6
4. Hoe wordt aan de wet terugwerkende kracht verleend?, 8
5. Terugwerkende kracht en de afgedane zaken (*causae finitae*), 10
6. Terugwerkende kracht en de leer van de verkregen rechten, 12
7. Terugwerkende kracht en onmiddellijke werking, 19
8. Wat is terugwerkende kracht in art. 4 Wet AB?, 23
9. Het beperkte belang van art. 4 Wet AB, 29
10. De betekenis van art. 4 Wet AB voor de rechtsvinding in het overgangsrecht, 33
11. Vuistregels voor de rechtsvinding in het overgangsrecht op het stuk van het vermogensrecht, 40
12. Codificatie en overgangsrecht, 51
13. De uitgangspunten van het ontwerp overgangsrecht voor de Boeken 3, 5 en 6 NBW, 54

Rechtsvinding Overgangsrecht Privaatrecht

Wil het recht zijn greep op de toekomst kunnen behouden, met andere woorden ten aanzien van de toekomst verwachtingen kunnen scheppen, waarop men menselijkerwijze gesproken kan bouwen, dan zal, wanneer door verandering van wetgeving nieuw recht geschapen wordt, of door beschikkingen in een bestaande rechtspositie wordt ingegrepen, bij de keuze van het toepasselijke overgangsrecht aan het belang dat die verwachtingen niet worden teleurgesteld een bijzonder zwaar gewicht moeten worden gehecht.

(G.J. Wiarda, Rede Alg.Verg. V.A.R. op 24 september 1965, Geschr. V.A.R. LVI, p. 4)

I. INLEIDING

Over het overgangsrecht is veel geschreven, zowel in ons land als elders, niet alleen in deze tijd, maar ook in vroeger tijden. De literatuur is zo omvangrijk, dat zij nauwelijks is te overzien. Wie zich beperkt tot die geschriften die als gezaghebbend werden of worden beschouwd, valt gemakkelijk ten prooi aan een gevoel van wanhoop. De conclusie dringt zich dan op, dat op meer algemene vragen van overgangsrecht een duidelijk en gemakkelijk te begrijpen antwoord niet is te geven. Hoewel door velen is gepoogd een sluitend systeem van regels en beginselen te geven, is dat niet op bevredigende wijze gelukt.

Voor ons land is dat goed te illustreren aan de hand van de bevindingen van een viertal schrijvers van proefschriften over het overgangsrecht. In 1928 promoveerden Hijmans van den Bergh (1) en Folmer (2) op het onderwerp. Meijers schreef daarover (3): 'Het oude stelsel van overgangsrecht, zoals dat nog in onze wet op den overgang tot uiting komt, vindt tegenwoordig bijna geen aanhangers meer. Hetgeen de nieuwere literatuur daarvoor in de plaats aanbiedt, is niet veel meer dan de raad ieder geval op zich zelf te beoordelen. Men behoeft slechts de twee gelijktijdig verschenen proefschriften te lezen, dat van L.J. Hijmans van den Bergh te Utrecht en dat door G.J. Ph. Folmer te Leiden verdedigd, om tot de overtuiging te komen, dat ieder systeem prijsgegeven wordt'.

(1) L.J. Hijmans van den Bergh, Opeenvolgen van rechtsregels, diss. Utrecht 1928.

(2) G.J. Ph. Folmer, Ontwikkeling van het Intertemporaal Burgerlijk Recht in theorie en praktijk, diss. Leiden 1928.

(3) Noot onder HR 1 februari 1928, NJ 1928, 605.

Op dit oordeel van Meijers reageerde Hijmans van den Bergh, jaren later (4), aldus: 'en terecht voor zover in deze geschriften werd betoogd, dat een sluitend stelsel niet te vinden is; dat de aard van de onder de oude wet ontstane rechtsbetrekkingen niet beslissend kan zijn voor de functie van de nieuwe wet; dat steeds die nieuwe wet zelf over hare functie beslist'.

In 1984 verschenen opnieuw gelijktijdig twee proefschriften over het overgangsrecht, dat van Polman (5) en dat van Knigge (6). Lezing van deze geschriften bevestigt de indruk van Meijers voor onze tijd. Een sluitend systeem van algemene regels van overgangsrecht, dat de wetgever tot gebod of leidraad, de rechter tot houvast dient, is niet te maken. Bij iedere wet moet telkens opnieuw worden bezien, of en in welke mate zij ook van toepassing is op feiten die zich voordeden of op rechten en rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan voor haar in werking treden. Het enige punt waarover overeenstemming bestaat is, dat de nieuwe wet ook haar toepasselijkheid op anterieure feiten en rechtsbetrekkingen bepaalt (7). Hoe de nieuwe wet dat doet, is een vraag van uitleg van de nieuwe wet.

Hoewel ik deze slotsom onderschrijf, meen ik dat toch wel enige vuistregels voor de rechtsvinding in vragen van overgangsrecht zijn te geven voor die gevallen waarin de wetgever zich niet duidelijk heeft uitgesproken.

In dit preadvies zal de nadruk liggen op de vragen die rijzen bij verandering van wetgeving op het gebied van het vermogensrecht. Nu we staan voor de invoering van een belangrijk deel van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, verdienen de vragen van overgangsrecht die daar rijzen, bijzondere aandacht. Inmiddels heeft de wetgever een Ontwerp van wet voor de aanvulling van de Overgangswet NBW, dat als elfde gedeelte van de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 is ingediend, het licht doen zien. Een analyse van de uitgangspunten waarop het Ontwerp berust en van de daarin voorgestelde algemene en bijzondere bepalingen van overgangsrecht, wordt hierna beproefd.

Het preadvies bestaat uit twee delen. Het eerste deel bevat enige algemene beschouwingen over de rechtsvinding in het overgangsrecht. Het tweede deel is toegespitst op het hiervoor genoemde wetsontwerp.

(4) Hijmans van den Bergh, Overgangsrecht in verband met het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, preadvies Broederschap van Notarissen, 1956, p. 26/27.

(5) J.J.R. Polman, Temporele werkingen van nieuwe wetten, diss. VU 1984.

(6) G. Knigge, Verandering van wetgeving, diss. Groningen, 1984.

(7) Zo reeds L. van Praag, R.M. 1912, p. 104 e.v. en P. Scholten, Alg. Deel, 3e druk, p. 140.

2. HET OBJECT VAN HET OVERGANGSRECHT

Het overgangsrecht is dat deel van het recht, dat regels geeft voor de toepasbaarheid van het oude en het nieuwe recht bij verandering van recht. Die verandering doet zich voor bij verandering van wetgeving en bij verandering van rechtspraak. De vraag die dan rijst is of de nieuwe wettelijke of jurisprudentiële regel ook geldt voor feiten die zijn voorgevallen of rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan toen de oude regel nog gold.

Het is mogelijk het begrip overgangsrecht nog wat ruimer te nemen en daaronder ook te begrijpen het samenstel van regels die betrekking hebben op de inwerkingtreding van wetten. Ik beperk me echter tot de hiervoor gestelde vraag, omdat die de discussie over het overgangsrecht beheerst heeft.

De vraagstelling impliceert, dat feiten die zich voordoen en rechtsbetrekkingen die ontstaan na inwerkingtreden van de nieuwe wet uitsluitend door de nieuwe wet worden beheerst. Dat is een direct gevolg van het inwerkingtreden van de nieuwe wet, die immers verbindt nadat zij is afgekondigd (art. 2 Wet AB). De nieuwe wet kan zelf bepalen, dat een of meer van de daarin opgenomen artikelen niet direct bij het inwerkingtreden van de wet, verbinden. Zo bijvoorbeeld een aantal artikelen van de gewijzigde Grondwet 1983, die blijkens de additionele artikelen eerst na enige tijd (meestal vijf jaren) in werking zullen treden. Gedurende die periode blijven de overeenkomstige bepalingen van de oude Grondwet van kracht en voor zover die geen overeenkomstige bepalingen inhield, blijft het wettelijk vacuum op dat punt bestaan (8). Een ander wetgevingsprocedé om te bewerkstelligen, dat een aangenomen en afgekondigde wet, niet direct geheel of gedeeltelijk in werking treedt, bestaat hierin, dat de wet zelf bepaalt dat zij of een deel daarvan eerst in werking treedt, nadat andere legislatieve maatregelen zijn genomen. Zo wordt bij het nieuwe BW het procedé toegepast, dat door de wetgever vastgestelde boeken daarvan eerst in werking treden op een bij een invoeringswet te bepalen tijdstip.

Uitstel van de inwerkingtreding van een wet of een deel daarvan levert voor de toepassing van die wet geen problemen op. Wettelijke bepalingen die niet in werking zijn getreden, verbinden niet en kunnen dus ook niet worden toegepast.

De overgangsrechtelijke vragen die wel problemen opleveren, betreffen steeds feiten en rechtsbetrekkingen daterend van voor de inwerkingtreding

(8) Zie: Donner, Grondwettelijk overgangsrecht, Duk-bundel 1984, p. 267-280.

van de nieuwe wet. Moeten die beoordeeld worden naar de oude of de nieuwe wet? Die vragen rijzen, omdat zij aan de orde stellen of een nieuwe wet terugwerkende kracht mag hebben en zo ja, of zij die in het concrete geval ook heeft. Als ik goed zie, is dat waar het in het overgangsrecht om gaat.

3. HET 'VERBOD' VAN TERUGWERKENDE KRACHT

De geschiedenis van het overgangsrecht is de geschiedenis van de regel, dat wetten niet terugwerken. Die regel is bij ons opgenomen in art. 4 Wet AB:

De wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geene terugwerkende kracht.

Art. 4 Wet AB is een vertaling van art. 2 Code Civil:

La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.

Het codeartikel is een verkorte samenvatting van een bepaling uit de Codex die luidt:

C.I. 14.7

Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit.

Dat is in vertaling:

Het is zeker dat wetten voor toekomstige handelingen voorschriften geven, maar niet op feiten uit het verleden van toepassing zijn, tenzij met zoveel woorden is bepaald, dat zij ook van toepassing zijn op rechtsverhoudingen uit het verleden die nog voortduren.

Vergelijking met art. 4 Wet AB laat een aantal verschillen zien. Al dadelijk valt op, dat ons art. 4 Wet AB niet alleen op het burgerlijk recht betrekking heeft, maar op alle rechtsgebieden. Dan is opmerkelijk, dat art. 4 Wet AB de toevoeging mist, dat de wet kan en mag inhouden, dat zij terugwerkende kracht heeft. Daarmee lijkt de regel van niet-terugwerking een absoluut karakter te hebben gekregen, dat zij tevoren niet had. Zo werd in de Middeleeuwen algemeen aanvaard, dat aan een wet uitdrukkelijk terugwerkende kracht mocht worden toegekend, zij het dat zij ook dan niet van toepassing

was op zaken die ten tijde van de oude wet 'decisa seu finita' waren, d.w.z. waaraan door een rechterlijk vonnis of op andere wijze (dading, betaling, afstand van recht, verjaring etc.) een definitief einde was gekomen (9). Eerst in de achttiende eeuw krijgt de regel haar absolute vorm onder invloed van het natuurrecht. Zij wordt opgenomen in Par. 14 inleidende titel van het Pruisisch Landrecht (1794). In geschreven constituties komt zij echter – zo algemeen geformuleerd – nauwelijks voor. Veelal was zij beperkt tot de nulla poena-regel in het strafrecht (10). Wel vindt men haar – in navolging van art. 2 CC – in verschillende burgerlijke wetboeken (11).

Naar Nederlands staatsrecht is niet twijfelachtig, dat de wetgever wetten met terugwerkende kracht kan uitvaardigen (12). De Wet AB is een wet als een andere en de Grondwet kent geen algemeen verbod van wetten met terugwerkende kracht. Slechts het nulla-poena beginsel is sinds 1983 in de grondwet opgenomen. Voor art. 4 Wet AB betekent dat, dat het een voorschrift van uitleg van wetten is, niet een voorschrift dat tot de wetgever is gericht. Het zegt niet meer of anders, dan dat wordt vermoed, dat terugwerkende kracht niet door de wetgever is gewild. De Hoge Raad volstond aanvankelijk met de formule 'dat geen wetsvoorschrift de wetgever verbiedt aan zijn wetsvoorschriften terugwerkende kracht te verlenen' (13).

Dat art. 4 Wet AB niet een tot de wetgever gericht verbod inhoudt om aan zijn voorschriften terugwerkende kracht te verlenen, wordt door de Hoge Raad zo gemotiveerd (14):

'dat weliswaar in dit artikel tot uitdrukking komt het op de eisen der rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel, dat in het algemeen de wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden; dat evenwel het artikel niet de strekking heeft om het regelgevend orgaan te verbieden aan zijn voorschriften terugwerken de kracht te verlenen, maar slechts om vast te stellen dat een regeling, waaraan geen terugwerkende kracht is verleend, niet moet worden toegepast op verhoudin-

(9) Zie Folmer, p. 6 en voor uitvoerige historische uiteenzettingen Affolter, *Geschichte des intertemporalen Privatrechtes* 1902, p. 249 e.v. en Roubier, *Le droit transitoire*, 2e druk, 1960, p. 30 e.v.

(10) Zo art. 14 van de verklaring van de rechten van de mens in de Franse constitutie van 24 juni 1793.

(11) Zo bijv. in § 3 ABGB (Oostenrijk 1811) en art. 2 Belgisch Burgerlijk Wetboek.

(12) Dat is algemene leer. Zie bijv. Duk, *Terugwerkende kracht*, preadvies VAR (1965), p. 27 e.v.

(13) Zie HR 28 februari 1868, W 2995; HR 12 december 1928, W 11 923; HR 6 mei 1936, NJ 1936, 522; HR 15 april 1942, NJ 1942, 292; HR 25 februari 1953, NJ 1953, 248.

(14) HR 26 oktober 1951, NJ 1952, 756 (DJV); in nagenoeg gelijke bewoordingen herhaald in HR 15 maart 1974, NJ 1974, 348.

gen vóór het tot stand komen daarvan ontstaan, zijnde aan het beleid van het regelgevend orgaan overgelaten de vraag, of in een gegeven geval van het hiervoren bedoelde algemene rechtsbeginsel behoort te worden afgeweken'.

Een algemeen verbod om aan wetten (in materiële zin) terugwerkende kracht te verlenen bestaat in ons recht derhalve niet. De wetgever is vrij om dat al dan niet te doen. Die vrijheid heeft niet alleen de formele wetgever, maar ook de lagere wetgever (15). Wel moet daarbij de kanttekening worden gemaakt, dat aan de lagere wetgever die zijn bevoegdheid tot regelgeving ontleent aan een hogere, door die hogere wet wel de bevoegdheid om regels met terugwerkende kracht te geven, kan zijn ontzegd. Of de hogere wet dat in-hield of meebracht is een kwestie van uitlegging van die wet. Aldus HR 15 maart 1974, NJ 1974, 348 overwegende, dat terugwerkende kracht eerst is uitgesloten, indien deze 'tot gevolgen zou leiden die uit een oogpunt van rechtszekerheid zo onaanvaardbaar moeten worden geacht dat de hogere wetgever, waaraan de lagere wetgever zijn bevoegdheid tot regelgeving ontleent, zodanige gevolgen niet kan hebben gewild'.

In HR 7 maart 1979, NJ 1979, 319 wordt in een obiter dictum voor gemeentelijke belasting verordeningen vragenderwijs geopperd, of daarvoor niet geldt dat de gemeente daaraan slechts dan terugwerkende kracht mag verlenen 'indien zulks door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd, en of daaruit niet moet worden afgeleid dat de rechter in zodanig geval heeft na te gaan, of die wetgever gelet op de door hem blijkens de tekst van de verordening of de daarop gegeven toelichting ter rechtvaardiging van zulk een afwijking in aanmerking genomen omstandigheden, in redelijkheid kon oordelen dat die afwijking daardoor werd gerechtvaardigd'.

Voor de betekenis van art. 4 Wet AB doet dat niet ter zake. Het houdt slechts in het verbod aan de rechter om een wet waaraan geen terugwerkende kracht is verleend, toe te passen 'op verhoudingen voor het tot stand komen daarvan ontstaan'.

4. HOE WORDT AAN EEN WET TERUGWERKENDE KRACHT VERLEEND?

Sinds Justinianus tot op de huidige dag is betoogd, dat de wetgever die van zijn bevoegdheid om aan een wet terugwerkende kracht te verlenen, gebruik

(15) Zo de arresten vermeld in de noten 13 en 14. Anders is geoordeeld door CRvB 31 oktober 1935, NJ 1936, 548 en AB 1936, 168, en CRvB 3 april 1963, AB 1964, 75 en AA 1964, p. 69 e.v. (WFP).

wil maken dat 'nominatim', uitdrukkelijk, ondubbelzinnig moet doen. De gedachte is, dat terugwerkende kracht van een wet iets uitzonderlijks is en dat de wetgever die dat uitzonderlijke wil, daarvan duidelijk moet doen blijken.

In ons land was Hijmans van den Bergh een voorstander van het vereiste dat terugwerkende kracht door uitdrukkelijke bewoordingen aan de wet moet worden toegekend. Zijn opvatting is overgenomen in het Ontwerp 8436 tot vervanging van art. 4 Wet AB door twee nieuwe artikelen: art. 4 en art. 4a, waarvan art. 4a o.m. inhield: 'Een wettelijke regeling heeft slechts terugwerkende kracht, voor zover die uit haar bewoordingen ondubbelzinnig volgt'. Blijkens de MvT was dit in overeenstemming met de gangbare opvatting en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het voorstel is later door de regering ingetrokken, omdat het in de Kamer op bezwaren stuitte. In het voorlopig verslag werd voorgesteld te lezen: 'Een wettelijke regeling heeft slechts terugwerkende kracht, voor zover dit uit haar bewoordingen *of strekking* ondubbelzinnig volgt'. Dit voorstel was ontleend aan Veegens (16) en was meer in overstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad, dan de eis dat terugwerkende kracht steeds uit de woorden van de wet zou moeten blijken. Knigge heeft overtuigend aangetoond (17), dat ook toen al in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen steun kon worden gevonden voor de stelling, dat terugwerkende kracht alleen mag worden aangenomen als dat ondubbelzinnig uit de bewoordingen van de nieuwe wet volgt.

De Hoge Raad heeft inmiddels in het arrest HR 7 maart 1979, NJ 1979, 319 die eis uitdrukkelijk verworpen en overwogen 'dat immers ook indien een wetgevende maatregel niet uitdrukkelijk van terugwerkende kracht spreekt, mogelijk is dat het regelgevend orgaan aan die maatregel terugwerkende kracht heeft verleend, en het antwoord op de vraag of zulks het geval is, moet worden gevonden door uitlegging van de desbetreffende wettelijke maatregel, bij welke uitlegging de rechter niet aan enige bijzondere beperking is gebonden en, behalve op haar bewoordingen, acht mag slaan o.m. op haar strekking en de geschiedenis van haar totstandkoming'.

Dat neemt overigens niet weg, dat de wetgever er goed aan doet, de vraag of de wet zal terugwerken onder ogen te zien en daarvan in overgangsbepalingen te doen blijken. Slechts op die manier kunnen procedures over de vraag of de strekking van de nieuwe wet meebrengt, dat zij terugwerkt, worden vermeden.

(16) D.J. Veegens, Algemene en bijzondere overgangsbepalingen in het Ontwerp-invoeringswet Boek I Nieuw BW, WPNR 4900.

(17) Knigge, diss. p. 52-59.

5. TERUGWERKENDE KRACHT EN DE AFGEDANE ZAKEN (CAUSAE FINITAE)

In de discussie over het overgangsrecht is de ontoelaatbaarheid resp. de onwenselijkheid van terugwerkende kracht van oudsher betoogd voor die rechten en rechtsbetrekkingen die onder het oude recht zijn tenietgegaan, dan wel door een rechterlijk gewijsde definitief zijn beslist. Ook zij die aanvaardden, dat de wetgever aan de wet terugwerkende kracht mag verlenen, meenden dat dit niet zo ver kon gaan, dat daardoor rechten die teniet waren gegaan of waarover bij gewijsde was beslist, weer zouden herleven naar nieuw recht (18).

En inderdaad, de eisen der rechtszekerheid doen zich wel in bijzonder sterke mate gevoelen ten aanzien van het voltooide verleden. Wat daarin tot een definitief einde is gekomen door een rechterlijk gewijsde, door verval of verjaring, door betaling, kwijtschelding, dading, vaststelling moet niet weer opnieuw ter discussie worden gesteld. Dat zijn de *facta praeterita* in de meest sprekende vorm. De wetgever heeft zich, zo hier als elders, aan dit beginsel gehouden. Er moeten wel heel bijzondere omstandigheden zijn, dat een wetgever ook *causae finitae* – en daarmee tevens de kracht van gewijsde – zou durven aantasten.

Een voorbeeld van dergelijke exorbitante wetgeving die het oude recht als recht ontkent, is de verordening 156/1941 van de Secretaris-Generaal van Justitie van 12 augustus 1941 tot instelling van Vrederechters en een Vredegerechtshof in bezet Nederland. Aan het Vrederechtshof werd daarin de bevoegdheid gegeven (art. 17) om 'strafzaken waarin de gewone rechter onherroepelijk uitspraak had gedaan op vordering van de Procureur-Generaal opnieuw te berechten' (19). Ook de rechter gaat bij ons uit van dit leidende beginsel bij verandering van rechtspraak. In HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (pensioenarrest) besliste de Hoge Raad dat tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten bij scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap in aanmerking moeten worden genomen, zulks in afwijking van HR 7 oktober 1959, BNB 1959, 355 waarin was geoordeeld, dat zij buiten de gemeenschap van goederen vielen. Vanuit het beginsel, dat overeenkomsten van scheiding en deling die in het verleden tot stand waren gekomen, in beginsel onaangetast moesten blijven, gaf de Hoge Raad nu een uitdrukkelijke

(18) Zie voor een opgave van wetsteksten, digestenplaatsen, glossen en andere literatuur Polman, diss. p. 57 e.v., Folmer p. 6 e.v., Roubier, p. 32 e.v.

(19) Zie het merkwaardige boekje van de President Carp van het Vrederechtshof, Een half jaar rechtspraak van het Vrederechtshof, Nenasu, Utrecht, zonder jaartal, waarschijnlijk 1942.

regel van overgangsrecht, die het recht op nadere scheiding wegens het overslaan van goederen die tot de boedel behoorden (art. 1158 lid 2 BW) ecarteerde, waardoor gescheiden vrouwen die er in het verleden te bekaaid waren afgekomen, in haar lot moesten berusten. Overwogen werd:

‘Dit betekent dat in zoverre thans wordt teruggekomen op het oordeel op het onderhavige punt uitgesproken in HR 7 oktober 1959, BNB 1959, 355. Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering als bedoeld in art. 1158 tweede lid BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang der rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering – die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten – thans niet meer geldend kan worden gemaakt’.

Deze uitspraak is opvallend om verschillende redenen. In de eerste plaats laat zij zien, dat de Hoge Raad ook als *causae finitae* beschouwt overeenkomsten van scheiding en deling die weliswaar onder het regime van de vroegere rechtspraak waren tot stand gekomen, maar die krachtens de uitdrukkelijke bepaling van art. 1158 lid 2 niet definitief waren voor buiten de verdeling gebleven pensioenrechten.

Daarnaast valt op, dat de Hoge Raad een regel van overgangsrecht geeft voor andere gevallen dan het door hem besliste, hoewel vaak is betoogd, dat slechts de wetgever een dergelijke regel kan geven. Ten slotte blijkt uit de uitspraak, dat niet houdbaar is, dat rechterlijke uitspraken per definitie terugwerkende kracht hebben (20).

Ik geef nog een ander voorbeeld van een geval van verandering van wetgeving dat mede *causae finitae* kan betreffen.

Art. 31 VWW kende tot 3 oktober 1974 in lid 9 de bepaling, dat de rechtsvordering tot schadevergoeding krachtens dat artikel verviel door tijdsverloop van één jaar na de aanrijding. Bij wet van 26 september 1974, Stb. 546 werd deze vervaltermijn vervangen door een verjaringstermijn van 3 jaren. Een overgangsbepaling ontbrak en uit de wetsgeschiedenis bleek niet, dat aan overgangsproblemen was gedacht. De strekking van de wetswijziging

(20) De opvatting dat de rechter geen overgangsrecht kan maken en dat rechterlijke beslissingen over het geldende recht slechts vaststellen wat altijd al recht was, en daarom terugwerken, is in veel landen de heersende. Zie recent Scheltema, noot onder HR 7 maart 1979, NJ 1979, 319. Zie voor nadere gegevens Polman, diss. p. 36-51.

was wel duidelijk: versterking van de positie van de slachtoffers van aanrijding door motorvoertuigen.

Men zou nu denken, dat tenminste twee mogelijke oplossingen van de overgangsrechtelijke problemen zouden worden bepleit. De meest vergaande zou zijn de nieuwe bepaling te laten terugwerken, aldus dat zij zou worden toegepast op alle aanrijdingen die na 3 oktober 1971 hadden plaatsgevonden. Dan zouden vorderingsrechten herleven die onder het oude artikel door verval waren tenietgegaan. De minder vergaande oplossing was, dat de nieuwe bepaling toepasselijk was op vorderingsrechten die onder de oude bepaling nog niet waren vervallen.

Ten slotte was denkbaar de bepaling alleen toepasselijk te achten op aanrijdingen die plaatsvonden na inwerkingtreding van de nieuwe wetbepaling.

In een daarover gevoerde discussie in Verkeersrecht (21) valt op, dat met grote eensgezindheid de tweede oplossing (onmiddellijke toepassing ook op aanrijdingen die minder dan 1 jaar voor de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling hadden plaatsgevonden) werd gekozen (22). De eerste oplossing werd ofwel niet als mogelijkheid gezien ofwel verworpen, omdat de nieuwe bepaling 'uiteraard' rechten die onder de oude wet waren vervallen, niet kon doen herleven.

Het fait accompli is klaarblijkelijk het sterkst denkbare geval van immuniteit van het verleden voor nieuwe wetgeving. Practisch betekent dat, dat ook in ons recht, waar de wetgever vrij is, die vrijheid niet zover strekt, dat ook gedane zaken onder het bereik van wetgeving met terugwerkende kracht mogen worden gebracht.

6. TERUGWERKENDE KRACHT EN DE LEER VAN DE VERKREGEN RECHTEN

In de negentiende eeuw is de onwenselijkheid van wetgeving met terugwerkende kracht vooral in verband gebracht met, ja zelfs gelijkgesteld aan de opvatting dat nieuwe wetgeving verkregen rechten niet mag aantasten. Van de

(21) Zie Gasille, VR 1975, p. 165; Van Berkum, VR 1975, p. 257; Schoor, VR 1975, p. 259 en Van der Does, VR 1975, p. 260.

(22) De rechtspraak oordeelde in dezelfde zin: Rb. Haarlem 6 april 1976, VR 1978, 6; Rb. Breda 16 november 1976, NJ 1977, 478 en VR 1977, 55; Hof Arnhem 18 april 1978, NJ 1979, 282 en VR 1978, 92. Rb. Roermond 11 maart 1976, VR 1979, 22 oordeelde uitdrukkelijk, 'dat bij gebreke van overgangsbepalingen . . . moet worden aangenomen, dat bij het in werking treden van die wet, op 3 oktober 1974, de toen reeds vervallen termijn van 1 jaar niet tot 3 jaar werd verlengd'.

schrijvers die dit betoogd hebben, moet zeker worden genoemd de Amsterdamse magistraat J.D. Meijer, wiens opvattingen ook in andere landen invloed konden uitoefenen, omdat hij deze in het Frans had verwoord (23). De leer van de verkregen rechten was gefundeerd op het natuurrecht, resp. op de rede. Een goede illustratie van de gelijkstelling van de niet-terugwerking van wetten en de onaantastbaarheid van verkregen rechten levert art. 3 AGBG (Oostenrijk 1811), dat luidt:

3. Gesetze wirken nicht zurück, sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss.

Ook in onze Overgangswet van 16 mei 1829, S.29, houdende bepalingen wegens den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, is vooropgesteld, dat verkregen rechten niet worden aangetast:

1. De veranderingen, welke ten gevolge der nieuwe wetboeken in de burgerlijke wetgeving zijn te weeg gebracht, hebben geen invloed op de regten, welke onder vroegere wetgevingen waren verkregen.
2. De geldigheid der handelingen, wat harer vorm betreft, wordt beoordeeld naar de wetten welke van kracht waren op het tijdstip waarop die handelingen hebben plaats gehad.
3. De regten uit overeenkomsten voortvloeiende, worden geregeld door de wetten welke in werking waren toen die overeenkomsten zijn gesloten.

Heel duidelijk legt ook Von Savigny, wiens invloed ook op het terrein van het overgangsrecht groot is geweest, het verband tussen niet-terugwerking en de bescherming van verkregen rechten (24). Hij formuleert twee hoofdregels van overgangsrecht:

1. Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen.
2. Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen.

Van deze regels zegt hij, dat daarin ‘ein und derselbe Grundsatz erscheint, nur von verschiedenen Seiten angesehen und bezeichnet’. Toch is er verschil:

(23) J.D. Meijer, *Principes sur les Questions Transitoires* (1813), 2e druk bewerkt door De Pinto (1858). Over dit boek zie Folmer, diss. p. 27-29 en Hijmans van den Bergh, diss. p. 234-250.

(24) Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, deel VIII (1849), Par. 385.

‘Der hier aufgestellte Grundsatz, der aus beiden Formeln hervorgeht, hat aber zwei an sich verschiedene Bedeutungen, deren jede wahr und richtig ist; die eine bezieht sich auf den Gesetzgeber, die andere auf den Richter.

Für den Gesetzgeber hat jener Grundsatz die Bedeutung, dass er neue Gesetze nicht mit rückwirkender Kraft, nicht mit Gefährdung erworbener Rechte erlassen soll.

Für den Richter geht die Bedeutung des Satzes dahin, jedes neue Gesetz, auch wenn es hierüber unbestimmt lautet, so auszulegen und anzuwenden, dass ihm keine rückwirkende Kraft beigelegt, dass kein erworbenes Recht gestört werde’.

Zo ook las Opzoomer (25) in art. 4 Wet AB een voorschrift dat de rechter belet vroeger verkregen rechten naar de uitspraak van een latere wet te behandelen. Hij was van mening, dat de oordelen dat de wet niet terugwerkt en dat zij geen verkregen rechten kan opheffen, identieke oordelen zijn (26).

Ook in het begin van deze eeuw was de leer van de verkregen rechten, althans voor het burgerlijk recht, uitgangspunt van het overgangsrecht. Zij ligt ten grondslag aan het Einführungsgesetz voor het Duitse BGB van 1900, al is zij daarin niet in algemene termen verwoord. Dat is wel gebeurd in de Schlusztitel van het Zwitserse ZGB van 1912, waarvan de artikelen 1, 3 en 4 luiden:

1. Die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, werden auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechtes beurteilt, die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten haben.
3. Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, sind nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Rechte zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkte begründet worden sind.
4. Tatsachen, die zwar unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes eingetreten sind, durch die aber zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes ein rechtlich geschützter Anspruch nicht begründet gewesen ist, stehen nach diesem Zeitpunkt in bezug auf ihre Wirkung unter dem neuen Recht.

Wat opvalt in deze formulering van de niet-terugwerking en van de bescherming van verkregen rechten, is dat zij een aanzienlijke verfijning heeft ondergaan. Voorop staat, dat de rechtswaarde van feiten beoordeeld moet worden naar de wet die gold ten tijde van het feit (art. 1). De bevoegdheden die iemand aan de wet ontleent worden beoordeeld naar de wet die geldt ten tijde

(25) Opzoomer, Aantekeningen op de Wet AB, 4e druk 1884, p. 113.

(26) A.w., p. 118, tekst en noot 2.

van het uitoefenen van die bevoegdheid (art. 3). Gebeurtenissen die onder de oude wet zijn voorgevallen, maar niet een door de wet verzekerde aanspraak of vorderingsrecht hebben opgeleverd, zijn onderworpen aan de nieuwe wet (art. 4). In dat laatste artikel is de bescherming van het verkregen recht vastgelegd. Als onder het oude recht een vorderingsrecht of andere door het recht erkende aanspraak is ontstaan, is de oude wet daarop van toepassing.

In het Duitse recht is een vergelijkbare verfijning van de leer van de verkregen rechten aanvaard. Het kernbegrip in het Duitse overgangsrecht is 'abgeschlossene Tatbestände'. Een wet die de rechtswaarde wijzigt van onder de oude wet 'abgeschlossene Tatbestände' is een wet met terugwerkende kracht. Voor de definitie van 'echte' terugwerkende kracht zie bijv. BVerfGE 11, 139 door Kisker als illustratief voorbeeld genoemd (27):

Echte (retroaktive) Rückwirkung eines Gesetzes liegt nur vor, wenn das Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift; wo es . . . nur auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt, entsteht das Problem der Rückwirkung nicht (sog. unechte, retrospektive Rückwirkung).

Bloembergen (28) citeerde een arrest van het Bundesverfassungsgericht uit 1971, BVerfGE 31.222:

Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips gehört die Rechtssicherheit. Für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz. Der Staatsbürger soll sich grundsätzlich darauf verlassen können, dass der Gesetzgeber an abgeschlossene Tatbestände keine ungünstigere Folgen knüpft, als in der Zeitpunkt der Vollendung dieser Tatbestände voraussehbar war'.

In het Zwitserse en Duitse overgangsrecht is goed te zien waartoe de leer van de verkregen rechten uiteindelijk is teruggebracht. Zij ziet nu nog op de vorm der rechtshandelingen en op de aanspraken die feitelijk zijn ontstaan uit de wet, zakelijk recht of overeenkomst onder de oude wet, niet op bevoegdheden die in het algemeen ontleend kunnen worden aan de wet, zakelijk recht of overeenkomst, maar die in feite niet zijn gerealiseerd onder de oude wet. De oude leer van de verkregen rechten laboureerde aan een te grote vaagheid en onbeprektheid. Zij werd als rechtsbeginsel uitgebreid buiten het terrein van het vermogensrecht waartoe zij aanvankelijk was beperkt. Haar kenmerkend begrip was 'subjectief recht', een begrip dat buiten het

(27) G. Kisker, Die Rückwirkung von Gesetzen, 1963, p. 26.

(28) Noot onder HR 10 februari 1978, NJ 1979, 217.

vermogensrecht niet goed bruikbaar is (29). Men bracht onder verkregen rechten gehele rechtsposities als die van eigenaar, gehuwde, werknemer/werkgever en constateerde al spoedig, dat een zo vergaande opvatting van het begrip 'verkregen recht' verlamvend moest werken op de verdere ontwikkeling van het recht.

Men begon dus te onderscheiden: eerst tussen verkregen rechten en blote verwachtingen (*blosze Erwartungen, simples expectatives*), vervolgens tussen algemene aan de wet ontleende bevoegdheden voortvloeiend uit een subjectief recht en de concrete aanspraken die daaraan reeds onder de oude wet op grond van voltooide feiten (*abgeschlossene Tatbestände, faits accomplis*) werden ontleend.

Roubier in Frankrijk (30) heeft, voortbordurend op deze, vooral door Von Savigny gemaakte onderscheidingen een nieuw systeem ontworpen, dat nauw aansluit op dat ontwikkeld in Duitsland en Zwitersland. Hij onderscheidde tussen de dynamische en statische fasen van het subjectief recht. De dynamische fasen betreffen ontstaan en tenietgaan, de statische fase is de daartussen liggende periode. Voor de dynamische fase zou steeds de dan geldende wet van toepassing zijn, voor de statische kon dat heel goed een andere wet zijn. Treedt na het ontstaan van het subjectief recht een nieuwe wet in werking, dan is die met onmiddellijke ingang van toepassing op de bevoegdheden die aan het recht worden ontleend. Daarbij werden echter van de toepasselijkheid van de nieuwe wet uitgezonderd de gevolgen die de juridische situatie onder de oude wet had teweeggebracht. Concreet betekende dat, dat verbintenissen die uit contract of wet onder de oude wet waren ontstaan, als *faits accomplis* beheerst bleven door de oude wet, ook als de nieuwe wet hun bestaan of inhoud veranderde (31).

De opvattingen van Roubier zijn in Frankrijk in rechtspraak en literatuur aanvaard (32). De kern daarvan is neergelegd in een voorontwerp van de commissie tot herziening van de Code Civil (33), waarvan de eerste bepaling van overgangsrecht luidt:

(29) Zo reeds P. Scholten, WPNR 1896 (1906), Verz. Geschr. deel III, p. 97 en Meijers noot onder HR 1 februari 1928, NJ 1928, 605.

(30) P. Roubier, *Le droit transitoire*, 1e druk 1929, 2e druk 1960. Verwijzingen naar Roubier betreffen steeds de 2e druk.

(31) Roubier, p. 315 e.v. en 419 e.v. Voor een analyse van een aantal door Roubier gegeven voorbeelden zie Polman, diss. p. 495 e.v.

(32) Zo F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine* (1977), p. 14.

(33) *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, (1948-1949), p. 263 e.v.

La loi n'a pas d'effet rétroactif; elle ne statue que pour l'avenir.

La loi nouvelle ne modifie pas les conditions d'établissement d'une situation juridique antérieurement créée, ni les conditions d'extinction d'une situation juridique éteinte; elle ne modifie pas non plus les effets produits par une situation juridique au temps où la loi précédente était en vigueur.

De leer die Hijmans van den Bergh in ons land heeft ontwikkeld en die is neergelegd in zijn dissertatie van 1928, zijn preadvies voor de Broederschap van Notarissen van 1956 en uiteindelijk in het Regeringsontwerp voor de vervanging van art. 4 Wet AB door de nieuwe *artikelen 4 en 4a*, is ook een moderne variant op de leer van de verkregen rechten. Weliswaar verwierp hij de leer van de verkregen rechten als onvoldoende en onbruikbaar, omdat zij vanuit haar natuurrechtelijke oorsprong een regel van behoren opstelde die niet kon verklaren wat de wetgever feitelijk deed, ook omdat de nieuwe wet beslist welke rechten onder de oude wet ontstaan, geëerbiedigd worden, maar hij zag in die leer toch deze verdienste dat zij aan materieel bepaalde rechtsposities een grotere aanspraak op eerbiediging toekende dan aan slechts formeel bepaalde. Zijn historisch onderzoek leerde dat van nieuwe wetten vermoed wordt, dat zij eerbiedigend werken ten aanzien van materieel bepaalde rechtsposities (34). In de voorgestelde *artikelen 4 en 4a* Wet AB, die de opvatting van Hijmans van den Bergh verwoorden, luidt het:

Art. 4

Een wettelijke regeling heeft eerbiedigende werking, voor zover zij op feiten voorvallen vóór haar in werking treden de voorafgaande rechtsregelen van toepassing doet blijven.

Zij heeft exclusieve werking, voor zover zij van het tijdstip van haar in werking treden af van toepassing is op voordien voorgevallen feiten.

Zij heeft terugwerkende kracht, voor zover zij van het tijdstip van haar in werking treden af van toepassing is op voordien voorgevallen feiten, als ware zij reeds ten tijde van het voorvallen van die feiten van kracht geweest.

Art. 4a

Ten aanzien van vóór het tijdstip van in werking treden van een wettelijke regeling voorgevallen feiten die ingevolge de voorafgaande rechtsregelen de grondslag vormen voor een naar haar inhoud bepaalde bevoegdheid of verplichting van een persoon, heeft de na het voorvallen van die feiten in werking getreden wettelijke regeling eerbiedigende werking, tenzij uit haar bewoordingen of strekking volgt dat zij ten aanzien van die feiten exclusieve werking heeft. Voor het overige heeft een wettelijke regeling exclusieve werking, tenzij uit haar bewoordingen of haar strekking volgt dat zij eerbiedigende werking heeft.

(34) Hijmans van den Bergh, diss. p. 378 en preadvies p. 24.

Een wettelijke regeling heeft slechts terugwerkende kracht, voor zover dit uit haar bewoordingen ondubbelzinnig volgt.

Het ontwerp bleek niet bestand tegen de daartegen vooral door Veegens (35) en in diens voetspoor door de Vaste Commissie van Justitie van de Tweede Kamer (36) ingebrachte kritiek. De bedenkingen richtten zich vooral tegen het vermoeden van eerbiediging van materieel bepaalde rechtsposities en de weinig precieze omlijning van dat begrip. Geponeerd werd, dat exclusieve werking de 'normale' werking van de wet is, zodat veeleer die regel zou moeten worden gecodificeerd. Bovendien werd betwijfeld of de door Hijmans van den Bergh ontwikkelde leer van de materieel bepaalde rechtspositie in de jurisprudentie wel de heersende was en of niet veeleer geschiedenis en strekking van de nieuwe wet beslissend zijn.

De regering trok het Ontwerp in om de invoering van Boek I niet te vertraagen. In de Eerste Kamer daarover door de Gaay Fortman onderhouden, verklaarde minister Polak, dat intrekking daarom niet bezwaarlijk was, omdat de jurisprudentie de leer van Hijmans van den Bergh al volgde (37).

Van Zeben heeft de leer van Hijmans van den Bergh verdedigd (38). Hij verklaarde de bestrijding van het ontwerp daardoor, dat in het personen- en familierecht de exclusieve werking van de wet vaker voorkomt dan in het vermogensrecht, terwijl het ontwerp voor de algemene bepalingen van overgangsrecht nu juist gekoppeld was aan de invoering van Boek I NBW. Daardoor kon de gedachte postvatten, dat exclusieve werking de normale is. Bij de invoering van de Boeken 3 e.v. NBW zou wel blijken, dat de schijn hier bedroog.

Of de leer van de materieel bepaalde rechtspositie in de rechtspraak is aanvaard, is niet gemakkelijk te zeggen. In ieder geval levert HR 25 november 1966, NJ 1967, 259 een voorbeeld op van haar toepassing, zowel naar terminologie als naar inhoud. Het betrof een wijziging van de Ongevallenwet die de aansprakelijkheid van de materiële werkgever van ingeleend personeel voor bedrijfsongevallen deed vervallen. De Hoge Raad overwoog, dat het voor de hand lag aan de nieuwe bepaling eerbiedigende en geen exclusieve werking toe te kennen, zodat zij de materiële werkgevers niet ontsloeg van aansprakelijkheid uit art. 1401 en 1403 die onder de oude wet was ontstaan. Hij vervolgt dan, 'dat, indien – zoals hier – door een wettelijk voorschrift voor een be-

(35) Veegens, WPNR 4900.

(36) Parl. Gesch. Boek I NBW, p. 1661-1708.

(37) Parl. Gesch. Boek I NBW, p. 1708.

(38) C.J. van Zeben, Overgangsrecht, Hijmans van den Bergh bundel 'met eerbiedigende werking' (1971), p. 23 e.v.

paalde categorie van personen zodanige aansprakelijkheid wordt opgeheven, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, niet mag worden aangenomen dat de wetgever wenst dat zulk een voorschrift ingrijpt in de rechten en verplichtingen, voortvloeiende uit een gehoudenheid tot schadevergoeding welke reeds vóór het in werking treden van zodanig voorschrift is ontstaan, ook niet voor zover die gehoudenheid betreft de schade die in de toekomst zal worden geleden en ten tijde van het in werking treden nog niet geleden was'.

Dat de leer van de materieel bepaalde rechtspositie van Hijmans van den Bergh een moderne variant is op de oude leer van de verkregen rechten, laat zich moeilijk ontkennen (39). Als algemeen beginsel van overgangsrecht, toepasselijk op alle terreinen van het recht, is de leer van de verkregen rechten niet goed hanteerbaar.

Op haar natuurlijke terrein, het vermogensrecht, heeft zij nog steeds betekenis, indien zij wordt verfiind op de wijze waarop dat in Frankrijk, Zwitserland en Duitsland is gebeurd. Zij spitst zich dan toe op de geldigheid van rechtshandelingen verricht onder het oude recht, op het ontstaan en tenietgaan van zakelijke rechten en verbintenissen en op de eerbiediging van daaruit onder de oude wet voortgevloeide aanspraken en verplichtingen. Zij houdt dan in, dat uit het niet-terugwerken van de nieuwe wet volgt, dat zij niet van toepassing is op feiten die zijn voorgevallen onder het oude recht. Dat is niet nieuw. Justinianus zei het al.

7. TERUGWERKENDE KRACHT EN ONMIDDELLIJKE WERKING

Wat is de verhouding tussen onmiddellijke toepassing vanaf haar in werking treden van de nieuwe wet op verhoudingen die daarvoor waren tot stand gekomen en terugwerkende kracht? Het is die vraag die in het centrum staat van alle beschouwingen over overgangsrecht.

Dat de nieuwe wet van toepassing is op verhoudingen die uitsluitend onder haar regime ontstaan is duidelijk. Het probleem betreft 'negotia pendentia', verhoudingen ontstaan onder de oude wet, maar nog niet afgewikkeld of beëindigd ten tijde van het in werking treden van de nieuwe wet.

Het is duidelijk, dat een stelsel dat meebrengt, dat bevoegdheden uit vroeger ontstane rechtsposities altijd beheerst blijven door de wet die haar ontstaan beheerste, tot hoogst ongewenste gevolgen zou leiden. Dat spreekt vooral aan voor eigendom en beperkte zakelijke rechten die van onbepaalde of lange duur zijn, voor de rechten en plichten van echtgenoten of van partij-

(39) Zo Cleveringa, WPNR 4422 en Veegens, WPNR 4457.

en bij langlopende overeenkomsten. De wet die daaruit voortvloeiende rechten en plichten nieuw regelt, moet geacht worden daarop direct toepasselijk te worden. Heeft die wet daarmee terugwerkende kracht? Wie eigenaar is heeft de bevoegdheden die de wet hem toekent, wie echtgenoot of huurder is, mag wat de wet hem toestaat. Of de wet een bepaalde bevoegdheid toekent moet worden beoordeeld naar het tijdstip van het uitoefenen daarvan. Of de eigenaar van een onroerend goed daarop mag bouwen, hangt af van de wet ten tijde van het bouwen; of de eigenaar van een gestolen roerende zaak die kan revindiceren, wordt beslist door de wet die geldt op het moment van de diefstal, niet door de wet die gold ten tijde van de eigendomsverkrijging.

Of een echtgenoot van echt kan scheiden en op welke gronden, hangt af van de wet ten tijde van het instellen van de vordering tot echtscheiding. Of een verhuurder de huur mag opzeggen en of de huurder dan recht heeft op enige vorm van huurbescherming, wordt niet beslist door de wettelijke regeling die gold ten tijde van het aangaan van de huur, maar door die ten tijde van de opzegging. Wie zou betogen, dat eigendom, huwelijk en huur materieel bepaalde rechtsposities zijn (40), heeft gelijk maar miskent dat hier niet de vraag aan de orde is of sprake is van een geldig verkregen eigendom, van een bestaand huwelijk of huurcontract, maar de vraag of iemand als eigenaar, echtgenoot of verhuurder op zeker ogenblik een bepaalde bevoegdheid heeft.

Daarentegen kan wel de vraag rijzen of onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op een onder de oude wet ingestelde vordering tot echtscheiding, op het recht om te bouwen, nadat daarmee is aangevangen, op het recht om de gestolen zaak terug te vorderen, op de opzegging van de huur, in feite niet neerkomt op het ontnemen van rechten die onder de oude wet waren ontstaan en of dat niet betekent, dat de nieuwe wet dan terugwerkende kracht heeft.

Het antwoord op deze vraag, hangt er van af hoe men terugwerkende kracht wil definiëren. Kiest men een beperkte definitie, zoals bijv. Hijmans van den Bergh deed en in wetsontwerp 8436 werd voorgesteld ('Een wettelijke regeling heeft terugwerkende kracht, voor zover zij van haar in werking treden af van toepassing is op voordien voorgevallen feiten, *als ware zij reeds ten tijde van het voorvallen van die feiten van kracht geweest*'), dan heeft dat consequenties voor de vraag of onmiddellijke werking terugwerkende kracht kan meebrengen. Het antwoord is dan noodzakelijk ontkennend, omdat bij onmid-

(40) Zo Veegens, WPNR 4900 die schreef dat de eigendom van een bepaalde persoon op een bepaalde lichamelijke zaak hem de materieel bepaalde rechtspositie bij uitstek scheen.

dellijke werking nu juist niet de nieuwe wet op oude feiten wordt toegepast, alsof zij toen reeds gold. Onmiddellijke (exclusieve) werking werd immers door Hijmans van den Bergh gedefinieerd als toepasselijkheid van de wet op voordien voorgevallen feiten *van haar in werking treden af*. De beide definities sluiten elkaar uit. Een wet die eerst van haar in werking treden af van toepassing wordt op voordien voorgevallen feiten, heeft dan per definitie geen terugwerkende kracht.

Zou de wet terugwerkende kracht definiëren, zoals door Hijmans van den Bergh is voorgesteld, dan zou de betekenis van art. 4 AB zijn beperkt tot wat in Duitsland is genoemd *Rückwirkung ex tunc* en daaronder niet vallen *Rückwirkung ex nunc*.

Dan zou men moeten zeggen, dat een verbintenis tot betaling van een geldsom, ontstaan vóór de nieuwe wet, daarna wordt beheerst door de nieuwe wet voorzover zij niet onder de oude wet door betaling of anderszins is tenietgegaan.

Het verschil tussen terugwerking *ex tunc* en terugwerking *ex nunc* kan goed worden gedemonstreerd aan de nieuwe artikelen 6.3.1.2a en 6.3.2.1 NBW. Die artikelen houden in, dat kinderen beneden de 14 jaar niet aansprakelijk zijn voor onrechtmatig door hen veroorzaakte schade en dat de ouders of voogd daarvoor, ook buiten schuld, aansprakelijk zijn. Naar huidig recht is het omgekeerd: wel aansprakelijkheid van het kind, indien het schuld had, geen aansprakelijkheid van de ouders of voogd, indien zij de daad van het kind niet hebben kunnen beletten. Indien nu een kind voor invoering van het nieuwe vermogensrecht schade heeft veroorzaakt waarvoor het zelf wel, maar de ouders niet aansprakelijk zijn, dan zou onmiddellijke toepassing van de nieuwe wetsbepalingen meebrengen, dat daarna het kind niet, de ouders wel aansprakelijk zijn voor de toegebrachte schade. Het verschil met terugwerking *ex tunc* zou dan alleen zijn, dat de ouders eerst vanaf de dag van invoering van de nieuwe wet aansprakelijk zijn, zodat zij geen rente verschuldigd zouden zijn over de voorliggende periode en dat inmiddels door of namens het kind betaalde schadevergoeding niet onverschuldigd betaald is.

Naar mijn oordeel is duidelijk, dat onmiddellijke toepassing in een geval als dit in resultaat nauwelijks verschilt van het resultaat dat bereikt zou zijn, indien aan de nieuwe regeling terugwerkende kracht was toegekend, voor zover onder het oude recht ontstane verbintenissen ten tijde van de invoering van het nieuwe recht nog bestonden.

Uit het voorgaande moet m.i. de conclusie worden getrokken, dat onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet feitelijk kan neerkomen, en vaak zal neerkomen op een zelfde of een vergelijkbaar resultaat als wanneer de nieu-

we wet zou terugwerken tot het ontstaan van de aanspraak onder de oude wet. Door de inwerkingtreding van de nieuwe wet ontstaat een vorderingsrecht tegen de ouders, terwijl een bestaand vorderingsrecht tegen het kind vervalst. De schade wordt afgewikkeld alsof op de onrechtmatige schadeveroorzaking het nieuwe recht van meet af aan van toepassing was geweest.

Wie dit niet wil, zal zijn definitie van terugwerkende kracht moeten bijstellen, aldus dat daaronder ook valt de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op bestaan en omvang van onder de oude wet ontstane verbintenissen.

Op vergelijkbare wijze heeft toepassing ex nunc van art. 3.4.2.3a (het nieuwe art. 2014 BW) op gevallen waarin onder de oude wet de eigenaar van roerend goed onvrijwillig het bezit van de zaak was kwijtgeraakt, tengevolge dat deze door de invoering van de nieuwe bepaling de eigendom van de zaak verliest, en daarmee het recht om deze te revindiceren, terwijl omgekeerd de verkrijger te goeder trouw per de datum van invoering van de nieuwe bepaling eigenaar van de zaak wordt. Ook hier is sprake van verlies en verkrijging van recht door wijziging van wetgeving, met slechts dit verschil met terugwerking ex tunc, dat niet de datum van verkrijging door de bezitter te goeder trouw, maar de datum van invoering van de nieuwe wet de dag van de verkrijging, resp. het verlies van de eigendom is.

Ik zou in dergelijke gevallen menen, dat een nieuwe wet die bestaande rechten en vorderingsrechten beëindigt en nieuwe schept, aan de ontstaansfeiten van die rechten en vorderingen met terugwerkende kracht een andere inhoud geeft. Zij zijn dan niet definitief ontstaan onder de oude wet, maar slechts voor de duur dat de oude wet nog zou gelden. Hoezeer door een dergelijke onmiddellijke werking aan het beginsel van niet-terugwerking van wetten geweld wordt aangedaan, kan blijken, indien men zou zeggen, dat aan de nieuwe wet anterieure feiten die onder de oude wet niet een onrechtmatige daad of een strafbaar feit opleverden, wel als onrechtmatige daad c.q. strafbaar feit mogen worden aangemerkt vanaf de dag van in werking treden van de nieuwe wet en tegelijk zou volhouden, dat daarmee aan de nieuwe wet geen terugwerkende kracht is verleend.

Het staat de rechtswetenschap vrij, terwille van een goede ordening van de materie, definities te geven. Daarbij moet echter deze beperking worden gemaakt, dat die definities geen inbreuk mogen maken op wettelijke bepalingen. Immers, de betekenis van wettelijke bepalingen is niet ter vrije beschikking van de wetenschap, maar daarover beslist uiteindelijk de rechter. De term terugwerkende kracht is een wettelijke term doordat zij is opgenomen in art. 4 Wet AB. Het is de betekenis die aan die bepaling moet worden gehecht die beslist over de vraag of onmiddellijke toepassing van nieuwe wetten op feiten en verhoudingen van voor haar in werking treden, onder het bereik

valt van dat artikel. Als dat het geval is, kan men niet volhouden, dat onmiddellijke werking van de nieuwe wet op anterieure feiten de 'normale' werking van de wet is, dan wel wordt vermoed door de wetgever bedoeld te zijn. Dan geldt immers het wettelijke vermoeden, dat die werking nu juist voor anterieure feiten niet de normale, noch de door de wetgever bij veronderstelling gewilde is.

Dit betekent nog iets anders: het is niet zinvol, integendeel vergroot de verwarring, wanneer schrijvers over het overgangsrecht eigen definities opstellen van de mogelijke betekenis die zou kunnen worden toegekend aan termen als terugwerkende kracht, onmiddellijke of exclusieve werking en eerbiedigende werking.

De enige beperking aan de toepasselijkheid van een nieuwe wet op verhoudingen ontstaan voor haar inwerkingtreding, vloeit voort uit het wettelijke vermoeden van art. 4 Wet AB, dat zij geen terugwerkende kracht heeft. Dat bepaalt wanneer de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is en wanneer niet en dus ook wanneer de oude wet van toepassing blijft op dergelijke verhoudingen. Kortweg komt het hier op neer, dat de nieuwe wet onmiddellijk op oude verhoudingen van toepassing is, voorzover die toepasselijkheid niet betekent, dat zij terugwerkende kracht heeft en dat zij eerbiedigende werking heeft als dat wel het geval is.

8. WAT IS TERUGWERKENDE KRACHT IN ART. 4 WET AB?

Bij gebreke van een uitdrukkelijke overgangsregeling in nieuwe wetten, moet de vraag worden beantwoord of onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op *negotia pendencia* aan die wet terugwerkende kracht zou toekennen. Is dat het geval, dan moet worden onderzocht of die terugwerking door de wetgever bedoeld en gewild is. Blijkt daarvan niet, dan brengt art. 4 Wet AB mee, dat die onmiddellijke toepassing niet juist is.

Voor ons recht is niet direct duidelijk of terugwerkende kracht onmiddellijke toepassing op oude verhoudingen omvat. En daarmee is ook onduidelijk in welke gevallen art. 4 Wet AB toepasselijk is en in welke gevallen niet.

Onder 7 heb ik uiteengezet, dat in ieder geval in een aantal gevallen van toepassing van de nieuwe wet vanaf haar in werking treden op verhoudingen ontstaan onder de oude wet, ook als die toepassing geschiedt vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet, neerkomt op de verlening van terugwerkende kracht aan de nieuwe wet. Wie de rechtspraak op art. 4 Wet AB beziet, constateert dat de Hoge Raad een ruim begrip terugwerkende kracht hanteert.

Ik wees reeds op HR 26 oktober 1951, NJ 1952, 756 en HR 15 maart 1974, NJ 1974, 348 waarin de Hoge Raad in algemene termen verklaarde, dat art. 4 Wet AB (resp. het gelijkkluidende art. 3 Wet AB Ned. Antillen) 'slechts de strekking heeft om vast te stellen dat een regeling, waaraan geen terugwerkende kracht is verleend, niet moet worden toegepast op *verhoudingen vóór het tot stand komen daarvan ontstaan*'.

Dat die toepassing niet alleen niet mag *ex tunc*, maar ook niet *ex nunc*, blijkt uit het in ander verband reeds vermelde arrest HR 25 november 1966, NJ 1967, 259. Tevens kan daaruit blijken wat moet worden verstaan onder 'verhoudingen ontstaan vóór het tot stand komen van de nieuwe wettelijke regeling'.

Vanwege het belang daarvan citeer ik de betreffende overwegingen voluit. Het betrof een wijziging van de Ongevallenwet waardoor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de materiële werkgever van ter beschikking gesteld personeel voor bedrijfsongevallen, werd uitgesloten, terwijl die uitsluiting daarvóór alleen betrof de formele werkgever.

De vraag moest nu worden beantwoord of de nieuwe bepaling ook moest worden toegepast op een ongeval dat had plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van de nieuwe wet en zo ja, of dan onderscheid moest worden gemaakt voor zover de schade geleden was onder de oude wet, dan wel zou worden geleden na in werking treden van de nieuwe wet.

De Hoge Raad overwoog:

'dat . . . het bij ontbreken van een overgangsregeling voor de wet van 6 april 1960 voor de hand ligt daaraan voor de toepassing van art. 94a ten opzichte van de gevolgen van een vóór het in werking treden daarvan voorgevallen ongeval, ook voorzover deze zich uitstrekken over een na het in werking treden van dat voorschrift lopend tijdvak, een eerbiedigende en geen exclusieve werking toe te kennen; dat toch de uit de art. 1401 en 1403 BW voortvloeiende aansprakelijkheid voor de vergoeding van de door een onrechtmatige daad geleden schade bij het voorvallen van de gebeurtenis welke die aansprakelijkheid in het leven roept, een gehoudenheid doet ontstaan welke niet alleen de vergoeding van de daardoor dadelijk geleden schade betreft, doch zich mede uitstrekt tot de vergoeding (van schade – CJHB) welke als gevolg daarvan in de toekomst zal worden geleden.

Dat indien – zoals hier – door een wettelijk voorschrift voor een bepaalde categorie van personen zodanige aansprakelijkheid wordt opgeheven, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, niet mag worden aangenomen dat de wetgever wenst dat zulk een voorschrift ingrijpt in de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit een gehoudenheid tot schadevergoeding welke reeds vóór het in werking treden van zodanig voorschrift is ontstaan, ook niet voor zover die gehoudenheid mede betreft de schade die in de toekomst zal worden geleden en ten tijde van het in werking treden van dat voorschrift nog niet geleden was'.

De verhouding waarop de nieuwe wet krachtens art. 4 Wet AB niet mag worden toegepast, is hier de verbintenis tot vergoeding van schade voortvloeiende uit onrechtmatige daad, welke verbintenis is ontstaan onder de oude wet. Onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet, hetzij voor schade die bij het in werking treden daarvan reeds was ontstaan, maar nog niet vergoed, hetzij alleen voor schade die eerst na de in werking treding zou ontstaan, zou, klaarblijkelijk met terugwerkende kracht, ingrijpen in de rechten en verplichtingen uit een reeds bestaande verbintenis. Nu vermijdt de Hoge Raad zorgvuldig het gebruik van de term 'terugwerkende kracht' en bezigde hij veeleer de terminologie van Hijmans van den Bergh en van het, toen aanhangige ontwerp voor de artikelen 4 en 4a Wet AB, waarin een beperkter begrip terugwerkende kracht werd gehanteerd. Maar, materieel gaf hij zijn beslissing onder de werking van het geldende art. 4 Wet AB dat klaarblijkelijk meebracht, dat toepassing van de nieuwe bepaling op anterieure ongevallen, niet geoorloofd was. De regel, dat terugwerkende kracht niet wordt vermoed, wordt hier weergegeven met de regel 'dat niet mag worden aangenomen dat de wetgever wenst dat zulk een voorschrift ingrijpt in de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit een gehoudenheid tot schadevergoeding welke reeds vóór het in werking treden van zodanig voorschrift is ontstaan'.

Wat hier is beslist voor verbintenissen tot schadevergoeding, geldt m.i. evenzeer voor andere verbintenissen. De verbintenis tot betaling van huur krachtens huurovereenkomst, die tot betaling van rente krachtens overeenkomst van geldlening vloeien evenzeer voort uit de overeenkomst, als de verbintenis tot schadevergoeding uit wanprestatie of onrechtmatige daad. Het verschil is echter, dat zij verbintenissen op termijn zijn, terwijl de verbintenis tot vergoeding van toekomstige schade direct opeisbaar is en niet eerst op het moment dat de schade geleden zal worden. Door een nieuwe wet toe te passen op de termijnen die opeisbaar worden na haar inwerkingtreden, wordt ingegrepen in onder de oude wet ontstane rechten en verplichtingen. Von Savigny geeft het voorbeeld (41) van de invoering van romeins recht in een land, waar voordien rente vrij bedongen kon worden. Onder het Justiniaanse recht is de maximum rente echter 6 procent (42).

Terugwerkende kracht van het romeinsrechtelijke voorschrift op een geldlening 3 jaar voor zijn invoering voor 10% aangegaan, kan dan ofwel beperkt worden tot de toekomstige rentetermijnen, dan wel mede betreffen termijnen die reeds onder het vroegere recht vervallen waren. Het beginsel dat nieuwe wetten niet terugwerken 'verneint schlechthin die Einwir-

(41) Von Savigny, *System VIII*, par. 385.

(42) C. 4.32.26 de usuris.

kung des neuen Gesetzes auf die Folgen der vergangenen Tatsachen, und zwar in jeder Abstufung. Sie erhält also den Zinsverdrag zu zehen Prozent aufrecht, sowohl für die vergangenen drei Jahre, als für die ganze Zukunft'.

Dit ruime begrip terugwerkende kracht is ook in het anglosaksische recht het heersende (43). Hoewel wordt erkend, dat de term 'retrospective' dubbelzinnig is en dat daardoor verwarring is ontstaan, beschouwen de engelse rechters 'as retrospective any statute which operates on cases or facts coming into existence before its commencement in the sense that it affects, even for the future only, the character or consequences of transactions previously entered into or of other past conduct'. Dat betekent overigens niet, dat een wet reeds 'retrospective' is, als zij verkregen rechten aantast, evenmin dat zij 'retrospective' is, indien een deel van de voorwaarden voor een actie berust op feiten vóór dat zij in werking trad.

Voor nieuwe wetten geldt het vermoeden, dat zij niet 'retrospective' zijn. 'The general rule is that all statutes, other than those which are merely declaratory, or which relate only to matters of procedure or of evidence, are *prima facie* prospective; and retrospective effect is not to be given to them unless, by express words or necessary implication, it appears that this was the intention of the legislature'.

Voor Frankrijk en België (44) wordt, evenals voor het Nederlandse recht wel beweerd, dat onmiddellijke werking van de nieuwe wet op anterieure feiten de normale werking van de nieuwe wet zou zijn, maar op die normale werking worden dan steeds uitzonderingen gemaakt die meebrengen, dat de gevolgen van voltooide feiten (*faits accomplis*, abgeschlossene Tatbestände) aan de toepassing van de nieuwe wet zijn onttrokken, tenzij de wet uitdrukkelijk of impliciet anders bepaalt. Voor dergelijke feiten (rechtshandelingen of blote rechtsfeiten) geldt de nieuwe wet in beginsel niet, indien die feiten onder het oude recht rechtsgevolgen teweeg hebben gebracht. Dat komt uiteindelijk op hetzelfde neer als het hanteren van een begrip 'terugwerkende kracht' dat voldoende ruim is om die uitzonderingen te omvatten. Voor ons recht moet daarbij worden opgemerkt, dat een stelsel dat uitgaat van onmiddellijke werking en daarop belangrijke uitzonderingen maakt, niet berust op enige geschreven regel van ons recht. Wat dan de basis van die uitzonderingen is, blijft onverklaard.

(43) Zie Halsbury. *Laws of England*, 3e dr. 1961, onder 'retrospective effect' van 'Statutes', nos 643 e.v.

(44) Voor België zie de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge* I (1962), nos. 226-231, Van Gerven, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, deel I, (1974), nos. 20-25 en de heldere uiteenzetting in het Leuvense proefschrift van G. Closset-Marchal, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, (1983), nos. 8-22.

Onvoldoende verklaring lijkt me, dat de wetgever zijn nieuwe regeling beter vindt dan de oude en dat daarom die nieuwe regel ook zou moeten worden toegepast op verhoudingen ontstaan onder de oude wet. Een dergelijke redenering miskent, dat de wetgever oordelend dat een nieuwe regel beter is dan de oude, daarmee nog niets gezegd heeft over de wenselijkheid die regel ook toe te passen op feiten voorafgaande aan haar inwerkingtreding. De beslissing dat wel te doen, berust op een geheel andere afweging, te weten of de rechtszekerheid onaanvaardbaar geweld zou worden aangedaan of niet, door de nieuwe (betere) regel ook van toepassing te verklaren op daaraan anterieure feiten. Die afweging kan wel in positieve zin uitvallen, maar zij is in feite de beslissing om aan de nieuwe regel terugwerkende kracht (*ex tunc* of *ex nunc*) toe te kennen (45). Hetzelfde geldt voor het argument, dat de eenheid van recht bevorderd wordt door onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op verhoudingen ontstaan voor haar inwerkingtreden. Dat kan een argument zijn voor de onmiddellijke toepassing, maar een argument dat staat tegenover het argument dat de rechtszekerheid op die wijze in het gedrang kan komen.

In de MvT, Hoofdstuk I, invoeringswet Boeken 3, 5 en 6, 11e gedeelte, p. 9 wordt een beroep gedaan op HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2 ten betoge, dat de Hoge Raad onder terugwerkende kracht uitsluitend verstaat de terugwerking *ex tunc*, d.w.z. als ware de nieuwe wet reeds ten tijde van het voorvallen van het feit van kracht geweest. Die conclusie kan uit dat arrest m.i. echter niet worden getrokken. Het ging om een prijszaak waarin de Hoge Raad in eerste instantie oordelend, had aangenomen, dat een Londens besluit terugwerkende kracht had. In revisie werd aangevoerd, dat dat niet had mogen worden aangenomen, omdat het besluit, in afwijking van andere besluiten uit de Londense tijd, waaraan terugwerkende kracht werd verleend, niet van terugwerkende kracht sprak. De Hoge Raad oordeelde, dat 'wil de wetgever aan een nieuwe bepaling zogenaamde terugwerkende kracht verlenen, hij dit ook kan doen in dezer voege, dat hij verordent, dat vanaf de inwerkingtreding van het besluit, hetwelk de zogenaamde terugwerkende kracht beoogt, het vóór de inwerkingtreding voorgevallen feit rechtens moet worden beoordeeld als ware dit voorschrift reeds ten tijde van het voorgevallen feit van kracht geweest'. Als ik goed zie, zegt de Hoge Raad alleen maar, dat de wetgever niet met zoveel woorden hoeft te bepalen dat de wettelijke regeling terugwerkende kracht heeft, maar dat hij dat ook kan doen door een bepaling die op hetzelfde neerkomt, als wanneer hij had gezegd, dat het besluit terug-

(45) Zie ook B.C. de Die, *Overgangsrecht -- een herwaardering na vijftig jaar*, RMTh. 1979, p. 253 e.v., speciaal p. 267

werkte tot zekere datum in het verleden. Daarmee is niets gezegd over de vraag of art. 4 Wet AB mede ziet op gevallen van onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op feiten of verhoudingen die daaraan anterior zijn.

Volledigheidshalve vermeld ik nog HR 1 februari 1928, NJ 1928, 605 oordeelend, dat van schending van art. 4 Wet AB alleen sprake is, 'indien uit de bepalingen der wet zelve, in verband met het daarin geregelde onderwerp valt af te leiden, dat de nieuwe regeling slechts toepasselijk is op rechtsverhoudingen, ontstaan na hare inwerkingtreding, en de rechter die regeling niettemin op verhoudingen daarvóór ontstaan, zou toepassen'. Dat schijnt te betekenen, dat art. 4 Wet AB van onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op daarvóór ontstane verhoudingen uitgaat. Voor het oordeel, dat de nieuwe wet slechts op na haar inwerkingtreding ontstane rechtsverhoudingen toepasselijk is, zou nodig zijn, dat dat positief uit de bepalingen der wet zelf valt af te leiden. Ook Meijers las in dit arrest, dat de Hoge Raad de onmiddellijke werking van de nieuwe wet vooropstelde. Die lezing is ook plausibel, omdat de Hoge Raad eerst overwoog: 'dat art. 4 Wet AB den rechter verbiedt aan de voorschriften eener wet terugwerkende kracht te verleenen, doch zich niet uitlaat over de vraag, op welk tijdstip en ten aanzien van welke onderwerpen bij verandering in de wetgeving de in de nieuwe wet vervatte regeling, toepassing zal moeten vinden'. En daarop liet hij volgen, dat 'een latere uiting van den wetgever in het algemeen voorrang heeft boven eene voorafgaande'.

Deze beslissing ontkracht art. 4 Wet AB volledig. Zij brengt mee, dat de wetgever vermoed wordt te willen, dat de rechter de nieuwe regeling steeds toepast op daarvoor onstane rechtsverhoudingen, tenzij hij verklaard heeft dat niet te willen. Het vermoeden van art. 4 Wet AB dat terugwerkende kracht niet is gewild, wordt vervangen door het vermoeden, dat de wetgever die toepassing wel heeft gewild, als hij niet het tegendeel heeft verklaard.

In ieder geval heeft de Hoge Raad dat standpunt later niet herhaald. Integendeel, uit de hiervoor genoemde arresten uit 1951, 1966 en 1974 blijkt, dat de Hoge Raad aan art. 4 Wet AB de betekenis toekent, dat nieuwe wetten niet op verhoudingen daarvóór ontstaan mogen worden toegepast, indien daaraan geen terugwerkende kracht is verleend.

De betekenis van art. 4 Wet AB voor de toepassing op verhoudingen ontstaan voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, is m.i. niet dat die verhoudingen immuun zijn voor de nieuwe wet, maar dat zij onaangetast blijven voor zover die verhoudingen zijn gematerialiseerd in concrete aanspraken en gehoudenheden. Voor zover dat eerst na de invoering van de nieuwe wet gebeurt, bepaalt die haar rechtsgevolgen.

Tot die conclusie komt ook Knigge, p. 84 e.v. die exclusieve werking van de wet de normale noemt voor na haar inwerkingtreding voorgevallen

rechtsfeiten, maar toepassing op anterieure feiten als terugwerkende kracht aanmerkt (p. 28).

9. HET BEPERKTE BELANG VAN ART. 4 WET AB

De strijd over de terugwerkende kracht van wetten is in ons land praktisch van weinig belang. Dat vindt zijn oorzaak daarin, dat art. 4 Wet AB de wetgever niet verhindert of belemmert om aan zijn wetten terugwerkende kracht te verlenen. Heeft hij dat gedaan, dan moet de rechter daarvan uitgaan. Nu bovendien de terugwerkende kracht van wetten niet uitdrukkelijk daaraan behoeft te zijn toegekend, is het een vraag van uitlegging van de nieuwe wet, of zij terugwerkt. Is door uitleg van de nieuwe wet vastgesteld, dat zij terugwerkt (*ex tunc*) of onmiddellijk (*ex nunc*) van toepassing is op verhoudingen ontstaan voor haar inwerkingtreding, dan is daarmee de vraag naar de werking van de nieuwe wet beslist.

Het vermoeden van art. 4 Wet AB, en daarmee de betekenis die moet worden gehecht aan de term 'terugwerkende kracht', speelt dan ook alleen een rol, indien de nieuwe wet in haar bewoordingen en strekking geen enkele aanwijzing inhoudt over haar toepasselijkheid op anterieure verhoudingen. Er moet met andere woorden, eerst een vaststelling van de rechter zijn, dat hij niet in staat is vast te stellen wat de wetgever beoogde voor overgangsgeschiedenissen, voordat hij kan zeggen, dat zij op grond van art. 4 Wet AB niet *ex tunc* of *ex nunc* moet worden toegepast op verhoudingen ontstaan voor haar inwerkingtreding.

De rechtspraak over vragen over overgangsrecht laat zien, dat de rechter – en zeker de Hoge Raad – niet spoedig tot de slotsom komt, dat iedere aanwijzing hoe de wet moet worden uitgelegd in vragen over overgangsrecht, ontbreekt.

Dat vindt vermoedelijk zijn verklaring daarin, dat de wijze van rechtsvinning die thans de heersende is, zelden of nooit tot een *non liquet* leidt. Immers, als het gaat om de vraag welke betekenis een wettelijke regeling heeft voor een niet uitdrukkelijk geregeld geval, zal de rechter op grond van aard en strekking van de regeling, onder inachtneming van de in het concrete geval op het spel staande belangen, aan de wet die betekenis geven die hem voor dat geval de meest redelijke lijkt te zijn.

Dat procedé kan hij ook toepassen op gevallen waarin de wetgever een uitdrukkelijke overgangsregeling achterwege heeft gelaten. De rechter zal dan zich afvragen wat een redelijke uitleg van de nieuwe wet meebrengt voor de toepassing van die wet op verhoudingen, ontstaan onder de oude wet. Op

deze wijze zoekend naar de betekenis van de nieuwe wet voor overgangsgeschiedenissen, komt hij aan echte toepassing van art. 4 Wet AB niet meer toe. Dat artikel heeft dan alleen nog maar de betekenis van een factor bij de uitleg van de nieuwe wet, die naast de bewoordingen, de wetshistorie, de strekking van die wet en de gevolgen van haar toepassing op overgangsgeschiedenissen, leiden tot de toekenning van een bepaalde overgangsrechtelijke betekenis.

Als ik goed zie, is dit ook wat feitelijk gebeurt in de rechtspraak. Steeds wordt, in gevallen waarin een uitdrukkelijke overgangsbepaling ontbreekt, nagegaan wat uit strekking en wetsgeschiedenis voortvloeit en in toenemende mate ook of de resultaten die bij een bepaalde werking zouden worden bereikt aanvaardbaar zijn. Ter illustratie van het voorgaande verwijs ik naar een aantal min of meer recente arresten van de Hoge Raad. HR 19 maart 1971, NJ 1972, 30 betrof de vraag of art. 271 Boek I BW ook voor kinderen die voor zijn inwerkingtreding in overspel waren geteeld en onder het oude recht niet konden worden erkend, inhield, dat zij erkend konden worden, met als gevolg dat zij vanaf de huwelijksvoltrekking als wettige kinderen moesten worden aangemerkt.

De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend, niet op grond van algemene beginselen van overgangsrecht, maar hij oordeelde dat de kwestie 'de aandacht van de wetgever had gehad' en dat, al was dan geen overgangsbepaling gemaakt die dat inhield, de bedoeling van de wetgever was geweest, dat ook die kinderen voortaan konden worden erkend en daarmee gewettigd. Bij erkenning en de daaruit voortvloeiende wettiging wordt zodoende voortaan geen onderscheid meer gemaakt tussen kinderen die als overspelig golden en andere kinderen, 'hetgeen met de bedoeling van de wetgever in overeenstemming moet worden geacht'. In zijn noot onder het arrest betreurt Hijmans van den Bergh het, dat de Hoge Raad zijn oordeel niet baseert op 'het grondbeginsel van overgangsrecht', dat wetten over de staat van personen in het algemeen exclusief werken. Het beroep op de bedoeling van de wetgever was niet erg sterk. Een rol speelde ongetwijfeld het als wenselijk geachte resultaat van de mogelijkheid vroeger verwekte overspelige kinderen met terugwerkende kracht te kunnen wettigen ⁽⁴⁶⁾.

HR 28 november 1975, NJ 1976, 177 betrof een wijziging van het verhaal krachtens de Alg. Bijstandswet (47). Daardoor werd het mogelijk verleende bijstand te verhalen op degene aan wie de behoeftige tevoren een schenking had gedaan, tenzij de begiftigde de behoeftigheid van de schenker redelijkerwijze niet had kunnen voorzien. Ook hier ontbrak een over-

(46) Zie over dit arrest ook Knigge, diss. p. 95/96.

(47) Over dit arrest ook Knigge, diss. p. 105/106.

gangsbepaling, zodat de vraag rees of de nieuwe bepaling ook kon worden toegepast op schenkingen die voor haar invoering waren gedaan. Anders dan de Procureur-Generaal oordeelde de Hoge Raad ontkennend. Hij stelde voorop, dat toepassing op schenkingen gedaan voor inwerking-treding van art. 59a ABW 'zou betekenen dat een verhaalsmogelijkheid wordt geopend ten aanzien van een begiftigde, die ten tijde van de schenking met deze verhaalsmogelijkheid geen rekening heeft kunnen houden; dat dit met het oog op de belangen van de begiftigde onredelijk moet worden geacht; dat dit gezichtspunt er voor pleit om de bepaling alleen toe-passelijk te achten voor schenkingen die na de inwerkingtreding van de wet hebben plaatsgevonden'. Daarna volgt nog een verwijzing naar uitspraken gedaan in het voorlopig verslag en in de MvA die enigszins in dezelfde rich-ting wijzen en waarvan Bloembergen in zijn noot opmerkte, dat zij weinig meer dan een strohalmpje waren. Hoofddargument is, dat toepassing van de nieuwe wet op oude schenkingen tegenover de begiftigden onredelijk zou zijn. Zoals Bloembergen in zijn noot opmerkte, demonstreert het arrest op-nieuw, dat de Hoge Raad niet de exclusieve werking als uitgangspunt kiest, maar los van een vooropgestelde dogmatiek zijn weg zoekt aan de hand van inhoud en strekking van de nieuwe wet.

Vermelding verdient ook HR 1 juli 1976, NJ 1977, 26, dat betrekking had op de liberalisatie van de huurprijs van bedrijfsruimte. Tussen de partijen was een huurprijs overeengekomen die uitging boven de maximaal toegestane huurprijs. De huurprijs werd door wetsbepaling van rechtswege geconver-teerd in de ten hoogste toegestane. Hoe nu na de vrijlating van de huurprijs tijdens de looptijd van het huurcontract? Gold nu de overeengekomen huur of de bij het aangaan van de huur door de wet maximaal toegestane? De Ho-gre Raad koos voor het eerste, overwegende dat moest worden aangenomen dat de wetgever, toen hij de huurprijzen vrijliet had aanvaard, dat de over-eengekomen huurprijs als gevolg van de liberalisatie weer zou gelden. Enige concrete uitspraak van de wetgever, dat hij dit wilde, was niet aanwijsbaar. In zijn noot onder het arrest zegt Zonderland, dat dit soort vaststellingen onver-mijdelijk tot op zekere hoogte een speculatief en kunstmatig karakter moeten dragen. Ik zou ook menen, dat niet zozeer de veronderstelde wil van de wet-gever, als de wenselijkheid van het resultaat (de wettelijke conversie geldt slechts voor de duur van de gelding van de wet) de uitkomst bepaalde. Van de toepassing van enig dogmatisch beginsel van overgangsrecht, dat de wet die een andere wet intrekt onmiddellijke werking heeft (48), blijkt niet uit het ar-rest.

(48) Zo Knigge, diss. p. 97 e.v.

In dezelfde lijn ligt ook HR 10 februari 1978, NJ 1979, 217 dat betrekking had op overgangsproblemen veroorzaakt door invoering van de WAO. Was onder de Ongevallenwet en de Invaliditeitswet 1967 geen verhaal voor uitkeringen mogelijk op degene die naar burgerlijk recht voor de arbeidsongeschiktheid aansprakelijk was, dat verhaal werd door de WAO uitdrukkelijk toegestaan. De vraag was nu of verhaal mogelijk was voor uitkeringen gedaan door de bedrijfsvereniging. De Hoge Raad beantwoordt die vraag geheel los van enig systeem van beginselen van overgangsrecht en vraagt zich alleen af, of onmiddellijke toepassing van het verhaalsrecht onredelijk zou zijn tegenover de veroorzaker van het ongeval en concludeert, dat dat niet het geval is. De veroorzaker van het ongeval en zijn verzekeraar verliest door het verhaal een voordeel waarop zij – ik parafraseer – niet vast hadden vertrouwd. *‘Ook het belang van de rechtszekerheid dat in het algemeen pleit tegen ingrijpen door een nieuwe wet in reeds ontstane aansprakelijkheden, ook als dit alleen voor de toekomst geschiedt’* woog niet op tegen het belang van de bedrijfsvereniging om verhaal te nemen. In zijn noot legt Bloembergen er de nadruk op, dat de benadering van de Hoge Raad, die zekere gezichtspunten in aanmerking neemt, aantrekkelijker is dan toepassing van de regels neergelegd in de indertijd voorgestelde artikelen 4 en 4a Wet AB die wat hem betreft in de ijskast kunnen blijven. Hij valt Hijmans van den Bergh bij, die steeds heeft bestreden dat exclusieve werking de normale zou zijn en vindt dat die leer berust op een ontoelaatbare simplificatie.

De conclusie die men in ieder geval uit de genoemde arresten mag trekken is, dat de Hoge Raad zich weinig gelegen liet liggen aan door rechtsgeleerde schrijvers verdedigde theorieën over overgangsrecht en de daaruit voortvloeiende vermoedens voor eerbiedigende of onmiddellijke (waaraan de Hoge Raad in het laatste arrest toevoegt: ‘zgn. exclusieve werking’) werking van de nieuwe wet. Los van die theorieën, los ook van het vermoeden dat voortvloeit uit art. 4 Wet AB wordt de werking van de nieuwe wet vastgesteld, waarbij de veronderstelde wil van de wetgever een steeds ondergeschiktere rol speelt en de nadruk meer komt te liggen op wat, alle gezichtspunten en belangen in aanmerking genomen, de meest redelijke werking van de nieuwe wet is.

Artikel 4 Wet AB speelt nog wel een rol, maar slechts als een gezichtspunt betrekking hebbend op het belang van de rechtszekerheid dat mede in aanmerking moet worden genomen. Zie de gecursiveerde overweging uit het arrest van 10 februari 1978.

10. DE BETEKENIS VAN ART. 4 WET AB VOOR DE RECHTSVINDING IN HET
OVERGANGSRECHT

Art. 4 Wet AB is meer beginsel dan rechtsregel (49). Het artikel is zo weinig precies, dat het in concrete gevallen geen duidelijk antwoord geeft op de vraag of een nieuwe wet nu wel of niet toepasselijk is op rechtsverhoudingen ontstaan onder de oude wet. Ook de Hoge Raad heeft het artikel als een beginseluitspraak aangemerkt (50).

Het beginsel dat daarmee wordt uitgedrukt, is dat van de rechtszekerheid. In de woorden van de Hoge Raad: 'dat . . . in dit artikel tot uitdrukking komt het op de eisen der rechtszekerheid berustende beginsel, dat in het algemeen de wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden' en slechts dient 'om vast te stellen, dat een regeling waaraan geen terugwerken de kracht is verleend, niet moet worden toegepast op verhoudingen vóór het totstandkomen daarvan ontstaan . . . '.

Kernachtig bracht de Pres. Rb. 's-Gravenhage (51) dit onlangs tot uitdrukking door te overwegen, dat 'art. 4 Wet AB een rechtsbeginsel, niet een rechtsregel formuleert en wel naar hedendaagse opvattingen niet op genoegzame wijze'.

Als beginseluitspraak heeft het artikel voor de rechtsvinding wel een belangrijke betekenis: de basisnotie dat wat volgens het geldende recht is geschied, niet dan op grond van klemmende argumenten als niet of anders geschied zal worden aangemerkt. Alle theorieën die zijn ontwikkeld om aan deze basisnotie van het recht nader gestalte te geven, d.w.z. haar om te zetten in meer precieze regels voor de wetgeving en de rechtsvinding, hebben gefaald. Zij hanteerden onderscheidingen (verkrege recht tegenover enkele verwachting; materieel bepaalde rechtspositie tegenover formeel bepaalde rechtspositie) die wel enige precisering inhielden, maar toch te onbestemd waren om meer te kunnen zijn dan gezichtspunten die in aanmerking moeten worden genomen. De in nieuwere literatuur wel verdedigde (52) algemene regel, dat nieuwe wetten geacht worden onmiddellijk toepasselijk te zijn op rechtsverhoudingen ontstaan onder de oude wet, lijdt aan hetzelfde euvel en heeft bovendien het bezwaar, dat zij het beginsel van art. 4 Wet AB in een

(49) Zo P. Scholten, *Alg. Deel*, 3e druk, p. 138: 'De niet-terugwerkende kracht is rechtsbeginsel – het is als zodanig onmiddellijk evident. Het is beginsel, niet regel . . . '.

(50) HR 26 oktober 1951, NJ 1952, 756.

(51) Kort Geding 1983, 271.

(52) Zo o.a. Versteeg, *Preadvies Broederschap Notarissen* 1956, p. 6; Veegens, WPNR 4457; Langemeijer, *concl. voor HR 16 maart 1956*, NJ 1956, 316.

niet gering aantal gevallen frustreert door ex nunc de rechtsgevolgen van wat in het verleden is geschied, te wijzigen. Terecht merkte De Die (53) daarover op, dat ook niet mag worden verondersteld, dat de wetgever een door de oude wet gerechtvaardigd vertrouwen zou willen beschamen.

Dat lijkt me de kern van de zaak. Art. 4 Wet AB berust op het beginsel van de rechtszekerheid en die verlangt de bescherming van door het recht opgewekt gerechtvaardigd vertrouwen. Dat vertrouwen is niet gerechtvaardigd, indien het er op berust, dat wat nu de wet is de wet zal blijven. De verwachting dat wat ik nu mag, ik ook in de toekomst zal mogen, is een op niets berustende speculatie. De verwachting, dat de wetgever ook bij verandering van inzicht als rechtmatig zal erkennen de rechten en aanspraken die zijn ontstaan onder de oude wet, is daarentegen veel sterker. De nieuwe wet zal vorderingsrechten ontstaan onder de oude wet gelijk moeten behandelen, ongeacht of die geleid hebben tot incasso van het verschuldigde bedrag of niet. Wie daarop vertrouwt stelt zijn vertrouwen in het beginsel dat het recht geen willekeurig onderscheid zal maken tussen gelijke gevallen.

De rechtspraak van de Hoge Raad in de laatste vijftien jaar weerspiegelt de opvatting, dat de rechtszekerheid een belangrijk gezichtspunt is bij de vaststelling van de werking van de nieuwe wet. Dat gezichtspunt staat naast andere, die door de wetgever moeten worden afgewogen wanneer hij besluit de wet al dan niet op daaraan anterieure verhoudingen of feiten toe te passen. De rechter is niet vrij een eigen afweging te maken, die tot een andere uitkomst leidt dan de door de wetgever gekozene. Ook als de wetgever zich niet uitdrukkelijk of onmiskenbaar in de een of andere richting heeft uitgelaten, zal de rechter zich moeten laten leiden door wat de strekking van de nieuwe wet voor overgangsgevallen meebrengt.

Aldus ziet men steeds een onderzoek naar wat uit wetsgeschiedenis en strekking van de wet als de meest waarschijnlijke bedoeling van de wetgever naar voren komt voor overgangsgevallen. Soms komt men ook dan niet verder dan het vermoeden, dat — als de wetgever zich de vraag gesteld had — hij voor een bepaalde oplossing zou hebben gekozen. Het valt niet te ontkennen, dat de verwijzing naar de veronderstelde bedoeling van de wetgever, het gevaar in zich bergt, dat de eigen afweging van de rechter wordt voorgesteld als een door de wetgever gemaakte, terwijl daarvan niet blijkt. Zo wordt soms aan een wet terugwerkende kracht of onmiddellijke werking verleend op rijkelijk speculatieve gronden.

Het eindpunt van de ontwikkeling lijkt me te vinden in HR 10 februari

(53) De Die, Overgangsrecht — Een herwaardering na vijftig jaar, RMTh. 1979, p. 253 e.v., speciaal p. 267.

1978, NJ 1979, 217 waarin de Hoge Raad zich niet meer baseerde op de, uit wetsgeschiedenis of strekking van de wet afgeleide, bedoeling van de wetgever, maar hij over de werking van de wet op anterieure feiten besliste op grond van een autonome afweging van de daarbij betrokken belangen. Het ging om enerzijds het vertrouwen van plegers van een onrechtmatige daad, dat krachtens o.a. de Invaliditeitswet vergoede schade niet op hen kon worden verhaald, anderzijds om het financiële belang van Bedrijfsverenigingen om het door de WAO geopende verhaal, ook te kunnen nemen voor schade veroorzaakt voordat zij in werking trad. Welke werking de nieuwe wet kreeg en of die werking valt onder de terugwerkende kracht van art. 4 Wet AB, liet de Hoge Raad in het midden.

De Hoge Raad erkende, dat toekenning van het verhaalsrecht zou leiden tot een verzwaring van de positie van de veroorzaker van het ongeval. Die verzwaring bestond daarin, dat onverhaalbare uitkeringen krachtens bijv. de Invaliditeitswet 1967 in mindering kwamen op de door hem te vergoeden schade. Dat echter, was alleen maar een voordeel voor de aansprakelijke persoon, dat één van de factoren was die de uiteindelijke omvang van de te vergoeden schade bepaalden. Daar kwam bij, dat niet aannemelijk was 'dat mogelijke veroorzakers van ongevallen en hun verzekeraars door dit wegnemen (van dat voordeel) achteraf zouden zijn beschaamd in enig gerechtvaardigd vertrouwen, bijv. omdat zij door de nieuwe wetgeving wellicht geboden maatregelen ten onrechte niet mede op de gevolgen van vóór 1 juli 1967 geschiede ongevallen zouden hebben betrokken'. De conclusie die dan getrokken wordt, luidt:

Dit alles in aanmerking genomen, kan ook het belang van de rechtszekerheid dat in het algemeen pleit tegen ingrijpen door een nieuwe wet in reeds ontstane aansprakelijkheden, ook als dit alleen voor de toekomst geschiedt, niet opwegen tegen het belang van de bedrijfsverenigingen bij onmiddellijke – zgn. exclusieve – werking van het hun in art. 90 in verbinding met art. 19 door de wetgever toegekende verhaalsrecht mede strekkende tot financiering van de hun bij voormelde wet toevertrouwde taak'.

De wijze waarop de Hoge Raad tegenwoordig omgaat met vragen van overgangsrecht die door de wetgever niet op duidelijke wijze zijn beantwoord, is die van een afweging van belangen (54). Art. 4 Wet AB speelt daarin een rol als 'het belang van de rechtszekerheid', maar slechts voor zover toepassing

(54) Dat het om afweging van belangen gaat, werd ook aangenomen door HR 27 maart 1981, NJ 1981, 335.

op anterieure feiten gerechtvaardigd vertrouwen zou beschamen (55). En passant houdt het arrest ook de ontkenning in, dat onmiddellijke werking van de nieuwe wet iets heel anders zou zijn dan terugwerkende kracht. Dat geldt zeker voor ontstane aansprakelijkheden. 'In het algemeen pleit het belang van de rechtszekerheid tegen het ingrijpen door een nieuwe wet in reeds ontstane aansprakelijkheden, ook als dit alleen voor de toekomst geschiedt'.

Daarmee is overigens niet gezegd, dat onmiddellijke werking buiten het verbintenissenrecht evenzeer in strijd met de rechtszekerheid zou komen. Juist in het verbintenissenrecht is toepassing *ex nunc* van nieuwe wetgeving die de inhoud van dergelijke verbintenissen anders bepaalt dan de oude wet deed, een sprekend voorbeeld van inbreuk op de rechtszekerheid. Zij leidt daar tot vergroting van het vermogen van de één ten koste van de vermindering van het vermogen van de ander.

Het lijkt me aannemelijk, dat de methode van rechtsvinding van de Hoge Raad, sterk is geïnspireerd op het artikel van Leijten in 1972 (56). Diens betoog was vooral een bestrijding van de deugdelijkheid voor de rechtsvinding van de door Hijmans van den Bergh voorgestelde algemene regels. Zijn betoog heeft mij niet kunnen overtuigen, voor zover hij daarin met klem poneert, dat verkregen rechten en verwachtingen hetzelfde zijn. Hij achtte zijn standpunt zo sterk 'dat het zich niet laat weerspreken'. Dat zou dan daaruit blijken, dat niet zeker is, dat een recht ook kan worden geëffectueerd. Die zienswijze miskent echter, dat het onderscheid tussen recht en verwachting niet berust op de feitelijke mogelijkheid rechten te realiseren, maar om deze in rechte erkend te krijgen.

Een verwachting is niet een recht, omdat zij berust op de hypothese, dat als in de toekomst A gebeurt, het recht daar dan het rechtsgevolg B aan zal toekennen. Het (verkregen) recht is op het verleden betrokken: omdat A is geschied, is krachtens het geldende recht het rechtsgevolg B ingetreden. De verwachting speculeert op het gelijkblijven van het recht in de toekomst, het verkregen recht berust op de erkenning nu van rechtsgevolgen die het recht heeft verbonden aan feiten in het verleden. Met dit voorbehoud, onderschrijf ik echter zijn conclusie, dat de vraag welke werking een nieuwe wet zal hebben op overgangsgevallen, beslist wordt door de afweging van een aantal omstan-

(55) Voor een geval waarin terugwerking geen gerechtvaardigd vertrouwen schond zie HR 7 maart 1979, NJ 1979, 319, waarin werd geoordeeld, dat het terugwerken van een gemeentelijke verordening tot wijziging van belastingtarieven 'voor de belastingplichtigen in zodanige mate voorzienbaar was, dat van inbreuk op de eisen van de rechtszekerheid niet kan worden gesproken'.

(56) J.C.M. Leijten, *Overgangsrecht*, NJB 1972, p. 364 e.v. en p. 389 e.v.

digheden die ten dele betrekking hebben op de rechtszekerheid en de daarmee verbonden bescherming van door het oude recht opgewekt vertrouwen, en ten dele op het oordeel, dat de nieuwe wet de betere is.

Die omstandigheden zijn volgens Leijten:

1. de strekking van de nieuwe wet
2. de mate waarin het oude recht als onrechtmatig wordt ondervonden
3. de mate van instemming met de nieuwe regeling
4. de intensiteit van de verwachting of het recht, dat voor het individu voortspoot uit de oude rechtsregeling
5. de belangrijkheid van dat recht of verwachting, beide laatste mede gezien de mate waarin de rechten of verwachtingen basis, uitgangspunt of belangrijke schakel zijn geworden in het leefpatroon.

