

Practicum Nieuw BW

Enkele praktische wenken
bij de invoering van het
Nieuw Burgerlijk Wetboek

BW-krant jaarboek 1991

Redactie

Mr A.G. Castermans
Mr M.E. Franke
Mr J.P. Jordaans
Mr W.A.K. Rank
Mr W.L. Valk



Gouda Quint — Arnhem

1991

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Nieuw BW

Practicum Nieuw BW / red. : A.G. Castermans ... [et al.]

– Arnhem: Gouda Quint. – (BW-krant jaarboek, ISSN 0924-1345; nr. 7)

Met lit. opg.

ISBN 90-6000-836-7 NUGI 692

Trefw.: Nieuw BW

© 1991, Mr H. van Son, mr J.E. Fesevur, mr W.G. Huijgen, mr E.W.J.H. de Liagre Böhl, mr A.J.H. Pleysier, mr J.B. Vegter, mr R.J.B. Boonekamp, mr H.C. Grootveld, mr J.M. Barendrecht en mr G.J.C. Lekkerkerker.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

VOORWOORD

Al meer dan veertig jaar wordt het Nieuw BW voornamelijk in theorie gepraktiseerd, bijvoorbeeld in het practicum-onderwijs dat de afdeling burgerlijk recht elk jaar voor haar studenten verzorgt. Nu het Nieuw BW uit de studeerkamer komt, is het tijd voor een post-academisch practicum. De redactie heeft enkele auteurs uitgenodigd aan te geven in welk opzicht de invoering van het nieuwe wetboek de praktijk van de advocaat of notaris beïnvloedt. Sommige bijdragen zijn ook van belang voor de bedrijfsjurist.

Uit de notariële praktijk komen de volgende bijdragen. Huijgen schrijft over de boedelscheiding en werkt onder andere de vijfde stelling bij zijn onlangs verdedigde proefschrift uit: „Gezien het feit dat de declaratieve werking van de ouderlijke boedelverdeling voorlopig behouden blijft, is het onjuist dat de wetgever de artikelen 91 en 200 Boek 2 BW zonder meer laat vervallen.” Vegters artikel raakt eveneens de boedelpraktijk. Het gaat over de verhouding tussen deelgenoten en de bank, in het licht van verschillende typen bankrekeningen. Pleysier loopt minitieuw de nieuwe regeling van de erfpacht na. Lekkerkerker geeft aan dat het vervallen van de terugwerkende kracht van de ontbinding de uitsluiting van het recht op ontbinding overbodig maakt. Daarbij wijst hij erop dat de „vertrouwde” uitsluiting onder het oude recht minder oud en vertrouwd is dan men zou denken.

Het practicum van de advocaat wordt ingeleid door Van Son. Het is voor een deel gewijd aan het beslagrecht. Fesevur bespreekt de problemen van het justitieel beslag en de bescherming van de verkrijger te goeder trouw. De Liagre Böhl wijdt zijn artikel aan het bodemrecht van de fiscus in verband met de voorstellen van de werkgroep-Lukács. Voorts komen aan bod de wettelijke rente en de nieuwe mores van het ingebrekestellen, beschreven door Grootveld. Boonekamp behandelt onder meer de processuele perikelen die rijzen in het geval dezelfde schade het gevolg kan zijn van

verschillende gebeurtenissen. Barendrecht tenslotte beschrijft een tot nu toe onderbelicht probleem: de terhandstelling van algemene voorwaarden.

De redactie ziet het jaar van invoering met weemoed tegemoet. Niet omdat met het verdwijnen van het oude recht het bedenken van dubbelzinnige titels lastiger wordt. Zeker niet omdat de redactie Paul Jordaans als nieuw lid kan begroeten en zij zich verzekerd weet van de steun van Eliëtte van 't Wout. Wél omdat Pim Rank de redactie zal verlaten. In het voorjaar van 1987 kwam hij terug uit Duitsland met een titel voor het jaarboek: *Fliehen ohne Flügel*, verwijzend naar de bestudering van het Nieuw BW zonder uitzicht op de invoering ervan. Het nieuwe recht zal binnenkort mogen gelden; de achterblijvende redacteuren vliegen zonder vleugels.

INHOUD

De advocatuur en het Nieuw BW <i>Hanneke van Son</i>	9
Justitieel beslag bij de koper te goeder trouw van een gestolen zaak en artikel 3:86 Nieuw BW <i>J. E. Fesevur</i>	11
Declaratieve werking van de boedelscheiding exit? <i>W. G. Huijgen</i>	29
Voorrecht en bodemrecht. De voorstellen van de werkgroep-Lukács <i>E. W. J. H. de Liagre Böhl</i>	43
Het erfpachtsrecht in het Nieuw BW – wat maakt het voor verschil? <i>A. J. H. Pleysier</i>	55
Pluraliteit van schuldeisers en een drietal (tot de nalatenschap behorende) typen bankrekening <i>J. B. Vegter</i>	69
Alternatieve veroorzaking <i>R. J. B. Boonekamp</i>	79
Eerherstel voor de dag der mora: iets over wettelijke interessen <i>H. C. Grootveld</i>	95

Toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder het Nieuw BW: een nieuw regime <i>J. M. Barendrecht</i>	105
De afstand 1302/1303; opkomst en ondergang van een toverformule <i>G. J. C. Lekkerkerker</i>	117

De advocatuur en het Nieuw BW

*Hanneke van Son**

Het aardige van advocaten is dat zij zich pas druk om iets maken als het werkelijk niet anders kan. Dagvaardingen worden op de laatste dag van de appeltermijn uitgebracht, conclusies genomen als men uiterst peremptoir staat en als de voorbereiding van het pleidooi op gang komt, is het vaak al te laat voor echte studie. En dat allemaal omdat men ooit te laat is begonnen. Toch is dit maar de halve waarheid. Advocaten zouden niet meer rust hebben als zij eerder aan het werk gingen. Onder hoogspanning levert een mens immers de beste prestaties.

Met het NBW dreigde het van hetzelfde laken een pak te zijn. Hoewel uitgevers en de Nederlandse Orde van Advocaten flink hun best hebben gedaan, werden de Compact- en kantoorcursussen maar langzaam volgeboekt. De meeste advocaten keken de kat liever eerst nog eens even uit de boom en 1992 was nog zover weg, per slot van rekening.

Beroepsgenoten die sinds hun afstuderen zelfs geen studiepakket van A tot Z hadden doorgelezen, kon men echter opeens in het openbaar horen betogen dat zij Hijma-Olthof beter vonden dan Nieuwenhuis. Of omgekeerd, want voor wie niet weet zijn die namen niet eenvoudig te onthouden. Verhitte discussies of de NBW-bijbel nu wel of niet op kosten van kantoor zou worden aangeschaft. Niet dus, want zij is weliswaar fraai uitgevoerd, maar te kostbaar en per verdieping is één editie meer dan voldoende. Wie zal er immers gebruik van maken?

Sinds de eerste bekenden van hun Compact-cursus zijn teruggekeerd, heeft een onbedoelde ontwikkeling plaatsgevonden. Niet of nauwelijks in staat de opgedane kennis te reproduceren, wisten zij

* Mr Hanneke van Son is als advocaat verbonden aan het kantoor Boekel De Nerée te Amsterdam.

in ieder geval nog wel te melden dat er eigenlijk heel weinig verandert voor wie de jurisprudentie enigszins heeft bijgehouden. De trouwe lezers van de Nederlandse Jurisprudentie en Rechtspraak van de Week kunnen zich het NBW in één weekend eigen maken, zo luidde de conclusie. Laten het er twee wezen, maar meer schijnt echt niet nodig te zijn. Dat zijn berichten waar een mens van opfleurt, want hoewel ook ik mij nog geen ogenblik zorgen had gemaakt over de vernieuwingen, werd ik er toch wat onrustig van.