Hoe de afweging in een concreet geval zal uitvallen, is vooraf niet gemakkelijk te voorspellen. Leijten vindt dat we daaraan maar moeten wennen, omdat algemene regeling wel zekerheid, maar geen recht kan verschaffen. Bloembergen (57) heeft zich daarbij aangesloten. Ook ik zou die zienswijze delen, voor zover het gaat om algemene regels die voor alle rechtsgebieden gelijkelijk zouden gelden. De beste illustratie van de onmogelijkheid een stelsel van algemene regels voor het overgangsrecht op alle terreinen van het recht te geven, is m.i. de ontwikkeling van het overgangsrecht in het strafrecht.

Formeel heeft art. 1 Sr. dat het nulla poena beginsel inhoudt, geen grotere kracht gehad dan art. 4 Wet AB: de wetgever kon, als hij dat wilde, strafbepalingen met terugwerkende kracht invoeren, de rechter mocht niet toetsen. Voor zover het artikel terugwerkende kracht verbiedt, werd het in de wetgeving van voor 1886 overbodig geacht, omdat dat reeds uit art. 4 Wet AB volgde (58). Niettemin heeft dat artikel en het daarin uitgedrukte nulla poena beginsel, als beginsel van ons strafrecht altijd een veel sterkere werking gehad en behouden, dan het algemene art. 4 Wet AB. Terwijl art. 4 Wet AB aan betekenis verloor, nam art. 1 Sr. in kracht toe. Het werd uiteindelijk als zo fundamenteel voor onze rechtsorde beschouwd, dat het in 1983 in navolging van internationale verdragen waarbij ons land partij is, als art. 16 in de Grondwet is opgenomen (59). Daaruit valt te leren, dat het belang van de rechtszekerheid en het daarmee verband houdende verbod van terugwerken de kracht, op verschillende rechtsgebieden van onderscheiden gewicht is. Aannemelijk is, dat op andere rechtsgebieden dan het strafrecht aan de

(57) Noot onder HR 10 februari 1978, NJ 1979, 217.

(58) Knigge, diss. p. 188 e.v.

(59) Zie daarover Knigge, diss. p. 200 e.v.

rechtszekerheid ook een verschillend belang toekomt. Maar dan moet het ook onmogelijk zijn regels van rechtsvinding voor het overgangsrecht te ontwerpen die zowel algemeen toepasbaar zijn, als voldoende precisie hebben.

De Die heeft de gedachten van Leijten in beginsel wel onderschreven (60), maar daaraan toegevoegd, dat de opgedane ervaring ons in staat stelt aan wetgever, rechter en praktijk enige hulp te bieden in de vorm van een assortiment sleutels of wegwijzers. Het onderscheidt een aantal categorieën van rechtsposities waarvoor dan verschillende regels voor de hand liggen.

Voor beginselen van overgangsrecht knoopt hij aan bij een aantal eigenschappen die de nieuwe wet heeft voor bestaande rechtsposities. Hij noemt:

1. de strekking van de nieuwe wet
2. de ernst van de ingreep
3. het belang van de gunstigste bepaling
4. de aard van de toestand
5. de duurzaamheid van de toestand.

Van deze criteria staat dat van de strekking van de nieuwe wet enigszins apart. Uit de inhoud van de wet of de bedoeling van de wetgever kan volgen, dat zij al of niet van toepassing is op een bestaande toestand. Blijkt daarvan niet, dan komen de andere criteria aan bod.

De Die betoogt nu, dat wetten die een nieuwe regeling brengen voor de status van personen, rechtspersonen en goederen (de aard van de toestand) in het algemeen onmiddellijk zullen werken om te voorkomen dat langdurig verschillen in status blijven bestaan (duurzaamheid van de toestand). Daarbij speelt het criterium van de gunstigste bepaling, vooral in het familierecht, nog een versterkende rol. Datzelfde geldt z.i. voor wetten die een rechtsbetrekking van lange duur onder een nieuwe regime brengen.

Daarentegen zal een nieuwe wet een bestaande rechtsbetrekking niet gemakkelijk afschaffen of ingrijpen in de rechtsgevolgen van feiten die zich vóór haar inwerkingtreden hebben voorgedaan. Naarmate de inbreuk op de bestaande toestand ernstiger is, is toepassing van de nieuwe wet eerder onwenselijk in verband met de schending van gerechtvaardigd vertrouwen. Iets dergelijks geldt ook voor de toekenning van bevoegdheden die aan feiten die vóór de inwerkingtreding zijn voorgevallen een andere rechtswaarde verlenen.

Het beeld dat De Die schetst van het overgangsrecht – en dat hier slechts verkort en in grote lijnen is weergegeven – is, naar zijn eigen woorden ‘aanzienlijk gecompliceerder’ dan dat van Hijmans van den Bergh. De nadruk lag bij Hijmans van den Bergh op voor de inwerkingtreding van de nieuwe

wet voorgevallen feiten. Bij De Die daarentegen is de bestaande toestand ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe wet het beslissende aanknopingspunt.

Ontegenzeggelijk heeft het betoog van De Die verbetering van inzicht gebracht. Het geeft, evenals dat van Leyten, een aantal gezichtspunten waardoor het fijnmaziger is dan het stelsel van Hijmans van den Bergh. Niettemin blijft ook bij De Die het feit dat is voorgevallen voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, een grote rol spelen, voorzover daardoor vertrouwen is gewekt in het bestaan van rechten en bevoegdheden.

Ik denk, dat voor wetgever en rechter in vragen van overgangsrecht de doorslag geeft – en ook moet geven – of onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op toestanden, rechtsbetrekkingen en rechten, ontstaan onder de oude wet, het vertrouwen in het recht op onaantvaardbare wijze aantast.

Dat is ook de toetssteen die in de Duitse Bondsrepubliek wordt aangelegd voor de vraag of een wet ongrondwettig is (61) wegens schending van het beginsel van de rechtsstaat, inhoudend dat de rechtszekerheid verlangt, dat de wet geen inbreuk maakt op door het oude recht op grond van voltooide feiten, geschapen gerechtvaardigd vertrouwen in het bestaan van rechten en aanspraken. Dat houdt echter geen absoluut verbod van terugwerking in. Ik citeer uit het arrest van 20 oktober 1971 van het Bundesverfassungsgericht (BVerfGE. 32, 122 e.v.):

‘Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind belastende Gesetze, die abgeschlossene Tatbestände rückwirkend erfassen, regelmässig unvereinbar mit dem Rechtsstaatprinzip, zu dessen wesentlichen Elementen die Rechtssicherheit gehört. Der Staatsbürger kann grundsätzlich davon ausgehen, dass mit abgeschlossenen Tatbeständen verknüpften gesetzlichen Rechtsfolgen anerkannt bleiben. Andererseits ergibt sich aus diesem Gedanken des Vertrauensschutzes zugleich die Beschränkung des Rückwirkungsverbots: auch ein gesetzlicher Eingriff mit echter Rückwirkung ist ausnahmsweise zulässig, wenn das Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig ist. Ob dieser, eine Rückwirkung rechtfertigende Grund vorliegt, lässt sich nur unter Würdigung aller Umstände der konkreten Regelung beurteilen. Hierbei kann die Art und Bedeutung der durch den Eingriff betroffenen Rechtsposition eine Rolle spielen . . .’.

(61) De toetsing berust op art. 2 (vrije Entfaltung der Persönlichkeit) jo. art. 20 (Rechtsstaatprinzip) Grundgesetz. Zie daarvoor Leibholz/Rinck, Grundgesetz-Kommentar an Hand der Rechtsprechung des BVerfG (1984), Anm. 41 e.v. op art. 20 en Grundgesetz Kommentar (Ingo von Münch), (1975), Band I, p. 632 e.v.

Wat de Hoge Raad doet in zijn meer recente arresten vertoont veel overeenkomst met de wijze waarop het Bundesverfassungsgericht wetten toetst aan het beginsel van de rechtszekerheid. Onmiskenbaar is, dat de Hoge Raad zich daarbij weinig gelegen laat liggen aan dogmatische begrippen, noch aan regels die aan die begrippen zijn opgehangen. Consequent vermijdt hij tegenwoordig het gebruik van termen als terugwerkende kracht, exclusieve werking en eerbiedigende werking. Uit de geschiedenis en strekking van de wet wordt bij wege van afweging afgeleid welke werking de wetgever, als hij daarover had moeten beslissen, naar redelijkheid aan de wet had toegekend. De niet-terugwerking speelt daarbij een belangrijke rol ter wille van de rechtszekerheid, maar zeker niet de enige of de overheersende. Zij is een gezichtspunt dat sterker is naarmate het vertrouwen dat op grond van feiten in het verleden in de toen ontstane rechtsgevolgen, groter is, zich sterker verzet tegen de veronderstelling dat de wetgever in die rechtsgevolgen heeft willen ingrijpen.

Voor zover het om algemene, dat wil zeggen voor het hele recht geldende, uitgangspunten gaat, denk ik, dat het niet mogelijk is verder te komen.

Maar misschien is dat wel mogelijk voor onderdelen van het recht, zoals bijvoorbeeld het vermogensrecht.

II. VUISTREGELS VOOR DE RECHTSVINDING IN HET OVERGANGSRECHT OP HET STUK VAN HET VERMOGENSRECHT

In het voorgaande hoop ik aannemelijk te hebben gemaakt, dat het niet goed mogelijk is algemene regels voor het overgangsrecht op te stellen, die voor het gehele recht gelijkelijk zouden gelden. Veel verder dan een opsomming van gezichtspunten die van belang zijn, komt men dan niet. Dat heb ik daarmee verklaard, dat het belang van de rechtszekerheid, dat ten grondslag ligt aan het verbod van terugwerkende kracht, resp. aan het vermoeden dat wetten niet terugwerken, op de verschillende terreinen van het recht verschillende kracht heeft.

Niettemin acht ik het wel mogelijk voor het privaatrechtelijke vermogensrecht een aantal algemene regels van overgangsrecht te formuleren die weerspiegelen welke betekenis aan de rechtszekerheid op dat terrein toekomt. Die regels geven aan in welke gevallen onmiddellijke toepassing van een nieuwe wet op bestaande vermogensrechtelijke verhoudingen, uit een oogpunt van rechtszekerheid bedenkelijk is. Die regels kunnen daarom worden opgesteld, omdat het bijzondere van het vermogensrecht is, dat het goeddeels betrekking heeft op aanspraken en schulden die deel uitmaken van

het vermogen van de bij de rechtsverhouding betrokken partijen. Indien toepassing van een nieuwe wet op dergelijke verhoudingen tengevolge heeft dat daardoor het vermogen van de een daalt ten koste van de ander, dan tast de wet bestaande vermogensrechtelijke verhoudingen aan. Dat nu, is een niet te veronderstellen werking van de nieuwe wet. Als de wetgever dat wil, zal hij dat moeten bepalen, bij voorkeur uitdrukkelijk, maar anders zou die wil toch onmiskenbaar uit de strekking van de wet of de geschiedenis van haar totstandkoming moeten blijken. Ik sluit me op dit punt aan bij de opvatting van Mok (62) die aan het beginsel van niet-terugwerking de betekenis gaf, dat uitzonderingen door de wetgever op duidelijke en onmiskenbare wijze tot uitdrukking moeten zijn gebracht. Waar dat niet is gebeurd, zou ik menen, dat in het vermogensrecht de regel geldt, dat de nieuwe wet niet beoogt een vermogensverschuiving teweeg te brengen.

Dat betekent, dat ik in dergelijke gevallen minder wenselijk acht, dat de praktijk wordt blootgesteld aan de, veelal moeilijk voorspelbare, uitkomst van de afweging van verschillende gezichtspunten op grond waarvan de wetgever zijn keus voor of tegen de toepasselijkheid van de nieuwe wet tot uitdrukking zou hebben gebracht. Art. 4 Wet AB – het enige richtsnoer voor de rechtsvinding in het overgangsrecht – dient dan in die zin tot zijn recht te komen, dat terwille van de rechtszekerheid het oude recht van toepassing blijft. Dat is in het vermogensrecht daarom weinig bezwaarlijk, omdat het regels geeft die in een eeuwenlange ontwikkeling zijn beproefd en bijgesteld en die slechts in uitzonderingsgevallen het karakter van een odieuze, onrechtvaardige regeling zullen hebben. In zoverre verschillen zij ook van het familierecht, waarvan de regels in veel sterkere mate de opvattingen van de tijd weerspiegelen. Een goed voorbeeld daarvan levert de wet van 27 juni 1982, Stb. 608 tot wegneming van het onderscheid tussen wettige en natuurlijke afstamming in het erfrecht, die krachtens uitdrukkelijke overgangsbepaling terugwerkt tot 13 juni 1979, de datum van het Marckx-arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens (NJ 1980, 462). *De hoofdregel* van het overgangsrecht op het gebied van het vermogensrecht is dan ook deze:

Behoudens andersluidende, duidelijke kenbare bedoeling van de wetgever, heeft de nieuwe wet niet tengevolge, dat daardoor een vermogensverschuiving plaatsvindt.

Die hoofdregel kan nader worden gepreciseerd in een aantal deelregels.

(62) Mok, conclusie voor HR 7 maart 1979, 319.

1. De wet geldend ten tijde van het (laatste) constitutieve feit bepaalt of eigendom, een absoluut recht of een beperkt zakelijk recht is ontstaan, is overgedragen of overgegaan.

De regel is een simpele toepassing van het beginsel dat wetten niet terugwerken ter wille van de rechtszekerheid. Hij behoeft geen verdere toelichting. Dezelfde regel, toesneseden op rechtshandelingen, luidt:

2. De wet geldend ten tijde van het (laatste) constitutieve feit bepaalt of een rechtshandeling van een bepaalde soort is tot stand gekomen, alsmede of zij geldig, nietig of vernietigbaar is.

Ook deze regel is, als ik goed zie, onomstreden. Hij is door de Hoge Raad herhaaldelijk toegepast (63). Hij houdt in, dat wat geldig is verricht geldig blijft, ook als nieuwe wetgeving dergelijke rechtshandelingen verbiedt of aan voorwaarden voor haar geldigheid onderwerpt (64). Het omgekeerde geldt eveneens: wat nietig was, blijft nietig, ook al wordt door latere wetgeving de grond voor de nietigheid opgeheven. Meijers noemde dat 'een altijd aanvaarde regel van overgangsrecht' (65). De Hoge Raad heeft hem consequent toegepast (66).

3. Of een feitelijke gedraging of een complex van feiten een onrechtmatige daad of wanprestatie oplevert, wordt bepaald door de wet ten tijde van het feit of de voltooiing van het complex van feiten.

Ook deze regel is onomstreden en vloeit direct voort uit het beginsel dat wetten niet terugwerken. Hij geldt ook voor andere bronnen van verbintenis, bijvoorbeeld die uit zaakwaarneming, of uit ongerechtvaardigde verrijking.

4. Een subjectief vermogensrecht, dat onder de oude wet is tenietgegaan, herleeft niet door de nieuwe wet die aan het tenietgaan eisen stelt die niet zijn vervuld onder de oude wet.

(63) Zie bijv. HR 6 januari 1922, NJ 1922, 265; HR 14 februari 1964, NJ 1965, 95; HR 27 oktober 1967, NJ 1968, 94.

(64) De regel is ook aldus verwoord, dat nieuw dwingend recht niet exclusief werkt, maar eerbiedigend. Zie L. van Praag, RM 1912, p. 126; Suyling, Inleiding I (1948), no. 22 en Hijmans van den Bergh, preadvies p. 19.

(65) Noot onder HR 9 februari 1928, NJ 1928, 519 met instemming aangehaald resp. vermeld door Adv.Gen. Berger en Hijmans van den Bergh resp. onder HR 20 november 1970, NJ 1971, 99. Anders: Petit, WPNR 2933/34.

(66) Zie o.a. HR 14 februari 1964, NJ 1965, 95; HR 27 maart 1969, NJ 1969, 341; HR 20 november 1970, NJ 1971, 99; HR 24 januari 1975, NJ 1975, 448.

Ook deze regel vloeit rechtstreeks voort uit de niet-terugwerking van nieuwe wetten. Hij is al evenzeer onomstreden.

De voorgaande vier regels vormen de harde kern van het overgangsrecht op het terrein van het vermogensrecht en liggen ten grondslag aan de leer van de verkregen rechten en aan die van de eerbiediging van materieel bepaalde rechtsposities. Wat problematischer wordt het, indien de nieuwe wet de rechtsgevolgen van eenmaal ontstane, nog niet tenietgegane subjectieve vermogensrechten anders regelt dan de wet die hun ontstaan bepaalde. Daarbij moet worden onderscheiden tussen rechtsgevolgen die onder het oude recht zijn ontstaan en rechtsgevolgen die eerst intreden door feitelijkheden na de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Voor de onder de oude wet ontstane rechtsgevolgen geldt krachtens het vermoeden van niet-terugwerking:

5. Rechtsgevolgen van feitelijke gedragingen die hebben plaatsgevonden of van rechtshandelingen, die zijn verricht onder het oude recht, worden door de nieuwe wet geëerbiedigd, ook als die rechtsgevolgen zich eerst verwerkelijken na invoering van de nieuwe wet.

De regel verdient nadere toelichting. Hij houdt o.m. in, dat indien onder het oude recht een gedraging wanprestatie opleverde, de gevolgen van die wanprestatie, ook als zij zich uitstrekken over een periode na invoering van de nieuwe wet, worden beheerst door de oude wet. De regel heeft een breed toepassingsgebied. Uit een koopovereenkomst ontstaan onmiddellijk verbintenissen tot levering, en vrijwaring voor de verkoper, tot betaling van de koopsom voor de koper. Die verbintenissen worden beheerst door de wet die op de koop van toepassing is, ook als de levering, de uitwinning, de betaling van de koopsom eerst plaatsvinden na invoering van de nieuwe wet.

Zo ook ontstaat uit onrechtmatige daad de verbintenis tot vergoeding van de daardoor ontstane schade, ongeacht of die schade voor of na invoering van de nieuwe wet wordt geleden (67).

Het wilsrecht om een zaak te kopen ontstaat door de verlening van een koopoptie. Of door de uitoefening van de optie de koop tot stand komt, wordt bepaald door het recht dat van toepassing was ten tijde van het verlenen daarvan, niet door de nieuwe wet (68).

Het recht ten tijde van de opzegging van een overeenkomst bepaalt of die

(67) Zie HR 25 november 1966, NJ 1967, 259; HR 10 februari 1978, NJ 1979, 217.

(68) Zo HR 27 oktober 1967, NJ 1968, 94 betreffende een door de man, zonder toestemming van de vrouw, gegeven koopoptie op de echtelijke woning, voordat de wet de geligheid van de vervreemding van de echtelijke woning aan de toestemming van de andere echtgenoot onderwierp.

opzegging tot rechtsgevolg heeft, dat de overeenkomst na ommekomst van de opzeggingstermijn eindigt. De wetgever kan wel anders bepalen, maar hij doet dit dan omdat hij het oude recht zo ongenoegzaam vond, dat met onmiddellijke werking in de rechtsgevolgen van onder de oude wet gedane opzeggingen moet worden ingegrepen (69).

De regel is daarom van groot belang, omdat zij meebrengt, dat onder het oude recht ontstane verbintenissen naar inhoud en uitvoering beheerst blijven door de oude wet. De toepassing van de nieuwe wet op omvang, inhoud of nakoming van verbintenissen, ontstaan onder de oude wet, zou betekenen, dat een wijziging wordt gebracht in de bestaande vermogensverhoudingen tussen crediteur en debiteur. Die levert op een verzwarende van de positie van de een ten koste van de ander en daarmee een vermogensverschuiving. Hoe groot die verschuiving is, hangt af van de mate waarin de nieuwe wet afwijkt van de oude. Als de ingreep niet ernstig is, is de toepasselijkverklaring van de nieuwe wet eerder te verdedigen, dan wanneer van een ernstige ingreep sprake is. Art. 4 Wet AB heeft de strekking dat bij verandering van wetgeving bestaande verbintenissen onderworpen blijven aan het oude recht, zolang de wetgever de nieuwe wet daarop niet van toepassing heeft verklaard (70).

Van verbintenissen die zijn ontstaan onder de oude wet moeten worden onderscheiden bevoegdheden die uit een subjectief recht krachtens de wet voortvloeien. Voor zover het daarbij gaat om bevoegdheden tegen derden in het algemeen, is er, ook internationaal gezien, geen verschil van mening. Zijn zij uitgeoefend overeenkomstig de oude wet, dan hebben zij de rechtsgevolgen die de oude wet daaraan toekende. Zijn zij onder de oude wet niet uitgeoefend en heeft de subjectiefgerechtigde krachtens de nieuwe wet die bevoegdheid niet, of stelt de nieuwe wet andere voorwaarden aan haar uitoefening, dan is de nieuwe wet van toepassing. Dat is tevens de hoofdregel voor de bevoegdheden tegenover derden die ontleend worden aan zakelijke rechten. Hij geeft antwoord op vragen als: mag de eigenaar bouwen, mag hij slopen of kappen, mag hij bomen planten nabij de perceelsgrens? De regel geldt ook onverkort voor absolute rechten: de inhoud van die rechten en daarmee

(69) Zie HR 24 oktober 1975, NJ 1976, 137 waarin de HR een nieuwe wetsbepaling moest toepassen op een verzoek tot verlenging van de huurovereenkomst, welke bepaling eerst tijdens de loop van het geding in cassatie in werking was getreden en die krachtens uitdrukkelijke overgangsbepaling ook van toepassing was als de opzegging onder de oude wet was geschied en op een verzoek tot verlenging nog niet onherroepelijk was beslist. Daarmee had de wetgever, volgens de HR aan de nieuwe bepaling terugwerkende kracht verleend.

(70) Zo ook art. 170 EGBGB.

de bescherming die de gerechtigde tegen inbreuk aan dat recht ontleent, wordt bepaald door de wet geldend ten tijde van de inbreuk.

6. De bevoegdheden die in het algemeen worden ontleend aan eigendom, zakelijke of absolute rechten, worden bepaald door de wet geldend ten tijde van de uitoefening daarvan.

De regel is door Hijmans van den Bergh verklaard als een gevolg van het slechts formeel bepaald zijn van de rechtspositie, bij Roubier van de omstandigheid, dat het gaat om 'lois statutaires', aan het wettelijk regime ontleende bevoegdheden. De regel is nodig, omdat hij voorkomt, dat aan gelijke zakelijke rechten verschillende bevoegdheden tot in de verre toekomst kunnen worden ontleend.

Toch kan de regel praktisch moeilijk aanvaardbare gevolgen hebben. Folmer (71) gaf het voorbeeld, dat burennrechtelijke bepalingen worden gewijzigd, waardoor bomen die rechtmatig zijn geplant of vensters die rechtmatig zijn aangebracht, door de nieuwe wet niet meer zijn toegestaan. Het hangt af van de formulering van de norm, of deze op de bestaande toestand van toepassing is. Dat is in beginsel wel het geval, indien de norm het hebben van dergelijke bomen of vensters verbiedt (72). Naarmate de gevolgen voor de betrokkenen ingrijpender zijn, zal de wetgever zich te meer hebben af te vragen of die gevolgen wel gewenst zijn en de rechter of de wetgever die gevolgen ook heeft gewild.

Geldt hetzelfde ook voor contractuele bevoegdheden? Een contractspartij ontleent haar bevoegdheden ofwel aan specifieke bedingen in het contract, ofwel aan wettelijke bepalingen die dergelijke bevoegdheden in het algemeen toekennen. In Frankrijk en België wordt ieder ingrijpen van de nieuwe wet in contractuele bevoegdheden in beginsel als onaanvaardbaar aangemerkt (73). Dat brengt mee, dat de oude wet die bepaalde bevoegdheden toekende, van toepassing blijft. In het Belgisch recht wordt deze regel echter alleen van toepassing geacht, als de nieuwe wet van regelend recht is. De gedachte is, dat partijen haar rechten en verplichtingen hebben geregeld met het oog op het ten tijde van het sluiten van het contract bestaande wettelijke regime. Toepassing van de nieuwe wet waardoor tevoren bestaande bevoegdheden wor-

(71) Folmer, diss. p. 70 e.v.

(72) Vgl. HR 22 juli 1856, W 1943 betreffende een verordening die het hebben van bomen op zekere plaats verbood en niet slechts het planten daarvan. Zie daarover ook Knigge, p. 19 e.v.

(73) Zie voor Frankrijk, Roubier, p. 360 e.v.; voor België Van Gerven, Beginselen van Belgisch Privaatrecht deel 1 (1974), p. 70 e.v. en Closset-Marchal, diss. nos. 20-22.

den aangetast, zou inbreuk maken op de autonomie van de burgers en valt onder het verbod van terugwerkende kracht.

Daartegenover is een beschouwing mogelijk, die meebrengt dat onderscheiden moet worden tussen uitdrukkelijk bedongen bevoegdheden en bevoegdheden die ook zonder bedongen te zijn rechtstreeks uit de wet voortvloeien. Voor de uit de wet voortvloeiende bevoegdheden zou dan de regel gelden, dat zij gaan en komen met de invoering van een nieuwe wet. Dat is het in Duitsland en Zwitserland gevolgde systeem. De wettelijke bevoegdheid is niet een voltooid feit, anders dan de uitoefening daarvan of de inbreuk daarop. Deze laatste benadering lijkt me voor ons recht de voorkeur te verdienen. Zij bevordert de gelijke behandeling van alle contractspartijen, voor zover het gaat om de uitoefening van bevoegdheden die, na inwerkingtreding van de nieuwe wet aan contracten van een bepaalde soort kunnen worden ontleend en daarmee de eenheid van recht. Het argument dat contracten worden gemaakt met het oog op de wettelijke regeling daarvan, kan daartegenover m.i. geen grote indruk maken, als het al realistisch is.

7. De bevoegdheden die een contractspartij aan de wet ontleent, worden bepaald door de wet geldend ten tijde van de uitoefening van de bevoegdheid.

Anders moet men m.i. oordelen over bevoegdheden die een contractspartij niet aan de wet, maar uitsluitend aan het contract ontleent. Die bevoegdheden, mits geldig bedongen ten tijde van het totstandkomen van het contract, blijven in beginsel bestaan na invoering van een nieuwe wettelijke regeling. Dat spreekt vanzelf, voor zover de nieuwe wet slechts bepalingen van reglend recht inhoudt. De onder de oude wet geldig gemaakte bedingen worden dan niet beïnvloed door de nieuwe wet. Dat zou anders kunnen zijn, indien de nieuwe wet het bedingen van deze bevoegdheden verbiedt of aan bijzondere voorwaarden bindt. Dat tast de geldigheid van de onder de oude wet gemaakte bedingen – en daarmee het bestaan van de bedongen bevoegdheid – niet aan (74). In beginsel kan de bevoegdheid dan ook na inwerkingtreden van de nieuwe wet worden uitgeoefend. Het is nu een vraag van uitlegging van de nieuwe wet of deze niet alleen ziet op het bedingen van de bevoegdheid, maar ook op de uitoefening daarvan voor zover de bevoegdheid geldig was bedongen onder de oude wet. Een algemeen vermoeden, dat de wetgever die het bedingen van bepaalde bevoegdheden voor de toekomst verbiedt of beperkt, vermoed wordt ook de uitoefening van onder de oude wet geldig be-

(74) Zie HR 27 oktober 1967, NJ 1968, 94 betreffende een bevoegdelijk, zonder machtiging van de andere echtgenoot verleende koopoptie op de echtelijke woning.

dingen bevoegdheden te hebben willen verbieden, bestaat m.i. niet. Het met nietigheid bedreigen van bedingen die onder de nieuwe wet gemaakt worden, is nu eenmaal iets anders dan het verbieden van de uitoefening van onder de oude wet geldig bedongen bevoegdheden. De wetgever die dat wenst, zal dat moeten bepalen of van zijn bedoeling tenminste duidelijk blijk moeten geven.

De grens wordt gevormd door wat goede zeden en openbare orde toelaatbaar achten. Uitoefening van bevoegdheden in strijd met de openbare orde en goede zeden, zal steeds onaanvaardbaar zijn. In het vermogensrecht zal dat zich echter niet spoedig voordoen.

8. Contractueel bedongen bevoegdheden blijven onderworpen aan de wet geldend ten tijde van het bedingen daarvan, ook als zij eerst worden uitgeoefend na in werking treden van een nieuwe wet die het bedingen daarvan verbiedt of aan dwingendrechtelijke beperkingen onderwerpt.

Denkbaar is, dat de nieuwe wet de uitoefening van bepaalde contractuele bevoegdheden wijzigt. Een dergelijke wet zal veelal naar haar strekking mede op onder de oude wet bedongen bevoegdheden van toepassing zijn. Stelt zij dwingende voorschriften aan de wijze waarop een geldig bedongen bevoegdheid moet worden uitgeoefend, dan zullen die voorschriften ook gelden voor de uitoefening na haar inwerkingtreding van voordien bedongen bevoegdheden. Houdt zij slechts regels van aanvullend recht in, dan is zij slechts van toepassing voor zover daarvan niet in het contract is afgeweken.

Er is een tussencategorie van bevoegdheden die zowel uit de wet als uit het contract voortvloeien. Het komt nogal eens voor, dat in contracten uitdrukkelijk naar wettelijke bepalingen wordt verwezen, of bestaande wettelijke bepalingen woordelijk worden geïncorporeerd.

Men kan zich dan afvragen of aldus 'bedongen' bevoegdheden moeten worden behandeld als aan de wet of als aan het contract ontleend. Ik zou denken, dat ze als wettelijke, niet als contractuele bevoegdheden moeten worden aangemerkt, omdat zij geen bevoegdheden toekennen die niet reeds krachtens de wet bestonden. Zij hebben vooral een belerend, educatief doel. Toch kan men hierover ook wel anders denken. Voor de niet juridisch geschoolde contractspartij ligt het nogal in de rede dat zij voor haar rechten en bevoegdheden eerder zal kijken in het contract dan in de wet.

Algemene verwijzingen naar de wet zouden dan als wettelijke bevoegdheden moeten worden aangemerkt, de letterlijke overneming van de tekst van wettelijke bepalingen in het contract niet. Dat is echter rijkelijk subtiel.

9. Bevoegdheden die bij contract zijn bedongen, maar die ook zonder dat beding krachtens de wet zouden bestaan, worden voor het overgangsrecht aangemerkt als wettelijke bevoegdheden.

Tot veel discussie hebben ook vragen van overgangsrecht op het terrein van de verjaring (en het verval) geleid. Die vragen betreffen in de eerste plaats de wijziging van termijnen. Worden zij verlengd, dan rijst de vraag of de nieuwe bepaling van toepassing is op een lopende verjaring die onder het oude recht is begonnen. Daarop wordt allereerste bevestigend geantwoord, met dien verstande dat dat niet geldt voor verjaringen die onder de oude wet zijn begonnen en voltooid (75).

Bij verkorting van verjaringstermijnen door de nieuwe wet mag de termijn van de nieuwe wet niet worden toegepast op onder de oude wet nog lopende verjaringen, indien die toepassing tengevolge zou hebben, dat de verjaring werd voltooid nog voordat de nieuwe wet in werking trad. Dat zou klaarblijkelijk in strijd komen met art. 4 Wet AB, omdat de verjaring dan krachtens de nieuwe wet in zou treden voordat de nieuwe wet zelf in werking was getreden. De bepaling omtrent verjaring in de oude wet blijft derhalve in ieder geval van toepassing tot de dag van inwerkingtreding van de nieuwe wet. Ook tegen de toepassing van de nieuwe verjaringsbepalingen met onmiddellijke werking bestaan bezwaren, omdat zij voor de betrokkenen als een verrassing kunnen komen. In België en Frankrijk past men dan ook de nieuwe termijn toe, met dien verstande dat zij eerst begint te lopen op de dag van inwerkingtreding van de nieuwe wet en aldus dat de totale termijn niet langer zal zijn dan die van de oude wet (76). De Duitse overgangswetgever heeft die regel in Par. 169 EGBGB opgenomen. In Zwitserland (art. 49 Schlusztitel) is onderscheiden tussen termijnen die naar de nieuwe wet langer of korter dan 5 jaar zijn. Bij termijnen korter dan 5 jaar begint de nieuwe termijn eerst te lopen bij inwerkingtreding, bij langere telt ook de periode onder de oude wet mee, met dien verstande echter dat tenminste nog twee jaren onder de nieuwe wet moeten worden volgemaakt (77). Het Nederlandse overgangsrecht is op dit punt niet uitgekristalliseerd, zodat het wenselijk lijkt, dat de wetgever uitdrukkelijk overgangsbepalingen maakt bij verlenging of verkorting van onder de oude wet aangevangen termijnen. Wel geldt algemeen:

10. Op onder de oude wet voltooide verjaringen blijft de oude wet van toepassing.

(75) Zie Folmer, diss. p. 80 e.v.; G. Closset-Marchal, a.w. p. 18/19.

(76) Closset-Marchal, p. 19 voor België en Roubier, p. 300 voor Frankrijk.

(77) Zie Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht deel I (Broggini), p. 506/507.

Bij nog niet voltooide verjaringen is de nieuwe wet van toepassing, met dien verstande dat de verjaring niet intreedt voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet.

De regel geldt gelijkelijk voor de verkrijgende en voor de extinctieve verjaring. Zij is ook van toepassing op vervaltermijnen. Hij kan niet zonder meer worden toegepast op termijnen van andere aard, bijv. op termijnen voor de aanwending van rechtsmiddelen in aanhangige processen.

Voor aanhangige procedures is het moeilijk een algemene regel te geven. Wel kan gezegd worden, dat aanhangige procedures die naar oud recht moeten worden beslist, bij voorkeur onderworpen moeten blijven aan de daarbij passende processuele regels, zo goed als procedures waarop krachtens regels van overgangsrecht nieuw materieel recht moet worden toegepast, bij voorkeur naar de daarbij passende nieuwe processuele regels zouden moeten worden beslist.

Een ander uitgangspunt bergt het gevaar, dat processuele voorschriften moeten worden toegepast die niet op de materiële regels zijn afgestemd. Maar, dat gaat alleen op, indien de nieuwe processuele regels zijn gemaakt met het oog op de nieuwe materiële regels. Is dat niet het geval en staan zij los van elkaar, dan geldt veeleer als uitgangspunt, dat de nieuwe processuele regels, die ordevoorschriften zijn resp. bevoegdheden toekennen, onmiddellijk van toepassing worden op aanhangige procedures. Als voorbeeld van een wet die met een wijziging van het materiële recht ook daarmee samenhangende wijzigingen van processuele aard bracht, noem ik de Wet herziening echtscheidingsrecht (Stb. 1971, 290), waarin als overgangsbepaling was opgenomen, dat aanhangige gedingen geheel werden afgedaan met toepassing van het oude recht. Die bepaling zag zowel op het materiële als het formele oude recht. Een voorbeeld van een zelfstandige wijziging van het procesrecht geeft het Ontwerp nieuw bewijsrecht, dat blijkens de voorgestelde overgangsbepaling onmiddellijk van toepassing zal zijn in aanhangige gedingen (78). De te formuleren vuistregel zou dan kunnen luiden:

11. Vragen betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de wijze van aanhangig maken van een geding worden beoordeeld naar de wet geldend ten tijde van het aanhangig maken van het geding. De manier van procederen, inclusief de bewijslevering en de aanwending van rechtsmiddelen, wordt beheerst door de nieuwe wet. Echter blijven de procesregels geldend ten tijde van het aanhangig maken van het geding van toepassing, indien de wijziging daarvan nauw samenhangt met een wijziging van het materiële recht en het nieuwe materiële recht niet van toepassing is.

(78) Zie art. VII Gewijzigd Ontwerp nr. 10 377, Tweede Kamer Zitting 1981, nr. 10.

De aldus geformuleerde hoofdregel staat sterk, ook internationaal gezien (79), omdat zij uitgaat van de regel 'tempus regit actum' die een kernbestanddeel is van het overgangsrecht en van art. 4 Wet AB. De uitzondering is meer van praktische aard.

Ook op veel andere terreinen bestaat in ons recht veel onzekerheid over het overgangsrecht. Overal waar dat het geval is, doet de wetgever er goed aan uitdrukkelijke overgangsbepalingen te geven. Als voorbeeld, berucht om zijn moeilijkheid, geef ik dat van de privileges. Hijmans van den Bergh meende, dat het privilege, dogmatisch gezien, met de vordering ontstaat en deel uitmaakt van de materieel bepaalde rechtspositie van de schuldeiser (80). Het is echter de vraag of dat wel waar is. Men kan ook oordelen – en de Hoge Raad heeft dat consequent gedaan (81) – dat voorrang een bevoegdheid geeft bij de verdeling van de opbrengst van beslagen vermogensbestanddelen, derhalve deel uitmaakt van het executierecht. Of die bevoegdheid bestaat zou dan afhangen van het recht ten tijde van de executie, niet van het ontstaan van de vordering (82).

In die optiek gaat het bij privileges om wettelijke bevoegdheden tegenover andere crediteuren, niet om een accessoir van de vordering tegen de debiteur (83) en dat kan dan verklaren waarom eerst de uitoefening van het voorrecht, door daarop aanspraak te maken bij de verdeling, beslissend is. En voor het verhaal van vorderingen geldt m.i. de vuistregel, dat daarvoor het recht ten tijde van het verhaal beslissend is, niet dat ten tijde van het ontstaan van de vordering.

12. Welke verhaalsmogelijkheden een crediteur heeft voor zijn vordering wordt beslist door het recht ten tijde van de uitoefening van het verhaal, evenals de rang die aan de vordering moet worden toegekend.

De regel is betrekkelijk grof, omdat hij niet aangeeft welk van de mogelijke momenten die zich bij het nemen van het verhaal aandienen, als beslissend moet worden aangemerkt. De Hoge Raad koos voor dat van de verdeling,

(79) Zie Roubier, p. 542 e.v. en vooral G. Closset-Marchal, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil* (1983).

(80) Hijmans van den Bergh, *preadvies*, p. 39/40.

(81) HR 1 februari 1928, NJ 1928, 605; HR 25 februari 1955, NJ 1955, 539.

(82) Voor de vraag welk moment in de executie dan bepalend is, dat van beslag (faillissement), verificatie of verdeling zie Cleveringa, *Voorrang en overgang*, WPNR 4420-4422 en het nog te verschijnen artikel van R. Flach, *Enkele overgangsproblemen bij wijziging in het wettelijke systeem van preferenties*.

(83) Zo Roubier, p. 319.

Cleveringa daarentegen koos voor het eerdere moment van de faillietverklaring, resp. van het beslag. Ik houd die keus voor een kwestie van doelmatigheid, meer dan van dogmatiek.

De voorgaande vuistregels, die waarschijnlijk wel voor uitbreiding vatbaar zijn, vloeien voort uit het beginsel van de niet-terugwerking van wetten, zoals ik dat versta. Om die reden hebben zij niet een zelfstandige betekenis, maar veeleer die van illustraties van wat dat beginsel op het gebied van het vermogensrecht inhoudt.

12. CODIFICATIE EN OVERGANGSRECHT

Er bestaat nog een regel van overgangsrecht die in het voorgaande niet is vermeld en die toch aanspraak mag maken op nagenoeg algemene erkenning. Die regel houdt in, dat interpretatieve wetten op anterieure feiten onmiddellijk toepasselijk zijn, ook in aanhangige gedingen.

De regel heeft een eerbiedwaardige ouderdom nu hij teruggaat op de Justiniaanse wetgeving, waarvan de Instituten en Digesten onmiddellijk toepasselijk werden verklaard, ook op aanhangige gedingen. Een uitzondering werd slechts gemaakt voor zaken die door een rechterlijk gewijsde of door minnelijke schikking beëindigd waren, omdat Justinianus die zaken niet wilde doen herleven (84).

De regel spreekt ook onmiddellijk aan: de wetgever die geldend recht codificeert verandert het recht niet, maar verduidelijkt alleen maar wat al geldend recht is. Toepassing van de nieuwe regel tast verkregen rechten niet aan, doet niet tekort aan de rechtszekerheid, maar versterkt die, zodat van schending van vertrouwen in het oude recht geen sprake kan zijn. Art. 4 Wet AB kan geen betrekking hebben op interpretatieve wetten (85). Hijmans van den Bergh heeft daarover opgemerkt, dat interpretatieve wetten altijd iets nieuws brengen en dat toepassing op anterieure feiten kan betekenen, dat aan de wet terugwerkende kracht wordt gegeven (86). Of de interpretatieve wet terugwerkt, hangt af van de bedoeling van de wetgever (87), al erkent hij dat die bedoeling veelal aanwezig zal zijn. Als de wet inderdaad slechts het geldend recht beoogt weer te geven, en – in de woorden van de Hoge Raad – ‘slechts strekte ten deze meerdere rechtszekerheid te scheppen’, dan is zij ook

(84) *Constitutio Tanta* 23.

(85) Zie Leon-Van Praag, *Wet AB*, p. 42 e.v., P. Scholten, *Alg. Deel*, 3e druk, p. 139.

(86) Hijmans van den Bergh, *diss.* p. 32-44 en *preadvies*, p. 16.

(87) Aldus ook Scholten, *Alg. Deel*, p. 139.

op anterieure feiten van toepassing, zij het dat zij gewijsden niet aantast (88). De regel dat interpretatieve wetten onmiddellijk moeten worden toegepast, ook in aanhangige gedingen, is van groot belang voor het overgangsrecht bij invoering van het nieuwe BW. Het nieuwe BW is immers voor een groot deel codificatie van het nu geldende recht. Voor een geringer deel geeft het nieuwe wetboek oplossingen voor rechtsvragen die onder het huidige wetboek niet definitief beantwoord, maar onderwerp van discussie en strijd zijn. Voor zover het dat doet, daarbij kiezend voor een oplossing die ook onder het huidige wetboek reeds verdedigd en mogelijk is, geeft het niet alleen weer hoe het nieuwe recht luidt, maar heeft het ook een grote invloed op de vaststelling van wat ons huidige recht in omstreden kwesties inhoudt. We zijn allen vertrouwd geraakt met de anticipatie door de rechter, de Hoge Raad voorop, op het nieuwe wetboek juist in dergelijke vragen. De omstandigheid dat de wetgever heeft geoordeeld, dat de ene mogelijke oplossing de voorkeur geniet boven de andere, terwijl beide onder het huidige wetboek denkbaar zijn, is een belangrijk argument om ook voor het huidige recht die oplossing te aanvaarden. In dergelijke gevallen kan men niet goed zeggen, dat het nieuwe wetboek verandering van recht brengt, maar veeleer dat de nieuwe bepaling of regeling slechts de strekking heeft meerdere rechtszekerheid te brengen. Voor dat deel van het nieuwe wetboek dat slechts codificatie is van geldend recht of regels geeft die ook thans al kunnen gelden en bij anticipatie geacht moeten worden deel van het geldend recht uit te maken, is het een interpretatieve wet en ligt de onmiddellijke toepassing op anterieure feiten en verhoudingen voor de hand.

Er is nog een andere reden om de onmiddellijke toepassing van het nieuwe BW voor deze categorieën van gevallen de juiste overgangsrechtelijke oplossing te achten. Zou men in rechtswesties die onder het huidige wetboek omstreden zijn, de oude wet toepasselijk blijven achten, dan moet alsnog, soms nog jaren na invoering van het nieuwe wetboek worden beslist, of het huidige recht wel iets anders inhoudt dan het nieuwe, dan wel of de regel van het nieuwe wetboek reeds bij anticipatie ook vóór invoering daarvan reeds geldend recht inhield. Komt men dan tot de slotsom, dat het toepasselijke oude recht op het stuk van de omstreden vraag niet afweek van het nieuwe, dan is het belang van de toepassing van het oude recht daarmee vervallen, maar zijn wel veel tijd en kosten weinig nuttig besteed.

Ik illustreer dat met een voorbeeld. Art. 6.3.2.8. NBW vestigt aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door dieren. Voor art. 1404 BW werd, op grond van constante rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1915 tot

(88) HR 21 mei 1954, NJ 1955, 404.

1980 aangenomen, dat de eigenaar of gebruiker van het dier zich mocht disculperen en dat het dus schuldaansprakelijkheid inhield. Indien de Hoge Raad niet vóór invoering van art. 6.3.2.8. had beslist (89), dat ook art. 1404 BW risicoaansprakelijkheid inhoudt, zou waarschijnlijk als overgangsregel zijn aanvaard, dat op de verbintenis tot schadevergoeding van de eigenaar van het dier voor schadetoebrenging onder het oude recht, art. 1404 BW van toepassing bleef. Dat is immers de hoofdregel voor verbintenissen tot schadevergoeding ontstaan onder het oude recht. Dan zou, na invoering van het NBW, de vraag of art. 1404 BW schuld- of risicoaansprakelijkheid inhield, door de rechter hebben moeten worden beantwoord, met als mogelijke en waarschijnlijke uitkomst dat het artikel risicoaansprakelijkheid inhield.

De anticipatie op het NBW vóór zijn invoering heeft ongetwijfeld het voordeel, dat de overgang van het oude naar het nieuwe wetboek wordt vergemakkelijkt. Zij heeft ook de tegenkant, dat zij de vraag wat het oude recht inhoudt niet heeft vergemakkelijkt. Toepasselijkheid van het oude recht na invoering van het nieuwe, brengt dan mee, dat achteraf moet worden uitgemaakt of dat oude recht niet reeds inhield wat het nieuwe recht uitdrukkelijk bepaalt.

Het nieuwe recht heeft het huidige recht beïnvloed. In veel gevallen is het eenvoudiger om aan te geven wat het nieuwe recht inhoudt of meebrengt, dan wat naar huidig recht nu eigenlijk geldt.

De kwestie wordt nog extra gecompliceerd door, wat ik noem materiële anticipatie. In een aantal gevallen is de regel van het NBW duidelijk een andere dan die van het huidige BW. Niettemin kan het voor het resultaat in concreto onverschillig zijn of de ene of andere regel wordt toegepast. Ook dan zou het uit een oogpunt van rechtszekerheid geen verschil maken of de oude of de nieuwe bepaling wordt toegepast en zou onmiddellijke toepassing van de nieuwe bepaling op oude verhoudingen voor de hand liggen.

Ik geef weer een voorbeeld. In een tweetal recente arresten (90) besliste de Hoge Raad, dat onder het huidige recht de debiteur bij ondeugdelijke prestatie in beginsel zonder ingebrekestelling in verzuim komt. Krachtens art. 6.1.8.7. NBW treedt het verzuim bij ondeugdelijke prestatie in beginsel eerst in na ingebrekestelling. Hoewel de uitgangspunten verschillend zijn, zal in de praktijk de uitkomst veelal gelijk zijn. De goede trouw van art. 1374 BW, resp. de redelijkheid en billijkheid van art. 6.5.3.1. lid 2 NBW slijpen de scherpe kanten van de tegenstelling af, zozeer dat de vraag kan rijzen of het wel

(89) HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (stierkalf).

(90) HR 22 mei 1981, NJ 1982, 59 en HR 26 maart 1982, NJ 1982, 626.

verschil maakt of van de ene of de andere regel wordt uitgegaan (91). Het belang van de rechtszekerheid dat in het overgangsrecht een argument oplevert tegen toepassing van de nieuwe wet op overgangsgevallen, is ook in dergelijke gevallen gering, als het al bestaat. Voor zover het nieuwe wetboek een verandering van systeem inhoudt, maar niet beoogt en niet bewerkstelligt, dat de uitkomst in een concreet geval zal veranderen, is onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet aangewezen.

Dat betekent, dat slechts in gevallen waarin de nieuwe regeling tot andere uitkomsten leidt, de vraag van de rechtszekerheid en van de toepasselijkheid van het beginsel van art. 4 Wet AB bezinning op de regel van overgangsrecht noodzakelijk maakt. Nu bevat het nieuwe BW niet alleen oude wijn in nieuwe zakken, maar ook een klein aantal belangrijke en een groot aantal minder belangrijke nieuwigheden. Daar wordt de wetgever, en als die het laat afweten de praktijk, geconfronteerd met echte overgangsproblemen. Voor de oplossing daarvan is niet een gemakkelijk recept te geven. Het belang van de rechtszekerheid doet zich daar wel voelen, zij het niet in alle gevallen in even grote mate.

Er lijkt iets voor te zeggen voor het nieuwe burgerlijk wetboek als hoofdregel te aanvaarden, dat het onmiddellijk van toepassing wordt voor zover het huidig recht codificeert, inclusief dat gedeelte dat oplossingen geeft voor thans omstreden kwesties en zelfs voor zover het van het huidige recht afwijkende regels geeft waardoor de rechtszekerheid niet sterk wordt aangetast.

Slechts voor zover de nieuwe regeling zowel in belangrijke mate afwijkt van het huidige recht als toepassing van de nieuwe regeling tot aanzienlijke verandering van bestaande vermogensrechtelijke verhoudingen zou leiden, zouden overgangsbepalingen moeten worden ontworpen of gevonden die het belang van de rechtszekerheid recht doen. De in paragraaf 12 ontwikkelde vuistregels kunnen daarbij als oriëntatie dienen.

13. DE UITGANGSPUNTEN VAN HET ONTWERP OVERGANGSRECHT VOOR DE BOEKEN 3, 5 EN 6 NBW

Het Ontwerp voor de artikelen 68-220 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, bevat overgangsbepalingen die noodzakelijk geacht worden wegens de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW, mede in verband met de invoering van de overige Boeken van dat wetboek. Het geeft eerst in titel 3 (art. 68-75) 'Algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3-8'. Titel 4 (art.

(91) Voor die vraag zie de noot sub 2 onder het arrest van 22 mei 1981.

76-122) bevat de overgangsbepalingen in verband met Boek 3, Titel 5 (boek 4) ontbreekt voorshands nog als gevolg van het besluit het nieuwe erfrecht voorlopig niet in te voeren. Titel 6 (art. 150-172) bevat de overgangsbepalingen in verband met Boek 5 en titel 7 (art. 173-195) de overgangsbepalingen in verband met Boek 6. Titel 8 geeft enige overgangsbepalingen in verband met het gedeelte van boek 7 dat tegelijk met de boeken 3, 5 en 6 zal worden ingevoerd (koop, lastgeving, bewaarneming, borgtocht).

De uitvoerige Memorie van Toelichting geeft een uiteenzetting van de gronden waarom voor ieder van de genoemde titels juist deze overgangsbepalingen gekozen zijn. Ik ga daar niet op in.

Aan die verantwoording gaat een Inleiding vooraf waarin de uitgangspunten van het ontwerp worden uiteengezet. Zij bevat een algemene beschouwing over het overgangsrecht en over de betekenis van art. 4 Wet AB. Men mag de wetgever dankbaar zijn, dat hij zijn ideeën over het overgangsrecht in het algemeen heeft uiteengezet. Zij dragen het ontwerp en geven tevens aan hoe in de toekomst problemen van overgangsrecht moeten worden opgelost, indien blijkt dat de overgangsbepalingen daarover zwijgen. Die ideeën zijn op het eerste gezicht duidelijk (92). Zij zijn samen te vatten in drie stellingen:

1. Als de nieuwe wet op bestaande rechtsverhoudingen van toepassing is, dan is onmiddellijke werking de normale.
2. Onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op bestaande rechtsverhoudingen en rechtsposities is iets anders dan terugwerkende kracht. Art. 4 Wet AB is niet in het geding indien de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing wordt op bestaande rechtsverhoudingen.
3. De onmiddellijke werking (toepassing ex nunc) van de nieuwe wetboeken met betrekking tot bestaande rechtsposities, is krachtens art. 4 Wet AB de normale werking van de nieuwe wet en is daarmee uitgangspunt van het Ontwerp.

De stellingen brengen mee, dat de nieuwe wetboeken onmiddellijk van toepassing zijn op bestaande rechtsverhoudingen en dat dat niet behoeft te worden bepaald, omdat het volgt uit art. 4 Wet AB. Zo uitdrukkelijk de MvT:

‘Het is overbodig geacht in het algemeen te bepalen; dat het nieuwe wetboek van zijn inwerkingtreding af ook de reeds bestaande rechtstoestand, de rechtsverhoudingen en rechtsposities beheerst . . . , maar er is in uitzonderingsgevallen volstaan met bepalingen volgens welke dat in bijzondere gevallen anders is’.

(92) Zie Hoofdstuk II, Inleiding sub 8 en 10.

Doordat er van wordt uitgegaan, dat uit art. 4 Wet AB voortvloeit dat bij het ontbreken van overgangsbepalingen het nieuwe wetboek onmiddellijk van toepassing is op bestaande rechtsverhoudingen, brengen die uitgangspunten ook mee, dat de hoofdregel voor de rechtsvinding in vragen van overgangsrecht is, dat het nieuwe wetboek moet worden toegepast. Dat wordt in de toelichting ook met zoveel woorden gezegd (93):

‘Voor het overige geldt derhalve: waar de bepalingen van het ontwerp zwijgen, heeft – behoudens het bepaalde in art. 75 – het nieuwe wetboek onmiddellijke werking’.

Het in deze passage genoemde art. 75 OW NBW nuanceert niet alleen de hoofdregel van rechtsvinding (onmiddellijke werking), maar ook de toepassing van die bepalingen waarin de oude wet van toepassing is verklaard, op gronden van analogie en van redelijkheid en billijkheid. Het artikel luidt:

75. – 1. De wet blijft, ook buiten de in deze en de volgende titels geregelde gevallen, buiten toepassing in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien die toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
- 2. Van de artikelen 69-73 wordt, behalve in de volgende titels, afgeweken op dezelfde gronden als in het vorige lid aangegeven.

Het systeem ziet er nu zo uit: Omdat art. 4 Wet AB dat meebrengt is de nieuwe wet onmiddellijk (ex nunc) van toepassing op bestaande rechtsverhoudingen, indien de wetgever niet heeft bepaald, dat de oude wet van toepassing blijft; op deze hoofdregel moet echter een uitzondering worden gemaakt in geval analogie of redelijkheid en billijkheid een andere oplossing voorschrijven. Die uitzondering werkt naar twee kanten, soms moet toch de oude wet worden toegepast, hoewel naar de algemene regel de nieuwe van toepassing zou zijn; soms ook moet de nieuwe worden toegepast, hoewel krachtens uitdrukkelijke overgangsbepaling de oude wet van toepassing is.

Voordat ik over dit systeem iets zeg, wil ik opmerken, dat de ontwerper zijn uitgangspunt niet volledig doorvoert. Onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op bestaande rechtsverhoudingen zou meebrengen, dat in een aantal gevallen een bestaande rechtstoestand wordt afgebroken, een verkregen recht verloren zou gaan of door de nieuwe wet een rechtsbetrekking tussen partijen zou worden geschapen, beëindigd of op een derde zou overgaan.

Om dat te verhinderen, heeft de overgangswetgever algemene uitzonderingen op de hoofdregel gemaakt. In de artikelen 69 en 70 lid 1 OW, wordt bepaald, dat door het enkele in werking treden van de nieuwe wet, eigendom of een ander vermogensrecht niet verkregen of verloren gaat, geen vorderingsrechten en schulden ontstaan, op een ander overgaan of tenietgaan.

De wetgever heeft die *uitzonderingen* op de hoofdregel van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet niet daarmee geargumenteed, dat art. 4 Wet AB dat meebrengt, maar omdat die uitzonderingen op de hoofdregel van onmiddellijke werking gerechtvaardigd worden door het belang bij eerbiediging van bestaande rechtsposities. Hoewel art. 4 Wet AB wijst in de richting van onmiddellijke werking, is toch een wilsbesluit van de wetgever in andere zin gerechtvaardigd. Ik citeer uit de MvT:

‘In het algemeen weegt het belang bij eerbiediging of althans uitgestelde werking het zwaarst, wanneer invoering van het nieuwe recht een bestaande toestand zou afbreken, een verkregen recht zou doen verloren gaan of een rechtsbetrekking tussen partijen zou scheppen, beëindigen of doen overgaan. Zie bijv. art. 182 dat het oude recht eerbiedigt, wanneer een schuldenaar bij de inwerkingtreding reeds in verzuim verkeert. In het bijzonder door het rekening houden met zulke effecten zijn de artikelen 69 en 70 geïnspireerd’.

Klaarblijkelijk is de wetgever van oordeel, dat zonder uitdrukkelijke bepalingen als die van art. 69 en 70, de rechter op grond van algemene beginselen van overgangsrecht de nieuwe wet zou moeten toepassen met als gevolg de onmiddellijke verkrijging of het verlies van eigendom of van een vermogensrecht, het ontstaan, overgaan of tenietgaan van vorderingsrechten en schulden. Ook de bijzondere overgangsbepalingen die inhouden, dat op bepaalde bestaande rechtsposities de oude wet van toepassing blijft, moeten in dit systeem gezien worden als uitzonderingen die de wetgever maakt op de regel die in beginsel zou gelden. Bijzondere aandacht verdient ook art. 70 lid 2. Is in het eerste lid bepaald, dat het enkele in werking treden van de wet geen vorderingsrechten en schulden doet ontstaan, op een ander overgegaan of tenietgegaan, het tweede lid maakt daarop een uitzondering:

70. – 2. De bepalingen der wet omtrent verbintenissen worden echter voor het gevolg van toepassing op ten tijde van het in werking treden van de wet bestaande overeenkomsten en andere rechtsbetrekkingen waaruit verbintenissen voortvloeien.

Blijkens de MvT bevat het tweede lid van art. 70 een bepaling 'die ten dele van lid 1 afwijkt – vandaar het woord "echter" – doch die met art. 4 Wet AB samenvalt'. Vervolgens wordt uitgelegd, dat de bepaling niet slechts inhoudt, wat men daarin geneigd zou zijn te lezen, te weten dat bij bestaande overeenkomsten en andere duurzame rechtsbetrekkingen, de nieuwe wet bepaalt of na haar inwerkingtreding verbintenissen ontstaan, overgaan of tenietgaan, maar iets heel anders. Blijkens de toelichting houdt de bepaling mede in, dat reeds ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek bestaande verbintenissen, voortaan beheerst worden door het nieuwe recht. Ik citeer:

'Voor de invoering van het nieuwe BW houdt dat echter mede in dat met de inwerkingtreding de verbintenissen die de oude wet aan die overeenkomst hecht, ophouden te gelden, en dat de verbintenissen van de nieuwe wet daarvoor in de plaats komen . . . Zoals reeds eerder is opgemerkt, vervallen daarmee niet een vorderingsrecht en een schuld die krachtens het oude recht nog "overstaan", maar die worden bevroren in de omvang die zij bij – d.w.z. vlak vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht hadden'.

Die toelichting roept vragen op. In de eerste plaats, omdat zij in de bepaling iets leest wat daarin niet te lezen valt, nl. dat zij ook – en vooral – ziet op verbintenissen die uit overeenkomst en andere rechtsbetrekkingen reeds onder de oude wet waren voortgevloeid. In de tweede plaats lijkt zij innerlijk tegenstrijdig. Ofwel verbintenissen worden bevroren in de omvang die zij hadden ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe recht, maar dan kunnen bepalingen van het nieuwe recht die over omvang en inhoud van verbintenissen iets zeggen daarop niet van toepassing zijn, ofwel bestaande verbintenissen houden op te gelden en worden van rechtswege geconverteerd in (vergelijkbare) verbintenissen van de nieuwe wet. In het laatste geval bepaalt de nieuwe wet ook inhoud en omvang van de verbintenissen. Beide tegelijk kan niet.

Ik geef een voorbeeld. Als onder het oude recht een jong kind onrechtmatig schade heeft toegebracht, dan heeft art. 70 lid 1 tengevolge, dat de verbintenis tot schadevergoeding blijft bestaan ten laste van het kind en dat deze niet op zijn ouders overgaat. Als echter die verbintenis krachtens art. 6:19.12a kan worden gematigd door toepassing van de nieuwe wet, dan is de verbintenis niet bevroren zoals deze bestond voor de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek, maar wordt zij inhoudelijk bepaald door de nieuwe wet. Als de nieuwe wet op bestaande verbintenissen van toepassing is, dan worden deze naar omvang en inhoud door de nieuwe wet bepaald, wat in sommi-

ge gevallen zal leiden tot wijziging van de omvang die ze hadden onder de oude wet. In ieder geval lijken tekst en toelichting niet goed op elkaar aan te sluiten en is de toelichting voor verbetering vatbaar.

Het hiervoor geschetste systeem van de overgangsbepalingen voor het vermogensrecht wordt gepresenteerd als voortvloeiend uit in ons recht aanvaarde opvattingen en beginselen van overgangsrecht. De hoofdregel van de onmiddellijke toepasselijkheid van de nieuwe wet op bestaande vermogensrechtelijke betrekkingen zou voortvloeien uit het normale effect van de invoering van nieuwe wetten, terwijl art. 4 Wet AB daaraan niet in de weg zou staan omdat dat niet ziet op toepasselijkheid *ex nunc* van de nieuwe wet op verhoudingen die onder de oude wet zijn ontstaan. Dat zou dan daaruit blijken, dat terugwerkende kracht van art. 4 Wet AB slechts ziet op toepassing van de nieuwe wet vanaf enig tijdstip vóór haar inwerkingtreding, niet op de toepassing vanaf haar inwerkingtreding. Voor zover de voorgestelde overgangsbepalingen niettemin de toepassing van de oude wet op overstaande vermogensrechtelijke betrekkingen voorschrijft, berust dat op een keus van de wetgever om bestaande verhoudingen niet aan te tasten, niet op het uitgangspunt dat art. 4 Wet AB en het daarin belichaamde belang van de rechtszekerheid de toepassing van de oude wet meebrengen. Dat heeft weer tengevolge, dat in door de wetgever niet besliste vragen van overgangsrecht de rechter de nieuwe wet moet toepassen, ook als hij zou vinden dat daarmee de rechtszekerheid geweld wordt aangedaan.

Wat moet men nu denken van een dergelijk systeem van overgangsrecht op het terrein van het vermogensrecht? Ik maak daarbij een aantal kanttekeningen:

1. Het systeem berust op een restrictieve uitleg van de term 'terugwerkende kracht' in art. 4 Wet AB, zoals eerder voorgesteld door Hijmans van den Bergh en in het Ontwerp tot wijziging van art. 4 Wet AB. Met handhaving van die restrictieve uitleg van art. 4 Wet AB, tast het tevens de kern van de toen gedane voorstellen aan door de eerbiediging van materieel bepaalde rechtsposities (naar haar inhoud bepaalde bevoegdheden of verplichtingen van een persoon) als hoofdregel van overgangsrecht te schrappen en daarvoor onmiddellijke (exclusieve) werking van de nieuwe wet in de plaats te stellen.
2. Het voorgestelde systeem is nieuw in die zin, dat het bij mijn weten nergens bestaat en ook voor ons recht nieuw is, doordat het niet aansluit bij de rechtspraak van de Hoge Raad in kwesties van overgangsrecht, noch bij enig in de literatuur verdedigd en uitgewerkt systeem. Het breekt daardoor met de nationale en internationale traditie, terwijl de wenselijkheid daarvan – althans voor mij – onvolgende is aangetoond.
3. De ongeschreven hoofdregel van rechtsvinding die wordt voorgesteld (bij stil-

zwijgen van de overgangswet is de nieuwe wet toepasselijk), is aanvaardbaar voor zover de nieuwe boeken van het BW het bestaande recht codificeren, ook voor zover zij oplossingen geven voor rechtsvragen die ook voor het huidige recht reeds zouden kunnen gelden, eventueel ook voor zover de nieuwe regel of regeling geen vermogensverschuiving teweeg brengt voor partijen bij een onder het oude recht ontstane vermogensrechtelijke rechtsbetrekking. De hoofdregel is echter niet aanvaardbaar, want in strijd met het beginsel van de rechtszekerheid, dat door art. 4 Wet AB wordt gewaarborgd, in zoverre de nieuwe wet zou moeten worden toegepast, hoewel daardoor belangrijke vermogensverschuivingen tussen partijen zouden optreden.

4. Met de uitgangspunten van het ontwerp kan in gevallen waarin uitdrukkelijke overgangsbepalingen ontbreken, een bevredigend resultaat soms slechts worden bereikt door toepassing van art. 75.

Het zal duidelijk zijn, dat ik de uitgangspunten van het ontwerp, voor zover die berusten op het algemene gezichtspunt dat onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op bestaande verhoudingen normaal is, niet onderschrijf. Zeker voor het vermogensrecht is dat uitgangspunt niet houdbaar. Als dat wèl het geval was, zou het overgangsrecht niet een problematisch onderdeel van het recht zijn. Maar, dat betekent niet dat ik de voorgestelde bepalingen onjuist acht. Integendeel, uit de toelichting blijkt, dat de ontwerper het belang van de rechtszekerheid en dat van de wenselijkheid om het nieuwe recht zo spoedig mogelijk van toepassing te doen zijn, evenwichtig heeft afgewogen. De vuistregels die ik rechtstreeks uit art. 4 Wet AB voor de rechtsvinding in vragen van overgangsrecht op het terrein van het vermogensrecht afleidde, zijn in de bepalingen van het ontwerp terug te vinden, zij het als uitzonderingen op een *a contrario* uit art. 4 Wet AB afgeleide hoofdregel van onmiddellijke toepasselijkheid van de nieuwe wet. Ik sta dan ook nogal ambivalent tegenover het voorliggende ontwerp. Ik vind het vooral bedenkelijk, omdat het berust op een theoretisch uitgangspunt dat ik voor onjuist houd en dat ook buiten de invoering van de nieuwe boeken van het BW de rechtsvinding in zaken van overgangsrecht zal beïnvloeden. Mijn bezwaren richten zich meer tegen de in de Inleiding van de Memorie van Toelichting gegeven uiteenzetting over het overgangsrecht in het algemeen, dan tegen concrete bepalingen van het ontwerp. Daarvan roept eigenlijk alleen art. 70 lid 2 bij mij ernstige bezwaren op, mede in verband met de daarop gegeven toelichting. Om toch concreet te eindigen, uit ik de volgende verlangens:

a. de in de toelichting gedane algemene uitspraak, dat onmiddellijke werking van de nieuwe wet in zaken van overgangsrecht normaal is en niet in conflict komt met het door art. 4 Wet AB gewaarborgde beginsel van de rechtszekerheid, zou moeten

worden teruggenomen of gerelativeerd;

b. de vooronderstelde hoofdregel van rechtsvinding dat de nieuwe boeken van het BW onmiddellijk van toepassing zijn op ten tijde van de invoering bestaande vermogensrechtelijk verhoudingen, voor zover daarvan niet in de overgangsbepaling is afgeweken, zou uitdrukkelijk als overgangsbepaling moeten worden opgenomen;

c. de toelichting van die algemene overgangsbepaling zou moeten zijn, dat de nieuwe regeling goeddeels codificatie is en oplossing van ook thans omstreden problemen. De hoofdregel vindt dan zijn rechtvaardiging in de wetgevingseconomie, waardoor met een betrekkelijk gering aantal overgangsbepalingen kan worden volstaan;

d. art. 75 zou moeten worden vervangen door een bepaling, direct volgende op de hoofdregel van onmiddellijke werking, inhoudende dat in niet geregelde gevallen niettemin de oude wet van toepassing blijft, indien toepassing van de nieuwe wet uit een oogpunt van rechtszekerheid onaanvaardbaar is.

INHOUD

PREADVIES MR. H. STEIN

Brood-NODI-gheden bij de toepassing van de overgangswet Boeken 3, 5 en 6 NBW

§ 1-4	INLEIDING	69
<i>Hoofdstuk 1</i>	OVEREENKOMST	
§ 5	Overzicht	73
§ 6	Algemeen	73
§ 7-12	Totstandkoming	73
§ 13-18	(On)geldigheid	77
§ 19-30	Inhoud	81
§ 31-32	Overeenkomst en derden	86
§ 33-36	Nakoming	87
§ 37-38	Subrogatie	89
§ 39	Mora creditoris	90
§ 40-51	Niet-nakoming	91
§ 52-60	Koop en ruil	99
§ 61	Lastgeving	105
§ 62-63	Bewaarneming	105
§ 64	Borgtocht	106
<i>Hoofdstuk 2</i>	ONRECHTMATIGE DAAD	
§ 65-70		108
<i>Hoofdstuk 3</i>	SCHADEVERGOEDING	
§ 71		112

<i>Hoofdstuk 4</i>	OVERIGE VERBINTENISSEN	
§ 72	Natuurlijke verbintenis	113
§ 73-74	Pluraliteit	113
§ 75	Voorwaardelijkheid	114
§ 76	Verrekening	114
§ 77	Vermenging	115
§ 78	Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking	115
§ 79	Overgang van vorderingen	115
<i>Hoofdstuk 5</i>	ZAKENRECHT	
§ 80	Opmerking vooraf	116
§ 81	Algemeen	116
§ 82-85	Eigendom van onroer. zaken	117
§ 86-87	Burenrecht	117
§ 88	Mandeligheid	118
§ 89-93	Erfdienstbaarheden	119
§ 94-99	Erfpacht	121
§ 100	Opstal	124
§ 101	Appartementsrechten	124
§ 102-105	Vruchtgebruik	124
<i>Hoofdstuk 6</i>	ALGEMEEN VERMOGENSRECHT	
§ 106	Hulpzaken	127
§ 107-108	Derdenbescherming	127
§ 109-115	Nulliteiten	129
§ 116-121	Termijnen	135
	Verkrijging en verlies:	
§ 122-124	Algemeen	139
§ 125	Overdracht	140
§ 129	Tijdelijke eigendom	142
§ 130	Art. 2014 lid 2	143
§ 131	Art. 1910	143
§ 132-134	Cessie	144
§ 135	Originaire eigendomsverkrijging	145
§ 136	Vinding	146
§ 137	Schatvinding	146
§ 138	Eigendom van dieren	146
§ 139-143	Verkrijgende verjaring	146
§ 144-145	Bepaalde rechten	148

§ 146	Non usus	150
	Zekerheidsrechten:	
§ 147	Algemeen	150
§ 148-158	Vuistpandrecht	150
§ 159-166	Zekerheidsoverdracht	156
§ 167	Eigendomsvoorbehoud	160
§ 168	Recht van reclame	161
§ 169	Retentierecht	161
§ 170-174	Hypotheek	162
§ 175	Borgtocht	164
§ 176-179	Voorrang	164
§ 180-183	Voorrechten	166
	Gemeenschap:	
§ 184-186	Algemeen	168
§ 187-193	Bestuursregeling	170
§ 194-197	Verhaalsregeling	174
§ 198-225	Verdeling	175
	Verjaring en verval:	
§ 226-228	Verjaring en verval	188
§ 229-230	Stuiting	190
§ 231-234	Schorsing	192
§ 235	Volmacht	195
<i>Hoofdstuk 7</i>	GEDINGEN	
§ 236-245	Voorgestelde procesregeling	196
§ 246	Zekerheidstelling	209
<i>Hoofdstuk 8</i>	EXECUTIE EN BESLAG	
§ 247-248	Opmerking vooraf	210
§ 249	Rechterlijke machtiging	212
§ 250	Rechterlijke voorziening	212
§ 251-254	Execut. beslag tot verhaal	212
§ 255-257	Cons. beslag tot verhaal	215
§ 258	Executie tot afgifte	216
§ 259	Gedwongen ontruiming	217
§ 260	Diversen	217
<i>Hoofdstuk 9</i>	FAILLISSEMENT	
§ 261	Opmerking vooraf	218
§ 262	Faillietverklaring	219

§ 263	Faillissementspauliana	219
§ 264-267	Positie schuldenaar	220
§ 268	Wederkerige overeenkomsten	221
§ 269	Positie schuldeisers	222
§ 270-272	Separatisten	223
§ 273	Retentor	226
§ 274	Afkoelingsperiode	226
§ 275	Verificatie	227
§ 276	Surséance van betaling	227
§ 277	Slotbeschouwing	227

Hoofdstuk 10 ALGEMENE BEPALINGEN

§ 278	Overzicht	229
§ 279	De nieuwe wet	230
§ 280	De tijdelijkheid van de wet	231
§ 281	Het juridisch procédé	232
§ 282	Art. 4 AB als verwijzingsregel	234
§ 283	Onmiddellijke toepassing	235
§ 284	Uitgestelde toepassing	238
§ 285	Het terugwerkingsverbod	239
§ 286	De betekenis van het terugwerkingsverbod	240
§ 287	De betekenis van overgangsrechtelijke terugwerking .	242
§ 288	Het achterliggende probleem	245
§ 289	Een voorbeeld	246
§ 290	Terugwijzing	247
§ 291	Verkregen rechten	249
§ 292	Ontstaan en inhoud van rechten	251
§ 293	Rechtsposities	252
§ 294	Het vertrouwensbeginsel	254
§ 295	De administratiefrechtelijke ervaring	255
§ 296	Verkregen rechten in de Overgangswet	257
§ 297	De knelpunten van het overgangsrecht	258
§ 298	Gelding, toepassing, effect	259
§ 299	Rechtstoepassingsrecht	260
§ 300	De onaanvaardbaarheidsregeling	252
§ 301	Het tekort van de Overgangswet	264
§ 302	Algemene beoordeling	265
§ 303	Slotopmerking	266

NODI	267
Overgangswetten	298

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

- | | |
|------------------------------------|---|
| De Die | B.C. de Die, Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar, RM Themis 1979, p. 253-285. |
| Duk | W. Duk, Terugwerkende kracht, praeadvies (Vereniging voor administratief recht), 1963. |
| Hijmans van den Bergh, dissertatie | L.J. Hijmans van den Bergh, Opeenvolgen van rechtsregels, proefschrift 1928. |
| Hijmans van den Bergh, praeadvies | Dezelfde, Overgangsrecht in verband met het ontwerp voor een NBW, praeadvies (Broederschap der notarissen) 1965. |
| Jeukens | H.J.M. Jeukens, Terugwerkende kracht, praeadvies (Vereniging voor administratief recht), 1963. |
| Knigge | G. Knigge, Verandering van wetgeving, proefschrift 1984. |
| PG | Parlementaire geschiedenis van het NBW (samengesteld door Van Zeben c.s.); aangehaald worden boek/pagina. |
| Polman | J.J.R. Polman, Temporele werking en van wetten, proefschrift 1984. |
| Roubier | Paul Roubier, Le droit transitoire 1960 (2e druk van het in 1929 verschenen werk: Les conflits des lois dans le temps). |
| SE | Studenteneditie van de Parlementaire geschiedenis. |
| Savigny | F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840-1849. |
| Stein | H. Stein, Plaats en Tijd in het IPR, 1984 (Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus). |

Brood – NODI – gheden bij de toepassing van de Overgangswet boeken 3, 5 en 6 NBW.

*Om adequaat te blijven, hic et nunc,
volg ik u stenografisch in het klad
en rekt het teken zich reikhalzend uit
bij deze wedloop tussen taal en tijd.
(Gerrit Achterberg)*

1 **UITGANGSPUNT.** De Overgangswet – officiële titel: ‘Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW (elfde gedeelte) bevattende aanvulling van de Overgangswet NBW’ – is gebaseerd op het systeem van het NBW: zij gaat uit van algemene regels van overgangsrecht en daalt af naar bijzondere gevallen; die bijzondere gevallen worden bepaald aan de hand van de voorschriften van het NBW.

Bij de invoering staan echter voor de juridische praktijk de rechten en rechtsbetrekkingen voorop, die op basis van het BW – zijn structuur en zijn bepalingen – zijn ontstaan en onder het nieuwe recht gevolgen zullen hebben. Bij de eventuele botsing tussen oud en nieuw recht is niet de nieuwe, maar de oude wet uitgangspunt. Daarbij gaat het niet om abstracte begrippen, zoals rechtshandelingen of rechtsvorderingen, maar om concrete rechtsverhoudingen: een bepaalde overeenkomst, een in het verleden gevestigde erfdienstbaarheid en dergelijke. Dit praeadvies tracht de transitoire problemen daarom op andere wijze dan de Overgangswet te benaderen: hoe dienen concrete problemen van overgangsrecht te worden opgelost, die vanuit het BW-zicht zijn te verwachten? Dat is in de ogen van de aanhangers van de NBW-methodiek zuiver ketterij, maar de natuur is nu eenmaal sterker dan de leer en Paris vaut bien une messe.

Daarmee is tevens de opbouw van dit praeadvies bepaald. In de juridische praktijk van alle dag zijn overeenkomst en onrechtmatige daad de meest voorkomende verschijnselen. Daarom staat het verbintenissenrecht voorop, gevolgd door het zakenrecht en eerst tot slot komt het algemene vermogensrecht. Daarbij houde men in gedachten, dat in principe – maar niet steeds consequent – de BW-opvattingen over zaken- en algemeen vermogensrecht zijn gevolg.

De overgangsrechtelijke aanbevelingen – ontleend aan de Overgangswet, de toelichting daarop en de Wet AB – zijn puntsgewijze samengevat. Zo'n punt wordt aangeduid als knoop, als 'nodus' (N). Want die nodi beogen niet meer te zijn dan oriëntatieknopen in de draad van Ariadne, die wil helpen de uitweg uit het overgangsrechtelijke labyrint te vinden. Dat aldus de Overgangswet op haar volledigheid kan worden getoetst, is een prettige bijkomstigheid, die men niet te hoog mag aanslaan. Zoals bij het redigeren van contracten de phantasie ontoereikend is om alle toekomstige moeilijkheden te voorzien, schiet de menselijke verbeelding te kort om alle te verwachten problemen van overgangsrecht te voorspellen.

2 TERMINOLOGIE. De (ontwerp-) Overgangswet (Invoeringswet 11e gedeelte) wordt verder aangeduid als Overgangswet (zo nodig afgekort: Ov.). Daarnaast staat de Invoeringswet 12e gedeelte: 'Overgangsrecht tweede stuk' hierna verder aangeduid als: Overgangswet II. In verband daarmee wordt in gevallen, waarin verwarring kan dreigen, de eigenlijke Overgangswet aangeduid als: Overgangswet I. Verwijzingen naar de 'MvT' betreffen steeds de toelichting op de Overgangswet I. Indien de verwijzing betrekking heeft op de memorie van toelichting der Overgangswet II, wordt de afkorting 'MvT II' gebruikt. Bij verwijzing naar de parlementaire stukken van een der andere ontwerp-invoeringswetten, wordt het nummer van het wetsontwerp (w.o.) erbij vermeld. Voor de vaststellingswetten wordt verwezen naar de Parlementaire Geschiedenis (PG) met vermelding van de vindplaats in de Studenteneditie (SE).

De teksten van de Overgangswetten, waarop de nodi betrekking hebben, zijn als bijlagen bijgevoegd. Dat zijn voorontwerpen, die vermoedelijk op diverse punten afwijken van de uiteindelijk in te dienen wetsontwerpen. Op die indiening kon helaas niet worden gewacht.

In het overgangsrecht is het gebruikelijk de 'nieuwe wet' tegenover de 'oude wet' te stellen. Dit gebruik wordt ook hierna gevolgd. De 'nieuwe wet' is telkens het NBW – de boeken 3, 5 en 6 met de satelliet-invoeringswetten, dus het nieuwe vermogensrecht – en de 'oude wet' het vermogensrecht van het BW. Het nieuwe, c.q. oude vermogensrecht is niet beperkt tot de (N)BW-voorschriften, doch omvat alle daartoe behorende materieelrechtelijke, procesrechtelijke en administratiefrechtelijke voorschriften.

De inwerkingtreding van het NBW-vermogensrecht wordt korthedshalve aangeduid als: invoering.

Met 'zaken', c.q. 'goederen' worden telkens de NBW-begrippen bedoeld. Als 'roerende zaken' worden kortweg aangeduid: roerende zaken die geen register-goederen zijn.

3 DOEL. Dit praeadvies heeft een tweeledig doel.

Het is in de eerste plaats zuiver *descriptief*: wat betekenen de voorschriften van de Overgangswet bij praktische toepassing op de verschillende rechtsgebieden? In zoverre zijn de nodi slechts herformuleringen van de artikelen der Overgangswet, en wel erg saaie herformuleringen: zij komen goeddeels neer op een herhaling van het uitgangspunt van de Overgangswet. Dit uitgangspunt is: onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op bestaande rechtsverhoudingen, doch met exclusief effect, dwz. voor de toekomst. Het vereist telkens denkwerk zich de gevolgen daarvan te realiseren. De nodi met hun toelichtingen willen daarbij helpen.

Daarnaast staat een *critisch* doel. Bij de beoordeling van de Overgangswet dient men zich bij voorduring drie vragen te stellen:

- a. Dekt de Overgangswet de stof of zijn er lacunes?
- b. Is het criterium, dat de Overgangswet voor de bepaling van de toepasselijke wet voorstelt, duidelijk genoeg om onzekerheden – en dus geschillen – te voorkomen?
- c. Wordt – binnen het kader van de antwoorden op de vragen a en b – een oplossing bereikt die het rechtvaardigheidsgevoel bevredigt?

Voor zover deze toetsing amendementen gewenst maakt, zijn zij eveneens in nodi verwerkt, die – ter voorkoming van verwarring – aangeduid zijn met de letter V (van voorstel, verandering of hoe men het noemen wil). Die voorstellen hebben uitsluitend betrekking op de Overgangswet(ten); de NBW-bepalingen worden als onaantastbaar uitgangspunt aanvaard. Met de veranderingen, die bij memorie van antwoord in WO 17 496 (invoeringswet 4e gedeelte; boek 3) zijn gebracht, kon geen rekening meer worden gehouden.

De volgorde, waarin de voormelde drie vragen zijn opgevoerd, is welbewust gekozen. De tijdelijk beperkte functie van het overgangsrecht brengt mee, dat de zekerheid omtrent het toe te passen recht belangrijker is dan het billijkheidsgehalte van de oplossing. Wanneer daarbij in de V-nodi een duidelijke tendens tot vervroeging van de toepassing van het nieuwe recht te bespeuren is, berust deze niet op afkeer van het oude recht; zij is ingegeven door de wens, partijen zo spoedig mogelijk en zo ruim mogelijk te laten profiteren van de vele verbeteringen, die het nieuwe recht brengt. Partijen hebben recht op deze – niet te loochenen – verbeteringen, die in de NBW-discussies helaas meestal zeer stiefmoederlijk worden bedeed.

4 WAARSCHUWING. De Overgangswet bestaat uit een beperkt aantal algemene bepalingen en een groot aantal bijzondere bepalingen. Het ligt voor de hand, zich eerst in de algemene bepalingen te verdiepen, om daarna

vluchtig aandacht te besteden aan de bijzondere bepalingen . Dat is echter niet aan te bevelen, noch ter bestudering van de Overgangswet(ten), noch ter oplossing van concrete problemen. De algemene bepalingen zijn namelijk zo abstract geformuleerd, dat ze onbegrijpelijk lijken of aanleiding geven tot verkeerde conclusies. Wie de Overgangswet goed wil begrijpen, doet er verstandig aan, zich eerst door de rijstebrij van de bijzondere bepalingen heen te worstelen; of zij of hij daarna zal ontdekken, dat de algemene bepalingen het land van Cokanje zijn, waarvan wij allen dromen, is een andere vraag, waarop in het laatste hoofdstuk zal worden ingegaan.

Ik ben door schade en schande wijs geworden en veroorloof mij daarom het advies aan wie de Overgangswet(ten) willen bestuderen: begint met de algemene bepalingen door te lezen; laat U niet ontmoedigen, als U er niets van begrijpt; bestudeert de bijzondere bepalingen goed; en keert dan terug naar de algemene bepalingen.

Aan wie de oplossing van een concreet probleem zoeken, adviseer ik: begint met zoeken naar een bijzondere bepaling in de Overgangswet(ten); ontbreekt zij, raadpleegt de MvT van de Overgangswet(ten) bij de toepasselijke NBW-bepaling; eerst als dat niets oplevert, leest de algemene bepalingen (en de toelichting daarop!) met een op Uw probleem gericht oog. Onthoudt steeds: alleen wie cum laude afgestudeerd is, mag de hybris hebben met de algemene bepalingen te beginnen.

HOOFDSTUK I

5 OVERZICHT. De Overgangswet kan met enkele artikelen voor de overeenkomst in het algemeen volstaan. Als gevolg van haar gelaagde structuur zijn immers op de overeenkomst toepasselijk:

- de algemene overgangsbepalingen (artt. 68-75 Ov.);
- de overgangsbepalingen voor rechtshandelingen (artt. 79-82 Ov.);
- de overgangsbepalingen voor verbintenissen (artt. 173-190 Ov.);
- de overgangsbepalingen voor overeenkomsten (artt. 191-195 Ov.).

Voor de jurist, die de overgangsrechtelijke problemen vanuit de BW-traditie ziet, ontstaat daardoor een verwarrende indruk. Ter voorkoming daarvan wordt hieronder uitgegaan van de BW-benadering van contractuele vragen.

Dit blijkt uit de onderverdeling:

- Algemeen	§ 6
- Totstandkoming	§ 7-12
- (On)geldigheid	§ 13-18
- Inhoud	§ 19-30
- Overeenkomst en derden	§ 31-32
- Nakoming	§ 33-36
- Subrogatie	§ 37-38
- Mora creditoris	§ 39
- Niet-nakoming	§ 40-51

6 ALGEMEEN.

1000 *De rechtsgevolgen van een vóór de invoering aangegane overeenkomst worden vanaf de invoering beheerst door de nieuwe wet (Art. 70 lid 2 Ov.).*

N. 1000 is slechts een herformulering van art. 70 lid 2 Ov. voor overeenkomsten. Het geeft het uitgangspunt van de Overgangswet voor lopende overeenkomsten weer; op dit beginsel bestaan echter diverse uitzonderingen. Die uitzonderingen komen hieronder ter sprake.

7 TOTSTANDKOMING.

1001 *Indien bij de invoering nog niet alle vereisten vervuld zijn, die de oude wet voor de totstandkoming van een overeenkomst stelt, bepaalt de nieuwe wet de vereisten voor de totstandkoming (Art. 4 AB).*

- 1002 *Een onder de oude wet rechtsgeldig gedaan (bindend) aanbod verliest zijn bindende kracht niet, indien de nieuwe wet vóór de aanvaarding van het aanbod wordt ingevoerd en een nader vereiste voor de geldigheid van een (bindend) aanbod stelt (Art. 4 AB).*
- 1003 *V De nieuwe wet is van toepassing op het aanbod, gedaan door een onbekwame of gestoorde, dat bij de invoering nog niet is aanvaard. Een dergelijk aanbod wordt terugwerkend vernietigbaar.*
- 1004 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan.*
- 1005 *V De nieuwe wet is van toepassing op een vóór de invoering door een onbekwame of gestoorde aangegane overeenkomst. Een dergelijke overeenkomst wordt terugwerkend vernietigbaar.*
- 1006 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan.*

8 OVERZICHT. Art. 1356 vermeldt als algemene eisen – afgezien van speciale eisen voor bijzondere overeenkomsten – voor de ‘bestaanbaarheid’ van overeenkomsten:

- toestemming van partijen;
- bekwaamheid van partijen;
- bepaald onderwerp;
- geoorloofde oorzaak.

Indien alle vereisten bij de invoering vervuld zijn, dan was de overeenkomst geldig en blijft zij geldig. Ontbreekt een der vereisten, dan geldt N. 1001.

Het vereiste van een *bepaald onderwerp* levert geen overgangsrechtelijke moeilijkheden op. Het wordt reeds onder het oude recht opgevat in de betekenis, die art. 6.5.2.10 daaraan toekent (Asser-Rutten I, p. 158).

De eis van een *geoorloofde oorzaak* houdt in, dat de overeenkomst niet ‘bij de wet verboden is of strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde’ (Asser-Rutten I, p. 195). Dat zijn dezelfde criteria als in art. 3.2.7 genoemd. Het enige verschil bestaat hierin, dat overtreding van een verbod, vastgesteld bij wet in materiële zin (die niet tevens wet in formele zin is), onder de nieuwe wet niet meer als bij de wet verboden, doch als strijdig met de openbare orde of goede zeden moet worden beschouwd.

Een overeenkomst, die bij het aangaan een geoorloofde oorzaak had, verliest die geoorloofde oorzaak niet door een latere wetswijziging. Zie de rechtspraak, geciteerd bij Asser-Rutten II, p. 202/203.

9 TOESTEMMING EN BEKWAAMHEID. De wederzijdse toestemming blijkt uit aanbod en aanvaarding. Ontbreekt bij de invoering een met het aanbod overeenstemmende aanvaarding, dan is de overeenkomst nog niet tot stand gekomen. Voert de nieuwe wet een – onder de oude wet onbekend – vormvereiste in, dan is de enkele aanvaarding niet meer voldoende, doch moet ook het vormvereiste vervuld worden: N. 1001.

Indien de enkele aanvaarding vóór de invoering niet tot de totstandkoming van de overeenkomst heeft geleid – bij voorbeeld omdat daarvoor ‘goedkeuring, machtiging, vergunning of enige andere vorm van toestemming van een derde’ vereist was – , dan is de overeenkomst niet tot stand gekomen. Handhaaft de nieuwe wet het vereiste, dan moet het nog vervuld worden; laat het het enige ontbrekende vereiste vallen, dan komt de overeenkomst door de invoering niet tot stand; art. 70 lid 1 Ov. verzet zich er tegen, dat door ‘het enkele in werking treden van de (nieuwe) wet . . . vorderingsrechten ontstaan’.

De Overgangswetgever heeft dit probleem onderkend, maar voor de overeenkomst niet geregeld. Art. 9 Ov. II bevat wel een regeling voor een soortgelijk geval buiten het contractenrecht (overdracht van aandelen op naam in een NV/BV); art. 179 Ov. I regelt een soortgelijk geval in het verbintenissenrecht.

10 AANBOD. In verband met het toestemmingsvereiste verdient het aanbod bijzondere aandacht. Indien het vóór de invoering is gedaan, bepaalt tot aan de invoering de oude wet of het herroepelijk, c.q. bindend is. Daarin komt door de invoering geen verandering. Dit is in het bijzonder van belang voor een *koopoptie*: indien zij vóór de invoering rechtsgeldig is verleend, blijft zij vatbaar voor aanvaarding, ook indien de nieuwe wet voor een rechtsgeldige koopoptie bijzondere eisen stelt: N.1002.

Zie HR, NJ 1969/94 nt. WK. Vóór invoering van art. 164 a (oud) BW heeft de man een koopoptie op de echtelijke woning verleend, zonder medewerking of toestemming van de vrouw; kan die koopoptie na de invoering worden uitgeoefend ondanks bezwaren van de vrouw? Ja.

Tot hetzelfde resultaat kwam de Zwitserse BGH (BGE 90 II, 1964, p. 137).

11 OVEREENKOMSTEN MET ONBEKWAMEN. In verband daarmee moet worden onderscheiden:

- De onbekwame heeft vóór de invoering een aanbod gedaan, dat nog niet aanvaard is en waarvan de ongeldigheid nog niet is ingeroepen. De nulli-

teit van dit aanbod is onder de oude wet omstreden; vermoedelijk is het vernietigbaar. Onder de nieuwe wet is het vernietigbaar. Het is zaaks de onzekerheid op te heffen door het aanbod vernietigbaar te verklaren: N. 1003.

- De onbekwame heeft vóór de invoering een aanbod gedaan, dat nog niet aanvaard is, maar waarvan reeds vóór de invoering de ongeldigheid is ingeroepen. Het daaruit voortvloeiende geschil kan het doelmatigst volgens de oude wet worden opgelost: N. 1004.
- De onbekwame heeft een aanbod gedaan, dat vóór de invoering aanvaard is; door die aanvaarding is de overeenkomst tot stand gekomen, waarvan de ongeldigheid – vernietigbaarheid èn volgens art. 1482 èn volgens art. 3.2.1 lid 2 – nog niet is ingeroepen. De overeenkomst is vernietigbaar volgens de nieuwe wet: N. 1005.
- De onbekwame heeft vóór de invoering een aanbod van een bekwame aanvaard: de overeenkomst is tot stand gekomen. Ook in dit geval geldt N. 1005.
- In de beide laatstbedoelde gevallen is reeds vóór de invoering de ongeldigheid van de overeenkomst ingeroepen. Dat geschil kan het best volgens de oude wet worden opgelost: N. 1006.

De Overgangswet wil deze moeilijkheden opgelost zien door middel van art. 80 Ov. Zoals hierna zal blijken (§ 16), is dat voorschrift echter niet aantrekkelijk. N. 1003-1006 worden voorgesteld als amendementen op de Overgangswet.

12 OVEREENKOMSTEN MET GESTOORDEN. Dezelfde catalogus als onder 4 kan ook voor overeenkomsten met gestoorden worden opgesteld.

- De gestoorde heeft vóór de invoering een aanbod gedaan, dat nog niet is aanvaard en waarvan de ongeldigheid – nietigheid; zie Asser-Rutten I, p. 77 – nog niet is ingeroepen. De nieuwe wet introduceert vernietigbaarheid (art. 3.2.2a lid 2). Er bestaat geen bezwaar de nieuwe wet reeds aanstonds terugwerkend toe te passen: N. 1003.
- De gestoorde heeft vóór de invoering een aanbod gedaan, dat nog niet is aanvaard, maar waarvan reeds vóór de invoering de nietigheid is ingeroepen. Alsdan behoort de oude wet toegepast te worden: N. 1004.
- De gestoorde heeft een aanbod gedaan, dat vóór de invoering aanvaard is; door die aanvaarding is de overeenkomst tot stand gekomen, waarvan de ongeldigheid – nietigheid volgens de oude wet – nog niet is ingeroepen. Er bestaat geen bezwaar tegen toepassing van de nieuwe wet (vernietigbaarheid): N. 1005.

- De gestoorde heeft vóór de invoering een aanbod van een gezonde aanvaard. Ook in dat geval verklaart N. 1005 de nieuwe wet van toepassing.
- In de beide laatstbedoelde gevallen is reeds vóór de invoering de ongeldigheid ingeroepen. Dat geschil wordt met toepassing van de oude wet opgelost: N. 1006.

13 (ON)GELDIGHEID.

- 1007 *Een overeenkomst, die rechtsgeldig vóór de invoering is aangegaan, blijft geldig ongeacht de geldigheidsvereisten van de nieuwe wet (Art. 4 AB).*
- 1008 *Een overeenkomst, die vóór de invoering nietig was, blijft nietig, indien zij ook volgens de nieuwe wet nietig zou zijn (Art. 4 AB).*
- 1009 *Een overeenkomst, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, wordt terugwerkend geldig, indien zij volgens de nieuwe wet geldig zou zijn (Art. 79 OV.).*
- 1010 *Maar: de overeenkomst blijft nietig, c.q. vernietigbaar, indien een (onmiddellijk) belanghebbende zich vóór de invoering op de ongeldigheid heeft beroepen (Art. 79 Ov.).*
- 1011 *V Een overeenkomst, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet vernietigbaar zou zijn, wordt terugwerkend vernietigbaar volgens de nieuwe wet. De in art. 3.2.17 bedoelde verjaringstermijn verstrijkt niet eerder dan 1 jaar na de invoering. (Art. 80 Ov.).*
- 1012 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan (Art. 80 Ov.).*
- 1013 *V Een overeenkomst, die vóór de invoering vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet nietig zou zijn, wordt terugwerkend nietig overeenkomstig de nieuwe wet (Art. 80 Ov.).*
- 1014 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de vernietigbaarheid beroep heeft gedaan (Art. 81 Ov.).*

14 OVERZICHT. In verband met de (on)geldigheid van overeenkomsten moeten overgangsrechtelijk de volgende gevallen worden onderscheiden:

- a. *Geldig blijft geldig.* Dit geval wordt volledigheidshalve vermeld. Het heeft niets te maken met het overgangsrecht, want er verandert niets.
- b. *Geldig wordt vernietigbaar.* Voorbeeld: de door lex-Van Oven geïntroduceerde eis van goedkeuring, door de andere echtgenoot, van de overeenkomsten bedoeld in art. 164 (oud) BW; vóór de invoering van de lex-Van Oven was het door die wet gestelde geldigheidsvereiste onbekend.

- c. *Geldig wordt nietig*. Voorbeeld (buiten het contractenrecht): de eigendoms-overdracht tot zekerheid.
- d. *Nietig blijft nietig*. Daarvoor geldt hetzelfde als sub a opgemerkt.
- e. *Nietig wordt vernietigbaar*. Voorbeeld: de overeenkomst, aangegaan met misbruik; vóór de invoering: nietigheid (art. 1371); volgens de nieuwe wet: vernietigbaarheid (art. 3.2.10).
- f. *Nietig wordt geldig*. Voorbeeld: de schenking – zonder authentieke akte – van een kostbaar schilderij; vóór de invoering: nietigheid (art. 1719); na invoering van titel 7.3: geldigheid.
- g. *Vernietigbaar blijft vernietigbaar*. Voorbeeld: de overeenkomst, aangegaan in dwaling; vernietigbaarheid en volgens de oude wet (art. 1358) en volgens de nieuwe wet (art. 6.5.2.11). Voor deze categorie zou hetzelfde moeten gelden als sub a, maar de Overgangswet bevat een bijzondere voorziening.
- h. *Vernietigbaar wordt nietig*. Aangenomen, dat de nulliteit van artt. 1504-1506 een vernietigbaarheid is, levert de vervanging door art. 3.2.9 (nietigheid) een voorbeeld op.
- i. *Vernietigbaar wordt geldig*. Aangenomen, dat de in art. 251 WvK (verkeerde opgave bij verzekering) bedoelde nulliteit een vernietigbaarheid is, zou de vervanging door art. 7.17.1.6 (voorontwerp) een voorbeeld opleveren.

Het systeem van de Overgangswet is aldus. De gevallen *a* en *d* behoeven geen regeling; *b* en *c* worden beheerst door art. 4 AB; op de gevallen *f* en *i* heeft betrekking art. 79 Ov., op *e* en *g* art. 80 Ov en op *h* art. 81 Ov.

15 ART. 79 OV. In N. 1009 is de tekst van art. 79 Ov. niet helemaal correct samengevat. De bekrachtiging betreft niet slechts nietige en vernietigbare overeenkomsten, maar ‘ongeldige’ overeenkomsten. Dat is ruimer, want daaronder vallen ook contracten, waarvan de rechtsgeldigheid dubieus is, zoals de contractuele beperking van aansprakelijkheid: omstreden volgens de oude wet (zie PG 3/856, SE 275), maar toegestaan volgens art. 3.10.1.1. De bekrachtiging geldt ook voor deze naar oud recht mogelijkwijze ongeldige overeenkomst.

Art. 79 Ov. is – het zij ten overvloede opgemerkt – niet beperkt tot overeenkomsten; het geldt voor alle *rechtshandelingen*. Het is een artikel met grote verrassingen. Deze zijn hieraan te wijten:

- enerzijds beoogt het artikel bekrachtiging ook in die gevallen, waarin de geldigheid van een rechtshandeling onzeker is volgens de oude wet,
- anderzijds is het NBW royaler met de erkenning van de geldigheid van rechtshandelingen dan het BW.

Uit deze beide factoren vloeit voort, dat het artikel toepassing kan vinden – en bedoeld is – in situaties, waaraan men niet denkt. De volgende voorbeelden ter verduidelijking:

- In geval van dubbele zekerheidsoverdracht (de schuldenaar draagt een zelfde object eerst fiduciair over aan de schuldeiser A, vervolgens aan schuldeiser B) is de tweede overdracht vermoedelijk ongeldig. Het NBW laat echter vestiging van een tweede (stil) pandrecht toe. Daaruit leidt MvT, p. 39, af dat art. 79 Ov. bekrachtiging van de tweede – en vermoedelijk ongeldige – zekerheidsoverdracht meebrengt.
- In geval van vruchtgebruik is omstreden of een beding tot vervreemding of vertering volgens BW geldig is. In het NBW is een dergelijk beding wel geldig. Krachtens art. 79 Ov. wordt het beding – ook indien het vóór de invoering ongeldig was – vanaf de invoering terugwerkend als geldig beschouwd (MvT, p. 55).
- Volgens BW is de canon een essentiale van erfpacht (art. 767), volgens NBW niet (art. 5:7.1.1). Een erfpacht, vóór de invoering gevestigd zonder canonbeding, is op grond van art. 79 vanaf de invoering terugwerkend geldig (MvT, p. 75).
- De definitie van opstal wordt verruimd: art. 5:8.1 tegenover art. 758. Art. 79 Ov. brengt mee, dat een recht – dat niet voldeed aan de definitie van art. 758, doch wel zou hebben voldaan aan die van art. 5:8.1 – door de invoering terugwerkend wordt bekrachtigd (MvT, p. 77).

Men dient op deze onverwachte aspecten van art. 79 Ov. bedacht te zijn.

16 ART. 80 OV. De Overgangswet wil in de onder *e* en *g* (§ 14) genoemde gevallen de oude wet nog 1 jaar handhaven. Die tijdelijke handhaving van de oude wet wordt gemotiveerd met een beroep op de regeling van de bevrijden- de verjaringstermijn in art. 73 Ov. Die motivering is niet overtuigend, de gekozen oplossing is weinig gelukkig.

De MvT, p. 38, vermeldt te recht, dat de nulliteitenbepalingen in het BW uitmunten door onduidelijkheden, die nog niet alle door de jurisprudentie zijn opgehelderd. Als voorbeeld wordt genoemd de onzekerheid ten aanzien van de rechtskracht van eenzijdige rechtshandelingen, verricht door onbekwamen; te denken valt aan het aanbod, gedaan door een onbekwame. Bij deze verwarring lijkt het voor de hand te liggen de nieuwe wet – volgens MvT p. 39 ‘duidelijker, beter en vollediger’ – zo spoedig mogelijk van toepassing te verklaren. Eerbiediging – al ware het slechts voor 1 jaar – van het BW-nulliteitenrecht is het laatste, waaraan behoefte bestaat.

De moeilijkheden ten aanzien van de verjaringstermijn kunnen op zeer eenvoudige wijze worden ondervangen. Zie § 120 en 226.

Daarom wordt voorgesteld art. 80 Ov. te vervangen door N. 1011 en 1012.

Door deze vervanging worden de in § 11 en 12 gesignaleerde onzekerheden weggenomen ten aanzien van een aanbod van – of overeenkomst met – onbekwamen of gestoorden.

De toelichting op art. 80 Ov. vermeldt, dat het artikel ook betrekking heeft op rechtshandelingen ‘welke voordien als onaantastbaar werden beschouwd’. Dat slaat niet op overeenkomsten die voordien onaantastbaar waren – want dan zou die opvatting in strijd zijn met art. 4 AB –, doch op overeenkomsten die voorlopig golden, omdat zij nog niet aangetast waren: zo lang geen beroep op het gebrek is gedaan, geldt immers de overeenkomst.

17 ART. 81 OV. De Overgangswet wil het in § 14 onder *h* bedoelde geval regelen door terugwerkende vervanging van de (oude) vernietigbaarheid door de (nieuwe) nietigheid. Dat is dezelfde gedachte, waarop N. 1011 en 1012 berusten. In N. 1013 en 1014 wordt voorgesteld, om de regeling van de onder *h* bedoelde problemen zo veel mogelijk te harmoniseren met de oplossing van de onder *e* en *g* bedoelde moeilijkheden.

18 ENKELE VOORBEELDEN. Hoe werkt dit alles in de praktijk?

- Vóór de invoering is een overeenkomst aangegaan; na de invoering wordt beroep gedaan op dwaling; of het dwalingberoep te recht gedaan is, wordt beoordeeld naar de oude wet (art. 4 AB); indien te recht beroep op dwaling is gedaan, wordt de overeenkomst terugwerkend vernietigbaar overeenkomstig de nieuwe wet (N. 1011), zodat ook artt. 3.2.17*b* en 3.2.18 van toepassing worden; wordt het dwalingberoep niet aanvaard, dan was de overeenkomst geldig en dat blijft zo.
- Vóór de invoering is een overeenkomst aangegaan; na de invoering wordt beroep gedaan op misbruik; de oude wet bepaalt of inderdaad misbruik heeft plaats gevonden; zo ja, dan wordt de overeenkomst terugwerkend vernietigbaar volgens de nieuwe wet (N. 1011), met als gevolg de toepasselijkheid van artt. 3.2.17*b*, 3.2.17*c* en 3.2.18.
- Vóór de invoering sluit de tussenpersoon T een overeenkomst met D, waarbij T de door zijn achterman A verleende volmacht overschrijdt; er doet zich geen geval van toerekenbare schijn voor; na de invoering beroept A zich op de ongeldigheid van de contractssluiting door T; of T inderdaad zijn volmacht heeft overschreden, wordt aan de oude wet getoetst; indien volmachtoverschrijding wordt aangenomen, is niet interessant of de door T verrichte rechtshandeling nietig, dan wel vernietig-

baar was; was de rechtshandeling volgens de oude wet nietig, dan blijft zij nietig (art. 4 AB); was zij vernietigbaar, dan brengt N. 1013 terugwerkend mee, dat de nietigheid van de nieuwe wet toepasselijk is.

Volgens art. 84 Ov. wordt art. 3.3.8 met uitstel van 1 jaar van toepassing op vóór de invoering verleende volmachten. In N. 6128-6129 (§ 235) wordt een van art. 84 Ov. afwijkend systeem voorgesteld, dat correspondeert met de oplossing volgens N. 1013 en 1014.

19 INHOUD.

1015 *V Een vóór de invoering aangegane overeenkomst wordt uitgelegd met inachtneming van de ten tijde van de totstandkoming bekende en redelijkerwijze te verdisconteren omstandigheden.*

De uitlegregels van het BW (artt. 1378-1387) zullen bij de invoering verdwijnen en niet door andere vervangen worden, want de wetgever (PG 6/916) vindt dat de uitlegregels ‘gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn’.

Overgangsrechtelijk is het gewenst de praktijk enige richtlijn voor de uitlegging van overeenkomsten te geven. Naar verwachting zullen vooral overeenkomsten, die geruime tijd vóór de invoering zijn aangegaan, tot interpretatieperikelen aanleiding geven.

20

1016 *Vanaf de invoering bepaalt de nieuwe wet de ‘hoedanigheid’ – zoals opeisbaarheid, hoofdelijkheid, nevenrecht – van contractuele rechten en verbintenissen, alsmede de daaraan verbonden rechtsgevolgen.*

De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet brengt dit gevolg mee. Zie MvT p. 27.

21

1017 *Wettelijke verbintenissen, die krachtens de oude wet uit een overeenkomst voortvloeien, worden vanaf de invoering vervangen door de wettelijke verbintenissen van de nieuwe wet (Art. 70 lid 2 Ov.).*

- 1018 *Contractuele bedingen, die krachtens de oude wet geldig waren, blijven geldig, ook al zijn zij in strijd met dwingende bepalingen van de nieuwe wet (Art. 71 lid 1 Ov.).*
- 1019 *Maar: contractuele bedingen, die een verwijzing naar of overneming van de bepalingen der oude wet bevatten, worden geacht naar de corresponderende bepalingen van de nieuwe wet te verwijzen, behalve indien dit in strijd zou zijn met de strekking van die contractuele bedingen (Art. 71 lid 1 Ov.).*
- 1020 *Contractuele bedingen, die volgens de nieuwe wet vernietigbaar zijn, kunnen slechts worden vernietigd, indien zij ook volgens de oude wet nietig of vernietigbaar waren. (Art. 71 lid 2 Ov.).*

22 OVERZICHT. De Overgangswet maakt een scherp verschil tussen *wettelijke* verbintenissen *ex contractu* – bij voorbeeld de schadevergoedingsplicht van 1279, c.q. art. 6.1.8.1 – en *contractuele* bedingen (bij voorbeeld het boetebeding van art. 1340, c.q. art. 6.1.8.16). Onder de contractuele bedingen nemen de algemene voorwaarden een bijzondere plaats in; zie daarvoor § 25 (N. 1021).

Art. 70 lid 2 Ov. (N. 1017) betreft de wettelijke verbintenissen *ex contractu*, art. 71 Ov. (N. 1018-1020) de contractuele bedingen.

23 WETTELIJKE VERBINTENISSEN EX CONTRACTU. N. 1017 regelt bij voorbeeld de vervanging van de verplichtingen *ex art. 1374/75* door die *ex art. 6.5.3.1*, uitsluitend vanaf de invoering, dus voor het vervolg.

Onder N. 1017 valt ook: een ondeelbare verbintenis (art. 1332) wordt vanaf de invoering beheerst door de hoofdelijkheidsregeling (afd. 6.1.2) van de nieuwe wet, wederom uitsluitend voor het vervolg. Voor zover uit de ondeelbaarheid bij de invoering reeds rechten en verplichtingen voortgevloeid, blijven die rechten en verplichtingen gehandhaafd; de invoering van afd. 6.1.2 brengt mee, dat uit de ondeelbaarheid geen nieuwe rechten en verplichtingen kunnen ontstaan, maar wel de door afd. 6.1.2 bedoelde rechtsgevolgen.

24 CONTRACTUELE BEDINGEN. Dat geldige contractuele bedingen geldig blijven, is op zich zelf niets bijzonders; zie N. 1007. Wel bijzonder is, dat geldige contractuele bedingen sterker zijn dan dwingende bepalingen van de nieuwe wet.

Contractuele rechtsbetrekkingen – dus: overeenkomsten – nemen in het overgangsrecht de plaats in van heilige huisjes, waaraan in beginsel niet geraakt mag worden. Zie bijvoorbeeld art. 170 EGBGB: ‘Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze massgebend’. Dit is ‘Ausdruck des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass die Schuldverhältnisse in ihrem Inhalt und ihrer Wirkung dem Recht unterstehen, das zur Zeit des Entstehungstatbestandes galt’ (Hartmann, aant. 1 bij art. 10 in Kohlhammer-Kommentar BGB, deel 7, 1970). Dezelfde geest spreekt uit art. 30 van de Franse *Projet titre préliminaire* (1948): ‘Les lois antérieures continuent à régir les effets des contrats en cours, sauf dérogation expresse ou tacite du législateur’, op het voetspoor van Roubier, no. 77.

Ook de Nederlandse traditie erkent het bovenbedoelde, door Hartmann geformuleerde algemeen rechtsbeginsel. Zie art. 3 Overgangswet-1829: ‘De regten uit overeenkomsten voortvloeiende, worden geregeld door de wetten welke in werking waren toen die overeenkomsten zijn gesloten’.

De Overgangswet is – blijkens art. 71 – evenmin vrij van dit ontzag, doch gaat veel minder ver: de onder de nieuwe wet intredende rechtsgevolgen van de ‘oude’ overeenkomst worden in beginsel door de nieuwe wet bepaald en beheerst.

Contractuele bedingen in bestaande overeenkomsten zijn weliswaar sterker dan dwingende bepalingen van de nieuwe wet (art. 3.2.7 lid 2), maar niet bestand tegen de openbare orde of goede zeden (art. 3.2.7 lid 1) van de nieuwe wet. Voor het NBW-overgangsrecht maakt dit weinig uit: wat onder het NBW met openbare orde of goede zeden strijdt, is daarmee ook steeds onder het BW in strijd geweest.

Indien een contractueel beding krachtens de nieuwe wet vernietigbaar is, moet – ten aanzien van bij de invoering bestaande contracten – (zie N. 1020) een tweede voorwaarde voor vernietiging vervuld zijn: het contractuele beding moet ook onder de oude wet nietig of vernietigbaar zijn geweest.

Een speciale regeling geldt voor contractuele bedingen, die de ‘enkele overneming’ van de oude wet tot inhoud hebben. Zie N. 1019 en de uitvoerige motivering (MvT p. 31-32).

25

1021 *Op algemene voorwaarden, die bij de invoering worden gebruikt, en op wijzigingen van die voorwaarden, wordt afd. 6.5.2 A eerst na 3 jaar van toepassing (art. 191 Ov.).*

Aan afd. 6.5.2 A wordt mitsdien uitgestelde werking toegekend, om aan het

bedrijfsleven een aanpassingstijd te gunnen 'gedurende welke de bestaande voorwaarden nog toepassing kunnen vinden zonder op andere wijze te worden bedreigd dan door de regels van het thans geldende recht' (MvT p. 94). Daartegen wordt het volgende aangevoerd.

- a. Een aanpassingstijdvak is op zich zelf sympathiek, maar eigenlijk overbodig: reeds thans wordt bij het redigeren van algemene voorwaarden naar het nieuwe recht gelonkt. De vereiste aanpassingstijd kan op eenvoudige wijze worden verzekerd: door tussen de publicatie van de definitieve tekst van afd. 6.5.2 A in het Staatsblad en de invoering een termijn van ten minste 1 jaar te laten verlopen. Dat lijkt een verstandiger maatregel dan uitgestelde werking.
- b. Aan uitgestelde werking is steeds – en ook in dit geval – het nadeel verbonden, dat de invoeringsoperatie gecontinueerd wordt. De ontwachting, die de invoering van het NBW meebrengt, moet ook in tijd zo veel mogelijk beperkt worden.
- c. Die ontwachting blijkt ten aanzien van afd. 6.5.2 A hieruit, dat er de eerste 3 jaren na de invoering twee categorieën van algemene voorwaarden naast elkaar zullen bestaan:
 - voorwaarden, die bij de invoering reeds werden gebruikt (nog onderworpen aan de oude wet)
 - voorwaarden, die eerst vanaf of na de invoering worden gebruikt (onderworpen aan de afd. 6.5.2 A).
 Daarbij valt op te merken, dat art. 191 Ov. verder gaat dan nodig is: ook wijzigingen van 'oude' voorwaarden worden aan de werking van afd. 6.5.2 A onttrokken. Dat schept een extra-bron van onzekerheid: hoe wordt uitgemaakt of gewijzigde voorwaarden slechts een amendering van reeds bestaande voorwaarden zijn, dan wel nieuw vastgestelde?
- d. Afd. 6.5.2 A beoogt een als maatschappelijk ongewenst beschouwde situatie te verbeteren. Bij dit doel past geen uitgestelde, doch onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet.

- 1022 *De toepasselijkheid van artt. 6.5.3.11 en 6.5.3.12 op een bij de invoering lopende overeenkomst is in die zin beperkt, dat geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan (art. 195 Ov.).*

27 OVERZICHT. Art. 195 Ov. maakt één geheel uit met de artt. 165 en 169 Ov., namelijk:

Art. 165 Ov.

De toepasselijkheid van art. 5.6.8 op een bij de invoering bestaande *erfdienstbaarheid* is in die zin beperkt,

- a. dat de erfdienstbaarheid niet kan worden opgeheven, doch slechts kan worden gewijzigd,
- b. dat – in geval van wijziging – geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan.

Art. 169 Ov.

De toepasselijkheid van art. 5.7.1.8a lid 1 op een bij de invoering bestaande *erfpacht* is in die zin beperkt,

- a. dat de erfpacht niet kan worden opgeheven, doch slechts kan worden gewijzigd,
- b. dat – in geval van wijziging – geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan.

De artikelen 165 en 169 zijn elkaars evenbeeld. Art. 195 wijkt daarvan af: het sluit ontbinding ('opheffing') van de overeenkomst niet uit. De MvT motiveert dit verschil niet.

28 WAAROM? De MvT p. 95 geeft ten aanzien van art. 195 Ov. – waarnaar ter toelichting van artt. 165 en 169 wordt verwezen – als verklaring: 'om de breuk met oud recht niet te groot te maken'. Dat is weinig overtuigend èn voor hen, die in de (contracts-)aanpassing van art. 6.5.3.11 c.s. slechts oude wijn in nieuwe zak zien, èn voor degenen, die haar als nieuwlichterij beschouwen. Voor de laatstbedoelden wordt immers niet duidelijk, waarom in het algemeen nieuwe bevoegdheden wel, doch in dit speciale geval niet ter beschikking staan van partijen bij een lopende overeenkomst. En evenmin duidelijk wordt, waarom de rechter in het algemeen wel capabel wordt geacht de relevante omstandigheden te beoordelen, doch waarom hem in overgangssituaties de bevoegdheid daartoe wordt ontzegd.

Breuken met het oude recht behoren vermeden te worden, wanneer partij en vóór de invoering in gerechtvaardigd vertrouwen op het destijds geldende recht hebben gehandeld. Daarvan is echter te dezen geen sprake. Niemand kan serieus volhouden, dat contractanten onder de oude wet hebben ver-

trouwd op onvoorwaardelijke handhaving van het in art. 1374 lid 1 neergelegde beginsel.

Kortom: art. 195 Ov. behoort te vervallen, evenals in zijn voetspoor artt. 165 en 169 Ov. Er valt geen zinnig woord voor te zeggen.

Voor het – minder vergaande – art. 3.7.1.2 (wijziging of buitenwerkingstelling van een regeling tussen deelgenoten wegens onvoorziene omstandigheden) bevat de Overgangswet niet de eis, dat omstandigheden vóór de invoering buiten beschouwing blijven.

29

1023 *Art. 6.1.6.11 (genus-schulden zijn haalschulden) is niet van toepassing op verbintenissen, die vóór de invoering zijn ontstaan (Art. 178 Ov.).*

Zie MvT p. 84. Beslissend is het tijdstip van *ontstaan* van de verbintenis, niet dat van de opeisbaarheid.

N. 1023 is niet van toepassing op geldschulden, want geldschulden blijven ook onder de nieuwe wet brengschulden (art. 6.1.9 A.5).

30

1024 *Het vermoeden van art. 6.1.6.18 geldt niet, indien vóór de invoering niet meer dan 2 achtereenvolgende kwitanties zijn afgegeven (art. 179 Ov.).*

Ten aanzien van periodieke betalingen leveren 3 kwitanties van aaneensluitende termijnen het vermoeden op, dat ook de voorafgaande termijnen zijn betaald (art. 1430). Art. 6.1.6.18 neemt met 2 kwitanties van aaneensluitende termijnen genoegen. Zie overigens MvT p. 85.

31 OVEREENKOMST EN DERDEN.

1025 *Indien een goed vóór de invoering is overgegaan, bepaalt de oude wet:*
 a. *of de verkrijger van het goed kwalitatieve rechten (met de daar eventueel tegenover staande verplichtingen) heeft verkregen;*
 b. *of op de verkrijger van een registergoed kwalitatieve verplichtingen zijn komen te rusten (Art. 4 AB).*

Zie MvT p. 94: 'Zulk een overgang (van een goed) is een rechtsfeit; is het vóór de inwerkingtreding voorgevallen, dan blijft het oude recht – i.c. art. 1354 – daarop van toepassing'.

Het tijdstip van de overgang – van het (register)goed – is dus beslissend voor de vraag of de oude dan wel de nieuwe wet van toepassing is. De oude c.q. nieuwe wet bepaalt ook alle rechtsgevolgen, die kunnen voortvloeien uit de verkrijging van kwalitatieve rechten, resp. verplichtingen.

Ten aanzien van inschrijving van kwalitatieve verplichtingen in de openbare registers geldt een bijzonderheid. Zie art. 192 Ov.

32

- 1026 *Een bij de invoering bestaand derdenbeding, waarbij de stipulator geen beding voor zich zelf heeft gemaakt, wordt door de invoering terugwerkend geldig (art. 79 Ov.).*
- 1027 *Maar: een dergelijk derdenbeding blijft ongeldig, indien vóór de invoering op het gebrek een beroep is gedaan.*
- 1028 *De derden-beding-voorschriften van de nieuwe wet (artt. 6.5.3.5-7) zijn slechts beperkt toepasselijk op bij de invoering bestaande derdenbedingen (Art. 193 Ov.).*

Art. 6.5.3.5 lid 1 wordt onmiddellijk toepasselijk. Bestaande derdenbedingen, bedoeld in N. 1026, worden dus geconvalesceerd. Dat is de bedoeling; zie MvT p. 95 N. 1026 en 1027 herhalen N. 1009 en 1010.

N. 1026-1028 gelden voor alle bij de invoering bestaande derdenbedingen, onverschillig of zij vóór dan wel na de invoering worden aanvaard.

33 NAKOMING.

- 1029 *De wet, geldende ten tijde van de nakoming, bepaalt haar rechtsgevolgen, dus ook het bevestigende karakter ervan (Art. 4 AB).*

N. 1029 is het beginsel, waarop – zie hieronder N. 1030 en 1031 – aanvullingen bestaan. Uit het beginsel vloeit o.m. voort:

- dat betalingen, verricht vóór de invoering, onderworpen zijn aan de imputatieregels van de oude wet,
- dat de oude wet t.a.v. vóór de invoering verrichte betalingen bepaalt, door wie, aan wie, waar en wanneer bevestigend betaald kan worden,

- dat de subrogatiebepalingen van het BW toepasselijk zijn op betalingen vóór de invoering.

- 1030 *Indien de vereisten van art. 6.1.6.6a of art. 6.1.6.7b bij de invoering vervuld zijn, ontstaan de in die artikelen bedoelde regresaanspraken door de invoering (Art. 177 Ov.).*
- 1031 *Indien de vereisten van art. 6.1.6.12 bij de invoering vervuld zijn, ontstaat de in dat artikel bedoelde omwisselingsbevoegdheid door de invoering (Art. 177 Ov.).*

Beide nodi vullen N. 1029 aan: de schuldenaar, die gepraesteerd heeft onder de oude wet, krijgt er door de invoering een bevoegdheid, c.q. vorderingsrecht bij.

34

- 1032 *V De artt. 3.11.1-4a zijn vanaf de invoering van toepassing. In aanhangige gedingen kan hun toepassing worden verlangd door wijziging van de eis (het verzoek) overeenkomstig N. 7004.*

Een met N. 1032 overeenstemmende bepaling ontbreekt in de Overgangswet. Art. 70 lid 2 Ov. brengt mee, dat toepassing van de artt. 3.11.1-4a in na de uitvoering in te leiden gedingen kan worden verlangd, ook indien de (contractuele) verbintenis vóór de invoering is ontstaan. Dat betekent onder meer:

- Veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling wordt mogelijk (art. 3.11.1 lid 2). Als gevolg daarvan wordt ook conservatoir beslag mogelijk ter verzekering van een vordering onder voorwaarde of tijdsbepaling. Vgl. art. 704 NRv.
- De vuistregel van art. 3.11.2a wordt in het executiestadium van toepassing.
- Art. 3.11.3. vervangt en verbetert de rechterlijke machtiging van artt. 1276 en 1277.
- Art. 3.11.4 maakt het mogelijk een veroordeling tot eigendomsoverdracht van onroerende zaken of van vorderingen op naam af te dwingen.

De betekenis van N. 1032 is hierin gelegen, dat artt. 3.11.1-4a – aldus wordt voorgesteld – ook toepassing kunnen vinden in lopende gedingen. Voor de in verband daarmee noodzakelijke procesrechtelijke voorzieningen wordt verwezen naar § 242.

35

- 1033 *De schuldenaar is vanaf de invoering bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten, zodra voldaan is aan de vereisten, gesteld door afd. 6.1.6 A, c.q. door artt. 6.5.4.2-6.5.4.4 (Art. 180 Ov.).*

Art. 180 Ov is – volgens MvT p. 63 – een gevolg van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet.

36

- 1034 *V Een ondergeschikte kan zich vanaf de invoering op art. 6.5.3.8a beroepen. In aanhangige gedingen kan het verweer worden aangevuld overeenkomstig N. 7004.*

Art. 194 Ov. is beperkt tot de eerste zin van N. 1034 en is – volgens het systeem der Overgangswet – een gevolg van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet.

Art. 6.5.3.8a betreft exoneratiebedingen. De geldigheid van dergelijke bedingen vloeit voort uit art. 71 Ov. (N. 1018 en 1020). De uitbreiding, die art. 6.5.3.8a invoert, houdt in, dat ook ondergeschikten van de aansprakelijke persoon – welke ondergeschikten geen contractspartij bij het exoneratiebeding zijn – zich daarop tegenover de gelaedeerde kunnen beroepen.

Het valt niet in te zien, waarom deze bepaling niet in aanhangige gedingen toegepast zou moeten worden. Dat wordt in N. 1034 voorgesteld.

37 SUBROGATIE.

- 1035 *De wet, geldende ten tijde van de nakoming, bepaalt of de nakomer gesubrogeerd wordt (in de rechten van de schuldeiser jegens de schuldenaar) en de daaraan verbonden rechtsgevolgen (Art. 4 AB).*
- 1036 *Maar: art. 1438 sub 2° blijft ook na de invoering van toepassing, indien de daar bedoelde koopovereenkomst vóór de invoering is aangegaan (Art. 187 Ov.).*

De hoofdregel van N. 1035 volgt uit art. 4 AB. De voltooide rechtsgevolgen worden door de invoering niet gewijzigd.

De uitzondering voor art. 1438 sub 2° is noodzakelijk, omdat een daarmee

corresponderend voorschrift in het NBW ontbreekt. Art. 187 Ov. houdt mede bepalingen in voor de instandhouding van hypotheeken. Zie het artikel.

38

- 1037 *Aan de gesubrogeerde komt – ongeacht het tijdstip van subrogatie – de bevoegdheid toe executoriale titels, die de schuldeiser vóór de subrogatie tegen de schuldenaar heeft verkregen, ten uitvoer te leggen (Art. 186 Ov.).*

De bepaling is volledigheidshalve opgenomen, nl. voor het geval men van oordeel zou zijn, dat die bevoegdheid (art. 6.2.1.1 lid 2) onder het BW aan de gesubrogeerde niet toekomt.

In verband met deze overgang van de executiebevoegdheid is art. 431a NRv. van belang: voorafgaande betekening van de overgang aan de schuldenaar is (op straffe van nietigheid) voorwaarde voor rechtsgeldige (voortzetting van de) executie.

- 1038 *Indien een van meerdere aansprakelijke personen vóór de invoering is nagekomen, bepaalt de oude wet of – in geval van nakoming door een andere aansprakelijke persoon na de invoering – subrogatie plaatsvindt en de daaraan verbonden rechtsgevolgen. De artt. 6.2.2.8 en 6.2.2.9 blijven buiten toepassing. (Art. 188 Ov.).*

39 MORA CREDITORIS.

- 1039 *De rechtsgevolgen van bij de invoering bestaande mora creditoris worden vanaf de invoering beheerst door afd. 6.1.7.*
- 1040 *Maar: artt. 6.1.7.9-6.1.7.13a blijven buiten toepassing op een aanbod van gereede betaling, dat vóór de invoering is gedaan met inachtneming van artt. 1440-1448 BW. (Art. 181 Ov.).*

Afd. 6.1.6 betreft het schuldeisersverzuim, dat – om verwarring met het (schuldenaars)verzuim te voorkomen – wordt aangeduid als mora creditoris.

Zie voor risicowijziging als gevolg van mora creditoris § 49. Zie voor zuivering van mora creditoris § 50.

40 NIET-NAKOMING.

1041 *De wet, geldende ten tijde van de niet-nakoming van een verbintenis, bepaalt of voor tekortkoming ingebrekestelling vereist is (Art. 182 Ov.).*

Maar: indien de nieuwe wet van toepassing is, geraakt de schuldenaar – in afwijking van art. 6.1.8.8 – slechts na ingebrekestelling in verzuim:

1042 a. *bij het verstrijken van een vóór de invoering bedongen voldoeningstermijn (Art. 183 Ov.).*

1043 b. *bij niet-nakoming van een bij de invoering bestaande verbintenis tot schadevergoeding of uit onrechtmatige daad (Art. 183 Ov.).*

1044 *De wet, geldende ten tijde van de tekortkoming, bepaalt alle gevolgen ervan (Art. 182 Ov.).*

Maar: indien de tekortkoming vóór de invoering heeft plaats gevonden, is de nieuwe wet vanaf de invoering van toepassing op:

1045 V a. *de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, behalve voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.*

1046 V b. *een boetebeding, behalve indien het beding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.*

41 OVERZICHT. De nieuwe wet wordt ook met betrekking tot wanprestatie en overmacht – te zamen opleverend het begrip ‘tekortkoming’ van het NBW – toepasselijk op de (contractuele) verbintenis. Dat betekent – negatief uitgedrukt –, dat niet de wet, die ten tijde van het ontstaan van de verbintenis gold, de tekortkoming en haar gevolgen bepaalt. Wat houdt het echter, positief geformuleerd, in? Dat blijkt slechts zeer versluierd uit de artt. 182 en 183 Ov. Twee verschillende vragen spelen een rol:

A. welke wet – de oude of de nieuwe – bepaalt of de enkele niet-nakoming van een afdwingbare (contractuele) verbintenis een tekortkoming oplevert, dan wel of daarvoor ingebrekestelling vereist is? Zie N. 1041.

B. welke wet bepaalt de gevolgen van tekortkoming in de nakoming van een afdwingbare verbintenis? Zie N. 1044.

42 NIET-NAKOMING EN TEKORTKOMING. De BW-jurist is ongevoelig voor de barokke NBW-terminologie en geneigd beide uitdrukkingen als elkaars substituten te beschouwen. Dat is niet juist. *Niet-nakoming* is een juridisch kleurloze constatering, dat de verbintenis niet is nagekomen. De oorzaak van de niet-nakoming is onverschillig. De schuldenaar komt niet na, indien hij onwillig is; maar ook: indien de verbintenis niet opeisbaar is, zodat

de schuldenaar nog niet verplicht is te praesteren; of: indien de schuldenaar zich op een opschortingsbevoegdheid beroept, en dus tijdelijk niet tot praestatie verplicht is.

Niet-opeisbaarheid en tijdelijke paralysering van de praestatieplicht ten gevolge van een opschortingsbevoegdheid worden in art. 6.1.10.4 samengevat onder de term 'afdwingbaarheid'. Die uitdrukking is ook hierboven in § 41 gebruikt.

De enkele niet-nakoming kan een tekortkoming opleveren, maar heeft niet noodzakelijkerwijze deze betekenis; meestal is voor tekortkoming ingebrekestelling vereist, waaraan niet tijdig wordt voldaan. *Tekortkoming* is geen kleurloos begrip – zij veronderstelt immers een gehoudenheid tot praestatie, welke niet wordt nagekomen –, maar wel neutraal: zij omvat en wanpraestatie (toerekenbare tekortkoming) en overmacht (niet toerekenbare tekortkoming).

Anders gezegd: tekortkoming is gequalificeerde niet-nakoming. Een niet-nakoming levert in die gevallen een tekortkoming op, waarin geen ingebrekestelling vereist is; is ingebrekestelling wel vereist, dan groeit de niet-nakoming eerst door vergeefse ingebrekestelling tot een tekortkoming uit.

Zie voor de verhouding tussen niet-nakoming en tekortkoming: Asser-Hartkamp I, no. 308; Hijma en Olthof, Compendium, no. 366.

Onjuist (tekortkoming en niet-nakoming zijn synoniem): 400 Trefwoorden, MvD sub voce Niet-nakoming.

In verband met de overgangsrechtelijke wanpraestatieproblemen moet daarom in de eerste plaats worden bepaald, welke – de oude of de nieuwe – wet beslissend is voor de noodzaak tot ingebrekestelling. In dit opzicht bestaan immers vrij ingrijpende verschillen. De oude wet gaat uit van het criterium: niet-tijdig praesteren, niet-behoorlijk praesteren, volledig niet-praesteren (Zie Asser-Rutten I, p. 167-176); volgens de nieuwe wet is het criterium: blijvende (on)mogelijkheid van correcte praestatie (Zie Asser-Hartkamp I, no. 357).

N. 1041 wijst als de relevante wet aan: de wet, die ten tijde van de niet-nakoming geldt. Dat is niet de wet geldende ten tijde dat de niet-nakoming ontdekt wordt, maar de wet die geldt op het tijdstip dat de verplichting afdwingbaar – dus in beginsel: opeisbaar – wordt. Indien de vervaldatum 15 september is, op 1 oktober de nieuwe wet wordt ingevoerd en de niet-nakoming op 10 oktober wordt opgemerkt, bepaalt de oude en niet de nieuwe wet of ingebrekestelling vereist is.

De wet, die beslissend is voor de vraag of ingebrekestelling nodig is, kan een andere zijn dan die, welke de gevolgen van de niet-voldoening aan de sommatie beheerst. De volgende gevallen kunnen zich voordoen:

- a. De schuldenaar komt vóór de invoering niet na; volgens de oude wet brengt de enkele niet-nakoming tekortkoming mee.
- b. De schuldenaar komt vóór de invoering niet na; volgens de oude wet is voor tekortkoming ingebrekestelling vereist; de schuldenaar wordt vergeefs gesommeerd tegen een datum vóór de invoering.
- c. Hetzelfde geval als sub *b*, maar: de schuldenaar wordt vergeefs gesommeerd tegen een datum na de invoering.
- d. De schuldenaar komt na de invoering niet na; volgens de nieuwe wet is voor tekortkoming ingebrekestelling vereist; de schuldenaar wordt vergeefs gesommeerd (uiteraard tegen een datum na de invoering).
- e. De schuldenaar komt na de invoering niet na; volgens de nieuwe wet levert de enkele niet-nakoming een tekortkoming op.

In de gevallen *a* en *b* is de oude wet bepalend en voor de noodzaak tot ingebrekestelling en voor de tekortkomingsgevolgen. In geval *c* bepaalt de oude wet de noodzaak tot ingebrekestelling, maar de nieuwe wet de tekortkomingsgevolgen. In de gevallen *d* en *e* is uitsluitend de nieuwe wet beslissend zowel voor de noodzaak tot ingebrekestelling als ten aanzien van de tekortkomingsgevolgen.

43 INGEBREKESTELLING. Zie daarvoor art. 6.1.8.7: 'een schriftelijke aanmaning waarbij hem (de schuldenaar) een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld'. Dat stemt overeen met wat ook onder het BW als ingebrekestelling wordt aangemerkt (zie Asser-Rutten I, p. 176 vlg.). Vorm en inhoud van de ingebrekestelling geven daarom geen aanleiding tot overgangsrechtelijke moeilijkheden.

Aandacht verdienen echter de volgende punten.

- Indien aan de ingebrekestelling wordt voldaan, is er geen tekortkoming (de schuldenaar komt niet in verzuim in de zin van art. 6.1.8.6). Een overmachtsfeit, dat hangende de termijn van ingebrekestelling opkomt, bevrijdt de schuldenaar (art. 6.1.8.10).
- Indien aan de ingebrekestelling niet wordt voldaan, kan dit hieraan liggen, dat zij ondeugdelijk is (bij voorbeeld omdat mondeling gesommeerd is of omdat de termijn te kort of te onbepaald is). Een dergelijke sommatie mag door de schuldenaar genegeerd worden (*suo periculo*, dus met de kans dat de rechter de ingebrekestelling achteraf wel toereikend acht). Indien de sommatie echter inderdaad in gebreke stellende kracht mist, moet

de schuldeiser ten tweede male sommeren. Is inmiddels de nieuwe wet ingevoerd, dan blijft nochtans de oude wet bepalend voor de vraag of ingebrekestelling vereist is: dat was immers de wet, geldende ten tijde van de niet-nakoming. Een andere opvatting zou ook niet redelijk zijn: de schuldeiser zou, door een ondeugdelijke sommatie uit te brengen, de voor hem mogelijkere wijze gunstiger nieuwe wet toepasselijk kunnen maken.

- Indien de schuldeiser eerst na de invoering ontdekt, dat de daarvóór verrichte praestatie in enig opzicht ondeugdelijk was, kan een protest tardief zijn – zie art. 6.1.8.14, dat geldend recht weergeeft –, maar dat is niet noodzakelijk het geval. Voorbeeld: oplevering van een huis vóór de invoering; eerst geruime tijd na de invoering is de grondwaterstand zo hoog, dat de aanbesteder (schuldeiser) de lekkage van de kelder kan ontdekken. In dat geval bepaalt de oude wet of de enkele niet-nakoming een tekortkoming oplevert, dan wel of sommatie vereist is; is ingebrekestelling vereist, dan kan op de tekortkomingsgevolgen slechts de nieuwe wet van toepassing zijn (er moet immers noodzakelijkerwijze tegen een datum na de invoering gesommeerd worden).
- Indien ingebrekestelling eigenlijk overbodig is, doch de schuldeiser pour acquit de conscience sommeert, brengt dit vermoedelijk geen onvoorwaardelijke afstand van rechten mee. Vgl. Asser-Hartkamp I, no. 365 in verband met een tweede sommatie. Heeft de niet-nakoming onder de oude wet plaats gevonden, is voor alle zekerheid tegen een datum na de invoering gesommeerd en wordt aan de sommatie niet voldaan, dan kan de schuldeiser de wanpraestatiegevolgen van de oude wet invoeren. Het is de vraag of dit bevredigend is. Zou het geen aanbeveling verdienen een overgangsrechtelijke regel op te nemen, die een dergelijke keuzebevoegdheid onmogelijk maakt?

44 OVERMACHT. De wet, die ten tijde van de tekortkoming geldt, bepaalt of deze toerekenbaar is – dus wanpraestatie oplevert – dan wel niet toerekenbaar is, zodat de schuldenaar zich op overmacht kan beroepen. Ten aanzien van de overmachtsvereisten bestaat tussen de oude en de nieuwe wet geen verschil; er zijn wel verschillen – van geringe importantie – ten aanzien van de overmachtsgevolgen. Overgangsrechtelijke problemen zijn echter niet te vrezen. De wet, geldende ten tijde van de tekortkoming, bepaalt immers de gevolgen van de tekortkoming. De vraag of de tekortkoming overmacht, dan wel wanpraestatie oplevert, behoort tot die gevolgen.

45 WANPRAESTATIEGEVOLGEN. In geval van toerekenbare tekortkoming heeft de schuldeiser volgens de oude en de nieuwe wet de keuze uit 5 mogelijkheden:

- a. nakomingsvordering
- b. opschortingsbevoegdheid
- c. vordering tot aanvullende schadevergoeding
- d. vordering tot vervangende schadevergoeding
- e. ontbinding (bij wederkerige overeenkomst).

De onder *a* en *b* genoemde gevolgen worden volledigheidshalve vermeld, doch eigenlijk ten onrechte. De nakomingsvordering is geen gevolg van de wanpraestatie, doch vloeit uit de verbintenis voort (zie Asser-Hartkamp I, no. 356). De opschortingsbevoegdheid is een gevolg van de niet-nakoming en kan dus ook worden uitgeoefend in die gevallen, waarin de enkele niet-nakoming geen tekortkoming oplevert (anders Asser-Hartkamp I, no. 387).

Zie voor de nakomingsvordering: N. 1032 en voor de opschortingsbevoegdheid: N. 1033.

Het tekortkomingstijdstip is in het algemeen duidelijk bepaald, ook in de gevallen waarin ingebrekestelling overbodig is. Aan de hand daarvan kan de toepasselijke wet worden vastgesteld. Daarbij moet echter op de volgende bijzonderheden worden gelet:

- voortdurende wanpraestatie.
- schadevergoedingsrecht.
- ontbindingsproblemen.

46 VOORTDURENDE WANPRAESTATIE. Het tijdstip van de tekortkoming levert geen problemen op, indien een fatale termijn voor levering is overeengekomen, maar de schuldenaar niet levert. Deze duidelijkheid bestaat echter niet in alle gevallen. Indien de schuldenaar, met schending van één overeenkomst, op achtereenvolgende tijdstippen zaken aan een derde verkoopt en levert, kunnen die verschillende transacties de indruk van één voortgezette wanpraestatie wekken. Die indruk is echter niet juist: in werkelijkheid vinden even vele wanpraestaties als verboden transacties plaats, zodat ook in die gevallen de tijdstippen van de tekortkomingen bepaald kunnen worden. Heeft een van de tekortkomingen vóór, een andere na de invoering plaats gevonden, dan zijn verschillende wetten toepasselijk ter bepaling van de wanpraestatiegevolgen.

Op dezelfde wijze moeten problemen worden opgelost die zich voordoen bij: het overtreden van een concurrentieverbod op verschillende tijdstippen;

het op verschillende tijdstippen schenden van een beding, waarbij aan de wederpartij een exclusieve bevoegdheid (tot verkoop van producten, tot exploitatie van een uitvinding, tot agentuurwerkzaamheden en dergelijke) is toegekend.

De ‘voortdurende wanpraestatie’ moet dus worden ontleed in haar samenstellende delen. Ten aanzien van elk deel moet het tijdstip worden bepaald.

47 **SCHADEVERGOEDINGSRECHT.** Krachtens N. 1044 bepaalt de wet, geldende ten tijde van de tekortkoming, de gevolgen ervan, dus ook de (omvang van de) schadevergoedingsverplichting. Was de oude wet nog in werking ten tijde van de tekortkoming, dan is dus ten aanzien van de schadevergoeding het oude recht van toepassing.

Dat komt zeer onbevredigend voor. Titel 6.1.9 heeft het bestaande schadevergoedingsrecht opnieuw geformuleerd, onduidelijkheden en oneffenheden trachten weg te werken en aldus – zonder revolutionaire vernieuwingen – gemoderniseerd. Is het aanvaardbaar, dat dit gemoderniseerde recht aan partijen wordt onthouden, enkel omdat de tekortkoming vóór – wellicht zeer kort vóór – de invoering heeft plaats gevonden? Een bevestigend antwoord zou noodzakelijk zijn, indien titel 6.1.9 bepalingen behelsde, waarmee partijen geen rekening hebben kunnen houden en waardoor zij dus – aange naam of onaangenaam – verrast worden. Dat is echter niet het geval. Het enige novum, dat titel 6.1.9 bevat is de rechterlijke matigingsbevoegdheid (art. 6.1.9.12a), die geen novum is, doch slechts een eerlijke – en met meer waarborgen omringde – erkenning van wat de rechter ook in het geldende recht gecamoufleerd reeds doet.

Daarom wordt voorgesteld het nieuwe schadevergoedingsrecht ook toe te passen in die gevallen, waarin ‘eigenlijk’ het obsoleete schadevergoedingsrecht van het BW toepassing zou moeten vinden. Dat is niet slechts in overeenstemming met het uitgangspunt van de Overgangswet – de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet – maar ook in het belang van partijen, voor wie de nieuwe wet is geschreven. Dat wordt voorgesteld in N. 1045.

Daarbij is echter in tweërlei opzicht voorzichtigheid geboden. De toepassing van het nieuwe schadevergoedingsrecht op de ‘oude’ wanpraestaties is beperkt tot toepassing van titel 6.1.9. Zij omvat niet mede titel 6.1.8, voor zover daarin begrippen als verdragings schade (art. 6.1.8.10a) en vervangende schade (art. 6.1.8.11) worden geïntroduceerd. Te dien aanzien blijft de wet, geldende ten tijde van de tekortkoming, bepalend.

In de tweede plaats is mogelijk, dat de schadevergoeding ten tijde van de

invoering reeds geheel of gedeeltelijk is vastgesteld (door partijen, door expertise, bij rechterlijke uitspraak). N. 1045 heeft natuurlijk niet de bedoeling een dergelijke schadevaststelling op losse schroeven te zetten. De oude wet moet beslissend blijven. *voor zover* de schadevergoeding vóór de invoering is vastgesteld. Indien die vaststelling slechts een gedeelte van de schade betrof, kan dit ertoe leiden, dat de schade ten gevolge van één wanpraestatie door verschillende wetten wordt beheerst. (Voorbeeld: vaststelling van de zaak-schade volgens de oude wet, vaststelling van letselschade volgens de nieuwe wet). Bij de grote verbondenheid tussen het oude en het nieuwe schadevergoedingsrecht kan dit geen onoverkomelijke bezwaren opleveren.

Tot het schadevergoedingsrecht in voormelde zin behoort ook het boetebeding van artt. 6.1.8.16-18. Ook te dien aanzien wordt – zie N. 1046 – onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op oude wanpraestaties voorgesteld, doch in enigszins beperkte omvang: *indien* een boedelbeding vóór de invoering, zij het slechts ten dele, is nagekomen, moet het oude recht ook op de verdere uitvoering van toepassing blijven.

Een zelfde oplossing als in N. 1045 en 1046 voor wanpraestatie wordt voorgesteld, is in N. 2004 en 2005 opgenomen voor onrechtmatige daad. Zie nader § 71. Daar wordt ook ingegaan op de vraag, in hoeverre dit alles in aanhangige rechtsgedingen toepassing behoort te vinden.

48 ONTBINDINGSPROBLEMEN. Indien de tekortkoming vóór de invoering heeft plaats gevonden, wordt de ontbinding van een wederkerige overeenkomst beheerst door artt. 1302 en 1303 BW. Onmiddellijke toepassing van het nieuwe ontbindingsrecht – artt. 6.5.4.6-21 – is niet geïndiceerd: het ontbindingsrecht wordt in het NBW niet slechts gemoderniseerd (zoals ten aanzien van partiële ontbinding), maar ook vrij ingrijpend hervormd (vervanging van de terugwerkende kracht door ontbinding *ex nunc*; ongedaanmakingsverplichtingen; ontbinding door partijverklaring).

Het is daarom mogelijk, dat ook na de invoering nog ontbinding op grond van artt. 1302 en 1303 BW wordt gevorderd. Wordt de ontbinding uitgesproken, dan heeft die ontbinding terugwerkende kracht. Op de restitutie van verrichte praestaties blijft de oude wet (artt. 1395 vlg. BW) van toepassing. Zie § 78.

49 RISICO-OVERGANG. Onder de wanpraestatiegevolgen is in § 45 niet mede de risico-overgang vermeld. Nochtans staat ook deze in verband met wanpraestatie, zij het dat het probleem ook in verband met de *mora creditoris* een rol speelt.

Men dient zich ervan bewust te zijn, dat er bij wederkerige overeenkomsten – de regel, want eenzijdige overeenkomsten zijn in de dagelijkse praktijk rare ajes – steeds twee praestaties met verschillende schuldenaren zijn. Voorbeeld: een ruilvereenkomst, waarbij A zijn Mercedes ruilt tegen B's Opel; A is schuldenaar van de Mercedes, B van de Opel.

In beginsel draagt iedere schuldenaar het risico van *eigen* praestatie, doch geen risico voor de *tegen*praestatie. A draagt het risico voor de Mercedes (maar geen risico voor de Opel), B draagt het risico voor de Opel (maar geen risico voor de Mercedes). Dit – tweeledige – beginsel wordt in drieërlei opzicht verfynd:

- a. Indien B ten aanzien van de Opel WANPRAESTATIE pleegt (zich aan een toerekenbare tekortkoming schuldig maakt, in verzuim geraakt), wordt B's risico voor *eigen* praestatie verzwaard (artt. 1273 tweede zin, 1427 en 1480 lid 1 BW; art. 6.1.8.10). Ten aanzien van het risico voor de *tegen*praestatie verandert niets.
- b. Indien A ten aanzien van de Opel in MORA CREDITORIS geraakt, wordt B's risico voor *eigen* praestatie verlicht (ook in het geldende recht? in elk geval in het nieuwe recht: art. 6.1.7.7). Ten aanzien van het risico voor de *tegen*praestatie verandert wederom niets.
- c. In geval van ONTBINDING van de uitgevoerde ruilvereenkomst moeten de praestaties ongedaan worden gemaakt: A moet de ontvangen Opel teruggeven, B de ontvangen Mercedes (art. 1395 BW, art. 6.5.4.14). Het risico voor de terug te geven zaak – de *tegen*praestatie krachtens de oorspronkelijke ruilvereenkomst – wordt gemitigeerd (art. 1399 BW art. 6.4.2.3).

Voor het overgangsrecht is dit alles zonder betekenis: N. 1044 wijst de wet aan, die van toepassing is op de tekortkomingsgevolgen en bepaalt dus ook, welke wet het risico beheerst. Voor zover er verschillen bestaan tussen de oude en de nieuwe wet, zijn daarom geen problemen te vrezen.

50 ZUIVERING VAN HET VERZUIM. Tot de wanpraestatiegevolgen, die overeenkomstig N. 1044 bepaald worden, kan men ook rekenen de bevoegdheid van de schuldenaar zijn verzuim te zuiveren. Het is omstreden of ook de geldende wet die mogelijkheid kent. Zeker is, dat het NBW de modaliteiten voor zuivering in art. 6.1.8.10b scherper – en anders – formuleert:

- geen zuivering van het verzuim is mogelijk, nadat de schuldeiser hetzij de omzettingsverklaring van art. 6.1.8.11, hetzij de ontbindingsverklaring van art. 6.5.4.8 heeft uitgebracht (of de ontbindingsvordering heeft ingesteld);

- daarvóór is zuivering mogelijk, mits onder gelijktijdige aanbieding van schadevergoeding en kosten.

Overgangsrechtelijk is dit op zich zelf niet van belang. Indien krachtens N. 1044 de nieuwe wet op de wanpraestatie van toepassing is, is ook art. 6.1.8.10b toepasselijk; wijst N. 1044 de oude wet als bepalend aan, dan moet de mogelijkheid tot zuivering aan de oude wet getoetst worden. Het lijkt weinig waarschijnlijk, dat de rechter te dien aanzien anticiperende interpretatie zal weigeren.

De BW-jurist is geneigd in de omzettingsverklaring van art. 6.1.8.11 niets anders dan een eis te zien, gesteld aan het verkrijgen van vervangende schadevergoeding. Dat is onvolledig. Door de omzettingsverklaring schept de schuldeiser in tweeërlei opzicht zekerheid:

- hij ontnemt zich zelf de mogelijkheid nakoming te vorderen,
- hij ontslaat de schuldenaar van de verplichting zich gereed te houden voor de overeengekomen praestatie, al of niet na zuivering van het verzuim.

Het zelfde geldt voor de ontbindingsverklaring, c.q. het instellen van de ontbindingsvordering.

Volledigheidshalve wordt vermeld, dat ook *zuivering van de mora creditoris* door de schuldeiser mogelijk is. Zie Asser-Rutten I, p. 292 (voor de oude wet) en art. 6.1.7.12. Die zuivering is ook mogelijk, indien de *mora creditoris* vóór de invoering is ontstaan. Zie N. 1039 en 1040.

51 ART. 6.1.8.8. Art. 183 Ov. bevat uitzonderingen op de regel van N. 1045 (dat de wet, geldende ten tijde van de niet-nakoming, het vereiste van ingebrekestelling bepaalt). Beide uitzonderingen (N. 1042 en 1043) komen gewenst voor. Zie MvT op art. 183.

52 KOOP EN RUIL.

1500 *V De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een lopende koopovereenkomst.*

1501 *V Maar: de oude wet blijft op een lopende koopovereenkomst van toepassing, indien een partij zich vóór de invoering heeft beroepen op een tekortkoming van de wederpartij.*

1502 *V En: de oude wet blijft van toepassing op de gevolgen van een tekortkoming, die vóór de invoering heeft plaats gehad en waarop de wederpartij zich na de invoering voor het eerst beroept.*

- 1503 *V Voor zover de oude wet van toepassing blijft, wordt niettemin de nieuwe wet toegepast op:*
 a. *de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, behalve voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.*
- 1504 *V b. een boetebeding, behalve indien het boetebeding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.*
- 1505 *V Indien de koper zich ter zake van een vóór de invoering verrichte praestatie beroept op een verborgen gebrek, is N. 1503 niet van toepassing.*
- 1506 *V Indien de verkoper ter zake van een vóór de invoering afgeleverde zaak het recht van reclame uitoefent, blijven daarop de artt. 1191 BW en 230 vlg. WvK van toepassing.*

53 OVERZICHT. N. 1500 en 1506 geven niet art. 196 Ov. weer, doch behelzen een eigen voorstel voor een overgangsregeling in zake koop en ruil. Er bestaan namelijk ernstige bezwaren tegen art. 196. Zie § 54.

De te regelen problemen worden in § 55 geïnventariseerd.

Het in de nodi voorgestelde systeem wordt in § 56 samengevat.

In de § 53-59 treft men opmerkingen aan over onderscheidenlijk verborgen gebreken, recht van reclame en consumentenkoop.

54 ART. 196 OV. De regeling van de Overgangswet komt, kort samengevat, hierop neer:

- ten aanzien van overeenkomsten van consumentenkoop wordt het oude kooprecht geëerbiedigd,
- ten aanzien van alle overige koopovereenkomsten wordt het oude kooprecht voorlopig geëerbiedigd en het nieuwe kooprecht uitgesteld van toepassing.

Tegen dit systeem bestaan diverse bezwaren, waarvan de voornaamste zijn:

1. De Overgangswet verloochent ten aanzien van de belangrijkste contractsvorm haar eigen uitgangspunt (onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet). Een motivering daarvoor ontbreekt. Het obsoleete karakter van het oude kooprecht rechtvaardigt zijn – blijvende of voorlopige – handhaving niet.
2. De – blijvende of voorlopige – handhaving van het oude recht wordt beperkt tot de koopbepalingen; art. 196 Ov. heeft immers uitsluitend betrekking op titel 7.1. Voor het overige wordt het nieuwe recht onmiddellijk van toepassing op lopende koopovereenkomsten. Een combinatie van nieuw vermogensrecht met oud kooprecht is echter een volstreekte onge-

rijmdheid. Hoe moet bij voorbeeld de verborgen gebrekenregeling worden ingepast in het begrippensysteem van boek 6 NBW?

3. Door art. 196 Ov. wordt de koop in een geïsoleerde positie geplaatst en ten aanzien van de overgangsrechtelijke wanpraestatie-regeling (art. 182 Ov.) en ten opzichte van de overgangsrechtelijke onrechtmatige daad-regeling. Indien de verkoper gedurende de eerste 3 jaren na de invoering wanpraestatie pleegt, is in de onderlinge verhouding tussen partijen het oude kooprecht van toepassing; indien die wanpraestatie tevens een onrechtmatige daad – tegenover een derde of tegenover de koper – oplevert, is de nieuwe wet van toepassing; kan de koper in een dergelijk geval de toepasselijke wet bepalen door hetzij de contracts-, hetzij de delictsactie te kiezen? Ook voor het overgangsrecht moet de eenheid van koop- en overig vermogensrecht gehandhaafd worden. Dit doel kan slechts verwezenlijkt worden door de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet – het nieuwe vermogensrecht inclusief titel 7.1 – op lopende koopovereenkomsten: N. 1500.

Die onmiddellijke toepassing vereist echter uitwerking in koppelbepalingen. De artt. 1493 vlg. sluiten immers slecht aan bij die van titel 7.1. Het gevolg is een tamelijk gecompliceerde en ondoorzichtige overgangsregeling. Dat is de prijs die betaald moet worden voor een zo snel – en zo volledig – mogelijke toepassing van het nieuwe recht.

Het merendeel van de koopovereenkomsten wordt zonder rechterlijke tussenkomst afgewikkeld, hetzij omdat de uitvoering van de overeenkomst niet tot geschillen leidt, hetzij omdat partijen de geschillen in onderling overleg oplossen. Is de toepassing van de nieuwe wet op lopende koopovereenkomsten onder deze omstandigheden geen nodeloze ballast? Er zijn twee redenen, op die vraag ontkennend te antwoorden:

- het gemoderniseerde kooprecht biedt partijen een betere handleiding om geschillen in onderling overleg op te lossen, dus om gedingen te voorkomen;
- de modernisering van het kooprecht biedt de rechter meer mogelijkheden tot het beslechten van processuele geschillen.

Daarbij bedenke men, dat de ten tijde van de invoering aanhangige gedingen vrijwel steeds door de oude wet beheerst worden. Geschillen, die vanaf de invoering uit een lopende koopovereenkomst voortvloeien, behoren ter wille van de rechts-eenheid zo veel mogelijk op dezelfde wijze opgelost te worden, als geschillen uit nieuwe koopovereenkomsten. Deze omstandigheid rechtvaardigt de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet.

kan een koopovereenkomst in een meer of minder vergevorderd afwikkelingsstadium verkeren. Men kan onder meer onderscheiden:

- a. De koopovereenkomst is nog niet in het nakomingsstadium gekomen.
Tegen de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet bestaat geen ander bezwaar dan dat sommige contractuele bedingen niet of slecht bij de nieuwe wet passen. Voor zover partijen hun koopbedingen nog niet op de nieuwe wet hebben afgestemd – hetgeen in het merendeel het geval zal zijn, want het gebeurt nu al op grote schaal –, zullen zij de bedingen moeten aanpassen.
- b. Vóór de invoering zijn geschillen gerezen over de nakoming door de verkoper. Voorbeeld: de koper beweert, dat hem een te geringe hoeveelheid aardappelen is geleverd. De oude wet bepaalt of ingebrekestelling vereist is (N. 1041). Zij bepaalt eveneens de wanpraestatiegevolgen, indien de enkele niet-nakoming een tekortkoming oplevert of indien vergeefs tegen een datum vóór de invoering gesommeerd is (N. 1044). Handhaving van de oude wet ten aanzien van de lopende koopovereenkomst is gewenst: N. 1501.
- c. Hetzelfde geval als sub *b*, met dit verschil dat vergeefs gesommeerd is tegen een datum na de invoering. De nieuwe wet is van toepassing op de wanpraestatiegevolgen (N. 1044). De nieuwe wet bepaalt ook de gevolgen van onrechtmatigheid (N. 2000). N. 1501 mist in dit geval toepassing: bij de invoering kon de koper zich weliswaar op niet-nakoming, doch nog niet op een tekortkoming beroepen. De nieuwe wet is op de koopovereenkomst van toepassing, dus ook op de wanpraestatiegevolgen.
- d. Eerst na de invoering rijzen geschillen over de vóór de invoering door de verkoper verrichte nakoming. Voorbeeld: verkoop van een huis vóór de invoering; eerst geruime tijd na de invoering is de grondwaterstand zo hoog, dat lekkage van de kelder kan blijken. De oude wet bepaalt de noodzaak tot ingebrekestelling (N. 1041) en – indien de enkele niet-nakoming een tekortkoming oplevert – de wanpraestatiegevolgen (N. 1044). Voor dit geval is handhaving van het oude recht noodzakelijk, voor zover betreft de gevolgen van ondeugdelijke praestatie door een partij bij de koopovereenkomst: N. 1502.

Een andere oplossing zou zijn: herleving van de toepasselijkheid van de oude wet op de koopovereenkomst met terugwerkende kracht. Dat is echter niet aanvaardbaar: de wederpartij van de verkoper zou zich plotseling weer geconfronteerd zien met het oude recht in volle omvang.

- e. Hetzelfde geval als sub *d*, maar bij noodzaak tot sommatie (dus: indien de

enkele niet-nakoming volgens de oude wet geen tekortkoming oplevert). Indien zonder resultaat gesommeerd wordt – gegeven het uitgangspunt, steeds tegen een datum na de invoering –, bepaalt de nieuwe wet de wanprestatiegevolgen. Daar de tekortkoming niet vóór de invoering plaats heeft gevonden, mist N. 1502 toepassing. Dus: N. 1500 is van toepassing.

- f. Een bijzondere vorm van de onder *b - e* bedoelde gevallen doet zich bij de species-koop voor: de koper beroept zich op een verborgen gebrek. Zie daarover § 57.
- g. Indien de verkoper zich ter verontschuldiging van de hem verweten niet-nakoming op een opschortingsrecht (*exceptio non adimpleti contractus*) beroept, bepaalt de oude wet de gegrondheid ervan. Voorbeeld: de verkoper weigert levering van de verkochte aardappelen, omdat een vorige leverantie nog niet (volledig) is betaald. N. 1037 verklaart de nieuwe wet vanaf de invoering van toepassing; voor het tijdvak vóór de invoering blijft de oude wet beslissend.
- h. Indien zich niet de koper over niet-nakoming door de verkoper, doch – omgekeerd – de verkoper zich over niet-nakoming door de koper beklaagt, moet worden onderscheiden. Mogelijk is, dat de koper een schuldenaarsverplichting schendt. Voorbeeld: de koper weigert de contractueel bedongen medewerking tot ontvangst van de gekochte aardappelen. In dat geval is al het onder *b - e* vermelde eveneens van toepassing.
- i. Mogelijk is ook, dat de koper geen schuldenaars-, maar een schuldeisersverplichting schendt. Voorbeeld: de koper werkt niet mee tot ontvangst van de aardappelen; hij is daartoe contractueel niet verplicht (en evenmin wettelijk; zie PG 6/219-220). Er doet zich een geval van *mora creditoris* voor. Over de periode vóór de invoering geldt het oude recht (zie daarvoor Asser-Rutten I, p. 280 vlg.), vanaf de invoering de nieuwe wet (N. 1039-1040). De geringe verschillen tussen oude en nieuwe wet maken overgangsrechtelijke problemen onwaarschijnlijk.
- j. Indien de onder *b - i* bedoelde geschillen vóór de invoering tot een aanhangig geding hebben geleid, is – en blijft – de oude wet van toepassing: N. 1501.

56 GEMITIGEERDE ONMIDDELLIJKE TOEPASSING. Het in N. 1500-1503 voorgestelde systeem komt hierop neer:

- de oude wet blijft op de gehele koopovereenkomst van toepassing, indien vóór de invoering beroep is gedaan op een tekortkoming van de wederpartij; een beroep op niet-nakoming heeft dit gevolg niet, tenzij de enkele

niet-nakoming een tekortkoming oplevert.

- de oude wet blijft van toepassing op de tekortkomingsgevolgen – dus niet op de gehele koopovereenkomst –, indien na de invoering beroep wordt gedaan op een tekortkoming vóór de invoering; een beroep op anterieure niet-nakoming is daarvoor niet voldoende (wederom tenzij de enkele niet-nakoming een tekortkoming oplevert).
- de nieuwe wet wordt in alle overige gevallen onmiddellijk van toepassing op een lopende koopovereenkomst, uiteraard uitsluitend voor het ver-
volg.

Voor de toepasselijke wet is beslissend: het *beroep* op een tekortkoming, niet: de gegrondheid van dat beroep. Ook indien dit beroep achteraf ongegrond blijkt – en de contractant, die het gedaan heeft, het proces verliest –, heeft dit geen invloed op de toepasselijkheid van de oude wet.

Dat systeem is betrekkelijk eenvoudig. Het zwakke punt is, dat de partijen bij een koopovereenkomst het toepasselijke recht kunnen manipuleren. Voorbeeld: de koper doet vóór de invoering een – al of niet gezocht – beroep op een gebrekkige levering, welke volgens hem een tekortkoming oplevert; hij weigert daarom betaling. Mag men hopen, dat het gezond verstand het wint van de watervrees voor het NBW?

Het beroep op een tekortkoming, die beweerdelijk vóór de invoering heeft plaatsgevonden, fixeert de toepasselijke wet. Een eenzijdige afstand van dit beroep mag niet tot gevolg hebben, dat alsnog de nieuwe wet op de koopovereenkomst toepasselijk wordt; de wederpartij zou daardoor voor onaangename verrassingen geplaatst kunnen worden.

In die gevallen, waarin de oude wet – op de koopovereenkomst of op de tekortkomingsgevolgen – toepasselijk blijft, kan de nieuwe wet niettemin toegepast worden op de omvang van de schadevergoeding: N. 1503-1504, gelijk aan N. 1045-1046.

57 **VERBORGEN GEBREKEN.** De wanpraestatie-regeling bij koop is berucht door de verborgen gebreken-problematiek. Ook een praestatie met een verborgen gebrek levert een vorm van niet-nakoming op; in vele gevallen is de enkele niet-nakoming een tekortkoming. Al hetgeen in § 55, sub *b-e*, is opgemerkt, geldt ook daarvoor. Er zijn echter nog aanvullende regelingen nodig.

Indien een verborgen gebrekengeschil op basis van de oude wet moet worden opgelost, komt het praktisch voor de verfijning van N. 1503 (= N. 1045) buiten toepassing te laten. De *actio quanti minoris* houdt te nauw verband met de schadevergoedingsregeling van het BW: N. 1505.

Het zou voor de overgangswetgever betrekkelijk eenvoudig zijn een koppelregeling te ontwerpen, krachtens welke alle verborgen gebreken-geschillen, die betrekking hebben op een vóór de invoering verrichte praestatie worden geconverteerd in non-conformité-geschillen, af te handelen volgen art. 7.1.3.2 vlg. Van een dergelijke koppelregeling zouden slechts die zaken uitgezonderd moeten worden, waarin reeds vóór de invoering is gedagvaard. Toepassing van de oude wet is dan doelmatiger.

58 RECHT VAN RECLAME. De regeling van het reclamerecht wordt vrij ingrijpend gewijzigd. Daarom wordt voorgesteld, de bestaande regeling te continueren, ook indien de bevoegdheid na de invoering wordt uitgeoefend: N. 1506. Deze koppelbepaling zal binnen 30 dagen na de invoering zijn uitgewerkt.

59 CONSUMENTENKOOP. Het gemak, waarmee de overgangswetgever de oude wet ten aanzien van overeenkomsten van consumentenkoop wil handhaven, verbaast. De nieuwe voorschriften ten aanzien van de consumentenkoop beogen het publiek te beschermen en verdienen snelle invoering: N. 1500 (die mede voor de consumentenkoop geldt). Daar de meeste van deze voorschriften voor toekomstige afleveringen geredigeerd zijn, maakt het niet veel uit.

60

1507 *V N. 1500-1506 vinden overeenkomstige toepassing op ruil.*

61 LASTGEVING.

1508 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een lopende overeenkomst van lastgeving.*

1509 *Maar: art. 1841 blijft van toepassing op een vóór de invoering verstrekte last (Art. 210 Ov.).*

62 BEWAARNEMING.

1510 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een lopende overeenkomst van bewaarneming.*

1511 *V Artt. 79a-797f NRv. zijn vanaf de invoering van toepassing op een daarvoor door de rechter bevolen sequestratie (Art. 24 Ov. II).*

Sequestratie heeft blijkens art. 1767 plaats 'door overeenkomst of op regterlijk bevel'. In geval van contractuele sequestratie worden de overgangsproblemen geregeld door N. 1510. De sequestratie 'op regterlijk bevel' heet voortaan: gerechtelijke bewaring (artt. 794-797f NRv.). Daarop heeft N. 1511 betrekking.

63

Art. 24 Ov. II verklaart artt. 794a-794f NRv. niet van toepassing op een vóór de invoering bevolen bewaring, omdat het nieuwe recht 'met de huidige regeling moeilijk te verenigen zou zijn en daarom tot complicaties zou leiden, mede in verband met de niet ondubbelzinnige figuren van gerechtelijke sequestratie, als bedoeld in de huidige artikelen 1767 en vlg. BW en het aanstellen van een bewaarder bij beslag overeenkomstig de huidige artikelen 442, 450 en 454 Rv.' (MvT II, p. 21). De artt. 794a-794f behelzen echter niets, dat aan onmiddellijke toepassing op lopende bewaringen in de weg zou kunnen staan:

- art. 794a regelt de voorwaarden van bewaring, inclusief het beding, dat teruggave moet geschieden 'aan degene tegen wie de bewaring zich richt'; lid 3 regelt de rechterlijke bevoegdheid tot het vaststellen of wijzigen van de voorwaarden en komt juist in overgangssituaties zeer nuttig voor.
- art. 794b behelst een regeling van de kosten van bewaring en van het retentierecht van de bewaarder.
- art. 794c kent aan de bewaarder de bevoegdheid toe onder bepaalde omstandigheden een rechterlijke machtiging tot verkoop van de zaak uit te lokken.
- art. 797d regelt de restitutie van verzekeringspremies.
- art. 797e bevat regelen voor de beëindiging van de bewaring, inclusief opheffing in kort geding, al of niet tegen zekerheidstelling.
- art. 797f regelt de afgifteplicht van de bewaarder.

Al deze bepalingen kunnen een zeer nuttige rol spelen bij lopende bewaringen, zowel in geval van sequestratie, als bij bewaring krachtens beslag.

64 BORGTOCHT.

1512 *V De oude wet blijft van toepassing op een bij de invoering lopende overeenkomst van borgtocht en op nadere overeenkomsten, die ter vervanging, wijziging of aanvulling ervan na de invoering worden aangegaan (Art. 220 lid 1 Ov.).*

1513 *Maar: afd. 7.14.3 wordt vanaf de invoering op een lopende overeenkomst van borgtocht van toepassing.*

- 1514 *Maar: de oude wet blijft ten aanzien van de interne verhouding tussen de aansprakelijke personen van toepassing, indien de verbintenis jegens de schuldeiser door een hunner vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen (Art. 220 lid 2 Ov).*

De Overgangswet eerbiedigt in de *externe* verhouding de oude wet. Zie voor de – overtuigende – motivering: MvT p. 169.

Indien de oude wet gehandhaafd wordt, zal een regeling getroffen moeten worden voor nadere overeenkomsten. Die regeling wordt in N. 1512 voorgesteld ter aanvulling van art. 220 lid 1 Ov.

Voor de *interne* verhouding gelden de bedenkingen tegen onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet niet. N. 1513 is dus een uitzondering op N. 1512.

Op die uitzondering maakt N. 1514 wederom een uitzondering (zodat de hoofdregel van N. 1512 wordt hersteld). Dit alles is herformulering van art. 220 lid 2 Ov.

HOOFDSTUK 2

65 ONRECHTMATIGE DAAD.

- 2000 *V De wet, geldende ten tijde dat een feit plaats vindt, bepaalt of dat feit een onrechtmatige daad is en alle gevolgen daarvan. Indien een samenstel van feiten voor een onrechtmatige daad vereist is, is de wet bepalend, geldende ten tijde dat het laatste samenstellende feit plaatsvindt.*
- 2001 *V Indien het tijdstip, waarop een feit plaatsvindt, niet kan worden vastgesteld, is de wet bepalend, geldende ten tijde dat de benadeelde met de schade bekend heeft kunnen worden.*
- 2002 *Artt. 1403-1405 blijven van toepassing, indien de feiten – vereist voor een der daarin omschreven aansprakelijkheden – vóór de invoering hebben plaats gevonden.*
- 2003 *Afd. 6.3.2 is niet van toepassing, indien de feiten – vereist voor een der daarin omschreven aansprakelijkheden – vóór de invoering zijn verwezenlijkt.*
- 2004 *V In alle gevallen, waarin de oude wet van toepassing blijft, wordt niettemin de nieuwe wet toegepast op:*
 a. *de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, behalve voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.*
- 2005 *V b. een boetebeding, behalve indien het beding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.*
- 2006 *Artt. 6.3.1.5a en 6.3.1.5b zijn vanaf de invoering van toepassing.*

66 OVERZICHT. De Overgangswet bevat geen voorschriften voor de onrechtm. daad, doch verwijst naar haar uitgangspunten. N. 2000-2006 trachten die uitgangspunten – met amendementen – te formuleren:

- de criteria ter bepaling van de toepasselijke wet (N. 2000 en 2001) ..§ 67
- de regeling van de ‘risico’-aansprakelijkheden (N. 2002 en 2003)§ 68
- de onmiddellijk toe te passen onderdelen van de nieuwe wet (N. 2004-2006)§ 69

67 HET TEMPORELE CRITERIUM. Uit art. 4 AB moet worden afgeleid, dat de (on)rechtmatigheid van een doen of nalaten wordt bepaald door de wet, geldende ten tijde van dit doen of nalaten. Aldus ook MvT p. 91. Daarbij doen zich twee complicaties voor:

- a. *Samengesteld feit.* In sommige gevallen is voor onrechtmatigheid geen en-

kelvoudig, doch een samengesteld feit vereist. Voorbeeld: het verkeren onder alcoholinvloed is op zich zelf niet onrechtmatig, maar wordt het in combinatie met het besturen van een vervoermiddel. In dergelijke gevallen is de wet bepalend, waaronder zich het laatste samenstellende feit verwezenlijkt. Aldus ook MvT p. 78.

Dit levert geen moeilijkheden op, indien òn de oude òn de nieuwe wet voor onrechtmatigheid een zelfde samengesteld feit eisen. Er bestaan echter ook andere mogelijkheden:

- De oude wet eist een enkelvoudig feit (dat vóór de invoering is verwezenlijkt), de nieuwe wet een samengesteld feit. Door de invoering eindigt de onrechtmatigheid niet. ‘Het enkele in werking treden van de wet doet geen . . . schulden . . . tenietgaan’ (Art. 70 lid 1 Ov.).
- De oude wet eist een samengesteld feit, de nieuwe wet een enkelvoudig feit (dat vóór de invoering is verwezenlijkt). Door de invoering ontstaat geen onrechtmatigheid. ‘Het enkele in werking treden van de wet doet geen . . . schulden ontstaan’ (Art. 70 lid 1 Ov.).

Het ontstaan van schade is geen onderdeel van een samengesteld feit, vereist voor onrechtmatigheid. Indien (nog) geen schade is geleden, is een schadevergoedingsvordering niet toewijsbaar, doch heeft het slachtoffer alle andere rechtsmiddelen te zijner beschikking, die hij aan een onrechtmatige daad kan ontlennen (verbodsactie).

Anders de Overgangswet, die de onrechtm. daad beschouwt als een tot schadevergoeding verplichtend rechtsfeit en aldus onrechtmatigheid verwacht met (een van) de gevolgen ervan. Zie MvT p. 91:

‘Uit artikel 4 Wet AB volgt dat voor het al of niet aansprakelijk worden uit onrechtmatige daad beslissend is onder welk regime de vereisten daartoe zijn voltooid. Bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is dat hetgeen geldt op het tijdstip waarop de schade is ontstaan.’

Daardoor wordt voor de onrechtm. daad een ander tijdstip beslissend dan voor wanpraestatie. Bij wanpraestatie is het tijdstip van het schade toebrengende feit beslissend (art. 182 Ov.); bij onrechtm. daad is het niet het tijdstip van het schade toebrengende feit, maar dat van het ‘ontstaan’ van schade. Dat verschil mist rederlijke zin.

- b. *Onzekerheid van tijdstip.* In sommige gevallen is het tijdstip van het – onrechtmatigheid medebrengende – feit onzeker. Zie MvT p. 78: nalaten van voldoende onderhoud, langzaam werkende vergiften, constructiefout in bouwwerken. In deze gevallen moet – faute de mieux – het bekend worden van schade als subsidiair criterium dienst doen.

De wet welke door middel van N. 2000, subsidiair N. 2001 is bepaald, is voor alle rechtsgevolgen van de onrechtmatigheid beslissend. Daartoe behoren:

- de kring van aansprakelijke personen en die van de vorderingsgerechtigden,
- de in te stellen acties, waaronder de schadevergoedingsvordering,
- de causaliteit, eigen schuld, medeschuld, risicoaanvaarding,
- de rechtvaardigings- en disculpatiegronden.

In beginsel verschillen de oude en de nieuwe wet ten aanzien van persoonlijke aansprakelijkheid (afd. 6.3.1) slechts weinig. Door de onmiddellijke toepassing van bepaalde onderdelen (N. 2004-2006) worden moeilijkheden zoveel mogelijk vermeden.

68 'RISICO'-AANSPRAKELIJKHEDEN. Het voornaamste verschil tussen de oude en de nieuwe wet vloeit voort uit de vervanging van artt. 1403-1405 door afd. 6.3.2. N. 2002 en 2003 ondervangen alle daaruit voortvloeiende moeilijkheden overeenkomstig de bedoeling van de Overgangswet (MvT p. 91).

69 SCHADEVERGOEDINGSVERBINTENIS. De schadevergoedingsverbintenis is weliswaar niet het enige, doch wel het voornaamste gevolg van een onrechtmatige daad. Op de nakoming van die schadevergoedingsverbintenis zijn N. 1033-1038 toepasselijk, op subrogatie – buiten die van art. 284 WvK, waarover nader in § 70 – N. 1025-1028, op niet-nakoming N. 1041-1046.

Materieelrechtelijk is van belang, dat volgens de nieuwe wet tekortkoming zonder ingebrekestelling intreedt 'wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad . . . en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen' (art. 6.1.8.8), dat de wettelijke rente verbeurd wordt zonder de aanzegging van art. 1286 (art. 6.1.9 A.8 lid 1) en dat de wettelijke rente volgens een systeem van gemitigeerde samengestelde interest wordt berekend (art. 6.1.9 A.8 lid 2).

Overgangsrechtelijk is van belang:

- dat art. 6.1.8.8 niet van toepassing is op een bij de invoering bestaande verbintenis uit onrechtmatige daad (art. 183 Ov., N. 1043).
- dat art. 6.1.9 A.8 niet van toepassing is op een bij de invoering bestaande verbintenis, voor zover betreft het 'automatische' verzuim, doch wel voor zover betreft het systeem van gemitigeerde samengestelde interest.
- dat de tekortkomingsgevolgen niet door de *lex temporis delicti commissi* worden bepaald, maar door de wet, geldende ten tijde van de tekortkoming in de nakoming van de schadevergoedingsverbintenis.

70

2007 *V De wet, geldende ten tijde van de betaling, bepaalt of en in welke omvang:*

- *een schadeverzekeraar gesubrogeerd wordt in de rechten van de verzekerde tegen de aansprakelijke personen.*
- *een risicodragers verhaalsrechten kan uitoefenen tegen de aansprakelijke personen.*

Tot de gevolgen van een onrechtmatige daad kan ook behoren, dat een schadeverzekeraar krachtens art. 284 WvK gesubrogeerd wordt in de rechten van de verzekerde tegen de dader, of dat een risicodragers verhaalsrechten tegen de dader kan doen gelden. Het komt gewenst voor om – ter voorkoming van onzekerheid – te regelen, naar welke wet het bestaan en de omvang van deze aanspraken wordt bepaald.

De subrogatie van de verzekeraar krachtens art. 284 WvK – dat blijkens w.o. 17 896 verduidelijkt wordt – is een andere subrogatie dan die, geregeld in afd. 6.2.2. Zie PG 6/556, SE 588.

Ten aanzien van de verhaalsrechten van risicodragers bevat art. 6.3.5.1 een tijdelijke regeling van verhaalsrechten. Deze komt – kort gezegd – hierop neer: het verhaalsrecht kan niet worden uitgeoefend voor aanspraken die de gelaedeerde ontleent aan:

a. *de nieuwe aansprakelijkheden van:*

- art. 6.3.1.2b (aansprakelijkheid voor gestoorden)
- art. 6.3.2.3 (aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten)
- art. 6.3.2.5 (aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken)

b. *de hervormde aansprakelijkheden van:*

- art. 6.3.1.5 (groepsaansprakelijkheid)
- art. 6.3.2.1 (aansprakelijkheid voor kinderen)
- art. 6.3.2.7 (aansprakelijkheid voor opstallen).

HOOFDSTUK 3

71

- 3000 *V Afd. 6.1.9 en 6.1.9 A zijn vanaf de invoering van toepassing op de wettelijke verplichting tot schadevergoeding uit wanpraestatie en onrechtmatige daad, ook indien overigens de gevolgen van het tot schadevergoeding verplichtende feit door de oude wet worden beheerst.*
- 3001 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.*
- 3002 *V Par. 4 van afd. 6.1.8 is vanaf de invoering van toepassing op een boetebeding, ook indien de boet vóór de invoering verschuldigd is geworden.*
- 3003 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien het boetebeding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.*

Deze nodi strekken ter herhaling van N. 1045 en 1046 (wanpraestatie), N. 1503 en 1504 (wanpraestatie bij koop) en N. 2004 en 2005 (onrechtmatige daad). Ter toelichting wordt verwezen naar § 47 en 69. Daar is ook gewezen op het verschil in formulering tussen N. 3001 en N. 3003.

De onmiddellijke toepassing van het nieuwe schadevergoedingsrecht op oude schadevergoedingsfeiten is beperkt tot wanpraestatie en onrechtmatige daad. Daarbij wordt als ‘wanpraestatie’ aangemerkt: niet-nakoming van een verbintenis uit rechtshandeling (meestal: overeenkomst).

Asser-Hartkamp I, no. 404, geeft een opsomming van de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, waarop afd. 6.1.9 van toepassing is. Die opsomming wijkt gedeeltelijk af van die van A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding deel 1* (Mon. NBW B-34), no. 16.

De onmiddellijke toepassing betreft niet de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling. De reden voor deze uitzondering is dezelfde als die, welke de overgangswetgever ten aanzien van art. 190 Ov. heeft geïnspireerd. Zie MvT, p. 92.

Tot de onmiddellijk toepasselijk wordende bepalingen behoort ook art. 6.1.9A.8, evenwel met inachtneming van het in § 69 opgemerkte.

De onmiddellijke toepassing van het nieuwe schadevergoedingsrecht brengt ten aanzien van aanhangige gedingen mee, dat de rechtsbetrekking in het schadevergoedingsgeschil door de nieuwe wet wordt beheerst. Het nieuwe schadevergoedingsrecht dient dus ook in lopende procedures toepassing te vinden. N. 7004 biedt partijen de mogelijkheid tot aanpassing van hun stellingen.

HOOFDSTUK 4

72 NATUURLIJKE VERBINTENIS.

- 4000 *De omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare bij een uiterste wilsbeschikking is niet aan de vereisten van art. 6.1.1.5 onderworpen, indien deze beschikking vóór de invoering is gemaakt, doch nadien tot uitvoering komt (Art. 174 Ov.).*

73 PLURALITEIT.

- 4001 *Afd. 6.1.2 is vanaf de invoering van toepassing op een alsdan bestaande verbintenis.*
- 4002 *Maar: de oude wet blijft – in plaats van artt. 6.1.2.4-7b – van toepassing, indien een van meerdere aansprakelijke personen vóór de invoering een schuld geheel of gedeeltelijk heeft voldaan voor een groter gedeelte dan hem aangaat (Art. 175 lid 1 Ov.).*
- 4003 *En: de oude wet blijft – in plaats van artt. 6.1.2.1-3 en 6.1.2.7b – van toepassing op een vóór de invoering bedongen borgtocht of hoofdelijke gebondenheid (Art. 175 lid 2 Ov.).*

Afd. 6.1.2 is niet beperkt tot (passieve) hoofdelijkheid, doch omvat alle gevallen van (passieve) pluraliteit. Daarbij staat aansprakelijkheid voor gelijke delen – dus juist geen hoofdelijkheid – voorop: art. 6.1.2.1 lid 1. Dat is echter meer schijn dan wezen: in geval van een verbintenis tot schadevergoeding zijn meerdere aansprakelijke personen hoofdelijk aansprakelijk (art. 6.1.9.8).

Van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet worden in de eerste plaats uitgezonderd de bepalingen betreffende de onderlinge regresplicht. MvT p. 82 geeft boeiende cijfervoorbeelden.

In de tweede plaats geldt de onmiddellijke toepassing niet in geval van anterieure borgtocht of ‘bedongen gebondenheid als hoofdelijk medeschuldenaar wie de schuld in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat’ (dwz. hoofdelijke aansprakelijkheid zonder draagplichtigheid).

74

- 4004 *Afd. 6.1.3 is vanaf de invoering van toepassing, voor zover een aan twee of meer*

schuldeisers verschuldigde praestatie vóór de invoering niet is voldaan.

4005 *Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien vóór de invoering een rechtsvordering tot betaling is ingesteld (Art. 176 Ov.).*

De nieuwe wet is dus mede van toepassing, indien vóór de invoering slechts gedeeltelijke nakoming heeft plaats gevonden en het restant nog niet in rechte is gevorderd.

75 VOORWAARDELIJKHEID.

4006 *Afd. 6.1.5 is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de voorwaardelijke verbintenis daarvoor is ontstaan.*

4007 *Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien de voorwaarde vóór de invoering is vervuld.*

Zie MvT p. 83. In verband met de vervulling van de ONTBINDENDE voorwaarde moet worden onderscheiden:

- De voorwaarde is *vóór de invoering* vervuld; de vervulling werkt terug met goederenrechtelijke werking (artt. 1297 en 1301).
- De voorwaarde wordt *na de invoering* vervuld; de vervulling werkt niet terug (art. 3.2.5 lid 2), maar heeft wel goederenrechtelijke werking (art. 3.4.2.2 lid 4) en leidt daarom tot een ongedaanmakingsverplichting (art. 6.1.5.4).

76 VERREKENING.

4008 *Afd. 6.1.10 is vanaf de invoering van toepassing op de verrekening van vorderingen en schulden, die vóór de invoering nog niet door compensatie teniet zijn gegaan (Art. 4 AB).*

4009 *Maar: de oude wet blijft van toepassing op de verrekening van een schuld met een vordering, die vóór de invoering:*
òf aan een derde is overgedragen,
òf door een derde is beslagen,
òf met een beperkt recht is bezwaard. (Art. 184 Ov.).

4010 *Tenzij uit de rechtsverhouding tussen partijen anders voortvloeit, worden geldvorderingen en -schulden, die vóór de invoering in een rekening-courant zijn opgenomen, gesaldeerd per invoeringsdatum (Art. 185 Ov.).*

77 VERMENGING.

- 4011 *Indien vóór de invoering een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde is verricht, die krachtens de oude wet het tenietgaan van een verbintenis door vermenging tot gevolg heeft gehad, dan doet de vervulling van de voorwaarde na de invoering de verbintenis herleven (Art. 189 Ov.).*

78 ONVERSCHULDIGDE BETALING en ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING.

- 4012 *De nieuwe wet is van toepassing, indien de vereisten voor een (schadevergoedings)verbintenis uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking na de invoering worden vervuld.*
- 4013 *Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien de vereisten voor die verbintenis na de invoering worden vervuld en de verbintenis strekt ter afwikkeling van een rechtsverhouding, die door de oude wet werd beheerst (Art. 190 Ov.).*

79 OVERGANG VAN VORDERINGEN.

- 4014 *De oude wet blijft van toepassing, indien een vordering vóór de invoering is overgegaan op een nieuwe schuldeiser.*
- 4015 *Maar: de nieuwe schuldeiser, op wie vóór de invoering een vordering is overgegaan, kan vanaf de invoering de nevenrechten, voorrechten en executiebevoegdheid uitoefenen, die ten tijde van de overgang aan de vordering waren verbonden (Art. 186 Ov.).*

HOOFDSTUK 5

80 OPMERKING VOORAF. In het NBW zijn 'zaken' slechts een subcategorie van 'goederen' (art. 3.1.1.0). Dat leidt tot een ontmanteling van het zakenrecht zoals het uit het Romeinse recht tot ons is gekomen: vele onderwerpen, die de BW-jurist als typisch zakenrechtelijk beschouwt, zijn niet in het zakenrecht te vinden, doch in het (algemene deel van het) vermogensrecht. Het NBW-zakenrecht is beperkt tot de zakelijke rechten-nieuwe-stijl, dwz. goederenrechtelijke rechten op lichamelijke objecten (zaken). Ook de Overgangswet gaat van dit systeem uit.

Als gevolg daarvan vinden de volgende onderwerpen elders hun overgangsrechtelijke bespreking:

eigendomsverkrijging door overdracht	§ 125
originare eigendomverkrijging	§ 135
eigendomsverkrijging door verjaring	§ 139
pandrecht	§ 148
hypotheek	§ 170
zekerheidsoverdracht	§ 159
eigendomsvoorbehoud	§ 167
voorrechten	§ 176

In afwijking van de Overgangswet – maar in overeenstemming met de BW-traditie – worden de overgangsproblemen bij vruchtgebruik hieronder te zamen met de zakenrechtelijke overgangsverikelen besproken.

81 ALGEMEEN.

5000 De nieuwe wet is vanaf de invoering voor het vervolg van toepassing op eigendom en alsdan bestaande zakelijke rechten.

Deze regel is niet in de Overgangswet opgenomen, doch ligt daaraan wel ten grondslag. Zie MvT p. 29: 'Art. 69 verzet zich uiteraard niet tegen – onmiddellijke of uitgestelde – werking van nieuwe wetsbepalingen die de inhoud van de eigendom of de andere vermogensrechten nader bepalen.' Zie over de achterliggende problematiek § 292.

82 EIGENDOM VAN ONROER. ZAKEN.

- 5001 *De eigenaar van een stroom, rivier of kanaal wordt vanaf de invoering eigenaar van de bodem onder dit water. Een beperkt recht op een dergelijk water komt vanaf de invoering op die bodem te rusten (Art. 154 Ov.).*

83

- 5002 *De eigenaar van een onroer. zaak is vanaf de invoering gerechtigd de bevoegdheden uit te oefenen, die in titel 5.3 worden toegekend.*

Tot die bevoegdheden behoren onder meer het gebruik van de ruimte boven en onder de grond (art. 5.3.2), afsluiting (art. 5.3.3), het retentierecht van art. 5.3.4 lid 2.

84

- 5003 *Vanaf de invoering behoren onroer. res nullius aan de Staat (Art. 155 Ov.).*
5004 *Uitbreiding van de territoriale zee brengt niet mede eigendomsverkrijging van gebouwen en werken, die duurzaam met de grond verenigd zijn (Art. 156 Ov.).*

Art. 156 Ov. is ontleend aan art. II van de wet van 11 maart 1981, Stbl. 112.

85

- 5005 *Artt. 5.3.9 en 5.3.12 worden 3 jaar na de invoering toepasselijk op aanwas en afslag (Art. 157 Ov.).*
5006 *Art. 5.3.13 is niet van toepassing op uitbreiding van een duin ten gevolge van overstuiving door de wind vóór de invoering (Art. 158 Ov.).*

86 BURENRECHT.

- 5007 *De tussen naburen geldende rechten en verplichtingen worden vanaf de invoering beheerst door de nieuwe wet (Art. 159 Ov.).*
5008 *Iedere nabuur kan aanpassing vorderen, indien de bij de invoering bestaande toestand van een erf niet voldoet aan de nieuwe wet. De kosten van aanpassing komen ten laste van:*

- *de aanpassing vorderende nabuur, indien de bestaande toestand voldeed aan de oude wet,*
- *de eigenaar van het aan te passen erf, indien de bestaande toestand niet voldeed aan de oude wet (Art. 161 Ov.).*

De burennrecht-titel van het BW is in het NBW gesplitst in het eigenlijke burennrecht (titel 5.4) en mandeligheid (titel 5.5).

Voor het eigenlijke burennrecht behelst art. 161 Ov. een even eenvoudige als doelmatige oplossing van de aanpassingsproblemen. De invoering zal daarom naar verwachting geen ernstige burennrechtelijke problemen oproepen.

Daarbij past echter een opmerking. Of de toestand van een erf in overeenstemming is met de oude wet, dient niet slechts aan de wettelijke bepalingen te worden getoetst, doch aan alle omstandigheden, die onder de oude wet voor beoordeling van een aanpassingsvordering van belang zouden zijn geweest. Tot die omstandigheden kan ook misbruik van recht of strijd met de goede trouw behoren. Zie Asser-Beekhuis II, p. 1/2, en W.J.M. Davids, Burennrecht (Mon. NBW, B-26), p. 7-9.