Als Kluwer en de Nederlandse Orde slim zijn, huren zij voor de laatste dagen van 1991 een groot hotel in de bergen af, boeken Hartkamp en Kleijn en weten zich verzekerd van duizenden deelnemers. Want het gaat niet om de boodschap maar om de verpakking.

Justitieel beslag bij de koper te goeder trouw van een gestolen zaak en artikel 3:86 Nieuw BW

*J. E. Fesevur**

1. INLEIDING EN AFBAKENING VAN HET PROBLEEM

Een kwestie waarbij civielrecht en straf(proces)recht nauw met elkaar in aanraking komen, is die van de teruggave van gestolen zaken na een justitieel beslag bij een derde te goeder trouw. Het aantal uitspraken over deze aangelegenheid dat in de Nederlandse Jurisprudentie of in *Delikt en Delinquent* gepubliceerd wordt, vormt slechts het topje van een ijsberg. In de dagelijkse praktijk blijkt de vraag aan wie het voorwerp na het beslag dient te worden afgegeven aan de orde van de dag te zijn. De hoofdrol die het onder het tegenwoordige recht vermaarde artikel 2014 BW hierbij speelt, zal onder het nieuwe recht zijn weggelegd voor artikel 3:86 NBW.

In het onderhavige opstel zal worden gezien wat de invloed zal zijn van de gelding van artikel (3:)86 NBW op de justitiële praktijk met betrekking tot het teruggeven van bij een derde in beslag genomen gestolen zaken. Hoewel men op het wetsartikel, zoals het uiteindelijk is komen te luiden, kritiek kan hebben, zal ik mij daarvan onthouden, en ga ik uit van de gegeven wetstekst, die wij – afgezien van een zekere doch waarschijnlijk kleine interpretatieruimte – nu eenmaal zullen hebben te respecteren. Ook enige andere punten waarop het nieuwe artikel 86 mijns inziens in de praktijk voor problemen zal gaan zorgen, laat ik hier onbesproken.

De casuspositie, die aan de beschouwingen ten grondslag zal liggen, is de volgende. Een gestolen zaak wordt uiteindelijk verkregen door een koper te goeder trouw. De zaak is aan de koper afgeleverd, en wordt na opsporing door de politie justitieel in

* J. E. Fesevur is als universitair hoofddocent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Rijksuniversiteit Utrecht.

beslag genomen. Afstand wordt door de koper niet gedaan.¹ Bekend is wie de bestolene is, en het staat buiten twijfel dat het in beslag genomen voorwerp de gestolen zaak is. De zaak, waar het om gaat, is een roerende zaak niet-registergoed; het betreft niet geld of waardepapieren. De officier van justitie wil, nadat het beslag niet langer nodig is, de zaak afgeven. Hij wil hierbij een actief beleid voeren. Aan wie moet de afgifte geschieden, aan de koper of aan de bestolene?² Deze vraag kan ook aan de orde komen bij een afgifte door de rechter ex artikel 353 Sv. Voor de hier te behandelen vraag is het in wezen niet relevant of de bestolene op grond van zijn verzekeringsvoorwaarden het gestolen object aan zijn assuradeur heeft overgedragen.³ Met een overdracht door de bestolen eigenaar aan zijn assuradeur wordt in dit opstel dan ook geen rekening gehouden. Zou in een praktijkgeval zo'n overdracht wel zijn geschied, dan geldt hetgeen hieronder ten opzichte van de bestolene is opgemerkt mutatis mutandis voor de assuradeur. De gestolen zaak kan in handen van een derde te goeder trouw zijn gekomen ten gevolge van een koop direct van de dief, niet in een café of op straat maar bijvoorbeeld naar aanleiding van een in een courant geplaatste advertentie. Ook kan deze derde de zaak onder dergelijke niet verdachte omstandigheden gekocht hebben van een heler. Bij een en ander is ook mogelijk dat zich tussen de dief of de heler en de koper bij wie de zaak in beslag genomen wordt nog een bona fide handelaar bevindt, die de zaak te goeder trouw van de dief of de heler gekocht heeft. Bij de hier geschetste situatie is er ten slotte van uitgegaan dat de kwestie van de teruggave door de justitiële autoriteiten aan de orde komt binnen drie jaar na de diefstal; als sinds de diefstal drie jaren zijn verstreken, is bij goede trouw van de koper hij onbetwistbaar degene aan wie teruggave moet geschieden.⁴ Voor het uitgangspunt dat de koper te goeder trouw is, is gekozen om reeds aanstonds het geval dat de zaak bij een heler in beslag wordt genomen te ecarteren. Dit neemt niet weg dat de vraag onder welke omstandig-

1. Vergelijk art. 118 lid 2 Sv.
2. Vergelijk artt. 118 en 552a Sv.
3. Vergelijk Asser-Beekhuis I, Zakenrecht, 1985, nr. 538 en de daar genoemde rechtspraak, alsmede art. 3:95.
4. Zie artt. 86 NBW en 118 lid 1 Sv.

heden een koper als te goeder trouw kan worden aangemerkt, door de desbetreffende justitiële autoriteit beantwoord zal moeten worden, zowel bij teruggave binnen drie jaar na de diefstal als bij een latere teruggave. In het onderhavige opstel zullen de criteria voor de goede trouw echter niet afzonderlijk besproken kunnen worden.

2. ARTIKEL (3:)86 NIEUW BW EN GESTOLEN ZAKEN

Wat betreft de categorie van gestolen zaken, waarvan in het onderhavige opstel sprake is, houdt het derde lid van artikel 86 als regel in dat de bestolen eigenaar gedurende drie jaar na de diefstal de eigendom behoudt, zodat de koper te goeder trouw in beginsel geen bescherming ondervindt (eerst na het verstrijken van deze drie jaren zou laatstgenoemde de eigendom verkrijgen). Gezien dezelfde wetsbepaling wordt dit anders indien de koper te goeder trouw een natuurlijk persoon is die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, en verkregen heeft van een vervreemder die – anders dan als veilinghouder – zijn bedrijf maakt van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken in een daartoe bestemde bedrijfsruimte (een gebouwde onroerende zaak, of een gedeelte daarvan, met bijbehorende grond) en daarbij verkreeg in de normale uitoefening van dat bedrijf. Indien met andere woorden een particulier te goeder trouw de zaak heeft gekocht in overeenstemming met het voor de desbetreffende zaken normale handelsverkeer – zij het niet op een veiling, maar bijvoorbeeld in een winkel of een ander bedrijf met een duurzame en op een vaste plaats gevestigde bedrijfsruimte – dan wordt deze koper terstond eigenaar.⁵

Artikel 86 heeft een bewogen voorgeschiedenis. In dit opstel kan daarop niet nader worden ingegaan; men leze de Parlementaire Geschiedenis. Hier wil ik slechts opmerken dat in het ontwerpstadium een fase geweest is waarin tussen gestolen zaken en andere zaken geen onderscheid meer gemaakt werd, en ook de koper te goeder trouw van een gestolen zaak reeds binnen drie jaar zonder meer bescherming verkreeg. Nadat er op gewezen was dat een dergelijk stelsel diefstal en heling in de hand zou kunnen werken,

5. Vergelijk Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1223 sub 5.

heeft de wetgever het onderscheid tussen gestolen zaken en andere zaken weer aangebracht. Als motief voor de regeling van artikel 86 lid 3 is door de wetgever dan ook de misdaadbestrijding genoemd.⁶ De verwevenheid van de civielrechtelijke derdenbeschermingsproblematiek met de sferen van het strafrecht komt dus ook op dit punt tot uiting.