87

- 5009 *Bestaande buurwegen worden gehandhaafd. De oude wet blijft van toepassing op rechten en verplichtingen ten aanzien van bestaande buurwegen. Art. 3.1.2.7 lid 1 is niet op buurwegen van toepassing (Art. 160 Ov.).*

De handhaving van bestaande buurwegen – over land of over water – is op zich zelf toe te juichen. Het is slechts te betreuren, dat de overgangswetgever de gelegenheid niet te baat heeft genomen enige orde op zaken te stellen ten aanzien van het voor de praktijk belangrijke geschilpunt: is voor het ontstaan van een buurweg (in het verleden) de probatio diabolica van de ‘subjectieve bestemming’ vereist? De overgangswetgever acht het niet beneden zijn waardigheid het veel minder urgente vraagstuk van gevonden voorwerpen (art. 151 Ov.) te regelen. Een behoorlijke regeling van de buurweg zou de praktijk goede diensten kunnen bewijzen.

88 MANDELIGHEID.

- 5010 *Een onroerende zaak is door en vanaf de invoering mandelig, indien alsdan voldaan is aan de vereisten van òf art. 5.5.1 lid 1 òf art. 5.5.2 (Art. 162 lid 1 Ov.).*

Het NBW schaft twee wijzen van ontstaan van erfdiensbaarcheden af:

- door *bestemming* (art. 747 BW): indien een erf bij splitsing ‘in zoodanig eenen toestand gesteld’ is ‘waaruit eene voortdurende en zichtbare erfdiensbaarchheid zoude zijn ontstaan’.
- door *herleving* (art. 748 BW): indien heersend en dienend erf, na in één hand te zijn verenigd, worden gesplitst.

Op deze wijzen kunnen erfdiensbaarcheden na de invoering niet meer ontstaan, maar indien zij aldus vóór de invoering ontstaan zijn, zijn het bestaande erfdiensbaarcheden, die blijven bestaan.

Art. 163 Ov. is slechts van belang voor de inschrijvingsmogelijkheid. Deze geschied als rechtshandeling (art. 3.1.2.2 sub a), dus anders dan in geval van verjaring. Maar: evenals bij verjaring geldt art. 3.1.2.7 lid 2.

91

5014 *Een niet voortdurende of niet zichtbare erfdiensbaarchheid, waarvan het bezit te goeder trouw vóór de invoering is begonnen, kan door verjaring worden verkregen. De (nieuwe) verjaringstermijn loopt vanaf de invoering.*

Dit is de omzetting van N. 6035 op – onder de oude wet niet voor bezit vatbare – erfdiensbaarcheden.

92

5015 *Art. 5.6.7a lid 1 is slechts van toepassing op geldelijke verplichtingen, die vanaf de invoering ontstaan (Art. 164 Ov.).*

Krachtens art. 5.6.7a lid 1 zijn de eigenaars van het heersende, c.q. dienende erf – in geval van pluraliteit – hoofdelijk aansprakelijk voor geldelijke verplichtingen, die uit de erfdiensbaarchheid voortvloeien.

93

5016 *De toepasselijkheid van art. 5.6.8 op een bij de invoering bestaande erfdiensbaarchheid is in die zin beperkt:*
a. dat de erfdiensbaarchheid niet kan worden opgeheven, doch slechts kan worden gewijzigd;

Mandeligheid is een vorm van gemeenschap en wordt gekenmerkt door:

- het *object*: een onroer. zaak, die tot gemeenschappelijk nut van twee of meer onroer. zaken strekt (art. 5.5.1 lid 1).
- het *kwalitatieve karakter*: de aandelen in de mandelige zaak zijn gebonden aan de eigendom van de ‘heersende’ erven (art. 5.5.3 lid 1).
- de uitsluiting van de *verdelingsvordering*: art. 5.5.3 lid 2.

Mandeligheid ontstaat:

òf uit de wet (art. 5.5.2): N. 5010.

òf uit overeenkomst ten aanzien van de grond (art. 5.5.1 lid 1): N. 5010.

òf uit overeenkomst ten aanzien van de kosten van een werk (art. 5.5.1 lid 2): N. 5011.

Indien aan de vereisten van art. 5.5.2 of art. 5.5.1 lid 1 is voldaan, ontstaat de mandeligheid ex lege transitoria door de invoering. Dat geldt echter niet voor het geval van art. 5.5.1 lid 2.

5011 *Een vóór de invoering gesloten overeenkomst – tussen de eigenaars van 2 of meer erven om de kosten van een gebouw of werk op een of meer van die erven gezamenlijk te dragen en het tot gemeenschappelijk nut van die erven te bestemmen – leidt niet zonder meer tot mandeligheid, doch vereist een nadere overeenkomst (Art. 162 lid 2 Ov.).*

89 ERFDIENSTBAARHEDEN.

5012 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op bestaande erfdiensbaarcheden.*

Dit is de grondgedachte van de Overgangswet, toegespitst op erfdiensbaarcheden.

Onder de oude wet kunnen alle erfdiensbaarcheden ontstaan door vestiging, doch slechts sommige – namelijk de voortdurende en de zichtbare – erfdiensbaarcheden door verjaring. Is vóór de invoering krachtens de oude wet een erfdiensbaarchheid door verjaring ontstaan, dan valt dit rechtsfeit onder de inschrijfbare feiten (art. 3.1.2.2 sub 1). Die inschrijving is facultatief (art. 3.1.2.7 lid 2).

90

5013 *Een erfdiensbaarchheid, die vóór de invoering is ontstaan door bestemming of herleving, kan worden ingeschreven (Art. 163 Ov.).*

- b. dat – in geval van wijziging – geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan (Art. 165 Ov.).*

De ‘contracts’-aanpassing is voor erfdienstbaarheid nogal omslachtig geregeld in artt. 5.6.8-5.6.8*ba*. Onderscheiden moet worden tussen wijziging en opheffing van de erfdienstbaarheid; voorts moet onderscheiden worden naar gelang de eigenaar van het dienend, dan wel van het heersend erf de aanpassing vordert. Zie Mon. NBW B-27 (Davids), p. 44 vlg. Enigszins geschematiseerd komt het op het volgende neer:

grond	op vordering van			
	dien.erf	heers.erf	wijzig.	ophef.
1. niet verdisconteerde omstandigheden	x		x	x
2. strijd met algemeen belang na 20-jarige duur	x		x	x
3. onmogelijkheid van uitoefening	x	x	x	x
4. ontbreken van redelijk belang	x			x
5. aanzienlijke vermindering van belang		x	x	

Art. 165 Ov. sluit deze aanpassing slechts in beperkte mate uit, namelijk wegens de onder 1 en 2 genoemde gronden. De niet door art. 165 Ov. bestreken gevallen kunnen zonder enige beperking worden aangepast.

Het nut van art. 165 Ov. is even problematisch als dat van art. 195 Ov. Zie N. 1022 (§ 26-28). Het daar opgemerkte geldt ook ten aanzien van art. 165 Ov. Het artikel behoort te vervallen.

94 ERFPACHT.

5017 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een alsdan bestaand erfpachtsrecht.*

Dit is de grondregel van de Overgangswet, toegespitst op het erfpachtsrecht.

95

- 5018 *Bedingen in ingeschreven erfpachtsakten blijven geldig tussen erfpachter en eigenaar. Dergelijke bedingen werken voor of jegens derden – waaronder de rechtverkrijgenden van partijen – slechts binnen de grenzen van titel 5.7.*

Onder het BW zijn de wettelijke bepalingen ten aanzien van het erfpachtrecht slechts van weinig belang: art. 782 BW brengt mee, dat de inhoud van een concreet erfpachtrecht in vergaande mate wordt bepaald door de algemene voorwaarden van uitgifte in erfpacht, aangevuld met bijzondere voorwaarden, beide bij beschikking vastgesteld door gemeenten; zie Asser-Beekhuis II, p. 236.

Het NBW is in dit opzicht strenger: het voert ten aanzien van een tiental punten – zie PG 5/297-298, SE 386 – dwingende voorschriften in.

De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet – N. 5017 – brengt mee, dat ook het dwingende karakter van de nieuwe wettelijke regeling van toepassing wordt. In verband met bestaande erfpachtsvoorwaarden heeft dit geen gevolgen in de *interne* verhouding – in overeenstemming met N. 1020, waarover § 25 –, doch wel gevolgen in de *externe* verhouding: hoewel de bedingen zijn ingeschreven in de openbare registers, kan door of tegen derden daarop slechts beroep worden gedaan voor zover titel 5.7 dit toelaat.

Zie MvT, p. 74, en Asser-Beekhuis II, p. 257-259.

96

- 5019 *Art. 766 blijft van toepassing op de opzegging, door de EIGENAAR, van een bij de invoering bestaand erfpachtrecht. De opzegging moet bij exploit geschieden (Art. 166 Ov.).*
- 5020 *Vanaf de invoering is de ERFPACHTER tot opzegging bevoegd, doch slechts indien hij krachtens de oude wet tot opzegging of eenzijdige afstand bevoegd was (Art. 167 Ov.).*
- 5021 *De opzegging moet geschieden bij exploit met inachtneming van een termijn van 1 jaar. Indien voor de opzegging of eenzijdige afstand door de erfpachter een andere termijn is bedongen, geldt die termijn voor de opzegging door de erfpachter (Artt. 166 en 167 Ov.).*

N. 5019-5021 hebben betrekking op opzegging van bij de invoering bestaande erfpachtsrechten. De regeling komt op het volgende neer:

- (1) De opzegging moet steeds bij *exploit* geschieden (N. 5021).

- (2) Bij de opzegging moet door de *eigenaar* steeds, door de *erfpachter* in beginsel een termijn van 1 jaar in acht worden genomen (N. 5021).
- (3) De *eigenaar* zou volgens art. 5.7.1.2 niet tegen een eerdere datum dan 25 jaar na vestiging mogen opzeggen, terwijl volgens art. 766 een verbod van opzegging – voor zover niet anders bedongen – tegen een eerdere datum dan 30 jaar na vestiging geldt. N. 5019 handhaaft de datum van art. 766.
- (4) Het BW kent geen opzeggingsbevoegdheid aan de *erfpachter* toe (welke bevoegdheid hem volgens art. 5.7.1.2a wel toekomt). De erfpachter kan echter in de erfpachtsvoorwaarden opzeggingsbevoegdheid hebben bedongen. Hij kan voorts tot eenzijdige afstand van recht bevoegd zijn. N. 5020 handhaaft in deze gevallen de beëindigingsbevoegdheid van de erfpachter, door deze in bevoegdheid tot opzegging om te zetten.

97

5022 *Art. 5.7.1.5a is slechts van toepassing op geldelijke verplichtingen, die vanaf de invoering ontstaan (Art. 168 Ov.).*

Dit is dezelfde regeling als die van art. 164 Ov. ten aanzien van art. 5.6.7a lid 1. Zie N. 5015 (§ 92).

98

5023 *De toepasselijkheid van art. 5.7.1.8a lid 1 op een bij de invoering bestaande erfpacht is in die zin beperkt:*

- a. *dat de erfpacht niet kan worden opgeheven, doch slechts kan worden gewijzigd.*
- b. *dat – in geval van wijziging – geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan (Art. 169 Ov.).*

Art. 169 Ov. is het erfpachtsrechtelijke analogon van art. 165 Ov. ten aanzien van erfdienstbaarheden (N. 5016; § 93). Zie § 26-28. Ook hier geldt de conclusie: het artikel behoort te vervallen.

99

- 5024 *Art. 5.7.1.11 is niet van toepassing op een erfpacht, die ten tijde van de invoering bestaat (Art. 170 Ov.).*

Voor lopende erfpachten handhaaft de Overgangswet het thans geldende systeem: de erfpachter heeft slechts recht op vergoeding voor gebouwen, werken en beplantingen, die bij het einde van de erfpacht achterblijven, indien een dergelijke vergoeding is bedongen.

100 OPSTAL.

- 5025 *Artt. 167-170 Ov. zijn van toepassing op een bij de invoering bestaand opstalrecht (Art. 171 Ov.).*

101 APPARTEMENTSRECHTEN.

- 5026 *Art. 5.10.1.2a is ook van toepassing op een splitsing, die vóór de invoering heeft plaatsgevonden (Art. 172 Ov.).*

Art. 5.10.1.2a regelt de bekrachtiging van nietige splitsingen. Zie PG 5/380-382, SE-, waarover Asser-Beekhuis II, p. 317 en 319. Die bekrachtigingsregels gelden ook voor 'oude' splitsingen.

102 VRUCHTGEBRUIK.

- 5027 *Titel 3.8 is vanaf de invoering van toepassing op een voordien gevestigd vruchtgebruik (Art. 4 AB).*

Het BW-vruchtgebruik op (onroer.) zaken wordt door het NBW omgezet in een vruchtgebruik op goederen. Hoe belangrijk deze hervorming ook is, overgangsrechtelijk heeft zij slechts geringe betekenis.

103

- 5028 *Een vóór de invoering gevestigd oneigenlijk vruchtgebruik wordt door de invoering omgezet in vruchtgebruik op de nog aanwezige goederen (Art. 104 lid 1 Ov.).*

- 5029 *Art. 3.8.11 is vanaf de invoering van toepassing op het – voordien oneigenlijke – vruchtgebruik (Art. 104 lid 1 Ov.).*
- 5030 *De vruchtgebruiker is verplicht bij de eerste jaarlijkse opgave krachtens art. 3.8.4. de goederen op te geven, waarop het – voordien oneigenlijke – vruchtgebruik rust (Art. 104 lid 2 Ov.).*

Het BW kent het oneigenlijk vruchtgebruik: 'vruchtgebruik' van verbruikbare zaken, die door de vestiging eigendom worden van de 'vruchtgebruiker', die echter obligatoir verplicht is om bij het einde van het 'vruchtgebruik' soortgelijke zaken terug te geven of hun waarde te vergoeden. Alle oneigenlijke vruchtgebruiken worden omgezet in (echte) vruchtgebruiken. Dat betekent:

- (1) Door en vanaf de invoering wordt de hoofdgerechtigde wederom eigenaar van de onder het oneigenlijke vruchtgebruik vallende zaken, v.z.v. zij nog niet verbruikt zijn. Welke goederen aldus tot de eigenaar terugkeren, blijkt bij de eerste opgave krachtens art. 3.8.4: N. 5030.
- (2) De goederen worden eigendom van de hoofdgerechtigde, doch onder bezwaar van vruchtgebruik: N. 5028. Dit is een normaal vruchtgebruik krachtens titel 3.8. De vergoedingsverplichting van art. 804 van de (oneigenlijke) vruchtgebruiker vervalt – behalve indien zij reeds vóór de invoering is ontstaan (want dan wordt zij krachtens art. 70 Ov. gehandhaafd).
- (3) De zaaksvervangingsverplichting van art. 3.8.11 geldt uitsluitend voor de goederen, die vanaf de invoering vervangen worden: N. 5029.

De omzetting van een oneigenlijk vruchtgebruik in een (echt) vruchtgebruik leidt tot eigendomsovergang: de oneigenlijke vruchtgebruiker verliest de eigendom, die naar de obligatoir gerechtigde terugkeert en alsdan tevens – samenval van rechtsmomenten – met (echt) vruchtgebruik wordt bezwaard. Dat is dezelfde constructie, die de Overgangswet toepast bij de transformatie van zekerheidseigendom in (stil) pandrecht. Zowel art. 104 Ov. als art. 86 Ov. behelzen dus een afwijking van art. 69 Ov.: in de gevallen van artt. 104 en 86 Ov. wordt door de invoering eigendom verkregen en verloren.

Dat kan aanleiding geven tot 'botsingsproblemen'. De volgende mogelijkheden kunnen zich voordoen:

- De verbruikbare zaken zijn door de oneigenlijke 'vruchtgebruiker' in eigendom tot zekerheid overgedragen. Welke rechten kan vanaf de invoering de gewezen zekerheidseigenaar – wiens recht door de invoering in stil pandrecht getransformeerd wordt – op de zaken doen gelden?
- De verbruikbare zaken zijn door de oneigenlijke 'vruchtgebruiker' niet in eigendom tot zekerheid overgedragen en keren dus vrij en onbezwaard in

eigendom terug tot de obligatoir gerechtigde. Deze heeft zich echter verbonden alle hem in eigendom opkomende goederen aan zijn bankier in zekerheidseigendom – dus vanaf de invoering: in stil pandrecht – over te dragen. Hoe is de verhouding tussen de stil pandhouder en de vruchtgebruiker?

De MvT zwijgt over deze en dergelijke problemen. Hoe zij moeten worden opgelost, blijft een raadsel.

104

5031 *Vanaf de invoering is art. 3.8.3a lid 2 van toepassing op een voordien gevestigd bewind (Art. 105 Ov.).*

Voor zover bij de instelling van het bewind andere voorschriften zijn gegeven, blijven deze van kracht: N. 1020 (§ 24).

105

5032 *Art. 3.8.19 is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de vruchtgebruiker daarvóór ernstig is tekortgeschoten (Art. 106 Ov.).*

Het nieuwe recht kent niet meer de ‘vervallenverklaring’ van het vruchtgebruik. Die sanctie wordt door art. 106 Ov. afgeschaft, ‘met onmiddellijke werking’, zoals MvT, p. 57 vermeldt. Die onmiddellijke toepassing heeft retro-actief effect: de minder vergaande sanctie van art. 3.8.19 geldt ook voor een tekortschieten vóór de invoering.

HOOFDSTUK 6

106 HULPZAKEN.

6000 *Hulpzaken, die bij de invoering onroerend zijn doch niet voldoen aan de omschrijving van art. 3.1.1.3, worden vanaf de invoering roerend.*

6001 *Maar: dergelijke hulpzaken, die bij de invoering onder een beslag op onroerzaken vallen, blijven onroerend tot aan de levering aan de execut. koper (Art. 76 Ov.).*

6002 *En: dergelijke hulpzaken, die bij de invoering hypothecair zijn verbonden,*
 a. *blijven onroerend tot aan de levering aan de execut. koper, indien de executie vóór de invoering is begonnen (Art. 76 Ov.).*
 b. *worden bij de invoering van rechtswege bezwaard met een stil pandrecht van art. 3.9.2.14a, indien de executie nog niet is begonnen (Art. 77 Ov.).*

De hulpzaken – ‘alle zodanige voorwerpen, welke de eigenaar tot een blijvend gebruik aan zijne onroerende zaken verbonden heeft’, art. 563 – verdwijnen als zelfstandige categorie: zij zijn òf bestanddeel van een onroerz. zaak en dus onroerend (art. 3.1.1.3) òf geen bestanddeel en alsdan roerend.

Artt. 76 en 77 Ov. strekken om ongelukken bij de statuswisseling onroerend-roerend te voorkomen.

De betreffende zaken blijven onroerend tot aan – niet: tot en met! – de levering aan de execut. koper. Zij moeten dus als roerz. zaken geleverd worden.

Bij de invoering is een gebouw met machines hypothecair bezwaard. De hypotheekhouder heeft vanaf de invoering een stil pandrecht op de machines (art. 77 Ov.).

Wordt na de invoering een tweede hypotheek gevestigd, dan omvat deze slechts het gebouw. De tweede hypotheekhouder kan slechts via art. 3.9.2.14a rechten op de machines verkrijgen.

107 DERDENBESCHERMING.

6003 *Afd. 3.1.2 is vanaf de invoering van toepassing, ook ten aanzien van alle daarvóór in de openbare registers gepubliceerde feiten, voor zover deze volgens de nieuwe wet inschrijfbaar zijn (Art. 78 lid 1 Ov.).*

6004 *Maar:*

- a. *art. 3.1.2.4a heeft geen invloed op de rangorde van rechten, die bij de invoering bestaan (Art. 78 lid 2 Ov.).*
 - b. *artt. 3.1.2.7-3.1.2.8a worden 3 jaar na de invoering van toepassing op inschrijfbaar feiten, die vóór de invoering zijn geschied (Art. 78 lid 3 Ov.).*
- 6005 *Art. 3.2.3a is van toepassing, indien vanaf de invoering in redelijk vertrouwen op het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een rechtsbetrekking is gehandeld.*

Deze nodi schijnen geen commentaar te vereisen: N. 6003 en 6004 zijn koppelingen en N. 6005 herhaalt slechts de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet. Er is nochtans meer aan de hand.

108

Art. 3.2.3a is in de nieuwe wet het pendant van art. 1910: het algemene *beschermingsartikel*. Als zodanig maakt het deel uit – en is het het sluitstuk – van:

- artt. 3.4.2.3a en 3.9.2.2a: bescherming van de verkrijger van roer. zaken tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder in bepaalde gevallen van levering.
- art. 3.4.2.3b: bescherming van de verkrijger van onroer. zaken tegen een bepaald soort van beschikkingsonbevoegdheid (namelijk: voor zover die beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit een titelgebrek of een gebrek in de leveringshandeling); afd. 3.1.2: bescherming van de verkrijger van onroer. zaken tegen onjuiste of onvolledige registerinschrijvingen.
- art. 3.4.2.3b: bescherming van de verkrijger van òf vorderingen op naam òf rechten van intellectuele eigendom tegen een bepaald soort van beschikkingsonbevoegdheid (als bij onroer. zaken).
- artt. 3.4.2.3a, 6.2.1.4a en 6.2.1.5: bescherming van de verkrijger van order- of toondervorderingen tegen beschikkingsonbevoegdheid (in dezelfde omvang als bij roer. zaken) en bescherming tegen verweren van de order- of toonderschuldenaar.

In dit opzicht bestaan mogelijkwijze – zeker is het niet – vrij ingrijpende verschillen tussen de oude en de nieuwe wet. Dat geldt in het bijzonder voor de elementen ‘toedoen’, ‘nadeel’ en ‘goede trouw’. Zie C.L. de Vries Lentsch-Kostense (in *Capita NBW*, p. 385 vlg.).

Het is verleidelijk om deze onzekerheid te beëindigen door de beschermingsartikelen terugwerkend toepasselijk te verklaren: indien geen verschillen bestaan, kan daartegen geen bezwaar bestaan, want er verandert niets; bestaan wel verschillen, dan verdient de nieuwe wet de doorslag te geven, al ware het slechts om anticiperende interpretatie te kanaliseren. Die terugwerkende toepassing is echter niet raadzaam:

- De verkrijging van goederen en zaken wordt terugwerkend discutabel gesteld. Dat levert vooral bij onroer. zaken ernstige bezwaren op.
- Ook ten aanzien van roer. zaken bestaan bezwaren. Art. 3.4.2.3a beschermt niet in alle gevallen van verkrijging, namelijk niet in geval van verkrijging *constituto possessorio*. Dat kan vooral in geval van zekerheidsoverdrachten gevaarlijk zijn. En zou, in geval van terugwerkende toepassing van art. 3.4.2.3a, ook art. 3.4.2.3aa – waarvan beweerd wordt, dat het de goede trouw aanscherpt, maar waarmee eigenlijk niemand raad weet – terugwerkend toegepast moeten worden?
- Wanneer terugwerkende toepassing van de bijzondere beschermingsartikelen niet geraden is, moet hetzelfde gelden voor art. 3.2.3a, het algemene beschermingsartikel. Wordt het los gemaakt van de bijzondere artikelen, dan kunnen uitkomsten bereikt worden, die de wetgever heeft willen vermijden.

Het verdient om dergelijke redenen de voorkeur *quieta non movere*. Dat de praktijk zich met het onzekere art. 1910 moet blijven behelpen, is het mindere kwaad, waaraan men niet al te zwaar moet tillen: wij hebben het er bijna 150 jaar mee moeten doen; wij zullen ons er ook in de toekomst mee kunnen red- den.

Het beschermingsbeginsel is tot uitdrukking gebracht in art. 3.2.3a. Dat is een ander beginsel dan het vertrouwensbeginsel van art. 3.2.3.

109 NULLITEITEN.

- 6006 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op de gevolgen van alle rechtshandelingen, ook indien zij daarvoor zijn verricht.*
- 6007 *Maar: een rechtshandeling, die vóór de invoering rechtsgeldig is verricht, blijft geldig, ongeacht de geldigheidsvereisten van de nieuwe wet (Art. 4 AB).*
- 6008 *Een rechtshandeling die vóór de invoering nietig was, blijft nietig, indien zij ook volgens de nieuwe wet nietig zou zijn (Art. 4 AB).*
- 6009 *Een rechtshandeling, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, wordt terugwerkend geldig, indien zij volgens de nieuwe wet geldig zou zijn (Art. 79 Ov.).*
- 6010 *Maar: een rechtshandeling blijft nietig of vernietigbaar volgens de oude wet, indien een (onmiddellijk) belanghebbende zich vóór de invoering op de ongeldigheid heeft beroepen (Art. 79 Ov.).*
- 6011 *V Een rechtshandeling, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet vernietigbaar zou zijn, wordt terugwerkend vernietigbaar overeenkomstig de nieuwe wet. De verjaringstermijn van art. 3.2.17 verstrijkt niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 80 Ov.).*

- 6012 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan (Art. 80 Ov.).*
- 6013 *V Een rechtshandeling, die vóór de invoering vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet nietig zou zijn, wordt terugwerkend nietig overeenkomstig de nieuwe wet (Art. 81 Ov.).*
- 6014 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de vernietigbaarheid beroep heeft gedaan (Art. 81 Ov.).*
- 6015 *V Art. 3.2.17b is van de invoering af van toepassing, indien krachtens N. 6010 of 6012 het beroep op ongeldigheid volgens de oude wet moet worden afgedaan.*

110 OVERZICHT. N. 6007-6014 zijn niet meer dan transscripties van N. 1007-1014 voor rechtshandelingen in het algemeen. De overgangsrechtelijke problemen – geldig blijft geldig enz. – zijn in § 14 naar aanleiding van N. 1007-1014 uiteengezet en gelden ook hier.

Die formulering – geldig blijft geldig enz. – suggereert, dat wordt uitgegaan van de oude wet (zoals de doelstelling van alle nodi is). Dat is echter meer schijn dan wezen: het BW bevat immers geen regeling van de vereisten voor rechtshandelingen in het algemeen, noch van de op nietinachtneming ervan gestelde sancties. Die sancties kunnen van verschillende aard zijn; de meest beruchte zijn de geldigheidssancties of nulliteiten. De betekenis van titel 3.2 is voornamelijk, dat de nulliteiten omvattender en systematischer worden geregeld.

Nulliteit of ongeldigheid is niet de enig denkbare sanctie op een gebrek van de rechtshandeling. Denkbaar is ook een financiële sanctie. Zie HR, NJ 1938/600 nt. EMM en art. 3.2.9.

Hoewel titel 3.2 de centrale regeling van de nulliteiten bevat, is die regeling niet volledig: ook elders worden nulliteiten geregeld, soms met afwijkende gevolgen. Zie Hartkamp, Compendium, no. 69 (nietigheden) en no. 71 (vernietigbaarheden).

Dit heeft overgangsrechtelijk twee gevolgen:

- Bij gebreke van voldoende zekerheid ten aanzien van de oude wet moet worden uitgegaan van de nieuwe wet.
- Om de onzekerheid van de oude wet zo veel mogelijk weg te nemen, verdient het verlenen van terugwerkende kracht aan de nieuwe wet aanbeveling.

Dit laatste is ook de opvatting van de Overgangswet (zie art. 79), doch niet voldoende consequent (zie artt. 80 en 81). In N. 6011-6014 wordt een consequenter stelsel voorgesteld.

III WELKE RECHTSHANDELINGEN? Titel 3.2 onderscheidt in verband met nulliteiten drie groepen van rechtshandelingen. Dezelfde indeling geldt waarschijnlijk ook voor het BW:

- I. *meerzijdige* rechtshandelingen, zoals: overeenkomst, afstand van recht, overdracht, verdeling, oprichting van vereniging, besluit van rechtspersoon.
- II. *eenzijdig gerichte* rechtshandelingen, zoals: aanbod, ingebrekestelling, omzettingsverklaring, ontbindingsverklaring, vernietigingsverklaring, bevestiging (van vernietigbare rechtshandeling), opzegging (van overeenkomst, van lidmaatschap).
- III. *eenzijdig ongerichte* rechtshandelingen, zoals: testament, verwerping van nalatenschap, afstand van huwelijksgemeenschap.

Vooraf ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen bestaat onder de oude wet veel onzekerheid omtrent de nulliteitssanctie. Zie voor het aanbod van een onbekwame of gestoorde: N. 1003 en 1004. De opmerkingen, die in § 11 en 12 zijn gemaakt, gelden mutatis mutandis voor andere eenzijdige rechtshandelingen.

III2 WELKE NULLITEITEN? Ongeldigheid of nulliteit is de sanctie op het niet-inacht nemen van een wettelijk geldigheidsvereiste. Men kan daarom voor de nieuwe wet een schema opstellen, waarin voor elk der drie categorieën van rechtshandelingen – in § III genoemd – per geldigheidsvereiste de nulliteitssanctie is opgenomen.

Vereisten		Sanctie		
		I	II	III
a.	handelingsbekwaamheid (art. 3.2.1) ...	vern.	vern.	niet.
b.	geestelijke stoornis (art. 3.2.2)	vern.	vern.	niet.
c.	voorgeschreven vorm, tenzij uit wet anders voortvloeit (art. 3.2.6)	niet.	niet.	niet.
d.	strijd met de wet (art. 3.2.7)	niet.	niet.	niet.
e.	maar i.g.v van beschermingsbedoeling	vern.	niet.	niet.
f.	strijd met goede zeden of openbare orde (art. 3.2.7)	niet.	niet.	niet.
g.	bedreiging, bedrog of misbruik (art. 3.2.10)	vern.	vern.	vern.
h.	benadeling van schuldeiser in verhaalsmogelijkheden (art. 3.2.11)	vern.	vern.	vern.
	handelingsbevoegdheid (art. 3.2.9)	niet.	niet.	niet.

Aan de hand van dit schema kan worden vastgesteld, welke nulliteitssanctie volgens de nieuwe wet aan de gebrekkige rechtshandeling zou worden toegekend, indien zij na de invoering verricht was. Die sanctie wordt als het ware naar het verleden – naar de periode vóór de invoering – geprojecteerd: zij bepaalt terugwerkend de ongeldigheid van de vóór de invoering verrichte rechtshandeling.

Indien een werknemer vóór de invoering door bedreiging of misbruik is bewogen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, doet het er niet meer toe of de oude wet aan die gebrekkige opzegging nietigheid dan wel vernietigbaarheid verbindt; volgens de nieuwe wet zou de opzegging vernietigbaar zijn en die sanctie geldt volgens N. 6011 voor de gebrekkige opzegging vóór de invoering.

Indien een advocaat een derde vóór de invoering heeft voorgesteld voor hem een der in art. 1504 bedoelde ‘regten en regtsvorderingen’ te kopen, is irrelevant of dit aanbod volgens de oude wet nietig, c.q. vernietigbaar was; de nieuwe wet stelt daarop nietigheidssanctie en geldt volgens N. 6013 ook voor het anterieure aanbod van die advocaat.

Dit stelsel vereist twee veiligheidswaarborgen. De eerste is N. 6007: een onder de oude wet rechtsgeldig verrichte rechtshandeling blijft geldig; N. 6009, 6011 en 6013 kunnen slechts toepassing vinden, indien de vóór de invoering verrichte rechtshandeling in enigerlei opzicht niet geldig was.

Onder N. 6007 vallen uitsluitend de rechtshandelingen, die vóór de invoering *rechtsgeldig* zijn verricht, niet rechtshandelingen die vernietigbaar waren maar – in afwachting van eventuele vernietiging – ‘vooralsnog geldig’ zijn. Ook de rechtshandelingen van laatstbedoelde soort blijven na de invoering geldig, maar slechts vooralsnog geldig; zij zijn niet onaantastbaar, doch kunnen overeenkomstig N. 6009, 6011 en 6013 aangetast worden.

Zie ten aanzien van de ‘vooralsnog geldige’ rechtshandelingen in het algemeen: Asser-Rutten II, p. 354.

De tweede waarborg is gelegen in N. 6010, 6012 en 6014: indien vóór de invoering een beroep op de ongeldigheid is gedaan, blijft de oude wet van toepassing. Dat is niet consequent – ook voor deze categorie van beroepen op de ongeldigheid krachtens de oude wet geldt immers, dat de nulliteit in vele gevallen omstreden is –, maar wel praktisch: het anterieure beroep op ongeldigheid kan nog in een aanvangsstadium verkeren – voorbeeld: een protestbrief tegen de door bedreiging of misbruik afgedwongen opzegging van de arbeidsovereenkomst –, doch ook reeds geëvolueerd zijn; voorbeeld: over de rechtsgeldigheid van de opzegging wordt in hoger beroep geprocedeerd.

113 **VERNIETIGBAARHEID EN NIETIGHEID.** Titel 3.2 bepaalt niet slechts de nulliteitsvorm, die als sanctie op een gebrekkige rechtshandeling wordt gesteld, doch behelst ook een regeling van bevoegdheidsuitoefening. In verband met een *beroep op ongeldigheid* zijn de volgende verschillen illustratief voor het nieuwe recht:

		Vernietigbaarheid	Nietigheid
a.	<i>door wie?</i>	degene in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat (art. 3.2.14)	iedereen
b.	<i>partij-initiatief?</i>	– bevestiging (art. 3.2.18) – termijnstelling (art. 3.2.18) – verjaring (art. 3.2.17) – –	– – – – – – bekrachtiging
c.	<i>hoe?</i>	– verklaring (art. 3.2.13) – vordering (art. 3.2.13) – exceptief verweer (art. 3.2.15)	– verklaring – vordering – exsept. verweer
d.	<i>rechtserl. mitigatie?</i>	– partieel (art. 3.2.7a) – conversie (art. 3.2.8) na vernietiging – aanpassing (art. 3.2.17b)	– partieel – conversie – –

Het is op zijn minst twijfelachtig of een dergelijk scherp onderscheid ook onder de oude wet geldt. Zeker is, dat de door art. 3.2.17b voor het geval van vernietigbaarheid geïntroduceerde aanpassingsmogelijkheid nieuw is. Dat is van belang voor de in N. 6010 en 6012 bedoelde gevallen. Om de verschillen met de nieuwe wet zo gering mogelijk te maken, is het gewenst art. 3.2.17b ook in deze beide gevallen toepasselijk te maken: N. 6015. In het geval van N. 6014 (vernietigbaar wordt nietig) bestaat daartoe geen aanleiding.

114 GEVOLGEN VAN NULLITEIT.

6016 *V De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de rechtsgevolgen, die uit de nietige rechtshandeling voortvloeien, ook indien deze daarvoor is verricht.*

6017 *V Maar: de oude wet blijft op die rechtsgevolgen van toepassing, indien vóór de invoering een aanvang is gemaakt met de ongedaanmaking van de gevolgen van een ongeldige rechtshandeling.*

Het beroep op een nulliteit – zowel het beroep op de ab initio bestaande nietigheid, als de vernietiging van een vooralsnog geldige rechtshandeling – werkt steeds terug. De door de nietige, c.q. vernietigde rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen – de rechtsgevolgen, waarop de rechtshandeling gericht was – mogen niet intreden; voor zover zij reeds zijn ingetreden, moeten zij ongedaan worden gemaakt.

Die terugwerking heeft – ten aanzien van vóór de invoering verrichte rechtshandelingen – tot gevolg, dat de oude wet op de ongedaanmaking van toepassing wordt. Dat geldt in de gevallen van N. 6010, 6012 en 6014, waarin het beroep op de ongeldigheid volgens de oude wet wordt beoordeeld; het geldt eveneens in de gevallen N. 6011 en 6013, waarin de nieuwe wet de ongeldigheid bepaalt.

De Overgangswet aanvaardt die herleving van de oude wet. Zie de daarop afgestemde redactie van art. 190 Ov.; zie vooral MvT p. 22:

‘Zo volgt uit artikel 3.2.20 – dat zelf onmiddellijk gaat werken ten opzichte van de rechtsgevolgen van ongeldige rechtshandelingen, verricht vóór zijn inwerkingtreding – dat een bekrachtiging terugwerkt tot het tijdstip van het verrichten van die rechtshandeling. Een zelfde effect heeft de uitoefening van bevoegdheden met terugwerkende kracht, zoals vernietiging van een rechtshandeling. Deze terugwerking kan meebrengen dat de situatie weer onder het oude recht wordt gebracht.’

Dat lijkt weinig aantrekkelijk. Het is paradoxaal, dat een vóór de invoering verrichte, ongeldige rechtshandeling eerst door de Overgangswet geconverteerd wordt in een – volgens de nieuwe wet – vernietigbare (N. 6011) of nietige (N. 6013) rechtshandeling, maar dat op de rechtsverhouding na een geslaagd beroep op de nietigheid of een geslaagde vernietiging de oude wet weer toepasselijk wordt. Het lijkt veel juister, de gevolgen van de nulliteit te regelen overeenkomstig de nieuwe wet: N. 6016. De bezwaren, die MvT p. 92 aanvoert, worden door N. 6017 weggenomen.

115

6018 *Voor de toepassing van art. 3.2.17 lid 1 onder d wordt onder een bevoegdheid tot introeping van een vernietigingsgrond begrepen de bevoegdheid tot het introepen van een vernietigingsgrond, welke iemand reeds toekwam volgens de oude wet (Art. 82 Ov.).*

Zie MvT p. 40. Een typische koppelregel.

116 TERMIJNEN.

6019 *V Een bij de invoering lopende wettelijke termijn wordt afgebroken. De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering aard en duur van de termijn en terugwerkend de aanvang ervan.*

Maar:

- 6020 a. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die geen oude termijn vervangt, begint bij de invoering (Art. 72 Ov.).*
- 6021 b. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die vóór de invoering begint en een onvoltooide oude termijn vervangt, eindigt op het tijdstip dat de oude termijn zou zijn geëindigd (Art. 72 Ov.).*
- 6022 V c. *een nieuwe termijn van 1 jaar of langer eindigt niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 73 Ov.).*

117 OVERZICHT. De voormelde nodi hebben uitsluitend op wettelijke termijnen betrekking, niet op contractuele termijnen (zie daarvoor § 118).

De Overgangswet bevat 3 reeksen van artikelen, die op de termijnregeling betrekking hebben:

- artt. 72 en 73: de *algemene regeling*, die niet slechts voor verjaaringstermijnen geldt, maar ook voor andere termijnen, zoals:
bewaring van stukken, opzegging § 120-121
- artt. 92-94: *verkrijgende verjaring* (artt. 2000-2003; afd. 3.4.3) § 139-143
- artt. 119-122: *bevrijdende verjaring* (artt. 2004-2013; artt. 3.11.10-20d en 3.4.3.8-8a) § 226-228

De onderstaande opmerkingen hebben op alle drie soorten van termijnen betrekking.

De Overgangswet gaat er van uit, dat lopende termijnen van de oude wet bij de invoering hun betekenis verliezen. Uitdrukkingen als ‘termijnverkorting’ of ‘termijnvervroeging’ zijn eigenlijk misplaatst (MvT p. 20), omdat ‘het nieuwe recht het oude verdringt’ (MvT p. 32). Bij de uitwerking van dit uitgangspunt is de Overgangswet echter onnodig gecompliceerd (zie § 120 en 121).

Een overgangsregeling voor termijnen, die bij de invoering *niet meer* lopen, is natuurlijk overbodig: indien de termijn voltooid is, is het met de termijnvoltooiing beoogde rechtsgevolg onder de oude wet ingetreden; het wordt als een verkregen recht gerespecteerd. Termijnen, die bij de invoering *nog niet* zijn begonnen te lopen, kunnen echter wel tot overgangsproblemen leiden (zie § 119).

118 CONTRACTUELE TERMIJNEN. De 3 artikelenreeksen van de Overgangswet, in § 117 genoemd, hebben geen betrekking op termijnen, die partijen zelf bij een rechtshandeling – meestal een overeenkomst – hebben bedongen. Die termijnen vallen onder het regime van contractuele bedingen (Art. 71 Ov., zie § 24). Zij blijven in beginsel, ondanks de invoering, van kracht.

Daarbij moet echter met de volgende punten rekening worden gehouden:

- a. Indien partijen vóór de invoering een voldoenings- of prestatietermijn zijn overeengekomen, blijft daarop art. 1274 van toepassing. Zie art. 183 Ov. (§ 51).
- b. Een contractuele termijn is soms verscholen in een overeengekomen tijdsbepaling (bij voorbeeld: . . . tenzij daartegen onmiddellijk geprotesteerd wordt). Dan kan zich een uitlegprobleem voordoen. Zie § 19. Dat geldt in het bijzonder voor termen als: terstond, onverwijld, met bekwame spoed (binnen bekwame tijd), die in het NBW een pregnante betekenis hebben (zie PG 3/162, SE 47).

119 OVERGANGSRECHTELIJKE PROBLEMEN. Ten aanzien van wettelijke termijnen kunnen de oude en de nieuwe wet in verscheidene opzichten van elkaar verschillen.

Aard. De oude termijn was een verjaringstermijn; de nieuwe termijn is een vervaltermijn. Omgekeerd: de oude wet stelt een vervaltermijn, de nieuwe een verjaringstermijn.

Voorbeelden:

- art. 8.2.7.4, gelijklopend met art. 120 Wet overeenkomst wegvervoer; de MvT op art. 120 (w.o. 15 963) vermeldt juweeltjes van – soms zeer korte – vervaltermijnen, die door een uniforme 1-jarige verjaringstermijn worden vervangen.
- de verborgen-gebreken-regeling: de vervaltermijn van 6 weken (art. 1547) wordt vervangen door een combinatie: een vervaltermijn voor de kennisgeving ('binnen een korte termijn') en een verjaringstermijn voor de rechtsvordering (2 jaar); zie art. 7.1.3.5.

Duur. De oude termijn was langer dan de nieuwe (zogenaamde termijnverkorting) en die nieuwe termijn kan bij de invoering reeds verstreken zijn; welke gevolgen zijn daaraan verbonden? Tot deze categorie kan men ook rekenen: de oude wet stelde een termijn, doch de nieuwe wet kent die termijn niet meer; alsdan treden bij de invoering niet de gevolgen in, die de oude wet aan termijnvoltooiing verbond: vgl. N. 1001 (§ 7-9).

Omgekeerd: de oude termijn was korter dan de nieuwe (zogenaamde termijnverlenging). Moet in dergelijke gevallen de onder de oude wet verstreken tijd worden meegerekend bij de berekening van de nieuwe termijn? Die vraag kan zich ook voordoen, indien de oude wet geen termijn kende, doch de nieuwe er een invoert.

Voorbeelden:

- de algemene 30-jarige termijn voor bevrijdende verjaring (art. 2004) wordt in het NBW vervangen door een groot aantal termijnen voor bijzondere rechtsvorderingen (meestal 5-jarige termijnen – zie artt. 3.11.11-3.11.15b –, maar soms 2-jarige – zie art. 7.1.3.5 lid 2 – of 1-jarige; zie art. 8.2.7.4) en een algemene 20-jarige termijn (art. 3.11.10).
- de algemene termijn van 20/30 jaar voor verkrijgende verjaring (art. 2000) wordt vervangen door een algemene termijn van 3/10 jaar (art. 3.4.3.1).
- art. 79 Pb.; bij de invoering van het Pachtbesluit in 1941 werden voor onbepaalde tijd lopende pachtovereenkomsten omgezet in pachtovereenkomsten voor bepaalde tijd (6, c.q. 12 jaren); de vóór de invoering verstreken tijd werd gedeeltelijk meegeteld. Zie voor de daaruit voortvloeiende overgangsproblemen: Hijmans van den Bergh, *praeadvies*, p. 13 (terugwerkende kracht); Polman p. 487 (exclusieve werking).

Aanvang. De oude termijn begon op een later tijdstip te lopen dan de nieuwe (zogenaamde termijnvervroeging). Omgekeerd: de oude termijn begon op een vroeger tijdstip dan de nieuwe, in welk geval als het ware termijnverlenging optreedt.

Voorbeelden:

- vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand; onder BW: geen verjaring bij gebreke van een aanvangstijdstip voor een termijn (PG 5/261, SE-); onder NBW: art. 3.11.15a fixeert het aanvangstijdstip van de termijn, zodat verjaring mogelijk is (PG 3/929, SE-).
- de in art. 2000 niet genoemde goederen zijn niet vatbaar voor bezit, dus evenmin voor (verkrijging door) verjaring; art. 3.4.3.1 bepaalt het begin van het bezit als aanvangstijdstip van de verjaringstermijn.

De overgangsrechtelijke termijnregeling moet al deze gevallen omvatten en bovendien eenvoudig te hanteren zijn. Het aan artt. 72 en 73 ten grondslag liggende beginsel – onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet ten aanzien van aard, duur en aanvang van de termijn – is inderdaad eenvoudig, maar vereist nogal wat uitzonderingen om alle te verwachten problemen te onderwerpen; daardoor wordt de regeling ondoorzichtig. Daarom wordt in N. 6019 een afwijkende regeling voorgesteld.

120 N. 6019. Deze – van het beginsel der Overgangswet afwijkende – nodus behelst: onmiddellijke toepassing van de nieuwe termijnen ten aanzien van aard en duur, terugwerking ten aanzien van de aanvang van de nieuwe termijn.

Het daaraan verbonden nadeel is, dat die terugwerking – ter voorkoming van overgangsrechtelijke ongelukken – getemperd moet worden. Dat kan op betrekkelijk eenvoudige wijze gebeuren; zie N. 6020-6022.

Het voordeel van N. 6019 is: vanaf de invoering geldt een uniforme termijnregeling, namelijk die van de nieuwe wet, zowel voor transitioire situaties als voor de nadien ontstane. Dat is vooral van belang voor de verjaring – de hoofdmoot van de termijnperikelen – en de daarmee samenhangende stuiting en verlenging: de stuitingsgronden van de nieuwe wet zijn ruimer dan die van de oude (zie N. 6122, § 229); de verlenging neemt in de nieuwe wet de functie over van de schorsing onder de oude wet (zie N. 6124, § 231-234).

121 N. 6020-6021. Het uitgangspunt van artt. 72 en 73 is te recht, dat onderscheiden moet worden tussen ‘korte’ termijnen (minder dan 1 jaar) en ‘lange’ (1 jaar of meer).

Een nieuwe ‘korte’ termijn, die geen oude termijn vervangt, mag niet eerder dan bij de invoering beginnen. Voorkomen moet immers worden, dat de termijn bij de invoering reeds verstreken is met alle daaraan verbonden gevolgen.

Een nieuwe ‘korte’ termijn, die vóór de invoering is begonnen en een oude termijn vervangt, lijkt problematischer:

- a. De oude en nieuwe termijn zijn even lang; dan kunnen zich geen moeilijkheden voordoen.
- b. De oude termijn was korter dan de nieuwe en was bij de invoering reeds voltooid; dan is er een verkregen recht; zie § 117.
- c. De oude termijn was korter dan de nieuwe en bij de invoering nog onvoltooid; dan is het niet billijk de bestaande verwachting te frustreren; de oude termijn werkt als het ware door: art. 72 Ov., N. 6021.
- d. De oude termijn was langer dan de nieuwe; daarvoor geldt het onder c opgemerkte eveneens.

Twee voorbeelden als proef op de som:

- Verborgen gebreken; de 'korte termijn' van art. 7.1.3.5 lid 1 vervangt de 6-weken-termijn van art. 1547; niettemin: de einddatum van de 6-weken-termijn wordt in transitoire situaties gehandhaafd, niet als vervaltermijn voor dagvaarding, maar wel als vervaltermijn voor de kennisgeving aan de verkoper.
- Recht van reclame; de termijn van art. 1191 (30 dagen na de aflevering) wordt vervangen door die van art. 7.1.8.7 (kort, maar onjuist gezegd: 60 dagen na de aflevering); in overgangssituaties blijft echter de einddatum van de oude 30-dagen-termijn beslissend.

Ten aanzien van een nieuwe 'lange' termijn is onverschillig of deze een oude 'lange' termijn vervangt, een oude 'korte' termijn vervangt dan wel als novum wordt ingevoerd. Alle overgangsproblemen worden door N. 6022 voorkomen: wie de termijn wil stuiten, heeft daartoe nog 1 jaar de gelegenheid; een verlengingsgrond, die binnen dit jaar opkomt, leidt tot verlenging.

Wederom twee voorbeelden als proef op de som:

- Verkrijgende of bevrijdende verjaring; invoering van de nieuwe wet, nadat de 30-jarige verjaringstermijn 25 jaar had gelopen; de nieuwe 10-jarige of 5-jarige termijn zou reeds verstreken zijn, maar wordt verlengd totdat 1 jaar na de invoering is verstreken.
- Bevrijdende verjaring krachtens art. 1490 (5 jaar); nadat daarvan $3\frac{1}{2}$ jaar zijn verstreken, wordt de nieuwe wet ingevoerd: art. 3.2.17 (3 jaar); de nieuwe termijn eindigt niet, voordat 1 jaar na de invoering is verstreken.

122 VERKRIJGING EN VERLIES.

6023 *Een volgens de oude wet geldige verkrijging van goederen blijft geldig, ongeacht de geldigheidsvereisten van de nieuwe wet (Art. 4 AB).*

123 OVERZICHT. 'Verkrijging en verlies' omvat:

- a. de wijze waarop (rechten op) goederen – in het bijzonder (de eigendom van) zaken – worden verkregen, c.q. verloren.
- b. de wijze waarop beperkte rechten op goederen – waaronder de zakelijke rechten van boek 5 – worden gevestigd, c.q. tenietgaan.

Tot deze wijzen van verkrijging en verlies behoren:

- overdracht (waaronder zekerheidsoverdracht en eigendomsvoorbehoud, die echter te samen met de overige zekerheidsrechten zullen worden besproken): N. 6024-6030 . § 125-134
- originele wijzen van eigendomsverkrijging (schatvinding,

vinding, natrekking, vermenging, zaaksvorming): N.	
6031-6033	§ 135-138
– verkrijgende verjaring N. 6034-6036	§ 139-143
– vestiging (afstand) van beperkte rechten N: 6037-6040	} § 144-146
– tenietgaan van beperkte rechten door vermenging	

124 DE GRONDREGEL. De grondregel van N: 6023 heeft tot gevolg, dat een rechtsgeldige verkrijging, die vóór de invoering heeft plaats gevonden, door de nieuwe wet niet discutabel wordt gesteld.

Voorbeelden:

- Vóór de invoering zijn bij boedelscheiding zaken toegescheiden, zonder levering; uit het declaratieve karakter der boedelscheiding (zie Pitlo-Van der Burght, Erfrecht, p. 381) volgt de geldigheid van de verkrijging; de invoering van art. 3.7.1.14a lid 1 brengt daarin geen wijziging.
- Indien een vordering vóór de invoering is gecedeerd (doch niet betekend), is de vordering verkregen; dat blijft zo, ondanks de mededelingseis van art. 3.4.2.7.

Deze grondregel wordt in art. 69 Ov. op andere wijze onder woorden gebracht: door het enkele feit van de invoering van de nieuwe wet wordt 'eigendom of een ander vermogensrecht niet verkregen of verloren'.

125 OVERDRACHT.

6024 *De wet waaronder een goed wordt overgedragen, bepaalt de overdrachtsvereisten (Art. 4 AB).*

126 ALGEMEEN. De overdrachtsvereisten zijn volgens de oude wet (art. 639) dezelfde als volgens de nieuwe wet (art. 3.4.2.2): 'levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken'. Er kunnen zich dus geen overgangsrechtelijke verwikkelingen voordoen.

Ten aanzien van het *octrooi* geldt thans het abstracte stelsel van overdracht (HR, NJ 1939/866). Indien dit bij de invoering gewijzigd wordt in het causale stelsel – zoals te verwachten is –, kunnen daardoor wel overgangsproblemen rijzen.

In één geval wijzigt het NBW de leveringsvereisten door een vereiste te laten vallen, dat de oude wet stelt. Zie artt. 2:86 en 196, zoals te wijzigen volgens

w.o. 17 725, ten aanzien van de overdracht van *aandelen op naam* in een BV/NV. Volgens het geldende recht is vereist: een akte van overdracht, alsmede betekening (van die akte) aan de vennootschap of schriftelijke erkenning door de vennootschap. De nieuwe wet vervangt die betekening of erkenning door: afgifte van een afschrift of uittreksel van de akte. Indien vóór de invoering een akte is opgemaakt en in afschrift aan de vennootschap was verstrekt, was de overdracht nog niet voltooid; voor dat geval bevat art. 9 Ov. II een overgangsbepaling.

Het spiegelbeeld van art. 2:86 en 196 nieuw is art. 3.4.2.7: in geval van cessie wordt kennisgeving (aan de debitor cessus) aan de leveringsvereisten van de oude wet toegevoegd. Daaruit vloeit een geheel ander overgangsprobleem voort: de onder de oude wet – zonder betekening = kennisgeving – voltrokken cessie was rechtsgeldig en blijft rechtsgeldig: art. 4 AB (zie § 288).

127 TITEL. Volgens art. 3.4.2.2 lid 3 is geen rechtsgeldige titel: ‘een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen’. Dit titelvereiste geldt niet in de oude wet.

V.z.v. betreft zekerheidsoverdrachten (*fiducia cum creditore*), worden overgangsproblemen geregeld door art. 86 Ov. Zie N. 6051 (§ 159-166).

V.z.v. betreft fiduciaire overdrachten *cum amico* zouden overgangsproblemen kunnen rijzen, indien art. 3.4.2.2 lid 3 de nietigheid ervan zou meebrengen. Dat is echter niet het geval: zodra de overdracht de strekking heeft ‘het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen’, vormt art. 3.4.2.2 lid 3 geen beletsel meer tegen de geldigheid. De *fiducia cum amico* blijft dus ook in het NBW mogelijk. In dit verband valt te denken aan:

- Buma-Stemra-bewind (HR, NJ 1929/1434 nt. PS)
- trustverhouding bij obligatielening (Asser-Van der Grinten, *Vertegenwoordiging*, p. 101)
- trustverhouding bij administratie van aandelen (Van der Heyden-Van der Grinten, no. 197)
- certificering van onroer. zaken.

128 TITELGEBREKEN. Naast het nieuwe titelgebrek van art. 3.4.2.2 lid 3 valt te denken aan:

- a. *nietige titel* (b.v. wegens strijd met de openbare orde); nietigheid ab initio volgens de oude en de nieuwe wet.

- b. *vernietigbare titel* (b.v. wegens benadeling van schuldeisers); het verschil met a is, dat er van een titelgebrek aanvankelijk geen sprake is; de vernietigbare rechtshandeling is immers vooralsnog geldig en eerst de terugwerkende kracht van de vernietiging leidt tot het titelgebrek; dat geldt in de oude en in de nieuwe wet. Overgangsproblemen rijzen, indien na de invoering een daarvóór ontstane titel wordt vernietigd; zie N. 6016 (§ 114).
- c. *ontbinding* wegens wanpraestatie levert volgens de oude wet (art. 1302) wel, volgens de nieuwe wet (art. 6.5.4.14) echter geen titelgebrek op; art. 182 Ov. tracht de daaruit voortvloeiende overgangsrechtelijke problemen te ondervangen.

129 TIJDELIJKE EIGENDOM.

- 6025 *Indien bij de invoering een goed in tijdelijke eigendom is overgedragen, worden vanaf de invoering de obligatoire vruchtgebruiksbepalingen analogisch toegepast alsof de tijdelijke eigenaar vruchtgebruiker en zijn rechtsopvolger hoofdgerechtigde was (Art. 87 Ov.).*

Volgens art. 3.4.2.2a is overdracht onder tijdsbepaling niet mogelijk. Een verbintenis tot overdracht onder – opschortende of ontbindende – tijdsbepaling verplicht daarom tot vestiging van vruchtgebruik voor de betreffende tijdsduur.

Is een verbintenis tot overdracht onder tijdsbepaling vóór de invoering gevestigd, maar nog niet nagekomen, dan brengt de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet mee, dat art. 3.4.2.2a toepasselijk is.

Is de verbintenis tot overdracht onder tijdsbepaling reeds vóór de invoering uitgevoerd, dan volgt uit art. 4 AB de geldigheid ervan. De gevolgen van die overdracht worden in art. 87 Ov. geregeld. De tijdelijke eigendom wordt niet omgezet in vruchtgebruik; uitsluitend de *obligatoire* vruchtgebruiksbepalingen (niet b.v. de publiciteitsvoorschriften) worden analogisch van toepassing.

Art. 87 Ov. voegt daaraan toe: ‘. . . voor zover de aard of inhoud van die rechtsverhouding zich daartegen niet verzet’. Wat daarmee bedoeld wordt, is duister. De MvT geeft geen uitsluitsel.

130 ART. 2014 LID 2.

6026 *Degene, die vóór de invoering een ontvreemde of verloren roer. zaak te goeder trouw door overdracht heeft verkregen, wordt daarvan eigenaar, zodra 3 jaar zijn verstreken sedert de ontvreemding of het verlies. Artt. 2014 lid 2 en 637 blijven van toepassing gedurende dit tijdvak en voorts, totdat onherroepelijk is beslist op een door de gedeposeerde tijdig ingestelde vordering krachtens art. 2014 lid 2 (Art. 88 Ov.).*

Wie vóór de invoering krachtens art. 2014 lid 1 eigendom van een roerende zaak heeft verkregen, was eigenaar en blijft eigenaar (art. 4 AB). Art. 3.4.2.3aa is op die eigendomsverkrijging niet toepasselijk.

Ten aanzien van hem (of haar), die een ontvreemde of verloren zaak door overdracht verkrijgt, moet worden onderscheiden tussen:

- verkrijging *vanaf de invoering*: art. 3.4.2.3a is van toepassing; de verkrijger wordt eigenaar, omdat het artikel geen uitzondering maakt voor ontvreemde of verloren zaken.
- verkrijging *meer dan 3 jaar vóór de invoering*: de bezitter is veilig, want de termijn van art. 2014 lid 2 is noodzakelijkerwijze verstreken; geregeld moet worden, hoe dit bezit in eigendom overgaat.
- verkrijging *binnen 3 jaar vóór de invoering*: de bezitter is niet noodzakelijkerwijze veilig, want de termijn van art. 2014 lid 2 loopt nog; geregeld moet worden, hoe lang de gedeposeerde de zaak nog kan opvorderen en – indien hij het niet tijdig doet – hoe het bezit in eigendom overgaat.

Dat bedoelt art. 88 Ov. te regelen; N. 6026 tracht die bedoeling te verduidelijken.

131 ART. 1910.

6027 *Wie vóór de invoering een onroer. zaak (of ander registergoed, recht van intellectuele eigendom of aandeel op naam) van een beschikkingsonbevoegde verkreeg, wordt niet beschermd door art. 3.4.2.3b, maar – voor zover toepasselijk – door art. 1910 (Art. 4 AB).*

Art. 3.4.2.3b beschermt verkrijgers van onroer. zaken tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, mits:

- a. de verkrijger te goeder trouw is
- b. de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder *uitsluitend* een gevolg

is van hetzij een *titelgebrek*, hetzij een *leveringsgebrek* van een eerdere overdracht.

Zie Nieuwenhuis, Hoofdstukken Nieuw Vermogensrecht, p. 134-136, voor de beperkte omvang van die bescherming en voor gevallen, waarin de verkrijger ondanks goede trouw niet beschermd wordt.

Wie vóór de invoering een onroer. zaak van een beschikkingsonbevoegde verkreeg, kan de bescherming van artt. 3.1.2.7 (niet ingeschreven feit), 3.1.2.8 en 8a (ingeschreven onjuist feit) niet inroepen. Zie art. 78 Ov.

132 CESSIE.

6028 *Een vóór de invoering verrichte cessie, die niet is betekend aan of erkend door de debitor cessus, werkt eerst tegen de cessus na mededeling volgens art. 3.4.2.7 (Art. 90 Ov.).*

Ook zonder kennisgeving (aan de cessus) is de cessie volgens de oude wet voltooid en geldig door de 'daartoe bestemde akte'. Art. 90 Ov. tornt daaraan niet, maar regelt een ander aspect.

Indien de cessie vóór de invoering is medegedeeld aan (of erkend door) de cessus, weet de cessus aan wie hij bevrijdend kan betalen (art. 668 lid 2).

Indien de cessie vóór de invoering niet is medegedeeld (of erkend), kan art. 668 lid 2 niet meer worden toegepast. De enige bescherming van de cessus zou art. 6.1.6.7 zijn, maar dat 'gaat in zijn bescherming van de schuldenaar minder ver dan art. 668 lid 2' (MvT p. 48). Daarom wordt mededeling voorgeschreven.

133

6029 *Indien een schuldvordering vóór de invoering gecedeerd is, is de cessionaris vanaf de invoering bevoegd de nevenrechten, voorrechten en executiebevoegdheid uit te oefenen, die ten tijde van de cessie aan de schuldvordering waren verbonden (Art. 186 Ov.).*

N. 6404 en 6405 hebben betrekking op de overgangsrechtelijke regeling van de cessie op het verbintenisrechtelijke vlak.

Krachtens art. 6.2.1.1 verkrijgt de opvolgende schuldeiser – dus, in geval van cessie, de cessionaris – de *nevenrechten*, de *voorrechten* en de *executiebevoegd-*

heid (voor vordering en nevenrechten). Dit is ten aanzien van de nevenrechten in overeenstemming met het geldende recht (Asser-Beekhuis I, p. 226-228), en ten aanzien van voorrechten eveneens (vgl. HR, NJ 1942/289), doch misschien – zekerheid bestaat niet – ten aanzien van de executiebevoegdheid in strijd daarmee. Hoewel art. 186 Ov. beperkt is tot de executiebevoegdheid, worden de neven- en voorrechten in N. 6029 mede vermeld; baat het niet, het schaadt ook niet.

134

6030 *Indien vóór de invoering een beperkt recht op een schuldvordering is gevestigd, is de schuldenaar vanaf de invoering bevoegd aan de beperkt gerechtigde de verweermiddelen tegen te werpen, die hij ten tijde van de mededeling van de vestiging tegenover de oorspronkelijke schuldeiser kon doen gelden.*

N. 6030 is gebaseerd op de combinatie van art. 6.2.1.4 (dat geldend recht weergeeft) en het aan art. 6.2.1.6 ten grondslag liggende beginsel. Daarbij rijzen vragen:

- kan de schuldenaar *alle* verweermiddelen aan de beperkt gerechtigde tegenwerpen? Neen. Zie Asser-Hartkamp I, nos. 569-572.
- hoe moeten qualificatieproblemen worden opgelost, indien er ten aanzien van de verweermiddelen verschillen tussen de oude en de nieuwe wet bestaan? Vermoedelijk moet volgens de nieuwe wet gequalificeerd worden.
- kan vóór de invoering een beperkt recht op een schuldvordering worden gevestigd? Ja, namelijk pandrecht of vruchtgebruik (zie Asser-Beekhuis I, p. 11).

135 ORIGINAIRE EIGENDOMSVERKRIJGING. Daaronder vallen de volgende wijzen van eigendomsverkrijging:

	BW		NBW	
Toeëigening	art.	640	art.	5.2.1
Vinding	art.	–	art.	5.2.3-8a
Schatvinding	art.	642	art.	5.2.9
Natrekking	art.	643	art.	5.2.10
Vermenging	art.	664	art.	5.2.11
Zaaksvorming	art.	–	art.	5.2.12

136 VINDING.

- 6031 *De vinder, die vóór de invoering een onbeheerde roer. zaak heeft gevonden, verkrijgt de eigendom 1 jaar na de invoering, mits hij vóór afloop van dit jaar aangifte heeft gedaan. Bij niet-kostbare zaken is geen aangifte vereist (Art. 151 Ov.).*

Artt. 5.2.3-8a bevatten een uitvoerige regeling van eigendomsverkrijging door vinding. In het BW ontbreekt een regeling. Art. 151 Ov. geeft een uitgebreide overgangsrechtelijke regeling.

137 SCHATVINDING.

- 6032 *De eigendom van een schat, die langer dan 1 jaar vóór de invoering is ontdekt, wordt verkregen zonder vereiste van aangifte. De eigendom van een schat, die binnen het jaar vóór de invoering is ontdekt, wordt verkregen onder verplichting tot aangifte (Art. 152 Ov.).*

De aangifteplicht van art. 5.2.9 lid 3 is geen constitutief vereiste voor eigendomsverkrijging. Op het verzuim van aangifte staat als sanctie, dat de gemeente de schat in bewaring kan nemen.

138 EIGENDOM VAN DIEREN.

- 6033 *De eigenaar van een dier verliest door de invoering de eigendom, indien alsdan voldaan is aan de vereisten van art. 5.2.17 (Art. 153 Ov.).*

Art. 153 Ov. houdt een afwijking in van art. 69 Ov.

139 VERKRIJGENDE VERJARING.

- 6034 *V Afd. 3.4.3 is vanaf de invoering van toepassing op een lopende verkrijgende verjaring. De nieuwe verjaringstermijn begint terugwerkend bij de aanvang van het bezit, maar eindigt niet eerder dan 1 jaar na de invoering.*
- 6035 *V Maar: ten aanzien van goederen, die vóór de invoering niet vatbaar waren voor bezit, begint de termijn bij de invoering.*

140 OVERZICHT. Sinds vanouds gelden voor de verkrijgende verjaring 5 vereisten: 'res habilis, titulus, fides, possessio, tempus'. Daarvan handhaaft het NBW slechts de beide laatstgenoemde: bezit en termijn.

De *termijn* (tempus) van verkrijgende verjaring geeft aanleiding tot overgangsproblemen. Zie artt. 72 en 73 Ov. en N. 6019-6022.

Het vervallen van de elementen titel (titulus) en goede trouw (fides) geeft geen aanleiding tot andere transitoire kwesties dan met 'termijnverkorting' samenhangen. De goede trouw wordt trouwens niet geheel uitgebannen, maar verliest wel sterk aan betekenis; zie § 143.

Het vervallen van het vereiste 'res habilis' – het *goed* moet voor bezit en/of verjaring vatbaar zijn – levert wel overgangsrechtelijke moeilijkheden op. In het NBW zijn – in tegenstelling tot het BW – alle goederen voor verkrijging door verjaring vatbaar.

141 DUUR VAN DE TERMIJN. De termijn van de verkrijgende verjaring is in het BW 20 of 30 jaar (art. 2000); in het NBW is de termijn veel korter: 3 c.q. 10 jaar (art. 3.4.3.1). De problemen, die zich in verband met 'termijnverkorting' kunnen voordoen, spelen daarom ook ten aanzien van de verkrijgende verjaring een rol. N. 6034 is dan ook een combinatie van N.6019 en 6022.

142 AANVANG VAN DE TERMIJN. Het vervallen van het element 'res habilis' leidt tot overgangsproblemen. Drie soorten van goederen moeten worden onderscheiden:

- goederen, die *en* volgens de oude *en* volgens de nieuwe wet vatbaar zijn voor verkrijging door verjaring; bij deze goederen kan de termijn beginnen bij de aanvang van het bezit; de overgangsproblemen worden ondergaan, doordat de nieuwe termijn niet eerder eindigt dan 1 jaar na de invoering.
- goederen, die volgens de oude wet vatbaar zijn voor bezit, maar niet voor verkrijging door verjaring; daarvoor geldt hetzelfde als voor de vorige categorie.
- goederen, die volgens de oude wet niet vatbaar zijn voor bezit en dus evenmin voor verkrijging door verjaring (de in art. 2000 niet genoemde goederen); voor die goederen begint het bezit bij de invoering (art. 95 Ov.); ook de verjaringstermijn moet bij de invoering aanvangen: N. 6035.

Deze laatste categorie – niet vatbaar voor verjaring volgens de oude wet, wel vat-

baar voor verjaring volgens de nieuwe wet – levert een voorbeeld op van feiten, die onder de oude wet geen rechtsfeiten waren, maar die hoedanigheid door de nieuwe wet krijgen. Zie over deze groep nader § 288.

Art. 92 Ov. lijkt een casus non dabilis te regelen, maar dat is niet zo. Dat blijkt, wanneer vóór de invoering niet de verkrijgende, doch uitsluitend de bevrijdende verjaring is gestuit.

143 BEZITTER NIET TE GOEDER TROUW.

- 6036 *De bezitter van een goed, wiens bezit vóór de invoering is begonnen en niet te goeder trouw was, wordt 1 jaar na de invoering rechthebbende, indien:*
èn het bezit alsdan nog voortduurt met inachtneming van art. 3.4.3.8,
èn de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit vóór het einde van dit jaar is voltooid (Art. 93 Ov.).

Naast de ‘normale’ verkrijgende verjaring staat de ‘bijzondere’ verkrijging door verjaring krachtens art. 3.4.3.8: de bezitter – te goeder of te kwader trouw – wordt rechthebbende, zodra de (bevrijdende) verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit is voltooid. De verkrijgende verjaring treedt in als reflexwerking van de bevrijdende verjaring.

144 BEPERKTE RECHTEN.

- 6037 *De wet, geldende ten tijde dat een beperkt recht wordt gevestigd, overgedragen of tenietgaat, bepaalt de geldigheidsvereisten (Art. 4 AB).*
Maar:
- 6038 a. *een beperkt recht, dat vóór de invoering is tenietgegaan door AFSTAND herleeft terugwerkend ten bate van degene, die zijnerzijds een beperkt recht op dat goed had (Art. 85 Ov.).*
- 6039 b. *een beperkt recht, dat vóór de invoering door VERMENGING is tenietgegaan, herleeft terugwerkend:*
 – *ten bate van degene, die zijnerzijds een beperkt recht op het tenietgegane beperkte recht had,*
 – *ten nadele van degene, die zijnerzijds een beperkt recht op het moederrecht had en het tenietgegane beperkte recht moest eerbiedigen (Art. 85 Ov.).*

N. 6037 is niets anders dan een herhaling van de uit art. 4 AB af te leiden

grondregel van overgangsrecht, toegespitst op (vestiging, overdracht en tenietgaan van) beperkte rechten.

145 **AFSTAND EN VERMENGING.** In geval van tenietgaan door vermenging of afstand blijken tussen de oude en de nieuwe wet echter verschillen te bestaan:

- (1) *Afstand* is onder het BW een eenzijdige rechtshandeling (zie Asser-Beekhuis I, p. 13), doch volgens het NBW een meezijdige rechtshandeling (art. 3.4.2.11). Een eenzijdige afstand leidt dus onder het NBW niet tot tenietgaan van het beperkte recht.

Een overgangsrechtelijk probleem doet zich niet voor als gevolg van N. 6037.

- (2) Zowel *afstand* als *vermenging* heeft in het NBW relatieve werking: art. 3.4.1.2 lid 3 (ondanks afstand en vermenging blijft een beperkt recht bestaan, v.z.v. dit vereist wordt door de belangen van bepaalde beperkt gerechtigden). In het BW gaat het beperkte recht teniet, evenwel met de mogelijkheid van herleving (aldus MvT p. 43/44 met beroep op art. 1250; zie echter ook Asser-Beekhuis I, p. 12).

Voorbeeld: C heeft hypotheek op het erfpachtsrecht van B, welk erfpachtsrecht gevestigd is op het moederrecht van A; indien B afstand doet van het erfpachtsrecht, zou zonder bijzondere voorziening ook de hypotheek van C tenietgaan.

(Dit geldt echter niet in geval van opzegging door de beperkt gerechtigde (de erfpachter B); zie PG 3/310. Alsdan vindt de hypotheekhouder slechts bescherming in art. 3.2.11; zie PG 5/306, SE 392).

Art. 85 Ov. dient om een eventueel overgangsrechtelijk gat te stoppen. Zie N. 6038 en 6039.

- (3) *Vermenging* (niet afstand) werkt in het NBW nog in ander opzicht relatief: art. 3.4.1.2 lid 2 (ondanks vermenging wordt de positie niet verbeterd van bepaalde beperkt gerechtigden, die een beperkt recht op het moederrecht hadden). Onder het BW is de situatie zeer verward (zie Asser-Beekhuis I, p. 17).

Voorbeeld: X heeft hypotheek op het moederrecht van Z, gevestigd nadat het moederrecht met erfpacht ten behoeve van Y bezwaard was; X zou dus in geval van executie, het beperkte recht van Y moeten eerbiedigen. Indien het erfpachtsrecht door vermenging tenietgaat, zou zonder bijzondere voorziening X's verhaalsobject in waarde stijgen.

Art. 85 Ov. bevat een overgangsrechtelijke maatregel. Zie N. 6039.

- (4) Een erfdiensbaarheid gaat door *vermenging* teniet, wanneer heersend en dienend erf in één hand komen. Art. 5.6.9a relateert dit tenietgaan in tijd: het tenietgaan vindt eerst plaats bij het einde van het gebruiksrecht, dat een derde (huurder, pachter enz.) t.a.v. een der erven heeft. In dit opzicht bestaat vermoedelijk geen verschil met het BW (zie Asser-Beekhuis II, p. 195-196). Een overgangsregeling is niet nodig.

146 NON USUS.

- 6040 *De 30-jarige termijn van non-usus, die bij de invoering nog niet verstreken is, eindigt uiterlijk 1 jaar na de invoering. Bij het einde van dit jaar – c.q. bij het eerdere voltooien van de termijn van non-usus volgens de oude wet – wordt art. 3.4.3.8a van toepassing. Het beperkte recht gaat teniet bij voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van de met het beperkte recht strijdige toestand (Art. 94 Ov.).*

147 ZEKERHEIDSRECHTEN. Ter wille van de overzichtelijkheid worden hier samen besproken de overgangsrechtelijke problemen in verband met:

vuistpandrecht	N. 6041-6050	§ 148-158
zekerheidsoverdracht	N. 6051-6058	§ 159-166
eigendomsvoorbehoud	N. 6059-6060	§ 167
recht van reclame	N. 6061	§ 168
retentierecht	N. 6062	§ 169
hypothek	N. 6063-6069	§ 170-174
borgtocht	N. 6070	§ 175
voorrang	N. 6071-6080	§ 176-183

De zekerheidstelling – dwz. het stellen van zekerheid krachtens rechterlijke uitspraak – wordt besproken in § 246 (N. 7008).

Men dient er dus op bedacht te zijn, dat de vlag ‘zekerheidsrechten’ de lading niet helemaal dekt.

148 VUISTPANDRECHT.

- 6041 *De rechten en verplichtingen uit een vóór de invoering gevestigd vuistpandrecht worden vanaf de invoering bepaald door titel 3.9.*

In overgangsrechtelijk opzicht kan uitsluitend het vuistpandrecht aanleiding tot problemen geven. Een stil pandrecht is immers onder het BW onbestaand. Een zekerheidsoverdracht zou eigenlijk niet tot transitoire pandrechtproblemen kunnen leiden, omdat die overdracht òf volgens de oude wet wordt afgewikkeld (N. 6052) òf wordt omgezet in een stil pandrecht (N. 6051), in welk laatstbedoeld geval de nieuwe pandrechtbepalingen direct toepasbaar zijn. De werkelijkheid is echter anders (zie § 159-166).

Uit het algemene uitgangspunt van de Overgangswet – onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet met exclusief effect – vloeit voort:

1. De wet, waaronder een pandrecht wordt *gevestigd*, bepaalt de geldigheidsvereisten. Is pandrecht vóór de invoering gevestigd, dan is art. 1198 beslissend (het pand is noodzakelijkerwijze een vuistpand). Is vóór de invoering pandrecht *verleend* (maar nog niet gevestigd, dan is de nieuwe wet op de vestiging toepasbaar).
2. De oude wet bepaalt tot aan de invoering de rechten en verplichtingen, die *tot dit tijdstip* uit het pandrecht voortvloeien; de nieuwe wet bepaalt die rechten en verplichtingen vanaf dit tijdstip.
3. Het onder 2 opgemerkte geldt niet slechts in de onderlinge relatie – tussen pandhouder en pandgever –, doch ook in de *verhouding tot derden* (zoals de overige schuldeisers van de pandgever).

149 ONTVREEMDING OF VERLIES.

6042 *De oude wet blijft van toepassing op een bij de invoering bestaand vuistpandrecht, dat op een binnen 3 jaar vóór de invoering ontvreemde of verloren roer. zaak is gevestigd (Art. 88 Ov.).*

6043 *De oude wet blijft van toepassing, indien de pandhouder binnen 3 jaar vóór de invoering de macht over het pand door ontvreemding of verlies is kwijtgeraakt (Art. 107 Ov.).*

In verband met pandrecht speelt onvrijwillig bezitsverlies (ontvreemding of verlies) in tweeërlei opzicht een rol:

- Nadat een roerende zaak aan de gedeposeerde eigenaar ontvreemd (of door hem verloren) is, wordt zij door een derde verpand aan een pandhouder te goeder trouw; ondanks die goede trouw kan de gedeposeerde eigenaar binnen 3 jaar na het onvrijwillig bezitsverlies de zaak opvorderen (art. 1198 VIJFDE lid).
- Na de vestiging van het pandrecht wordt de roerende zaak aan de pandhouder ontvreemd (of door hem verloren); de pandhouder kan binnen 3

jaar na het onvrijwillig 'machts'-verlies de zaak opvorderen (art. 1198 VIERDE lid).

Op het eerstbedoelde geval heeft N. 6042 (art. 88 Ov.) betrekking, op het laatstbedoelde geval N. 6043 (art. 107 Ov.).

De regeling behoeft slechts de periode van 3 jaar vóór de invoering te omvatten. Indien die periode ongebruikt verstrijkt, is immers de actie van de gedeposeerde vervallen. Zie J.E. Fesevur, *De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht*, 1979, p. 65/66.

150 RENTE.

6044 *Een vuistpandrecht, dat vóór de invoering is gevestigd, strekt mede tot zekerheid voor verschuldigde rente, zonder de beperking van art. 3.9.2.5a (Art. 108 Ov.).*

Zie MvT p. 58.

151 ZAAKSVERVANGING.

6045 *Een vuistpandrecht dat vóór de invoering is gevestigd, brengt van rechtswege een stil pandrecht mee op de vergoedingsvorderingen van art. 3.9.1.3 lid 1, voor zover die vergoedingsvorderingen na de invoering ontstaan. Het stil pandrecht heeft de rang van art. 3.9.1.3 lid 2.*

Art. 3.9.1.3 lid 1 voert ten aanzien van pandrecht het zaaksvervangingsbeginsel in, dat in het geldende recht onbekend is (zie Asser-Van Oven, p. 86).

Hetzelfde gebeurt in het beslagrecht (artt. 455a en 507 NRv.) en t.a.v. voorrechten (art. 3.10.3.2).

Dit betekent tweeërlei (MvT p. 57):

- Indien de vergoedingsvordering NA de invoering ontstaat, is art. 3.9.1.3 onmiddellijk toepasselijk; het stille pandrecht heeft de hoge rang van art. 3.9.1.3 lid 2.
- Indien de vergoedingsvordering VOOR de invoering is ontstaan, is art. 3.9.1.3 niet toepasselijk.

Onduidelijk is, hoe dit in de praktijk werkt. De landbouwer B heeft vóór de invoering zijn eventuele schadevergoedingsvordering op zijn verzekeraar uit hoofde van

beschadiging van de bedrijfsinventaris aan schuldeiser A verpand; de verpanding heeft plaatsgevonden met inachtneming van art. 1199 BW. Na de invoering vestigt B op een der inventarisgoederen een stil pandrecht ten behoeve van een andere schuldeiser, C; C deelt de stille verpanding aan de verzekeraar mee. Daarna wordt de inventaris – waaronder de aan C stil verpande zaak – door brand beschadigd. Aan wie moet de verzekeraar uitkeren: aan A, omdat hij het oudste pandrecht heeft? Aan C, omdat art. 3.9.1.3 hem de hoogste rang toekent? Of moet de verzekeraar zich bereid verklaren tot uitkering aan A en C gezamenlijk (het aan hen overlatend, hoe zij de schadenpenningen verdelen)? Vermoedelijk is dit laatste de juiste oplossing; de verzekeraar kan bevrijdende betaling zo nodig afdwingen via art. 710 NRV. (geschillenbewind).

152 WAARDEVERMINDERING.

- 6046 *De derde-pandgever is krachtens art. 3.1.9.6a lid 1 aansprakelijk voor waardeverminderingen, die na de invoering ontstaan (Art. 70 lid 2 Ov.).*
- 6047 *De derde-pandgever heeft de vergoedingsvordering van art. 3.1.9.6b lid 2 voor kosten, die na de invoering zijn gemaakt (Art. 70 lid 2 Ov.).*
- 6048 *De pandhouder is bevoegd tot parate executie overeenkomstig art. 3.9.2.9 leden 1 en 3, indien de derde-pandgever bij de invoering in verzuim is ten aanzien van een krachtens de oude wet op hem rustende verplichting (Art. 109 Ov.).*

De noodzaak van art. 109 Ov. wordt in MvT p. 59 uiteengezet.

153 EXECUTIE DOOR PANDHOUDER.

- 6049 *V De wet, geldende ten tijde van de aanzegging van de executie aan de pandgever, bepaalt de wijze van executie (Art. 110 Ov.).*
- 6050 *V Maar: een executie, die door de oude wet wordt beheerst, wordt afgewikkeld met toepassing van:*
- *art. 3.9.2.14, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de pandgever is verantwoord (Art. 111 Ov.).*
 - *artt. 480 vlg. NRV., tenzij of de onderhandse verkoop of de toewijzing bij openbare verkoop of de inning vóór de invoering heeft plaatsgevonden.*

154 OVERZICHT. In verband met de executie van het vuistpandrecht moet op na te noemen verschillen tussen oud en nieuw recht in de opeenvolgende executiestadia worden gelet:

<i>oud</i>	<i>nieuw</i>
1. <i>Opeisbaarheid</i> (art. 1201)	<i>Verzuim</i> (art. 3.9.2.9)
2. <i>Verkoop</i> in het openbaar, naar plaatselijke gewoonte, op de gebruikelijke voorwaarden. (art. 1201)	(art. 3.9.2.11)
3a. door notaris of deurwaarder (Wet ambtelijk toezicht)	door deurwaarder overeenkomstig artt. 463-474 NRv.
3b. door 2 makelaars op beurs of markt (art. 1201)	door bevoegde tussenpersoon op beurs of markt (art. 3.9.2.11)
3c. op door rechter te bepalen wijze of door verblijven aan pandhouder voor door rechter vast te stellen bedrag. (art. 1202)	(art. 3.9.2.12)
4. krachtens onderlinge overeenkomst, nadat de pandhouder executiebe- voegd is geworden. (HR, NJ 1929/622).	
5. <i>Uitkering</i>	<i>Uitkering</i> (art. 3.9.2.14)
6. <i>Rangregeling</i>	<i>Rangregeling</i> (artt. 480-490d).

De verschillen tussen het oude en het nieuwe recht zijn dus niet groot (behalve t.a.v. de uitkering en de rangregeling). Tussen oud en nieuw recht bestaat in elk geval één punt van overeenstemming: niet geregeld wordt, hoe de pandgever van de voorgenenomen executie in kennis moet worden gesteld.

Art. 3.9.2.10 voert de aankondigingsplicht in 'voor zover hem (de pandhouder) dit redelijkerwijze mogelijk is', en delegeert de nadere uitwerking aan een – thans nog onbekende – AMvB.

155 HET TEMPORELE CRITERIUM. Indien de uitwinning van het pand vóór de invoering is begonnen, is het redelijk de executie volgens de oude wet af te wikkelen. Dat is het uitgangspunt van art. 110 Ov. In samenhang daarmee rijzen echter vragen.

Wanneer *begint* de uitwinning precies? Volgens art. 110 Ov. blijft de oude wet van toepassing 'indien (a) de schuldenaar of de pandgever reeds vóór het tijdstip van in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenissen was tekortgeschoten en (b) aan de pandgever de uitwinning van het pand reeds was aangezegd'. Dat is een tweeledig – dus onduidelijk – criterium.

Het is beter een preciezer tijdstip aan te geven. Dat wordt in N. 6049 voorgesteld.

Moet de oude wet – voor zover zij toepasselijk is – *in volle omvang* worden toegepast? De executie door de pandhouder kan bij de invoering in een meer of minder ver gevorderd stadium verkeren. Hoe minder ver de executie gevorderd is, des te meer aanleiding bestaat er tot toepassing van de nieuwe wet. Daarom worden in N. 6050 twee uitzonderingen voorgesteld op de toepassing van de – in beginsel toepasselijke – oude wet. De ratio van deze uitzonderingen is tweeledig. Enerzijds om partijen zo spoedig – en zo volledig – mogelijk te laten profiteren van de gemoderniseerde rangregeling; anderzijds om te voorkomen, dat de pandhouder het executie-overschot verrekent met een ‘losse’ – niet door pand gedekte – vordering.

Dit laatste is een van de doelstellingen van de wetgever. Zie het citaat uit MvT II, opgenomen in § 270.

De nodi, die op de hier bedoelde aspecten betrekking hebben, zijn:

N. 6050	pand	§ 153
N. 6055	zekerheidseigendom	§ 163
N. 8007	execut. beslag op roer. zaak	§ 251
N. 6068	hypotheek	§ 174
N. 8011	execut. beslag op onroer. zaak	§ 252
N. 8016	derdenbeslag	§ 253

156 HET GORDIAANS RETENTIERECHT. Art. 111 Ov. wil het Gordiaanse retentierecht (art. 1205 lid 2) eerbiedigen. Dat komt ongewenst voor. Enerzijds bestaat ten aanzien van art. 1205 lid 2 onzekerheid (zie Asser-Van Oven, p. 92/93), anderzijds is het Gordiaans retentierecht lijnrecht in strijd met de bedoeling van de NBW-wetgever (art. 3.9.2.14 t.a.v. pand, art. 3.4.9.16 t.a.v. hypotheek, artt. 480 vlg. en 551 vlg. NRv. t.a.v. beslag). Het is daarom gerechtvaardigd, art. 3.9.2.14 reeds terstond toe te passen, tenzij de netto-opbrengst van het geëxecuteerde onderpand reeds vóór de invoering aan de pandgever is verantwoord. Heeft die verantwoording – hetgeen iets anders is dan uitkering – vóór de invoering plaatsgevonden, dan is dit een fait accompli, waarop niet terug moet worden gekomen.

Dit verklaart de – van art. 111 Ov. afwijkende – suggestie, neergelegd in N. 6050.

157 RANGREGELING. Tot de niet te loochenen verbeteringen van het nieuwe vermogensrecht behoort de modernisering van de rangregeling. Het

is daarom gewenst, dat de artt. 480-490 NRv. zo spoedig en zo ruim mogelijk toegepast kunnen worden. Dat is de achtergrond van N. 6050, waarvoor een pendant in de Overgangswet ontbreekt.

Die toepassing behoort nochtans uitgesloten te worden, indien de pandhouder het onderpand reeds vóór de invoering – onderhands of in publieke veiling – verkocht heeft.

158 PANDRECHT OP VORDERINGEN. Bij vuistpand is men onwillekeurig geneigd aan roer. zaken als object van het pandrecht te denken. Ook vorderingen – al of niet op naam – kunnen echter verpand worden (zie Asser-Van Oven, p. 107-116), waarbij duidelijke verschillen tussen de oude en de nieuwe wet bestaan (zie Asser-Van Oven, p. 115).

Bij de overgangsrechtelijke regeling behoeft met vorderingen slechts in één opzicht rekening te worden gehouden: indien de inning van de verpande vordering op naam vóór de invoering heeft plaatsgevonden, blijven artt. 480 vlg. NRv. buiten toepassing (N. 6050).

Tot de vorderingen behoren ook aandelen in een BV of NV. De regeling, die artt. 2:89 en 2:198 behelzen, blijft onaangetast door de invoering van de boeken 3, 5 en 6, c.q. van w.o. 17 725.

159 ZEKERHEIDSOVERDRACHT.

6051 *Een bij de invoering bestaande zekerheidsoverdracht wordt van rechtswege omgezet in een (stil) pandrecht tussen de fiduciaire houder, als pandgever, en de fiduciaire eigenaar, als pandhouder (Art. 86 lid 1 Ov.).*

6052 *Maar: de oude wet blijft van toepassing indien de schuldenaar vóór de invoering is tekortgeschoten in de nakoming van een zijner verbintenissen (Art. 86 lid 5 Ov.).*

6053 *Maar: de zekerheidsoverdracht wordt alsnog 6 maanden na de invoering van rechtswege omgezet in pandrecht, indien de schuldeiser binnen dit tijdvak niet de liquidatie van het zekerheidsobject heeft aangezegd (Art. 86 lid 5 Ov.).*

160 OVERZICHT. Het NBW voert als nieuw titelgebrek in: 'een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid' (art. 3.4.2.2 lid 3). Anders gezegd: een na de invoering voltrokken eigendomsoverdracht tot zekerheid is nietig wegens het ontbreken van een geldige titel. Zie N. 6024 (§ 127).

Overgangsrechtelijke regeling behoeven de volgende gevallen:

- bij de invoering bestaande zekerheidsoverdrachten, terwijl de schuldenaar in verzuim verkeert: N. 6052
- bij de invoering bestaande zekerheidsoverdrachten buiten het geval van verzuim van de schuldenaar: N. 6051
- bij de invoering bestaande – maar nog niet uitgevoerde – verbintenissen tot zekerheidsoverdracht: N. 6058.

Het systeem van art. 86 Ov. is aldus: in het geval van N. 6052 blijft de oude wet toepasselijk; in de gevallen van N. 6052 en 6058 wordt de (verbintenis tot) zekerheidsoverdracht geconverteerd in een (verbintenis tot vestiging van) pandrecht, dat vrijwel steeds stil pandrecht zal zijn.

161 TEMPOREEL CRITERIUM. Volgens art. 86 lid 5 Ov. blijft de oude wet toepasselijk 'indien de schuldenaar reeds vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis was tekortgeschoten'. Dat is geen duidelijk criterium. Men moet het volgende bedenken.

De schuldenaar is de debiteur van de 'principale' geldlening – dus de 'credietnemer' – waaraan de zekerheidsoverdracht als het ware als 'accessoir' is verbonden. Het verzuim van de schuldenaar kan betrekking hebben: òf op een verbintenis uit de 'principale' overeenkomst (voorbeeld: vertraging in rente- en/of aflossingsverplichting), òf op een 'accessoire' verplichting (voorbeeld: gebrek aan zorg ten aanzien van de tot zekerheid overgedragen zaak).

In akten tot fiduciaire eigendomsoverdracht wordt steeds bedongen, dat de schuldenaar ook zonder ingebrekestelling door de enkele tekortkoming in verzuim raakt. Dat is echter een tijdstip, dat – v.z.v. betreft niet-nakoming van een 'accessoire' verplichting – gedurende geruime tijd voor de fiduciaire eigenaar onbekend kan blijven, zodat partijen denken, dat de zekerheidseigendom is omgezet in een stil pandrecht, terwijl dit in werkelijkheid niet het geval is.

Deze onzekerheid zou gemakkelijk kunnen worden ondervangen, door de omzetting van rechtswege uit te sluiten in die gevallen, waarin de schuldenaar na sommatie bij de invoering in gebreke is.

Van een dergelijke wijziging zijn geen onaangename repercussies te verwachten. Indien de schuldenaar zijn verplichtingen punctueel nakomt, heeft de zekerheidseigenaar geen behoefte aan ingebrekestelling. Slechts in die gevallen, waarin de houding van de schuldenaar daartoe aanleiding geeft, zal ingebrekestelling plaatsvinden. Het is redelijk alsdan de afwikkeling overeenkomstig de oude wet te doen plaatsvinden.

De bedoeling van art. 86 lid 5 Ov. is: de – in wezen reeds begonnen – liquidatie van een zekerheidseigendom niet te compliceren. Indien de schuldenaar zijn verzuim zuivert, wordt de zekerheidseigendom niet gecontinueerd. Alsdan vindt alsnog omzetting ex lege plaats, namelijk aan het einde van de 6-maand-termijn (Art. 86 lid 5 Ov., N. 6053).

162 AARD VAN HET GETRANSFORMEERDE PANDRECHT. Het pandrecht, dat door de omzetting ontstaat, is niet – en zeker niet in alle opzichten – identiek met het (stille) pandrecht van het NBW. Dit eigen karakter van het getransformeerde pandrecht blijkt ten aanzien van de volgende punten:

- a. Op het getransformeerde stille pandrecht is niet de eis van vestiging bij authentieke of geregistreeerde onderhandse akte van toepassing. Ook de (on)bezwaardheidsopgave (art. 3.9.2.2 lid 2) ontbreekt.

Fiduciaire eigenaren doen er verstandig aan, bestaande – en nieuw op te maken – akten van eigendomsoverdracht reeds thans te laten registreren en in alle nieuwe akten van eigendomsoverdracht een (on)bezwaardheidsverklaring van de schuldenaar op te nemen.

- b. De omzetting betekent, dat enerzijds de eigendom van het zekerheidsobject van de fiduciaire eigenaar ex lege – dus zonder overdracht – overgaat naar de fiduciaire houder, en dat anderzijds de eigendom bezwaard wordt met pandrecht. In afwijking van art. 69 Ov. wordt in dit geval ‘eigendom verkregen of verloren’.
- c. Het (stille) pandrecht treedt, met het oog op de rangorde bij verhaal, als het ware terugwerkend in de plaats van de zekerheidsoverdracht. Daarmee houdt verband art. 86 lid 3 Ov., waarover MvT, p. 45-46. De ‘botsingsproblematiek’ is als gevolg daarvan nog gecompliceerder dan in de gevallen van ‘normaal’ (stil) pandrecht.

Zie voor de ‘botsingsproblematiek’ in het algemeen: F.H.J. Mijnsen, Adv. Bl. 1981, p. 385, en O.K. Brahn, Fiduciaire overdracht, 1983 (Studiepocket Privaatrecht).

- d. Die botsingsproblemen krijgen zelfs nog een extra-dimensie als gevolg van het onder b bedoelde facet. Wat gebeurt er, indien de fiduciaire eigenaar op zijn beurt rechten heeft gevestigd op het zekerheidsobject? Zij blijven kennelijk in stand en vormen een bijkomend probleem.

In dit verband speelt ook art. 79 Ov. een rol. Zie MvT, p. 39:

‘Hetzelfde geldt voor een zgn. fiduciaire eigendomsoverdracht “in tweede verband”, nl. door de oorspronkelijke, doch door de eerste eigendomsoverdracht tot zekerheid onbevoegd geworden, eigenaar aan een tweede schuldeiser, welke in de praktijk blijkt voor te komen. Op de zaak of vordering kan zo’n zekerheidsrecht, dat door artikel 86 wordt geconverteerd, als tweede (bezitloos) pandrecht komen te rusten.’

Indien de schuldenaar hetzelfde zekerheidsobject eerst aan schuldeiser A, vervolgens aan schuldeiser B fiduciair heeft overgedragen, was die tweede overdracht (aan B) zonder gevolg, althans tegenover A. Art. 79 Ov. convallesceert die tweede overdracht. Aan de problemen die daaruit zullen voortvloeien, kan men slechts met huiver denken.

163 AANPASSING VAN BEDINGEN.

6054 *Contractuele bedingen tussen de fiduciaire eigenaar en de fiduciaire houder, die volgens de oude wet geldig waren, worden analogisch van toepassing op het stil pandrecht en blijven geldig, ook indien zij in strijd zijn met dwingende bepalingen van de nieuwe wet (Art. 86 lid 6 Ov.).*

6055 *Maar: contractuele bedingen, die worden uitgesloten door artt. 3.9.2.10-14, worden vanaf de invoering nietig (Art. 86 lid 6 Ov.).*

Die aanpassing geldt in de interne verhouding tussen pandgever en pandhouder. Zie § 24 naar aanleiding van N. 1018.