Als men het nieuwe artikel 86 lid 3 vergelijkt met het bestaande artikel 2014 lid 2, dan ziet men dat – afgezien van het zojuist genoemde motief van de misdaadbestrijding – het nieuwe recht, voor zover het de regel betreft dat de bestolene gedurende drie jaar zijn eigendomsrecht behoudt, bij het thans nog geldende recht aansluit. De bescherming die onder het geldende recht aan de koper te goeder trouw op een markt of veiling geboden wordt (art. 637 oud-BW), is echter in haar tegendeel omgeslagen. Anderzijds is nieuw dat bescherming wordt verleend aan de particuliere koper die de zaak verwierf in de voor dergelijke zaken normale handel. Zoals uit het navolgende moge blijken, zal deze onderscheiding in het nieuwe artikel 86 de justitie voor aanzienlijk meer problemen gaan stellen dan die welke voortvloeien uit het huidige artikel 2014.

3. DE REGELING VOOR TERUGGAVE VAN IN BESLAG GENOMEN ZAKEN IN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING

Ingeval een gestolen zaak in beslag is genomen bij een koper te goeder trouw, geldt voor de teruggave van het voorwerp door de justitiële autoriteiten in grote trekken de volgende wettelijke regeling. Zodra het belang van de strafvordering zich daartegen niet meer verzet, is het openbaar ministerie verplicht de in beslag genomen zaak terug te doen geven. De hoofdregel hierbij is, dat de teruggave dient te geschieden aan degene bij wie de zaak in beslag werd genomen (in casu dus de koper). Het OM is evenwel bevoegd om de zaak aan een ander (zoals de bestolene) te doen teruggeven, maar niet voordat de beslagene in de gelegenheid is gesteld om zich hiertegen met een klaagschrift te verzetten. Men zie voor een en ander de artikelen 118 en 552a Sv. Op een klaagschrift wordt door de rechtbank in raadkamer beslist, door middel van een met redenen omklede beschikking.

6. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1210 e.v. passim, i.h.b. blz. 1217 en 1227.

Het bovenstaande geldt als het OM voornemens is de zaak terug te geven. Als het OM hiertoe niet de bereidheid vertoont kan iedere belanghebbende, dus zowel de beslagene als de bestolene, zich schriftelijk bij de rechtbank beklagen over het uitblijven van een last tot teruggave.⁷

Een probleem is, dat in de wet niet bepaald is dat een belanghebbende, zoals de bestolene, zich kan beklagen over het voorneemen van het OM de zaak aan de beslagene terug te geven. Hier heeft evenwel de Hoge Raad de mogelijkheid van indiening van een klaagschrift erkend.⁸ In zo'n geval kan bovendien de bestolene de afgifte aan de beslagene beletten door het leggen van een civielrechtelijk beslag onder de staat als bewaarder van de zaak.⁹ Wil de bestolene een door het OM voorgenomen teruggave aan de beslagene voorkomen, dan zal hij zelf voor zijn belang dienen op te komen.¹⁰

Bij zijn beslissing op het klaagschrift dient de rechter zich te laten leiden door het criterium dat de teruggave op een zodanige wijze moet geschieden dat zij op het eerste gezicht redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is.¹¹ Dit geldt eveneens in geval van een beklag door de bestolene.¹² Ook het OM moet dit criterium hanteren als het overweegt de zaak af te geven aan een ander dan de beslagene. De rechtbank moet in haar beschikking doen blijken de genoemde maatstaf te hebben toegepast. Anders kan cassatie volgen (hoger beroep is niet mogelijk). Overigens – zo wordt dikwijls opgemerkt – is het oordeel van rechter of OM noodzakelijkerwijs voorlopig. Rechter en OM behoeven in beginsel niet diepgaand te treden in bijzondere controverses van civielrechtelijke aard. Als het geval in civielrechtelijk opzicht buitengewoon ingewikkeld is, dienen beklagrecht of OM zich te onthouden van een uitspraak over eigendoms kwesties; dit wordt althans doorgaans gelezen in het overigens mijns inziens allerminst duidelijke arrest

7. Art. 552a Sv; zie ook art. 552c Sv, en HR 23 juni 1987, NJ 1988, 43, nt. ThWvV.

8. Zie het zoëven genoemde arrest van 23 juni 1987, NJ 1988, 43, nt. ThWvV.

9. Zie art. 119 lid 4 Sv.

10. Vgl. HR 6 maart 1990, NJ 1990, 833, nt. ThWvV.

11. Zie de MvT op wetsvoorstel 4034, blz. 12; zie verder onder meer HR 6 juni 1978, NJ 1979, 29.

12. HR 23 juni 1987, NJ 1988, 43, nt. ThWvV.

inzake de Franse Madonna.¹³ Dit moge zo zijn, het neemt niet weg dat beklagrecht en OM wel degelijk met het civiele recht rekening moeten houden, door zich een oordeel te vormen over de vraag wie volgens de civielrechtelijke regels op het eerste gezicht rechthebbende is. In de praktijk blijken beklagrecht en OM zich dan ook inderdaad met het civiele recht in te laten. Men zie over dit laatste Davids, „Een eigen art. 2014 van de strafrechter?“, Verkeersrecht 1989, blz. 225 e.v., in het bijzonder blz. 228 e.v.¹⁴ De veel gehoorde mening, dat de behandeling van het klaagschrift door de rechtbank in raadkamer zich niet leent voor een onderzoek van de onderliggende civielrechtelijke rechtsverhoudingen, is dus slechts zeer ten dele juist. Davids wijst er op dat deze mening slechts juist is, als zij genuanceerder wordt geformuleerd, en wel als volgt: de strafrechter kan in zijn motivering over wat redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is, wel een oordeel over civiele kwesties geven, en zal dit ook vaak moeten doen, maar dat oordeel heeft geen kracht van civielrechtelijk gewijsde.¹⁵

Bij het voorgaande zou ik graag de volgende kanttekening willen plaatsen. De visie dat bij de teruggave door de strafrechtelijke justitie niet al te zeer van het civiele recht behoeft te worden uitgegaan (omdat deze teruggave toch slechts een voorlopig karakter draagt, en de ware eigenaar, zo niet aan hem zou zijn afgegeven, nog altijd de mogelijkheid heeft om via een civiele procedure de zaak weer in handen te krijgen) gaat mijns inziens aan een paar belangrijke punten voorbij. Al die tijd dat de zaak in handen is van de niet-rechthebbende ontbeert de ware eigenaar niet alleen het genot van de zaak (men denke bijvoorbeeld aan een vervoermiddel), maar loopt hij ook het risico van beschadiging, vernieling, verdonkeremaning, enzovoorts door degene in wiens macht de zaak verkeert. Hierbij zie ik nog af van de emotionele aspecten die aan een dergelijke toestand zijn verbonden. Als aan U een kwetsbare antieke klok ontstolen is, die U bovendien als erfstuk na aan het

13. HR 18 januari 1983, NJ 1983, 445, nt. ThWvV.

14. Zie voorts HR 16 februari 1988, NJ 1988, 1043, en de beschikking van Rb. Zutphen d.d. 6 juli 1987, kenbaar uit HR 12 januari 1988, NJ 1988, 836, die door de Hoge Raad alleen vernietigd werd omdat in het desbetreffende geval het OM geen initiatief genomen had in de zin van artikel 118 lid 3 Sv.

15. A.w. blz. 229.

hart ligt, en die door de justitie niet aan U wordt teruggegeven hoewel U volgens het civiele recht eigenaar bent gebleven, voelt U zich dan gerustgesteld door de wetenschap dat U via een civiele procedure de klok toch te zijner tijd wel weer in handen zou kunnen krijgen? Men dient hierbij bovendien te bedenken dat de rechthebbende die de zaak niet in handen heeft in de zeer oncomfortabele positie verkeert dat hij maar moet zien te bewerkstelligen dat de zaak weer in zijn macht overgaat; hij staat hierbij als het ware op een ferme achterstand. De beslissing die de justitie over de teruggave neemt, moet dus zo maar enigszins mogelijk in overeenstemming zijn met het civiele recht. Aldus wordt ook een resultaat bereikt dat vergelijkbaar is met dat van een civielrechtelijk kort-geding, namelijk een toestand met een weliswaar in theorie voorlopig karakter, die evenwel door belanghebbenden doorgaans als definitief zal worden beschouwd en ook als zodanig kan worden beschouwd omdat hij met het materiële recht in overeenstemming is.

Niet alleen zullen beklagrecht en OM met het civiele recht rekening moeten houden ter beoordeling van de vraag wie op het eerste gezicht de eigenaar van de zaak is, zij zullen het civiele recht ook in ander opzicht in hun beschouwing moeten betrekken bij toetsing aan het criterium of afgifte van de zaak aan deze of aan gene op het eerste gezicht redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is. Ook in een geval dat buiten twijfel staat dat de bestolene eigenaar van de zaak is gebleven, kan niettemin de koper te goeder trouw in zijn hoedanigheid van bezitter van de zaak jegens deze eigenaar recht hebben op bepaalde vergoedingen en deswege aanspraak kunnen maken op een retentierecht op de zaak.¹⁶ Afgifte door de justitie aan de eigenaar zou dan dit retentierecht van de beslagene tenietdoen, en uit dien hoofde niet redelijk en maatschappelijk verantwoord zijn.¹⁷ In dit geval heeft dus een niet-eigenaar een redelijk aan het civiele recht ontleend belang dat de zaak aan hem wordt teruggegeven, waarmee de justitie rekening dient te houden.

In het voorgaande is gezien welke regels gelden voor de terug-

16. Zie artt. 630 en 637 BW; vergelijk art. 3:120 NBW.

17. Vergelijk het reeds genoemde arrest van 6 juni 1978, NJ 1979, 29.

gave van de in beslag genomen zaak zodra het belang van de strafvordering zich daartegen niet meer verzet. Het is ook mogelijk dat het beslag voortduurt tot de einduitspraak in de strafrechtelijke procedure tegen de verdachte dief of heler. In dit geval kan de rechtbank afgifte van de zaak bevelen aan een met name genoemd persoon.¹⁸ Hierbij geldt dus niet als wettelijke hoofdregel dat de zaak moet worden teruggegeven aan degene bij wie zij in beslag werd genomen. Afgifte aan een ander dan de beslagene kan nu dus geschieden zonder betekening aan de beslagene en de daarmee verband houdende beklagmogelijkheid.¹⁹ Door een en ander blijven ieders rechten op de zaak onverlet (art. 353 lid 1, slot, Rv). Ook hier zal de rechter aan zijn beslissing omtrent de afgifte aan een bepaald persoon ten grondslag moeten leggen of de afgifte aan deze persoon op het eerste gezicht redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is. De rechtbank mag ook verklaren niet in staat te zijn tot het geven van de last om de zaak aan een bepaalde persoon terug te geven (art. 353 Sv). Als dit laatste zich voordoet, komt de zaak weer onder verantwoordelijkheid van het OM te vallen, en zal het OM moeten beslissen wat er met de zaak gebeurt. De hierboven geschetste gang van zaken met betrekking tot artikel 118 Sv is dan wederom van toepassing.

Zoals gezegd, is de regeling in het Wetboek van Strafvordering hierboven grof geschetst, en dan nog slechts voor zover zij van belang is voor de in dit opstel gekozen casuspositie. Voor een meer uitvoerige behandeling van de wet en de zeer overvloedige jurisprudentie alsmede voor verdere literatuuropgaven moge ik verwijzen naar de volgende werken: A. L. Melai e.a., Het Wetboek van Strafvordering, de aantekeningen op de genoemde artikelen, A. Minkenhof, De Nederlandse Strafvordering, herzien onder leiding van J. M. Reyntjes, 1990, blz. 126 e.v., en Van Bemmelen, Strafprocesrecht, bewerkt door Th. W. van Veen, 1989, blz. 174 e.v.

4. VRAGEN DIE DE JUSTITIE ZAL HEBBEN TE BEZIEN BIJ TOEPASSING VAN HET NIEUWE RECHT

Zoals in het voorgaande is opgemerkt, dient de justitie (de rechter

18. Zie art. 353 Sv.

19. Vergelijk in dit verband art. 118 lid 3 Sv.

of het OM) bij de vraag aan wie de in beslag genomen zaak moet worden teruggegeven – ondanks dat haar oordeel noodzakelijkerwijs voorlopig is en zij zich niet diepgaand hoeft in te laten met bijzondere civielrechtelijke controverses – met het civiele recht rekening te houden, en blijkt zij dit in de praktijk ook te doen. Voor de in dit opstel besproken casuspositie gaat het daarbij vooral om de hantering van artikel 2014 BW. Het is dit artikel dat wordt toegepast bij de vraag wie op het eerste gezicht volgens het civiele recht eigenaar van de zaak is. Na het inwerkingtreden van het Nieuw BW zal het civiele recht op dit punt beheerst worden door artikel 3:86. Bij het criterium dat de teruggave op zodanige wijze dient te geschieden dat zij op het eerste gezicht redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is, blijft hiernaast ook onder het nieuwe recht de omstandigheid een rol spelen dat een niet-eigenaar volgens het civiele recht een retentierecht kan hebben waarmee de justitie rekening dient te houden.

Als de justitie onder het nieuwe recht op verantwoorde wijze haar tegenwoordige politiek inzake de teruggave van in beslag genomen zaken wil blijven uitvoeren, dan zal zij dus vooral in aanraking komen met het genoemde artikel 86. We zullen zien dat de justitie daarbij voor een groot aantal vragen gesteld zal worden, waarop zij een antwoord zal moeten vinden alvorens tot een beslissing over de teruggave te kunnen komen. Het lijkt mijns inziens geen twijfel, dat de justitie het op dit punt moeilijker krijgt dan onder het thans nog geldende recht.

De vragen waarmee de justitie zich bij de toepassing van artikel 86 zal moeten inlaten, zijn vooral de volgende.

a. Is de beslagene (de koper) een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf?

Om te kunnen bepalen of de beslagene voor teruggave in aanmerking komt, moet de justitie allereerst bezien of deze een natuurlijk persoon is die de aankoop niet deed in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Naar mijn mening zal het „handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf” hierbij strikt geïnterpreteerd moeten worden, en wel in dezelfde zin als onder het thans nog geldende recht in de rechtspraak geschiedt ten aanzien van artikel 88 lid 1 sub c Boek 1 BW. Dit brengt mee dat in zoverre de derdenbescherming bij de verkrijging van gestolen zaken niet al te

zeer wordt ingeperkt. Schoordijk geeft het voorbeeld van een advocaat die voor zijn beroepsuitoefening een tekstverwerker koopt; deze kan bescherming ondervinden nu hij niet handelt in de uitoefening van zijn beroep, dat immers niet bestaat uit het handelen in tekstverwerkers.²⁰ Dat overigens de beperking tot natuurlijke personen nog voor dilemma's kan zorgen, wordt door Schoordijk ook met enige voorbeelden aangetoond.²¹

b. Heeft de beslagene de zaak op een veiling gekocht?