Uit N. 6055 volgt, dat de nieuwe rangeregeling van openbare orde is en dus door de getransformeerde pandhouder moet worden toegepast.

164 RANGORDE.

6056 *Het (stil) pandrecht werkt tegen alle schuldeisers en rechthebbenden, van wie de rechten vóór de invoering zijn ontstaan en tegen wie de zekerheidseigendom kon worden ingeroepen. Art. 3.9.2.3 lid 4 is niet van toepassing (Art. 86 lid 3 Ov.).*

In de externe verhouding – tussen pandhouder en derden-gerechtigden – wordt de rangorde in beginsel bepaald door de oorspronkelijke zekerheids-overdracht.

165 RECHTEN UIT LEVENSVZERZEKERING.

- 6057 *De schuldeiser, aan wie de rechten uit een levensverzekering met afkoopwaarde vóór de invoering tot zekerheid zijn overgedragen, kan vanaf de invoering als pandhouder de vordering belenen ter hoogte van zijn opeisbare vordering tot aan die waarde op de bij de verzekeraar gebruikelijke voorwaarden (Art. 86 lid 4 Ov.).*

166 VERBINTENISSEN TOT ZEKERHEIDSOVERDRACHT.

- 6058 *Een bij de invoering bestaande verbintenis tot zekerheidsoverdracht wordt van rechtswege omgezet in een verbintenis tot vestiging van stil pandrecht. De partijen zijn verplicht tot aanpassing van hun overeenkomst aan titel 3.9 (Art. 86 leden 7 en 8 Ov.).*

Deze nodus is het noodzakelijk complement van N. 6051.

167 EIGENDOMSVOORBEHOUD.

- 6059 *Een eenvoudig eigendomsvoorbehoud, vóór de invoering bedongen, blijft geldig (Art. 4 AB).*
- 6060 *Een rekening courant-eigendomsvoorbehoud, vóór de invoering bedongen, wordt van rechtswege omgezet in stil pandrecht met ingang van het tijdstip, dat de tegenprestatie voor de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak is of zal worden voldaan (art. 89 Ov.).*

Het eigendomsvoorbehoud kan worden onderscheiden in:

- a. *eenvoudig eigendomsvoorbehoud*: overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling van de daarvoor bedongen tegenprestatie: N. 6059;
- b. *verruimd eigendomsvoorbehoud*: een eigendomsvoorbehoud, dat ook andere schulden, c.q. andere zaken bij de afwikkeling van het eigendomsvoorbehoud betreft;

de voornaamste vormen zijn:

- *rekening courant-eigendomsvoorbehoud*: overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van alle (of bepaalde) schulden uit een contractuele relatie: N. 6060;
- *verlengd eigendomsvoorbehoud*: overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van òf de daarvoor bedongen tegenprestatie

of alle of bepaalde schulden uit een contractuele relatie, met bepaling, dat ook andere dan de overgedragen zaken tot zekerheid zullen strekken.

Het NBW kent tot dusver uitsluitend het eenvoudige eigendomsvoorbehoud in zijn meest strenge vorm. Zie art. 3.4.2.5b lid 2: een eigendomsvoorbehoud is nietig, v.z.v. het is bedongen voor een andere vordering dan de 'tezelfdertijd overeengekomen tegenprestatie'.

Art. 3.4.2.5b lid 2 brengt nietigheid mee van:

- een achteraf bedongen eigendomsvoorbehoud voor de overeengekomen tegenprestatie.
- een – achteraf of tegelijk – bedongen eigendomsvoorbehoud voor andere schulden dan de tegenprestatie.

Beide nietigheidsgevallen zijn in het BW onbekend.

De Overgangswet bevat in art. 89 wel een regeling voor het rekening courant-voorbehoud (N. 6060), doch geen regeling van het verlengde eigendomsvoorbehoud. Dat is niet nodig, want dan is N. 6051 of N. 6058 toepasselijk.

De omzetting van een rekening courant-voorbehoud in stil pandrecht vindt plaats zodra 'de tegenprestatie niet langer verschuldigd is' (art. 89 Ov.). Dit kan bij de invoering zijn (indien de tegenprestatie reeds daarvoor voldaan was), maar ook veel later.

168 RECHT VAN RECLAME.

6061 *V Indien de verkoper ter zake van een vóór de invoering afgeleverde zaak het recht van reclame uitoefent, blijven daarop artt. 1191 BW en 230 vlg. WvK van toepassing.*

Dit is een letterlijke herhaling van N. 1506. Zie § 58.

169 RETENTIERECHT.

6062 *De schuldenaar is vanaf de invoering bevoegd een retentierecht in te roepen, zodra voldaan is aan de vereisten van afd. 3.10.4 A.*

Dit is een herhaling van N. 1037 voor het retentierecht. Zie § 35.

170 HYPOTHEEK.

- 6063 *De rechten en verplichtingen uit een vóór de invoering gevestigde hypotheek worden vanaf de invoering bepaald door titel 3.9.*

Deze nodus correspondeert met N. 6041.

- 6064 *Een vóór de invoering verleende hypotheek tot zekerheid van de koopprijschuld of van de schuld wegens overbedeling, die binnen 8 vrije dagen na het verlijden van de akte van vestiging wordt overgeschreven, behoudt de voorrang van artt. 1227 en 1228 (Art. 112 Ov.).*

Zie MvT p. 59-60.

- 6065 *Een vóór de invoering gevestigde hypotheek strekt mede tot zekerheid voor de overeengekomen rente over 2 jaar en het lopende jaar (Art. 113 Ov.).*

Zie MvT p. 60.

- 6066 *Een vóór de invoering gevestigde hypotheek brengt van rechtswege een stil pandrecht mee op de vergoedingsvorderingen van art. 3.9.1.3 lid 1, voor zover die vergoedingsvorderingen na de invoering ontstaan. Het stil pandrecht heeft de rang van art. 3.9.1.3 lid 2.*

Vgl. N. 6045 ten aanzien van pandrecht. Zie MvT p. 57 voor de verhouding tot artt. 297 en 298 WvK.

- 6067 *Op een vóór de invoering gevestigde hypotheek wordt art. 3.9.4.8b 5 jaar na de invoering van toepassing (Art. 114 Ov.).*

Zie MvT p. 60.

171 EXECUTIE DOOR HYPOTHEEKHOUDER.

- 6068 *V De wet, geldende ten tijde van de inleiding van de executie, bepaalt de wijze van executie (Art. 115 Ov.). De executie wordt ingeleid door:*

- *(in geval van toepassing van art. 1223): aanzegging aan de hypotheekgever.*
- *(in geval van toepassing van art. 508 Rv.): aanzegging van de overneming aan de hypotheekgever.*

- (in geval van toepassing van art. 491 Rv.): beslag door de hypotheekhouder op het verbonden goed.
- 6069 V Maar: een executie, die door de oude wet wordt beheerst, wordt afgewikkeld met toepassing van:
- art. 3.9.4.16, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de hypotheekgever is verantwoord.
 - artt. 551 vlg. NRv., tenzij de toewijzing van het geëxecuteerde goed vóór de invoering heeft plaatsgevonden.

172 VERSCHILLEN TUSSEN OUDE EN NIEUWE WET. In verband met de executie van het hypothecaire onderpand bestaan tussen de oude en de nieuwe wet de volgende verschillen:

<i>oud</i>	<i>nieuw</i>
– Verzuim (art. 1223)	Verzuim (art. 3.9.4.11)
– Verkoop in het openbaar, naar plaatselijke gebruiken, ten overstaan van een notaris. (art. 1255) of volgens art. 491 Rv. ten overstaan van Rechtbank	(art. 3.9.4.11; artt. 554 vlg. NRv.).
– Onderhandse verkoop	Onderhandse verkoop krachtens beschikking van de President. (art. 3.9.4.11)
– Uitkering overschot	Uitkering overschot (art. 3.9.4.16)
– Rangregeling	Rangregeling (art. 3.9.4.16; artt. 551 vlg. NRv.)

Die verschillen zijn – precies als ten aanzien van pandrecht – niet erg groot.

173 TEMPOREEL CRITERIUM. Art. 115 Ov. zoekt het omslagmoment in: de opdracht aan de notaris, zulks ‘in overleg met de praktijk’ (MvT p. 60). Dat verwondert zeer.

In de eerste plaats is de ‘opdracht aan de notaris’ een zeer vaag criterium. Is bijvoorbeeld een telefonisch verzoek aan de notaris om de voor executie

noodzakelijke bescheiden te vergaren, reeds een opdracht in de zin van art. 115 Ov.? Hoe komt de hypotheekgever daarvan op de hoogte? Hij heeft er immers ook belang bij om te weten of op de executie de oude, dan wel de nieuwe wet van toepassing is (bij voorbeeld in verband met een in te leiden executiegeschil).

In de tweede plaats houdt art. 115 Ov. uitsluitend rekening met executie krachtens art. 1223. Dat is weliswaar de meest voorkomende executievorm, maar bepaald niet de enige.

In de derde plaats pleegt ook in geval van executie krachtens art. 1223 steeds een kennisgeving aan de hypotheekgever – althans de hypothecaire schuldenaar – gedaan te worden. Zie Van den Honert, Formulierboek, p. 470.

In N. 6068 wordt een preciezer en omvattender tijds criterium voorgesteld ter bepaling van de toepasselijke wet. Daarop worden – voor het geval van toepasselijkheid van de oude wet – in N. 6069 dezelfde correcties voorgesteld als in N. 6050 ten aanzien van pandrecht.

174 VEILCONDITIËN. De in de N. 6069 bedoelde onderwerpen kunnen in de veilconditiën geregeld zijn; dat is in elk geval de praktijk. Die veilconditiën zijn contractuele bedingen, gemaakt onder de oude wet, die – zie N. 1018 – geldig blijven, ook al zijn zij in strijd met dwingende bepalingen van de nieuwe wet. Moet de Overgangswet een verbod bevatten om de in N. 6069 bedoelde bepalingen door middel van de veilconditiën ‘weg te bedingen’?

175 BORGTOCHT.

6070 V De oude wet blijft van toepassing op een bij de invoering lopende overeenkomst van borgtocht en op nadere overeenkomsten, die ter vervanging, wijziging of aanvulling ervan na de invoering worden aangegaan (Art. 220 lid 1 Ov.).

N. 6070 is een herhaling van N. 1512. De correcties, welke – voor de interne verhouding – in N. 1513 en 1514 zijn opgenomen, zijn niet herhaald, doch gelden uiteraard. Zie § 64.

176 VOORRANG.

6071 De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de rangorde bij verhaal van alsdan bestaande vorderingen (Art. 116 lid 1).

Maar:

- 6072 a. *Art. 3.1.2.3a heeft geen invloed op de rangorde van rechten op registergoederen, die bij de invoering geldig zijn ingeschreven (Art. 78 lid 2 Ov.).*
- 6073 b. *Art. 3.10.1.3d is niet van toepassing op een vergoedingsvordering, die vóór de invoering is ontstaan (Art. 117 Ov.).*
- 6074 c. *De rangorde wordt bepaald door de oude wet in geval van verhaal op een vóór de invoering verkocht goed (Art. 116 lid 2 Ov.).*

177 OVERZICHT. N. 6071 heeft betrekking op de toepasselijke wet in verband met verhaal van (geld)vorderingen. De ‘rangorde’ heeft daarbij – ook in N. 6071 – een tweeledige betekenis:

– *rangschikking*: de volgorde, waarin schuldeisers met aanspraken op een zelfde goed hun rechten kunnen uitoefenen.

In het algemeen is de hoogst gerangschikte verhaalsbevoegd. Zie voor hypotheek: artt. 544 lid 3 en 509 NRv., en voor beslag tot verhaal op onroer. zaken: art. 513 NRv.

Bij pand geldt een andere regeling: art. 3.9.2.9 lid 3.

De rangschikking geldt niet in geval van zuiver obligatoire aanspraken, want daarop is de regel ‘prior tempore potior iure’ niet van toepassing. Art. 3.11.2a breidt die regel, zij het slechts als vuistregel, ook uit tot zuiver verbintenisrechtelijke aanspraken, doch art. 3.11.2a geldt slechts in geval van aanspraken op levering, dus niet voor aanspraken tot verhaal.

– *voorrang*: de volgorde, waarin schuldeisers uit de opbrengst van een goed worden voldaan.

Zowel in het BW (artt. 1179 en 1180) als in het NBW (art. 3.10.1.3) vloeit voorrang voort uit pand, hypotheek en voorrecht. Art. 3.10.1.3 voegt daaraan als vierde categorie toe: ‘andere in de wet aangegeven gronden’.

De onderlinge rangorde tussen schuldeisers met voorrang wordt bepaald door artt. 1180-1182, c.q. artt. 3.10.1.3a-3c.

Op het beginsel van N. 6071 bestaan in tweeërlei opzicht uitzonderingen. Enerzijds is de toepassing van de nieuwe wet niet onbeperkt (zie § 178), anderzijds wordt de rangorde van de oude wet in bepaalde gevallen gehandhaafd (zie § 179).

De rangorde bij verhaal staat in nauw verband met de voorrechten op bepaalde goederen (zie N. 6075) of alle goederen (zie N. 6079) van de schuldenaar.

178 BEPERKTE TOEPASSING VAN DE NIEUWE WET. De Overgangswet bevat enkele voorschriften ten aanzien van de rangorde van *rechten op registergoederen*. Die rangorde wordt vanaf de invoering bepaald door de alsdan bestaande registerpublicaties (art. 78 Ov., N. 6003). Daarop maakt art. 78 lid 2 Ov. een uitzondering – N. 6004 sub *a* – en deze uitzondering wordt hier volledigheidshalve herhaald.

Art. 112 Ov. (N. 6064) bevat een andere uitzondering, die – wegens haar zeer kortstondige betekenis – niet herhaald is.

Een tweede uitzondering betreft art. 3.1.10.3d (art. 117 Ov., N. 6073). Zie voor de achtergrond van deze uitzondering MvT p. 57 en 63.

179 EERBIEDIGING VAN DE OUDE WET. MvT p. 90 acht handhaving van de oude wet geboden 'indien de oude rangorde bij het in werking treden van de nieuwe wet reeds 'in actie is gekomen'; dat is het geval in 'de fase waarin er reeds een geldbedrag ter verdeling (lees: uitdeling) beschikbaar is'. Dat wordt in art. 116 lid 2 Ov. (N. 6074) geformuleerd. Zoals hieronder blijkt is die – op zich zelf juiste – handhaving van de oude wet niet volledig.

180 VOORRECHTEN.

6075 *De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering of een alsdan bestaande vordering bevoorrecht is op BEPAALDE goederen van de schuldenaar (Art. 116 lid 1 Ov.).*

Maar:

6076 V a. *Het verkopersprivilege van art. 1185 sub 3^o blijft van toepassing, indien een koopprijsvordering voortvloeit uit een vóór de invoering aangegane koopovereenkomst. Artt. 1190 en 1192a blijven in zoverre eveneens van toepassing (Art. 118 Ov.).*

6077 b. *De privileges van de oude wet blijven van toepassing in geval van verhaal op een vóór de invoering verkocht goed (Art. 116 lid 2 Ov.).*

6078 V c. *De privileges van de oude wet blijven eveneens van toepassing, indien de schuldenaar vóór de invoering in staat van faillissement is verklaard of hem voorlopig surséance van betaling is verleend.*

6079 *De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering of een alsdan bestaande vordering bevoorrecht is op ALLE goederen van de schuldenaar (Art. 116 lid 1 Ov.).*

6080 V *Maar: de privileges van de oude wet blijven van toepassing, indien de schuldenaar vóór de invoering in staat van faillissement is verklaard of hem voorlopig surséance van betaling is verleend.*

181 OVERZICHT. Tussen de rangorde en de preferenties bestaat verband. N. 6075-6080 hebben betrekking op de preferenties, privileges of voorrechten, nl.:

- N. 6075-6078: voorrechten op bepaalde goederen.
- N. 6079-6080: voorrechten op alle goederen.

Volgens het systeem van de Overgangswet gaan de voorrechten, die de (oude) wet aan bestaande vorderingen toekent, teniet zodra de (oude) wet ophoudt te gelden; voorrechten – op bepaalde of op alle goederen – komen en gaan met de wet, die hen toekent.

Dat is in strijd met de opvatting van Hijmans van den Bergh.

Op dit beginsel (art. 116 lid 1 Ov., N. 6075 en 6079) moeten echter uitzonderingen worden aanvaard: de voorrechten van de oude wet verdienen in een bepaald aantal gevallen gehandhaafd te worden:

- a. het verkopersprivilege; zie § 183.
- b. de oude voorrechten op *bepaalde* goederen, in het geval van art. 116 lid 2 Ov. (N. 6074); deze nodus is duidelijkheidshalve herhaald.
- c. alle oude voorrechten op *alle* goederen; zie § 182.

182 IN EN BUITEN FAILLISSEMENT. Art. 116 lid 2 Ov. (N. 6074) handhaaft de oude rangorde – dus ook de oude voorrechten –, indien bij de invoering een goed reeds is verkocht. Daarnaast kan zich echter ook de situatie voordoen, dat het goed nog niet verkocht is, maar dat de schuldenaar in faillissement of surséance verkeert. In dat geval komt het praktisch voor de oude voorrechten eveneens te handhaven.

Daarbij blijkt een verschil tussen de voorrechten op bepaalde en die op alle goederen van de schuldenaar.

Ten aanzien van voorrechten op **BEPAAALDE** goederen kunnen zich de volgende gevallen voordoen:

- a. de bepaalde goederen zijn vóór de invoering *buiten* faillissement verkocht: de oude wet bepaalt de voorrechten en de rangorde bij verhaal (art. 116 lid 2 Ov., N. 6074 herhaald in N. 6077).
- b. de bepaalde goederen zijn vóór de invoering *in* faillissement of surséance verkocht: de oude wet bepaalt de voorrechten en de rangorde bij verhaal (als voren).
- c. de bepaalde goederen zijn vóór de invoering niet verkocht, maar de schuldenaar verkeert in faillissement of surséance: ook dan dienen de oude voorrechten met hun rangorde gehandhaafd te worden; aldus: N. 6078 en 6080.

Bij de voorrechten op ALLE goederen komt de hiervoren onder *a* bedoelde situatie in de praktijk niet voor. De onder *b* bedoelde situatie geeft geen aanleiding tot bijzondere problemen, zoals zich wel kunnen voordoen bij verkoop van bepaalde goederen: een verkoop van bepaalde goederen kan immers – zie artt. 57-60 NFw. – in het nieuwe recht aanleiding geven tot een separate uitdeling en het is niet raadzaam die separate uitdeling wel dadelijk in te voeren (zoals wordt voorgesteld in N. 9014, § 270), maar de rangorde bij de uitdeling te verstoren door de voorrechten van de nieuwe wet. Bij de voorrechten op alle goederen kan daarom worden volstaan met N. 6080: de regeling van het hieronder boven *c* bedoelde geval.

183 VERKOPERSPRIVILEGE. Art. 118 Ov. mitigeert de afschaffing van de oude wet door daarvan uit te zonderen – dus: te handhaven – ‘voorrechten die voordien reeds krachtens art. 1185 onder 3° . . . aan een vordering waren verbonden’. De reden voor die bepaling is – zie MvT p. 63 – , dat de verkoper het bedingen van zekerheden achterwege kan hebben gelaten in goed vertrouwen op de hem door de wet toegekende preferentie. Dat komt plausibel voor. Dan behoort echter het verkopersprivilege op ruimere schaal gehandhaafd te worden, namelijk in alle gevallen waarin een koopprijsvordering voortvloeit uit een vóór de invoering gesloten koopovereenkomst; in al die gevallen behoeft het vertrouwen van de verkoper bescherming. Deze – verruimde – bescherming wordt in N. 6076 voorgesteld. Het praktische belang is, dat – mits de koopovereenkomst vóór de invoering is aangegaan – het oude verkopersprivilege kan worden uitgeoefend, ook indien de koopprijsvordering eerst na de invoering is ontstaan.

184 GEMEENSCHAP

6081 *Titel 3.7 is vanaf de invoering van toepassing op een alsdan bestaande rechtsverhouding, krachtens welke een of meer goederen aan twee of meer personen gezamenlijk toebehoren.*

N. 6081 behelst slechts de herhaling van het uitgangspunt van de Overgangswet voor een bij de invoering bestaande gemeenschap. Omdat dit begrip echter in het juridisch spraakgebruik misschien nog niet ingeburgerd is, wordt het in N. 6081 vervangen door de omschrijving die art. 3.7.1.1 daarvan geeft.

De rechtsverhoudingen, waarop titel 3.7 aldus vanaf de invoering toepasselijk wordt, zijn:

- de ontbonden bijzondere gemeenschappen; zie § 185.
- mede-eigendom (art. 628).

- mede-eigendom in verband met erfdienstbaarheden (artt. 738, 741 en 757).
- ondeelbaarheid van pand- en hypotheekrecht (artt. 1206, 1209 en 1212).
- actieve pluraliteit (artt. 1314-1315).
- mandeligheid (artt. 681-689, 691-692, 704-712); de mandeligheid wordt èn door titel 3.7 èn door titel 5.5 beheerst.

De gemeenschaps-titel 3.7 wordt door de Overgangswet stiefmoederlijk be-deeld. Zij handhaaft haar algemeen uitgangspunt en maakt daarop slechts 4 uitzonderingen (artt. 100-103 Ov.). Er bestaan nochtans goede gronden tot nadere beschouwing. Enerzijds is niet zonder meer duidelijk, wat de onmid-dellijke toepassing in de praktijk betekent; anderzijds komt dit uitgangspunt niet toereikend voor, vooral niet ten aanzien van de verdeling.

185 SOORTEN VAN GEMEENSCHAP. Titel 3.7 onderscheidt thans – na de afslankingsoperatie – 3 soorten van gemeenschap:

- a. *onbenoemde* gemeenschappen (voorbeelden: de goederen, waarop geen der buiten gemeenschap gehuwde echtgenoten zijn rechten kan aantonen; het quasi-huwelijksgoederenrechtelijke vermogen, gevormd door onge-huwd samenwonenden). Daarop is afd. 3.7.1 toepasselijk, zowel vóór als na de ontbinding.
- b. *bijzondere* gemeenschappen VOOR hun ontbinding. De bijzondere ge-meenschappen zijn:
 - ervengemeenschap (artt. 1112-1166).
 - huwelijksgoederengemeenschap (artt. 1:93-102).
 - maatschap (artt. 1655-1689), vennootschap (artt. 15-35 WvK) en rede-rij (artt. 323-340g WvK).
 - gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw (artt. 875a-876f).

Vóór de ontbinding worden deze gemeenschappen beheerst door hun eigen bepalingen; titel 3.7 is niet toepasselijk.

- c. *bijzondere* gemeenschappen VANAF hun ontbinding. Daarop is afd. 3.7.2 van toepassing en – voor zover afd. 3.7.2 daarvan niet afwijkt – afd. 3.7.1.

186 GEMEENSCHAPSASPECTEN. Titel 3.7 beoogt alle aspecten van de gemeenschap te regelen. Als zodanig kan men onderscheiden:

- *bestuursregeling*: wie is bevoegd tot beheer en beschikking over de gemene goederen? In hoeverre kunnen deelgenoten over hun aandelen beschikken? Zie N. 6082-6094 § 1 87-1 93

- *verhaalsregeling*: welke verhaalsrechten hebben boedelschuldeisers ('voor rekening van de gemeenschap komende schulden', art. 3.7.1.9a)? Welke verhaalsrechten hebben privéschuldeisers van de deelgenoten? Zie N. 6095-6099 § 194-197
- *verdeling*: wie kan verdeling vorderen? hoe komt de verdeling tot stand? in welke gevallen is zij aantastbaar? Zie N. 6100-6114 § 198-225

Deze indeling is niet volledig, omdat titel 3.7 een belangrijk gemeenschapsaspect niet regelt: de ontbinding. Dat is voor de bijzondere gemeenschappen ook niet nodig, omdat hun eigen bepalingen de ontbindingsregeling bevatten; ten aanzien van de onbenoemde gemeenschappen bestaat er in dit opzicht echter een lacune; zie § 203.

187 BESTUURSREGELING.

- 6082 *Vanaf de invoering is iedere individuele deelgenoot bevoegd tot:*
- a. *maatregelen van gewoon onderhoud*
 - b. *maatregelen tot behoud*
 - c. *handelingen die geen uitstel kunnen lijden*
 - d. *stuiving van verjaring*
 - e. *gebruik van gemene goederen*
 - f. *maatregelen ter verkrijging van rechterlijke uitspraken ten behoeve van de gemeenschap.*
- 6083 *Maar: een vóór de invoering getroffen regeling kan ten aanzien van ieder dezer bevoegdheden anders bepalen (Art. 71 Ov.).*
- 6084 *Vanaf de invoering zijn de gezamenlijke deelgenoten bevoegd tot:*
- g. *alle overige beheershandelingen*
 - h. *alle beschikkingshandelingen.*
- 6085 *Maar: een vóór de invoering getroffen regeling kan ten aanzien van ieder deze bevoegdheden anders bepalen (Art. 71 Ov.).*

De overgangsrechtelijke bestuursregeling wijkt af van die volgens de nieuwe wet, want de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet wordt gemitigeerd door art. 71 Ov.

Volgens de nieuwe wet kan een beheersregeling de onder *a-d* en *h* bedoelde bevoegdheden niet aantasten: afwijking bij een regeling is slechts in beperkte mate mogelijk (artt. 3.7.1.2 lid 1, 3.7.1.3, 3.7.1.3a lid 2). Krachtens art. 71 Ov. is en blijft een regeling geldig, ook wanneer zij bevoegdheden 'wegregelt', die daarvoor volgens de nieuwe wet niet vatbaar zijn.

188 VRUCHTEN EN LASTEN.

6086 *Vanaf de invoering is iedere deelgenoot gerechtigd tot de vruchten en draagplichtig in de lasten der gemeenschap, in evenredigheid tot zijn aandeel.*

6087 *Maar: een vóór de invoering getroffen regeling kan anders bepalen.*

Krachtens art. 3.7.1.4 kunnen de deelgenoten de deelgerechtigdheid in de vruchten en draagplicht in de lasten naar een andere maatstaf regelen. In dit opzicht maakt het dus geen verschil of de regeling na, c.q. vóór de invoering is getroffen. Art. 71 Ov. speelt geen rol.

189 REKENPLICHT.

6088 *Vanaf de invoering is een beherende deelgenoot jaarlijks rekenplichtig.*

De jaarlijkse rekenplicht wordt in art. 3.7.1.5 voorgeschreven. In geval van nalatigheid in het doen van rekening moet de rekenprocedure worden gevolgd (artt. 771-793 Rv., niet in de NBW-aanpassing betrokken).

Overgangsrechtelijk kan slechts van belang zijn: wanneer verstrijkt het eerste jaar, waarover rekening en verantwoording kan worden gevorderd?

190 GEBONDENHEID BIJ RECHTVERKRIJGING.

6089 *Een vóór de invoering getroffen regeling is vanaf de invoering bindend voor rechtverkrijgenden van een deelgenoot, zelfs wanneer de rechtverkrijging vóór de invoering heeft plaatsgevonden.*

Zie MvT, p. 52.

De gebondenheid geldt uiteraard niet tegenover de verkrijger, die te goeder trouw was in de zin van art. 3.1.1.12.

191 WIJZIGING VAN REGELING.

6090 *Vanaf de invoering is een voordien getroffen regeling vatbaar voor rechterlijke wijziging wegens onvoorziene omstandigheden.*

Krachtens art. 3.7.1.2 lid 3 heeft de rechter de bevoegdheid tot wijziging van een beheersregeling. Die bevoegdheid komt hem onder de oude wet niet toe.

Absoluut bevoegd is de Kantonrechter (art. 3.7.1.2 lid 3), niet de verdeelingsrechter (waarover nader in § 200). De relatief bevoegde rechter wordt aangewezen in art. 429c leden 4 en 5 NRv. (zoals voorgesteld in w.o. 16 593).

De rechterlijke wijzigingsbevoegdheid is een discretionaire, die niet gebonden is aan het strenge criterium van art. 6.5.3.11. Zie PG 3/585, SE 205:

‘Voor toepassing van artikel 3.7.1.2 derde lid is voldoende dat er zich naar de mening van de rechter omstandigheden voordoen, waarmede bij het opstellen van de regeling niet of niet voldoende rekening is gehouden’ (cursivering HS).

De invoering van het NBW zal vrijwel steeds een voldoende reden opleveren voor dit ‘niet of niet voldoende’ rekening houden. Zeer bijzondere uitzonderingen daargelaten, is iedere vóór de invoering getroffen regeling vatbaar voor wijziging op de in artikel 3.7.1.2 lid 3 bedoelde grond.

192 VASTSTELLING VAN REGELING.

6091 *Vanaf de invoering kan in rechte vaststelling van een ontbrekende beheersregeling worden verzocht.*

Ook deze rechterlijke bevoegdheid is nieuw. Een dergelijke regeling is uiteraard gebonden aan de beperkingen van artt. 3.7.1.2 lid 1, 3.7.1.3 en 3.7.1.3a lid 2.

Voor de competente rechter zie art. 3.7.1.2 lid 2 en art. 429c leden 4 en 5 NRv.

193 BESCHIKKINGSMACHT OVER AANDEEL.

6092 *Vanaf de invoering is iedere individuele deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap bevoegd te beschikken over zijn totaal aandeel in de gemeenschap en over zijn partieel aandeel in een gemeen goed, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit.*

6093 *Vanaf de invoering is iedere individuele deelgenoot in een ontbonden bijzondere gemeenschap bevoegd te beschikken over zijn totaal aandeel in de gemeenschap, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. De individuele deelgenoot is niet bevoegd te beschikken over zijn partieel aandeel in een gemeen goed.*

6094 *Voor zover de rechtsverhouding een individuele deelgenoot in zijn beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van zijn aandeel beperkt, is de rechtsverhouding vanaf de invoering voor rechterlijke wijziging vatbaar wegens onvoorziene omstandigheden.*

Naast de beschikkingsmacht over gemene goederen als zodanig (art. 3.7.1.3a lid 3) staat de beschikkingsmacht van individuele deelgenoten over hun aandeel. Daarbij kan aandeel zijn:

of het *totale* aandeel in de gemeenschap, dus in alle gemene goederen te zamen (la portion); vgl. art. 3.7.2.2.

of het *partiële* aandeel in een gemeen goed (le part); vgl. art. 3.7.2.1.

Het principiële verschil tussen de onbenoemde gemeenschappen enerzijds en de ontbonden bijzondere gemeenschappen anderzijds, ligt in de beschikkingsbevoegdheid over het aandeel; zie enerzijds art. 3.7.1.8 lid 1 en anderzijds art. 3.7.2.1 en 3.7.2.2 telkens lid 1. Dit principiële verschil is in drieërlei opzicht minder scherp dan het lijkt:

- de *aard der rechtsverhouding* tussen de deelgenoten kan medebrengen, dat noch de individuele deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap (art. 3.7.1.8 lid 1), noch die in een ontbonden bijzondere gemeenschap (art. 3.7.2.2 lid 1) vrijelijk over zijn aandeel kan beschikken; zie voor de betekenis van deze beperking PG 3/599, SE 209.
- met *toestemming* van de overige deelgenoten is iedere individuele deelgenoot over zijn aandeel beschikkingsbevoegd (artt. 3.7.1.8 en 3.7.2.2 telkens lid 2).
- de deelgenoot in een ontbonden bijzondere gemeenschap kan weliswaar niet over zijn partieel aandeel beschikken, maar daarop wel *pand of hypotheek* vestigen (art. 3.7.2.1 lid 2).

Voor zover de aard der rechtsverhouding zich tegen vrije beschikking door een individuele deelgenoot verzet, kan de rechtsverhouding op verzoek wegens onvoorziene omstandigheden worden gewijzigd (artt. 3.7.1.8 lid 2 en 3.7.2.2 lid 2). Absoluut bevoegd is de Kantonrechter; de relatieve bevoegdheid wordt bepaald door art. 429c leden 4 en 5 NRv.

Deze gehele – ingewikkeld aandoende – regeling wordt door en vanaf de invoering op bestaande gemeenschappen toepasselijk.

194 VERHAALSREGELING.

- 6095 *Vanaf de invoering is het aandeel van een deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap verhaalsobject voor zijn privé-schuldeisers, namelijk:
 en het partiële aandeel in enig gemeen goed,
 en het totale aandeel in de gemeenschap.*
- 6096 *Vanaf de invoering is het totale aandeel van een deelgenoot in een ontbonden bijzondere gemeenschap verhaalsobject voor zijn privé-schuldeisers. Het partiële aandeel in een gemeengoed van een ontbonden bijzondere gemeenschap is slechts verhaalsobject voor de privé-schuldeisers met toestemming van de overige deelgenoten.*
- 6097 *Vanaf de invoering is de privé-schuldeiser van een deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap of in een ontbonden bijzondere gemeenschap bevoegd de verdeling te vorderen en ter verzekering van zijn rechten conservatoir deelgenotenbeslag te leggen.*
- 6098 *Vanaf de invoering zijn de gemene goederen verhaalsobject voor de boedelschuldeisers.*
- 6099 *Vanaf de invoering kan de rechter bevelen dat vóór de verdeling voldoening van alle of bepaalde boedelschulden plaatsvindt.*

195 OVERZICHT. Bij de verhaalsregeling moet worden onderscheiden tussen de *privé-schuldeisers* van de deelgenoten – die vóór het ontstaan of tijdens het bestaan van de gemeenschap een vordering op een deelgenoot (in privé) hebben verkregen – en de *boedelschuldeisers*.

Boedelschulden zijn alle ‘voor rekening van de gemeenschap komende schulden’ (art. 3.7.1.9a) of op de gemeenschap verhaalbare schulden (art. 3.7.2.2b). Dit kunnen schulden zijn die bevoegdelijk ten behoeve van de gemeenschap zijn ontstaan, bij voorbeeld uit rechtshandelingen die een beheersbevoegde deelgenoot heeft verricht; vgl. de boedelschulden, die ontstaan uit door de faillissementscurator qualitate qua verrichte rechtshandelingen. Tot de boedelschulden behoren echter ook schulden, die reeds vóór het ontstaan van de gemeenschap op haar goederen verhaalbaar waren, namelijk de schulden van de erflater (nalatenschapsschulden) of schulden van de huwelijksgemeenschap vóór haar ontbinding (gemeenschapsschulden).

Het systeem van het geldende recht is:

- De boedelschuldeisers hebben verhaal op de gemeenschap (art. 1147) en kunnen zich daarom tegen verdeling verzetten (art. 492 Rv.)
- De privé-schuldeisers der deelgenoten hebben verhaal op het totale aandeel van hun schuldenaar in de gemeenschap en kunnen daarom verdeling vorderen (art. 492 Rv.).

Dit stelsel wordt in beginsel gehandhaafd.

196 PRIVÉ-SCHULDEISERS. Bij het verhaalsrecht van de privé-schuldeisers wordt verschil gemaakt tussen onbenoemde gemeenschappen (art. 3.7.1.8 lid 3) en bijzondere gemeenschappen (art. 3.7.2.2 lid 1). Dit verschil geldt vanaf de invoering voor bestaande gemeenschappen. Zie N. 6095-6096.

Aan de privé-schuldeisers komt voorts de bevoegdheid toe verdeling van de – onbenoemde of bijzondere – gemeenschap te vorderen. Zie art. 3.7.1.9b, ter continuatie van het verdwijnende art. 492 Rv. Die bevoegdheid is enigszins beperkt: opeisbaarheid van de vordering; verdeling voor zover hun belang vordert.

197 BOEDELSCHULDEISERS. De boedelschuldeisers hebben recht van verhaal op alle gemene goederen. Dit verhaalsrecht is in titel 3.7 niet vermeld; het vloeit rechtstreeks uit art. 3.10.1.1 (art. 1177) voort.

Om voldoening van de boedelschulden veilig te stellen, voert het nieuwe recht twee instituten in:

- *verzet tegen verdeling*. De bevoegdheid daartoe komt aan de boedelschuldeiser toe, doch uitsluitend bij de (ontbonden) bijzondere gemeenschappen (art. 3.7.2.2b, ter vervanging van art. 1113). De parlementaire historie vermeldt niet, hoe dit verzet geëffectueerd wordt.
- *voorafgaande voldoening*. De bevoegdheid daartoe komt niet aan de boedelschuldeiser toe, maar aan een deelgenoot (art. 3.7.1.9 lid 2). De boedelschuldeiser is dus aangewezen op de alertheid van een deelgenoot.

Ook deze regeling wordt vanaf de invoering op bestaande – onbenoemde, c.q. bijzondere – gemeenschappen van toepassing. Zie N. 6098-6099. Het verzet tegen de verdeling wordt nader besproken in § 207.

198 VERDELING. De Overgangswet besteedt in artt. 101-103 slechts geringe aandacht aan de verdeling (de boedelscheiding van de oude wet). Dat is opmerkelijk, omdat de invoering van titel 3.7 juist in dit opzicht de praktijk voor problemen zal plaatsen.

In dit verband is overgangsrechtelijk tweërlei van belang:

- Een verdeling is – zodra de gemeenschap, de ‘boedel’, enige omvang heeft – een langdurige operatie, die bovendien uit velerlei onderdelen is samengesteld. Het is daarom nuttig per onderdeel na te gaan, welke overgangsrechtelijke problemen te verwachten zijn.
- De verdelingsvoorschriften bestaan uit een samenstel van materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften. De laatste vormen in het geldende recht de titel ‘Procedures betreffende erfenissen’ (artt. 658-704

Rv.), die voorlopig herdoopt is in 'Procedures betreffende een algemeenheid van goederen of een gemeenschap' (artt. 658-680 NRv.). Bij de overgangsrechtelijke regeling moet ook met de procesrechtelijke bepalingen rekening worden gehouden.

199 ONDERDELEN. Ten tijde van de invoering kan een verdeling in een meer of minder ver gevorderd stadium van afwikkeling verkeren. Men kan aan de volgende mogelijkheden denken:

- a. De gemeenschap is ontbonden, maar er is nog helemaal niets ter voorbereiding van de verdeling gedaan. Voorbeeld: de erflater is daags vóór de invoering overleden.
- b. Een vordering tot boedelscheiding is aanhangig. Voorbeeld: de Rechtbank heeft vóór de invoering echtscheiding (of ontbinding van de maatschap) uitgesproken, doch de boedelscheidingsvordering aangehouden.
- c. De eigenlijke verdelingswerkzaamheden zijn – al of niet na een rechterlijk bevel daartoe – nog niet begonnen, of reeds begonnen (voorbeelden: er is reeds een boedelbeschrijving, er is opdracht verstrekt aan taxateurs), of hebben tot geschillen geleid (voorbeeld: een proces-verbaal van zwarigheden wordt voorbereid).
- d. Een proces-verbaal van zwarigheden is vóór de invoering ter griffie gedeponeerd, doch er is nog niet gedagvaard door de meest gerede partij (art. 697 Rv.).
- e. Een zwarighedenprocedure is bij de invoering aanhangig, dwz. een overeenkomstig art. 697 Rv. ingeleid rechtsgeding.
- f. Buiten zwarigheden zijn geschillen tussen de deelgenoten – erfgenamen, gescheiden echtgenoten, gewezen vennoten – gerezen over de exacte samenstelling van de gemeenschap (voorbeeld: behoort het woonhuis aan de vrouw in privé toe of valt het in de gemeenschap?), over de taxatie (voorbeeld: zijn de machines van de ontbonden vennootschap te recht naar vervangingswaarde getaxeerd?), over de verkoop van bepaalde boedelbestanddelen (voorbeeld: een request tot openbare verkoop is vóór de invoering ingediend).
- g. De acte van boedelscheiding is vóór de invoering verleden, maar de feitelijke toedeling is nog niet (volledig) uitgevoerd. Voorbeeld: na het verdelen van het maatschapsvermogen wordt deelgenoot A aangesproken voor zijn aandeel in een maatschapsschuld, die volgens de verdeling door deelgenoot B wordt gedragen.
- h. De verdeling is volledig uitgevoerd, doch een der gewezen deelgenoten

acht zich benadeeld en is voornemens een vernietigingsactie in te stellen of heeft die actie misschien reeds ingesteld.

In al deze gevallen rijst de vraag: welke wet is van toepassing: de oude of de nieuwe? Omvat de toepasselijke wet ook de procesrechtelijke voorschriften of geldt daarvoor een ander regime?

Art. 74 Ov. wil het probleem oplossen door de procesrechtelijke voorschriften, geldende ten tijde van de rechtsingang, te laten voortbestaan, maar vanaf de invoering de nieuwe materieelrechtelijke bepalingen toe te passen. Daargelaten of dit in het algemeen een wenselijk systeem is, ontmoet het bij de verdeling ernstige bezwaren: de verwevenheid tussen materieelrechtelijke en procesrechtelijke bepalingen is bij de (onderdelen van de) verdeling zeer nauw.

200 RECHTERLIJKE COMPETENTIE. In verband met gemeenschappen is in het algemeen de *Kantonrechter* de absoluut bevoegde rechter. Zie N. 6090.

Ten aanzien van de verdeling is echter de *Rechtbank* absoluut bevoegd als 'verdelingsrechter': 'de rechter die ter zake van de verdeling bevoegd zou zijn of voor wie een zodanige vordering reeds aanhangig is' (art. 3.7.1.7 lid 1). Die absolute bevoegdheid berust op art. 126 Rv., namelijk lid 11 (maat- en vennootschap) en lid 12 (nalatenschap). Daarnaast is de *Rechtbank* ook absoluut bevoegd ten aanzien van:

- machtiging tot verkoop of tot bezwaring van gemene goederen (art. 3.7.1.7); verzoekschriftprocedure.
- bevel tot voorafgaande voldoening van boedelschulden (art. 3.7.1.9 lid 2); 'op verlangen'; dit verlangen kan òf in de dagvaardingsprocedure tot verdeling kenbaar worden gemaakt (als verweer? bij eis in reconventie?) òf bij verzoekschrift, namelijk voordat een verdelingsvordering is ingesteld (art. 3.7.1.9 lid 4).
- uitstel van verdeling (art. 3.7.1.9 lid 3); daarvoor geldt hetzelfde als voor voldoening van boedelschulden.
- benoeming van taxateurs (art. 679 lid 2 NRv.); 'op verlangen' of ambts-halve.

Voor zover de verdelingsrechter verzoekschriftrechter is, is de algemene verzoekschriftprocedure van toepassing. Art. 429c leden 4 en 5 regelen de relatieve bevoegdheid.

Ook in het verdelingsstadium is echter aan de *Kantonrechter* niet iedere bevoegdheid onttrokken. Zie artt. 675 en 679 NRv. (benoeming van taxateurs).

De Rechtbank is – als verdelingsrechter – òf dagvaardings- òf verzoekschriftrechter. Daarentegen is de Kantonrechter – zowel in als buiten het verdelingsstadium – steeds verzoekschriftrechter. De Kantonrechterlijke taak omvat:

- vaststelling of wijziging van een beheersregeling (art. 3.7.1.2 leden 2 en 3).
- machtiging tot beschikking over een aandeel in een gemeen goed (art. 3.7.1.8 lid 2).
- benoeming van taxateurs (artt. 675 en 679), in concurrentie met de boedelnotaris en de Rechtbank.

201 VERDELINGSVORDERING.

6100 *Vanaf de invoering bepaalt de nieuwe wet ten aanzien van een alsdan bestaande gemeenschap:*

- *wie verdeling kan vorderen,*
- *wat gevorderd kan worden,*
- *hoe gevorderd moet worden.*

6101 *V Een vordering tot scheiding en deling, waarop bij de invoering nog niet in hoogste feitelijke instantie is beslist, wordt afgedaan met toepassing van de nieuwe wet.*

6102 *V Maar: art. 680 leden 3-5 NRv. blijft buiten toepassing.*

202 OVERZICHT. Zowel BW (art. 1125) als NBW (art. 3.7.1.9 lid 1) gaan uit van het beginsel: *nemo invitus in communione*. De verdelingsvordering is de manifestatie van dit beginsel.

Daarbij rijzen in verband met het overgangsrecht een aantal vragen:

- *wie* kan verdeling vorderen? Zie § 203.
- *wat* kan gevorderd worden? Zie § 204.
- *hoe* moet gevorderd worden? Zie § 205.
- wat geldt ten aanzien van *aanhangige* boedelscheidingsvorderingen? Zie § 206.

203 WIE KAN VERDELING VORDEREN? Te dien aanzien bestaat geen verschil tussen de oude en de nieuwe wet. Verdeling kan gevorderd worden door:

- iedere deelgenoot (art. 3.7.1.9)
- iedere beperkt gerechtigde op het aandeel van een deelgenoot (art. 3.7.1.9)
- iedere privé-schuldeiser van een deelgenoot mits zijn vordering opeisbaar is (art. 3.7.1.9b).

Zie voor het geldende recht: Asser-Meijers-Van der Ploeg, nos. 395-399. De

bevoegdheid van de privé-schuldeisers wordt afgeleid uit art. 492 Rv.

De bevoegdheid tot het vorderen van verdeling is in het nieuwe recht afhankelijk van de ontbinding van de gemeenschap. Daar de bijzondere gemeenschappen, waarop afd. 3.7.2 betrekking heeft, per definitie ontbonden zijn, is ten aanzien van de bijzondere gemeenschappen aan de ontbindingseis voldaan. Ten aanzien van de onbenoemde gemeenschappen bestaat echter geen wettelijke ontbindingsregeling. Dat betekent vermoedelijk, dat rauwe lijks verdeling kan worden gevorderd, doch met de belangrijke restrictie: 'tenzij uit de aard der gemeenschap . . . anders voortvloeit' (art. 3.7.1.9 lid 1). Zie daarover PG 3/606, SE 212, en M.J.A. van Mourik (Mon. NBW B-9), p. 37. Door die restrictie worden de – theoretische – verschillen met het geldende recht geëcarteerd.

204 WAT KAN WORDEN GEVORDERD? De eiser in de verdelingsprocedure heeft de keuze uit drie mogelijkheden:

- *bevel tot verdeling*; de rechterlijke uitspraak komt neer op een verwijzing van partijen naar een notaris. Voorbeeld: de vordering tot boedelscheiding als annex van de echtscheidingsvordering.
- *gelasten van de verdelingswijze*; de rechterlijke uitspraak behelst eveneens een verwijzing van partijen naar een notaris, maar met een bindende – nader uit te werken – opdracht ten aanzien van de verdeling. Voorbeeld: opdracht tot verdeling door overbedeling van een deelgenoot naar een door de rechter aangegeven waarderingsmaatstaf.
- *rechterlijke vaststelling van de verdeling* (adiudicatio); de rechter stelt zelf de verdeling vast.

Het NBW kent 3 mogelijkheden; zie art. 3.7.1.10 (bevel tot verdeling) en art. 3.7.1.14 (gelasten van verdelingswijze en vaststelling van de verdeling). Voor de verhouding tussen de 3 mogelijkheden is art. 680 lid 2 NRv. van belang: indien een bevel tot verdeling of het gelasten van de verdelingswijze is gevorderd, kan iedere gedaagde rechterlijke vaststelling van de verdeling vorderen. De rechterlijke vaststelling zal dus in het nieuwe recht zeer frequent gevorderd worden.

Volgens J.M.A. van Mourik (Mon. NBW B-9), p. 37 en 58, zijn alle 3 mogelijkheden ook in het geldende recht aanvaard. Anders echter Klaassen-Eggens-Luijten, Erfrecht, p. 339, die de adiudicatio in het geldende recht niet geoorloofd acht.

Bij de beslissing op de verdelingsvordering kent het nieuwe recht aan de rechter ruimere bevoegdheden toe dan de geldende wet. Zie artt. 3.7.1.9 en 3.7.1.9a.

205 HOE MOET WORDEN GEVORDERD? De oude en nieuwe wet verschillen noch ten aanzien van de rechtsingang (dagvaarding), noch met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid (de in art. 126 Rv. aangewezen Rechtbank).

Ten aanzien van de verdelingsvordering bevat art. 680 NRv. echter procesrechtelijke voorschriften, die in de geldende wet niet bekend zijn. Dat geldt in het bijzonder voor de leden 3-5.

206 AANHANGIGE VERDELINGSVORDERINGEN. Het uitgangspunt van de Overgangswet brengt mee, dat op een na de invoering ingestelde verdelingsvordering de nieuwe wet integraal van toepassing is: N. 6100.

Indien de verdelingsvordering – dus de vordering tot scheiding en deling – vóór de invoering ingesteld is, rijst de vraag of de oude, dan wel de nieuwe wet moet worden toegepast. In overeenstemming met art. 74 Ov. wordt in N. 6101 toepassing van de nieuwe wet voorgesteld, en wel – in afwijking van art. 74 Ov. – ook van de procesrechtelijke bepalingen van de nieuwe wet. Daarop wordt in N. 6102 echter een uitzondering voorgesteld; de leden 3-5 van art. 680 NRv. lenen zich niet tot toepassing in lopende gedingen.

Vorderingen tot scheiding en deling zijn niet de enige rechtsgedingen, die in verband met de verdeling van een gemeenschap ten tijde van de invoering aanhangig kunnen zijn. Andere verdelingsprocedures zijn:

- verzoek tot openbare verkoop van gemene goederen; zie N. 6108 (§ 220).
- zwaarighedenprocedure; zie N. 6110-6111 (§ 222)
- nietigheidsprocedure; zie N. 6113-6114 (§ 224)

207 VERZET BOEDELSCHULDEISER.

6103 *Vanaf de invoering kan zich iedere boedelschuldeiser verzetten tegen de verdeling van een gemeenschap.*

Zie § 197 naar aanleiding van N. 6099.

Art. 3.7.2.2b kent de bevoegdheid tot verzet uitsluitend toe aan de boedelschuldeisers van een (ontbonden) bijzondere gemeenschap. Het voorschrift is in tweeërlei opzicht onduidelijk:

- hoe moet dit verzet geëffectueerd worden? De parlementaire stukken behelzen daaromtrent niets.
- hebben ook de boedelschuldeisers van een onbenoemde gemeenschap de-

ze bevoegdheid? Het NBW erkent immers – te recht – ook bij onbenoemde gemeenschappen de mogelijkheid van boedelschulden; zie PG 3/627, SE 222.

Een boedelschuldeiser, die – zo nodig in kort geding – tegen het voornemen tot verdeling van een (bijzondere of onbenoemde) gemeenschap opkomt, zal wel niet worden afgewezen.

208 IMPEDIMENTEN.

6104 *Vanaf de invoering is de verdeling onderhevig aan de impedimenten van de nieuwe wet.*

Maar:

6105 V a. *De oude wet blijft van toepassing, voor zover bij de invoering een rechtsgeding aanhangig is.*

6106 V b. *De oude wet blijft van toepassing, voor zover op basis daarvan een onherroepelijke rechterlijke beslissing wordt gegeven. De nieuwe wet bepaalt echter de veranderlijkheid van die beslissing.*

6107 V c. *De oude wet blijft van toepassing, voor zover de deelgenoten vóór de invoering een regeling hebben getroffen. De nieuwe wet bepaalt echter de veranderlijkheid van die regeling.*

209 OVERZICHT. De oude en de nieuwe wet stellen als beginsel voorop, dat steeds verdeling kan worden gevorderd. Beide systemen relativeren dit beginsel echter sterk: zij erkennen diverse feiten, die de verdeling vertragen of tijdelijk uitsluiten. Die feiten worden hier als ‘impedimenten’ samengevat. Zie het volgende overzicht:

	<i>BW</i>	<i>NBW</i>
– Overeenkomst tot uitstel van verdeling, telkens voor maximaal 5 jaar	1112	3.7.1.9 lid 4
– Rechterlijk uitstel van verdeling op grond van belangenafweging voor telkens maximaal 3 jaar; op verlangen	--	3.7.1.9 lid 3
– Boedelbeschrijving (uitsluitend bij ontbonden bijzondere gemeenschap); op vordering	1119	3.7.2.3 lid 1
– Voldoening van boedelschulden; op verlangen	--	3.7.1.9 lid 2
– Gedwongen schuldverrekening; op verlangen	1132	3.7.1.13
– Totale verdeling in plaats van partiële; op verlangen	1158	3.7.1.9a lid 1

- Waardering van goederen; op verzoek of op ver-
langen 11 23 679 NRv.
- Machtiging tot verkoop van goederen; op ver-
zoek 11 22 3.7.1.7 lid 1
- Machtiging tot bezwaring van goederen; op ver-
zoek -- 3.7.1.7 lid 2

De verruiming, die de impedimenten in het nieuwe recht ondergaan, is meer schijn dan wezen. Zie Asser-Meijers-Van der Ploeg, nos. 408-439.

De toepasselijkheid van de impedimenten der nieuwe wet op de verdeling van een vóór de invoering ontbonden gemeenschap betekent, dat de verdelingswerkzaamheden vanaf de invoering door de nieuwe wet beheerst worden. De eerste vraag is daarom: in welke opzichten verschillen de oude en de nieuwe wet ten aanzien van die impedimenten? Zie § 210-218.

De tweede vraag is: in welke gevallen moet de oude wet geëerbiedigd worden? Zie § 219.

210 OVEREENKOMST TOT UITSTEL VAN VERDELING. Zie art. 3.7.1.9 lid 4. Te dien aanzien verschillen oude en nieuwe wet op zich zelf niet.

Vershil is er in zoverre, dat een dergelijke overeenkomst – ook een die vóór de invoering is aangegaan – vatbaar is voor rechterlijke wijziging wegens onvoorziene omstandigheden (art. 3.7.1.9 lid 4 jo. art. 3.7.1.2 lid 3). Die wijziging moet gevraagd worden in de algemene verzoekschriftprocedure. Absoluut bevoegd is de *verdelingsrechter* (dus niet de Kantonrechter); zie § 200.

211 RECHTERLIJK UITSTEL VAN VERDELING. Zie art. 3.7.1.9 lid 3. Deze rechterlijke taak is nieuw.

De deelgenoot, die prijs stelt op rechterlijk uitstel, zal zijn verlangen in de verdelingsprocedure kenbaar moeten maken. Onduidelijk is of daarvoor een eis in reconventie vereist is.

Opmerkelijk is, dat de bevoegdheid rechterlijk uitstel te vorderen, slechts aan deelgenoten wordt toegekend, niet bij voorbeeld aan boedelschuldeisers of aan beperkt gerechtigden op het aandeel van een deelgenoot. Ook hun belangen kunnen onder omstandigheden gewichtiger zijn dan die der deelgenoten bij verdeling. Niet duidelijk is of de beperking in art. 3.7.1.9 lid 4 doelbewust is aangebracht.

212 BOEDELBSCHRIJVING. Zie art. 3.7.2.3 lid 1. Deze bevoegdheid is beperkt tot de ontbonden bijzondere gemeenschappen. De wetsgeschiedenis vermeldt geen reden voor die beperking. Ook bij onbenoemde gemeenschappen kan daaraan behoefte bestaan.

Volgens art. 3.7.2.3 lid 1 kan 'iedere deelgenoot' vóór de verdeling een boedelbeschrijving 'vorderen'. De uitwerking die daaraan in artt. 671 vlg. NRv. wordt gegeven, wijkt daarvan echter op de volgende punten af:

- Boedelbeschrijving moet worden 'verzocht' (art. 672 NRv.). De absoluut bevoegde rechter voor dit verzoekschrift is de Kantonrechter.
- Het verzoek kan niet slechts worden gedaan door een deelgenoot, maar ook door een beperkt gerechtigde op het aandeel van een deelgenoot, alsmede (in geval van een ervengemeenschap) de overgebleven echtgenoot, de executeur testamentair of de vereffenaar, en voorts (in het algemeen) 'iemand die daarbij op andere grond voldoende belang heeft' (art. 672 NRv. jo. art. 660 NRv.).

De regeling in NRv. sluit dus niet aan bij die in het NBW.

Kan een deelgenoot, die tot verdeling gedagvaard wordt, als verweer of eis in reconventie verlangen, dat de verdelingsrechter voorafgaande boedelbeschrijving gelast?

213 VOLDOENING VAN BOEDELSCHULDEN. Zie art. 3.7.1.9 lid 2. In dit opzicht bestaat geen verschil met hetgeen ook thans als geldend recht wordt aanvaard. Zie Asser-Meijers-Van der Ploeg, nos. 413-419.

Op welke wijze het 'verlangen' tot toepassing van art. 3.7.1.9 lid 2 geldend gemaakt moet worden, is onduidelijk (bij wege van verweer? door middel van reconventie?). Opgemerkt wordt, dat de eis van art. 680 lid 1 NRv.

- waarover hieronder in § 215 nader - niet geldt.

214 GEDWONGEN SCHULDVERREKENING. Zie art. 3.7.1.13 lid 1. Ook in dit opzicht bestaat geen verschil tussen de oude en de nieuwe wet.

215 TOTALE VERDELING. Zie art. 3.7.1.9a. Ook op dit punt stemmen BW (zie Asser-Meijers-Van der Ploeg, no. 367) en NBW met elkaar overeen.

Het verlangen tot totale verdeling moet als 'eis' (art. 680 lid 3 NRv.) - dus bij wege van incidentele vordering - vóór alle weren worden gedaan, doch na een onbevoegdheidsberoep of een vordering tot zekerheidstelling volgens art. 152 Rv. (art. 680 lid 3 NRv.).

216 WAARDERING VAN GOEDEREN. Zie art. 679 NRv. Tussen BW en NBW bestaan diverse verschillen. De voor de praktijk meest belangrijke zijn:

- De benoeming van deskundige schatters moet door de meest gerede partij bij verzoekschrift gevraagd worden. Absoluut bevoegd is de Kantonrechter (art. 679 lid 1).
- In een verdelingsprocedure kan de benoeming ook door de verdelingsrechter (of een rechter-, c.q. raadsheer-commissaris tijdens enquête of comparitie) geschieden, op ‘verlangen’ van een der partijen of ambtshalve (art. 679 lid 2).
- V.z.v. beëdiging vereist is, geschiedt deze door de benoemende rechter (art. 679 lid 3).

Indien in het boedelbeschrijvingsstadium geen overeenstemming over de deskundige schatters bestaat, worden zij benoemd door de notaris of Kantonrechter (art. 675 NRv.).

217 MACHTIGING TOT VERKOOP. Zie art. 3.7.1.7 lid 1. De onoverzichtelijke regeling van de bestaande wet – roerende zaken: artt. 683-688 Rv.; onroerende zaken: artt. 1122 en 689-694 Rv. – wordt vervangen door één uniform voorschrift. Een uitwerking in Rechtsvordering ontbreekt, want de algemene verzoekschriftprocedure (artt. 429a vlg. Rv.) is toepasselijk. Dit is de eerste breuk met het oude recht, want daarin geldt de algemene verzoekschriftprocedure niet voor het verzoek tot openbare verkoop.

Zodanige breuk is er eveneens ten aanzien van de bevoegde rechter: volgens de nieuwe wet is steeds – en uitsluitend – de verdelingsrechter bevoegd. Zie voor het geldende recht: Van den Dungen-Funke ad art. 692 Rv.

Daarentegen verschillen oude en nieuwe wet slechts in de formulering van de gronden voor een bevel verkoop. Zie enerzijds art. 1122: ‘hetzij in het belang van de boedel, tot betaling van schulden, als anderszins, hetzij om een behoorlijke verdeling te kunnen daarstellen’, en anderzijds art. 3.7.1.7: ‘ten behoeve van de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld of om andere gewichtige redenen’. Een materiële wijziging is niet beoogd.

218 MACHTIGING TOT BEZWARING. Zie art. 3.7.1.7 lid 2. Dit instituut is nieuw. De gronden, waarop dit bevel kan worden gegeven, zijn beperkter dan die voor bevel verkoop.

219 EERBIEDIGING VAN OUD RECHT. In N. 6105-6107 zijn drie gevallen vermeld, waarin de oude wet gehandhaafd dient te blijven. Men denke aan de volgende mogelijkheden:

- a. Vóór de invoering is een bevel openbare verkoop verzocht. Het is gewenst, dat dit geding wordt afgedaan volgens de oude wet. Die 'oude wet' omvat zowel materieelrechtelijke als procesrechtelijke voorschriften.
- b. Een verzoek als onder *a* bedoeld leidt tot een op de oude wet gebaseerde beslissing. Hetzelfde geldt, indien vóór de invoering onherroepelijk op een request openbare verkoop is beslist. Ook dan behoort de oude wet in zoverre geëerbiedigd te worden, zij het dat de veranderlijkheid van de beslissing naar de nieuwe wet beoordeeld moet worden.
- c. Partijen kunnen vóór de invoering de verdeling in onderling overleg hebben uitgesloten. Ook dan behoort de invoering die regeling niet op losse schroeven te stellen; de veranderlijkheid van die regeling kan echter naar de nieuwe wet beoordeeld worden.

220 VERZOEK OPENBARE VERKOOP.

6108 *V Een verzoek tot openbare verkoop van een gemeen goed, waarop bij de invoering nog niet is beslist, wordt afgedaan met toepassing van de materieelrechtelijke en procesrechtelijke bepalingen van de oude wet.*

Deze nodus is eigenlijk overbodig na al het bovengezegde. De relatieve frequentie van dergelijke verzoeken maakt het gewenst, de voorgestelde regeling samen te vatten.

Zie voor de verschillen tussen oude en nieuwe wet: § 217.

221 AFWIKKELING VERDELING.

6109 *V Een verdeling, die bij de invoering – al of niet na een rechterlijk bevel tot verdeling – in uitvoering is, wordt afgewikkeld met toepassing van N. 6104-6107.*

Ook deze nodus is eigenlijk overbodig, doch ter samenvatting opgenomen. Hij kan de misvatting voorkomen, dat de oude wet toepassing moet vinden, omdat de rechter vóór de invoering de verdeling bevolen heeft.

222 ZWARIGHEDENPROCEDURE.

6110 *V Een zwarighedenprocedure, waarin bij de invoering nog niet is beslist, wordt afgedaan met toepassing van de oude wet.*

6111 *V Maar: art. 678 leden 2 en 3 en art. 679 leden 2 en 3 NRv. vinden vanaf de invoering toepassing.*

Met zwarighedenprocedure wordt het rechtsgeding bedoeld, dat door de meest gerede partij wordt ingeleid na het depôt ter griffie van het procesverbaal van zwarigheden (art. 697 Rv.). Die zwarigheden zijn op de oude wet gebaseerd. Het is daarom redelijk, dat daarop ook volgens de oude wet wordt beslist: N. 6110. De oude wet omvat èn haar materieelrechtelijke èn haar procesrechtelijke voorschriften.

De in N. 6111 bedoelde uitzonderingen van processuele aard zijn verantwoord. De betreffende voorschriften stroomlijnen immers de logge procedure.

223 OVERGANG VAN HET TOEGEDEELDE.

6112 *De wet, waaronder een verdeling voltooid wordt, bepaalt de vereisten voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde (Art. 101 Ov.).*

Tot de vernieuwingen van het nieuwe recht behoort de vervanging van het declaratieve stelsel van boedelscheiding (art. 1129) door de 'levering als voor overdracht' (art. 3.7.1.14a). De deelgenoot, aan wie een goed vóór de invoering is toegescheiden, is daarvan zonder leveringsformaliteiten eigenaar geworden en blijft eigenaar. Deze gedachte ligt aan de Overgangswet ten grondslag – zie MvT p. 53 – en wordt hier uitgeschreven.

Bij een vóór de invoering gemaakt verblijvensbeding is de situatie anders. De daarin besloten toedeling is afhankelijk van een voorwaarde, bij voorbeeld overlijden van de maat. Overlijdt die maat vóór de invoering, dan is geen levering vereist; de onder de oude wet geldige toedeling blijft ook onder de nieuwe geldig. Overlijdt die maat na de invoering, dat moet art. 3.7.1.14a toegepast worden. Zie MvT p. 22-23.

Het tijdstip, waarop de verdeling voltooid wordt, levert in tweeërlei opzicht moeilijkheden op:

a. *Partiële verdeling.* In vele gevallen wordt de gemeenschap niet in haar geheel verdeeld, doch bij stukjes en beetjes. Voorbeeld: boedelscheiding na

echtscheiding, die de gehele gemeenschap omvat met uitzondering van de pensioenrechten. Overgangsrechtelijk moet iedere partiële verdeling als een zelfstandige verdeling worden aangemerkt.

- b. *Vormloze verdeling.* Indien de akte van scheiding notarieel of onderhands is opgemaakt, staat het tijdstip van voltooiing vast. Indien de verdeling echter mondeling is tot stand gebracht, kunnen ten aanzien van het tijdstip problemen rijzen. Die onzekerheid moet op de koop toe genomen worden.

224 NIETIGHEID VAN VERDELING.

6113 *V De wet, waaronder een verdeling voltooid wordt, bepaalt de (on)geldigheid van de verdeling en de daartegen in te stellen rechtsmiddelen.*

6114 *V Maar: art. 3.7.3.3a vindt toepassing in rechtsgedingen, waarin een beroep op een vernietigingsgrond van de oude wet wordt gedaan, tenzij bij de invoering reeds in hoogste feitelijke instantie is beslist.*

In verband met de (on)geldigheid van een verdeling kunnen zich de volgende situaties voordoen:

- De verdeling is bij de invoering nog *in uitvoering* en wordt dus eerst na de invoering voltooid; de nieuwe wet bepaalt de (on)geldigheid.
- De verdeling is vóór de invoering *voltooid*; de oude wet bepaalt in beginsel de (on)geldigheid, doch met de correcties van artt. 79-81 Ov. (zie § 109 vlg.).
- Bij de invoering is een *nietigheidsactie* aanhangig; daarvoor geldt hetzelfde als voor de onder de oude wet voltooide verdeling, maar er doen zich bijkomende problemen voor; zie § 225.

De vorm van de verdeling is overgangsrechtelijk niet van belang: art. 3.7.1.12 wijkt slechts in nuances af van art. 1115 en art. 1117 lid 2.

Meer problemen levert de vervanging van artt. 1158-1166 door afd. 3.7.3 op. Die problemen worden door N. 6113 voorkomen: het tijdstip van de voltooiing van de verdeling bepaalt de nietigheidsmiddelen. Dat is een eenvoudig en duidelijk criterium, dat echter als nadeel heeft, dat nog enige tijd na de invoering een verdeling op grond van de oude wet aangetast kan worden.

Of de Overgangswet ook uitgaat van dit stelsel, is niet zeker. Zie artt. 79 en 80 Ov., die betrekking hebben op rechtshandelingen in het algemeen, dus ook op verdelingen. Aldus kan een zeer billijk systeem worden opgebouwd, dat echter het nadeel van onduidelijkheid heeft.

225 ART. 3.7.3.3a. Tot de verbeteringen van de nieuwe wet behoort de rechterlijke bevoegdheid, om een vernietiging van de verdeling te voorkomen, door op vordering van een der partijen de verdeling te wijzigen. De aan toepassing van de oude wet verbonden bezwaren worden aanzienlijk vermindert, wanneer die bevoegdheid aan de rechter vanaf de invoering wordt toegekend. Dat wordt voorgesteld in N. 6114, zowel voor het geval de vernietigingsactie bij de invoering reeds aanhangig is, als in dat waarin na de invoering op een oude grond vernietiging moet worden gevorderd.

226 VERJARING EN VERVAL.

6115 *V De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering aard en duur van een lopende termijn van bevrijdende verjaring – c.q. van verval van bevoegdheid – en terugwerkend de aanvang ervan.*

Maar:

- 6116 a. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die geen oude termijn vervangt, begint bij de invoering (Art. 72 Ov.).*
- 6117 b. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die vóór de invoering begint en een onvoltooide oude termijn vervangt, eindigt op het tijdstip dat de oude termijn zou zijn geëindigd (Art. 72 Ov.).*
- 6118 *V c. een nieuwe termijn van 1 jaar of langer eindigt niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 73 Ov.).*

De bevrijdende verjaring (N. 6115-6121) staat naast de verkrijgende verjaring (N. 6034-6036). De overgangsregeling van beide rechtsinstituten houdt nauw verband met de overgangsrechtelijke termijnregeling (N. 6019-6022).

Het verband tussen bevrijdende en verkrijgende verjaring komt in het BW duidelijk tot uitdrukking in de gemeenschappelijke regeling in de 7e titel van boek 5 (artt. 1983-2031). In het NBW ontbreekt een gemeenschappelijke regeling, doch het verband bestaat wel degelijk. Het uit zich vooral in twee opzichten:

- Bevrijdende verjaring is steeds verjaring van een rechtsvordering. Is die rechtsvordering goederenrechtelijk, dan leidt verjaring van de rechtsvordering tot verkrijging van een goed. Zie art. 3.4.3.8 lid 1.
- Stuiting en verlenging zijn rechtsinstituten die voor beide soorten van verjaring gelden.

De overgangsregeling van de bevrijdende verjaring is gecompliceerder dan die van de verkrijgende verjaring. De voornaamste oorzaken zijn:

- a. De bevrijdende verjaring kent in het NBW *geen uniform aanvangstijdstip*, zo-

als de aanvang van het bezit bij de verkrijgende verjaring.

- b. De bevrijdende verjaring kent in het NBW *geen uniforme termijn*, doch genueanceerde termijnen.
- c. Naast de bevrijdende verjaring staat het *verval* van bevoegdheid.

De volgende voorbeelden dienen ter illustratie:

Aanvangstijdstip:

- nadat de vordering is ontstaan (voorbeeld: art. 3.11.12a).
- de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden (voorbeeld: art. 3.11.12).
- de dag, volgende op die waarop de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden (voorbeeld: art. 3.11.13aa lid 1).
- de dag, volgende op die waarop de overeenkomst is ontbonden (voorbeeld: art. 3.11.13aa lid 2).
- de dag, volgende op de dag van aflevering (voorbeeld: art. 8.2.7.5).

Termijn:

- 5 jaar (voorbeeld: art. 3.11.12).
- 3 jaar (voorbeeld: art. 8.2.7.13).
- 2 jaar (voorbeeld: art. 7.1.3.5).
- 1 jaar (voorbeeld: art. 8.2.7.4).
- 9 mnd. (voorbeeld: art. 8.2.7.9).

Verval naast verjaring:

- art. 3.2.17c naast art. 3.2.17.
- art. 7.1.3.5 lid 1 naast art. 7.1.3.5 lid 2.
- art. 8.2.7.12 lid 1 naast art. 8.2.7.13.

N. 6115-6118 behelzen – in afwijking van de Overgangswet – hetzelfde systeem, dat ook in N. 6019-6022 voor de overgangsrechtelijke termijnregeling wordt voorgesteld. Zie § 120-121 en de aldaar gegeven voorbeelden.

227 VERJARING VAN PAND- EN HYPOTHEEKRECHT.

6119 *Art. 3.11.20b leden 1 en 2 zijn vanaf de invoering van toepassing, v.z.v. het pand- of hypotheekrecht niet reeds eerder was tenietgegaan (Art. 121 Ov.).*

Volgens art. 3.11.20b brengt de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming mee, dat een pand- of hypotheekrecht tot zekerheid van die nakoming tenietgaat (lid 1). Het artikel is een correctief op de zwakke werking van de verjaring, doch een beperkt correctief: het geldt niet voor vuistpandrecht (lid 2).

Art. 121 Ov. laat in het midden of de verjaring in het geldend recht sterke werking heeft (in welk geval de overgangsbepaling overbodig is), dan wel zwakke werking: in laatstbedoeld geval worden moeilijkheden voorkomen.

228 VERJARING VAN UITSPRAKEN.

6120 *V Art. 3.11.20c is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de rechterlijke of arbitrale uitspraak daarvoor is geweest.*

6121 *Maar: indien de rechterlijke of arbitrale uitspraak vóór de invoering is geweest, verstrijkt de verjaringstermijn niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 122 Ov.).*

Art. 3.11.20c regelt de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van (scheids)rechterlijke uitspraken. In verband daarmee wordt op het volgende gewezen:

- Art. 3.11.20c betreft uitsluitend de *bevoegdheid tot tenuitvoerlegging*. Het heeft geen betrekking op het gezag van gewijsde, waarop ook na voltooiing van de verjaringstermijn beroep kan worden gedaan.
- Art. 3.11.20c voert een uniforme termijn van *20 jaar* in, ook indien de toegewezen vordering aan een kortere verjaringstermijn (bijvoorbeeld 5 jaar) was gebonden.
- De verjaringstermijn bedraagt echter slechts *5 jaar*, indien krachtens de uitspraak bij het jaar of kortere termijn moet worden betaald.

Art. 122 Ov. wil aan art. 3.11.20c uitgestelde toepassing van 1 jaar toekennen. Het is echter veel simpeler – en meer in overeenstemming met het uitgangspunt van de Overgangswet – art. 3.11.20c onmiddellijk toepasselijk te verklaren (N. 6120) en ongelukken te voorkomen door de verjaringstermijn te verlengen tot 1 jaar na de invoering (N. 6121).

Het doel van die verlenging is: de gerechtigde gelegenheid te bieden, door stuiting de voltooiing van de verjaringstermijn te voorkomen. Op die stuiting heeft art. 3.11.20d betrekking, waarover nader onder N. 6123 (§ 230).

229 STUITING.

6122 *Een verjaring wordt door de invoering niet gestuit, indien zich daarvoor een feit heeft voorgedaan, dat geen stuitingsgrond was volgens de oude wet, doch wel stuitingsgrond is volgens de nieuwe wet (Art. 119 Ov.).*

De stuiting – afbreken van een lopende verjaring, zodat vanaf de stuiting een geheel nieuwe verjaringstermijn begint – wordt in het NBW gehandhaafd. Er bestaat echter verschil in de stuitingsgronden:

<i>oud</i>	<i>nieuw</i>
– Stuitingsexploit (art. 2016)	– <i>Nakomingsvordering</i> : schriftelijke aanmaning (art. 3.11.17 lid 1) – <i>Andere vordering</i> : schriftelijke aanmaning, mits gevolgd door toepassing van art. 3.11.16 (art. 3.11.17 lid 2) – <i>Tenuitvoerlegging</i> : betekening enz. (art. 3.11.20d)
– Dagvaarding die tot toewijzing leidt (art. 2018)	– Eis die tot <i>toewijzing</i> leidt (art. 3.11.16) – Eis die niet tot toewijzing leidt, mits <i>tijdig gevolgd door nieuwe, succesvolle eis</i> (art. 3.11.16) – Vragen van <i>bindend advies</i> , mits met tijdige mededeling aan tegenpartij (art. 3.11.16)

In verband met het overgangsrecht moeten – naast de tenuitvoerleggingsgevallen, waarop N. 6123 betrekking heeft – de volgende gevallen worden onderscheiden. Daarbij is steeds het uitgangspunt, dat zich vóór de invoering een feit heeft voorgedaan, dat:

- Stuitingsgrond was volgens de oude wet en volgens de nieuwe wet; voorbeeld: onvrijwillig bezitsverlies stuit de verkrijgende verjaring en volgens BW (art. 2015) en volgens NBW (art. 3.4.3.4a).
- Stuitingsgrond was volgens de oude wet, maar niet volgens de nieuwe wet; voorbeeld: een exploit zonder opvolgende procedure stuit de verjaring volgens BW (art. 2016), maar niet (steeds) volgens NBW (art. 3.11.17: tenzij de vordering tot nakoming strekt, is een opvolgende procedure – binnen 6 maanden – vereist).
- Geen stuitingsgrond was volgens de oude wet, maar wel stuitingsgrond is volgens de nieuwe wet; voorbeeld: het vragen van een bindend advies; geen stuitingsgrond volgens BW, wel stuitingsgrond volgens NBW (art. 3.11.16).

De gevallen onder *a* en *b* behoeven geen overgangsregeling. In geval *a* doen zich in de praktijk geen problemen voor. In geval *b* verhindert art. 4 AB

moeilijkheden: de stuiting vóór de invoering is een voldongen feit, waardoor een nieuwe termijn is gaan lopen, die vanaf de invoering onder N. 6115-6118 valt.

In geval *c* kunnen zich wel overgangsproblemen voordoen. Art. 119 Ov. = N. 6122 heeft uitsluitend op geval *c* betrekking en lost die problemen op. Wie de verjaring wil stuiten, dient alsnog overeenkomstig de nieuwe wet te handelen.

De schuldeiser, die vóór de invoering een bindend advies heeft gevraagd, dient dus alsnog bij exploit de verjaring te stuiten. Dat geldt natuurlijk slechts, indien de verjaringstermijn nog loopt. Is de termijn bij de invoering reeds voltooid, dan kan zich geen overgangsrechtelijk probleem voordoen.

230 STUITING VAN VERJARING VAN UITSPRAKEN.

6123 *Art. 3.11.20d is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de rechterlijke of arbitrale uitspraak daarvóór is gewezen (Art. 122 Ov.).*

De bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een (scheids)rechterlijke uitspraak kan verjaren (art. 3.11.20c). Die verjaring kan worden gestuit (art. 3.11.20d). Die stuitingsregeling wordt vanaf de invoering van toepassing.

231 SCHORSING.

6124 *V De schorsing van een verjaringstermijn eindigt bij de invoering. De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de duur van de verjaringstermijn en terugwerkend de aanvang ervan.*

Maar:

6125 *V a. de nieuwe termijn wordt verlengd tot 1 jaar na de invoering, indien bij de invoering geen verlengingsgrond bestaat.*

6126 *V b. de nieuwe termijn wordt verlengd tot 6 maand na het verdwijnen van een verlengingsgrond die bij de invoering bestaat.*

6127 *V c. de nieuwe termijn wordt verlengd tot 6 maand na het verdwijnen van een verlengingsgrond, die binnen 6 maand vóór de invoering is verduwen.*

232 **OVERZICHT.** De schorsing van de verjaring – onderbreken van een lopende verjaring, zodat na beëindiging van de onderbreking het resterende

gedeelte van de termijn moet worden voltooid – is in het NBW onbekend. De functie ervan wordt overgenomen door de verlenging van de verjaring (artt. 3.11.19 en 20). Tussen de schorsingsgronden van de oude wet en de verlengingsgronden van de nieuwe wet bestaan punten van overeenstemming, maar ook verschillen:

<i>oud</i>	<i>nieuw (art. 3.11.20)</i>
– Tussen echtgenoten (art. 2025)	– Tussen <i>niet van tafel en bed gescheiden</i> echtgenoten.
– <i>Tegen</i> onbekwame (art. 2024)	– Tussen onbekwame en wettelijke vertegenwoordiger.
--	– Tussen rechthebbende en bewindvoerder.
--	– Tussen rechtspersoon en bestuurder.
– Tussen benefic. erfgenaam en nalatenschap (art. 2028)	– Tussen benefic. erfgenaam en nalatenschap.
--	– Tussen schuldeiser en malafide schuldenaar.

233 OVERGANGSPROBLEMEN. Ten tijde van de invoering kunnen zich de volgende situaties voordoen:

- a. De verjaring is geschorst als gevolg van een omstandigheid, die onder de oude wet een schorsingsgrond was en volgens de nieuwe wet een verlengingsgrond zou zijn. Voorbeeld: verjaring tussen niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten.
- b. De verjaring is geschorst als gevolg van een omstandigheid die onder de oude wet een schorsingsgrond was, maar volgens de nieuwe wet geen verlengingsgrond zou zijn. Voorbeeld: verjaring tussen echtgenoten, die 2 maand vóór de invoering van tafel en bed gescheiden zijn; schorsingsgrond volgens de oude wet, geen verlengingsgrond volgens de nieuwe wet.
- c. De verjaring is niet geschorst, maar bij de invoering bestaat een verlengingsgrond volgens de nieuwe wet. Voorbeeld: een schuldeiser van de BV 't Schamel Dak is 2 maand vóór de invoering tot haar directeur benoemd.

In geval *a* kan de schorsing vanaf de invoering vervallen. Krachtens art. 3.11.19 wordt de verjaringstermijn (van de nieuwe wet) verlengd 'totdat 6 maanden na het verdwijnen van die grond zijn verstreken'.

In geval *b* kunnen zich overgangsproblemen voordoen. Indien de schorsing eindigt, wordt de loop van de resterende termijn hervat. Die termijn is die van de nieuwe wet en de algemene termijnverkorting van het NBW kan meebrengen, dat die termijn reeds voltooid blijkt te zijn. Dat gevolg moet worden voorkomen.

In geval *c* doen zich eveneens overgangsproblemen voor.

234 OPLOSSING. De Overgangswet wil in art. 120 de problemen oplossen door de schorsing van de verjaring nog 1 jaar te handhaven, dus door uitgestelde toepassing van artt. 3.11.19 en 20. Dat lost alle 3 problemen inderdaad op, maar past slecht bij de onmiddellijke toepassing, die het algemene uitgangspunt van de Overgangswet is. Belangrijker is, dat op de verlenging van de verjaring gedurende het eerste jaar na de invoering twee verschillende regimes van toepassing zijn: enerzijds de oude schorsingsregeling (in de in § 233 onder *a* en *b* bedoelde gevallen), anderzijds de nieuwe verlengingsregeling (in het aldaar onder *c* bedoelde geval, alsmede in die gevallen, waarin de verlengingsgrond eerst na de invoering opkomt).

Het komt veel eenvoudiger voor dit dualisme te vermijden door de in N. 6124-6127 voorgestelde regeling:

- De schorsing eindigt bij en door de invoering. Zij vervalt niet terugwerkend en behoudt dus alle gevolgen die zij tot aan de invoering had.
- De duur van de verjaringstermijn wordt vanaf de invoering door de nieuwe wet bepaald. Dat is in overeenstemming met N. 6019 (§ 119-120).
- De nieuwe termijn wordt verlengd, namelijk tot 1 jaar na de invoering (in het geval, genoemd in § 233 onder *b*), c.q. tot 6 maanden na het verdwijnen van de verlengingsgrond (in de gevallen, genoemd in § 233 onder *a* en *c*). Dit laatste sluit aan bij art. 3.11.19.
- Gedurende die 6 maand, c.q. dit jaar kan de schuldeiser maatregelen nemen om voltooiing van de verjaringstermijn te voorkomen. Welke die maatregelen zijn, hangt af van de aard van de termijn (stuiting van een verjaringstermijn, uitoefenen van de bevoegdheid in geval van een vervaltermijn).

In § 233 is één overgangsprobleem buiten beschouwing gelaten: wat geldt, indien bij de invoering de verjaring niet is geschorst en zich evenmin een verlengingsgrond voordoet, doch vóór de invoering een verlengingsgrond heeft bestaan, die echter binnen 6 maanden vóór de invoering is verdwenen? Voorbeeld: het huwelijk is 2 maand vóór de invoering door echtscheiding ontbonden.

Indien die huwelijksontbinding na de invoering had plaatsgevonden, zou

de verjaringstermijn verlengd worden tot 6 maand na die ontbinding (art. 3.11.19). Art. 120 Ov. bestrijkt dit geval niet, N. 6127 wel.

235 VOLMACHT

6128 *V Indien iemand vóór de invoering, zonder daartoe bevoegd te zijn, als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, kan laatstgenoemde de rechtshandeling bekrachtigen. Art. 3.3.8 is vanaf de invoering van toepassing.*

6129 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien de wederpartij vóór de invoering te kennen heeft gegeven, dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt.*

Zie § 18 voor het verband met N. 1013 en 1014.

HOOFDSTUK 7

236 DE PROCESSUELE COMPLICATIE. De invoering van een nieuwe wet doet drie vragen rijzen ten aanzien van haar toepassing in rechtsgedingen:

- Worden de nieuwe *materieelrechtelijke* bepalingen toegepast in ten tijde van de invoering AANHANGIGE gedingen? Zie § 237.
- Worden de nieuwe voorschriften van *procesrechtelijke* aard toegepast in vanaf de invoering AAN TE LEGGEN gedingen? Zie § 238-239.
- Worden de nieuwe voorschriften van *procesrechtelijke* aard toegepast in ten tijde van de invoering AANHANGIGE gedingen? Zie § 240-243.

De indruk bestaat dat deze verschillende vragen in de overgangsrechtelijke discussie niet steeds worden onderscheiden. De verwarring ten aanzien van het procesrechtelijke overgangsrecht is voor een goed deel daaraan te wijten.

De Overgangswet bevat één artikel, luidende als volgt:

Artikel 74. 1. Gedingen waarin de inleidende dagvaarding is betekend dan wel het inleidende verzoekschrift is ingediend voor het tijdstip van in werking treden van de wet, worden geheel afgedaan met toepassing van de voorschriften van procesrechtelijke aard die voor dat tijdstip golden. Het in de vorige zin bepaalde geldt ook voor de afdoening van een eis of verzoek, in het geding bij wege van reconventie gedaan, ook indien dat na het in werking treden van de wet is geschied.

2. In gedingen als bedoeld in het vorige lid bepaalt de rechter op verzoek van een der partijen of ambtshalve een termijn waarbinnen partijen de gelegenheid wordt geboden hun stellingen en conclusies voor zover nodig aan te passen aan de wet of aan deze of een der volgende titels.

3. In een geding ter zake van een cassatieberoep tegen een, vóór het in werking treden van de wet tot stand gekomen, uitspraak blijft het voordien geldende recht van toepassing. Dit geldt mede voor zover de zaak opnieuw moet worden behandeld als gevolg van cassatie op een andere grond dan dat de rechter ten onrechte zijn bevoegdheid heeft aangenomen.

237 TOEPASSING VAN NIEUW MATERIEEL RECHT IN AANHANGIGE GEDINGEN. Het uitgangspunt van de Overgangswet is: onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet – dwz. in de eerste plaats van haar materieelrechtelijke voorschriften – vanaf de invoering. Dat gevolg geldt buiten proces, maar ook in procedures. Aanhangige procedures worden door de Overgangswet niet aan de onmiddellijke toepassing van het nieuwe materiële recht onttrokken; ook daarin is dus het nieuwe materiële recht van toe-

passing. Art. 74 lid 2 Ov. bevestigt dit; die bevestiging is nuttig ter voorkoming van misverstand, maar eigenlijk overbodig.

Die onmiddellijke toepassing strekt echter niet verder dan de Overgangswet bepaalt. In vele bepalingen van de Overgangswet wordt het oude recht geëerbiedigd, zoals bij voorbeeld ten aanzien van wanpraestatie (art. 182 Ov.). Dat geldt eveneens niet slechts buiten, doch ook in proces. Het gevolg is, dat slechts bij uitzondering het nieuwe materiële recht in aanhangige gedingen toepassing zal moeten vinden. Aanhangige procedures zullen vrijwel steeds rechtsbetrekkingen betreffen, die volgens de Overgangswet door de oude materiële wet worden beheerst. Voor de uitzonderingsgevallen, waarin de rechtsbetrekking van de invoering af door de nieuwe materiële wet wordt bepaald, zijn speciale aanpassingsmaatregelen noodzakelijk. Zie daarvoor hieronder § 242.

De nieuwe materiële wet is dus in aanhangige gedingen onmiddellijk toepasselijk, tenzij uit de Overgangswet volgt, dat de rechtsbetrekking in geschil beheerst wordt door de oude materiële wet.

Voorbeelden:

- Bij de invoering is een geding aanhangig tot vernietiging van een overeenkomst wegens dwaling; krachtens art. 80 Ov. blijft de oude wet van toepassing, indien vóór het verstrijken van 1 jaar na de invoering – dus a fortiori vóór de invoering – op de vernietigbaarheid beroep is gedaan; dat geldt ook in het aanhangige geding.
- Bij de invoering is een geding aanhangig tot ‘vernietiging’ van een vruchtgebruik wegens ernstige tekortkomingen van de vruchtgebruiker; krachtens art. 106 Ov. is art. 3.8.19 onmiddellijk toepasselijk; de vordering tot ‘vernietiging’ – onbekend in het NBW – kan dus niet meer worden toegewezen, maar moet worden aangepast aan het nieuwe recht.

238 TOEPASSING VAN NIEUW PROCESRECHT IN NIEUWE GEDINGEN. Het uitgangspunt van de Overgangswet – onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet – betreft niet slechts haar materieelrechtelijke voorschriften, doch ook haar voorschriften van procesrechtelijke aard. Het nieuwe procesrecht wordt in alle vanaf de invoering aan te leggen gedingen toegepast. Art. 74 lid 1 Ov. zondert van de onmiddellijke toepassing van het nieuwe procesrecht immers slechts aanhangige gedingen uit.

Dat is eigenlijk een merkwaardig stelsel. Het procesrecht heeft immers geen ander doel dan het materiële recht te verwezenlijken. Procesrechtelijke voorschriften plegen dan ook – behoren althans – afgestemd te zijn op hun bijbehorende mate-

riecrechtelijke bepalingen. Het zou daarom veel meer voor de hand liggen, het procesrecht te laten afhangen van het toepasselijke materiële recht (oude materiële wet – oude procesrecht; nieuwe materiële wet – nieuw procesrecht). Dat stelsel is verdedigd door Hellwig, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts I* (1903), p. 30. Het heeft echter geen navolging gevonden, althans niet in Duitsland. Zie Stein-Jonas-Pohle, *Kommentar zur ZPO III* (1975), aant. II, 2 bij § 1 EGZPO.

Het stelsel van art. 74 Ov. brengt mee, dat het toepasselijke procesrecht niet afhankelijk is van het toepasselijke materiële recht. Wil men het door art. 74 Ov. voorgestelde systeem handhaven, dan moet men zich deze consequentie goed realiseren. Of het gewenst is dit systeem te handhaven, is een andere vraag. Zie § 244.

239 Tegen de onmiddellijke toepassing van het nieuwe procesrecht in nieuwe gedingen kan natuurlijk geen enkel bezwaar bestaan, voor zover de nieuwe procesrechtelijke voorschriften technische verbeteringen behelzen, los staande van het materiële recht. Het NBW omvat vele van dergelijke technische verbeteringen. Zie bijvoorbeeld de volgende NRv.-artikelen.

- art. 12a : oproeping van derden als partij
- art. 14 : horae et dies nefasti
- art. 30, sub 9 : wraking van rechter
- artt. 52-54 : uitvoerbaarverklaring bij voorraad
- artt. 56-57b : proceskosten en buitengerechtelijke kosten
- art. 82 : fictieve tenuitvoerlegging van verstekvonnis
- art. 99 : gemachtigde in kantongerechtsprocedure
- art. 152 : proceskostenveroordeling
- art. 612-615b : schadestaatprocedure
- art. 616 : zekerheidstelling
- art. 794-797f : gerechtelijke bewaring.

240 **TOEPASSING VAN OUD PROCESRECHT IN AANHANGIGE GEDINGEN.** Art. 74 lid 1 Ov. handhaaft in aanhangige gedingen het oude procesrecht, dwz. de ‘voorschriften van procesrechtelijke aard’ die bij de rechtsingang golden. Dat voorschrift is in overeenstemming met de NBW-traditie – zie artt. 27 en 66 Ov. ten aanzien van boek 1, c.q. boek 2 NBW – en eenvoudig te hanteren.

De vraag of nieuw procesrecht ook in aanhangige gedingen onmiddellijk toepassing behoort te vinden, behoort tot de *terra incognita* van het Overgangsrecht. De algemene hand- en leerboeken over procesrecht bekommeren zich er niet om (geen enkel der Nederlandse handboeken) of slechts nauwelijks (Duitsland: Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 13 dr., p. 27; A. Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, 1963, p. 10; Baumbach-Lauterbach, *Zivilprozessordnung*, Inleiding III, 9; Frankrijk: Vincent-Guinchard, *Procédure Civile* (Précis Dalloz), 1981, par. 8).

Monografieën zijn uitzondering. Nederland: W. Snijders, *Overgangsrecht voor lopende procedures*, Haardtbundel, 1983, p. 113-124; Duitsland: K. Sieg, *Das Problem der Gesetzesrückwirkung bei verfahrensrechtlichen Normen*, *Süddeutsche Juristen-Zeitschrift* 1950, p. 878-886; K. Sieg, *Die Einwirkung von Änderungen zivilprozessualer Normen auf schwebende Verfahren*, *Zeitschrift für Zivil-Prozess* 1952, p. 249-266; Zwitserland: S. Schoch, *Das intertemporale Prozessrecht*, 1959; Frankrijk: Roubier, p. 542-568; België: A. Duquesne, *La solution des conflits de lois dans le temps et le droit transitoire dans le Code judiciaire*, *Journal des Tribunaux*, 1969, no. 4641; G. Closset-Marchal, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, 1983.

Veel belangstelling voor het processuele overgangsrecht heeft in Duitsland omstreeks de invoering van de ZPO bestaan. De Duitse – c.q. Duits-talige – dogmatiek heeft in verband daarmee hele systemen opgebouwd. Kort samengevat kan men onderscheiden:

- De *eenheidstheorie*. Het rechtsgeding wordt als een eenheid beschouwd. Het bij de rechtsingang geldende procesrecht wordt onveranderd toegepast, ook in geval van wijziging. De rechtsingang leidt dus tot Versteinerung van het procesrecht. De grote voorvechter was Menger, *System des Österreichischen Zivilprozessrechts I*, p. 194-196.
- De *proceshandelingstheorie*. Het geding wordt beschouwd als een opeenvolging van proceshandelingen, die ieder afzonderlijk beoordeeld worden naar de processuele wet, geldende ten tijde van het verrichten ervan. Deze theorie is vooral voorgestaan door Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, 1932, p. 21.
- De *procesfasentheorie*. Het geding wordt in fasen verdeeld en iedere fase blijft beheerst door het procesrecht, dat bij haar aanvang toepasselijk was. De onmogelijkheid, de procesfasen behoorlijk van elkaar af te bakenen, maakt deze theorie in feite onhanteerbaar.

Het verschil tussen de eenheids- en de proceshandelingstheorie is minder groot dan het lijkt. Ook de proceshandelingstheorie atomiseert het geding niet, doch erkent, dat een geldig verrichte – doch volgens de nieuwe proceswet eigenlijk ongeldige – proceshandeling gehandhaafd wordt. Slechts ten aanzien van de 'Prozessvoraussetzungen' (ontvankelijkheidsvereisten) verschillen beide theorieën radicaal. Art. 74 lid 1 Ov. is dus een duidelijk voorbeeld van de eenheidstheorie, al was zich de Overgangswetgever wellicht niet bewust van al deze dogmatische achtergronden.

Tegenover de duidelijke voordelen van het aan art. 74 lid 1 Ov. ten grondslag liggende systeem staan echter ook nadelen:

- a. Het is in strijd met de onmiddellijke toepassing, die de Overgangswet aan de nieuwe wet wenst te zien toegekend; een status aparte voor het procesrecht in lopende gedingen doorbreekt het stelsel van de Overgangswet. Niet ontkend kan worden, dat de toepassing van nieuw procesrecht in aanhangige gedingen tot ontsporingen kan leiden – en, zoals in § 241 zal blijken, in het verleden heeft geleid –, doch dergelijke ongelukken behoort de overgangswetgever te voorkomen; dat kan op betrekkelijk eenvoudige wijze worden bereikt.
- b. Het belang van een goede rechtsbedeling bij invoering van het NBW-vermogensrecht vereist, dat het nieuwe procesrecht – dat in vele gevallen slechts een modernisering van hopeloos verouderde voorschriften is – dadelijk ter beschikking van partijen en de rechter staat.
- c. Het Nederlandse rechtsleven moet de invoeringsmisère zo spoedig mogelijk kunnen afsluiten en niet jaren lang met tweeërlei procesrecht blijven modderen. Waartoe dient het, dat in het ene rechtsgeding de uitvoerbaarverklaring bij voorraad slechts binnen het keurslijf van artt. 52-55 Rv. kan plaats vinden, terwijl in het andere proces artt. 52-54 NRv. toepasselijk zijn? Die ongerijmdheid kan geen advocaat aan zijn cliënten ‘verkopen’.
- d. Hoe moet worden uitgemaakt of een bepaald voorschrift procesrechtelijk, dan wel materieelrechtelijk van aard is? Daarvan hangt immers af of het voorschrift in nieuwe gedingen al dan niet toegepast moet worden.

Art. 680 lid 2 NRv. kent aan iedere gedaagde in een verdelingsgeding het recht toe, rechterlijk vaststelling van de verdeling te vorderen (zie § 204). Is dat geen voorschrift van materieelrechtelijke aard, dat in art. 680 lid 3 NRv. zijn processuele uitwerking vindt? Tot welke categorie moeten bepalingen gerekend worden als: art. 3.1.2.9 (procedure tot eigendomsuitwijzing), art. 3.7.1.2 lid 3 (verzoekschriftprocedure bij kantonrechter tot wijziging van een beheersregeling tussen deelgenoten), artt. 5.6.8-8ba (vordering bij Rechtbank tot wijziging van een erfdienstbaarheid), artt. 6.5.2 A. 6 en 7 (declaratoire vordering bij Hof Den Haag betreffende bedingen in algemene voorwaarden)? De praktijk heeft er recht op, dat haar procedures over dergelijke boeiende voorvragen bespaard blijven.

De vraag naar het procesrechtelijke karakter van nieuwe wetsvoorschriften komt in het algemeen in de overgangsrechtelijke discussie aan de orde naar aanleiding van het gezag van gewijsde en van het bewijsrecht. De overgangsrechtelijke problemen in verband met het *gezag van gewijsde* zijn – zowel extern als intern rechtsvergelijkend – onderzocht door W. Habscheid, *Urteilswirkungen und Gesetzesänderungen* (Zeitschrift für Zivilprozess 1965, p. 401-461). Het *bewijsrecht* werd door

Hijmans van den Bergh (diss., p. 376), evenals het gehele procesrecht, als accessoir van de ‘materiële rechtsverhouding’ besproken. Daar beide rechtsgebieden buiten de invoeringsoperatie van het nieuwe vermogensrecht vallen – zij maken onderdeel uit van w.o. 10 377, het nieuwe bewijsrecht –, wordt met deze verwijzingen volstaan.

Kortom: de onmiddellijke toepassing, ook van het nieuwe procesrecht, in aanhangige gedingen verdient ernstig overweging wegens de daaraan verbonden voordelen. De voormelde bezwaren worden voorkomen, wanneer het nieuwe procesrecht in lopende procedures wordt toegepast. Dat vereist echter drieërlei voorzieningen ter voorkoming van processuele ongelukken:

- in verband met de *procesgrondslagen*: zie § 241.
- in verband met de *aanpassing* van de stellingen van partijen: zie § 242.
- in verband met de *cassatie*-phase: zie § 243.

241 PROCESGRONDSLAGEN. De toepassing van nieuw procesrecht in lopende gedingen is in die gevallen onaanvaardbaar, waarin het nieuwe recht aan het lopende geding als het ware de grondslag ontnemt. De eiser, die gedagvaard heeft voor de destijds bevoegde rechter, mag niet met een onbevoegdverklaring worden heengezonden, omdat de nieuwe proceswet inmiddels een andere rechter bevoegd verklaart. De toepassing van de nieuwe proceswet in lopende gedingen vereist, dat dergelijke ontsporingen worden voorkomen.

De handhaving van het oude procesrecht in lopende gedingen berust op deze juiste gedachte. In dit opzicht hebben zich in het verleden ongelukken voorgedaan, juist ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid. Die ongelukken worden zelfs – hoe is het mogelijk – door Roubier, p. 555, verdedigd:

‘C’est en vain qu’on invoque contre ce système les rigueurs qui vont résulter, dans la pratique, de ce que la procédure tout entière devra être recommencée, alors qu’elle aura été poussée peut-être déjà fort loin; ces retards et ces frais ne peuvent être un argument contre le changement de juge imposé par la loi nouvelle; car il faut bien admettre que, s’il est une chose importante dans la procédure c’est la désignation du juge, et on ne peut continuer à poursuivre une instance devant une juridiction que le législateur a désormais condamnée.’

15 jaar vóór het jaar 2000 lijkt een dergelijk argument verbijsterend.

De procesgrondslagen, welke bij de aanvang van het geding aanwezig moeten zijn – maar, als zij aanwezig waren, voor de gehele procesduur gehandhaafd blijven, alle wetswijzigingen ten spijt-, betreffen:

- a. de *rechterlijke bevoegdheid* in ruime zin, daaronder begrepen internationale rechtsmacht, rechtsmacht ten opzichte van andere organen van de Staat (rechtsmacht in de zin van art. 2 RO), absolute bevoegdheid en relatieve bevoegdheid. Het NBW heeft een uitgesproken voorkeur voor de Kantonrechter (voorbeeld: art. 3.8.8) of President (voorbeeld: art. 3.9.4.19) als bevoegde rechter. Een voorziening ter handhaving van de 'oude' competentie in lopende gedingen is daarom noodzakelijk.

Zie voor Nederlandse jurisprudentie t.a.v. de bevoegdheid: kaartenboekje Overgangsrecht p. 112.

Voorzieningen in de voorgestelde geest zijn ook getroffen bij de invoering van:

- het (Belgisch) Gerechtelijk Wetboek; zie de Overgangsmaatregelen.
- De (Franse) Nouveau Code de procédure civile; zie de Décrets 75-1123 en 79-941 (Code Dalloz, 1982, p. 368 en 374).

Zie ook § 261 (Duitse) ZPO, dat naar heersende opvatting als een uitzondering op de proceshandlingstheorie wordt beschouwd (Stein-Jonas-Pohle, Zivilprozessordnung III, 1975, aant. II, 1 bij § 1 EGZPO; daar wordt verwezen naar het oude nummer – 263 – van de ZPO-paragraaf).

- b. de *rechtsingang*. Het NBW handhaaft de dualistische rechtsgang in het Nederlandse procesrecht en onderscheidt zorgvuldig tussen 'vorderen' (dagvaardingsprocedure) en 'verzoeken' (verzoekschriftprocedure). Daarbij bestaat een duidelijke voorkeur voor vervanging van de dagvaardingsprocedure door de verzoekschriftprocedure. Ook in dit opzicht is een voorziening noodzakelijk, om te voorkomen dat de aanlegger, die krachtens de oude wet gedagvaard heeft, niet ontvankelijk wordt verklaard, omdat inmiddels de verzoekschriftrechter bevoegd verklaard is.

Het Nederlandse recht laat de aard – vonnis of beschikking – van de rechterlijke uitspraak van de rechtsingang afhangen. Het is daarom gewenst, ook in dit opzicht orde op zaken te stellen.

- c. de *rechtsmiddelen*. Indien een uitspraak vóór de invoering vatbaar was voor een gewoon rechtsmiddel, doch dit rechtsmiddel door de nieuwe wet wordt uitgesloten, kunnen zich problemen voordoen, zowel indien het rechtsmiddel reeds is ingesteld als in het geval dat de rechtsmiddeltermijn nog loopt. In het NBW komen dergelijke uitsluitingsbepalingen herhaaldelijk voor (voorbeeld: art. 3.9.4.16). Ook te dien aanzien is handhaving van het oude procesrecht in lopende gedingen de meest eenvoudige oplossing.

Tot deze categorie van mogelijke problemen behoort ook, dat de appellabiliteitsgrens gewijzigd wordt. Voorbeeld: art. 38 RO: de kantonrechter nam kennis van burgerlijke zaken indien de vordering niet meer beloopt dan f 3.000; hoger beroep

was slechts mogelijk indien de vordering meer dan f 1.500 beloopt. Indien het laatstgenoemde bedrag verhoogd wordt – zoals bij de wet van 20 april 1983 (S. 182) laatstelijk is geschied; verhoging van f 1.500 tot f 2.500 –, kunnen zich problemen voordoen. Vóór de invoering is een vordering tot f 2.000 toegewezen; de nieuwe wet wordt binnen 3 maanden na de uitspraak ingevoerd; wordt het – te voren appellabele – vonnis door die wetswijziging niet appellabel?

De Nederlandse wetgever pleegt dit probleem te voorkomen door een uitdrukkelijke overgangsbepaling, die bij de opeenvolgende wijzigingen van art. 38 een opmerkelijke uniformiteit heeft vertoond: de bepalingen van de nieuwe wet zijn niet van toepassing op zaken, welke zijn aangevangen vóór de dag van invoering, ook als in die zaken na die dag hoger beroep wordt ingesteld.

Ontbreekt een uitdrukkelijke overgangsbepaling, dan moet op een ‘ungeschriebene Kollisionsnorm’ (uitdrukking van Sieg, *Süddeutsche Juristen-Zeitschrift* 1950, 878) terug worden gevallen en dan blijkt Leiden in last te zijn. Sieg (t.a.p., p. 884-885) geeft een overzicht van de voor dat geval verdedigde meningen; zie evenzo Schoch, *Das intertemporale Prozessrecht*, p. 52-58.

Ook het omgekeerde kan zich voordoen (en heeft zich voorgedaan): verlaging van de appellabiliteitsgrens. Vóór de Duitse na-oorlogse geldzuivering was rechtsgeldig cassatieberoep ingesteld; vervolgens werd de geldzuivering ingevoerd en de vordering tot 10% gedeprecieerd, zodat zij beneden de cassatiegrens viel; was het cassatieberoep ontvankelijk? Ja: OGH (Oberster Gerichtshof für die Britische Zone) in OGHZ 1, p. 149 vlg.

- d. Onder de rechtsmiddelen moeten ook worden begrepen de *formaliteiten* voor het aanwenden ervan (appeldagvaarding, appelrequest, eventueel griffie-aantekening). Handhaving van de oude proceswet voorkomt verwarring. Ten aanzien van de rechtsmiddeltermijnen zou een bevredigende regeling geboden worden door art. 72 Ov. (N. 6021). Het komt echter eenvoudiger voor, de termijnen van de oude wet te handhaven. Dat bespaart partijen en de rechter de omweg via art. 72 Ov.

Het voorgestelde systeem – handhaving van de oude proceswet ten aanzien van de procesgrondslagen – behelst precies het tegendeel van het Duitse systeem met betrekking tot de ‘Prozessvoraussetzungen’. Zie daarover K. Sieg, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1952, p. 265. Dit onbevredigende Duitse systeem wordt door de rechtspraak gehandhaafd op zuiver dogmatische gronden, ondanks de daartegen in de literatuur ingebrachte redelijkheidsargumenten.

De handhaving van de oude proceswet ten aanzien van de procesgrondslagen in lopende gedingen berust op de bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen van de procespartijen. De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet is niet aanvaardbaar, wanneer zij een gerechtvaardigd vertrouwen zou schenden. Dat geldt ook voor de nieuwe proceswet. Met de leer van de ‘ver-

kregen rechten' – waarover de Duitse procesrechtsdogmatiek nog steeds blijkt te twisten – heeft de vertrouwensbescherming slechts in zo verre te maken, dat ook de 'verkregen rechten' uiteindelijk op die vertrouwensbescherming berusten (de 'kern van waarheid', welke – zie Hijmans van den Bergh, praeadvies p. 22 – de leer van de verkregen rechten 'ergens' bevatte).

242 AANPASSING. De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet in lopende gedingen heeft nog een ander aspect, dat èn het materiële èn het procesrecht raakt: het processuele debat is – ten minste gedeeltelijk – op basis van de oude wet gevoerd. Dat brengt het gevaar mee, dat de beslissing niet (volledig) aansluit bij de stellingen van partijen, of – bezien vanuit de rechter – dat niet alle voor de beslissing vereiste gegevens in de processtukken zijn te vinden. Dat geldt vooral, wanneer de nieuwe – materiële en formele – wet in de appelinstantie wordt ingevoerd.

Voorbeeld: het hierboven in § 238 vermelde geval van een vordering tot 'vernietiging' van een vruchtgebruik wegens ernstige tekortkomingen van de vruchtgebruiker; de eiser zal na de invoering zijn eis tot 'vernietiging' moeten wijzigen in een vordering, die voldoet aan art. 3.8.19.

Op deze noodzaak tot aanpassing is te recht gewezen door Snijders (Haardt-bundel 1983, p. 113-114). Hij beperkt die noodzaak echter ten onrechte tot aanpassing van materieelrechtelijke stellingen en voert zijn gedachte niet consequent door. Die aanpassing moet worden toegestaan èn aan de eiser (zowel in procedures op tegenspraak, als in de verstekprocedure) èn aan de gedaagde (door het aanvoeren van nieuwe verweren ten gronde of van nieuwe exceptieve verweren). Ook de artt. 134, 141 en 348 Rv. moeten in de overgangsrechtelijke regeling worden betrokken.

Voorbeelden:

- Dagvaarding geruime tijd vóór de invoering (bij voorbeeld om voltooiing van een verjarings- of vervalt termijn te voorkomen); gedaagde stelt zich niet, omdat onderhandelingen beginnen (bij voorbeeld over aanrijdingsschade); na de invoering van de nieuwe wet blijken de onderhandelingen te mislukken; de eiser kan alsdan een zeer legitiem belang bij aanpassing van de eis aan het nieuwe recht hebben; die aanpassing wordt echter door art. 134 lid 3 Rv. belet.
- In een vóór de invoering begonnen geding wenst de gedaagde, na de invoering, een nieuw verweer (bij voorbeeld het 'paardensprongverweer' van art. 6.5.3.8a) aan te voeren; die mogelijkheid mag niet worden belemmerd door artt. 141 of 348 Rv.

Het is duidelijk, dat die aanpassing tot processuele vertraging en rompslomp leidt. Die bezwaren worden echter nauwelijks vergroot, wanneer ook het procesrecht in die aanpassing wordt betrokken; in tegendeel: debatten over de vraag of een bepaalde stelling (verweer) materieelrechtelijk, dan wel procesrechtelijk van aard is, worden voorkomen. Dat de invoering van het NBW handen vol tijd, geld en inspanning vergt, is niets nieuws.

De procespartijen – dus hun advocaten – kunnen vertragingen en verwikkelingen voorkomen, doch slechts tot op zekere hoogte. Zij kunnen hun vorderingen alternatief formuleren, naar oud, c.q. nieuw recht. De beperking van deze onechte anticipatie ligt hierin, dat de definitieve tekst van de in te voeren nieuwe bepalingen nog steeds niet bekend is. Hoe eerder de wetgever zijn taak verricht, des te eerder kunnen de advocaten hun processtukken aanpassen. Wie thans een geding begint, waarin met hoger beroep rekening moet worden gehouden, mag zich bij de lange duur van de appelinstantie zo zachtjes aan op dit aspect bezinnen.

243 CASSATIE-PHASE. De invoering van de nieuwe – materieelrechtelijke of procesrechtelijke – wet kan plaats vinden, nadat de feitelijke instantie is geëindigd. In dat geval brengt de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet mee, dat in de feitelijke instanties de oude wet toepassing heeft gevonden, maar dat de cassatie op basis van de nieuwe wet gevoerd moet worden. Dat is frustrerend voor partijen – de kans op vernietiging van het aangevalen arrest is groot, zonder dat zij de mogelijkheid hebben dit te voorkomen – en brengt de cassatierechter in een onmogelijke positie: de voor toepassing van de nieuwe wet vereiste feiten zijn in de uitspraak a quo niet te vinden. Het lijkt daarom aangewezen, de nieuwe – materieelrechtelijke of procesrechtelijke – wet in de cassatie-instantie buiten toepassing te laten.

In dit opzicht bestaat verschil tussen de appel- en de cassatie-instantie: een wetswijziging hangende de appel-instantie vindt onmiddellijke toepassing, een dergelijke wijziging hangende de cassatie-instantie niet. Dit verschil hangt hiermee samen, dat in de appel-instantie de feitelijke grondslag wel, in de cassatie-instantie daarentegen niet gewijzigd kan worden.

Merkwaardigerwijze speelt de cassatie-correctie geen rol in het Franse recht. Daarentegen bestaat daarvoor wel belangstelling in het Duitse recht. Sieg (*Süddeutsche Juristen-Zeitschrift* 1950, p. 886) maakt melding van een 'Grundsatz', die de Duitse doctrine uit de rechtspraak van het Reichsgericht afgeleid heeft: 'dass das Revisionsgericht nur die richtige Anwendung des zur Zeit des Berufungsurteils geltenden Rechtes nachzuprüfen habe', welk principe hij critiqueert. In België is, bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek aan het cassatieprobleem geen aandacht besteed (voor zover valt na te gaan).

Een wetswijziging tijdens de cassatie-instantie behoort daarom buiten toepassing te blijven: in de cassatie-instantie wordt de oude wet geëerbiedigd. Daarmee kan echter niet worden volstaan. Wil men de ongewenste consequenties, verbonden aan toepassing van de nieuwe wet in de cassatie-instantie voorkomen, dan moet de correctie worden uitgebreid tot:

- a. de hoogste feitelijke instantie, indien het appel-geding bij de invoering in staat van wijzen – zie art. 255 Rv. – verkeert.
- b. de cassatietermijn, indien de invoering hangende die termijn plaatsvindt.
- c. de vervolginstanties, indien de zaak vóór of na de invoering krachtens uitspraak van de cassatierechter verder moet worden afgedaan.

Op deze wijze verkrijgt men een sluitend systeem: de oude – materieelrechtelijke of procesrechtelijke – wet wordt in de cassatie-instantie, daaronder begrepen de onder *a-c* genoemde bijzondere gevallen, geëerbiedigd.

Ook art. 74 lid 3 Ov. gaat van dit stelsel uit, althans voor de materieelrechtelijke voorschriften van de nieuwe wet. De onder *a* en *b* bedoelde uitbreidingen komen echter – indien zij bedoeld zijn – niet goed uit de verf. Wel is aandacht besteed aan de uitbreiding sub *c*, zelfs op een zeer specieuze wijze: indien gecasseerd en verwezen wordt, omdat de rechter a quo zich ten onrechte bevoegd heeft geacht, geldt de nieuwe wet wel. Dat is een juiste correctie, maar aan die mogelijkheid denkt men niet dadelijk.

244 LOPENDE EN NIEUWE GEDINGEN. Bij de bepaling, welke voorschriften van de nieuwe wet in lopende gedingen toepassing moeten vinden, zijn blijkens het vorenstaande een aantal aspecten van belang. Die aspecten kunnen eveneens dienst doen om te bepalen, welke voorschriften van de nieuwe wet in nieuwe gedingen toegepast moeten worden.

- (1) De ten tijde van de rechtsingang geldende voorschriften ten aanzien van de *procesgrondslagen* blijven tot in laatste instantie – totdat het geding definitief is afgelopen, eventueel na verwijzing door de cassatierechter – ongewijzigd. In lopende gedingen houdt dit in: eerbiediging van de oude wet, in nieuwe gedingen: onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet. Onverschillig is of de betreffende voorschriften materieelrechtelijk, dan wel procesrechtelijk van aard zijn.
- (2) In de *cassatie-phase* – op te vatten in de daaraan in § 243 toegekende ruime zin – blijft steeds het materiële recht en het procesrecht van toepassing, dat in hoogste feitelijke instantie toegepast had moeten worden.
- (3) De Overgangswet bepaalt voor het overige of de *rechtsbetrekking in geschil* door de oude, dan wel door de nieuwe wet wordt beheerst. De aldus bepaalde wet vindt toepassing, dwz. zowel haar materieelrechtelijke, als

haar procesrechtelijke voorschriften. In aanhangige gedingen zal dit criterium slechts zelden tot toepassing van de nieuwe wet leiden; om dezelfde reden zal de eerste tijd na de invoering ook in nieuwe gedingen de nieuwe wet betrekkelijk zelden toepassing moeten vinden.

- (4) In sommige gevallen moet de Overgangswet speciale voorzieningen voor *bijzondere procedures* vaststellen, zoals voor verzoeken tot een bevel openbare verkoop (zie § 220), zwaarighedenprocedures (zie § 222), verklaringsprocedures bij derdenbeslag (§ 253), renvooioprocedures in faillissement (§ 275). Die voorzieningen betreffen uitsluitend lopende gedingen, geen nieuwe gedingen. Zij houden eerbiediging in van de – materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de – oude wet.
- (5) Zuiver *technische verbeteringen* van procesrechtelijke voorschriften vinden onmiddellijke toepassing, zowel in lopende als in nieuwe gedingen. De organische eenheid tussen materieel recht en procesrecht brengt niet mee, dat die verbeteringen afhankelijk zouden moeten zijn van het toepasselijke materiële recht.
- (6) Voor zover in lopende gedingen in enige instantie de materieelrechtelijke of procesrechtelijke voorschriften van de nieuwe wet toepasselijk worden, behoort aan partijen gelegenheid te worden geboden tot *aanpassing* van hun stellingen. Dat geldt uiteraard slechts in lopende gedingen, niet in nieuwe gedingen.

Wat is de winst van dit stelsel, dat zo veel ingewikkelder is dan dat van art. 74 Ov.?

In de eerste plaats in de duidelijkheid van het uitgangspunt: de nieuwe wet is van toepassing, dwz. haar materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften, voor zover niet anders is bepaald. Partijen en de rechter weten, waaraan zij zich te houden hebben. Daarvoor zijn regels en uitzonderingen nodig – en, in het geval van art. 74 lid 3 Ov., zelfs een uitzondering op een uitzondering –, maar daaraan zijn juristen gewend. Het doet ingewikkelder aan dan het in werkelijkheid is, want de regels en uitzonderingen zijn niet meer dan redelijkheidspostulaten.

In de tweede plaats worden penibele discussies voorkomen over de vraag of een bepaald voorschrift materieelrechtelijk van aard is – en in lopende gedingen onmiddellijk moet worden toegepast –, dan wel procesrechtelijk van aard en dus in lopende gedingen buiten toepassing moet blijven.

In de derde plaats bevat het stelsel de elementen, die ook voor toekomstige wetwijzigingen bepalend behoren te zijn. De invoering van het NBW gaat vergezeld van een goed doordachte Overgangswet. Vele andere wetwijzigingen missen echter overgangsbepalingen. In die gevallen kunnen de ontwikkelde gedachten een leidraad zijn voor de praktijk om een oplossing te vinden. De door art. 74 Ov. geboden oplossing is te simplistisch.

245 VOORSTEL.

Ter samenvatting van al het bovenstaande wordt voorgesteld, art. 74 Ov. te vervangen door de volgende regeling:

7000 *V De materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de nieuwe wet vinden in alle bij de invoering aanhangige en vanaf de invoering aan te leggen gedingen toepassing.*

Maar:

7001 *V a. De materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de oude wet vinden toepassing, indien de rechtsbetrekking in geschil krachtens de Overgangswet door de oude wet wordt beheerst.*

7002 *V b. De ten tijde van de rechtsingang geldende voorschriften ten aanzien van de procesgrondslagen blijven tot in laatste instantie ongewijzigd van toepassing.*

7003 *V c. Technische verbeteringen van procesrechtelijke voorschriften worden onmiddellijk toegepast, ongeacht de wet die de rechtsbetrekking in geschil beheerst.*

7004 *V Indien een bij de invoering aanhangig geding in enige instantie met toepassing van de nieuwe wet wordt afgedaan, wordt aan partijen, zo nodig ambtshalve, gelegenheid geboden tot aanpassing van hun stellingen.*

7005 *V De materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de wet, die in hoogste feitelijke instantie toepassing hadden behoren te vinden, blijven in de cassatiephase van toepassing tot in laatste instantie.*

Maar:

7006 *V a. N. 7000-7004 worden van toepassing, indien het geding bij de invoering in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen verkeert en voor de rechter, bij wie het bij de invoering aanhangig was, ten gevolge van zijn beslissing wordt voortgezet.*

7007 *V b. N. 7000-7004 worden van toepassing, indien het geding aanhangig is of aanhangig wordt gemaakt krachtens door de Hoge Raad met toepassing van de oude wet gewezen verwijzingsarrest op de enkele grond, dat de rechter zijn bevoegdheid ten onrechte heeft aangenomen.*

TOELICHTING. N. 7000 behelst het beginsel van onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet, zowel in aanhangige gedingen, als in vanaf de invoering in te stellen gedingen.

Daarop worden in N. 7001-7003 drie uitzonderingen gemaakt, die eveneens voor alle beide soorten van gedingen gelden. Voor wat betreft de ‘procesgrondslagen’, wordt verwezen naar § 241. Ter voorkoming van onzekerheid zullen de – door de wetgever als zuiver ‘technische verbeteringen’ aan-

gemerkte – bepalingen in de met N. 7003 corresponderende wetsbepaling stuk voor stuk moeten worden vermeld; zie de voorbeelden in § 239. N. 7004 behelst de aanpassingsmogelijkheid. In de te ontwerpen wetsbepaling zal tot uitdrukking moeten komen:

- dat de eiser bij de aanpassing niet is gebonden aan art. 134 lid 4 of art. 429ⁱ lid 1 Rv., mits hij de aanpassing tijdig aan de wederpartij mededeelt,
- dat de verweerder nieuwe exceptiën kan voordragen of voor het eerst ten principale kan antwoorden, zo nodig in afwijking van art. 141 lid 2 of art. 348 Rv.

N. 7005 betreft de cassatie-phase (zie § 243). Daarop worden twee uitzonderingen voorgesteld. N. 7006 is ontleend aan art. 30 lid 2 Fw., N. 7007 aan art. 74 lid 3 Ov.

246 ZEKERHEIDSTELLING.

7008 V Art. 616 NRv. is vanaf de invoering van toepassing op het stellen van zekerheid en geschillen daarover.

De Overgangswet II leidt uit art. 74 Ov. af, dat Art. 616 NRv. niet van toepassing is in 'op het tijdstip van inwerkingtreding van de (nieuwe) wet nog lopende procedures' (MvT II, p. 21). Dat is kennelijk onjuist – geschillen over het stellen van zekerheid zijn, evenals de schadestaatprocedure, een vorm van *exécution par suite d'instance* – en bovendien zeer ongewenst: art. 616 NRv. verbetert de gebrekkige regeling van art. 616-619 Rv. en verdient daarom onmiddellijke toepassing.

HOOFDSTUK 8

247 OPMERKING VOORAF. De tenuitvoerlegging van execut. titels moet worden onderscheiden van het (eigenlijke) procesrecht, dat in hoofdstuk 7 is besproken. Voor zover de executie tot gedingen heeft geleid, die bij de invoering aanhangig zijn, zijn in het algemeen de bepalingen voor aanhangige procedures van toepassing. In sommige gevallen bestaat echter behoefte aan bijzondere overgangsvoorzieningen (zoals ten aanzien van de vanwaardeverklaringsprocedure bij conservatoire beslagen).

De samenhang tussen executie en bewarende maatregelen brengt mee, dat de conservatoire beslagen in het kader van de executie worden besproken.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

Algemene voorschriften	N. 8000-8002	§ 248
Rechterlijke machtiging	N. 8003	§ 249
Rechterlijke voorziening	N. 8004	§ 250
Execut. beslag tot verhaal:		
– op roer. zaken	N. 8005-8007	§ 251
– op onroer. zaken	N. 8008-8012	§ 252
– onder derden	N. 8013-8016	§ 253, 254
Cons. beslag tot verhaal	N. 8017-8021	§ 255-257
Executie tot afgifte	N. 8022	§ 258
Gedwongen ontruiming	N. 8023	§ 259
Diversen		§ 260

De Overgangswet II regelt het overgangsrecht in verband met executie in de artt. 17-24:

- Artikel 17.* 1. Een vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet gelegd beslag wordt, behoudens het bepaalde in de volgende leden, naar het voordien geldende recht afgewikkeld. In het geval van de vorige zin is dit recht mede van toepassing ten aanzien van tweede en volgende beslagen op hetzelfde goed, en van oppositie tegen afgifte van kooppenningen, ook indien die na dat tijdstip zijn aangevangen.
2. Een executoriale verkoop door een beslaglegger die op het tijdstip van het in werking treden nog niet was aangekondigd, wordt volgens de bepalingen van de wet afgewikkeld. Voor de toepassing van die bepalingen wordt een schuldeiser die oppositie tegen afgifte van de kooppenningen heeft gedaan, gelijkgesteld met een beslaglegger.
3. Een rangregeling wordt afgewikkeld naar het recht waaronder de benoeming plaatsvond van de rechter-commissaris, te wiens overstaan de verdeling zal plaatsvinden.

Artikel 18. 1. De bepalingen van de wet betreffende executie door een pand- of hypotheekhouder zijn van toepassing, voor zover krachtens de artikelen 110 en 115 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek de bepalingen van dat wetboek betreffende een zodanige executie van toepassing zijn.

2. In geval na openbare verkoop overeenkomstig artikel 1223, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 3.9.4.16-19 van Boek 3 niet van toepassing zijn en een rangregeling wordt verlangd, geschiedt deze met toepassing van het vóór het in werking treden van de wet geldende recht.

Artikel 19. Een executie tot afgifte van een roerende zaak of ontruiming van een onroerende zaak geschiedt naar het recht waaronder de executie is aangevangen.

Artikel 20. Het vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet geldende recht blijft tot een nader door Ons te bepalen tijdstip van toepassing op het beslag op en de executie van schepen luchtvaartuigen en octrooien en de beperkte rechten waaraan deze zijn onderworpen.

Artikel 21. De artikelen 544-548 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals deze vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet golden, blijven na dien van toepassing op dan nog bestaande grondrenten met dien verstande dat artikel 544 geacht wordt te verwijzen naar de bepalingen van de wet betreffende inbeslagneming en verkoop van onroerende zaken.

Artikel 22. Voor de toepassing van het overgangsrecht worden hoofdzaak en schiedstaatprocedure als afzonderlijke gedingen beschouwd.

Artikel 23. Een vóór het in werking treden van de wet verplichte verzegeling wordt naar het voordien geldende recht afgewikkeld en beëindigd.

Artikel 24. De artikelen 797a-797f zijn niet van toepassing op een gerechtelijke bewaring die vóór het in werking treden van de wet is tot stand gekomen of door de rechter bevolen.'

248 ALGEMEEN.

8000 *V Een vanaf de invoering begonnen executie wordt beheerst door de nieuwe wet, ook indien de titel vóór de invoering is verkregen.*

8001 *V Artt. 430-438a NRv. zijn vanaf de invoering op een lopende executie van toepassing.*

8002 *V Artt. 700-710 NRv. zijn vanaf de invoering van toepassing op een voordien gelegd conservatoir beslag.*

De Overgangswet II staat tegenover de toepasselijkheid van de nieuwe wet aanzienlijk gereserveerder dan hier wordt voorgesteld. Zie MvT II, p. 34. Dat is eigenlijk merkwaardig: juist ten aanzien van het executierecht voert het NBW vele, dringend noodzakelijke verbeteringen in. Zij verdienen een beter lot dan voorlopig buiten toepassing te blijven.

De 'algemene regels' van executierecht (artt. 430-438a NRv.) zijn in wezen oude wijn in nieuwe zak. Werkelijk nieuw is slechts de verruiming van de executiegeschillenregeling (art. 438a NRv.), en die regeling behoort zeker zo spoedig mogelijk toepassing te vinden, ook in aanhangige executiegedingen.

De 'algemene bepalingen' voor conservatoire beslagen zijn revolutionairder. Speciale overgangsrechtelijke aandacht verdienen het vervallen van de vanwaardeverklaringsprocedure en de – van het geldende recht afwijkende – wijze, waarop art. 704 NRv. de overgang van de conservatoire in de executoriale phase regelt. Zie daarvoor § 257.

N. 8002 brengt mee, dat ook art. 705 NRv. (opheffing van het beslag), art. 709 NRv. (gerechtelijke bewaring) en art. 710 NRv. (geschillenbewind) onmiddellijk van toepassing worden.

249 RECHTERLIJKE MACHTIGING.

8003 V Art. 3.11.3 treedt vanaf de invoering in de plaats van artt. 1276-1277.

De nagenoeg volledige identiteit van oud en nieuw recht maakt deze substitutie mogelijk.

250 RECHTERLIJKE VOORZIENING.

8004 V Een vóór de invoering getroffen rechterlijke voorziening wordt geëxecuteerd met toepassing van art. 3.11.4, c.q. art. 26 Kad. wet.

Krachtens art. 3.11.4 kan de rechterlijke voorziening bestaan in (kort gezegd):

òf vonnis vervangt akte

òf vonnis vervangt wilsverklaring

òf benoeming van een dwangvertegenwoordiger.

Voor zover een dergelijke voorziening vóór de invoering is getroffen, kan zij vanaf de invoering zonder bezwaar overeenkomstig de nieuwe wet geëxecuteerd worden.

251 EXECUT. BESLAG TOT VERHAAL OP ROER. ZAKEN.

8005 Een vóór de invoering gelegd execut. beslag tot verhaal op goederen die geen registergoederen zijn, wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).

Maar:

- 8006 a. Artt. 462-474 NRv. zijn van toepassing, tenzij de in art. 464 Rv. bedoelde biljetten vóór de invoering zijn aangeslagen (Art. 17 lid 2 Ov. II).
- 8007 V b. Artt. 480-490d NRv. zijn van toepassing, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de geëxecuteerde is verantwoord (Art. 17 lid 3 Ov. II).

Volgens art. 17 lid 1 Ov. II blijft de oude wet van toepassing op 'tweede en volgende beslagen op hetzelfde goed, en . . . oppositie tegen afgifte van kooppenningen, ook indien die na dat tijdstip – nl. van de invoering – zijn aangevangen'. N. 8005 heeft niet ten doel daarin wijziging te brengen.

N. 8006 en 8007 corresponderen met N. 6050 (zie § 153-157). N. 8007 wijkt af van het criterium van art. 17 lid 3 Ov. II.

252 EXECUT. BESLAG TOT VERHAAL OP ONROER. ZAKEN.

- 8008 *Een vóór de invoering gelegd execut. beslag tot verhaal op onroer. zaken wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).*

Maar:

- 8009 V a. Art. 505 lid 3 NRv. vindt vanaf de invoering toepassing.
- 8010 b. Artt. 514-529 NRv. zijn van toepassing, tenzij de in art. 517 Rv. bedoelde biljetten vóór de invoering zijn aangeplakt (Art. 17 lid 2 Ov. II).
- 8011 V c. Artt. 551-553 NRv. zijn van toepassing, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de geëxecuteerde is verantwoord (Art. 17 lid 3 Ov. II).

N. 8009 vindt in de Overgangswet II geen pendant. Deze nodus wordt voorgesteld om verrassingen, zoals zich bij het Baarns beslag (HR, NJ 1982/56 nt. WMK) hebben voorgedaan, te voorkomen.

N. 8010 en 8011 corresponderen met N. 6068 (zie § 171-174). N. 8011 wijkt wederom af van art. 17 lid 3 Ov. II.

- 8012 V *Een vóór de invoering ingediend verzoek als bedoeld in art. 537a Rv. blijft vanaf de invoering buiten behandeling, behoudens ten aanzien van de proceskosten.*

N. 8010 – de onmiddellijke toepassing van art. 514 vlg. NRv. – brengt mee, dat een verzoek tot benoeming van een notaris zinloos wordt. Daarvoor treft N. 8012 een voorziening, die in de Overgangswet II ontbreekt.

253 EXECUT. DERDENBESLAG TOT VERHAAL.

8013 *Een vóór de invoering gelegd execut. derdenbeslag wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).*

Maar:

8014 V a. *De verplichting tot het instellen van de eis tot verklaring vervalt, indien die eis bij de invoering nog niet was ingesteld. Artt. 476a-477a NRv. vinden toepassing. De executant betekent binnen 14 dagen na de invoering het in art. 476a NRv. bedoelde formulier aan de derde. De termijn tot het doen van buitengerechtelijke verklaring verstrijkt niet voordat 4 weken na die betekening zijn verlopen.*

8015 b. *Een bij de invoering aanhangige eis tot verklaring wordt afgedaan met toepassing van de oude wet.*

8016 V c. *Artt. 477b-478 NRv. vinden toepassing, tenzij de betaling of afgifte door de derde vóór de invoering heeft plaatsgevonden.*

Het voornaamste verschil tussen de oude en de nieuwe wet ten aanzien van execut. derdenbeslag is de vervanging van de gerechtelijke door de buitengerechtelijke verklaring. In overgangssituaties kunnen zich de volgende posities voordoen:

- Bij de invoering was geen verklaringsprocedure aanhangig; de daarvoor door de oude wet gestelde termijn was reeds verstreken. Het beslag is daardoor niet vervallen (HR, NJ 1952/415). Het nieuwe recht kan zonder bezwaar worden toegepast: N. 8014.
- Bij de invoering was geen verklaringsprocedure aanhangig; de daarvoor door de oude wet gestelde termijn liep nog. Ook dan kan zonder bezwaar het nieuwe recht worden toegepast: N. 8014.
- Bij de invoering liep een verklaringsprocedure. Dat geding zal tot in laatste instantie afgedaan moeten worden volgens de materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de oude wet: N. 8015. De overlast voor partijen is gering; indien de verklaring immers problemen oplevert, moet ook volgens de nieuwe wet gerechtelijke verklaring worden gevorderd.

Dit stelsel lijkt verkieslijker dan het systeem van de Overgangswet II. Zij wil een 'oud' derdenbeslag steeds in een gerechtelijke verklaring laten uitmonden (MvT II, p. 19). Waarom moet partijen deze kostbare, langdurige en vaak zinloze formaliteit worden opgedrongen?

N. 8016 berust op dezelfde gedachte als N. 8007 en 8011.

254 VEREENVOUDIGD VERHAAL ONDER DERDEN. Naast het eigenlijke derdenbeslag staan in het geldende recht drie gevallen van vereenvoudigd verhaal onder derden (zie H. Stein, Goed beslagen, 1983, p. 49-50). Het betreft:

- Art. 1650. Het artikel wordt gehandhaafd, want in w.o. 17 896 is het niet als te vervallen opgevoerd. Een overgangsregeling is overbodig, want alles blijft bij het oude.
- Art. 1618 vervalt (zie w.o. 17 896).
- Art. 1192a lid 2 wordt vervangen door art. 7.1.8.5.

Ten aanzien van artt. 1618 en 1192a is dus een overgangsmaatregel nodig. Het eenvoudigst zou zijn: handhaving van de rechten van de hoofdverhuurder, c.q. eerste verkoper in aanhangige gedingen tot in laatste instantie.

255 CONSERVATOIR BESLAG TOT VERHAAL.

8017 *Een vóór de invoering gelegd cons. beslag wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).*

8018 *V Maar:*

- a. *De verplichting tot het instellen van de vordering tot vanwaardeverklaring vervalt, indien de door de oude wet daarvoor gestelde termijn nog niet was verstreken. Art. 700 lid 3 NRv. is van toepassing.*

8019 *V b. Een bij de invoering aanhangige eis, voor zover strekkende tot vanwaardeverklaring, blijft vanaf de invoering buiten behandeling, behoudens ten aanzien van de proceskosten.*

8020 *V Het tijdstip, waarop een cons. beslag in execut. beslag overgaat, c.q. vervalt, wordt bepaald door art. 704 NRv.*

8021 *V Maar: de oude wet is ten aanzien van dit tijdstip van toepassing indien vóór de invoering of bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak op de vanwaardeverklaring is beslist of de executie van het beslagen goed is aangevangen.*

N. 8017 is in overeenstemming met art. 17 lid 1 Ov. II. De overige nodi wijken daarvan af.

256 VANWAARDEVERKLARING. De nieuwe wet laat de vanwaardeverklaring vervallen. Overgangsrechtelijk kunnen zich de volgende mogelijkheden voordoen:

- a. Bij de invoering was geen eis tot vanwaardeverklaring aanhangig; de daarvoor door de oude wet gestelde termijn was verstreken. Dit beslag

was volgens de oude wet vervallen. Daarin brengt de invoering van de nieuwe wet geen verandering.

- b. Bij de invoering was geen eis tot vanwaardeverklaring aanhangig; de daarvoor door de oude wet gestelde termijn liep nog. In dat geval kan zonder bezwaar de vanwaardeverklaring worden vervangen door de eis in de hoofdzaak, overeenkomstig de nieuwe wet: N. 8018. Dat lijkt verkiezlijker dan het diabolische voorstel van de Overgangswet II, die partijen lustig de zinloze vanwaardeverklaring wil laten uitprocederen.
- c. Bij de invoering was de eis tot vanwaardeverklaring aanhangig en tevens de eis in de hoofdzaak (voor dezelfde of een andere rechter). Deze mogelijkheid wordt geregeld in N. 8019. De eis blijft uiteraard slechts buiten behandeling, *voor zover* deze tot vanwaardeverklaring strekt. Indien – zoals normaal is – vanwaardeverklaring en hoofdzaak bij dezelfde rechter aanhangig zijn, moet deze in de hoofdzaak natuurlijk uitspraak doen.
- d. Bij de invoering was de eis tot vanwaardeverklaring aanhangig, maar geen eis in de hoofdzaak. In dat geval beslist de oude wet of het beslag is vervallen.

257 OVERGANG IN EXECUT. PHASE. Art. 704 NRv. regelt de overgang van het cons. beslag in de execut. phase op een van de oude wet afwijkende wijze. Een overgangsvoorziening is daarom gewenst. Daarbij moeten twee opmerkingen worden gemaakt:

- N. 8021 is vooral van belang indien krachtens een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis het object van het cons. beslag vóór de invoering geëxecuteerd is. Een dergelijke executie kan onrechtmatig zijn. De oude wet is daarvoor beslissend.
- De overgang in de execut. phase doet het cons. beslag als het ware eindigen. Vindt de overgang plaats na de invoering, dan komt het redelijk voor het execut. beslag te behandelen als een, dat onder de nieuwe wet gelegd is. Is – omgekeerd – het cons. beslag vóór de invoering in de execut. phase getreden, dan geldt het execut. beslag als vóór de invoering gelegd. De Overgangswet II besteedt aan dit aspect ten onrechte geen aandacht.

258 EXECUTIE TOT AFGIFTE.

8022 *Een vóór de invoering begonnen executie van een huurkoopbevel en de executie van*

een vóór de invoering gelegd revindicatoir beslag, pandbeslag of auteursrechtelijk beslag, worden afgewikkeld overeenkomstig de oude wet (Art. 19 Ov. II).

259 GEDWONGEN ONTRUIMING.

8023 *Een executie tot ontruiming van een onroer. zaak geschiedt naar de wet waaronder de executie is begonnen (Art. 19 Ov. II).*

260 DIVERSEN. Zie de volgende artikelen van Overgangswet II:

- art. 20: voorlopige handhaving van het oude recht ten aanzien van beslag op en executie van schepen, luchtvaartuigen, octrooien en beperkte rechten daarop.
- art. 21: handhaving van het oude recht ten aanzien van beslag op en executie van grondrenten.
- art. 23: handhaving van het oude recht ten aanzien van ‘oude’ verzegelingen.

Zie voor art. 24 Ov. II: § 63.

HOOFDSTUK 9

261 **OPMERKING VOORAF.** In verband met het nieuwe Faillissementsrecht zijn overgangsrechtelijk verschillende oplossingen mogelijk:

- (1) Aan het vonnis van faillietverklaring wordt fixerende betekenis toegekend. Alle vóór de invoering uitgesproken faillissementen worden afgewikkeld volgens het Fw-recht, alle nadien uitgesproken faillissementen overeenkomstig het NFw-recht.
- (2) Aan het vonnis van faillietverklaring wordt slechts relatief fixerende betekenis toegekend. Alle vóór de invoering uitgesproken faillissementen worden weliswaar afgewikkeld volgens het Fw-recht, maar het NFw-recht wordt niet automatisch toepasselijk in alle nadien uitgesproken faillissementen; dat gevolg treedt slechts in, voorzover betreft rechtsverhoudingen, die krachtens de Overgangswetten door het nieuwe materiële recht beheerst worden.
- (3) Aan het vonnis van faillietverklaring wordt geen fixerende betekenis toegekend. De NFw-bepalingen zijn – in lopende en nieuwe – faillissementen van toepassing, voor zover betreft rechtsverhoudingen, die krachtens de Overgangswetten door het nieuwe materiële recht beheerst worden.
- (4) Aan het vonnis van faillietverklaring wordt wederom relatief fixerende betekenis toegekend. De NFw-bepalingen zijn in alle nieuwe faillissementen van toepassing; voor lopende faillissementen wordt per NFw-artikel vastgesteld of het vanaf de invoering toepasselijk is.

Het is niet helemaal duidelijk of art. 26 Ov. II op stelsel (2), dan wel stelsel (3) berust. Wel is duidelijk, dat art. 26 een zeer ontoereikende leidraad biedt voor en in de praktijk.

Overeenkomstig de tot dusver gevolgde handelwijze zal per NFw-artikel worden nagegaan of het onmiddellijk van toepassing kan worden verklaard. Dat is een tijdrovende bezigheid, maar wie werkschuw is, kan zich beter niet met het nieuwe vermogensrecht bemoeien.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

Faillietverklaring	N. 9000-9002	§ 262
Faillissementspauliana	N. 9003-9004	§ 263
Positie schuldenaar	N. 9005-9009	§ 264-267
Wederkerige overeenkomsten	N. 9010-9011	§ 268
Positie schuldeisers	N. 9012-9013	§ 269
Separatisten	N. 9014	§ 270-272
Retentor	N. 9015	§ 273

Afkoelingsperiode	N. 9016	\$ 274
Verificatie	N. 9017-9020	\$ 275
Surséance	N. 9021-9022	\$ 276
Slotbeschouwing		\$ 277

262 FAILLIETVERKLARING.

- 9000 *Verzoeken tot faillietverklaring, die vóór de invoering zijn ingediend, worden afgedaan met toepassing van de oude wet.*
- 9001 *Verzoeken tot het verlenen van surséance van betaling, die bij de invoering nog niet voorlopig zijn ingewilligd, worden afgedaan met toepassing van de oude wet.*
- 9002 *Aangiften tot faillietverklaring, die vóór de invoering zijn gedaan, worden afgedaan met toepassing van de oude wet.*

In de praktijk betekent dit, dat de artt. 4 lid 2 en 7 NFw. geen toepassing vinden.

263 FAILLISSEMENTSPAULIANA.

- 9003 *Artt. 42-51 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*
- 9004 *Maar: artt. 43, 45 en 51 Fw. blijven toepasselijk, indien de curator vóór de invoering de rechtshandeling heeft vernietigd.*

De nieuwe regeling van de Faillissementspauliana (artt. 42-51 NFw.) verschilt meer terminologisch dan inhoudelijk van de bestaande regeling in faillissementen. Er bestaat daarom geen bezwaar tegen toepassing van de nieuwe voorschriften.

Het vorenstaande geldt echter niet voor de vrij drastische uitbreiding, die de wettelijke vermoedens – voor wetenschap van benadeling, artt. 43 en 45 – ondergaan. Het is niet billijk die verruiming ook te laten werken in die gevallen, waarin de curator reeds vóór de invoering de – beweerdelijkpauli-neuze – rechtshandeling heeft vernietigd.

Indien de vernietiging vóór de invoering tot een rechtsgeding heeft geleid, zijn uiteraard de voorschriften voor aanhangige procedures toepasselijk. Juist dan is het gewenst, dat de rechtsbetrekking in geschil niet vertroebeld wordt door de uitgebreide vermoedens van de nieuwe wet.

De handhaving van art. 51 Fw. in het geval, bedoeld in N. 9004, berust op dezelfde overwegingen als art. 190 Ov. I. Zie MvT p. 92.

264 POSITIE SCHULDENAAR.

9005 *Art. 33 lid 2 NFw. vindt uitsluitend toepassing, indien een faillissement na de invoering eindigt ten gevolge van vernietiging of opheffing.*

Art. 33 lid 2 regelt de herleving van beslagen, die door het faillissement zijn vervallen. Die herleving behoort niet te gelden bij vóór de invoering geëindigde faillissementen.

265

9006 *Art. 35 NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

9007 *Maar: de oude wet bepaalt of een cessie, die vóór de invoering is verricht, aan de leveringsvereisten voldoet.*

Art. 35 lid 1 NFw. breidt de thans slechts voor bijzondere gevallen in art. 35 Fw. opgenomen regeling uit tot alle goederen. Het is oude wijn in nieuwe zak. De uitzondering voor cessie komt noodzakelijk voor, omdat de leveringsvereisten van de oude én de nieuwe wet verschillen.

Art. 35 lid 2 NFw. betreft de levering van toekomstige goederen door de schuldenaar. Tegen toepassing in lopende faillissementen bestaat geen bezwaar.

Art. 35 lid 2 heeft *niet* betrekking op de zgn. commissionairsverhouding van art. 3.5.4. Zie MvT (w.o. 16 593), p. 138.

Art. 35 lid 3 NFw. betreft de vraag: in welke gevallen kan een derde – aan wie een 3.4.2.3a-goed is overgedragen of een 3.9.2.2a-goed is verpand – zich op goede trouw met betrekking tot de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar beroepen? De publicatie van art. 14 Fw. sluit beroep op goede trouw uit. Dat is reeds thans heersende leer (HR, NJ 1948/447).

Art. 35 lid 3 heeft geen betrekking op:

- overdracht of verpanding van andere dan 3.4.2.3a-goederen door de gefailleerde schuldenaar.

- overdracht of verpanding van goederen – die van 3.4.2.3a en andere – door een derde.

266

9008 *Art. 35a NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

De curator mag – niet: moet – een 6.5.3.4-beding negeren, dat op de faillissementsdatum niet is ingeschreven. Dat moet ook voor lopende faillissementen gelden. Art. 192 Ov. brengt mee, dat N. 9507 a zuiver academisch is.

267

9009 *Art. 36 en 36a NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

Art. 36 NFw. promoveert het faillissement tot verlengingsgrond voor lopende termijnen van bevrijdende verjaring. Dat is oude wijn in nieuwe zak (HR, NJ 1954/2).

Dat geldt voor *wettelijke* termijnen, dus niet voor termijnen die de rechter stelt (voorbeeld: art. 616 NRv.), noch voor termijnen, die partijen elkaar stellen (voorbeeld: art. 3.3.8 lid 4).

Op de termijnen – namelijk twee ervan – die partijen aan elkaar kunnen stellen, heeft art. 36a NFw. betrekking: de termijnstelling van art. 3.2.18 (keuze tussen vernietiging en bevestiging) en die van art. 6.1.8.13 (keuze tussen nakoming en schadevergoeding). Art. 36a NFw. mitigeert de gebondenheid van de curator aan die termijnstellingen, vóór het faillissement aan – niet: door – de schuldenaar gedaan.

268 WEDERKERIGE OVEREENKOMSTEN.

9010 *Artt. 37 en 37a NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

9011 *Maar: art. 37 Fw. blijft toepasselijk, indien de wederkerige overeenkomst vóór de invoering krachtens dit artikel is ontbonden.*

In verband met wederkerige overeenkomsten moeten de volgende gevallen worden onderscheiden:

- Uitsluitend de gefailleerde is nagekomen. Art. 37 is niet toepasselijk, maar de regeling van het gemene recht; de curator oefent dus de schuldeisersbevoegdheden van het gemene recht uit. Art. 182 Ov. (zie § 40-51) bepaalt voor overgangssituaties of dit de bevoegdheden van het oude, dan wel die van het nieuwe recht zijn.
- Uitsluitend de wederpartij is nagekomen. Ook daarop is art. 37 niet toepasselijk, maar het gemene – oude of nieuwe – recht. Art. 182 Ov. bepaalt ook hier welke schuldeisersbevoegdheden de wederpartij kan uitoefenen: die van de nieuwe of die van het oude recht.
- Geen der partijen is (volledig) nagekomen. Uitsluitend voor dit geval is de faillissementsregeling van art. 37 bedoeld.

De oude en nieuwe redactie van art. 37 stemmen overeen ten aanzien van de schriftelijke termijnstelling; zij verschillen in twee opzichten:

- *termijn*: de gefixeerde termijn van 8 dagen wordt vervangen door een variabele – een redelijke – termijn
- *gevolg*: in de plaats van de onveranderlijke sanctie (ontbinding) treedt een soepeler sanctie: de curator verliest het recht nakoming te vorderen. De wederpartij behoudt dus de keuze uit alle mogelijkheden: vertragingschade, omzetting ter verkrijging van vervangende schadevergoeding, partiële ontbinding, volledige ontbinding.

Behalve in het geval van N. 9011 bestaat geen reden, art. 37 NFw. in lopende faillissementen uit te sluiten.

Indien de ontbinding tot een rechtsgeding heeft geleid, dat bij de invoering loopt, bepaalt de regeling voor aanhangige gedingen de toepasselijkheid van oud of nieuw recht. De rechtsbetrekking in geschil wordt – zoals uit N. 9011 volgt – beheerst door art. 37 Fw.

De onmiddellijke toepassing van art. 37a NFw. kan geen bezwaar ontmoeten.

De artt. 38 (beurstermijntransacties), 38a (gefaillieerde is huurkoper), 39 (gefaillieerde is huurder) en 40 (gefaillieerde is werkgever) worden ongewijzigd gehandhaafd.

269 POSITIE SCHULDEISERS.

9012 *Artt. 53-55 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

De compensatieregeling blijft inhoudelijk ongewijzigd.

9013 *Art. 56 NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

De gedwongen schuldverrekening wordt uitgebreid tot alle gemeenschappen.

270 SEPARATISTEN.

9014 *Artt. 57-59 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

De positie van pand- en hypotheekhouders – de echte separatisten – verandert in verscheidene opzichten. Daartoe behoort ook, dat zij in de retentor een stiefbroertje, een quasi-separatist, erbij krijgen; zie daarover § 273. Afgezien daarvan zijn de veranderingen:

- a. De *termijn* voor de rechtsuitoefening wordt: binnen een redelijke termijn, door de curator – vóór of na de insolventie – gesteld (art. 58 lid 1 NFw.).
- b. Bij *niet-tijdige rechtsuitoefening*: verkoop door de curator, met handhaving van de preferentie van de pand- of hypotheekhouder, die alsdan echter in de omslag van algemene faillissementskosten (art. 182 NFw.) deelt en dus op uitkering moet wachten tot de uitdeling. Deze regeling is in opzet ook die van de geldende wet.
- c. Bij executie door een separatist: *separate uitdeling* van de netto-opbrengst, buiten de boedel om. De regelingen voor pandhouder – art. 3.9.2.14, uitgewerkt in art. 490b NRv. – en hypotheekhouder – art. 3.9.4.16, uitgewerkt in art. 551 NRv. – verschillen in onderdelen, maar hebben gemeen, dat compensatie met een lager gerangschikte vordering wordt uitgesloten.

In dit opzicht is zeer verhelderend MvT (w.o. 16 593), p. 148:

‘De pandhouder of de notaris die het overschot moet afdragen, is dit niet verschuldigd aan de schuldenaar maar aan de gezamenlijke belanghebbenden onder wie in geval van faillissement de schuldeisers wier belangen door de curator behartigd worden. In geval van hypotheek is het bovendien niet zo dat de notaris, die het overschot afdraagt, daarmee een schuld van de executant voldoet. Noch bij pand, noch bij hypotheek kan de executant derhalve verrekenen met een nog niet voldane vordering voor hemzelf op de schuldenaar. De compensatie die mogelijk is geacht

door HR 30 mei 1930, N.J. 1930, 945, zal derhalve onder vigueur van het nieuwe BW niet meer toegelaten zijn.'

- d. Bij deze separate uitdeling zijn, als *belanghebbenden* betrokken (art. 52 leden 2 en 3 NFW.):
- alle lager gerangschikte pand-, c.q. hypotheekhouders;
 - alle beperkt gerechtigden, wier recht door de executie vervalt, mits het recht vóór het faillissement is gevestigd; hun vervallen recht wordt door art. 3.10.1.3d omgezet in een preferente schadevergoedingsaanspraak;
 - de curator ter uitoefening van 'de rechten . . . die de wet aan beslagleggers op het goed toekent', maar ook ter behartiging van de belangen van 'bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de voormelde pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan'.

Tot die 'bevoorrechte schuldeisers' behoort bij voorbeeld de crediteur met het voorrecht van art. 3.10.3.3. De curator moet er voor zorgen, dat hij aan zijn trekken komt.

- e. De separate uitdeling leidt zo nodig tot een *rangregeling* overeenkomstig art. 481, c.q. 552 NRv. De bijzonderheid is, dat bevoegd is de president van de Rechtbank, waartoe de faillissements-R.C. behoort, en dat die faillissements-R.C. ook als rechter-commissaris in de rangregeling fungeert.

271

Ten tijde van de invoering kan de executie door een hypotheekhouder – executie door een pandhouder doet zich in de praktijk vrijwel niet voor – in een van de volgende stadia verkeren:

- A. Het goed is verkocht en de opbrengst aan de curator verantwoord; het NFW-recht kan geen toepassing meer vinden.
- B. Het goed is verkocht, maar de opbrengst is nog niet verantwoord; het NFW-recht wordt op die verantwoording van toepassing.
- C. Het goed is nog niet verkocht, maar de verkoop is aangezegd; de executie wordt vanaf de verkoop door het NFW-recht beheerst.
- D. Er heeft nog geen aanzegging van de verkoop plaatsgevonden; de NFW-regeling wordt toepasselijk; de curator kan – ongeacht of de staat van insolventie is ingetreden – de redelijke termijn van art. 58 lid 1 NFW. stellen.

Anders gezegd: N. 9014 biedt in alle denkbare gevallen een afdoende oplossing. Omdat N. 9014 uitgaat van het tegengestelde uitgangspunt van N. 6068 (hypotheek) en N. 8008 (execut. beslag op onroer. zaken), behoeven geen uitzonderingen gemaakt te worden zoals bij de beide laatstgenoemde nodi.

Voor pandrecht geldt *mutatis mutandis* het zelfde. Het uitgangspunt van N. 9014 is tegengesteld aan N. 6049 en N. 8005.

272

In het geldende recht behoort tot de separatisten ook de fiduciaire eigenaar.

Zie Polak-Polak, *Faillissement en surséance van betaling* (1972), p. 182 vlg.; Van Zeven-Van den Ende, *Faillissementswet*, art. 57/4; A.M.J. van Buchem-Spapens, *Faillissement en surséance van betaling volgens BW en NBW* (1983), p. 53.

Volgens art. 28 Ov. II wordt zekerheidseigendom in lopende faillissementen gehandhaafd en niet omgezet in (stil) pandrecht; hetzelfde geldt voor een eigendomsvoorbehoud. Dat is op zich zelf een verstandige maatregel. De vraag is echter of niet ook ten aanzien van zekerheidseigendom en eigendomsvoorbehoud de artt. 57-59 NFW. toepassing behoren te vinden. Daarbij bedenke men, dat de zekerheidseigendom zich ten tijde van de invoering in een van de volgende afwikkelingsfasen kan bevinden:

- A. De opbrengst van het verkochte zekerheidsobject is reeds aan de curator verantwoord. Voor het nieuwe recht is geen taak weggelegd (Art. 4 AB).
- B. Het zekerheidsobject is reeds verkocht, maar de opbrengst is nog niet aan de curator verantwoord. In dat geval behoort de schuldeiser verplicht te zijn tot verantwoording, analoog aan art. 3.9.2.14.
- C. De verkoop van het zekerheidsobject is nog niet voltooid. Alsdan behoort de schuldeiser, na de verkoop, alsnog verantwoording te doen, analoog aan art. 3.9.2.14.
- D. Het zekerheidsobject is nog niet opgeëist. Alsdan behoort de curator de bevoegdheid te hebben, die hem in art. 58 NFW. ten opzichte van pandhouders wordt toegekend.

Anders gezegd: het verdient aanbeveling in art. 28 Ov. II mede te bepalen, dat de zekerheidseigenaar (eigendomsvoorbehoud) tot verkoop en verantwoording in gelijke omvang verplicht is, als ware hij (stil) pandhouder.

273 RETENTOR.

9015 *Art. 60 NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

De positie van de retentor verandert ingrijpend. De volgende punten – helder gemotiveerd in MvT (w.o. 16 593) p. 149-150 – verdienen aandacht:

- a. De curator kan het object van het retentierecht in de boedel brengen door voldoening van de vordering van de retentor; dat is zo (art. 176 lid 3 Fw.) en dat blijft zo (art. 60 lid 2 NFw.).
- b. De curator kan het object executeren, met handhaving van de voorrang van de retentor (art. 60 lid 2 NFw.). Dit is nieuw.
- c. Indien de curator niet binnen een redelijke termijn – hem door de retentor gesteld – het object òf in de boedel brengt òf executeert, dan heeft de retentor recht van parate executie (art. 60 lid 3), namelijk:
 - bij roer. zaken: overeenkomstig de pandrechtvoorschriften,
 - bij onroer. zaken of andere register-goederen: overeenkomstig de hypotheekvoorschriften. In dat geval bestaat een aanzeggings- en inschrijvingsverplichting (art. 60 lid 4).

Bij de invoering kan zich een van de volgende situaties voordoen:

- De curator heeft het object reeds in de boedel gebracht en de retentor volstaan. De rechtsverhouding wordt uitsluitend door oud recht beheerst.
- De curator heeft het object van de retentor ten verkoop gekregen, onder toezegging de opbrengst tot het beloop van de vordering van de retentor aan deze te zullen afdragen. Die overeenkomst moet worden nagekomen. Het nieuwe recht speelt geen rol.
- Het object bevindt zich nog in handen van de retentor, zonder enige afspraak met de curator. Alsdan kan en moet het nieuwe recht toepassing vinden.

274 AFKOELINGSPERIODE.

9016 *Art. 63a NFw. vindt ook toepassing indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

Art. 63a maakt een afkoelingsperiode mogelijk.

275 VERIFICATIE.

9017 *Artt. 132 en 136 NFW. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

9018 *Maar: indien de verificatievergadering vóór de invoering is gehouden, blijven artt. 132, 135 en 136 Fw. van toepassing.*

Artt. 132 en 136 regelen de verificatie van onderscheidenlijk vorderingen van separatisten en hoofdelijke schuldenaren, daaronder begrepen borgen. Die bepalingen kunnen in lopende faillissementen toegepast worden, behalve indien de verificatievergadering reeds is gehouden.

9019 *Op vorderingen ten laste van een schuldenaar, die vóór de invoering in staat van faillissement is verklaard, en op de rangorde blijft gedurende het faillissement voor het overige de oude wet van toepassing (Art. 29 Ov. II).*

Zie MvT II, p. 25-26.

9020 *Indien partijen vóór de invoering krachtens art. 122 Fw. naar de terechtzitting zijn verwezen, wordt de renvooiprocedure afgedaan met toepassing van de oude wet.*

Dit spreekt van zelf en wordt slechts volledigheidshalve vermeld.

276 SURSÉANCE.

9021 *De NFW-artikelen zijn in een surséance van betaling, die vóór de invoering voorlopig verleend is, in dezelfde omvang van toepassing als in vóór de invoering uitgesproken faillissementen (Art. 26 Ov. II.)*

9022 *Op vorderingen ten laste van een schuldenaar, aan wie vóór de invoering voorlopig surséance van betaling is verleend, en op de rangorde blijft voor het overige de oude wet van toepassing gedurende de surséance en een opvolgend faillissement (Art. 29 Ov. II).*

277 SLOTBESCHOUWING. Op grond van het bovenstaande blijkt het mogelijk te zijn, de voormelde NFW.-artikelen onmiddellijk toepasselijk te verklaren in lopende faillissementen en lopende surséances. Die artikelen behoren ook – en onafhankelijk van de wet, die de materiële rechtsverhouding

beheerst – toepassing te vinden in alle faillissementen en surséances, die na de invoering worden uitgesproken, c.q. voorlopig worden verleend.

Het stelsel van art. 26 Ov. II behoeft dus herziening.

HOOFDSTUK 10

278 OVERZICHT. De Overgangswet bestaat uit een groot aantal bijzondere bepalingen en uit 9 algemene bepalingen, die alle verband houden met art. 4 AB, dat men daarom als 10e algemene bepaling kan beschouwen. Die algemene bepalingen kunnen als volgt gekarakteriseerd worden:

- Art. 4 AB : – onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet
- terugwerkingsverbod
- Art. 68 Ov.: – de ‘nieuwe wet’ in de zin van de Overgangswet
- het voortbestaan van de oude wet
- Art. 69 Ov.: } de invloed van ‘verkregen rechten’
- Art. 70 Ov.: }
- Art. 71 Ov.: contractuele bedingen
- Art. 72 Ov.: } termijnregeling
- Art. 73 Ov.: }
- Art. 74 Ov.: procesregeling
- Art. 75 Ov.: onaanvaardbaarheidsregeling.

De bespreking van de algemene na de bijzondere bepalingen is reeds in § 4 aangekondigd. De abstracte formulering van algemene bepalingen brengt mee, dat hun portée eerst beoordeeld kan worden, wanneer men over een zekere kennis van de te verwachten problemen beschikt; de voorafgaande bespreking van de bijzondere bepalingen is bedoeld om de onmisbare achtergrondkennis te verschaffen. Indien de algemene bepalingen hun naam waard zijn, moeten zij trouwens reeds bij herhaling – in verband met bepaalde bijzondere bepalingen – ter sprake zijn gekomen. Het gaat te dezer plaatse daarom ogenschijnlijk meer om een samenvatting dan om een bespreking.

De *contractuele bedingen* (N. 1020, § 24), de *termijnregeling* (§ 116-121) en de *procesregeling* (Hoofdstuk 7) zijn reeds uitvoerig besproken. De betreffende onderdelen blijven hier buiten beschouwing.

Die schijn bedriegt. De algemene bepalingen – officiële aanduiding: ‘algemene overgangsbepalingen in verband met de boeken 3-8 NBW’ – blijken wel beschouwd onderling sterk te verschillen; zij zijn namelijk in geheel verschillend opzicht ‘algemeen’. Zij omvatten:

- *fundamentele* voorschriften, waarin de leidende beginselen van de Overgangswet tot uitdrukking komen: artt. 4 AB en 69-71 Ov.
- *generale* voorschriften, die ten doel hebben herhalingen te voorkomen: artt. 72-74 Ov.

- *horizontale* voorschriften, die de in de bijzondere bepalingen gegeven regelingen aanvullen door als vangnet te dienen voor ongeregelde gevallen: art. 75 Ov.

Daarnaast moet aandacht worden besteed aan het *gemene Nederlandse overgangsrecht* (voor zover dat bestaat). De horizontale algemene bepalingen vormen daarmee de *trait d'union*.

Men mag namelijk niet vergeten, dat de Overgangswet slechts een beperkt doel heeft: zij is uitsluitend bestemd de overgang van BW- naar NBW-vermogensrecht te regelen. Het gemene Nederlandse overgangsrecht pretendeert daarentegen in alle gevallen van opeenvolging van – privaatrechtelijke, procesrechtelijke en administratiefrechtelijke enz. – rechtsregels de overgang te regelen. Het komt daarom nuttig voor ook dit gemene Nederlandse overgangsrecht globaal in de beschouwing te betrekken.

279 DE NIEUWE WET. In het overgangsrecht staat de nieuwe wet tegenover de oude wet. Dat is weliswaar onvolledig – overgangsproblemen kunnen zich immers ook voordoen bij verandering van andere rechtsbronnen – , maar verandering van wetgeving is de oudste en meest spectaculaire aanleiding tot transitoire problemen.

Bij wijziging van andere rechtsbronnen valt te denken aan gewoonte, jurisprudentie (zie HR, NJ 1982/503 nt. EAAL en WHH), ongeschreven recht (zie HR, NJ 1977/275 nt. JCS), statuten en reglementen van rechtspersonen (voorbeeld: de overgangsbepalingen bij de Kerkorde der Ned. Herv. Kerk 1951), internationale verdragen (zie Stein, p. 32) en overeenkomsten (zie Polman, p. 53).

In het algemeen is zonder meer duidelijk, wat onder de nieuwe – c.q. de oude – wet moet worden verstaan. Bij de invoering van het NBW kan in dit opzicht onzekerheid bestaan, omdat niet slechts nieuwe materieelrechtelijke regels worden vastgesteld, doch ook nieuwe procesrechtelijke voorschriften – zie w.o. 16 593 en 16 983 – en administratiefrechtelijke bepalingen (zie w.o. 16 983 en de ontwerp-Kadasterwet). In dit praeadvies wordt – in verband met de invoering van het nieuwe vermogensrecht – als de ‘*nieuwe wet*’ aangemerkt: *het gehele nieuwe vermogensrecht, omvattende alle in werking te stellen bepalingen van de boeken 3-8 en van de satelliet-invoeringswetten, ongeacht of zij materieel-, proces- dan wel administratiefrechtelijk van aard zijn.*

Art. 68 lid 1 Ov. heeft vermoedelijk de strekking hetzelfde te bepalen, maar is niet erg duidelijk.

Art. 68 lid 2 Ov. heeft een andere functie. Door de invoering van het nieu-

we vermogensrecht verliezen het BW en de daarbij behorende bepalingen hun gelding; vanaf de invoering kan in beginsel geen beroep meer worden gedaan op enig BW-voorschrift, de 'oude wet'. De Overgangswet maakt op dit beginsel herhaaldelijk inbreuk door de oude wet te laten voortbestaan. Art. 68 lid 2 Ov. vormt daarvoor de wettelijke basis.

Handhaving van de oude wet komt in verschillende vormen voor. In sommige gevallen blijft de oude wet zonder meer bestaan (voorbeeld: art. 86 lid 5 Ov.: de oude wet blijft van toepassing op zekerheidsoverdrachten, indien de schuldenaar vóór de invoering is tekortgeschoten; zie § 161); in andere gevallen blijft de oude wet gedurende een bepaalde tijd bestaan (voorbeeld: art. 191 Ov.: uitgestelde toepassing van afd. 6.5.2 A op 'oude' algemene voorwaarden; zie § 25).

280 DE TIJDELIJKHEID VAN DE WET. De betekenis van het overgangsrecht zou veel geringer zijn, wanneer wetten voor de eeuwigheid werden gegeven. Maar wetten komen en gaan, want 'Rechtszustände sind also zeitweilige Mittel, welche die Klugheit anrät, keine Ziele' (Nietzsche, *Menschliches Allzumenschliches*).

Het 'komen' van wetten is een moeizaam proces. Nadat de wet door het staatsrechtelijk bevoegde orgaan is vastgesteld, moet zij op de wettelijk voorgeschreven wijze worden afgekondigd om 'verbindende' te worden, zoals art. 2 AB voorschrijft. Eerst na de vervulling van deze formaliteiten 'werkt' de wet in de zin van art. 2 lid 2 AB; eerst dan geldt zij.

Vaststelling, afkondiging (bekendmaking) en inwerkingtreding zijn voor de verschillende soorten van wetten in materiële zin nogal grillig geregeld:

Wet (in formele zin): art. 81 Gw. (vaststelling door regering en Staten-Generaal); art. 88 Gw. (bekendmaking en inwerkingtreding; te regelen bij de wet); art. 2 AB (inwerkingtreding op 20e dag na afkondiging tenzij anders is bepaald).

AMvB: art. 89 Gw. (vaststelling bij KB); art. 89 Gw. (bekendmaking en inwerkingtreding; te regelen bij de wet); wet van 26 april 1852, Stb. 92 (wettelijke regeling betreffende bekendmaking en inwerkingtreding; die regeling is geïnspireerd op, doch niet identiek met die van art. 2 AB; tenzij AMvB anders bepaalt).

Provinciale verordening: art. 90 Pr.w. (vaststelling door provinciale staten); art. 82 Pr.w. (bekendmaking); art. 83 Pr.w. (inwerkingtreding op 8e dag na afkondiging, tenzij anders is bepaald).

Gemeentelijke verordening: art. 168 Gem.w. (vaststelling door de raad); art. 203 Gem.w. (afkondiging); art. 205 Gem.w. (inwerkingtreding op 3e dag na afkondiging tenzij anders is bepaald).

Waterschapsverordening: art. 1 Keur.w. (vaststelling door het reglementair aangewezen orgaan); art. 11 Keur.w. (afkondiging overeenkomstig het reglement); art. 12

Keur.w. (inwerkingtreding op 3e dag na afkondiging, tenzij anders is bepaald). Dit lijstje is verre van volledig; er ontbreken onder meer de Rijkswet en Rijks-AMvB (zie het Statuut), evenals de verordeningen van 'openbare lichamen' (Wet op de Bedrijfsorganisatie, Advocatenwet, Wet openbaar lichaam Rijnmond). In het kader van de deregulering zou stroomlijning van al deze voorschriften nuttig kunnen zijn.

Het 'gaan' of verdwijnen van de wet wordt door art. 5 AB aan dezelfde formaliteiten onderworpen als voor de gelding zijn voorgeschreven, maar dat is niet waar. Wetten kunnen zich zelf een tijdelijk beperkte geldingsduur toekennen, na het verstrijken waarvan zij stilletjes verdwijnen ('Horizonwetgeving'); zij kunnen ook in onbruik raken (zie HR, NJ 1972/339 nt. HB, AA 1972/328 nt. Ma).

Zie voor Horizonwetgeving: Horizonwetgeving en wetsevaluatie (Vakgroep Bestuurskunde KUN, 1984), en: Deregulering (Teldersstichting, geschrift 53, 1984). Er is echter niets nieuws boven de horizon. Zie de Wet vervreemding landbouwgronden 1953.

Anders gezegd: verandering van wetgeving is geen uitzondering, maar regel. Uit die verandering vloeit het 'schrikbewind van uur en feit' (A. Roland Holst, *Uit zelfbehoud*) voort en men moet zich er eigenlijk over verbazen, dat het overgangsrecht – dat zijn betekenis aan dit schrikbewind ontleent – in het privaatrecht zo stiefmoederlijk wordt bedeed.

De invoering van het NBW verschilt uitsluitend kwantitatief, niet kwalitatief van de vervanging van een andere wet. De betekenis, die het overgangsrecht bij de invoering van het NBW heeft, wordt uitsluitend door de omvang van de operatie bepaald, niet door de aard van de materie.

281 HET JURIDISCH PROCÉDÉ. In het overgangsrecht pleegt men de *facta praeterita* (anterieure feiten) – de vóór de invoering van de nieuwe wet voltooide feiten – te stellen tegenover de *facta futura* (posterieure feiten), de feiten die zich na de invoering voordoen. Dat is om tweeërlei reden misleidend:

- voldongen feiten hebben meestal ook in de toekomst – dus na de invoering – nog rechtsgevolgen; hoe moeten de rechtsgevolgen, die zich onder de nieuwe wet voordoen (posterieure rechtsgevolgen) worden behandeld, indien het feit zelf anterieur is?
- naast feiten spelen in het recht rechtsverhoudingen een grote rol; hoe moeten *negotia pendencia* (overlopende rechtsverhoudingen) – die on-

der de oude wet zijn begonnen en onder de nieuwe wet voortduren – worden behandeld?

In deze – eigenlijke – overgangssituaties rijst de vraag: hoe moet het onder de oude wet gegroeide ingepast worden in de afwijkende, nieuwe wet?

Daarvoor staan twee verschillende hulpmiddelen ter beschikking: de verwijzingsregel en de koppelregel.

Het *verwijzingsprocédé* bestaat – evenals in het IPR – hierin, dat de overgangsregel in de rechtsverhouding een aanknopingspunt – eigenlijk: aanknopingsmoment – aanwijst en dat de ten tijde van dat aanknopingsmoment geldende wet de rechtsverhouding beheerst. Art. 4 AB is daarvan het sprekendste voorbeeld: de wet, geldende ten tijde van een (rechts-)handeling, bepaalt haar geldigheid en rechtsgevolgen; simpeler gezegd: *tempus regit actum*.

Het *koppelprocédé* bestaat – wederom evenals in het IPR – hierin, dat voor de ‘overlopende’ rechtsverhouding een ‘Sachnorm’ wordt opgesteld: een eigen materieelrechtelijke regeling, die een ‘tertium genus’ vormt, dwz. noch oude hom, noch nieuwe kuit is. Dat zijn voorschriften, zoals men vooral – maar bepaald niet uitsluitend – aantreft in administratiefrechtelijke overgangswetten (Overgangswet WVO, Overgangswet ruimtelijke ordening). De Overgangswet noemt ze ‘overbruggingsregels’ (MvT, p. 15).

Dit tweeledige juridische procédé vindt men terug in de overgangsbepalingen van wetten. Die overgangsbepalingen kunnen verwijzingsregels inhouden; het meest sprekende voorbeeld is N. 2000 (de wet, waaronder een feit plaatsvindt, bepaalt of het een onrechtmatige daad oplevert). Zij kunnen echter ook koppelregels bevatten; voorbeeld: art. 180 Ov. (vanaf de invoering kan de schuldenaar in ‘oude’ situaties de opschortingsbevoegdheden van de nieuwe wet uitoefenen). In het gemene overgangsrecht – dat van toepassing is, los van de overgangsbepalingen van een bepaalde wet – treft men uitsluitend verwijzingsregels aan; algemene koppelregels bestaan niet.

Het verschil tussen *overgangsrecht* (verwijzingsregels) en *overgangswet* (verwijzingsregels en/of koppelregels) wordt door alle schrijvers over overgangsrecht gemaakt, zij het in onderscheidene bewoordingen. Zie laatstelijk Polman, p. 16-19, met literatuurverwijzingen. Zie ook Stein, p. 26-29.

Het gemene overgangsrecht bestaat dus uit verwijzingsregels. Uit welke – algemene – verwijzingsregels is het Nederlandse overgangsrecht opgebouwd? Het is slechts een handvol:

- art. 4 AB (terugwerkingsverbod).
- art. 16 Gw en art. 1 lid 1 WvS (nulla poena sine previa lege poenali; geen straf zonder voorafgaande wet).

- art. 1 lid 2 WvS (toepassing van de gunstigste strafbepaling).
- art. 140 Gw (bestaande wetten, die in strijd met de nieuwe grondwet zijn, blijven gehandhaafd).

De verhouding tussen art. 4 AB en art. 1 lid 1 WvS en de verhouding tussen art. 1 lid 1 en lid 2 WvS worden uitvoerig geanalyseerd door Knigge; zie de samenvatting p. 407-409.

Zie ten aanzien van art. 140 Gw: A.M. Donner, Grondwettelijk overgangsrecht (Duk-bundel, 1984, p. 267-280). De door Donner t.a.p. eveneens besproken additionele artikelen van de Grondwet betreffen de uitgestelde toepassing van de daarin omschreven Gw-artikelen.

282 ART. 4 AB ALS VERWIJZINGSREGEL. De enige verwijzingsregel, die voor de gehele wetgeving – en dus ook voor het privaatrecht – geldt, is art. 4 AB. Dat is een ingewikkelde bepaling, waarin volgens sommige één regel, volgens anderen twee regels en – naar men in het verleden heeft beweerd – zelfs drie regels zijn neergelegd.

Art. 4 AB bevat omnium consensu een *negatieve* regel: het overgangsrechtelijke terugwerkingsverbod, dwz. het verbod om de nieuwe wet te doen terugwerken.

Omstreden is of art. 4 AB daarnaast een *positieve* regel behelst: het gebod om de nieuwe wet onmiddellijk – zij het slechts voor de toekomst – toe te passen.

Zie over dit gebod van onmiddellijke toepassing: Knigge, p. 50-52, en Polman, p. 183 vlg.

De Overgangswet gaat er van uit, dat de ‘regel van onmiddellijke werking’ in de wet AB besloten ligt (MvT, p. 19 vlg.). Het lijkt weinig zinvol de juistheid van deze opvatting discutabel te stellen. Voor de rechtsvindingspraktijk is van meer belang, wat onmiddellijke toepassing inhoudt. Die onmiddellijke toepassing is in de terminologie van de overgangswetgever ‘onmiddellijke werking’ en in die van Hijmans van den Bergh ‘exclusieve werking’.

De negatieve regel van art. 4 AB is op een kwaad ogenblik in verband gebracht met een derde regel: de *eerbiediging van verkregen rechten*. Men is het er tegenwoordig in Nederland – dank zij Hijmans van den Bergh – en in Frankrijk (sinds Roubier) over eens, dat dit onjuist is. Dat neemt echter niet weg, dat de koppeling met de verkregen rechten de juristen eeuwen lang het inzicht in het overgangsrechtelijke procédé heeft ontnomen.

De drie – al of niet ten onrechte – met art. 4 AB in verband gebrachte re-

gels komen hieronder afzonderlijk ter sprake. Daarbij staat de onmiddellijke toepassing voorop.

283 ONMIDDELLIJKE TOEPASSING: *de nieuwe wet is vanaf de invoering – ook in overlopende rechtsverhoudingen – van toepassing met exclusief effect.*

De Overgangswet bevat deze regel niet. Zij leidt de onmiddellijke toepassing uit art. 4 AB af en heeft aan een uitdrukkelijk voorschrift daarom geen behoefte. Dat komt onjuist voor: art. 4 AB munt niet uit door duidelijkheid en precisering van zijn inhoud is geen overbodige luxe. Het is daarom zeer gewenst, dat de Overgangswet wordt aangevuld met een bepaling ten aanzien van de onmiddellijke toepassing.

In § 282 werd reeds vermeld, dat niet een ieder het gebod van onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet in art. 4 AB leest. Hijmans van den Bergh (praeadvies, p. 28) heeft bestreden, dat onmiddellijke toepassing ('exclusieve werking') de normale strekking van een nieuwe wet is. Die bestrijding ziet voorbij, dat wetten plegen – althans behoren – tot stand te komen om aan een – als dringend gevoelde – maatschappelijke behoefte te voldoen. De nieuwe wet eist dus haar toepassing op, omdat daarin de maatschappelijk meest gewenste belangenafweging tot haar recht komt. In beginsel – tenzij uit de nieuwe wet anders volgt – zal men dus van onmiddellijke toepassing uit moeten gaan. Dat betekent uiteraard niet, dat de oude wet tot 'onrecht' bestempeld wordt, maar wel dat het betere (van de nieuwe wet) de vijand is van het goede (van de oude wet).

De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet houdt in:

- a. De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op *posterieure feiten*.
- b. Die toepassing kan *terugwijzing* meebrengen, namelijk dat een rechtsfeit toepasselijk wordt, waaraan de nieuwe wet terugwerkende kracht toekent.
- c. Die toepassing wekt in overlopende rechtsverhoudingen de indruk van *beperkte eerbiediging*: rechten en verplichtingen, die vóór de invoering uit de rechtsverhouding zijn voortgevloeid, worden geëerbiedigd; doch de nadien uit de rechtsverhouding voortvloeiende rechten en verplichtingen worden door de nieuwe wet beheerst.
- d. De onmiddellijke toepassing heeft *exclusief effect*: zij laat anterieure feiten onaantast (want zij werkt niet terug), alsmede de anterieure rechtsgevolgen van die feiten; maar zij beheerst òn posterieure feiten òn posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten.

e. De onmiddellijke toepassing met exclusief effect geldt als regel: voor zo ver geen *afwijkende bedoeling* blijkt.

Ad a. Dat posterieure feiten onder de toepassing van de nieuwe wet vallen, is – volgens MvT, p. 18 – ‘een kwestie die buiten het overgangsrecht valt’. Dat moge zo zijn. Het lijkt nuttig dit gevolg voorop te stellen.

Ad b. De toepassing van de nieuwe wet kan de toepasselijkheid meebrengen van rechtsfeiten, waaraan uit hun aard – los van het overgangsrecht – terugwerkende kracht toekomt. Zo brengt de onmiddellijke toepassing van art. 3.2.20 mee, dat een vóór de invoering verrichte, ongeldige rechtshandeling bekrachtigd wordt, zodra het voor de geldigheid van de rechtshandeling gestelde wettelijke vereiste vervuld wordt, en die bekrachtiging werkt terug. Die terugwerking heeft niets te maken met het terugwerkingsverbod van art. 4 AB.

Op deze terugwijzing – of materieelrechtelijke terugwerking, in tegenstelling tot de overgangsrechtelijke terugwerking – heeft betrekking § 290. Zie aldaar.

Ad c. De meeste verwarring bestaat bij de onmiddellijke toepassing in overlopende rechtsverhoudingen. De invoering van de nieuwe wet met onmiddellijke toepassing heeft alsdan tot gevolg, dat de rechtsverhouding wordt verknipt: in een gedeelte, waarop de oude wet van toepassing was en blijft, en in een ander gedeelte, dat door de nieuwe wet wordt beheerst.

Voorbeelden:

- rechten, die vóór de invoering in een contractuele relatie krachtens art. 1374 lid 3 zijn verkregen, worden geëerbiedigd; door en vanaf de invoering wordt art. 1374 vervangen door art. 6.5.3.1; vanaf de invoering kunnen nog slechts uit art. 6.5.3.1 nieuwe rechten voortvloeien, niet meer uit art. 1374 lid 3.
- door en vanaf de invoering worden de ondeelbaarheidsbepalingen (artt. 1332 vlg.) vervangen door de hoofdelijkheidsvoorschriften (afd. 6.1.2); heeft de ondeelbaarheid van een verbintenis vóór de invoering tot verschuldigdheid van een bepaalde praestatie geleid, dan blijft die schuld bestaan (MvT p. 80-81).

Beziet met dit verschijnsel uit het perspectief van de oude wet, dan is niets bijzonders aan de hand. Tijdens haar geldingsduur vindt de oude wet toepassing en daaraan wordt niet getornd.

Neemt men echter de staande – onder de oude wet ontstane en ook na de invoering voortdurende – rechtsverhouding tot uitgangspunt, dan ontstaat een ander beeld. Het verknippen van de rechtsverhouding wekt de indruk, dat de nieuwe wet slechts in beperkte mate de oude wet eerbiedigt of dat de nieuwe wet – eveneens in beperkte mate – terugwerkt, namelijk

voor zover zij de toepassing van de oude wet in de posterieure periode niet respecteert. Die indruk is, gegeven het uitgangspunt, begrijpelijk en allerm minst fout, maar het uitgangspunt deugt niet, want: *het overgangsrecht betreft eerbiediging door of terugwerking van een nieuwe wet niet op (de eenheid van) de rechtsverhouding, doch op de oude wet*. Wie het juiste criterium toepast, ziet in, dat de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet in overlopende rechtsverhoudingen niets anders dan daarbuiten behelst. Verwonderlijk is slechts, dat zo vele juristen dit niet inzien en het slachtoffer worden van het – aan een verkeerd uitgangspunt te wijten – gezichtsbedrog: beperkte eerbiediging, omdat de toepassing van de oude wet slechts tijdens het anterieure gedeelte van de rechtsverhouding erkend wordt; of: *quasi-terugwerking*, omdat aan de oude wet toepassing tijdens het posterieure gedeelte van de rechtsverhouding ontzegd wordt.

Die quasi-terugwerking heeft niets te maken met hetzij art. 4 AB, hetzij de materieelrechtelijke terugwerking, bedoeld hierboven onder *b*. Eigenlijk zou men in dit verband helemaal niet aan terugwerking mogen denken. Dat gebeurt in Duitsland echter wel, waar – in aansluiting op Von Savigny, System VIII, p. 382 – tegenover de ‘echte Rückwirkung’ (terugwerkende kracht) de ‘unechte Rückwirkung’ (onmiddellijke toepassing) gesteld wordt. Zie Staudinger, EGBGB (1973), p. 500.

Ad d. De onmiddellijke toepassing heeft exclusief effect. Dat betekent, dat de nieuwe wet weliswaar onmiddellijk van toepassing wordt, doch uitsluitend voor de toekomst. De nieuwe wet respecteert èn anterieure feiten èn anterieure rechtsgevolgen van die (anterieure) feiten, doch noch de posterieure rechtsgevolgen van die anterieure feiten, noch posterieure feiten. Zie de hierboven (*ad c*) gegeven voorbeelden.

Onmiddellijke toepassing en exclusief effect zijn geen Siamese tweelingen. De onmiddellijke toepassing kan ook andere effecten hebben, namelijk respecterend effect of retroactief effect. Zie nader § 287 en 298.

Overall waar in dit praeadvies van onmiddellijke toepassing wordt gesproken, wordt daarmee bedoeld: onmiddellijke toepassing met exclusief effect. Dat is in overeenstemming met de Overgangswet, want zij gaat er van uit ‘dat de nieuwe wet vanaf haar inwerkingtreding de bestaande rechtsposities en rechtsverhoudingen gaat beheersen, en wel voor het vervolg (“*ex nunc*”)’; MvT, p. 21.

Ad e. De onmiddellijke toepassing met exclusief effect geldt als regel, maar niet als wet van Meden en Perzen, want de overgangswetgever kan anders bepalen. Hij bepaalt in vele gevallen ook anders, ook in de Overgangswetten NBW.

De Overgangswetten wijken in vele gevallen af van de onmiddellijke toepassing met exclusief effect. Zie de volgende voorbeelden:

- eerbiediging van de oude wet: art. 182 Ov. (op ‘oude’ wanpraestaties blijft de oude wet van toepassing); art. 74 Ov. (lopende procedures worden afgedaan volgens het bij de rechtsingang geldende procesrecht)
- onmiddellijke toepassing met respecterend effect: art. 102 Ov. (art. 3.7.1.10 wordt vanaf de invoering op een voordien benoemde onzijdige persoon van toepassing, evenwel met handhaving van de voor hem geldende beloning)
- onmiddellijke toepassing met retroactief effect: art. 96 Ov. (de bezitter of houder is verplicht tot overdracht mede te werken, indien de rechthebbende zich aldus van zijn vergoedingsplicht wil kwijten, ook al is de vergoedingsplicht vóór de invoering ontstaan)
- koppelregel: artt. 72-73 Ov. (termijnregeling).

Dit – al of niet exclusieve – effect is geen onveranderlijke grootheid, doch een functie in wiskundige zin (een grootheid, die in haar veranderlijkheid afhangt van een of meer andere). Zie art. 102 Ov.: de nieuwe wet wordt op voordien benoemde onzijdige personen onmiddellijk van toepassing en die onmiddellijke toepassing heeft – in het algemeen – exclusief effect. Slechts ten aanzien van de beloning van de onzijdige persoon wordt in art. 102 Ov. een uitzondering gemaakt; slechts in zo verre heeft de onmiddellijke toepassing respecterend effect.

Dat is niets nieuws. Zie Hijmans van den Bergh, praeadvies, p. 12 en Polman, p. 325 vlg. (zeer uitvoerig). Zie ook Stein, p. 45.

284 UITGESTELDE TOEPASSING. Een bijzondere vorm van onmiddellijke toepassing is de uitgestelde toepassing: de nieuwe wet wordt niet dadelijk in alle gevallen van toepassing, doch in sommige gevallen eerst na verloop van een (aanpassings)tijdvak. Het is dus *gemitigeerde onmiddellijke toepassing*: de nieuwe wet is onmiddellijk van toepassing op alle posterieure feiten, maar voorlopig niet op de posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten. De Overgangswetten passen deze uitgestelde toepassing herhaaldelijk toe.

Voorbeelden.

- Art. 191 Ov.: afd. 6.5.2.A is gedurende 3 jaren niet van toepassing op bestaande algemene voorwaarden (N. 1021, § 25).
- art. 196 Ov.: titel 7.1 wordt eerst na 3 jaar (en slechts beperkt) toepasselijk op anterieure koopovereenkomsten (§ 54).
- art. 80 Ov.: de nietigheids- en vernietigbaarheidsbepalingen worden eerst na 1 jaar van toepassing op anterieure rechtshandelingen (§ 15 en 16).
- art. 26 Ov. II: de NFW-artikelen worden in faillissementen toepasselijk, naar

gelang de materieelrechtelijke NBW-artikelen in faillissementen toepasselijk worden. Zie § 261.

Daarnaast komt ook *toepassing op termijn* voor. Zie bijvoorbeeld art. 20 Ov. II (de oude wet blijft voorlopig van toepassing op beslag op schepen, luchtvaartuigen en octrooien). Dat is voorlopige niet-toepassing: bepaalde onderdelen van de nieuwe wet worden nog niet ingevoerd, treden nog niet in werking. De Additionele artikelen van de Grondwet – waarover A.M. Donner, Grondwettelijk overgangsrecht (Duk-bundel, 1984), p. 267, speciaal p. 276 vlg. – zijn er een goed voorbeeld van. De toepassing op termijn verschilt hierin van de gemitigeerde onmiddellijke toepassing, dat bij toepassing op termijn ook posterieure feiten voorlopig niet onder de nieuwe wet vallen. De perikelen met art. 2 RO leren, dat die 'voorlopigheid' zeer lang kan duren.

Deze gemitigeerde onmiddellijke toepassing is geen gelukkige greep van de overgangswetgever. De in § 25 uiteengezette bezwaren gelden mutatis mutandis voor al deze gevallen van uitgestelde toepassing. De onmiddellijke integrale toepassing – behoudens strict beperkte uitzonderingen – verdient verre de voorkeur, mits de wetgever zijn werk goed doet: het ruimschoots – ten minste 1 jaar – vóór de invoering publiceren van de definitieve wetsteksten. De praktijk heeft dan de gelegenheid zich op aanpassing van bestaande rechtsverhoudingen voor te bereiden, zonder de dreiging van nieuwe wijzigingen en zonder het bezwaar, na de invoering met twee rechtssystemen te moeten werken.

285 HET TERUGWERKINGSVERBOD. Art. 4 AB verbiedt overgangsrechtelijke terugwerking, dwz. het toekennen van terugwerkende kracht aan de nieuwe wet. Deze – verboden – overgangsrechtelijke terugwerking is in § 283 gesteld tegenover de terugwijzing (materieelrechtelijke terugwerking) en tegenover de quasi-terugwerking. Waarin verschillen deze van elkaar? Wat houdt het verbod van overgangsrechtelijke terugwerking eigenlijk in?

Daarbij lijkt het zinvol te onderscheiden tussen de betekenis van het *terugwerkingsverbod* (§ 286) en de betekenis van *terugwerkende kracht* (§ 287). De verschillen met de materieelrechtelijke terugwerking en de quasi-terugwerking zullen aldus – naar ik hoop – duidelijk worden.

Vooropgesteld zij, dat art. 4 AB een vrijwel slaafse vertaling is van art. 2 Franse Code Civil: 'La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif'.

Art. 2 C.C. heeft een boeiende historie. Het is de reactie op een décret van de 17e nivôse van het jaar II (1794), waarin de revolutionaire wetgever alle boedelscheidingen, die sinds 1789 waren tot stand gekomen, discutabel stelde. Dat is in revolu-

tionaire tijden op zich zelf niets bijzonders. Wel opmerkelijk is, dat met welsprekendheid verdedigd werd, dat het décret geen terugwerkende kracht had! Deze sophismen – waarover uitvoerig Roubier, no. 20 – hebben er toe geleid, dat het terugwerkingsverbod in de Franse grondwet van de 5 fructidor van het jaar III werd opgenomen en aldus een absoluut karakter kreeg. Het verbod werd echter niet overgenomen in de grondwet van het jaar VIII en het mist sindsdien zijn constitutionele kracht. In 1946 werd getracht het bij amendement in de grondwet van de vierde Republiek te incorporeren ('Aucune loi ni aucun règlement ne peut avoir d'effet rétroactif'), maar het amendement werd verworpen.