Indien de beslagene de gestolen zaak op een veiling gekocht heeft, geldt krachtens artikel 86 lid 3 dat ondanks goede trouw van de koper de bestolene gedurende drie jaar na de diefstal de eigendom van de zaak behoudt. Als dit geval zich voordoet, zal de justitie de zaak dus in beginsel aan de bestolene kunnen teruggeven. Hierbij kan worden aangetekend dat de afzonderlijke regel voor de veilingkoop alleen zelfstandige betekenis heeft met betrekking tot openbare veilingen in een lokaliteit die door een vaste veilinghouder wordt geëxploiteerd. Indien immers de beslagene de zaak gekocht heeft op een openbare veiling die door een bedrijfsmatig optredende veilinghouder niet in zijn vaste veilinglokaliteit gehouden wordt, doch in een hotel of een voor de duur van de veiling gehuurd landhuis, wordt hij reeds niet beschermd vanwege het feit dat de verkoop niet plaatsvond in een daartoe bestemde bedrijfsruimte. Dit laatste geldt evenzo in geval van een executieveiling.²²

Terzijde wil ik opmerken dat de visie van de wetgever op het veilingwezen mij te ongenueanceerd lijkt. Door de wetgever wordt naar voren gebracht dat ook particuliere kopers zich er in het algemeen van bewust zijn bij een veilingkoop bepaalde risico's te lopen.²³ Men vraagt zich af op welke gegevens de wetgever deze stelling baseert. Door een en ander wordt mijns inziens het veilingwezen in het algemeen in een kwaad daglicht gesteld, en dat in ons land waar toch gerenommeerde veilinghuizen opereren. Kritiek op het standpunt van de wetgever wordt ook geuit door Schoordijk.²⁴

20. Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe BW, 1986, blz. 285.

21. A.w., blz. 284.

22. Vergelijk Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1225.

23. Parl. Gesch. t.a.p.

24. A.w., blz. 281.

c. Wie heeft de zaak aan de beslagene verkocht?

Om zich een oordeel te kunnen vormen over de vraag aan wie de in beslag genomen zaak moet worden teruggegeven, zal de justitie ook moeten onderzoeken van wie de beslagene de zaak gekocht heeft. De beslagene die de zaak wenst terug te krijgen zal hierover dus zo nodig informatie moeten verschaffen. In feite is deze informatie om meer dan één reden van belang. Zij moet niet alleen de justitie in staat kunnen stellen om na te gaan of deze verkoper voldoet aan de vereisten inzake de bedrijfsuitoefening (zie hieronder), maar ook is zij een voorwaarde voor de koper om zich er op te kunnen beroepen door derdenbescherming eigenaar van de zaak te zijn geworden.²⁵

d. Bedrijf, bedrijfsruimte en normale bedrijfsuitoefening?

Maakt deze verkoper zijn bedrijf van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken? Oefent deze verkoper dit bedrijf uit in een daartoe bestemde bedrijfsruimte? Handelde deze verkoper in de normale uitoefening van dat bedrijf?

In artikel 86 wordt het begrip „bedrijf” in dezelfde betekenis gebruikt als op andere plaatsen in de wet waar deze term in verband met de bescherming van de consument gehanteerd wordt.²⁶ Over het in artikel 86 gestelde vereiste voor eigendomsverkrijging van gestolen zaken door derdenbescherming, dat aan de zijde van de verkoper sprake moet zijn van een normale bedrijfsuitoefening in een daartoe bestemde bedrijfsruimte, is bij de totstandkoming van deze wetsbepaling veel discussie geweest.²⁷ Uiteindelijk heeft de wetgever zijn omschrijving ontleend aan de hoofdlijnen van artikel 1624 BW inzake de huur van bedrijfsruimte. Hierbij is vooral gedacht aan winkels, maar ook aan andere vanuit het oogpunt van normale verhandeling aan particulieren met winkels gelijk te stellen ruimten, zoals een garagebedrijf waar auto's worden verkocht, een werf waar men pleziervaartuigen kan kopen, een slechts van een kantoortje voorzien terrein waar caravans te koop worden aangeboden, een afgescheiden ruimte in een markthal

25. Zie art. 87.

26. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1224 juncto blz. 1003.

27. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1220, 1221 en 1222.

die door een vaste gebruiker bij wijze van winkel wordt geëxploiteerd, of een supermarkt. Het zijn gevallen waarin men te doen heeft met normale handel, uitgaande van een verkoper die door de aard van zijn bedrijfsruimte gemakkelijk is terug te vinden, en bij wie een koper in beginsel geen gestolen zaken hoeft te verwachten (hoewel bij de koop van bijvoorbeeld een tweedehands auto de koper wel degelijk de papieren zal dienen te controleren). Men zie wat het voorgaande betreft Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1224 e.v. sub 6.

Ook op dit punt is het denkbaar dat de justitie, die de in beslag genomen zaak wil teruggeven, voor een twijfelgeval geplaatst wordt. Zo zou men zich mijns inziens kunnen afvragen hoe beslist zou moeten worden als iemand te goeder trouw een antiek voorwerp gekocht heeft op de stand van een antiquair op een antiekbeurs, die door een groep antiekhandelaren, die elders een eigen antiekzaak hebben, incidenteel georganiseerd is in een daartoe gehuurde beursshal of hotelruimte. Naar mijn mening zou men dit geval op dezelfde manier moeten beschouwen als wanneer de koop gesloten zou zijn in de vaste antiekzaak van de desbetreffende antiquair. Andere gevallen waarin men aarzeling kan hebben, worden genoemd door Schoordijk.²⁸

e. Is de beslagene te goeder trouw?

Hoewel, zoals hierboven reeds vermeld is, in het onderhavige opstel de goede trouw van de koper als uitgangspunt is genomen, zal het in de praktijk nodig kunnen zijn dat de justitie zich bij de vraag aan wie de in beslag genomen zaak moet worden teruggegeven een oordeel vormt over de hier bedoelde goede trouw. Als immers een particuliere koper de gestolen zaak in de normale handel verkregen heeft, is voor zijn bescherming goede trouw een vereiste (vergelijk het hierboven genoemde geval van de koop van een tweedehands auto; ten minste zullen de papieren gecontroleerd moeten worden). Voorts is de goede trouw vereist voor de eigendomsverkrijging door de derde, als hij weliswaar niet in de normale handel verkregen heeft, maar sinds de diefstal meer dan drie jaren

28. Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe BW, 1986, blz. 285.

zijn verstreken.²⁹ Zoals eerder gezegd, zal ik in dit opstel niet nader ingaan op de vraag onder welke omstandigheden van goede trouw gesproken kan worden.³⁰ Op een algemeen punt met betrekking tot de goede trouw zou ik echter de aandacht willen vestigen.