286 DE BETEKENIS VAN HET TERUGWERKINGSVERBOD. Het terugwerkingsverbod is opgenomen in een gewone wet, de wet AB. Dat heeft de volgende consequenties:

- a. Het terugwerkingsverbod richt zich niet tot de wetgever, doch tot de *wetstoepasser*.
- b. De wetgever – ook die in *materiële* zin – is dus in beginsel vrij, aan zijn wetten terugwerking toe te kennen.
- c. Aan de rechter komt *toetsingsbevoegdheid* ten aanzien van de door de wetgever voorgeschreven terugwerking toe, doch het is onzeker hoe ver deze strekt.
- d. Het Nederlandse recht kent geen rechtsregel of rechtsbeginsel, dat terugwerking slechts mag worden aangenomen op grond van een *ondubbelzinnige* verklaring van de wetgever.

Ad a. Omdat het terugwerkingsverbod niet in de grondwet, doch in een gewone wet is opgenomen, is de wetgever er niet aan gebonden. Dat is vaste rechtspraak.

Zie de arresten HR. NJ 1952/756 nt. DJV; NJ 1974/348 nt. WFP (civ. kamer); NJ 1979/319 nt. MS (derde kamer).

De wetstoepasser bij uitnemendheid is de rechter. Het terugwerkingsverbod behelst dus, dat de rechter niet eigener beweging aan de nieuwe wet terugwerkende kracht mag toekennen.

Ad b. Het is tegenwoordig heersende leer in Nederland, dat ook de materiële wetgever – die niet wetgever in formele zin is – aan zijn wetten terugwerkende kracht mag toekennen.

Zie NR, NJ 1974/348 nt. WFP (civ. kamer) en NJ 1979/319 nt. MS (derde kamer).

Tot die materiële wetgevers behoren onder meer gemeenten (te denken valt aan gemeentelijke belastingverordeningen) en waterschappen (zie bij voorbeeld KB, AB 1981/297 nt. JRSt). Voor zover valt na te gaan, komt materiële

wetgeving met terugwerkende kracht veel vaker voor dan formele, terugwerkende wetgeving.

Voorbeelden van formele wetgeving met terugwerkende kracht zijn:

- De wet van 27 oktober 1982 (Stbl. 608) tot wegneming van het onderscheid tussen wettige en natuurlijke afstamming in het erfrecht. Die wet houdt verband met het Marckx-arrest (Europ. Hof voor de rechten van de mens d.d. 13 juni 1979, NJ 1980/462). Zie P.W. van der Ploeg Sr. in NJB 1981/305.
- De wet van 29 juni 1979 (Stbl. 330) tot wijziging van de woonruimtehuur. In dit geval strekte de terugwerking tot anti-speculatiemaatregel. Zie art. V lid 3 en in verband daarmee HR, NJ 1980/288 nt. PAS.

Zie ook de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (Staatsdrukkerij 1984), waarvan hoofdstuk J geheel gewijd is aan het overgangsrecht.

Ad c. Bij de toetsing van terugwerkende bepalingen van wetten moet worden onderscheiden naar gelang deze voorkomen in wetten in formele, dan wel in materiële zin.

Wetten in *formele* zin zijn aan rechterlijke toetsing onttrokken. Dat wordt door CRvB, AB 1983/273, afgeleid uit art. 11 AB. Rechtspraak van de Hoge Raad (civ. kamer) over dergelijke toetsing ontbreekt.

Toetsing van wetten in *materiële* zin (die niet tevens wetten in formele zin zijn) is in beginsel mogelijk, maar de beoordelingsmarge verschilt per tak van rechtspraak.

Zie voor de *civiele rechtspraak*: HR, NJ 1974/348 nt. WFP:

‘indien de terugwerkende kracht tot gevolgen zou leiden die uit een oogpunt van rechtszekerheid zo onaanvaardbaar moeten worden geacht dat de hogere wetgever, waaraan de lagere wetgever zijn bevoegdheid tot regelgeving ontleent, zodanige gevolgen niet kan hebben gewild.’

Zie over het delegatieprobleem in verband met overgangsrechtelijke terugwerking: Polman, p. 233-236.

Zie voor de rechtspraak door de *derde kamer* van de Hoge Raad: NJ 1979/319 nt. MS. De toetsingsvraag werd in een obiter dictum opgeworpen, namelijk of de wettelijke voorschriften ten aanzien van belastingheffing door gemeenten: ‘niet geacht moeten worden de gemeentelijke wetgever slechts dan vrijheid te laten om ten nadele van de burgers af te wijken van het op de eisen van de rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel dat wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden, indien zulks door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd, en of daaruit niet moet worden afgeleid dat de rechter in zodanig geval heeft na te gaan of die wetgever, gelet op de door hem blijkens de tekst van de verordening of de daarop gegeven toelichting ter rechtvaardiging van zulk een afwijking in aanmerking genomen omstandigheden, in redelijkheid kon oordelen dat die afwijking daardoor werd gerechtvaardigd.’

Het schuim is – ten aanzien van gemeentelijke belastingverordeningen – inmiddels van het bier. Zie het advies van de Raad van State d.d. 8 mei 1981 en de be-

schikking van de Staatssecretaris van Justitie d.d. 24 augustus 1981, beide te vinden in Ned. Stert. 1981 no. 165.

De *rechtspraak van de CRvB* kent een veel vrijmoediger toetsing. Dat geldt niet slechts voor bevreemdende uitwassen als dat van de Gulpense wethouder (AB 1981/137 nt. VdN), maar ook in andere gevallen; zie bij voorbeeld AB 1980/628 nt. VdN en AB 1981/200 nt. VdN.

Ter voorkoming van misverstand: het gaat hier om toetsing van 'wetten', niet van beschikkingen. In hoeverre beschikkingen, waaraan door een administratief orgaan terugwerkende kracht is verleend, getoetst kunnen worden, is een geheel andere vraag. Zie daarover § 295.

Ad d. Zie HR, NJ 1979/319 (derde kamer): het antwoord op de vraag of een wet terug werkt 'moet worden gevonden door uitlegging van de desbetreffende maatregel, bij welke uitlegging de rechter niet aan enige bijzondere beperking is gebonden'.

Daarmee werd de door Hijmans van den Bergh verdedigde interpretatieregel verworpen. Die regel is pregnant geformuleerd in het ontwerp-art. 4a AB (volgens w.o. 8436): 'Een wettelijke regeling heeft slechts terugwerkende kracht voor zover dit uit haar bewoordingen ondubbelzinnig volgt'. Dit ontwerp is echter ingetrokken. In dezelfde zin als Hijmans van den Bergh: art. 24 van het voorontwerp van de *Titre préliminaire* van de Franse *Code Civil*: 'Une loi ne peut avoir d'effet rétroactif sans une manifestation expresse de la volonté du législateur'.

De rechter mag weliswaar niet eigenmachtig terugwerkende kracht aan een wet – in formele of materiële zin – toekennen (zie *ad a*), maar hij is vrij de wet zodanig te interpreteren, dat zij terugwerkt.

287 DE BETEKENIS VAN OVERGANGSRECHTELIJKE TERUGWERKING. Gedane zaken nemen geen keer; deftiger: 'praeterita mutare non possumus' (Cicero, *In Pisonem*, 59). Wat betekent dan het toekennen van terugwerkende kracht aan een nieuwe wet? Het verhangen van de bordjes. Wat destijds – toen het gebeurde – geoorloofd, rechtmatig, toegestaan, verbindend was, wordt door de nieuwe wet alsnog ongeoorloofd, onrechtmatig, verboden, onverbindend verklaard. Terugwerking dient niet om feiten te loochenen, doch om achteraf het juridische etiket te wijzigen van het feitelijk gebeurde, dat op zich zelf onaangetaast blijft. Want (G. Achterberg, *Electrolyse*):

‘Wat eenmaal plaats gehad heeft kan niet meer
ontkomen aan ’t verbruikte kwantum tijd
dat het gebonden houdt als water zuurstof.’

Dat is niets nieuws. Zie de zeer duidelijke uiteenzetting van Duk, p. 12-15.

In geval van overgangsrechtelijke terugwerking wordt dus achteraf het juridische etiket gewijzigd. Dat is echter een onvolledige constatering, want die wijziging van het juridische etiket kan zeer verschillend zijn. Men kan onderscheiden naar gelang de nieuwe wet betrekking heeft op:

- a. uitsluitend posterieure feiten.
- b. en posterieure feiten en posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten.
- c. en posterieure feiten en posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten en anterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten.
- d. en posterieure en anterieure feiten.

Ad a. Voorbeeld: art. 4 lid 2 wet van 25 maart 1981 (S. 166) betreffende conflictenrecht echtscheidingen:

‘Deze wet is van toepassing op de erkenning van buitenlandse beslissingen . . . welke zijn tot stand gekomen na de dag van inwerkingtreding.’

De wet is dus niet van toepassing op de erkenning van vóór de invoering gewezen buitenlandse beslissingen (anterieur rechtsfeit), ook indien de rechtsgevolgen van die beslissingen na de invoering worden ingeroepen (posterieur rechtsgevolg van anterieur rechtsfeit).

De wet werkt dus in geen enkel opzicht terug. Zij vindt onmiddellijke toepassing met *respecterend effect*: ten aanzien van de posterieure rechtsgevolgen van anterieure beslissingen wordt het oude recht geëerbiedigd.

Ad b. Voorbeeld: art. V lid 1 wet van 11 maart 1981 (S. 111) betreffende loonbeslag:

‘Deze wet is mede van toepassing op arbeidsovereenkomsten die bestaan op het tijdstip waarop deze wet in werking treedt.’

De wet is van toepassing en op arbeidsovereenkomsten die vanaf de invoering worden aangegaan (posterieure feiten) en op voordien aangegane arbeidsovereenkomsten (anterieure feiten), doch slechts voor zover betreft de gevolgen vanaf de invoering (posterieure rechtsgevolgen). De wet is echter niet van toepassing op de anterieure rechtsgevolgen van de anterieure arbeidsovereenkomsten of op de anterieure arbeidsovereenkomsten zelf.

De wet werkt niet terug. Zij vindt onmiddellijke toepassing met *exclusief effect*. Daarin ligt een minder vergaande eerbiediging van het oude besloten

dan in geval *a*: de posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten worden niet geëerbiedigd (dwz. niet naar de oude wet beoordeeld). Anderzijds ligt daarin een schijn van terugwerking, dus quasi-terugwerking, besloten: ten aanzien van de posterieure rechtsgevolgen ontsnappen de anterieure feiten niet aan de nieuwe wet.

Dit zijn de reeds in § 283 onder *c* gesignaleerde overlopende rechtsverhoudingen, die – door de quasi-terugwerking, die geen terugwerking is en niets met art. 4 AB te maken heeft – in het overgangsrecht zo veel verwarring stichten.

Ad c. Voorbeeld: art. II wet van 27 juni 1982 (S. 608) tot wegneming van onderscheid tussen wettige en natuurlijke afstamming in het erfrecht:

‘Art. I werkt terug tot 13 juni 1979.’

De wet is van toepassing en op nalatenschappen die na de invoering openvallen (posterieure feiten) en op voordien opgevallen nalatenschappen (anterieure feiten), doch slechts voor zover zij tot een rechtshandeling (verdeling) vóór de invoering hebben geleid (anterieure rechtsgevolgen).

Het is een kwestie van beschouwingwijze of men in dit geval wil spreken van onmiddellijke toepassing met *retroactief effect*, dan wel van terugwerking met *respecterend effect*. Wie naar het verleden kijkt – dus het laatste standpunt inneemt –, constateert immers dat de nieuwe wet niet van toepassing is op verdelingen, anterieur aan 13 juni 1979; ondanks de terugwerking wordt de oude wet in zoverre geëerbiedigd. Wie echter naar de toekomst kijkt, moet vaststellen dat de wet niet alleen op de toekomst, doch ook op het verleden betrekking heeft, namelijk op bepaalde anterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten.

Ad d. Voorbeeld: ontwerp-art. 4 AB volgens het ingetrokken w.o. 8436:

‘Zij (de wet) heeft terugwerkende kracht, voor zover zij van het tijdstip van haar in werking treden af van toepassing is op voordien voorgevallen feiten, als ware zij reeds ten tijde van het voorvallen van die feiten van kracht.’

In dat geval worden naar de nieuwe wet beoordeeld alle posterieure feiten, alle anterieure feiten en alle – posterieure en anterieure – rechtsgevolgen van anterieure feiten. De nieuwe wet eerbiedigt de oude wet niet.

De Overgangswet vat terugwerkende kracht in deze – zeer beperkte – betekenis op. Zie MvT, p. 23.

De Overgangswet kent dus uitsluitend terugwerking *ex tunc*, dus de ‘echte Rückwirkung’ van Von Savigny. De ‘unechte Rückwirkung’ – verwarrenderwijze terugwerking *ex nunc* genoemd – is geen terugwerking (doch onmiddellijke toepas-

sing), zeker in het systeem van de Overgangswet, maar naar mijn mening ook in het stelsel van het gemene overgangsrecht.

288 HET ACHTERLIGGENDE PROBLEEM. De nieuwe wet kan op zeer verschillende wijzen inwerken op een feitencomplex of rechtsverhouding, die zij bij de invoering aantreft. Zij wijzigt steeds het juridische etiket, want bij gebreke daarvan is er geen transitair probleem. Van overgangsrechtelijke terugwerking is slechts sprake in het in § 287 onder *d* bedoelde geval (en misschien in dat onder *c*): een zodanige wijziging van het juridische etiket, dat de voordien voorgevallen feiten (of voordien ingetreden rechtsgevolgen) van de aanvang af volgens de nieuwe wet worden beoordeeld.

Anders gezegd: overgangsrecht en terugwerkende kracht zijn niet synoniem. Dat is geen opzienbarende conclusie.

Belangrijker is, dat achter de in § 287 uiteengezette vier-deling een ander probleem schuil gaat, dat verwarrenderwijze eveneens vier-delig is. De nieuwe wet treft namelijk bij haar invoering feiten aan, ten aanzien waarvan zich de volgende mogelijkheden kunnen voordoen:

- a. De feiten zijn *en* volgens de oude *en* volgens de nieuwe wet rechtsfeiten met hetzelfde rechtsgevolg.
- b. De feiten zijn *en* volgens de oude *en* volgens de nieuwe wet rechtsfeiten, maar met verschillende rechtsgevolgen.
- c. De feiten zijn volgens de oude wet rechtsfeiten, maar volgens de nieuwe wet niet.
- d. De feiten zijn volgens de oude wet geen rechtsfeiten, maar wel volgens de nieuwe wet.

Ad a.

Voorbeeld: een beschikkingsbevoegde heeft vóór de invoering krachtens geldige titel met inachtneming van alle leveringsvereisten een goed overgedragen. Resultaat: (eigendoms)-verkrijging *en* volgens de oude wet (art. 639 BW) *en* volgens de nieuwe wet (art. 3.4.2.4); overgangsrechtelijke problemen zijn niet te duchten.

Dat geldt natuurlijk uitsluitend, indien de nieuwe wet geen andere eisen stelt aan de geldigheid van de titel – zoals 3.4.2.2 lid 3 doet met betrekking tot de fiduciaire titel – of aan de levering. Dit laatste gebeurt in artt. 2:86 en 196 nieuw. Zie art. 9 Ov. II, waarover § 126.

Ad b.

Voorbeeld: een verbintenis tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd;

volgens BW: titel tot overdracht in tijdelijke eigendom (zie Asser-Beekhuis I, p. 173); volgens NBW: titel tot vestiging van tijdelijk vruchtgebruik (art. 3.4.2.2a). Resultaat: een overgangsrechtelijke voorziening zou vereist zijn (ware het niet, dat de formulering van art. 3.4.2.2a deze overbodig maakt).

De overgangsbepaling van art. 87 Ov. (N. 6025) betreft niet de verbintenis tot overdracht in tijdelijke eigendom, doch de tijdelijke eigendom zelf. Zie § 129.

Ad c.

Voorbeeld: het opmaken van een akte van cessie; volgens de oude wet: rechtsgeldige cessie (art. 668 BW); volgens de nieuwe: bij gebreke van mededeling geen rechtsgeldige cessie (art. 3.4.2.7). Resultaat: een overgangsmaatregel is noodzakelijk. Art. 4 AB levert die maatregel op, want krachtens het terugwerkingsverbod wordt aan de rechtsgeldigheid van de anterieure cessie niet getornd. De wel getroffen overgangsrechtelijke voorziening (art. 90 Ov., N. 6028) heeft dan ook uitsluitend betrekking op de bescherming van de debitor cessus.

In § 126 is er reeds op gewezen, dat het onder *c* bedoelde geval het omgekeerde is van dat onder *a*. De geheel verschillende overgangsrechtelijke behandeling van beide gevallen is het gevolg van het verschil in uitgangspunt, dat in de onderhavige paragraaf besproken wordt.

Ad d.

Voorbeeld: langjarig bezit van een der in art. 2000 BW niet genoemde zaken leidt niet tot verkrijging door verjaring; volgens art. 3.4.3.1 wordt een dergelijke zaak door 3-jarig bezit verkregen. Resultaat: bij het ontbreken van een overgangsregeling kunnen moeilijkheden rijzen. Zie art. 92 Ov. (N. 6035).

289 EEN VOORBEELD. Het vorenstaande wekt de indruk van droge theorie. Dat het zeer praktische gevolgen kan hebben, moge uit het volgende blijken:

Een 12-jarig kind heeft vóór de invoering een verkeersfout gemaakt en aan een derde schade toegebracht; zijn ouders zijn daarvoor niet aansprakelijk, omdat zij een geslaagd disculpatieberoep krachtens art. 1403 kunnen doen; het kind zelf is aansprakelijk, maar biedt geen verhaal; leidt invoering van art. 6.3.2.1 er toe, dat de persoonlijke aansprakelijkheid van het kind eindigt en dat de ouders zich niet meer op disculpatie kunnen beroepen?

De Overgangswet antwoordt – uitgaande van de omschrijving van art. 4 AB volgens w.o. 8436 – op beide vragen bevestigend. Om deze, volgens de overgangswetgever ongewenste consequentie te vermijden is een afzonderlijke bepaling vereist: art. 70 lid 1 Ov.: ‘Het enkele in werking treden van de wet doet geen vorderingsrechten en schulden ontstaan . . . of tenietgaan’. Door de invoering wordt aldus het kind niet van zijn aansprakelijkheid bevrijd (het vorderingsrecht van de gelaedeerde gaat niet teniet); anderzijds ontstaat geen aansprakelijkheid van de ouders (want door de invoering ontstaat geen schuld).

Wie daarentegen het begrip terugwerkende kracht ruimer neemt, heeft aan art. 70 lid 1 Ov. geen behoefte: het ontstaan van vorderingsrechten, c.q. tenietgaan van schulden levert ‘terugwerking ex nunc’ op, valt reeds onder het terugwerkingsverbod van art. 4 AB en komt daarom ‘gar nicht in Frage’.

Betrekt men het voorbeeld in de in § 288 uiteengezette vier-deling, dan blijkt het volgende.

Voor zover betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van het kind doet zich de situatie onder *c* voor: het feit was rechtsfeit onder de oude wet, maar is het niet volgens de nieuwe wet. Of een overgangsvoorziening nodig is, hangt af van de betekenis, die men aan het terugwerkingsverbod toekent; indien het terugwerkingsverbod mede verbiedt, dat de dader van zijn aansprakelijkheid wordt ontheven, is art. 70 lid 1 Ov. eigenlijk overbodig. Wie aan het terugwerkingsverbod een beperkter betekenis toekent, vindt art. 70 lid 1 Ov. onmisbaar.

Voor zover betreft de risico-aansprakelijkheid van de ouders, doet zich de situatie onder *d* voor: het feit was geen rechtsfeit vóór de invoering, maar verkrijgt die hoedanigheid vanaf de invoering. Ook indien het feit reeds voordien heeft plaats gehad? Dat hangt wederom af van de – meer of minder beperkte – betekenis, die men aan art. 4 AB toekent.

Uit dit alles moge één ding duidelijk worden: het vertrouwen, dat men in art. 4 AB mag stellen, is niet bijzonder groot. De interpretatie ervan levert moeilijkheden op en het interpretatieresultaat hangt meer af van het temperament van de uitlegger dan van objectieve juridische criteria.

290 TERUGWIJZING. De aandacht, die het overgangsrecht aan het terugwerkingsverbod toekent, dreigt tot een dubbel misverstand te leiden, namelijk: enerzijds, dat het overgangsrecht zich beperkt tot het terugwerkingsverbod, c.q. wat het precies inhoudt; anderzijds dat het verschijnsel terugwerkende kracht tot het overgangsrecht beperkt is. Dit laatste misverstand komt hier aan de orde. Het is evident een misverstand, want ook in andere

onderdelen van het (burgerlijk, proces- of administratief) recht wordt aan rechtsgevolgen terugwerkende kracht toegekend, buiten elk verband met het overgangsrecht.

Zie Meijers, Alg. Begrippen, p. 236/237, die naast elkaar stelt verklaringen van belanghebbenden (rechtshandelingen), van de rechter (vonnissen) en van de wetgever (wetten) met terugwerkende kracht. Polman p. 20, acht het 'een vraag op zich' of 'deze retroactiviteit buiten het overgangsrecht al dan niet samenvalt met de terugwerkende kracht binnen het overgangsrecht'.

Tot de rechtsfeiten, waaraan het privaatrechtelijke vermogensrecht terugwerken de kracht kan toekennen, behoren:

- de vernietiging (en bekrachtiging) van rechtshandelingen; terugwerkende kracht èn volgens BW èn volgens NBW.
- de vervulling van de (opschortende of onbindende) voorwaarde; terugwerken de kracht volgens BW (art. 1297), maar niet volgens NBW (art. 3.2.5).
- de ontbinding van wederkerige overeenkomsten; terugwerkende kracht volgens BW (art. 1301), maar niet volgens NBW (art. 6.5.4.9).

Ook in het overgangsrecht kunnen dergelijke rechtsfeiten (waaraan uit hun aard terugwerkende kracht verbonden is) een rol spelen, namelijk indien een dergelijk rechtsfeit als overgangsrechtelijk relevant wordt aangewezen. Doet zich dit – relevante – rechtsfeit voor, dan brengt zijn terugwerkende kracht mee, dat het etiket van de rechtsbetrekking tussen partijen achteraf wordt gewijzigd. Dat heeft niets met art. 4 AB te maken; het is een terugwijzing (materieelrechtelijke terugwerking), die zich geheel buiten art. 4 AB om voltrekt.

Zie De Die, p. 279 vlg.; en Knigge, p. 127 (noot 38): bij terugwerking krachtens art. 4 AB gaat het om 'het verbinden van rechtsgevolgen aan anterieure feiten'; bij terugwijzing is de terugwerking 'een rechtsgevolg, door de wet aan een posterieur feit verbonden'.

Deze terugwijzing – of materieelrechtelijke terugwerking – kan ook in het overgangsrecht een rol spelen, namelijk wanneer het – door de Overgangswet als relevant aangewezen – rechtsfeit materieelrechtelijk terugwerkt. Daarbij is op zich zelf onverschillig of het overgangsrechtelijk relevante – materieelrechtelijk terugwerkende – rechtsfeit tot (a) de oude, dan wel (b) de nieuwe wet behoort. De daarmee verband houdende problemen zijn echter verschillend.

Voorbeelden:

a. Wanpraestatie, gepleegd vóór de invoering. Ontbinding uitgesproken na de

invoering; de ontbinding heeft terugwerkende kracht volgens de – overgangsrechtelijk toepasselijke (art. 182 Ov.) – oude wet.

- b. Vóór de invoering (van boek 1) hertrouwt de moeder van een overspelig kind; na de invoering wordt het kind door de tweede echtgenoot erkend; die erkenning werkt terug tot de datum van huwelijkssluiting (HR, NJ 1972/30 noot HB).

In geval *a* is overgangsrechtelijk niets bijzonders aan de hand. Opmerkelijk is slechts het *gecontinueerde voortbestaan* van de oude wet: zij beheerst de ontbinding, maar ook – als gevolg van de terugwerkende kracht – de ontbindingsgevolgen.

De overgangswetgever, die dit gecontinueerde voortbestaan niet wenst, moet daartegen maatregelen nemen. In de Overgangswet komen dergelijke maatregelen ten aanzien van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten niet voor; zie MvT p. 86 en 92.

Het probleem doet zich ook voor in geval van vernietiging, na de invoering, van een 'oude' overeenkomst. Die bezwaren worden in de Overgangswet niet adaequaat ondervangen. In N. 1011, 1013 en 6114 wordt daarom een ander stelsel voorgesteld (zie § 15 en 16).

In geval *b* doet zich een bijzonderheid voor: de rechtsgevolgen, die het rechtsfeit terugwerkend teweegbrengt, zijn de rechtsgevolgen, die het rechtsfeit *volgens de nieuwe wet* heeft; die rechtsgevolgen kunnen andere zijn dan die van de oude wet. De terugwerkende kracht leidt er dan toe, dat aan een anterior rechtsfeit de rechtsgevolgen van de nieuwe wet worden vastgeknoot.

Dit blijkt duidelijk uit HR, NJ 1972/30. Ten tijde van het hertrouwen van de moeder – vóór de invoering van boek 1 – was wettiging van een overspelig kind verboden (art. 343 oud); de erkenning (naar het nieuwe recht van boek 1) deed haar rechtsgevolg echter intreden vóór de invoering van boek 1.

Ook de Overgangswet heeft deze terugwijzing (materiële terugwerking) onderkend. Zie MvT, p. 23.

291 VERKREGEN RECHTEN. Het terugwerkingsverbod van art. 4 AB = art. 2 Franse Code Civil gaat terug op het Romeinse recht.

Zie Cicero, In Verrem II, 1, 42, 109: 'Omnia quae ante acta sunt, rata esse patietur' (al hetgeen tevoren afgewikkeld is, behoort onaangetaast te blijven). In het Justiniaan-

se recht is dit principe uitgegroeid tot (Codex 1, 14, 7): 'Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit' (Wetten hebben stellig ten doel de aard van toekomstige rechtshandelingen te bepalen, niet om inbreuk te maken op voltooide rechtsfeiten, tenzij daarin uitdrukkelijk bepaald wordt dat zij ook betrekking hebben op de verleden tijd en nog lopende rechtshandelingen).

Dit terugwerkingsverbod is in de Middeleeuwen in verband gebracht met de verkregen rechten (*iura quaesita*, *droits acquis*, *vested rights*, *wohlerworbenne Rechte*). Dit verband schijnt gelegd te zijn door Jacobus de Belvisio (1270-1335), hoogleraar te Napels en behorende tot de postglossatoren: 'Quotiens ex electione veteri lege (veteris legis?) ius aliquod acquisitum est, constitutio nova revocari non debetur' (zo dikwijls uit de bepaling van de oude wet een recht verkregen is, behoort het door de nieuwe wet niet aangetast te worden).

Zie daarover uitvoerig F. Affolter, *Geschichte des intertemporalen Privatrechtes*, 1902, p. 249 vlg.; en G.J.Ph. Folmer, *Ontwikkeling van het intertemporaal burgerlijk recht in theorie en practijk*, 1928.

Het verband tussen terugwerkingsverbod en verkregen rechten ligt ook aan art. 2 Franse Code Civil ten grondslag.

Zie Portalis, *Exposé des motifs*:

'Que deviendrait la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions et troublé dans ses droits acquis par une loi postérieure'.

In zoverre valt er wel het een en ander af te dingen op de in MvT, p. 17 *a* verkondigde opvatting.

Dit verband komt echter in de tekst van art. 2 Franse CC (of van art. 4 AB) niet tot uitdrukking. Dat is wel het geval in het Oostenrijkse ABGB van 1811. Daarin is de positieve regel van art. 2 CC tot een zelfstandige § 3 verheven, dus afgesplitst van de negatieve regel: § 5: 'Gesetze wirken nicht zurück, sie haben daher (!) auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbenne Rechte keinen Einfluss'.

Het terugwerkingsverbod kreeg aldus een andere dimensie: terugwerking werd onaanvaardbaar geacht, indien de nieuwe wet inbreuk maakte op verkregen rechten, doch aanvaardbaar, indien de nieuwe wet een blote verwachting (*simple expectative*) teleurstelde. Het probleem werd verplaatst

naar de definitie van verkregen recht, c.q. blote verwachting, doch niemand bleek in staat daarvoor bevredigende definities te geven. Dat leidde tot volstrekte willekeur, want men draaide het procédé om: men construeerde een verkregen recht, zo dikwijls men terugwerking niet wenste. Het is de eminente verdienste van Hijmans van den Bergh in 1928 in Nederland en van Roubier in 1929 in Frankrijk geweest, de onhoudbaarheid van de leer der verkregen rechten als overgangsrechtelijk hulpmiddel te hebben aangetoond.

Hijmans van den Bergh is er in geslaagd, de Nederlandse theorie en praktijk van de verkregen rechtenproblematiek te bevrijden. Of Roubier daarin ook in Frankrijk geslaagd is, valt moeilijk na te gaan.

In Duitsland ontbreekt een figuur à la Hijmans van den Bergh. Dat heeft er toe geleid, dat bij de invoering van het BGB in 1900 generlei algemene overgangsvorschriften zijn opgenomen: men kwam er niet uit, vooral onder invloed van de verkregen rechtenleer (Zie Staudinger, EGBGB, 1973, p. 499 vlg.). En men komt er nog steeds niet uit. Zo wordt de onmiddellijke toepassing van nieuw procesrecht in lopende gedingen gemotiveerd met: 'Es gibt auf dem Gebiet des Prozessrechts kein "erworbenes Recht", kein durch Klageerhebung oder Antrag erwachsenes Recht darauf, dass sich der Prozess oder die Zwangsvollstreckung in bestimmter Weise abspiele. Sieht also das neue Recht eine andere Form des Rechtsschutzes vor, so ist nach Inkrafttreten nur die neue Form zulässig und die alte unzulässig' (Stein-Jonas, Zivilprozessordnung III, 1975, § 1 EGZPO, aantek. II, 1). Het ontbreken van een verkregen recht heeft verstrekkende overgangsrechtelijke consequenties! In Zwitserland heeft men het probleem op andere wijze trachten op te lossen. Zie Artt. 1-4 Schlusstitel ZGB. Art. 1 bevat het terugwerkingsverbod, maar corrigeert dit in art. 3 (reeds bestaande rechtsverhoudingen blijven geldig, doch worden naar hun inhoud voortaan door de nieuwe wet bepaald) en in art. 4 (blote verwachtingen 'durch die . . . ein rechtlich geschützter Anspruch nicht begründet gewesen ist' vallen onder de toepassing van de nieuwe wet). Zie G. Broggin Inter-temporales Privatrecht, p. 439 vlg. (in Schweizerisches Privatrecht I, 1969, onder redactie van M. Gutzwiller). Men dient er wel op te letten, dat in Zwitserland onder het terugwerkingsverbod ook de onmiddellijke toepassing wordt begrepen.

Theorie en praktijk hebben daarom getracht zich aan de invloed van de verkregen rechten-leer te onttrekken. Daarvoor heeft men verschillende hulpmiddelen gebruikt.

292 ONTSTAAN EN INHOUD VAN RECHTEN. Een van die hulpmiddelen was de introductie van het onderscheid tussen enerzijds ontstaan (en tenietgaan) van rechten, anderzijds hun inhoud. Kort samengevat verdeelde men: het terugwerkingsverbod – van art. 4 AB of corresponderende

voorschriften – belet dat de nieuwe wet het ontstaan (of tenietgaan) van bestaande rechten wijzigt; het belet niet, dat hun inhoud voor de toekomst wordt veranderd.

Het onderscheid schijnt terug te gaan op Von Savigny (System deel VIII, p. 368 vlg.), die verschil maakte tussen rechtsregels betreffende de ‘Erwerb der Rechte’ en rechtsregels ten aanzien van het ‘Daseyn der Rechte’. Of Von Savigny met deze tegenstelling inderdaad op het verschil tussen ontstaan (tenietgaan) en inhoud van de rechten gedoeld heeft, kan in dit verband in het midden blijven. Zeker is, dat men op grond daarvan rechtsverkrijging (en rechtsverlies) overgangsrechtelijk op andere wijze waardeerde dan de rechtsinhoud.

Dit verschil in waardering leidde in Frankrijk tot de leer van enerzijds de ‘situations légales’, anderzijds de ‘situations contractuelles’: in geval van wetswijziging werd de nieuwe wet onmiddellijk – voor de toekomst – toegepast op de situations légales, terwijl zij slechts met miskenning van het terugwerkingsverbod op de situations contractuelles toegepast kon worden.

Aldus – veel te simplistisch weergegeven – de opvatting van Roubier, p. 314 vlg. Zie daarover uitvoerig Polman, p. 398-402.

De invloed van deze opvatting wordt duidelijk in het Zwitserse recht. Art. 1 van de Schlusstitel ZGB stelt het terugwerkingsverbod voorop, namelijk in die zin, dat ‘die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind’, ook voor het vervolg door de oude wet beheerst worden; dus: eerbiediging. Dit beginsel wordt echter gemitigeerd door o.m. art. 3 Schlusstitel: ‘Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, sind nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind’; dus: onmiddellijke toepassing met exclusief effect.

293 RECHTSPOSITIES. Een ander hulpmiddel om zich van de verkregen rechten-leer te ontdoen, was de introductie van de neutrale term ‘rechtspositie’.

Zie D.J. Veegens, WPNR 4900:

‘Het tweede gedeelte van het werk van Hijmans heeft bestaan in zijn bestrijding van de klassieke leer van de verkregen rechten, welke ten grondslag heeft gelegen aan art. 4 AB en de Overgangswet 1829. In plaats daarvan onderscheidt hij drie soorten ‘rechtsposities’, een vertaling van het Franse begrip ‘situations juridiques’. Het verschil met de meer gangbare term ‘rechtsbetrekkingen’ is mij nooit duidelijk geworden.’

De term 'rechtspositie' is inderdaad uit Frankrijk geïmporteerd. Hij werd boven 'rechtsbetrekking' verkozen, omdat een rechtsbetrekking nu eenmaal een relatie tussen twee subjecten (voorbeeld: overeenkomst) of een relatie tussen een subject en een object (voorbeeld: eigendom) veronderstelt, maar het overgangsrecht herhaaldelijk geconfronteerd werd – en wordt – met bevoegdheden van een rechtssubject zonder bijbehorend object of zonder corresponderend subject: de staat van meerderjarigheid, procesrechtelijke bevoegdheden, huwelijksbevoegdheid, testevrijheid. Het doet gewrongen aan in dergelijke gevallen van een rechtsbetrekking te spreken. De term rechtspositie ondervindt deze moeilijkheid. Zie Roubier, p. 181, waarover Polman, p. 394 vlg.

Bovendien had de term rechtspositie nog een andere prettige eigenschap: iedere reminiscentie aan verkregen rechten werd vermeden. Dat was voor de bestrijders van de leer der verkregen rechten – Roubier en Hijmans van den Bergh – een niet te versmaden voordeel.

De critici van Hijmans van den Bergh hebben dan ook niet zonder enige grond opgemerkt, dat hij de leer van de verkregen rechten 'meer met de lippen dan metterdaad' verwierp (Cleveringa, WPNR 4422) en dat zijn opvatting slechts neerkwam 'op een andere formulering van de leer der verkregen rechten' (D.J. Veegens, WPNR 4457). Dat heeft Hijmans van den Bergh ook ruitelijk erkend, met de toevoeging, dat zijn constructie 'wat meer helderheid' kon brengen (praeadvies p. 26).

Hijmans van den Bergh onderscheidde aldus drie categorieën van rechtsposities: onbepaalde, formeel bepaalde, materieel bepaalde rechtsposities. Dit onderscheid is inderdaad verhelderend. Het biedt echter weinig houvast om te bepalen, in hoeverre die rechtsposities door een nieuwe wet worden beheerst.

Zie voor de samenvatting van Hijmans van den Berghs opvatting: zijn praeadvies, p. 23/24.

Zie voor de zeer betrekkelijke waarde van de rechtspositieleer voor de oplossing van overgangsrechtelijke problemen: Knigge, p. 134-138.

De leer der rechtspositie had echter een veel belangrijker betekenis: het inzicht, dat het in het overgangsrecht niet om geïsoleerde feiten met hun rechtsgevolgen gaat, doch dat daarin rechtsbetrekkingen of rechtsverhoudingen centraal staan, namelijk dergelijke verhoudingen, die zich onder de oude wet hebben ontwikkeld en met de nieuwe wet geconfronteerd worden. Dat is het eigenlijke winstpunt van het begrip rechtspositie.

294 HET VERTROUWENSBEGINSEL. De leer der verkregen rechten heeft het overgangsrecht zwaar belast. Niettemin: het overgangsrecht kan zijn functie niet vervullen zonder met verkregen rechten rekening te houden. Dat heeft ook Hijmans van den Bergh ingezien: 'Die leer (der verkregen rechten) borg toch ergens een kern van waarheid' (praeadvies, p. 22). Die 'kern van waarheid' is het in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginsel van vertrouwensbescherming, dat in onderscheidene bewoordingen in rechtspraak en literatuur wordt toegepast.

Zie voor het beginsel van de vertrouwensbescherming – staande naast, of onderdeel uitmakende van het rechtszekerheidsbeginsel – Van Wijk-Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 1979, p. 94; J. in 't Veld, Beginselen van behoorlijk bestuur, 1979, p. 89-98; M. Scheltema, De rechtsverwerking in het administratieve recht, 1975; G.J. Wiarda, Spel van verwachtingen in privaat- en publiekrecht (Hijmans van den Bergh-bundel, 1971, p. 419-436); en de bijdragen van A.M. Donner, Ch.P.A. Geppaart, G.J. Scholten, J.C.M. Leijten, M. Scheltema en A.J. Hoekema in RM Themis 1984, p. 457-574 (themanummer Het vertrouwensbeginsel). Zie ook de praeadviezen van A. Kölz en M. Borghi, op 25 september 1983 uitgebracht voor de Schweizerische Juristenverein (gepubliceerd in Zeitschrift für Schweiz. Recht 1983, deel II).

Voor het overgangsrecht zou men aldus als beginsel kunnen aanvaarden, dat gerechtvaardigd vertrouwen op door de overheid – als wetgever – opgewekte verwachtingen niet zonder gewichtige redenen beschaamd mogen worden. Dat behelst enerzijds, dat het vertrouwen gerechtvaardigd moet zijn; en anderzijds, dat niet iedere vertrouwensbeschaming ontoelaatbaar is, doch slechts een vertrouwensbeschaming zonder gewichtige redenen. Dat biedt weinig houvast en dat is niet verwonderlijk, want het vertrouwensbeginsel is 'bijzonder amorf' (F.H. van der Burg, praeadvies Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking 1969, p. 40). Dat geldt echter voor alle open normen, die concretisering door de rechter behoeven, en ontnemt aan het beginsel niet het leidend karakter bij de wetsuitlegging in concrete situaties.

Bij de behandeling van het ontwerp, dat tot de wet van 21 juni 1979, Stbl. 330 (woonruimtehuur) heeft geleid, werd er uit de Tweede Kamer op gewezen, dat eigenaars van woningen er niet op hadden mogen rekenen dat zekere bepalingen met terugwerkende kracht zouden worden ingevoerd. Minister De Ruiter – een ras-echte civilist, al is hij tijdelijk (?) naar defensie gedeserteerd – antwoordde (Hand. T.K. 1978/79, p. 5146):

'Vraagstukken van overgangsrecht zijn – evenzeer als vraagstukken van terugwerkende kracht – altijd enigszins precair. Men spreekt daarbij eigenlijk vanuit

een hypothetische situatie, in deze zin, dat men zegt: Waarop heeft iemand onder het oude recht mogen rekenen? Ik denk niet dat wij ervan mogen uitgaan, dat eigenaars mochten rekenen op een niet wijzigen van het recht ten aanzien van eigendom en van huur en dergelijke. Het is altijd mogelijk, dat een wet daarin wijziging aanbrengt en dat een eigenaar daarmee wordt geconfronteerd.'

Hij demonstreerde aldus op treffende wijze de onzekerheid, die aan het vertrouwensbeginsel eigen is.

Het is daarom de vraag of het vertrouwensbeginsel in de civiele rechtspraak een zelfstandige rol zal kunnen spelen. Om dit na te gaan, veroorloof ik mij een – zeer oppervlakkig – uitstapje naar het administratieve recht.

295 DE ADMINISTRATIEFRECHTELIJKE ERVARING. Ook het administratieve recht wordt met problemen van overgangsrecht geconfronteerd, zowel bij de toepassing van nieuwe wetten – zie § 286 – , als in verband met de toetsing van beschikkingen.

Dat zijn in vele gevallen terugwerkingsproblemen, die eigenlijk niets met overgangsrecht te maken hebben.

Voorbeelden:

- Bevordering van een ambtenaar per een anterieure datum; de bevorderde verkrijgt vanaf die datum uiteraard recht op het hogere salaris; heeft hij echter ook aanspraak op de hogere reiskostenvergoeding – verbonden aan de nieuwe rang – vanaf het anterieure tijdstip? Neen: CRvB, AB 1952/193.
- Intrekking van een ABW-uitkering met terugwerkende kracht; mag dat? In beginsel niet, maar uitzonderingen zijn denkbaar, nl. indien de uitkeringsontvanger gewaarschuwd was (KB, AB 1983/456).

Er komen echter ook problemen voor, die – bij wijze van spreken – uit het privaatrecht afkomstig zijn.

Voorbeelden:

- Na weigering van een vergunning stelt de aanvrager beroep in; hangende het beroep wordt de wet (in materiële zin) gewijzigd; moet op het beroep krachtens de oude of krachtens de nieuwe wet worden beslist? Volgens KB, AB 1980/350: beoordeling krachtens de oude wet (op redelijkheidsgronden; zie de kritische noot JRSt.). Maar volgens AR, AB 1983/376: beoordeling krachtens de nieuwe wet, die toepasselijk is bij gebreke van overgangsbepalingen.
- Is het beroep ontvankelijk, indien na vergunningweigering en ingesteld beroep de wet aldus wordt gewijzigd, dat de beroepsmogelijkheid komt te vervallen? Ja: KB, AB 1980/350 en 1983/502.

De oplossing van overgangsrechtelijke problemen in het administratieve recht wordt door een drietal factoren bepaald:

- a. De *aard van de beschikking* is van invloed. De problemen – en hun oplossingen – zijn vermoedelijk verschillend bij begunstigende, belastende, constaterende en overige beschikkingen.

Dat is door Duk, p. 35-49, aangetoond voor de betekenis van de terugwerkende kracht bij beschikkingen. Het is aannemelijk, dat hetzelfde geldt voor transitoire problemen in verband met beschikkingen.

- b. De *aard van de toetsing* speelt een rol, want in geval van administratief beroep (beroep binnen de administratie) heeft de toetsende instantie een ruimere armslag dan bij beroep op een administratieve rechter, wiens taak meestal tot een rechtmatigheidstoetsing beperkt is. Maar ook de beoordelingsmarges, die zich de verschillende administratieve rechters gereserveerd hebben, vertonen meer dan nuanceverschillen; daarbij valt te denken aan de HR (in belastingzaken), CRvB (in sociale verzekerings- c.q. ambtenarenzaken), CBB en AR (in Arob-zaken).

Daarmee hangt onder meer samen of de beroepsinstantie *ex nunc*, dan wel *ex tunc* toetst. De situatie is in dit opzicht hoogst verward.

Zie rapport ABAR 1984, p. 436-439, en P.J.J. van Buuren c.s., Kroonberoep en Arob-beroep, 1981, *passim*.

- c. Aan het *vertrouwensbeginsel* en zijn corrigerende invloed wordt in de diverse onderdelen van het administratieve recht een zeer verschillende invloed toegekend. HR (belastingkamer) en CRvB erkennen die invloed, doch de AR erkent hem niet (evenmin als de civiele kamer van de Hoge Raad).

Zie rapport ABAR, 1984, nos. 5.6 en 5.7, en Ten Berge-Tak, *Ned. admin. procesrecht I*, 1983, nos. 786-793.

Voor het privaatrecht opent dit uitstapje geen weidse perspectieven, doch slechts een steuntje bij de interpretatie van een nieuwe wet. De wetstoepasser – lees: rechter – is weliswaar bij de wettoepassing niet gebonden aan enige bijzondere beperking, maar hij mag niet zonder gegronde reden een schending van het vertrouwensbeginsel door de wetgever veronderstellen. Of daarbij aan de aard van de rechtspositie eveneens betekenis mag worden toegekend, is twijfelachtig. De positie van een goederenrechtelijk gerechtigde – bij voorbeeld: eigenaar – lijkt weliswaar sterker dan die van een persoonlijk gerechtigde – bij voorbeeld: huurder, pachter, bruiklenner –, maar de op p. 225 vermelde opmerking van minister De Ruiter wekt reserves ten aan-

zien van het vertrouwen, dat in een tot dusver door de wet gewaarborgde rechtspositie mag worden gesteld.

296 VERKREGEN RECHTEN IN DE OVERGANGSWET. De neerslag van het vorenstaande is te vinden in artt. 69 en 70 Ov.: *de enkele invoering van de nieuwe wet leidt niet tot:*

hetzij verkrijging of verlies van een vermogensrecht,

hetzij verkrijging of verlies van een vorderingsrecht,

hetzij verkrijging of verlies van een schuld,

hetzij overgang van een vordering of schuld.

Voorbeelden:

- *Verkrijging of verlies van een vermogensrecht:* art. 3.4.2.7 voegt aan de constitutieve vereisten van art. 668 de mededeling aan de debitor cessus toe; een vóór de invoering – zonder betekening aan de debitor cessus – verrichte cessie blijft geldig.
- *Verkrijging of verlies van een vorderingsrecht:* indien de termijn van bevrijdende verjaring vóór de invoering is verstreken, is de rechtsovergang van de schuldeiser tenietgegaan; daaraan verandert een verlenging van de verjaringstermijn door de nieuwe wet niets.
- *Verkrijging of verlies van een schuld:* het 12-jarige kind, dat vóór de invoering voor een verkeersfout aansprakelijk was, blijft aansprakelijk; de invoering van art. 6.3.2.1 verandert daaraan niets.
- *Overgang van een vordering of schuld:* de aansprakelijkheid van het 12-jarige kind voor een verkeersfout gaat door de invoering van art. 6.3.2.1 niet over op de ouders.

De artt. 69 en 70 Ov. betreffen ontstaan of verlies (c.q. overgang) van de daarin genoemde rechten, maar hebben geen betrekking op de *inhoud* van die rechten: de nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de (inhoud van de) bestaande rechten voor het vervolg. Dat wordt in art. 70 lid 2 Ov. uitdrukkelijk voorgeschreven; het geldt echter ook in de door art. 69 bestreken gevallen (zie MvT, p. 29-30).

Dat houdt het volgende in:

- a. Voor de in artt. 69 en 70 Ov. bedoelde rechten bestaat verschil tussen 'Erwerb der Rechte' en 'Dasein der Rechte' (zie § 292). De Overgangswet continueert deze – te recht of ten onrechte – aan Von Savigny toegeschreven traditie.

Dat is merkwaardig. Bestaande rechten kunnen even zeer worden aangetast door

de verkrijging ervan discutabel te stellen als door aan de inhoud ervan te sleutelen. Bij het ontbreken van bijzondere overgangsbepalingen, maakt het – om een extreem voorbeeld te noemen – voor een gedeposeerde eigenaar bitter weinig uit of zijn eigendomsrecht zelf vervallen wordt verklaard, c.q. of hem ‘slechts’ de reindicatie wordt ontzegd.

- b. Uit art. 70 lid 2 Ov. blijkt, dat het onderscheid tussen situations légales en situations contractuelles geen rol speelt. Een contractuele rechtsbetrekking is – in de ogen van de overgangswetgever – evenmin een heilig huisje als een rechtsverhouding, waarvan de inhoud onafhankelijk van de wil van betrokkenen door de wet wordt bepaald.

De overgangswetgever is zich daarvan kennelijk niet bewust. Zie MvT, p. 30: art. 70 lid 2 wordt daar – met verwijzing naar art. 157 Pw. 1958 – genoemd ‘een bepaling die bij wijziging van met name het overeenkomstenrecht nogal gebruikelijk is’.

In dit opzicht verschilt het Nederlandse overangsrecht duidelijk van dat van andere landen. Zie ter illustratie:

- *Frankrijk*: art. 27 lid 2 Avant-projet de titre préliminaire: ‘Les lois nouvelles n’ont pas, en principe, d’effet sur les contrats en cours et ne modifient ni les effets juridiques de ceux-ci, ni leurs causes de dissolution’.
- *België*: Van Gerwen, Beginselen van Belgisch privaatrecht I, p. 70-73.
- *Duitsland*: art. 170 EGBGB: ‘Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze massgebend’, geheel in overeenstemming met art. XI van het Publikations-Patent d.d. 5 februari 1794 voor het Pruisische Allgemeine Landrecht.
- *Oostenrijk*: Klang, Kommentar ABGB (1948), aant. II, 2 bij par. 4: ‘Die Rechtsfolgen eines Schuldverhältnisses bestimmen sich nach dem Gesetz, das zur Zeit seiner Begründung gegolten hat’.
- *Zwitserland*: zie art. 3 Schlusstitel ZGB, aangehaald in § 292.

- c. De onder *a* en *b* genoemde consequenties gelden echter slechts voor de *enkele invoering* (‘het enkele in werking treden’) van de nieuwe wet. Artt. 69 en 70 Ov. verzetten zich er niet tegen, dat de nieuwe wet aan een partij bij een rechtsbetrekking een bevoegdheid toekent, waarvan de uitoefening tot het tenietgaan van een vermogensrecht leidt. Zie MvT, p. 26.

297 DE KNELPUNTEN. Het overangsrecht gaat – in en buiten het privaatrecht – door voor moeilijk. Het is inderdaad opgebouwd uit een aantal facetten, die een verwarrende indruk wekken. Het lijkt zinvol, die facetten kort samen te vatten:

- *Vertrouwensbeginsel*. Het terugwerkingsverbod vervult in het overgangsrecht een belangrijke functie. Terugwerkende kracht van de nieuwe wet mag nimmer verondersteld worden, doch slechts op grond van interpretatie van de nieuwe wet worden aangenomen. Bij die interpretatie mag niet zonder goede grond aan de wetgever de bedoeling worden toegeschreven, dat hij gerechtvaardigd vertrouwen in de oude wet heeft willen beschamen.
- *Statuswisseling van feiten*. Verandering van wetgeving kan meebrengen, dat materiële feiten (volgens de oude wet) door de invoering tot rechtsfeiten promoveren of dat rechtsfeiten (volgens de oude wet) door de invoering tot materiële feiten gedegradeerd worden. Aan die promotie of degradatie kunnen onverwachte consequenties verbonden zijn. De overgangswetgever behoort er op verdacht te zijn, de wetsuitlegger eveneens.
- *Quasi-terugwerking*. De onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet wekt in overlopende rechtsverhoudingen de indruk van terugwerking, hetgeen te wijten is aan een verkeerd uitgangspunt. Die quasi-terugwerking – ‘unechte Rückwirkung’, terugwerking ex nunc of hoe men haar noemen wil – heeft niets te maken met het terugwerkingsverbod, evenmin als de terugwijzing.
- *Feit en rechtsgevolg*. De quasi-terugwerking is niet de enige misvatting, waartoe overlopende rechtsverhoudingen aanleiding geven. De eigenlijke bron van verwarring is, dat een (anterieur) feit zowel vóór als na de invoering rechtsgevolgen heeft, dat de onmiddellijke toepassing (van de nieuwe wet) tot beoordeling van de posterieure rechtsgevolgen overeenkomstig de nieuwe wet leidt en dat in het overgangsrecht niet steeds voldoende wordt onderscheiden tussen feiten en hun rechtsgevolgen.

298 GELDING, TOEPASSING, EFFECT. Het verschil in overgangsrechtelijke beoordeling tussen feiten en hun rechtsgevolgen komt niet tot uitdrukking, wanneer men zich – zoals Hijmans van den Bergh deed – uitsluitend bezig houdt met de ‘werking’ van de nieuwe wet. Die term is in dit praeadvies zorgvuldig vermeden, omdat hij niet voldoende onderscheidend vermogen heeft.

Onder de ‘werking’ van een (nieuwe) wet kan men namelijk drieërlei verstaan:

- a. *Gelding* (vigueur, force, Kraft). Dit is het ‘verbindende’ worden van art. 2 AB. De wet ‘werkt’ eerst, nadat de publicatievoorschriften vervuld zijn; alsdan treedt zij in ‘werking’. Op dit aspect heeft betrekking § 28o.
- b. *Toepassing* (application, Anwendung). Dit is het bepalen van de feiten, die

onder de toepasselijkheid van de wet vallen: posterieure feiten (onmiddellijke toepassing, in de terminologie van Hijmans van den Bergh 'exclusieve werking'), toekomstige feiten (uitgestelde toepassing) of anterieure en posterieure feiten (terugwerking).

- c. *Effect*. Dit is een nadere bepaling van de temporele reikwijdte, van de temporele toepassing van de nieuwe wet, namelijk ten aanzien van de rechtsgevolgen van feiten:
- *respecterend effect*: uitsluitend posterieure feiten vallen onder de toepasselijkheid van de wet, dus noch anterieure feiten, noch de (anterieure en posterieure) rechtsgevolgen van anterieure feiten.
 - *exclusief effect*: onder de toepasselijkheid van de wet vallen èn posterieure feiten èn posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten, maar noch anterieure feiten zelf, noch hun anterieure rechtsgevolgen.
 - *retroactief effect*: onder de toepasselijkheid van de wet vallen èn posterieure feiten èn posterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten èn anterieure rechtsgevolgen van anterieure feiten, maar niet de anterieure feiten zelf.

Zie voor de trits: gelding – toepassing – effect, zij het in andere bewoordingen: Knigge, p. 20 (effect), p. 39 en 88 (gelding tegenover effect), p. 90 (toepassing tegenover effect). Zie ook Stein, p. 46.

Ter voorkoming van misverstand: deze indeling is een andere dan die van Hijmans van den Bergh (eerbiediging, exclusieve werking, terugwerking). De eerbiediging komt hierboven niet voor, want eerbiediging van de oude wet betekent steeds dat de nieuwe wet *niet* van toepassing wordt (MvT, p. 19). Anderzijds behelst bovenstaande classificatie een verfijning van Hijmans van den Berghs systeem.

Het beginsel van de Overgangswet is: onmiddellijke toepassing met exclusief effect. Dat dit beginsel in verschillende opzichten uitzondering lijdt, werd reeds vermeld in § 283. Zie aldaar.

299 RECHTSTOEPASSINGSRECHT. Het overgangsrecht heeft de naam moeilijk te zijn, maar in wezen is het buitengewoon simpel. Voor zover het niet uit koppelregels – materieel recht voor een bepaalde overgangsrechtelijke verhouding – bestaat, is het samengesteld uit verwijzingsregels. Het overgangsrecht vertoont dus veel gelijkenis met het IPR.

Die gelijkenis is niet toevallig: zowel het IPR als het overgangsrecht behoren tot het rechtstoepassingsrecht, dwz. een groep van rechtsregels die zelf geen materiële rechtsnormen bevatten, doch tot taak hebben het toepasselijke materiële recht te bepalen. Tot dit rechtstoepassingsrecht (De Die, RM

Themis 1979, p. 256, spreekt van 'geldingsregels') behoren regels over:

- de totstandkoming, afkondiging en gelding van wetten; zie het summiere overzicht in § 280.
- de uitleg van wetsbepalingen, zoals artt. 1378-1387.
- de onderlinge afbakening van materieelrechtelijke normen in materieel-rechtelijk opzicht (samenloop), regionaal opzicht (intergentioneel recht), lokaal of nationaal opzicht (IPR) of temporeel opzicht (overgangsrecht): de collisie- of verwijzingsregels.

De samenhang tussen IPR en overgangsrecht is reeds door Von Savigny onderkend: System VIII, Vorrede. De term rechtstoepassingsrecht (Rechtsanwendungsnormen) is echter uit later tijd. Zie:

- E. Zitelmann, Intern. Privatrecht I (1897), p. 254.
- H. Giesker-Zeller, Die Rechtsanwendbarkeitsnormen (1914); Beiheft zur Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht VI, 3.
- E. Zitelmann, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze (1919); in: Festgabe für K. Bergbohm, p. 207.
- M. Gutzwiller, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze (1925); in: Festgabe für U. Lampert, p. 162; herdrukt in Elemente der Rechtsidee, p. 149.

Deze regels zijn door Bergbohm aangeduid als 'Recht über Recht'. Hij bedoelde daarmee geen recht van hogere orde (*ius super iura*), maar: regels omtrent recht (*ius super iuribus*). De 'Überrechtssätze' zijn regels betreffende volkerenrecht, publiekrecht, privaatrecht, maar geen regels van volkerenrecht, publiekrecht, privaatrecht (Zitelmann, Geltungsbereich, p. 218).

Het erkennen van deze samenhang heeft slechts een bescheiden betekenis. Het voornaamste voordeel is, dat het wantrouwen jegens het overgangsrecht wordt verminderd. Er gebeurt in het overgangsrecht in wezen niets anders dan in geval van interpretatie van een wet of van oplossing van een samenloopprobleem, werkzaamheden waar iedere huis-, tuin- en keukenjurist mee vertrouwd is. De indeling van het overgangsrecht bij het rechtstoepassingsrecht kan bijdragen tot vermindering van de watervrees voor het overgangsrecht, want ook voor juristen geldt, dat onbekend onbemind maakt.

Een ander, soms genoemd voordeel is, dat de gelijkenis met het IPR het mogelijk maakt, leentje-buur te spelen bij het IPR. Problemen als aanknopings, *dépeçage*, qualificatie spelen in beide collisie-systemen een rol. De verder voortgeschreden ontwikkeling van het IPR kan bouwstenen leveren voor een beter begrip van het overgangsrecht.

Daarbij mag niet uit het oog worden verloren, dat in het IPR zich steeds een collisie

voordoet tussen twee of meer geldende wetten, terwijl in het overgangsrecht het conflict zich afspeelt tussen de geldende (nieuwe) wet en de 'dode' (oude) wet. Misschien is hieraan te wijten, dat van de 'interne rechtsvergelijking' tussen overgangsrecht en IPR tot dusver niet zo erg veel is terechtgekomen.

Art. 4 AB is een rechtstoepassingsregel, opgenomen in een afzonderlijke wet. De Wet AB vindt dan ook eervolle vermelding bij Giesker-Zeller (t.a.p., p. 4, noot 8), zij het met de toevoeging dat zij slechts een 'Ansatz' tot wettelijke regeling van het rechtstoepassingsrecht behelst. Wat voor art. 4 AB geldt, is echter eveneens van toepassing op overgangsbepalingen, die – in de vorm van verwijzingsregels – in de in te voeren wet zelf staan.

De Die (RM Themis 1979, p. 257) noemt de rechtstoepassingsregels daarom te recht 'van andere, "hogere" orde', daarbij 'hogere' welbewust tussen aanhalingstekens plaatsend. Dat ziet Knigge (p. 122) kennelijk over het hoofd. Zijn opvatting verschilt geenszins, zoals hij denkt, 'fundamenteel' van die van De Die.

300 DE ONAANVAARDBAARHEIDSREGELING. Onder de algemene bepalingen neemt art. 75 een bijzondere plaats in: het is het enige 'horizontale' voorschrift – in de daaraan in § 278 toegekende zin – onder de algemene bepalingen. Het is de enige leidraad, die de Overgangswet biedt ter oplossing van de overgangsproblemen, die onvoorzien en dus ongeregeld zijn gebleven.

Wat behelst art. 75? Dit: de nieuwe wet blijft buiten toepassing, indien òf de gelijkenis met andere gevallen van overgangsrecht daartoe noopt òf de toepassing van de nieuwe wet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Art. 75 kan dus toepassing vinden in twee gevallen; daarvan is de eerste toepassingsmogelijkheid *analogie*. Daarbij moet men denken aan de mogelijkheid, dat een bijzondere bepaling een regeling in afwijking van de grondregel (onmiddellijke toepassing) bevat; dat zich een concreet geval voordoet, waarop de bijzondere bepaling niet van toepassing is, maar dat erg lijkt op de wel daardoor bestreken situaties; alsdan kan die gelijkenis nopen tot toepassing van de oude wet in afwijking van de – eigenlijke toepasselijke – grondregel.

Voorbeeld: afd. 6.5.2 A is gedurende 3 jaar niet van toepassing op 'oude' algemene voorwaarden (art. 191 Ov.); een ondernemer heeft een beding vóór de invoering slechts één maal gebruikt, maar aangekondigd het voortaan steeds te zullen gebruiken; het beding valt (net) niet onder de omschrijving van art. 6.5.2 A.1.

Onder deze omstandigheden is voorstelbaar, dat de uitgestelde toepassing van art. 191 Ov. toepasselijk wordt geacht; dus: dat de oude wet gedurende 3 jaar geëerbiedigd wordt.

(Deze analogische toepassing is voorstelbaar, maar niet erg waarschijnlijk; de ratio van art. 191 Ov. is immers de ondernemer een aanpassingstijdvak te verzekeren; de ondernemer, die het beding slechts één maal heeft gebruikt, heeft echter geen behoefte aan een aanpassingsperiode).

De tweede toepassingsmogelijkheid van art. 75 Ov. is de *onaanvaardbaarheidsregeling*.

Voorbeeld: in het kader van art. 74 Ov. blijft het oude procesrecht van toepassing, indien het geding vóór de invoering is begonnen; een geval, dat volledig door de oude wet wordt beheerst, leidt eerst (korte tijd) na de invoering tot een geding.

Voorstelbaar is, dat onder deze omstandigheden het oude procesrecht wordt toegepast, omdat het aansluit bij het oude materiële recht.

(Ook deze toepassing van het oude procesrecht is voorstelbaar, maar niet erg waarschijnlijk; dat het oude procesrecht beter dan het nieuwe procesrecht aansluit bij het toepasselijke materiële recht, brengt immers op zich zelf geen onaanvaardbaarheid van het nieuwe procesrecht mee).

De beide voorbeelden maken duidelijk, welke problemen zich kunnen voordoen. Analogische toepassing bestaat in 'opsporing van de algemene regel, waartoe een voorschrift kan worden herleid, door tenslotte het beginsel uit te graven, dat het beheerst' (P. Scholten, Algemeen Deel, p. 72). Van welk voorschrift moet de algemene regel worden opgespoord: van de overgangsbepaling (art. 191) of van de materiële wet, waarop de overgangsbepaling betrekking heeft (art. 6.5.2 A.1)? Tekst van, noch toelichting op art. 75 Ov. biedt enig houvast en art. 75 camoufleert de moeilijkheid, door van 'gevallen' te spreken.

In de onaanvaardbaarheidsgevallen ligt het probleem anders. De vraag of een bepaald rechtsgevolg – i.c. de toepassing van de nieuwe wet – onaanvaardbaar is, heeft in het overgangsrecht een bijzondere dimensie: eerst achteraf wordt beslist, dat de nieuwe wet niet, nog niet of niet volledig toepasselijk was, zodat het handelen van partijen – althans van een van haar – getoetst wordt aan de oude wet, welke juist niet toepasselijk was en waarop de betrokkene daarom niet verdacht kon – of behoefde te – zijn. Is dat niet in flagrante strijd met het vertrouwensbeginsel, dat – zie art. 4 AB – juist in het overgangsrecht zo'n belangrijke rol speelt?

Wat in de onaanvaardbaarheidsgevallen, de redelijkheid en billijkheid met de

wetstoepassing te maken heeft, is niet duidelijk. Van tweeën een: de rechtsverhouding tussen partijen wordt door art. 6.1.1.2 of art. 6.5.3.1 beheerst (in welk geval geen behoefte bestaat aan een herhaalde verwijzing naar redelijkheid en billijkheid); of de rechtsverhouding wordt niet door die artikelen beheerst (in welk geval redelijkheid en billijkheid geen rol mag spelen).

De in art. 75 voorgestelde regeling komt te ruim voor, want zij stelt te veel op losse schroeven. Een betere oplossing zou zijn: toepassing van de oude, c.q. nieuwe wet in al die gevallen, waarin analogie met een door de Overgangswet geregelde rechtspositie de toepassing van de eigenlijk toepasselijke wet onaanvaardbaar maakt. Bij het aannemen van die onaanvaardbaarheid moet uiterste terughouding worden betracht: indien in goed vertrouwen op de eigenlijk toepasselijke wet is gehandeld, mag dit vertrouwen in beginsel niet teleurgesteld worden.

301 HET TEKORT. De Overgangswet is zonder twijfel een model van zorgvuldig voorbereide wetgeving. Maar: waar veel licht is, is ook veel schaduw. Dat geldt ook voor de Overgangswet, namelijk in dubbel opzicht:

- a. De Overgangswet is typisch *wetgevingsrecht* en te weinig *wetstoepassingsrecht*: de overgangswetgever stelt een te groot vertrouwen in zijn vermogen, alle toekomstige problemen te voorzien en te ordenen. Art. 75 Ov. – de enige ‘horizontale’ bepaling – is niet toereikend alle moeilijkheden te ondervangen, die de niet voorziene – en daarom niet geregelde – problemen zullen veroorzaken.

Het onmiskenbare voordeel van de door Hijmans van den Bergh voorgestelde oplossing was dat zij de praktijk een leidraad bood ter oplossing van problemen. Dat die leidraad, handleiding of hoe men het noemen wil, door haar gebrek aan duidelijkheid ontoereikend was, ontnemt aan het achterliggende motief niet zijn kracht.

- b. De Overgangswet aanvaardt de *dépeçage* van rechtsbetrekkingen, door verwijzing naar bepaalde aanknopingsmomenten. Aldus kunnen verschillende onderdelen van een zelfde rechtsbetrekking of rechtspositie door verschillende wetten beheerst worden.

Voorbeeld: A verlangt na de invoering nakoming van een wederkerige overeenkomst; B beroept zich op een vóór de invoering door A gepleegde wanpraestatie; de nakoming wordt door de nieuwe wet, de wanpraestatie door de oude wet beheerst.

Die dépeçage is onvermijdelijk, maar het ontbreken van een correctiemogelijkheid verbaast.

Dit tweeledige tekort van de Overgangswet wordt door dit praeadvies helaas niet verholpen. Het tekort van de Overgangswet is tevens een tekort van dit praeadvies: het bevat geen regels, die de praktijk houvast bieden bij de oplossing van ongeregelde problemen. Ik heb niet meer te bieden dan het schrale advies, in § 4 gegeven.

302 ALGEMENE BEOORDELING. De Overgangswet is in § 301 gequalificeerd als een model van zorgvuldig voorbereide wetgeving: de te verwachten problemen zijn goed overdacht, de daarvoor aangedragen oplossingen sluiten behoorlijk aan bij de praktijkbehoeften, het geheel berust op een aanvaardbaar uitgangspunt. Ondanks detailcritiek – quot capita tot sensus – is het totale concept indrukwekkend. Dat alles dient met grote erkentelijkheid vastgesteld te worden.

Ook de overgangswetgever is echter behept met les défauts de ses qualités. Het voornaamste – het structurele tekort – kwam in § 301 ter sprake.

Daarnaast staan schoonheidsfoutjes. Ik vat ze als volgt samen:

- Overgangswetgeving dient steeds een tijdelijk beperkt doel: iedere overgangswet is een wegwerp-pocket, waarvan de praktijk zich zo spoedig mogelijk hoopt te kunnen ontdoen. Maar gedurende de overgangsperiode zijn ondubbelzinnige temporele criteria vereist: het omslagpunt – de waterscheiding tussen de oude en de nieuwe wet – mag niet voor tweemaal uitleg vatbaar zijn. Het is de vraag of de overgangswetgever steeds voldoende gepreciseerde temporele criteria heeft gekozen; zie bij voorbeeld § 173. Voor de overgangswetgever geldt nu eenmaal in het bijzonder, wat Multatuli (Idee 339) de wetgever in het algemeen heeft voorgehouden: ‘’t Is 'n Wetgever niet geoorloofd verkeerd begrepen te worden’.
- Die duidelijkheid wordt niet slechts door partijen en hun juridische adviseurs verwacht, maar ook door de rechter. Een belangrijk aspect van de Overgangswet is, dat daarin de mogelijke anticiperende toepassing van de nieuwe wet gekanaliseerd wordt. Die kanalisering brengt echter ook mee, dat – waar mogelijk – het nieuwe recht toepassing vindt. Het is bij voorbeeld te veel gevraagd een rechter het oude schadevergoedingsrecht te laten toepassen, terwijl het nieuwe schadevergoedingsrecht binnen zijn handbereik ligt. Je moet ook de rechterlijke kat niet op het legislatieve spek binden. Dat was aanleiding in vele nodi – in afwijking van de Overgangswet – de onmiddellijke toepassing van onderdelen van de nieuwe wet voor te stellen. Hoofdstuk 7 biedt daarvan tal van voorbeelden.

- De vervanging van het BW- door het NBW-vermogensrecht zal de praktijk ernstig ontwrichten. Dat behoort tot de aard van de invoeringsoperatie en daaraan kan geen overgangswetgever iets veranderen. Maar hij kan – en moet – er naar streven, de ontwrichtende werking zo veel mogelijk te beperken. Het spreiden van de invoering in de tijd is een slechte remedie, die de juridische praktijk onnodig belast – zij moet immers jaren lang twee rechtssystemen toepassen – en afbreuk doet aan de rechts-eenheid (het doel van iedere codificatie). Dat bleek in hoofdstuk 9, waarin daarom voor de Faillissementswet een ander stelsel op zijn bruikbaarheid is onderzocht.
- Om dezelfde reden dient men voorstellen tot uitgestelde toepassing van de nieuwe wet zeer kritisch te bekijken. Die uitgestelde toepassing wordt geheel overbodig, wanneer voldaan wordt aan de alleszins redelijke praktijk: gun ons één vol voorbereidingsjaar tussen de publicatie van de definitieve en volledige nieuwe wetsteksten en hun invoering. Maar dan moeten de wetsteksten ook definitief en volledig zijn, zonder voorbehoud ten aanzien van parlementair nog niet afgehandelde onderdelen.

303 SLOTPMERKING. Overgangsrecht is praktijkrecht. Niet het – al of niet hooggeleerde – juridische vernuft, doch de hanteerbaarheid door het juridische voetvolk dient bepalend te zijn. Dat is gelukkig ook het uitgangspunt van de overgangswetgever. Laat zich niemand door de vele facetten, die in het overgangsrecht – en tevens in de Overgangswet – een rol spelen, in verwarring brengen. Want voor het overgangsrecht geldt, wat Augustinus (*Confessiones* XI, 34) van de tijd zei: ‘Si nemo a me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio’ (als mij er niemand naar vraagt, weet ik het precies; maar als ik het iemand desgevraagd zou willen uitleggen, weet ik het niet meer). Het zal wel los lopen, wanneer wij bedenken, wat Ellen Warmond (Naar men zegt) ons voorhoudt:

‘Aan het tourniquet van de tijd
tussen het ja en nee der tastbaarheid
is iedere situatie grensgeval
wordt ieder voorwerp als getuige
staande gehouden en voorzien van eigen
letterslot en kengetal.’

I. OVEREENKOMST

ALGEMEEN

- 1000 *De rechtsgevolgen van een vóór de invoering aangegane overeenkomst worden vanaf de invoering beheerst door de nieuwe wet (Art. 70 lid 2 Ov.).* 6

TOTSTANDKOMING

- 1001 *Indien bij de invoering nog niet alle vereisten vervuld zijn, die de oude wet voor de totstandkoming van een overeenkomst stelt, bepaalt de nieuwe wet de vereisten voor de totstandkoming (Art. 4 AB).* 7-9
- 1002 *Een onder de oude wet rechtsgeldig gedaan (bindend) aanbod verliest zijn bindende kracht niet, indien de nieuwe wet vóór de aanvaarding van het aanbod wordt ingevoerd en een nader vereiste voor de geldigheid van een (bindend) aanbod stelt (Art. 4 AB).* 10
- 1003 *V De nieuwe wet is van toepassing op het aanbod, gedaan door een onbekwame of gestoorde, dat bij de invoering nog niet is aanvaard. Een dergelijk aanbod wordt terugwerkend vernietigbaar.* 11-12
- 1004 *V **Maar:** de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan.* 11-12
- 1005 *V De nieuwe wet is van toepassing op een vóór de invoering door een onbekwame of gestoorde aangegane overeenkomst. Een dergelijke overeenkomst wordt terugwerkend vernietigbaar.* 11-12
- 1006 *V **Maar:** de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk)*

belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan.

11-12

(ON)GELDIGHEID

- 1007 *Een overeenkomst, die rechtsgeldig vóór de invoering is aangegaan, blijft geldig ongeacht de geldigheidsvereisten van de nieuwe wet (Art. 4 AB).* 14
- 1008 *Een overeenkomst, die vóór de invoering nietig was, blijft nietig, indien zij ook volgens de nieuwe wet nietig zou zijn (Art. 4 AB).* 14
- 1009 *Een overeenkomst, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, wordt terugwerkend geldig, indien zij volgens de nieuwe wet geldig zou zijn (Art. 79 Ov.).* 15
- 1010 **Maar:** *de overeenkomst blijft nietig, c.q. vernietigbaar, indien een (onmiddellijk) belanghebbende zich vóór de invoering op de ongeldigheid heeft beroepen (Art. 79 Ov.).* 15
- 1011 *V Een overeenkomst, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet vernietigbaar zou zijn, wordt terugwerkend vernietigbaar volgens de nieuwe wet. De in art. 3.2.17 bedoelde verjaringstermijn verstrijkt niet eerder dan in 1 jaar na de invoering (Art. 80 Ov.).* 16, 18, 284, 290
- 1012 *V Maar:* *de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft gedaan (Art. 80 Ov.).* 16, 284, 290
- 1013 *V Een overeenkomst, die vóór de invoering vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet nietig zou zijn, wordt terugwerkend nietig overeenkomstig de nieuwe wet (Art. 80 Ov.).* 17, 18, 284, 290
- 1014 *V Maar:* *de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de vernietigbaarheid beroep heeft gedaan (Art. 81 Ov.).* 17

INHOUD

- 1015 *V Een vóór de invoering aangegane overeenkomst wordt uitgelegd met inachtneming van de ten tijde van de totstandkoming bekende en redelijkerwijze te verdisconteren omstandigheden.* 19
- 1016 *Vanaf de invoering bepaalt de nieuwe wet de 'hoedanigheid' – zo-*

als opeisbaarheid, hoofdelijkheid, nevenrecht – van contractuele rechten en verbintenissen, alsmede de daaraan verbonden rechtsgevolgen.

20

1017 *Wettelijke verbintenissen, die krachtens de oude wet uit een overeenkomst voortvloeien, worden vanaf de invoering vervangen door de wettelijke verbintenissen van de nieuwe wet (Art. 70 lid 2 Ov.).*

23

1018 *Contractuele bedingen, die krachtens de oude wet geldig waren, blijven geldig, ook al zijn zij in strijd met dwingende bepalingen van de nieuwe wet (Art. 71 lid 1 Ov.).*

24

1019 **Maar:** *contractuele bedingen, die een verwijzing naar of overneming van de bepalingen der oude wet bevatten, worden geacht naar de corresponderende bepalingen van de nieuwe wet te verwijzen, behalve indien dit in strijd zou zijn met de strekking van die contractuele bedingen (Art. 71 lid 1 Ov.).*

24

1020 *Contractuele bedingen, die volgens de nieuwe wet vernietigbaar zijn, kunnen slechts worden vernietigd, indien zij ook volgens de oude wet nietig of vernietigbaar waren (Art. 71 lid 2 Ov.).*

24, 278

1021 *Op algemene voorwaarden, die bij de invoering worden gebruikt, en op wijzigingen van die voorwaarden wordt afd. 6.5.3.2A eerst na 3 jaar van toepassing (Art. 191 Ov.).*

25, 279, 284, 300

1022 *De toepasselijkheid van Artt. 6.5.3.11 en 6.5.3.12 op een bij de invoering lopende overeenkomst is in die zin beperkt, dat geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan (Art. 195Ov.).*

26-28

1023 *Art. 6.1.6.11 (genus-schulden zijn haalschulden) is niet van toepassing op verbintenissen, die vóór de invoering zijn ontstaan (Art. 178 Ov.).*

29

1024 *Het vermoeden van Art. 6.1.6.18 geldt niet, indien vóór de invoering niet meer dan 2 achtereenvolgende kwitanties zijn afgegeven (Art. 179 Ov.).*

30

OVEREENKOMST EN DERDEN

1025 *Indien een goed vóór de invoering is overgegaan, bepaalt de oude wet:*

- a. *of de verkrijger van het goed kwalitatieve rechten (met de daar eventueel tegenoverstaande verplichtingen) heeft verkregen;*
- b. *of op de verkrijger van een registergoed kwalitatieve verplichtingen zijn komen te rusten (Art. 4 AB)*

31

		§
1026	<i>Een bij de invoering bestaand derdenbeding, waarbij de stipulator geen beding voor zichzelf heeft gemaakt, wordt door de invoering terugwerkend geldig (Art. 79 Ov.).</i>	32
1027	Maar: <i>een dergelijk derdenbeding blijft ongeldig, indien voor de invoering op het gebrek een beroep is gedaan.</i>	32
1028	<i>De derdenbeding-voorschriften van de nieuwe wet (Artt. 6.5.3-5.7) zijn slechts beperkt toepasselijk op bij de invoering bestaande derdenbedingen (Art. 193 Ov.).</i>	32

NAKOMING

1029	<i>De wet, geldende ten tijde van de nakoming, bepaalt haar rechtsgevolgen, dus ook het bevrijdende karakter ervan (Art. 4 AB).</i>	33
1030	<i>Indien de vereisten van art. 6.1.6.6a of art. 6.1.6.7b bij de invoering vervuld zijn, ontstaan de in die artikelen bedoelde regressaanspraken door de invoering (Art. 177 Ov.).</i>	33
1031	<i>Indien de vereisten van art. 6.1.6.12 bij die invoering vervuld zijn, ontstaat de in dat artikel bedoelde omwisselingsbevoegdheid door de invoering (Art. 177 Ov.).</i>	33
1032	<i>V De artt. 3.11.1-4a zijn vanaf de invoering van toepassing. In aanhangige gedingen kan hun toepassing worden verlangd door wijziging van de eis (het verzoek) overeenkomstig N. 7004.</i>	34
1033	<i>De schuldenaar is vanaf de invoering bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten, zodra voldaan is aan de vereisten, gesteld door afd. 6.1.6A, c.q. door artt. 6.5.4.2-6.5.4.4 (Art. 180 Ov.).</i>	35, 281
1034	<i>V Een ondergeschikte kan zich vanaf de invoering op art. 6.5.3.8a beroepen. In aanhangige gedingen kan het verweer worden aangevuld overeenkomstig N. 7004.</i>	36

SUBROGATIE

1035	<i>De wet geldende ten tijde van de nakoming, bepaalt of de nakomer gesubrogeerd wordt (in de rechten van de schuldeiser jegens de schuldenaar) en de daaraan verbonden rechtsgevolgen (Art. 4 AB).</i>	37
1036	Maar: <i>art. 1438 sub 2° blijft ook na de invoering van toepassing, indien de daar bedoelde koopovereenkomst vóór de invoering is aangegaan (Art. 187 Ov.).</i>	37

§

- 1037 *Aan de gesubrogeerde komt – ongeacht het tijdstip van subrogatie – de bevoegdheid toe executoriale titels, die de schuldeiser vóór de subrogatie tegen de schuldenaar heeft verkregen, ten uitvoer te leggen (Art. 186 Ov.).* 38
- 1038 *Indien een van meerdere aansprakelijke personen vóór de invoering is nagekomen, bepaalt de oude wet of – in geval van nakoming door een andere aansprakelijke persoon na de invoering – subrogatie plaatsvindt en de daaraan verbonden rechtsgevolgen. De artt. 6.2.2.8 en 6.2.2.9 blijven buiten toepassing (Art. 188 Ov.).* 38

MORA CREDITORIS

- 1039 *De rechtsgevolgen van bij de invoering bestaande mora creditoris worden vanaf de invoering beheerst door afd. 6.1.7.* 39
- 1040 **Maar:** artt. 6.1.7.9-6.1.7.13a blijven buiten toepassing op een aanbod van gerede betaling, dat vóór de invoering is gedaan met inachtneming van artt. 1440-1448 BW (Art. 181 Ov.). 39

NIET-NAKOMING

- 1041 *De wet, geldende ten tijde van de niet-nakoming van een verbintenis, bepaalt of voor tekortkoming ingebrekestelling vereist is (Art. 182 Ov.).* 41
- Maar:** indien de nieuwe wet van toepassing is, geraakt de schuldenaar – in afwijking van art. 6.1.8.8 – slechts na ingebrekestelling in verzuim:
- 1042 a. *bij het verstrijken van een vóór de invoering bedongen voldoeningstermijn (Art. 183 Ov.).* 51
- 1043 b. *bij niet nakoming van een bij de invoering bestaande verbintenis tot schadevergoeding of uit onrechtmatige daad (Art. 183 Ov.).* 51
- 1044 *De wet, geldende ten tijde van de tekortkoming, bepaalt alle gevolgen ervan (Art. 182 Ov.).* 47, 283, 290
- Maar:** indien de tekortkoming vóór de invoering heeft plaatsgevonden, is de nieuwe wet vanaf de invoering van toepassing op:
- 1045 V a. *de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, behalve voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.* 47
- 1046 V b. *een boetebeding, behalve indien het beding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.* 47

KOOP EN RUIL

- 1500 *V De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een lopende koopovereenkomst.* 54, 284
- 1501 *V **Maar:** de oude wet blijft op een lopende koopovereenkomst van toepassing, indien een partij zich vóór de invoering heeft beroepen op een tekortkoming van de wederpartij.* 55
- 1502 *V **En:** de oude wet blijft van toepassing op de gevolgen van een tekortkoming, die vóór de invoering heeft plaats gehad en waarop de wederpartij zich na de invoering voor het eerst beroept.* 55
- 1503 *V Voor zover de oude wet van toepassing blijft, wordt niettemin de nieuwe wet toegepast op:*
- a. *de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, behalve voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.* 56
- 1504 *V b. een boetebeding, behalve indien het boetebeding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.* 56
- 1505 *V Indien de koper zich ter zake van een vóór de invoering verrichte praestatie beroept op een verborgen gebrek, is N. 1503 niet van toepassing.* 57
- 1506 *V Indien de verkoper ter zake van een vóór de invoering afgeleverde zaak het recht van reclame uitoefent, blijven daarop de artt. 1191 BW en 230 vlg. WvK van toepassing.* 58
- 1507 *V N1500-1506 vinden overeenkomstige toepassing op ruil.* 60

LASTGEVING

- 1508 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een lopende overeenkomst van lastgeving.* 61
- 1509 ***Maar:** art. 1841 blijft van toepassing op een vóór de invoering verstrekte last (Art. 210 Ov.).* 61

BEWAARNEMING

- 1510 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een lopende overeenkomst van bewaarneming.* 62
- 1511 *V Artt. 794a-797f NRv. zijn vanaf de invoering van toepassing op een daarvóór door de rechter bevolen sequestratie (Art. 24 Ov. II).* 63

BORGTOCHT

- 1512 *V De oude wet blijft van toepassing op een bij de invoering lopende overeenkomst van borgtocht en op nadere overeenkomsten, die ter vervanging, wijziging of aanvulling ervan na de invoering worden aangegaan (Art. 220 lid 1 Ov.).* 64
- 1513 **Maar:** *afd. 7.14.3 wordt vanaf de invoering op een lopende overeenkomst van borgtocht van toepassing.* 64
- 1514 **Maar:** *de oude wet blijft ten aanzien van de interne verhouding tussen de aansprakelijke personen van toepassing, indien de verbintenis jegens de schuldeiser door een hunner vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen (Art. 220 lid 2 Ov.).* 64

2. ONRECHTMATIGE DAAD

- 2000 *V De wet geldende ten tijde dat een feit plaatsvindt, bepaalt of dat feit een onrechtmatige daad is en alle gevolgen daarvan. Indien een samenstel van feiten voor een onrechtmatige daad vereist is, is de wet bepalend, geldende ten tijde dat het laatste samenstellende feit plaatsvindt.* 67, 281
- 2001 *V Indien het tijdstip, waarop een feit plaatsvindt, niet kan worden vastgesteld, is de wet bepalend, geldende ten tijde dat de benadeelde met de schade bekend heeft kunnen worden.* 67
- 2002 *Artt. 1403-1405 blijven van toepassing, indien de feiten – vereist voor een der daarin omschreven aansprakelijkheden – vóór de invoering hebben plaatsgevonden.* 68, 289, 296
- 2003 *Afd. 6.3.2 is niet van toepassing, indien de feiten – vereist voor een der daarin omschreven aansprakelijkheden – vóór de invoering zijn verwezenlijkt.* 68, 289, 296
- 2004 *V In alle gevallen, waarin de oude wet van toepassing blijft, wordt niettemin de nieuwe wet toegepast op:*
 a. *de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, behalve voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.* 69
- 2005 *V b. een boetebeding, behalve indien het beding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.* 69
- 2006 *Artt. 6.3.1.5a en 6.3.1.5b zijn vanaf de invoering van toepassing.*

2007 *V De wet, geldende ten tijde van de betaling, bepaalt of en in welke omvang:*

- een schadeverzekeraar gesubrogeerd wordt in de rechten van de verzekerde tegen de aansprakelijke personen. 70
- een risicodrager verhaalsrechten kan uitoefenen tegen de aansprakelijke personen. 70

3. SCHADEVERGOEDING

3000 *V Afd. 6.1.9 en 6.1.9a zijn vanaf de invoering van toepassing op de wettelijke verplichting tot schadevergoeding uit wanpraestatie en onrechtmatige daad, ook indien overigens de gevolgen van het tot schadevergoeding verplichtende feit door de oude wet worden beheerst.* 71

3001 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing voor zover de schade vóór de invoering is vastgesteld.* 71

3002 *V Par. 4 van afd. 6.1.8 is vanaf de invoering van toepassing op een boetebeding, ook indien de boete vóór de invoering verschuldigd is geworden.* 71

3003 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien het boetebeding vóór de invoering geheel of gedeeltelijk is nagekomen.* 71

4. OVERIGE VERBINTENISSEN

NATUURLIJKE VERBINTENIS

4000 *De omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare bij een uiterste wilsbeschikking is niet aan de vereisten van art. 6.1.1.5 onderworpen, indien deze beschikking vóór de invoering is gemaakt, doch nadien tot uitvoering komt (Art. 174 Ov.).* 72

PLURALITEIT

- 4001 *Afd. 6.1.2 is vanaf de invoering van toepassing op een alsdan bestaande verbintenis.* 73, 283
- 4002 **Maar:** *de oude wet blijft – in plaats van artt. 6.1.2.4-7b – van toepassing, indien een van meerdere aansprakelijke personen vóór de invoering een schuld geheel of gedeeltelijk heeft voldaan voor een groter gedeelte dan hem aangaat (Art. 175 lid 1 Ov.).* 73
- 4003 **En:** *de oude wet blijft – in plaats van artt. 6.1.2.1-3 en 6.1.2.7b – van toepassing op een vóór de invoering bedongen borgtocht of hoofdelijke gebondenheid (Art. 175 lid 2 Ov.).* 73
- 4004 *Afd. 6.1.3 is vanaf de invoering van toepassing, voor zover een aan twee of meer schuldeisers verschuldigde praestatie vóór de invoering niet is voldaan.* 74
- 4005 **Maar:** *de oude wet blijft van toepassing, indien vóór de invoering een rechtsvordering tot betaling is ingesteld (Art. 176 Ov.).* 74

VOORWAARDELIJKHEID

- 4006 *Afd. 6.1.5 is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de voorwaardelijke verbintenis daarvóór is ontstaan.*
- 4007 **Maar:** *de oude wet blijft van toepassing, indien de voorwaarde vóór de invoering is vervuld.* 75

VERREKENING

- 4008 *Afd. 6.1.10 is vanaf de invoering van toepassing op de verrekening van vorderingen en schulden, die vóór de invoering nog niet door compensatie te niet zijn gegaan (Art. 4 AB).* 76
- 4009 **Maar:** *de oude wet blijft van toepassing op de verrekening van een schuld met een vordering, die vóór de invoering:*
of aan een derde is overgedragen,
of door een derde is beslagen,
of met een beperkt recht is bezwaard (Art. 184 Ov.). 76
- 4010 *Tenzij uit de rechtsverhouding tussen partijen anders voortvloeit, worden geldvorderingen en -schulden die vóór de invoering in een rekeningcourant zijn opgenomen, gesaldeerd per invoeringsdatum (Art. 185 Ov.).* 76

VERMENGING

- 4011 *Indien vóór de invoering een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde is verricht, die krachtens de oude wet het tenietgaan van een verbintenis door vermenging tot gevolg heeft gehad, dan doet de vervulling van de voorwaarde na de invoering de verbintenis herleven (Art. 189 Ov.).*

77

ONVERSCHULDIGDE BETALING/ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

- 4012 *De nieuwe wet is van toepassing, indien de vereisten voor een (schadevergoedings)verbintenis uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking na de invoering worden vervuld.*
- 4013 **Maar:** *de oude wet blijft van toepassing, indien de vereisten voor die verbintenis na de invoering worden vervuld en de verbintenis strekt ter afwikkeling van een rechtsverhouding, die door de oude wet werd beheerst (Art. 190 Ov.).*

78

78

OVERGANG VAN VORDERINGEN

- 4014 *De oude wet blijft van toepassing, indien een vordering vóór de invoering is overgegaan op een nieuwe schuldeiser.*
- 4015 **Maar:** *de nieuwe schuldeiser, op wie vóór de invoering een vordering is overgegaan, kan vanaf de invoering de nevenrechten, voorrechten en executiebevoegdheid uitoefenen, die ten tijde van de overgang aan de vordering waren verbonden (Art. 186 Ov.).*

79

79

5. ZAKENRECHT

ALGEMEEN

- 5000 *De nieuwe wet is vanaf de invoering voor het vervolg van toepassing op eigendom en alsdan bestaande zakelijke rechten.*

81

VRUCHTGEBRUIK

- 5027 *Titel 3.8 is vanaf de invoering van toepassing op een voordien gevestigd vruchtgebruik (Art. 4 AB).* 102
- 5028 *Een vóór de invoering gevestigd oneigenlijk vruchtgebruik wordt door de invoering omgezet in vruchtgebruik op de nog aanwezige goederen (Art. 104 lid 1 Ov.).* 103
- 5029 *Art. 3.8.11 is vanaf de invoering van toepassing op het – voordien oneigenlijke – vruchtgebruik (Art. 104 lid 1 Ov.).* 103
- 5030 *De vruchtgebruiker is verplicht bij de eerste jaarlijkse opgave krachtens art. 3.8.4 de goederen op te geven, waarop het – voordien oneigenlijke – vruchtgebruik rust (Art. 104 lid Ov.).* 103
- 5031 *Vanaf de invoering is art. 3.8.3a lid 2 van toepassing op een voordien gevestigd bewind (Art. 105 Ov.).* 104
- 5032 *Art. 3.8.19 is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de vruchtgebruiker daarvóór ernstig is tekort geschoten (Art. 106 Ov.).* 105

6. ALGEMEEN VERMOGENSRECHT

HULPZAKEN

- 6000 *Hulpzaken, die bij de invoering onroerend zijn doch niet voldoen aan de omschrijving van art. 3.1.1.3, worden vanaf de invoering roerend.* 106
- 6001 **Maar:** *dergelijke hulpzaken, die bij de invoering onder een beslag op onroer. zaken vallen, blijven onroerend tot aan de levering aan de execut. koper (Art. 76 Ov.).* 106
- 6002 **En:** *dergelijke hulpzaken, die bij de invoering hypothecair zijn verbonden,*
 a. *blijven onroerend tot aan de levering aan de execut. koper, indien de executie vóór de invoering is begonnen (Art. 76 Ov.).* 106
 b. *worden bij de invoering van rechtswege bezwaard met een stil pandrecht van art. 3.9.2.14a, indien de executie nog niet is begonnen (Art. 77 Ov.).* 106

EIGENDOM VAN ONROER. ZAKEN

- 5001 *De eigenaar van een stroom, rivier of kanaal wordt vanaf de invoering eigenaar van de bodem onder dit water. Een beperkt recht op een dergelijk water komt vanaf de invoering op die bodem te rusten (Art. 154 Ov.).* 82
- 5002 *De eigenaar van een onroer. zaak is vanaf de invoering gerechtigd de bevoegdheden uit te oefenen, die in titel 5.3 worden toegekend.* 83
- 5003 *Vanaf de invoering behoren onroer. res nullius aan de Staat (Art. 155 Ov.).* 84
- 5004 *Uitbreiding van de territoriale zee brengt niet mee de eigendomsverrijking van gebouwen en werken, die duurzaam met de grond verenigd zijn (Art. 156 Ov.).* 84
- 5005 *Artt. 5.3.9 en 5.3.12 worden 3 jaar na de invoering toepasselijk op aanwas en afslag (Art. 157 Ov.).* 85
- 5006 *Art. 5.3.13 is niet van toepassing op uitbreiding van een duin ten gevolge van overstuiving door de wind vóór de invoering (Art. 158 Ov.).* 85

BURENRECHT

- 5007 *De tussen naburen geldende rechten en verplichtingen worden vanaf de invoering beheerst door de nieuwe wet (Art. 159 Ov.).* 86
- 5008 *Iedere nabuur kan aanpassing vorderen, indien de bij de invoering bestaande toestand van een erf niet voldoet aan de nieuwe wet. De kosten van aanpassing komen ten laste van:*
 – *de aanpassing vorderende nabuur, indien de bestaande toestand voldeed aan de oude wet;*
 – *de eigenaar van het aan te passen erf, indien de bestaande toestand niet voldeed aan de oude wet (Art. 161 Ov.).* 86
- 5009 *Bestaande buurwegen worden gehandhaafd. De oude wet blijft van toepassing op rechten en verplichtingen ten aanzien van bestaande buurwegen. Art. 3.1.2.7 lid 1 is niet op buurwegen van toepassing (Art. 160 Ov.).* 87

MANDELIGHEID

- 5010 Een onroer. zaak is door en vanaf de invoering mandelig, indien alsdan voldaan is aan de vereisten van of art. 5.5.1 lid 1 of art. 5.5.2 (Art. 162 lid 1 Ov.).
- 5011 Een vóór de invoering gesloten overeenkomst – tussen de eigenaars van 2 of meer erven om de kosten van een gebouw of werk op een of meer van die erven gezamenlijk te dragen en het tot gemeenschappelijk nut van die erven te bestemmen – leidt niet zonder meer tot mandeligheid, doch vereist een nadere overeenkomst (Art. 162 lid 2 Ov.).

§

88

88

ERFDIENSTBAARHEDEN

- 5012 De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op bestaande erfdienstbaarheden.
- 5013 Een erfdienstbaarheid, die vóór de invoering is ontstaan door bestemming of herleving, kan worden ingeschreven (Art. 163 Ov.).
- 5014 Een niet voortdurende of niet zichtbare erfdienstbaarheid, waarvan het bezit te goeder trouw vóór de invoering is begonnen, kan door verjaring worden verkregen. De (nieuwe) verjaringstermijn loopt vanaf de invoering.
- 5015 Art. 5.6.7a lid 1 is slechts van toepassing op geldelijke verplichtingen, die vanaf de invoering ontstaan (Art. 164 Ov.).
- 5016 De toepasselijkheid van art. 5.6.8 op een bij de invoering bestaande erfdienstbaarheid is in die zin beperkt:
- a. dat de erfdienstbaarheid niet kan worden opgeheven, doch slechts kan worden gewijzigd;
 - b. dat – in geval van wijziging – geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan (Art. 165 Ov.).

89

90

91

92

93

ERFPACHT

- 5017 De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op een alsdan bestaand erfpachtsrecht.
- 5018 Bedingen in ingeschreven erfpachtsacten blijven geldig tussen erfpachter en eigenaar. Dergelijke bedingen werken voor of jegens der-

94

den – waaronder de rechtverkrijgenden van partijen – slechts binnen de grenzen van titel 5.7.

- 5019 Art. 7.6.6 blijft van toepassing op de opzegging, door de eigenaar, van een bij de invoering bestaand erfpachtsrecht. De opzegging moet bij exploit geschieden (Art. 166 Ov.).

- 5020 Vanaf de invoering is de erfpachter tot opzegging bevoegd, doch slechts indien hij krachtens de oude wet tot opzegging of eenzijdige afstand bevoegd was (Art. 167 Ov.).

- 5021 De opzegging moet geschieden bij exploit met inachtneming van een termijn van 1 jaar. Indien voor de opzegging of eenzijdige afstand door de erfpachter een andere termijn is bedongen, geldt die termijn voor de opzegging door de erfpachter (Artt. 166 en 167 Ov.).

- 5022 Art. 5.7.1.5a is slechts van toepassing op geldelijke verplichtingen, die vanaf de invoering ontstaan (Art. 168 Ov.).

- 5023 De toepasselijkheid van art. 5.7.1.8a lid 1 op een bij de invoering bestaande erfpacht is in die zin beperkt:

- a. dat de erfpacht niet kan worden opgeheven, doch slechts kan worden gewijzigd.
- b. dat – in geval van wijziging – geen rekening wordt gehouden met niet verdisconteerde omstandigheden, die zich vóór de invoering hebben voorgedaan (Art. 169 Ov.).

- 5024 Art. 5.7.1.11 is niet van toepassing op een erfpacht, die ten tijde van de invoering bestaat (Art. 170 Ov.).

OPSTAL

- 5025 Artt. 167-170 Ov. zijn van toepassing op een bij de invoering bestaand opstalrecht (Art. 171 Ov.).

APPARTEMENTSRECHTEN

- 5026 Art. 5.10.1.2a is ook van toepassing op een splitsing, die vóór de invoering heeft plaatsgevonden (Art. 172 Ov.).

§

95

96

96

96

97

98

99

100

101

DERDENBESCHERMING

- 6003 *Afd. 3.1.2 is vanaf de invoering van toepassing, ook ten aanzien van alle daarvóór in de openbare registers gepubliceerde feiten, voor zover deze volgens de nieuwe wet inschrijfbaar zijn (Art. 78 lid 1 Ov.).* 107
- 6004 **Maar:**
- a. *Art. 3.1.2.4a heeft geen invloed op de rangorde van rechten, die bij de invoering bestaan (Art. 78 lid 2 Ov.).* 107
- b. *Artt. 3.1.2.7-3.1.2.8a worden drie jaar na de invoering van toepassing op inschrijfbaar feiten, die vóór de invoering zijn geschied (Art. 78 lid 3 Ov.).* 107
- 6005 *Art. 3.2.3a is van toepassing, indien vanaf de invoering in redelijk vertrouwen op het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een rechtsbetrekking is gehandeld.* 107

NULLITEITEN

- 6006 *De nieuwe wet is vanaf de invoering van toepassing op de gevolgen van alle rechtshandelingen, ook indien zij daarvóór zijn verricht.* 109
- 6007 **Maar:** *een rechtshandeling, die vóór de invoering rechtsgeldig is verricht, blijft geldig, ongeacht de geldigheidsvereisten van de nieuwe wet (Art. 4 AB).* 112
- 6008 *Een rechtshandeling, die vóór de invoering nietig was, blijft nietig, indien zij ook volgens de nieuwe wet nietig zou zijn (Art. 4 AB).* 109
- 6009 *Een rechtshandeling, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, wordt terugwerkend geldig, indien zij volgens de nieuwe wet geldig zou zijn (Art. 79 Ov.).* 112
- 6010 **Maar:** *een rechtshandeling blijft nietig of vernietigbaar volgens de oude wet, indien een (onmiddellijk) belanghebbende zich vóór de invoering op de ongeldigheid heeft beroepen (Art. 79 Ov.).* 112, 113
- 6011 *V Een rechtshandeling, die vóór de invoering nietig of vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet vernietigbaar zou zijn, wordt terugwerkend vernietigbaar overeenkomstig de nieuwe wet. De verjaringstermijn van art. 3.2.17 verstrijkt niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 80 Ov.).* 112
- 6012 **V Maar:** *de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de ongeldigheid beroep heeft ge-*

- §
- 112, 113
- daan (Art. 80 Ov.).
- 6013 *V Een rechtshandeling, die vóór de invoering vernietigbaar was, maar volgens de nieuwe wet nietig zou zijn, wordt terugwerkend nietig overeenkomstig de nieuwe wet (Art. 81 Ov.).* 112
- 6014 *V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien een (onmiddellijk) belanghebbende vóór de invoering op de vernietigbaarheid beroep heeft gedaan (Art. 81 Ov.).* 112, 113
- 6015 *V Art. 3.2.17b is van de invoering af van toepassing, indien krachtens N. 6010 of 6012 het beroep op ongeldigheid volgens de oude wet moet worden afgedaan.* 113
- 6016 *V De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de rechtsgevolgen, die uit de nietige rechtshandeling voortvloeien, ook indien deze daarvóór is verricht.* 114
- 6017 *V Maar: de oude wet blijft op die rechtsgevolgen van toepassing, indien vóór de invoering een aanvang is gemaakt met de ongedaanmaking van de gevolgen van een ongeldige rechtshandeling.* 114
- 6018 *Voor de toepassing van art. 3.2.17 lid 1 onder d wordt onder een bevoegdheid tot introeping van een vernietigingsgrond begrepen de bevoegdheid tot het invoeren van een vernietigingsgrond, welke iemand reeds toekwam volgens de oude wet (Art. 82 Ov.).* 115

TERMIJNEN

- 6019 *V Een bij de invoering lopende wettelijke termijn wordt afgebroken. De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering aard en duur van de termijn en terugwerkend de aanvang ervan.* 120
- Maar:**
- 6020 a. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die geen oude termijn vervangt, begint bij de invoering (Art. 72 Ov.).* 121, 283
- 6021 b. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die vóór de invoering begint en een onvoltooide oude termijn vervangt, eindigt op het tijdstip dat de oude termijn zou zijn geëindigd (Art. 72 Ov.).* 121, 283
- 6022 c. *een nieuwe nieuwe termijn van 1 jaar of langer eindigt niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 73 Ov.).* 121, 283

VERKRIJGING EN VERLIES

- 6023 *Een volgens de oude wet geldige verkrijging van goederen blijft geldig, ongeacht de geldigheidsvereisten van de nieuwe wet (Art. 4 AB).* 124
- 6024 *De wet, waaronder een goed wordt overgedragen, bepaalt de overdrachtsvereisten (Art. 4 AB).* 125-128
- 6025 *Indien bij de invoering een goed in tijdelijke eigendom is overgedragen, worden vanaf de invoering de obligatoire vruchtgebruiksbepalingen analogisch toepasselijk alsof de tijdelijke eigenaar vruchtgebruiker en zijn rechtsopvolger hoofdgerechtigde was (Art. 87 Ov.).* 129, 288
- 6026 *Degene, die vóór de invoering een ontvreemde of verloren roer. zaak te goeder trouw door overdracht heeft verkregen, wordt daarvan eigenaar, zodra 3 jaar zijn verstreken sedert de ontvreemding of het verlies. Artt. 2014 lid 2 en 637 blijven van toepassing gedurende die tijdvak en voorts, totdat onherroepelijk is beslist op een door de gedeposeerde tijdig ingestelde vordering krachtens art. 2014 lid 2 (Art. 88 Ov.).* 130
- 6027 *Wie vóór de invoering een onroer. zaak (of ander registergoed, recht van intellectuele eigendom of aandeel op naam) van een beschikkings-onbevoegde verkreeg, wordt niet beschermd door art. 3.4.2.3b, maar – voor zover toepasselijk – door art. 1910 (Art. 4 AB).* 131
- 6028 *Een vóór de invoering verrichte cessie, die niet is betekend aan of erkend door de debitor cessus, werkt eerst tegen de cessus na mededeling volgens art. 3.4.2.7 (Art. 90 Ov.).* 132, 288, 296
- 6029 *Indien een schuldvordering vóór de invoering gecedeerd is, is de cessionaris vanaf de invoering bevoegd de nevenrechten, voorrechten en executiebevoegdheid uit te oefenen, die ten tijde van de cessie aan de schuldvordering waren verbonden (Art. 186 Ov.).* 133
- 6030 *Indien vóór de invoering een beperkt recht op een schuldvordering is gevestigd, is de schuldenaar vanaf de invoering bevoegd aan de beperkt gerechtigde de verweermiddelen tegen te werpen, die hij ten tijde van de mededeling van de vestiging tegenover de oorspronkelijke schuldeiser kon doen gelden.* 134
- 6031 *De vinder, die vóór de invoering een onbeheerde roer. zaak heeft gevonden, verkrijgt de eigendom 1 jaar na de invoering, mits hij vóór afloop van dit jaar aangifte heeft gedaan. Bij niet-kostbare zaken is geen aangifte vereist. (Art. 151 Ov.).* 136
- 6032 *De eigendom van een schat, die langer dan 1 jaar vóór de invoering is*

- ontdekt, wordt verkregen zonder vereiste van aangifte. De eigendom van een schat, die binnen het jaar vóór de invoering is ontdekt, wordt verkregen onder verplichting tot aangifte (Art. 152 Ov.). 137
- 6033 De eigenaar van een dier verliest door de invoering de eigendom, indien alsdan voldaan is aan de vereisten van art. 5.2.17 (Art. 153 Ov.). 138
- 6034 V Art. 3.4.3 is vanaf de invoering van toepassing op een lopende verkrijgende verjaring. De nieuwe verjaringstermijn begint terugwerkend bij de aanvang van het bezit, maar eindigt niet eerder dan 1 jaar na de invoering. 139-142
- 6035 V **Maar:** ten aanzien van goederen, die vóór de invoering niet vatbaar waren voor bezit, begint de termijn bij de invoering. 139-142, 288
- 6036 De bezitter van een goed, wiens bezit vóór de invoering is begonnen en niet te goeder trouw was, wordt 1 jaar na de invoering rechthebbende, indien:
 en het bezit alsdan nog voortduurt met inachtneming van art. 3.4.3.8,
 en de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit vóór het einde van dit jaar is voltooid (Art. 93 Ov.). 143
- 6037 De wet, geldende ten tijde dat een beperkt recht wordt gevestigd, overgedragen of teniet gaat, bepaalt de geldigheidsvereisten (Art. 4 AB). 144
- Maar:**
- 6038 a. een beperkt recht, dat vóór de invoering is tenietgegaan door AFSTAND, herleeft terugwerkend ten bate van degene, die zijnerzijds een beperkt recht op dat goed had (Art. 85 Ov.). 145
- 6039 b. een beperkt recht, dat vóór de invoering door VERMENGING is tenietgegaan, herleeft terugwerkend:
 – ten bate van degene, die zijnerzijds een beperkt recht op het tenietgegane beperkte recht had,
 – ten nadele van degenen, die zijnerzijds een beperkt recht op het moederrecht had en het tenietgegane beperkte recht moest eerbiedigen (Art. 85 Ov.). 145
- 6040 De 30-jarige termijn van non-usus, die bij de invoering nog niet verstreken is, eindigt uiterlijk 1 jaar na de invoering. Bij het einde van dit jaar – c. q. bij het eerdere voltooiën van de termijn van non-usus volgens de oude wet – wordt art. 3.4.3.8a van toepassing. Het beperkte recht gaat teniet bij voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van de met het beperkte recht strijdige toestand (Art. 94 Ov.). 146

ZEKERHEIDSRECHTEN

- 6041 *De rechten en verplichtingen uit een vóór de invoering gevestigd vuistpandrecht worden vanaf de invoering bepaald door titel 3.9.* 148
- 6042 *De oude wet blijft van toepassing op een bij de invoering bestaand vuistpandrecht, dat op een binnen 3 jaar vóór de invoering ontvreemde of verloren roer. zaak is gevestigd (Art. 88 Ov.).* 149
- 6043 *De oude wet blijft van toepassing, indien de pandhouder binnen 3 jaar vóór de invoering de macht over het pand door ontvreemding of verlies is kwijtgeraakt. (Art. 107 Ov.).* 149
- 6044 *Een vuistpandrecht, dat vóór de invoering is gevestigd, strekt mede tot zekerheid voor verschuldigde rente, zonder de beperking van art. 3.9.2.5a (Art. 108 Ov.).* 150
- 6045 *Een vuistpandrecht, dat vóór de invoering is gevestigd, brengt van rechtswege een stil pandrecht mee op de vergoedingsvorderingen van art. 3.9.1.3 lid 1, voor zover die vergoedingsvorderingen na de invoering ontstaan. Het stil pandrecht heeft de rang van art. 3.9.1.3 lid 2.* 151
- 6046 *De derde-pandgever is krachtens art. 3.1.9.6a lid 1 aansprakelijk voor waardeverminderingen, die na de invoering ontstaan (Art. 70 lid 2 Ov.).* 152
- 6047 *De derde-pandgever heeft de vergoedingsvordering van art. 3.1.9.6b lid 2 voor kosten, die na de invoering zijn gemaakt (Art. 70 lid 2 Ov.).* 152
- 6048 *De pandhouder is bevoegd tot parate executie overeenkomstig art. 3.9.2.9 leden 1 en 3, indien de derde-pandgever bij de invoering in verzuim is ten aanzien van een krachtens de oude wet op hem rustende verplichting (Art. 109 Ov.).* 152
- 6049 *V De wet, geldende ten tijde van de aanzegging van de executie aan de pandgever, bepaalt de wijze van executie (Art. 110 Ov.).* 153-157
- 6050 *V Maar: een executie, die door de oude wet wordt beheerst, wordt afgewikkeld met toepassing van:*
- art. 3.9.2.14, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de pandgever is verantwoord (Art. 111 Ov.).
 - artt. 480 vlg. NRv, tenzij òf de onderhandse verkoop òf de toewijzing bij openbare verkoop òf de inning vóór de invoering heeft plaatsgevonden.
- 6051 *Een bij de invoering bestaande zekerheidsoverdracht wordt van rechtswege omgezet in een (stil)pandrecht tussen de fiduciaire houder, als pandgever, en de fiduciaire eigenaar, als pandhouder (Art. 86 lid 1 Ov.).* 159-162

- 6052 **Maar:** de oude wet blijft van toepassing, indien de schuldenaar vóór de invoering is tekort geschoten in de nakoming van een zijner verbintenissen (Art. 86 lid 5 Ov.). 159-162, 279
- 6053 **Maar:** de zekerheidsoverdracht wordt alsnog 6 maand na de invoering van rechtswege omgezet in pandrecht, indien de schuldeiser binnen dit tijdvak niet de liquidatie van het zekerheidsobject heeft aangezegd (Art. 86 lid 5 Ov.). 159-162
- 6054 Contractuele bedingen tussen de fiduciaire eigenaar en de fiduciaire houder, die volgens de oude wet geldig waren, worden analogisch van toepassing op het stil pandrecht en blijven geldig, ook indien zij in strijd zijn met dwingende bepalingen van de nieuwe wet (Art. 86 lid 6 Ov.). 163
- 6055 **Maar:** contractuele bedingen, die worden uitgesloten door artt. 3.9.2.10-14, worden vanaf de invoering nietig (Art. 86 lid 6 Ov.). 163
- 6056 Het (stil)pandrecht werkt tegen alle schuldeisers en rechthebbenden, van wie de rechten vóór de invoering zijn ontstaan en tegen wie de zekerheidseigendom kon worden ingeroepen. Art. 3.9.2.3 lid 4 is niet van toepassing (Art. 86 lid 3 Ov.). 164
- 6057 De schuldeiser, aan wie de rechten uit een levensverzekering met afkoopwaarde vóór de invoering tot zekerheid zijn overgedragen, kan vanaf de invoering als pandhouder de vordering belenen ter hoogte van zijn opeisbare vordering tot aan die waarde op de bij de verzekeraar gebruikelijke voorwaarden (Art. 86 lid 4 Ov.). 165
- 6058 Een bij de invoering bestaande verbintenis tot zekerheidsoverdracht wordt van rechtswege omgezet in een verbintenis tot vestiging van stil pandrecht. De partijen zijn verplicht tot aanpassing van hun overeenkomst aan titel 3.9 (Art. 86 leden 7 en 8 Ov.). 166
- 6059 Een eenvoudig eigendomsvoorbehoud, vóór de invoering bedongen, blijft geldig (Art. 4 AB). 167
- 6060 Een rekeningcourant-eigendomsvoorbehoud, vóór de invoering bedongen, wordt van rechtswege omgezet in stil pandrecht met ingang van het tijdstip, dat de tegenpraestatie voor de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak is of zal worden voldaan (Art. 89 Ov.). 167
- 6061 *V* Indien de verkoper ter zake van een vóór de invoering afgeleverde zaak het recht van reclame uitoefent, blijven daarop artt. 1191 BW en 230 vlg. WvK van toepassing. 168
- 6062 De schuldenaar is vanaf de invoering bevoegd een retentierecht in te roepen, zodra voldaan is aan de vereisten van afd. 3.10.4A. 169
- 6063 De rechten en verplichtingen uit een vóór de invoering gevestigde hy-

potheek worden vanaf de invoering bepaald door titel 3.9.

170

6064 *Een vóór de invoering verleende hypotheek tot zekerheid van de koop-prijsschuld of van de schuld wegens overbedeling, die binnen 8 vrije dagen na het verlijden van de acte van vestiging wordt overgeschreven, behoudt de voorrang van artt. 1227 en 1228 (Art. 112 Ov.).*

170

6065 *Een vóór de invoering gevestigde hypotheek strekt mede tot zekerheid voor de overeengekomen rente over 2 jaar en het lopende jaar (Art. 113 Ov.).*

170

6066 *Een vóór de invoering gevestigde hypotheek brengt van rechtswege een stil pandrecht mee op de vergoedingsvorderingen van art. 3.9.1.3 lid 1, voor zover die vergoedingsvorderingen na de invoering ontstaan. Het stil pandrecht heeft de rang van art. 3.9.1.3 lid 2*

170

6067 *Op een vóór de invoering gevestigde hypotheek wordt art. 3.9.4.8b 5 jaar na de invoering van toepassing (Art. 114 Ov.).*

170

6068 *V De wet geldende ten tijde van de inleiding van de executie, bepaalt de wijze van executie (Art. 115 Ov.). De executie wordt ingeleid door:*

– (in geval van toepassing van art. 1223): aanzegging aan de hypotheekgever.

– (in geval van toepassing van art. 508 Rv): aanzegging van de overneming aan de hypotheekgever.

– (in geval van toepassing van art. 491 Rv): beslag door de hypotheekhouder op het verbonden goed.

171-174

6069 *V Maar: een executie die door de oude wet wordt beheerst, wordt afgewikkeld met toepassing van:*

– art. 3.9.4.16, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de hypotheekgever is verantwoord.

– artt. 551 vlg. NRv., tenzij de toewijzing van het geëxecuteerde goed vóór de invoering heeft plaatsgevonden.

171-174

6070 *V De oude wet blijft van toepassing op een bij de invoering lopende overeenkomst van borgtocht en op nadere overeenkomsten, die ter vervanging, wijziging of aanvulling ervan na de invoering worden aangegaan (art. 220 lid 1 Ov.).*

175

6071 *De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de rangorde bij verhaal van alsdan bestaande vorderingen (Art. 116 lid 1).*

176-179

Maar:

6072 a. *art. 3.1.2.4a heeft geen invloed op de rangorde van rechten op registergoederen, die bij de invoering geldig zijn ingeschreven (Art. 78 lid 2 Ov.).*

176-179

6073 b. *art. 3.10.1.3d is niet van toepassing op een vergoedingsvordering,*

- §
- die vóór de invoering is ontstaan (Art. 117 Ov.) 176-179
- 6074 c. de rangorde wordt bepaald door de oude wet in geval van verhaal op een vóór de invoering verkocht goed (Art. 116 lid 2 Ov.). 176-179
- 6075 De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering of een alsdan bestaande vordering bevoorrecht is op BEPAALDE goederen van de schuldenaar (Art. 116 lid 1 Ov.). 180-182
- Maar:**
- 6076 V a. het verkopersprivilege van art. 1185 sub 3^o blijft van toepassing, indien een koopprijsvordering voortvoeit uit een vóór de invoering aangegane koopovereenkomst. Artt. 1190 en 1192a blijven in zoverre eveneens van toepassing (Art. 118 Ov.). 183
- 6077 b. de privileges van de oude wet blijven van toepassing in geval van verhaal op een vóór de invoering verkocht goed (Art. 116 lid 2 Ov.). 182
- 6078 V c. de privileges van de oude wet blijven eveneens van toepassing, indien de schuldenaar vóór de invoering in staat van faillissement is verklaard of hem voorlopig surseance van betaling is verleend. 182
- 6079 De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering of een alsdan bestaande vordering bevoorrecht is op ALLE goederen van de schuldenaar (Art. 116 lid 1 Ov.). 182
- 6080 V **Maar:** de privileges van de oude wet blijven van toepassing, indien de schuldenaar vóór de invoering in staat van faillissement is verklaard of hem voorlopig surseance van betaling is verleend. 182

GEMEENSCHAP

- 6081 Titel 3.7 is vanaf de invoering van toepassing op een alsdan bestaande rechtsverhouding, krachtens welke een of meer goederen aan twee of meer personen gezamenlijk toebehoren. 184
- 6082 Vanaf de invoering is iedere individuele deelgenoot bevoegd tot:
- a. maatregelen van gewoon onderhoud
 - b. maatregelen tot behoud
 - c. handelingen die geen uitstel kunnen lijden
 - d. stuiting van verjaring
 - e. gebruik van gemene goederen
 - f. maatregelen ter verkrijging van rechterlijke uitspraken ten behoeve van de gemeenschap.
- 6083 **Maar:** een vóór de invoering getroffen regeling kan ten aanzien van 187

- ieder dezer bevoegdheden anders bepalen (Art. 71 Ov.). 187
- 6084 Vanaf de invoering zijn de gezamenlijke deelgenoten bevoegd tot:
g. al overige beheershandelingen
h. alle beschikkingshandelingen. 187
- 6085 **Maar:** een vóór de invoering getroffen regeling kan ten aanzien van
ieder dezer bevoegdheden anders bepalen (Art. 71 Ov.). 187
- 6086 Vanaf de invoering is iedere deelgenoot gerechtigd tot de vruchten en
draagplichtig in de lasten der gemeenschap, in evenredigheid tot zijn
aandeel. 188
- 6087 **Maar:** een vóór de invoering getroffen regeling kan anders bepalen. 188
- 6088 Vanaf de invoering is een beherende deelgenoot jaarlijks rekenplichtig. 189
- 6089 Een vóór de invoering getroffen regeling is vanaf de invoering bindend voor rechtverkrijgenden van een deelgenoot, zelfs wanneer de rechtverkrijging vóór de invoering heeft plaatsgevonden. 190
- 6090 Vanaf de invoering is een vóórdien getroffen regeling vatbaar voor rechterlijke wijziging wegens onvoorziene omstandigheden. 191
- 6091 Vanaf de invoering kan in rechte vaststelling van een ontbrekende beheersregeling worden verzocht. 192
- 6092 Vanaf de invoering is iedere individuele deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap bevoegd te beschikken over zijn totaal aandeel in de gemeenschap en over zijn partieel aandeel in een gemeen goed, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. 193
- 6093 Vanaf de invoering is iedere individuele deelgenoot in een ontbonden bijzondere gemeenschap bevoegd te beschikken over zijn totaal aandeel in de gemeenschap, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. De individuele deelgenoot is niet bevoegd te beschikken over zijn partieel aandeel in een gemeen goed. 193
- 6094 Voor zover de rechtsverhouding een individuele deelgenoot in zijn beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van zijn aandeel beperkt, is de rechtsverhouding vanaf de invoering voor rechterlijke wijziging vatbaar wegens onvoorziene omstandigheden. 193
- 6095 Vanaf de invoering is het aandeel van een deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap verhaalsobject voor zijn privé-schuldeisers, namelijk:
en het partiële aandeel in enig gemeen goed,
en het totale aandeel in de gemeenschap. 194-197
- 6096 Vanaf de invoering is het totale aandeel van een deelgenoot in een ontbonden bijzondere gemeenschap verhaalsobject voor zijn privé-schuld-

- eisers. Het partiële aandeel in een gemeengoed van een ontbonden bijzondere gemeenschap is slechts verhaalsobject voor de privé-schuldeisers met toestemming van de overige deelgenoten.* 194-196
- 6097 *Vanaf de invoering is de privé-schuldeiser van een deelgenoot in een onbenoemde gemeenschap of in een ontbonden bijzondere gemeenschap bevoegd de verdeling te vorderen en ter verzekering van zijn rechten conservatoir deelgenotenbeslag te leggen.* 194-196
- 6098 *Vanaf de invoering zijn de gemene goederen verhaalsobject voor de boedelschuldeisers.* 197
- 6099 *Vanaf de invoering kan de rechter bevelen dat vóór de verdeling vol-doening van alle of bepaalde boedelschulden plaatsvindt.* 197
- 6100 *Vanaf de invoering bepaalt de nieuwe wet ten aanzien van een alsdan bestaande gemeenschap:*
 – *wie verdeling kan vorderen*
 – *wat gevorderd kan worden*
 – *hoe gevorderd moet worden.* 203-205
- 6101 *V Een vordering tot scheiding en deling, waarop bij de invoering nog niet in hoogste feitelijke instantie is beslist, wordt afgedaan met toe-passing van de nieuwe wet.* 206
- 6102 *V Maar: art. 680 leden 3-5 NRv. blijft buiten toepassing.* 206
- 6103 *Vanaf de invoering kan zich iedere boedelschuldeiser verzetten tegen de verdeling van een gemeenschap.* 207
- 6104 *Vanaf de invoering is de verdeling onderhevig aan de impedimenten van de nieuwe wet.* 208-219
- Maar:**
- 6105 *V a. de oude wet blijft van toepassing, voor zover bij de invoering een rechtsgeding aanhangig is.* 219
- 6106 *V b. de oude wet blijft van toepassing, voor zover op basis daarvan een onherroepelijke rechterlijke beslissing wordt gegeven. De nieuwe wet bepaalt echter de veranderlijkheid van die beslissing.* 219
- 6107 *V c. de oude wet blijft van toepassing, voor zover de deelgenoten vóór de invoering een regeling hebben getroffen. De nieuwe wet bepaalt echter de veranderlijkheid van die regeling.* 219
- 6108 *V Een verzoek tot openbare verkoop van een gemeen goed, waarop bij de invoering nog niet is beslist, wordt afgedaan met toepassing van de materieelrechtelijke en procesrechtelijke bepalingen van de oude wet.* 220
- 6109 *V Een verdeling, die bij de invoering – al of niet na een rechterlijk be-vel tot verdeling – in uitvoering is, wordt afgewikkeld met toepas-sing van N 6104-6107.* 221

§

- 6110 *V Een zwarighedenprocedure waarin bij de invoering nog niet is beslist, wordt afgedaan met toepassing van de oude wet.* 222
- 6111 *V Maar: art. 678 leden 2 en 3 en art. 679 leden 2 en 3 NRv. vinden vanaf de invoering toepassing.* 222
- 6112 *De wet, waaronder een verdeling voltooid wordt, bepaalt de vereisten voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde (Art. 101 Ov.).* 223
- 6113 *V De wet, waaronder een verdeling voltooid wordt, bepaalt de (on)geligheid van de verdeling en de daartegen in te stellen rechtsmiddelen.* 224
- 6114 *Maar: art. 3.7.3.3a vindt toepassing in rechtsgedingen, waarin een beroep op een vernietigingsgrond van de oude wet wordt gedaan, tenzij bij de invoering reeds in hoogste feitelijke instantie is beslist.* 225

VERJARING EN VERVAL

- 6115 *V De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering aard en duur van een lopende termijn van bevrijdende verjaring – c.q. van verval van bevoegdheid – en terugwerkend de aanvang ervan.* 226
- Maar:**
- 6116 a. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die geen oude termijn vervangt, begint bij de invoering (Art. 72 Ov.).* 226
- 6117 b. *een nieuwe termijn van korter dan 1 jaar, die vóór de invoering begint en een onvoltooide oude termijn vervangt, eindigt op het tijdstip dat de oude termijn zou zijn geëindigd (Art. 72 Ov.).* 226
- 6118 *V c. een nieuwe termijn van 1 jaar of langer eindigt niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 73 Ov.).* 226
- 6119 *Art. 3.11.20b leden 1 en 2 zijn vanaf de invoering van toepassing, v.z.v. het pand- of hypotheekrecht niet reeds eerder was teniet gegaan (Art. 121 Ov.).* 227
- 6120 *V Art. 3.11.20c is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de rechterlijke of arbitrale uitspraak daarvóór is gewezen.* 228
- 6121 *Maar: indien de rechterlijke of arbitrale uitspraak vóór de invoering is gewezen, verstrijkt de verjaringstermijn niet eerder dan 1 jaar na de invoering (Art. 122 Ov.).* 228
- 6122 *Een verjaring wordt door de invoering niet gestuit, indien zich daarvóór een feit heeft voorgedaan, dat geen stuitingsgrond was volgens de oude wet, doch wel stuitingsgrond is volgens de nieuwe wet (Art. 119 Ov.).* 229
- 6123 *Art. 3.11.20d is vanaf de invoering van toepassing, ook indien de*

		§
	<i>rechterlijke of arbitrale uitspraak daarvóór is geweest (Art. 122 Ov.).</i>	230
6124	<i>V De schorsing van een verjaringstermijn eindigt bij de invoering. De nieuwe wet bepaalt vanaf de invoering de duur van de verjaringstermijn en terugwerkend de aanvang ervan.</i>	231-234
	Maar:	
6125	<i>V a. de nieuwe termijn wordt verlengd tot 1 jaar na de invoering, indien bij de invoering geen verlengingsgrond bestaat.</i>	231-234
6126	<i>V b. de nieuwe termijn wordt verlengd tot 6 maand na het verdwijnen van een verlengingsgrond die bij de invoering bestaat.</i>	231-234
6127	<i>V c. de nieuwe termijn wordt verlengd tot 6 maand na het verdwijnen van een verlengingsgrond, die binnen 6 maand vóór de invoering is verdwenen.</i>	231-234

VOLMACHT

6128	<i>V Indien iemand vóór de invoering, zonder daartoe bevoegd te zijn, als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, kan laatstgenoemde de rechtshandeling bekrachtigen. Art. 3.3.8 is vanaf de invoering van toepassing.</i>	235
6129	<i>V Maar: de oude wet blijft van toepassing, indien de wederpartij vóór de invoering te kennen heeft gegeven, dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt.</i>	235

7. GEDINGEN

7000	<i>V De materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de nieuwe wet vinden in alle bij de invoering aanhangige en vanaf de invoering aan te leggen gedingen toepassing.</i>	245
	Maar:	
7001	<i>V a. de materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de oude wet vinden toepassing, indien de rechtsbetrekking in geschil krachtens de Overgangswet door de oude wet wordt beheerst.</i>	245
7002	<i>V b. de ten tijde van de rechtsingang geldende voorschriften ten aanzien van de procesgrondslagen blijven tot in laatste instantie ongewij-</i>	

<i>Nodi</i>	293
	§
<i>zigt van toepassing.</i>	245
7003 <i>V c. technische verbeteringen van procesrechtelijke voorschriften worden onmiddellijk toegepast, ongeacht de wet die de rechtsbetrekking in geschil beheerst.</i>	245
7004 <i>V Indien een bij de invoering aanhangig geding in enige instantie met toepassing van de nieuwe wet wordt afgedaan, wordt aan partijen, zo nodig ambtshalve, gelegenheid geboden tot aanpassing van hun stellingen.</i>	245
7005 <i>V De materieelrechtelijke en procesrechtelijke voorschriften van de wet, die in hoogste feitelijke instantie toepassing hadden behoren te vinden, blijven in de cassatie-phase van toepassing tot in laatste instantie.</i>	245
Maar:	
7006 <i>V a. N. 7000-7004 worden van toepassing, indien het geding bij de invoering in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen verkeert en voor de rechter, bij wie het bij de invoering aanhangig was, ten gevolge van zijn beslissing wordt voortgezet.</i>	245
7007 <i>V b. N. 7000-7004 worden van toepassing, indien het geding aanhangig is of aanhangig wordt gemaakt krachtens door de Hoge Raad met toepassing van de oude wet gewezen verwijzingsarrest op de enkele grond, dat de rechter zijn bevoegdheid ten onrechte heeft aangenomen.</i>	245
7008 <i>V Art. 616 NRv. is vanaf de invoering van toepassing op het stellen van zekerheid en geschillen daarover.</i>	246

8. EXECUTIE EN BESLAG

8000 <i>V Een vanaf de invoering begonnen executie wordt beheerst door de nieuwe wet, ook indien de titel vóór de invoering is verkregen.</i>	248
8001 <i>V Artt. 430-438a NRv. zijn vanaf de invoering op een lopende executie van toepassing.</i>	248
8002 <i>V Artt. 700-710 NRv. zijn vanaf de invoering van toepassing op een vóórdien gelegd conservatoir beslag.</i>	248
8003 <i>V Art. 3.11.3 treedt vanaf de invoering in de plaats van artt. 1276-1277.</i>	249

- 8004 *V Een vóór de invoering getroffen rechterlijke voorziening wordt geëxecuteerd met toepassing van art. 3.11.4, c.q. art. 26 Kad. wet.* 250
- 8005 *Een vóór de invoering gelegd execut. beslag tot verhaal op goederen die geen registergoederen zijn, wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).* 251
- Maar:**
- 8006 a. artt. 462-474 NRv. zijn van toepassing, tenzij de in art. 464 Rv. bedoelde biljetten vóór de invoering zijn aangeslagen (Art. 17 lid 2 Ov. II). 251
- 8007 *V b. Artt. 480-490d NRv. zijn van toepassing, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de geëxecuteerde is verantwoord (Art. 17 lid 3 Ov. II).* 251
- 8008 *Een vóór de invoering gelegd execut. beslag tot verhaal op onroer. zaken wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).* 252
- Maar:**
- 8009 *V a. art. 505 lid 3 NRv. vindt vanaf de invoering toepassing.* 252
- 8010 b. artt. 514-529 NRv. zijn van toepassing, tenzij de in art. 517 Rv. bedoelde biljetten vóór de invoering zijn aangeplakt (Art. 17 lid 2 Ov. II). 252
- 8011 *V c. artt. 551-553 NRv. zijn van toepassing, tenzij de netto-opbrengst vóór de invoering aan de geëxecuteerde is verantwoord (Art. 17 lid 3 Ov. II).* 252
- 8012 *V Een vóór de invoering ingediend verzoek als bedoeld in art. 537a Rv. blijft vanaf de invoering buiten behandeling, behoudens ten aanzien van de proceskosten.* 252
- 8013 *Een vóór de invoering gelegd execut. derdenbeslag wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).* 253
- Maar:**
- 8014 *V a. de verplichting tot het instellen van de eis tot verklaring vervalt, indien die eis bij de invoering nog niet was ingesteld. Art. 476a-477a NRv. vinden toepassing. De executant betekent binnen 14 dagen na de invoering het in art. 476a NRv. bedoelde formulier aan de derde. De termijnen tot het doen van buitengerechtelijke verklaring verstrijkt niet vóórdát 4 weken na die betekening zijn verlopen.* 253
- 8015 b. *een bij de invoering aanhangige eis tot verklaring wordt afgedaan met toepassing van de oude wet.* 253
- 8016 *V c. artt. 477b-478 NRv. vinden toepassing, tenzij de betaling of af-*

gifte door de derde vóór de invoering heeft plaatsgevonden.

253

- 8017 *Een vóór de invoering gelegd cons. beslag wordt afgewikkeld met toepassing van de oude wet (Art. 17 lid 1 Ov. II).*

255

Maar:

- 8018 *V a. de verplichting tot het instellen van de vordering tot vanwaardeverklaring vervalt, indien de door de oude wet daarvoor gestelde termijn nog niet was verstreken. Art. 700 lid 3 NRv. is van toepassing.*

256

- 8019 *V b. een bij de invoering aanhangige eis, voor zover strekkende tot vanwaardeverklaring, blijft vanaf de invoering buiten behandeling, behoudens ten aanzien van de proceskosten.*

256

- 8020 *V Het tijdstip, waarop een cons. beslag in execut. beslag overgaat, c. q. vervalt, wordt bepaald door art. 704 NRv.*

257

- 8021 *V Maar: de oude wet is ten aanzien van dit tijdstip van toepassing, indien vóór de invoering of bij in kracht van gewijsde gedane uitspraak op de vanwaardeverklaring is beslist of de executie van het beslagen goed is aangevangen.*

257

- 8022 *Een vóór de invoering begonnen executie van een huurkoopbevel en de executie van een vóór de invoering gelegd revindicatoir beslag, pandbeslag of auteursrechtelijk beslag, worden afgewikkeld overeenkomstig de oude wet (Art. 19 Ov. II).*

258

- 8023 *Een executie tot ontruiming van een onroer. zaak geschiedt naar de wet waaronder de executie is begonnen (Art. 19 Ov. II).*

259

9. FAILLISSEMENT

- 9000 *Verzoeken tot faillietverklaring, die vóór de invoering zijn ingediend, worden afgedaan met toepassing van de oude wet.*

262

- 9001 *Verzoeken tot het verlenen van surséance van betaling, die bij de invoering nog niet voorlopig zijn ingewilligd, worden afgedaan met toepassing van de oude wet.*

262

- 9002 *Aangiften tot faillietverklaring, die vóór de invoering zijn gedaan, worden afgedaan met toepassing van de oude wet.*

262

- 9003 *Artt. 42-51 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.*

263

- 9004 *Maar: artt. 43, 45 en 51 Fw. blijven toepasselijk, indien de curator*

		§
	<i>vóór de invoering de rechtshandeling heeft vernietigd.</i>	263
9005	<i>Art. 33 lid 2 NFw. vindt uitsluitend toepassing, indien een faillissement na de invoering eindigt ten gevolge van vernietiging of opheffing.</i>	264
9006	<i>Art. 35 NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	265
9007	Maar: <i>de oude wet bepaalt of een cessie, die vóór de invoering is verricht, aan de leveringsvereisten voldoet.</i>	265
9008	<i>Art. 35a NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	266
9009	<i>Artt. 36 en 36A NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	267
9010	<i>Artt. 37 en 37a NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	268
9011	Maar: <i>art. 37 Fw. blijft toepasselijk, indien de wederkerige overeenkomst vóór de invoering krachtens dit artikel is ontbonden.</i>	268
9012	<i>Artt. 53-55 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	269
9013	<i>Art. 56 NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	269
9014	<i>Artt. 57-59 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	270-272
9015	<i>Art. 60 NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	273
9016	<i>Art. 63a NFw. vindt ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken.</i>	274
9017	<i>Artt. 132 en 136 NFw. vinden ook toepassing, indien het faillissement vóór de invoering is uitgesproken</i>	275
9018	Maar: <i>indien de verificatievergadering vóór de invoering is gehouden, blijven artt. 132, 135 en 136 Fw. van toepassing.</i>	275
9019	<i>Op vorderingen ten laste van een schuldenaar, die vóór de invoering in staat van faillissement is verklaard, en op de rangorde blijft gedurende het faillissement voor het overige de oude wet van toepassing (Art. 29 Ov. II).</i>	275
9020	<i>Indien partijen vóór de invoering krachtens art. 122 Fw. naar de terechtzitting zijn verwezen, wordt de renvooiprocedure afgedaan met toepassing van de oude wet.</i>	275
9021	<i>De NFw.-artikelen zijn in een surséance van betaling, die vóór de invoering voorlopig verleend is, in dezelfde omvang van toepassing</i>	

als in vóór de invoering uitgesproken faillissementen (Art. 26 Ov. II).

9022 *Op vorderingen ten laste van een schuldenaar, aan wie vóór de invoering voorlopig surséance van betaling is verleend, en op de rangorde blijft voor het overige de oude wet van toepassing gedurende de surséance en een opvolgend faillissement (Art. 29 Ov. II).*

*Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6
nieuw B. W., elfde gedeelte,
bevattende aanvulling van de
Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek*

31 oktober 1984

VOOR-ONTWERP VAN WET

OVERGANGSWET I

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz., enz., enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben dat het wegens de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, en mede in verband met de toekomstige invoering van de overige Boeken van dat wetboek, noodzakelijk is de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek aan te vullen;

Zo is het dat Wij de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I. Wijziging van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek

In de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek worden na artikel 67 de volgende titels en artikelen opgenomen:

TITEL 3. ALGEMENE OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET DE BOEKEN 3-8

Artikel 68.

1. In de volgende artikelen worden onder 'de wet' verstaan de in werking getreden bepalingen van de Boeken 3-8 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.
2. Voor zover en zolang op grond van de artikelen van deze titel en van de volgende titels de wet niet van toepassing is, blijft het vóór haar inwerkingtreding geldende recht van kracht.

Artikel 69.

Door het enkele in werking treden van de wet wordt eigendom of een ander vermogensrecht niet verkregen of verloren.

Artikel 70.

1. Het enkele in werking treden van de wet doet geen vorderingsrechten en schulden ontstaan, op een ander overgaan of tenietgaan.
2. De bepalingen der wet omtrent verbintenissen worden echter voor het vervolg van toepassing op ten tijde van het in werking treden van de wet bestaande overeenkomsten en andere rechtsbetrekkingen waaruit verbintenissen voortvloeien.

Artikel 71.

1. Een beding dat vóór het in werking treden van de wet geldig is overeengekomen, behoudt zijn geldigheid, ook indien het in strijd is met een dwingende bepaling der wet, tenzij het naar een toen geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud van een zodanig artikel weergeeft. Een dergelijk beding wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van dat beding.
2. Een zodanig beding kan op grond van de wet slechts worden vernietigd, indien het krachtens het tevoren geldende recht eveneens vernietigbaar dan wel nietig was.

Artikel 72.

Indien een bepaling der wet een door haar op korter dan een jaar gestelde en nog niet verstreken termijn vóór het tijdstip van haar toepasselijk worden zou doen aanvangen, vangt die termijn op dit tijdstip aan. Hij loopt evenwel af voordat zijn door de wet bepaalde duur is verstreken, op het tijdstip waarop de door hem vervangen termijn volgens het voorafgaande recht zou zijn verstreken.

Artikel 73.

Indien een bepaling der wet een door haar op ten minste een jaar gestelde termijn zou doen aanvangen vóór het tijdstip van haar toepasselijk worden, geldt het bepaalde in de wet omtrent de aanvang, duur en aard van die termijn eerst wanneer een jaar nadien is verstreken. De termijn der wet wordt geacht niet vóór afloop van dat jaar te zijn voltooid, indien de door hem vervangen termijn volgens het voorafgaande recht alsdan nog niet zou zijn verstreken.

Artikel 74.

1. Gedingen waarin de inleidende dagvaarding is betekend dan wel het inleidende verzoekschrift is ingediend voor het tijdstip van in werking treden van de wet, worden geheel afgedaan met toepassing van de voor-

schriften van procesrechtelijke aard die voor dat tijdstip golden. Het in de vorige zin bepaalde geldt ook voor de afdoening van een eis of verzoek, in het geding bij wege van reconventie gedaan, ook indien dat na het in werking treden van de wet is geschied.

2. In gedingen als bedoeld in het vorige lid bepaalt de rechter op verzoek van een der partijen of ambtshalve een termijn waarbinnen partijen de gelegenheid wordt geboden hun stellingen en conclusies voor zover nodig aan te passen aan de wet of aan deze of aan der volgende titels.
3. In een geding ter zake van een cassatieberoep tegen een, vóór het in werking treden van de wet tot stand gekomen, uitspraak blijft het voordien geldende recht van toepassing. Dit geldt mede voor zover de zaak opnieuw moet worden behandeld als gevolg van cassatie op een andere grond dan dat de rechter ten onrechte zijn bevoegdheid heeft aangenomen.

Artikel 75.

1. De wet blijft, ook buiten de in deze en de volgende titels geregelde gevallen, buiten toepassing in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien die toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
2. Van de artikelen 69-73 wordt, behalve in de volgende titels, afgeweken op dezelfde gronden als in het vorige lid aangegeven.

TITEL 4. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET BOEK 3

Artikel 76.

Zaken die tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet onroerend door bestemming waren en als zodanig waren begrepen in een beslag of executie, blijven ook nadien daaronder begrepen en gelden zolang beslag en executie duren, tot aan de levering aan de koper als onroerend.

Artikel 77.

Op zaken die tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet onroerend door bestemming waren en als zodanig aan hypotheek waren onderworpen, rust van dat tijdstip af een pandrecht. Het pandrecht komt na dat tijdstip mede te rusten op zaken die als onroerend door bestemming onder het tevoren geldende recht aan die hypotheek zouden zijn onderworpen. Met betrekking tot de zaken, in de vorige zinnen genoemd, wordt geacht het in artikel 3.9.2.14a lid 1 van Boek 3 bedoelde beding te zijn gemaakt. Het pandrecht werkt mede tegen de schuldeisers en rechthebbenden, tegen wie de hypotheek kon worden ingeroepen.

Artikel 78.

1. Feiten die op het tijdstip van het in werking treden van de wet kenbaar zijn uit de openbare registers voor registergoederen uit een in- of overschrijving voordien, gelden voor de toepassing van de wet als feiten die overeenkomstig afdeling 3.1.2 van Boek 3 zijn ingeschreven, tenzij die feiten nadien niet meer hadden kunnen worden ingeschreven.
2. Artikel 3.1.2.4a van Boek 3 heeft geen invloed op de rangorde van rechten die reeds vóór het in werking treden der wet bestonden.
3. De artikelen 3.1.2.7 lid 1, 3.1.2.8 en 3.1.2.8a van Boek 3 worden eerst drie jaren na het tijdstip van het in werking treden van de wet van toepassing met betrekking tot een voor inschrijving vatbaar feit dat vóór dat tijdstip is geschied.

Artikel 79.

1. Een ongeldige rechtshandeling die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is verricht, wordt op dat tijdstip met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet daartoe voor een dergelijke handeling stelt.
2. Het vorige lid vindt slechts toepassing, indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de ongeldigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt.

Artikel 80.

1. De bepalingen der wet omtrent vernietigbaarheid en vernietiging, met inbegrip van artikel 3.2.17 van Boek 3, worden op een rechtshandeling die vóór het tijdstip van in werking treden van de wet is verricht, een jaar na dat tijdstip van toepassing.
2. Artikel 79 lid 2 is van overeenkomstige toepassing op een rechtshandeling die voordien ongeldig was.

Artikel 81.

Een jaar na het in werking treden van de wet wordt een rechtshandeling die volgens het tevoren geldende recht vernietigbaar was, met terugwerkende kracht nietig, indien de wet aan een rechtshandeling met dezelfde gebreken nietigheid verbindt, en voordien niet een beroep op de grond tot vernietiging is gedaan.

Artikel 82.

Voor de toepassing van artikel 3.2.17 lid 1 onder *d* van Boek 3 wordt onder een bevoegdheid tot inroeping van een vernietigingsgrond begrepen de bevoegdheid tot het inroepen van een vernietigingsgrond, welke iemand reeds toekwam volgens het recht dat vóór het toepasselijk worden der wet gold.

Artikel 83.

Artikel 3.3.3 lid 2 van Boek 3 wordt één jaar na het tijdstip van het in werking

treden van de wet van toepassing op een volmacht die op dat tijdstip bestaat.

Artikel 84.

Artikel 3.3.8 van Boek 3 is van toepassing op volmachten die vóór het tijdstip van zijn in werking treden zijn verleend, vanaf één jaar na dat tijdstip.

Artikel 85.

Artikel 3.4.1.2 lid 3 van Boek 3 geldt mede ten aanzien van beperkte rechten die vóór het in werking treden van de wet reeds door afstand en vermenging waren tenietgegaan.

Artikel 86.

1. Op het tijdstip van het in werking treden van de wet gaat een goed dat voor verpanding vatbaar is en aan een schuldeiser tot zekerheid is overgedragen, over op degene te wiens laste de zekerheid is gesteld, en wordt het belast met pandrecht ten behoeve van de voormalige eigenaar tot zekerheid.
2. Van het in het vorige lid genoemde tijdstip af heeft het pandrecht de gevolgen van een pandrecht dat naar zijn strekking overeenkomt met de eigendom tot zekerheid zoals die totdien bestond.
3. Het pandrecht werkt tegen de, vóór het in werking treden van de wet ontstane, rechten op het goed en vorderingen, waartegen de eigendom tot zekerheid kon worden ingeroepen. Het geldt als gevestigd op het tijdstip waarop het goed in eigendom tot zekerheid is overgegaan. Artikel 3.9.2.3 lid 4 van Boek 3 is niet van toepassing.
4. De schuldeiser aan wie de rechten uit een levensverzekering met afkoopwaarde tot zekerheid waren overgedragen, kan van het tijdstip van het in werking treden van de wet af als pandhouder die verzekering belenen ter hoogte van zijn opeisbare vordering tot aan die waarde op de bij de verzekeraar gebruikelijke voorwaarden.
5. De vorige leden zijn niet van toepassing, indien de schuldenaar reeds vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis was tekortgeschoten. Heeft evenwel binnen zes maanden na dat tijdstip de schuldeiser aan de schuldenaar niet aangezegd dat hij tot verkoop van het goed zal overgaan, dan worden de vorige leden alsdan van toepassing.
6. Overeengekomen bedingen worden op het pandrecht van overeenkomstige toepassing, ongeacht of zij aan een na het in werking treden van de wet gevestigd pandrecht kunnen worden verbonden, doch behoudens het geval dat het beding wordt uitgesloten door de artikelen 3.9.2.10-14.
7. Van het in werking treden van de wet af wordt een alsdan bestaande verbintenis strekkende tot overdracht van een goed tot zekerheid, aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van een pandrecht.

8. De partijen bij een overeenkomst die tot overdracht van goederen tot zekerheid verplicht, zijn desverlangd jegens elkaar gehouden tot medewerking aan aanpassing van die overeenkomst aan de bepalingen van titel 3.9 van Boek 3.

Artikel 87.

Op de rechtsverhouding tussen degene die op het tijdstip van het in werking treden van de wet nog voor een bepaalde tijd rechthebbende op een goed is, en hem die na hem verkrijgt, zijn de bepalingen omtrent verbintenissen en bevoegdheden welke uit vruchtgebruik voortvloeien, van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard of inhoud van die rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

Artikel 88.

De artikelen 2014 en 637, zoals die tot aan het tijdstip van het in werking treden van Boek 3 golden, blijven van toepassing op een daarin omschreven goed dat binnen drie jaren voor dat tijdstip was verloren of ontvreemd.

Artikel 89.

1. Indien vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet een eigendomsvoorbehoud is bedongen voor een of meer andere vorderingen dan ter zake van een terzelfdertijd overeengekomen tegenprestatie, dan wordt de eigendom omgezet in een pandrecht overeenkomstig artikel 3.9.2.2 van Boek 3, wanneer de tegenprestatie niet langer is verschuldigd.
2. De leden 3 en 5-8 van artikel 86 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 90.

Overdracht van een recht als bedoeld in artikel 668 eerste lid van het Burgerlijk Wetboek zoals dit vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet gold, en voltooid vóór dat tijdstip, werkt jegens een persoon tegen wie het moet worden uitgeoefend en ten aanzien van wie vóór dit tijdstip volgens artikel 668 tweede lid de overdracht nog geen gevolg had, slechts nadat zij hem overeenkomstig artikel 3.4.2.7 van Boek 3 is medegedeeld.

Artikel 91.

1. Voor de levering van een registergoed kan in plaats van een notariële akte een onderhandse akte worden gebezigd, indien die akte is opgesteld en mede-ondertekend door een persoon, bedoeld in lid 3, en deze persoon dit in het slot der akte heeft verklaard of dit in een door hem ondertekende verklaring aan de voet van de akte heeft bevestigd.
2. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing op de akten, bedoeld in de artikelen 3.7.3.1 lid 1 van Boek 3, 5.3.10a lid 1 en 5.7.1.5b lid 2 van Boek 5 en 6.5.3.2a en 6.5.3.4 lid 2 van Boek 6.
3. Als een persoon, bedoeld in lid 1, geldt degene op wie artikel II van de Wet

van 28 juni 1956, Stb. 376, tot aan het in werking treden van de wet van toepassing was.

4. Onze Minister van Justitie kan uit hoofde van het belang van het rechtsverkeer de bevoegdheid van zulk een persoon schorsen en intrekken; schorsing en intrekking worden in de Nederlandse Staatscourant bekend gemaakt.
5. De voorwaarden en beperkingen, krachtens artikel II tweede lid van de Wet van 28 juni 1956, Stb. 376, destijds bij de ministeriële aanwijzing van een persoon gesteld, blijven van kracht.

Artikel 92.

De termijnen genoemd in artikel 3.4.3.1 van Boek 3, lopen bij het toepasselijk worden van dat artikel op goederen die tevoren krachtens artikel 2000 van het Burgerlijk Wetboek niet door verjaring konden worden verkregen, vanaf de stuiting van de verjaring van een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit, indien zulk een stuiting voordien had plaats gevonden.

Artikel 93.

Artikel 3.4.3.8 van Boek 3 wordt één jaar na het tijdstip van het in werking treden van de wet van toepassing met betrekking tot degene die alsdan een goed bezit; hij wordt geacht dat goed niet vóórdien te hebben verkregen.

Artikel 94.

Indien een rechthebbende op het tijdstip van het in werking treden van de wet van zijn beperkte recht geen gebruik maakte en de termijn na afloop waarvan het dientengevolge geheel of ten dele teniet kon gaan, nog liep, wordt artikel 3.4.3.8a van Boek 3 een jaar na dat tijdstip van toepassing.

Artikel 95.

Bezit en houderschap worden verkregen en verloren op het tijdstip van het in werking treden van de wet, indien de vereisten die de bepalingen van titel 3.5 van Boek 3 daarvoor stellen, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond. Op de verplichtingen die uit bezit en houderschap voortvloeien, is van dat tijdstip af, doch alleen voor het vervolg, de wet van toepassing.

Artikel 96.

De artikelen 3.5.15a en 3.5.16 van Boek 3 vinden mede toepassing met betrekking tot het bezit en het houderschap in het tijdvak dat aan het in werking treden van de wet is voorafgegaan.

Artikel 100.

Artikel 3.7.1.8b lid 3 geldt niet voor een recht van pand of hypotheek dat vóór het in werking treden van de wet is gevestigd.

Artikel 101.

Van het tijdstip van het in werking treden van de wet af is zij van toepassing

op de handelingen ter verdeling van een gemeenschap, voor zover die nog niet is voltooid en uitsluitend voor het vervolg, behalve indien dit zou nopen tot het ongedaan maken van alsdan reeds in overeenstemming met het voordien geldend recht getroffen maatregelen. De wet wordt niet van toepassing ten aanzien van de onderwerpen waaromtrent vóór het in werking treden van de wet een rechterlijke uitspraak is gevraagd.

Artikel 102.

Van het tijdstip van het in werking treden der wet af is artikel 3.7.1.10 van Boek 3 van toepassing op een eenzijdig persoon die is benoemd krachtens artikel 1117 van het Burgerlijk Wetboek zoals dat voordien gold, evenwel met handhaving van de voor hem geldende beloning.

Artikel 103.

Artikel 3.7.2.3 lid 2 van Boek 3 is niet van toepassing op een in artikel 3.7.2.0 lid 2 bedoelde gemeenschap die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestaat.

Artikel 104.

1. Op het tijdstip van het in werking treden van de wet wordt titel 3.8 van Boek 3 mede van toepassing op de alsdan nog aanwezige goederen, bedoeld in artikel 804 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat totdien gold, behoudens, voor zover het betreft het tijdvak vóór dat tijdstip, artikel 3.8.11 van Boek 3.
2. Bij de eerste opgave die de vruchtgebruiker overeenkomstig artikel 3.8.4 lid 4 van Boek 3 aan de hoofdgerechtigde zendt, doet hij tevens opgave betreffende goederen die door de toepassing van het vorige lid onder het vruchtgebruik zijn gebracht.

Artikel 105.

Artikel 3.8.3a lid 2 van Boek 3 is van toepassing op een bewind dat ten tijde van het in werking treden van de wet bestaat.

Artikel 106.

Artikel 3.8.19 van Boek 3 is van toepassing op een vruchtgebruik dat op het tijdstip van het in werking treden van de wet bestaat, ook indien op dat tijdstip de vruchtgebruiker reeds in ernstige mate in de nakoming van zijn verplichtingen is tekortgeschoten

Artikel 107.

Het vierde lid van artikel 1198 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat tot aan het tijdstip van het in werking treden van Boek 3 gold, blijft van toepassing op een verpand goed, zoals in dat artikel omschreven, dat binnen drie jaren voor dat tijdstip was verloren of ontvreemd.

Artikel 108.

Artikel 3.9.2.5a van Boek 3 geldt voor een pandrecht dat vóór het tijdstip van

het in werking treden der wet is gevestigd zonder beperking tot de daar vermelde termijn van drie jaren.

Artikel 109.

Artikel 3.9.2.9 leden 1 en 3 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing op verzuim van een pandgever die niet tevens de schuldenaar is, in de nakoming van de verplichtingen die hij vóór het in werking treden van de wet op zich heeft genomen, voor zover niet artikel 3.9.1.6a van Boek 3 van toepassing is.

Artikel 110.

De artikelen 3.9.2.10-14 van Boek 3 zijn niet van toepassing op de uitwinning van een pand, indien de schuldenaar of de pandgever reeds vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis was tekortgeschoten en aan de pandgever de uitwinning van het pand reeds was aangezegd.

Artikel 111.

Artikel 1205, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet gold, blijft van toepassing ten aanzien van schulden die op dat tijdstip bestaan.

Artikel 112.

Indien op het tijdstip van het in werking treden van de wet sinds de overschrijving in de openbare registers van een koopakte of een akte van scheiding nog geen acht vrije dagen zijn verstreken, blijven de artikelen 1227 en 1228 van het Burgerlijk Wetboek, zoals die voordien golden, van toepassing.

Artikel 113.

Artikel 1229 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet gold, blijft van toepassing op bedongen rente over een vordering tot zekerheid waarvan vóór dat tijdstip hypotheek was gevestigd.

Artikel 114.

Artikel 3.9.4.8b is gedurende een termijn van vijf jaren van het tijdstip van het in werking treden van de wet af niet van toepassing op een hypotheek die vóór dat tijdstip is gevestigd.

Artikel 115.

Indien een hypotheekhouder vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet aan een notaris opdracht heeft gegeven tot de voorbereiding van een openbare verkoop overeenkomstig artikel 1223 tweede lid van het Burgerlijk Wetboek zoals dat voordien luidde, blijft het toen geldende recht op die verkoop van toepassing; zo alsdan de toewijzing ingevolge verkoop na dit tijdstip geschiedt, zijn de artikelen 3.9.4.16-19 echter wel van toepassing.

Artikel 116.

1. De bepalingen van de wet omtrent de rangorde waarin vorderingen uit de

opbrengst van een goed moeten worden voldaan, gelden, behoudens het elders bepaalde, mede met betrekking tot vorderingen die op het tijdstip van het in werking treden van de wet bestaan.

2. De wet is niet van toepassing op de rangorde bij de verdeling van de opbrengst van een goed dat op het tijdstip van haar in werking treden reeds ten behoeve van het verhaal is verkocht, noch op die bij de verdeling van hetgeen op een vordering op dat tijdstip reeds is geïnd.

Artikel 117.

Artikel 3.10.3.2 van Boek 3 is niet van toepassing met betrekking tot een vordering tot vergoeding die op het tijdstip van het in werking treden van de wet bestaat.

Artikel 118.

Afschaffing van voorrechten op bepaalde goederen door het in werking treden van de wet heeft geen gevolg voor een voorrecht dat voordien reeds krachtens artikel 1185 onder 3° van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat tevoren gold, aan een vordering was verbonden. De voordien geldende artikelen 1190 en 1192a van het Burgerlijk Wetboek blijven met betrekking tot dat voorrecht van toepassing. Het voorrecht heeft voorrang boven een pandrecht dat is gevestigd overeenkomstig artikel 3.9.2.2 van Boek 3, of dat, ingevolge artikel 86 lid 2, de gevolgen van een zodanig pandrecht heeft.

Artikel 119.

Het in werking treden van de wet heeft niet tot gevolg dat de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit op grond van een voordien voorgevallen feit waaraan het gevolg van stuiting toen niet was verbonden.

Artikel 120.

De artikelen 2023-2029 van het Burgerlijk Wetboek, zoals die tot aan het in werking treden van Boek 3 golden, blijven gedurende een jaar nadien van toepassing op de gevallen waarop zij totdien toepasselijk waren. De bepalingen omtrent verjaring van Boek 3 worden op die gevallen na afloop van dat jaar van toepassing; is de verjaring alsdan nog niet voltooid, dan wordt er nadien geen rekening mede gehouden dat de verjaring is geschorst geweest.

Artikel 121.

Van het tijdstip van het in werking treden der wet af geldt artikel 3.11.20b leden 1 en 2 van Boek 3, voor zover een pand- of hypotheekrecht niet reeds eerder teniet was gegaan.

Artikel 122.

Vanaf een jaar na het verstrijken van het tijdstip van het in werking treden der wet gelden de artikelen 3.11.20c en 3.11.20d van Boek 3 mede, indien de in artikel 3.11.20c bedoelde rechterlijke of arbitrale uitspraak vóór dat tijdstip is gevallen.

TITEL 6. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET BOEK 5

Artikel 150.

1. Op het tijdstip van het in werking treden van de wet nog bestaande zake-lijke rechten, die niet waren geregeld in het Burgerlijk Wetboek zoals dat voordien gold en die krachtens artikel 1 van de Wet van 16 mei 1829, Stb. 29, zijn gehandhaafd, worden registergoederen. Op vóór dit tijdstip tot stand gekomen inschrijfbare feiten ter zake van rechten die niet uit de openbare registers kenbaar zijn, is artikel 3.1.2.7 lid 1 van Boek 3 niet van toepassing.
2. Op deze rechten, alsmede op grondrenten en rechten van beklemming en van altijddurende beklemming blijven de regels van toepassing die voor hen golden vóór het in werking treden van de wet, voor zover uit de bepalingen omtrent registergoederen niet anders voortvloeit.
3. Een recht van aanwas geldt als eigendom van de bodem waarop het rust; degene die tot aan het in werking treden van de wet eigenaar van de stroom boven die bodem was, verkrijgt een beperkt recht op de bodem, dat de hem voordien toekomende bevoegdheden met betrekking tot de stroom inhoudt.
4. De overige in dit artikel bedoelde rechten gelden met inachtneming van hun bijzondere aard als beperkte rechten op de zaak waarop zij rusten.
5. De rechter kan op vordering van de eigenaar van de zaak waarop een in dit artikel bedoeld beperkt recht rust, de inhoud van dat recht wijzigen, indien het ongewijzigd voortbestaan in strijd is met het algemeen belang, alsook op grond van omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet van de eigenaar kan worden gevergd. De rechter kan de vordering toewijzen onder door hem te stellen voorwaarden; hij houdt geen rekening met omstandigheden die zich vóór het in werking treden van de wet hebben voorgedaan.
6. De vorige leden gelden niet voor grafrechten, zoals geregeld in de Wet op de lijkbezorging.

Artikel 151.

1. De artikelen 5.2.3-8a van Boek 5 gelden van het tijdstip van het in werking treden der wet af met betrekking tot roerende zaken die iemand vóór dat tijdstip als onbeheerd heeft gevonden en tot zich genomen.
2. De verplichtingen van de vinder bedoeld in artikel 5.2.3 lid 1 gelden evenwel niet met betrekking tot niet kostbare zaken die de vinder langer dan een jaar vóór dat tijdstip heeft gevonden en tot zich genomen.
3. Een jaar na het tijdstip van het in werking treden van de wet verkrijgt de

vinder die de zaak alsdan in zijn macht heeft, de eigendom daarvan, indien hij vóór het genoemde tijdstip de in artikel 5.2.3 lid 1 omschreven aangifte en mededeling heeft gedaan of deze ingevolge het vorige lid achterwege mocht laten; hetzelfde geldt als een gemeente de zaak in haar macht heeft. De vorige zin is van overeenkomstige toepassing op een opvolger van de vinder die de zaak rechtstreeks of middellijk van deze in zijn macht heeft verkregen en die niet reeds als derde te goeder trouw eigenaar was geworden.

4. De rechtspositie van de vinder die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet overeenkomstig artikel 5.2.5 van Boek 5 heeft gehandeld, gaat op dat tijdstip met de daaraan verbonden verplichtingen over op degene aan wie hij de zaak heeft afgegeven; een recht op beloning ontstaat niet.
5. De vorige leden zijn niet van toepassing op gevonden voorwerpen waarmee reeds vóór het in werking treden van de wet is gehandeld overeenkomstig de Wet op de strandvonderij, het Algemeen Reglement voor het vervoer op de spoorwegen en het Postbesluit.

Artikel 152.

De verplichting genoemd in artikel 5.2.9 van Boek 5 geldt niet, indien de schat langer dan een jaar vóór het in werking treden van de wet is ontdekt.

Artikel 153.

Op het tijdstip van het in werking treden van de wet verliest degene die totdien eigenaar van een zaak was, de eigendom daarvan, indien de in artikel 5.2.17 genoemde feiten op dat tijdstip waren voltooid.

Artikel 154.

Van het tijdstip van het in werking treden van de wet af is degene die totdien eigenaar van een water was, eigenaar van de bodem onder dat water. Een beperkt recht op zulk een water komt alsdan op die bodem te rusten.

Artikel 155.

Artikel 5.3.5 van Boek 5 geldt van het in werking treden der wet af voor onroerende zaken die totdien geen eigenaar hadden.

Artikel 156.

Uitbreiding van de territoriale zee na het in werking treden van de wet zal niet tot gevolg hebben dat de eigendom van haar bodem de alsdan daarmede duurzaam verenigde gebouwen en werken zal gaan omvatten.

Artikel 157.

Van drie jaren na het tijdstip van het in werking treden van de wet af bepalen de artikelen 5.3.9 en 5.3.12 van Boek 5 wie alsdan eigenaar is van de stroken grond langs de oeverlijn van een water, tenzij vóór dat tijdstip de grens bij delimitatieovereenkomst is vastgelegd of nadien artikel 5.3.10a toepassing heeft

gevonden, dan wel een vordering tot vastlegging als bedoeld in artikel 5.3.10b van dat Boek is ingesteld. Artikel 5.3.10 van Boek 5 is van overeenkomstige toepassing op de vastlegging van een grens door een delimitatieovereenkomst die vóór het in werking treden van de wet is gesloten.

Artikel 158.

Artikel 5.3.13 van Boek 5 is niet van toepassing op uitbreiding van een duin ten gevolge van overstuiving door de wind vóór het in werking treden van de wet.

Artikel 159.

Van haar in werking treden af, doch alleen voor het vervolg, gelden de bepalingen der wet voor de verplichtingen uit het burennrecht.

Artikel 160.

Het in werking treden van de wet brengt geen wijziging in de rechten, bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een buurweg welke voordien is ontstaan; artikel 3.1.2.7 lid 1 van Boek 3 is niet van toepassing op de bestemming tot zulk een buurweg.

Artikel 161.

De eigenaar van een erf is, tenzij een beperkt recht iets anders meebrengt, verplicht op vordering van een nabuur de ten tijde van het in werking treden van de wet bestaande toestand in overeenstemming te brengen met hetgeen waarop die nabuur nadien op grond van titel 5.4 van Boek 5 aanspraak kan maken. Was die toestand echter in overeenstemming met het voordien geldende recht, dan kan de eigenaar van het erf verlangen dat de wijziging niet wordt aangebracht dan op kosten van de nabuur en tegen vooraf door deze te betalen of te verzekeren schadevergoeding.

Artikel 162.

1. Bij het in werking treden van de wet bestaat mandeligheid, indien alsdan reeds is voldaan aan de vereisten die artikel 5.5.1 lid 1 van Boek 5 aan het ontstaan daarvan stelt. Op dat tijdstip is een scheidsmuur, een hek of een heg gemeenschappelijk eigendom en mandelig, indien alsdan aan de vereisten daarvoor volgens artikel 5.5.2 van Boek 5 is voldaan.
2. Indien eigenaars van erven voor het in werking treden der wet een overeenkomst als omschreven in artikel 5.5.1 lid 2 van Boek 5 hadden gesloten, kunnen zij of hun rechtsopvolgers bij nadere overeenkomst de zaak tot gemeenschappelijk eigendom maken, waardoor deze mandelig wordt.

Artikel 163.

De bestemming en herleving die vóór het in werking treden een erfdienstbaarheid hebben doen ontstaan, kunnen nadien worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 3.1.2 van Boek 3 op de voet van een rechtshandeling als bedoeld in artikel 3.1.2.2 lid 1 onder a. Artikel 3.1.2.7 lid 1 is

op het ontbreken van de inschrijving niet van toepassing.

Artikel 164.

Indien een erf vóór het in werking treden van de wet aan twee of meer personen toebehoort, wordt artikel 5.6.7a lid 1 van Boek 5 op hen van toepassing met betrekking tot geldelijke verplichtingen die na het in werking treden van de wet ontstaan.

Artikel 165.

Een erfdienstbaarheid die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestond, kan niet uit hoofde van artikel 5.6.8 van Boek 5 worden opgeheven. In geval van een vordering tot wijziging houdt de rechter geen rekening met omstandigheden die zich vóór dat tijdstip hebben voorgedaan.

Artikel 166.

Op een erfpacht, aangevangen vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet, blijft artikel 766 van het vóór dat tijdstip geldende Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing; de opzegging moet echter bij exploit geschieden.

Artikel 167.

Een erfpachter kan een erfpacht die op het tijdstip van het in werking treden van de wet bestaat, slechts opzeggen voor zover hij naar het voordien geldende recht tot opzegging of eenzijdige afstand zou zijn bevoegd geweest. Artikel 5.7.1.2b is van toepassing, behalve voor zover een andere termijn voor de opzegging of afstand was bedongen.

Artikel 168.

Indien een erfpacht vóór het in werking treden van de wet aan twee of meer personen toebehoort, wordt artikel 5.7.1.5a lid 1 van Boek 5 van toepassing met betrekking tot de canon over het tijdvak na het in werking treden van de wet.

Artikel 169.

Een erfpacht die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestond, kan niet uit hoofde van artikel 5.7.1.8a lid 1 van Boek 5 worden opgeheven. In geval van een vordering tot wijziging houdt de rechter geen rekening met omstandigheden die zich vóór dit tijdstip hebben voorgedaan.

Artikel 170.

Artikel 5.7.1.11 van Boek 5 is niet van toepassing op een erfpacht die ten tijde van het in werking treden van de wet bestaat.

Artikel 171.

De artikelen 69-72 zijn van overeenkomstige toepassing op een recht van opstal in dezelfde gevallen waarin die artikelen op een recht van erfpacht van toepassing zijn en voor zover het opstalrecht aan de daar bedoelde regels voor erfpacht is onderworpen.

Artikel 172.

Artikel 5.10.1.2a van Boek 5 is mede van toepassing op een splitsing die vóór het in werking treden van de wet heeft plaats gevonden.

TITEL 7. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET BOEK 6

Artikel 173.

1. Is voor de al dan niet toepasselijkheid van de bepalingen der wet omtrent aansprakelijkheid en schadevergoeding beslissend, of een schade vóór of na het in werking treden van de wet is ontstaan, en blijkt dit niet, dan is beslissend, of de schade voor of na het in werking treden van de wet is bekend geworden. Het bepaalde in de vorige zin geldt niet voor schade als gevolg van het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis.
2. De aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan of bekend geworden na het in werking treden van de wet, wordt, ook met betrekking tot haar omvang, naar het tevoren geldende recht beoordeeld, indien die schade voortspuit uit dezelfde gebeurtenis als een eerdere door de benadeelde geleden schade waarop dat recht van toepassing was.

Artikel 174.

De omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare bij een uiterste wilsbeschikking is niet aan de vereisten van artikel 6.1.1.5 van Boek 6 onderworpen, indien deze beschikking vóór het in werking treden van de wet is gemaakt, doch nadien tot uitvoering komt.

Artikel 175.

1. De artikelen 6.1.2.4-7a van Boek 6 blijven buiten toepassing, indien vóór het in werking treden van de wet een schuld, al dan niet met de kosten, ten laste van een hoofdelijke schuldenaar of een derde geheel of ten dele is gedeeld voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.
2. De artikelen 6.1.2.1-3 en 6.1.2.7b van Boek 6 zijn niet van toepassing op een vóór het in werking treden van de wet tot stand gekomen borgtocht of bedongen gebondenheid als hoofdelijk medeschuldenaar wie de schuld in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat.

Artikel 176.

Is een prestatie die aan twee of meer schuldeisers is verschuldigd, vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet nog niet geheel of ten dele betaald, dan is afdeling 6.1.3 van Boek 6 daarop van toepassing, tenzij vóór dat tijdstip betaling is gevorderd.

Artikel 177.

Het in werking treden van de wet doet de vorderingen bedoeld in de artikelen 6.1.6.6a, 6.1.6.7b en 6.1.6.12 van Boek 6 ontstaan, indien alsdan aan de in die ar-

tikelen gestelde vereisten is voldaan en het tevoren geldende recht niet een zodanige vordering toekende. De termijn van verjaring van die vorderingen wordt gerekend te zijn begonnen op het tijdstip waarop de in die artikelen bedoelde vereisten waren vervuld, doch hij wordt niet voltooid voordat een jaar na het in werking treden is verstreken.

Artikel 178.

Artikel 6.1.6.11, aanhef en onderdeel *b*, van Boek 6 geldt niet voor verbintenissen tot aflevering van een naar de soort bepaalde zaak, die voortvloeien uit een rechtsbetrekking welke vóór het in werking treden van de wet is ontstaan.

Artikel 179.

Artikel 6.1.6.18 lid 1 van Boek 6 geldt niet, indien vóór het in werking treden van de wet niet meer dan twee achtereenvolgende kwitanties zijn afgegeven.

Artikel 180.

De wet bepaalt van haar in werking treden af of een bevoegdheid tot opschorting van de nakoming van een verbintenis, een retentierecht daaronder begrepen, bestaat.

Artikel 181.

Op een aanbod van gerede betaling of een bewaargeving, verricht vóór het in werking treden van de wet en met inachtneming van de toen geldende artikelen 1440-1448 van het Burgerlijk Wetboek zijn de artikelen 6.1.7.9-6.1.7.13a van Boek 6 niet van toepassing.

Artikel 182.

Indien een schuldenaar vóór het tijdstip van 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.

Artikel 183.

Artikkel 6.1.8.8 van Boek 6 is niet van toepassing op het verstrijken van een termijn als bedoeld onder *a* van dat artikel die voortvloeit uit een rechtsverhouding welke vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is ontstaan, noch op het niet nakomen van een op dat tijdstip bestaande verbintenis als bedoeld in onderdeel *b* van dat artikel.

Artikel 184.

Artikel 6.1.10.7 van Boek 6 geldt niet met betrekking tot een vordering die vóór het tijdstip van in werking treden van de wet op een ander was overgegaan, of waarop vóór dat tijdstip beslag was gelegd dan wel een beperkt recht gevestigd.

Artikel 185.

Tenzij uit de tussen partijen bestaande rechtsverhouding anders voortvloeit,

worden de geldvorderingen en geldschulden die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet zijn opgenomen in een rekening als bedoeld in artikel 6.1.10.18 van Boek 6, aangemerkt als op dat tijdstip verrekend voor zover dat nog niet eerder was geschied, in de volgorde waarin zij voor schuldvergelijking krachtens het voordien geldende recht waren vatbaar geworden; van dat tijdstip af is alleen het saldo verschuldigd.

Artikel 186.

De bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een executoriale titel terzake van een vordering en haar nevenrechten komt vanaf het tijdstip van het in werking treden van de wet toe aan degene op wie de vordering vóór dat tijdstip is overgegaan, tenzij de vorige rechthebbende reeds maatregelen tot uitoefening van zijn bevoegdheid heeft genomen.

Artikel 187.

Het tevoren geldende artikel 1438, aanhef en onder 2°, van het Burgerlijk Wetboek is ook na het in werking treden van de wet van toepassing, indien de koop vóór dit tijdstip is gesloten. De hypothecken van schuldeisers in wier rechten de koper is gesubrogeerd, blijven in stand, voor zover dit voor de uitoefening van die rechten door de koper nodig is.

Artikel 188.

De artikelen 6.2.2.8 en 6.2.2.9 van Boek 6 zijn niet van toepassing op een subrogatie na het in werking treden van de wet, indien tevoren eveneens reeds subrogatie terzake van dezelfde vordering heeft plaats gevonden.

Artikel 189.

Indien vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde is verricht, die naar het toen geldende recht het tenietgaan van een verbintenis door vermenging tot gevolg heeft gehad, doet de vervulling van de voorwaarde na dat tijdstip de verbintenis herleven.

Artikel 190.

Wordt bij het ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking de rechtsverhouding tussen partijen beheerst door het recht dat vóór het in werking treden van de wet gold, dan worden de afdelingen 6.4.2 en 6.4.3 van Boek 6 daarop niet van toepassing.

Artikel 191.

Afdeling 6.5.2A van Boek 6 is op algemene voorwaarden die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds door een partij in haar overeenkomsten worden gebruikt, van toepassing nadat drie jaren na dit tijdstip zijn verstreken. Gedurende die termijn is de wet evenmin van toepassing op wijzigingen in die voorwaarden na het in werking treden van de wet.

Artikel 192.

Artikel 13 geldt niet voor een beding als bedoeld in artikel 6.5.3.4 van Boek 6 dat op het tijdstip van het in werking treden van de wet uit de openbare registers kenbaar is; de rechtsgevolgen die artikel 6.5.3.4 en afdeling 3.1.2 van Boek 3 aan inschrijving in de openbare registers verbinden, komen slechts toe aan inschrijving na dit tijdstip.

Artikel 193.

De artikelen 6.5.3.5 lid 2 en 6.5.3.5a-6.5.3.7 van Boek 6 gelden niet voor een beding ten behoeve van een derde, dat op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestaat.

Artikel 194.

Artikel 6.5.3.8a van Boek 6 is mede van toepassing op een ondergeschikte die op het tijdstip van het in werking treden van de wet nog niet is aangesproken door de wederpartij van degene in wiens dienst hij was ten tijde van de in dat artikel bedoelde gedragingen.

Artikel 195.

In geval van een vordering tot wijziging of ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 6.5.3.11 en 6.5.3.12 houdt de rechter bij de toepassing van die artikelen geen rekening met een wijziging in de omstandigheden die zich vóór het in werking treden van de wet heeft voorgedaan.

TITEL 8. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET BOEK 7

Artikel 196.

1. Titel 7.1 van Boek 7 is niet van toepassing op een consumentenkoop die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is gesloten.
2. Op andere koopovereenkomsten die vóór dat tijdstip zijn gesloten, wordt titel 7.1 drie jaren na dat tijdstip van toepassing, doch uitsluitend met betrekking tot afleveringen die dan nog niet opeisbaar zijn geworden.
3. Artikel 7.1.1.5 van Boek 7 is slechts van toepassing op de gevolgen van toezending van een zaak die na het in lid 1 bedoelde tijdstip geschiedt.

Artikel 210.

Artikel 7.7.1f van Boek 7 is niet van toepassing op een last die vóór het in werking treden van de wet is gegeven.

Artikel 220.

1. De afdelingen 7.14.1 en 7.14.2 van Boek 7 zijn niet van toepassing op een borgtocht die ten tijde van het in werking treden van de wet reeds bestaat.
2. Afdeling 7.14.3 blijft buiten toepassing op de gevolgen van de borgtocht tussen de hoofdschuldenaar en de borg en tussen borgen en andere voor de verbintenis aansprakelijke personen onderling, indien vóór het in werking treden van de wet aan de schuldeiser is betaald.

Slotartikel

Deze wet kan worden aangehaald als: Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

*Hoofdstuk II. Slotbepalingen***Artikel I**

1. Onze Minister van Justitie stelt de doorlopende nummering van aansluitende artikelen van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek vast.
2. Hij draagt zorg dat de verwijzingen daarin naar artikelen, paragrafen, afdelingen en titels van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met de nummering daarvan in overeenstemming worden gebracht.
3. Hij draagt zorg dat de overeenkomstig de voorgaande leden bijgewerkte tekst van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in het Staatsblad wordt geplaatst.

Artikel II

1. Deze wet treedt in werking op een door Ons te bepalen tijdstip.
2. Onze Minister van Justitie kan artikel I van deze wet als hoofdstuk of deel van een hoofdstuk in het geheel van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw Burgerlijk Wetboek invoegen met de daartoe nodige nummering.

Artikel III

Deze wet kan worden aangehaald als Invoeringswet Boeken 3,5 en 6 nieuw B.W. (elfde gedeelte).

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst, en dat alle ministeriële departementen, autoriteiten, colleges en ambtenaren, wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven,

De Minister van Justitie,

*Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6
nieuw B.W. (twaalfde gedeelte)
Overgangsrecht, tweede stuk*

25 september 1984

VOOR-ONTWERP VAN WET

OVERGANGSWET II

Wij, Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje Nassau, enz., enz., enz.

Allen die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben dat de aanpassingen in de wetgeving aan de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuw Burgerlijk Wetboek bepalingen van overgangsrecht vereisen;

Zo is het dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

TITEL I. ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 1.

1. In de volgende artikelen wordt onder 'de wet' verstaan de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W.
2. De artikelen 68 lid 2 en 69-75 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek gelden mede ter regeling van het overgangsrecht in verband met de wijziging door de wet in de wetgeving buiten de Boeken 3, 5, 6, en 7 van het nieuw Burgerlijk Wetboek.

TITEL 2. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET DE WIJZIGING VAN HET
BURGERLIJK WETBOEK

Afdeling 1. Overgangsbepalingen in verband met de wijziging van Boek 1

Artikel 2.

Op rechtshandelingen die een echtgenoot vóór het in werking treden van de wet heeft verricht, blijven de artikelen 87-89 van Boek 1, zoals die toen golden, van toepassing.

Artikel 3.

Op rechtshandelingen die een echtgenoot vóór het in werking treden van de wet in strijd met het toen geldende artikel 97 van Boek 1 heeft verricht, blijft het toen geldende artikel 98 van Boek 1 van toepassing.

Artikel 4.

Artikel 376 van Boek 1, zoals dat gold tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet, blijft van toepassing op hetgeen een minderjarige op dat tijdstip aan zijn voogd na het einde van diens bewind nog schuldig was gebleven. De vorige zin is van overeenkomstige toepassing na het einde van een curatele.

Afdeling 2. Overgangsbepalingen in verband met de wijziging van Boek 2

Artikel 5.

Artikel 4 lid 1 van Boek 2 regelt mede de gevolgen van de daar genoemde gebreken in de oprichting van een rechtspersoon, welke vóór het in werking treden van de wet is geschied.

Artikel 6.

Op een besluit van een orgaan van een rechtspersoon dat vóór het in werking treden van de wet is genomen, blijven de artikelen 13-15 van Boek 2, zoals die toen golden, van toepassing.

Artikel 7.

Op de vereffening van het vermogen van een rechtspersoon, die nog niet is voltooid op het tijdstip van het in werking treden van de wet, zijn de artikelen 23-23c van Boek 2 van het tijdstip van het in werking treden van deze wet af voor het vervolg van toepassing, behalve voor zover dit zou nopen tot het ongedaan maken van alsdan reeds in overeenstemming met het voordien geldend recht getroffen maatregelen. De wet wordt niet van toepassing ten aanzien van onderwerpen waaromtrent vóór haar in werking treden een rechterlijke uitspraak is gevraagd.

Artikel 8.

Op een vereniging die op het tijdstip van het in werking treden van de wet bestaat, worden de wijzigingen van de artikelen 37, 38, 39 en 41a van Boek 2 van toepassing nadat drie jaren na dat tijdstip zijn verstreken.

Artikel 9.

Op het tijdstip van het in werking treden van de wet wordt een aandeel in een naamloze of besloten vennootschap verkregen, indien alsdan is voldaan aan de vereisten die artikel 86 of artikel 196 stelt, en dat aandeel niet reeds voordien op grond van de toen geldende tekst van dat artikel was geleverd.

Artikel 10.

Artikel 21 lid 1, aanhef en onderdeel *b* van Boek 2, is gedurende drie jaren van het tijdstip van het in werking treden van deze wet af niet van toepassing op een stichting, waarvan de statuten niet voldoen aan de wijzigingen welke in artikel 286 van Boek 2 bij deze wet worden aangebracht.

*Afdeling 3. Overgangsbepalingen in verband met de wijziging van Boek 7A**Artikel 11.*

Artikel 73 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing op artikel 1729, zoals dat bij de wet is vastgesteld.

TITEL 3. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET DE WIJZIGING VAN HET
WETBOEK VAN KOOPHANDEL

Artikel 12.

Zekerheid die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet was gesteld ingevolge artikel 167a, 167b, 227a of 227b van het Wetboek van Koophandel, mag vanaf een jaar na dat tijdstip ongedaan worden gemaakt, indien als dan twintig jaren na het stellen van de zekerheid zijn verstreken of anderszins de vereisten die artikel 6.1.6.17a van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek voor voldoening tegen enkele afgifte van een kwijting stelt, zijn vervuld.

Artikel 13.

In geval van een faillissement dat vóór het in werking treden van de wet is aangevallen, blijven de toen geldende artikelen 230-243 van het Wetboek van Koophandel van toepassing.

Artikel 14.

Artikel 80 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing, indien vóór het in werking treden van de wet een opgave of een verzwijging als bedoeld in artikel 251 van het Wetboek van Koophandel is geschied.

Artikel 15.

Artikel 263 van het Wetboek van Koophandel, zoals dat van het in werking treden der wet afluidt, is slechts van toepassing in het geval van koop van een zaak waarvoor artikel 7.1.2.2 geldt.

Artikel 16.

Op de rang van de vordering van de makelaar als bedoeld in artikel 685 van het Wetboek van Koophandel, is artikel 45 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing.

TITEL 4. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET DE WIJZIGING VAN HET
WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

Artikel 17.

1. Een vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet gelegd beslag wordt, behoudens het bepaalde in de volgende leden, naar het voordien geldende recht afgewikkeld. In het geval van de vorige zin is dit recht mede van toepassing ten aanzien van tweede en volgende beslagen op hetzelfde goed, en van oppositie tegen afgifte van kooppenningen, ook indien die na het tijdstip zijn aangevangen.
2. Een executoriale verkoop door een beslaglegger die op het tijdstip van het in werking treden nog niet was aangekondigd, wordt volgens de bepalingen van de wet afgewikkeld. Voor de toepassing van die bepalingen wordt een schuldeiser die oppositie tegen afgifte van de kooppenningen heeft gedaan, gelijkgesteld met een beslaglegger.
3. Een rangregeling wordt afgewikkeld naar het recht waaronder de benoeming plaatsvond van de rechter-commissaris, te wiens overstaan de verdeling zal plaatsvinden.

Artikel 18.

1. De bepalingen van de wet betreffende executie door een pand- of hypotheekhouder zijn van toepassing, voor zover krachtens de artikelen 110 en 115 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek de bepalingen van dat wetboek betreffende een zodanige executie van toepassing zijn.
2. In geval na openbare verkoop overeenkomstig artikel 1223, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 3.9.4.16-19 van Boek 3 niet van toepassing zijn en een rangregeling wordt verlangd, geschiedt deze met toepassing van het vóór het in werking treden van de wet geldende recht.

Artikel 19.

Een executie tot afgifte van een roerende zaak of ontruiming van een onroerende zaak geschiedt naar het recht waaronder de executie is aangevangen.

Artikel 20.

Het vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet geldende recht blijft tot een nader door Ons te bepalen tijdstip van toepassing op het beslag op en de executie van schepen, luchtvaartuigen en octrooien en de beperkte rechten waaraan deze zijn onderworpen.

Artikel 21.

De artikelen 544-548 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals deze vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet golden, blijven nadien van toepassing op dan nog bestaande grondrenten met dien verstande dat artikel 544 geacht wordt te verwijzen naar de bepalingen van de wet betreffende inbeslagneming en verkoop van onroerende zaken.

Artikel 22.

Voor de toepassing van het overgangsrecht worden hoofdzaak en schadelastprocedure als afzonderlijke gedingen beschouwd.

Artikel 23.

Een voor het in werking treden van de wet verplichte verzegeling wordt naar het voordien geldende recht afgewikkeld en beëindigd.

Artikel 24.

De artikelen 797a-797f zijn niet van toepassing op een gerechtelijke bewaring die voor het in werking treden van de wet is tot stand gekomen of door de rechter bevolen.

TITEL 5. OVERGANGSBEPALING IN VERBAND MET DE WIJZIGING VAN HET WETBOEK
VAN STRAFVORDERING

Artikel 25.

Het vierde lid van artikel 552a is slechts van toepassing op klaagschriften die na het in werking treden van de wet zijn ingediend.

TITEL 6. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET DE WIJZIGING VAN DE
FAILLISEMENTSWET

Artikel 26.

Indien bepalingen van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuw Burgerlijk Wetboek krachtens de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn, zijn tevens de voorschriften toepasselijk die in verband met die bepalingen voor het geval van faillissement of surséance van betaling in de Faillissementsrecht zijn opgenomen.

Artikel 27.

Indien krachtens artikel 182 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek

op de gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst het voor het in werking treden van de wet geldende recht toepasselijk is, blijven ook de artikelen 37, 38, 236 en 237 van de Faillissementswet, zoals deze voordien golden, van toepassing.

Artikel 28.

De artikelen 86 en 89 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek gelden niet voor een eigendomsoverdracht tot zekerheid of een eigendomsvoorboud, ingeroepen tegen een schuldenaar die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds failliet was verklaard.

Artikel 29.

Op de vorderingen ten laste van een schuldenaar aan wie surséance van betaling is verleend of die in staat van faillissement is verklaard, en op de rangorde van die vorderingen, blijft gedurende de surséance en het faillissement van toepassing het recht dat op het tijdstip van het uitspreken daarvan gold. Wordt een vóór het in werking treden van de wet uitgesproken surséance nadien opgevolgd door een faillietverklaring, dan blijft de rangorde gehandhaafd.

TITEL 7. OVERGANGSBEPALINGEN IN VERBAND MET DE WIJZIGING VAN ANDERE WETTEN

Artikel 30.

Voor zover en zolang een bepaling uit de Boeken 3, 5 en 6 van het Burgerlijk Wetboek of een bij deze wet vastgestelde wettelijke bepaling of wijziging niet geldt ingevolge de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek of ingevolge dit gedeelte der wet, blijft een daarop steunende wettelijke bepaling eveneens buiten toepassing.

Artikel 31.

Ter zake van dwangbevelen en bevelschriften die vóór het in werking treden van de wet zijn uitgevaardigd, blijft het voordien geldende recht van toepassing. Onverminderd het bepaalde in artikel 17 geschiedt de tenuitvoerlegging nadien met toepassing van de voorschriften van de wet.

Artikel 32.

Artikel 17 is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot een beslag gelegd uit hoofde van artikel 28 van de Auteurswet.

Artikel 33.

Artikel 38a derde lid van de Wet van 9 juli 1842 (Stb. 20) op het Notarisambt vindt alleen toepassing op verklaringen van erfrecht die na het in werking treden van de wet zijn opgemaakt.

Artikel 34.

Artikel 21 van de Pachtwet, zoals vastgesteld bij deze wet, geldt vanaf drie jaren na het in werking treden van deze wet.

Artikel 35.

1. De wijzigingen die bij de wet worden aangebracht in de Onteigeningswet, zijn niet van toepassing op een onteigening waarin de dagvaarding overeenkomstig artikel 18 of artikel 47 van die wet reeds voor het tijdstip van het in werking treden der wet is uitgebracht.
2. Op de onteigening van een erfdienstbaarheid als bedoeld in artikel 4 eerste lid van de Onteigeningswet zoals dat gold vóór het tijdstip genoemd in het vorige lid, blijven de voordien geldende bepalingen van toepassing, indien vóór dat tijdstip reeds is geschied een terinzagelegging als bedoeld in artikel 7, 12, 80, 127 of 143 van de Onteigeningswet

Artikel 36.

1. Artikel 17 is van overeenkomstige toepassing met betrekking op een beslag, gelegd uit hoofde van artikel 43 of artikel 44 van de Grootboekwet.
2. De artikelen 48-52 van de Grootboekwet, zoals die bij deze wet zijn vastgesteld, zijn niet van toepassing, indien de schuldenaar of de pandgever reeds vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten en aan de pandgever de uitwinning van het pand reeds was aangezegd.

Artikel 37.

Indien krachtens artikel 182 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek op de gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst het vóór het in werking treden van de wet geldende recht van toepassing is, blijft in het geval bedoeld in artikel 58 van de Wet op het levensverzekeringsbedrijf, Stb. 1922, 716, artikel 236 van de Faillissementswet, zoals dat voordien gold, van overeenkomstige toepassing.

Artikel 38.

Indien krachtens artikel 182 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek op de gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst het vóór het in werking treden van de wet geldende recht van toepassing is, blijven in het geval bedoeld in artikel 35 van de Wet toezicht kredietwezen, de artikelen 236 en 237 van de Faillissementswet, zoals die voordien golden, van overeenkomstige toepassing.

Artikel 39.

Van het in werking treden der wet af zijn op een recht dat in het tevoren geldende artikel 5, derde lid onder *b*, laatste zinsnede van de Belemmeringenwet Privaatrecht, werd aangeduid als niet met name in het Burgerlijk Wetboek genoemd, de bepalingen van titel 5.8 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing.

Artikel 40.

Artikel 17 is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot de gerechtelijke verkoop uit hoofde van de artikelen 3-6 van de Mijnwet 1903.

Artikel 41.

Artikel 45 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing op de rang van een vordering als bedoeld in artikel 16 van de Coördinatiewet Sociale Verzekering.

Slotbepalingen

1. Deze wet treedt in werking op een door Ons te bepalen tijdstip.
2. Onze Minister van Justitie kan de voorgaande bepalingen als hoofdstuk of deel van een hoofdstuk in het geheel van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw Burgerlijk Wetboek invoegen met de daartoe nodige nummering.