Men zou zich namelijk kunnen afvragen of door de justitie aan de goede trouw van de koper buitengewoon strenge eisen moeten worden gesteld. Het uiteindelijke artikel 86 heeft in zijn ontstaansgeschiedenis een groot aantal versies gekend. In een van deze versies werd de derde te goeder trouw ook bij de koop van gestolen zaken dadelijk beschermd, maar daartegenover eiste de wetgever blijkens de toelichtende stukken het aanleggen van zware criteria aan de goede trouw. Deze strenge, aan de goede trouw te stellen eisen werden onder meer in verband gebracht met de zogenoemde aanwijsplicht van artikel 87.³¹ Ook de bepaling van laatstgenoemd artikel houdt in wezen verband met een vroegere versie van artikel 86; bij die vroegere versie was artikel 87 ook zinvoller dan bij de uiteindelijke versie van artikel 86. Met andere woorden: sommige opvattingen van de wetgever zijn in toelichting en wet blijven staan, hoewel de situatie waarop zij in wezen betrekking hadden veranderd is. Dit leidt tot de vraag in hoeverre de meer dan normaal zware eis nog steeds aan de goede trouw gesteld moet worden, nu uiteindelijk de uitzondering voor gestolen zaken in artikel 86 is teruggekeerd, en de wetgever dus zijn eerdere opvatting op dit punt heeft herzien. De wetgever zelf blijkt er weliswaar van uit te gaan dat ook nu aan de goede trouw nog extra zware eisen gesteld moeten worden,³² maar nergens wordt aangegeven waarop dit standpunt thans nog berust. Nu artikel 87 inhoudt dat de verkrijger de gegevens moet verschaffen die hij voldoende *mocht* achten om de vervreemder terug te vinden, zou de justitie bijvoorbeeld ten aanzien van dit punt mijns inziens geen buitengewoon zware eisen hoeven te stellen. Wat betreft particulieren als kopers valt iets dergelijks overigens ook uit de parlementaire

29. Voor de verhouding tussen het derde en het eerste lid van artikel 86 zie men Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1223 sub 3.

30. Men zie hierover met name HR 24 november 1967, NJ 1968, 74, alsmede artikel 3:11 NBW en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1214.

31. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 332.

32. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1214.

geschiedenis af te leiden.³³ De wetgever heeft dus in dit opzicht volstrekt geen duidelijke koers gevaren.³⁴

f. Heeft de beslagene kosten aan de zaak besteed?

Er is voorts een bijzonder geval – er werd hierboven reeds op gewezen – waarin de goede trouw van de koper een rol speelt. Indien de bestolene door afwezigheid van derdenbescherming eigenaar gebleven is, en de justitie dus in zoverre de in beslag genomen zaak aan de bestolene zou dienen terug te geven, kan immers niettemin afgifte aan de koper in de rede liggen ingeval deze als bezitter te goeder trouw aan de zaak kosten heeft besteed. De koper heeft dan ter zake van deze kosten een vergoedingsvordering tegen de bestolene, en een retentierecht om deze vordering kracht bij te zetten.³⁵ Dit retentierecht zou de koper door de justitie ontnomen worden bij een teruggave aan de bestolene. Aldus zou het niet teruggeven aan de koper niet redelijk en maatschappelijk niet verantwoord zijn.³⁶ Ook in dit verband zal de justitie zich dus een oordeel moeten vormen omtrent de goede trouw van de koper. Deze kwestie zou zich niet alleen kunnen voordoen als de koper een particulier is die niet in de normale handel verkregen heeft, maar ook ingeval de koper een handelaar is, die immers bij gestolen zaken aan artikel 86 geen bescherming kan ontlennen.

g. Hoe zijn voorgaande transacties met betrekking tot de zaak verlopen?

Er is mijns inziens nog een complicatie die de aandacht verdient. Indien de gestolen zaak in handen is gekomen van de handelaar X, en deze het voorwerp vervolgens verkoopt aan de particulier Y, die

33. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1221; zie ook blz. 1218, waar men kan lezen dat aan de goede trouw van een particulier die een zaak koopt in de normale handel in beginsel niet hoeft te worden getwijfeld.

34. Vergelijk wat betreft de achtergrond van artikel 87 ook de opmerking van Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe BW, 1986, blz. 295: „De wetgever is er in de parlementaire geschiedenis niet goed in geslaagd de achtergrond van art. 3.4.2.3aa (is art. 87, *J.E.F.*) helder te formuleren. Dit is de reden dat wij dit artikel nu moeilijk kunnen doorgronden”.

35. Art. 3:120; Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1223 sub 4.

36. Vergelijk HR 6 juni 1978, NJ 1979, 29.

de zaak op zijn beurt binnen drie jaar na de diefstal verkoopt en aflevert aan de handelaar Z, waar de zaak door de justitie in beslag wordt genomen, dan zal ondanks het feit dat Z handelaar is de zaak aan Z moeten worden teruggegeven als ten aanzien van Y aan alle beschermingsvereisten van artikel 86 lid 3 is voldaan. Y is dan immers eigenaar geworden, en heeft als zodanig de eigendom aan Z kunnen overdragen. Dit voorbeeld leert dat de justitie niet kan volstaan met de vaststelling dat de beslagene geen particulier doch handelaar is, maar ook gegevens zal moeten hebben over voorgaande transacties met betrekking tot de zaak. Nagegaan zal moeten worden of in de reeks van voorafgaande transacties een verkrijger opdoemt die op grond van artikel 86 lid 3 beschermd wordt. Als zo iemand valt aan te wijzen, hebben de volgende verkrijgers niets meer te duchten.³⁷ Aldus kan het nodig zijn dat een onderzoek wordt gedaan naar de goede trouw van een *voorman* van de beslagene, of naar de bedrijfsuitoefening door degene van wie deze voorman de zaak verkregen heeft.

h. Speelt de processuele functie van het bezit een rol?

Men zou zich kunnen afvragen of teruggave door de justitie aan de bestolene in plaats van aan de beslagene onredelijk en maatschappelijk onverantwoord zou kunnen zijn vanwege het teloorgaan van het bewijsvoordeel dat voor de beslagene geschapen werd door diens bezit van de zaak. In een civiele eigendomsprocedure is immers degene die de zaak onder zich heeft bewijsrechtelijk in de gunstigste positie (de processuele functie van het bezit; art. 2014 BW en 3:109 juncto 107 en 119 NBW). In het hier aan de orde gestelde geval wordt de koper vóór het beslag vermoed bezitter en rechthebbende te zijn, en zal de bestolene in een civiele procedure zijn betere recht moeten aantonen. Door het beslag zelf gaat mijns inziens het bezit van de koper niet verloren, maar dit wordt anders bij teruggave van de zaak aan de bestolene.³⁸ Desondanks zal dit naar mijn mening geen verandering brengen in de bewijsrechtelijke positie van de koper, omdat de bewijslastverdeling in de eventuele civiele procedure zou moeten worden beoordeeld naar de toestand

37. Men vergelijk HR 24 november 1967, NJ 1968, 74 inzake Van der Peijl/Van der Gun.

38. Vergelijk art. 3:117 NBW.

van vóór het beslag. Dit beslag is immers een overheidsmaatregel die zich geheel buiten de partijen om voltrokken heeft. Zou men hierover anders oordelen, dan zou teruggave aan de bestolene reeds op bewijsrechtelijke gronden onredelijk en maatschappelijk onverantwoord en daardoor nooit mogelijk zijn. Nu naar mijn mening het beslag en de daarop gevolgde teruggave van de zaak aan een ander dan de beslagene geen invloed heeft op de procesuele functie van het bezit, kan dit aspect buiten beschouwing blijven bij de beoordeling of de teruggave door de justitie geschiedt op een wijze die op het eerste gezicht redelijk en maatschappelijk niet onverantwoord is. Men vergelijkte wat dit punt betreft ook Davids, Verkeersrecht 1989, blz. 225 e.v.

5. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Bij de vraag aan wie in het besproken geval de in beslag genomen zaak moet worden teruggegeven, houdt de justitie onder het thans nog geldende BW terecht rekening met het civiele recht, en wel vooral met artikel 2014. Onder de gelding van het Nieuw BW zal de justitie deze handelwijze moeten continueren. Zij zal daarbij in de eerste plaats hebben uit te gaan van het nieuwe artikel 3:86. Om dit artikel 86 te kunnen toepassen dient de justitie op vele vragen een antwoord te verkrijgen. Het nieuwe recht wordt hierdoor in zoverre voor de justitie moeilijker hanteerbaar, dat niet alleen het aantal van deze vragen aanzienlijk groter is dan onder het thans nog geldende recht, maar ook de in artikel 86 lid 3 gemaakte onderscheidingen minder duidelijk zijn dan die van artikel 2014 lid 2.

Met het oog hierop zou ik willen aanbevelen dat in gevallen als de onderhavige, waarin voor teruggave iemand in aanmerking komt die geheel buiten de strafrechtelijke procedure staat, de justitie deze persoon een daartoe speciaal ontworpen vragenformulier laat invullen op grond waarvan de *aannemelijkheid* van diens aanspraak op teruggave kan worden beoordeeld. Het gaat hierbij dus niet om werkelijk *bewijs*.

In gevallen dat de kwestie van de teruggave door de justitie aan de orde komt naar aanleiding van een klaagschrift, zou dit ingevulde formulier bij het klaagschrift gevoegd kunnen worden. Omtrent vorm en inhoud van een klaagschrift wordt thans door de wet niets

voorgescreven. Wellicht zou overwogen kunnen worden het Wetboek van Strafvordering in die zin aan de situatie onder het Nieuw BW aan te passen dat wettelijk vereist wordt om bij het klaagschrift het ingevulde standaardformulier te voegen. Bij de samenstelling van dit formulier zou men kunnen uitgaan van de hierboven behandelde vragen, en zou men de punten waarvan de betrokkene in een civiele procedure de stelplicht zou hebben als richtsnoer kunnen nemen.

Terzijde zou ik nog het volgende willen opmerken. Wanneer gestolen zaken door de politie bij derden zijn opgespoord, zonder dat inbeslagneming volgt, blijkt onder het huidige recht door de politie dikwijls een onjuist advies aan de bestolene gegeven te worden inzake de mogelijkheid om de zaak – door „terugkoop” van de derde – te herkrijgen.³⁹ Nu op dit punt het recht onder het Nieuw BW ingewikkelder is dan het thans nog geldende stelsel van de artikelen 2014 en 637 BW, zou ik ook voor deze aangelegenheid willen bepleiten dat van overheidswege een uniforme folder wordt gedrukt waarin de rechtspositie van een bestolene in dit opzicht op een voor het publiek begrijpelijke wijze uit de doeken wordt gedaan. In voorkomende gevallen kan de politie dan volstaan met de overhandiging van deze folder. Een bijkomend voordeel van zo’n folder acht ik dat hij ook in het helerscircuit zal gaan circuleren, zodat de risico’s van de handel in gestolen zaken meer bekendheid zullen krijgen. Hiermee is dan tevens een bijdrage geleverd aan de politiek van de wetgever om de nieuwe regeling van artikel 86 in dienst te stellen van de misdaadpreventie.

Het heeft in de bedoeling van de wetgever gelegen om bij het ontwerpen van een „nieuw artikel 2014” te komen tot een juist voor de justitie bij de teruggave van in beslag genomen zaken eenvoudig toepasbare regeling. In de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3 lezen wij op blz. 331: „Deze toepassing van de regeling van het Burgerlijk Wetboek door politie of justitie in het kader van het Wetboek van Strafvordering zal echter slechts bevredigend kunnen verlopen, indien die regeling aan zonder grote omslag vast te stellen feiten aanknoopt, met andere woorden zo min mogelijk

39. Zie hierover mijn korte opmerking in NJB 1990, blz. 1250; zie voorts Minkenhof, De Nederlandse Strafvordering, 1990, blz. 127, die hier van een afkeurenwaardige praktijk spreekt.

en zo scherp mogelijke onderscheidingen kent". Men zie ook Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1211 (opmerking van de regeeringscommissaris Snijders), en blz. 1213. Wat van deze bedoeling uiteindelijk is terechtgekomen, moge uit het voorgaande zijn gebleken.

Declaratieve werking van de boedelscheiding exit?

W. G. Huijgen*

1. INLEIDING

Wanneer men rode draden tracht te vinden in de inhoudelijke wijzigingen die het Nieuw BW ten opzichte van het huidige recht met zich meebrengt, zou één daarvan benoemd kunnen worden als het afstand nemen van het Franse recht. Is ons huidige wetboek met name sterk geïnspireerd door de Franse Code Civil, bij het opstellen van het Nieuw BW heeft men vaak alle mogelijke buitenlandse rechtsstelsels bestudeerd waarbij vooral het Duitse recht nogal eens zijn invloed heeft doen gelden. Artikel 883 lid 1 van de Code Civil luidt:

„Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.”

Artikel 1129 BW is van het geciteerde artikel de vrijwel woordelijke vertaling. Men leest in dit artikel de zogenaamde declaratieve werking van de boedelscheiding. Daaraan wordt toegevoegd, en ten onrechte veelal met de declaratieve werking vereenzelvigd, dat de boedelscheiding tevens terugwerkende kracht heeft. Onder de declaratieve werking van de boedelscheiding verstaat men dat de scheiding en deling *aanwijst* uit welke goederen het aandeel bestaat dat men reeds in de desbetreffende gemeenschap had. De terugwerkende kracht van de boedelscheiding, waarover lid 2 van artikel 1129 BW spreekt, brengt met zich mee dat degene die de desbetreffende goederen verkrijgt geacht wordt daarvan steeds eigenaar

* Mr W. G. Huijgen is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden en tevens werkzaam als candidaat-notaris.

te zijn geweest vanaf het moment dat de onverdeeldheid is ontstaan.

De declaratieve werking van de boedelscheiding heeft twee gevolgen. In de eerste plaats brengt het feit dat de boedelscheiding slechts aanwijst uit welke goederen het desbetreffende aandeel in de gemeenschap bestaat met zich mee, dat de titel van verkrijging van die goederen *niet* de boedelscheiding is. De titel van verkrijging is en blijft dezelfde als die op grond waarvan men die goederen als medeëigenaar heeft verkregen, bijvoorbeeld vererving. In de tweede plaats brengt de declaratieve werking van de boedelscheiding met zich mee dat geen levering meer nodig is van de door scheiding en deling verkregen goederen.¹

Gelet op het vorenstaande is het goed om in het oog te houden dat de declaratieve werking denkbaar is zonder terugwerkende kracht van de boedelscheiding. In het laatstbedoelde geval zou men tóch met twee momenten van rechtsovergang te maken hebben bij declaratieve werking. In de eerste plaats het tijdstip van verkrijging van alle goederen in de gemeenschap door de deelgenoten gezamenlijk. In de tweede plaats het tijdstip waarop door de boedelscheiding duidelijk wordt wie eigenaar is geworden van welk(e) goed(eren). In artikel 1129 BW zijn echter in navolging van artikel 883 CC zowel het beginsel van de declaratieve werking als de terugwerkende kracht van de boedelscheiding neergelegd.

Artikel 883 CC past uitstekend in het Franse rechtssysteem. Immers in het Franse recht gaat de eigendom van een goed in beginsel door de enkele overeenkomst, bijvoorbeeld de koopovereenkomst, over. Hiermee spoort goed dat bijvoorbeeld bij vererving de eigendom van het goed overgaat door het overlijden en de boedelscheiding slechts declaratieve werking heeft en terugwerkt tot het moment van overlijden.² In Nederland, waar bij eigendomsoverdracht een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de obligatoire fase (titel) en de levering, past een artikel zoals artikel 1129 BW veel minder goed. Artikel 186 van Boek 3 NBW brengt hier dan ook verandering.

1. F. Molenaar, De boedelscheiding in het huidige en het komende recht, WPNR 5604, alsmede A. G. Lubbers, Van scheiden en delen, oratie UvA 1977.
2. Vergelijk reeds Asser deel II, in de derde druk blz. 90, vermeld bij W. M. Kleijn, De Boedelscheiding, diss. Leiden 1969, blz. 102.

De reden van die wijziging is echter niet alleen gelegen in het feit dat de declaratieve werking van de boedelscheiding niet goed in ons rechtssysteem zou passen, maar vooral in het feit dat de declaratieve werking tot onbetrouwbaarheid van de openbare registers met betrekking tot de rechtstoestand van registergoederen leidt. Met name nu in het Nieuw BW sprake is van een vergaande bescherming van derden die te goeder trouw afgaan op de inhoud van hetgeen in de openbare registers is gepubliceerd, dienen die openbare registers zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de werkelijkheid. Daarbij past niet, zeker niet nu bijvoorbeeld het overlijden van iemand geen inschrijfbaar feit is, dat de boedelscheiding declaratieve werking en terugwerkende kracht zou hebben. Dit laatste betekent immers dat er geen levering van de desbetreffende goederen meer nodig is. Wat betreft registergoederen zou zulks er bijvoorbeeld toe leiden dat een deelgenoot deze zou kunnen krijgen toegedeeld zonder dat daarvoor de inschrijving van een (uitreksel uit een) notariële akte in de openbare registers noodzakelijk is. Ook wat betreft de toewijzing bij verdeling van vorderingen op naam vond men het wenselijk dat die toescheiding eerst effect sorteert na mededeling van de verdeling aan de schuldenaar.³

2. HET NIEUW BW

Artikel 186 van Boek 3 NBW luidt:

- „ – 1. Voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.
- 2. Hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.”

Men gaat er over het algemeen vanuit dat dit artikel een einde maakt aan de declaratieve werking en de terugwerkende kracht van de boedelscheiding. Wat betreft de terugwerkende kracht blijkt zulks inderdaad uit lid 1 van het artikel. Ten aanzien van de declaratieve werking ligt dat iets genuanceerder. Weliswaar is krachtens lid 1 van artikel 186 van Boek 3 NBW in het nieuwe recht voor de overgang van het toegedeelde steeds nog een levering vereist, maar de titel van de verkrijging van een deelgenoot blijft krachtens lid 2 van het artikel dezelfde als die krachtens

3. TM, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 617, 618.

welke hij medegerechtigde in de gemeenschap werd. Men moet constateren dat het Nieuw BW niet voor een zuiver dispositieve werking van de verdeling gekozen heeft.⁴ In dat geval zou namelijk de titel van verkrijging van een deelgenoot die verdeling zelf zijn geweest. Gezien het bepaalde in lid 2 van artikel 186 van Boek 3 NBW heeft men in het nieuwe wetboek gekozen voor een tussensstelsel, dat wordt aangeduid met de benaming obligatoire werking van de verdeling.

Na het vorenstaande wijs ik er nog op dat in het huidige recht wat betreft de declaratieve werking en de terugwerkende kracht van de verdeling door een aantal auteurs onderscheid wordt gemaakt tussen de zogenaamde gebonden en vrije gemeenschap. Men realiseert zich echter dat men het in de literatuur niet geheel eens is over hetgeen het onderscheid tussen gebonden en vrije gemeenschap precies behelst. Zo wordt het onderscheid zowel betrokken op de oorzaak van het ontstaan van de gemeenschap (bijv. gebonden: huwelijksgemeenschap, tegenover vrij: gezamenlijke aankoop en verkrijging) als op de gevolgen van de gemeenschap (bij een gebonden gemeenschap kunnen deelgenoten niet afzonderlijk over het aandeel in de gemeenschap beschikken). Nu wordt wel verdedigd dat de terugwerkende kracht van de boedelscheiding niet toepasselijk is ten aanzien van de vrije gemeenschap.⁵ Aangezien het onderscheid tussen gebonden en vrije gemeenschap in het Nieuw BW niet zal terugkeren, wil ik deze problematiek thans laten voor wat het is.

In het nieuwe recht kent men wel een ander onderscheid naar gelang van de aard der gemeenschap. Het hierbedoelde onderscheid wordt aangeduid met de benaming eenvoudige en bijzondere vormen van gemeenschap. De bijzondere gemeenschappen vindt men limitatief opgesomd in artikel 189 lid 2 van Boek 3 NBW. Het zijn achtereenvolgens: de nalatenschap, de ontbonden huwelijksgemeenschap, de ontbonden maatschap, vennootschap en rederij en de opgeheven gemeenschap van appartementseigenaren. Alle overige, niet in de wet geregelde⁶, gemeenschappen zijn eenvoudige

4. TM, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 618.

5. W. M. Kleijn, t.a.p., blz. 101 e.v. en de aldaar vermelde auteurs.

6. Ook buiten titel 7 van Boek 3 NBW vindt men nog gemeenschapsvormen geregeld, bijv. titel 7 van Boek 1, de wettelijke gemeenschap van goederen, en in titel 10 van Boek 5, de gemeenschap van appartementseigenaren.

gemeenschappen. Ten aanzien van de bijzondere gemeenschappen is een aantal aparte bepalingen van toepassing, die men vindt in afdeling 2 van titel 7 van Boek 3 NBW. De belangrijkste verschillen ten opzichte van de eenvoudige gemeenschap zijn gelegen in het feit dat de bijzondere gemeenschap een afgescheiden vermogen kent en dat bij een bijzondere gemeenschap een deelgenoot in beginsel niet zonder toestemming van de overige deelgenoten over zijn onverdeelde aandeel in een afzonderlijk gemeenschapsgoed kan beschikken.⁷ In het nieuwe recht maakt het echter voor de werking van de verdeling bedoeld in artikel 186 van Boek 3 NBW niet uit of die verdeling een eenvoudige danwel een bijzondere gemeenschap betreft. Het lijkt echter vanuit praktisch oogpunt goed om de gevolgen van de invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW ten aanzien van de voornaamste vormen van gemeenschap nader te beschouwen.

3. DE NALATENSCHAP EN ONTBONDEN HUWELIJKSGEMEENSCHAP

Onder het nieuwe recht zal voor de verdeling van een nalatenschap of ontbonden huwelijksgemeenschap noodzakelijk zijn dat ieder goed dat zich in die gemeenschap bevindt nog wordt geleverd op dezelfde wijze als voor een overdracht is voorgeschreven. Dit betekent ten aanzien van registergoederen conform het bepaalde in artikel 89 van Boek 3 NBW dat een afschrift van of uittreksel uit de notariële akte van verdeling moet worden ingeschreven in de openbare registers. Ten aanzien van roerende zaken niet registergoederen betekent het dat daarvan het bezit moet worden verschaft. Wat betreft vorderingen op naam zal er conform het bepaalde in artikel 94 lid 1 van Boek 3 NBW een akte van verdeling moeten zijn waarin de desbetreffende vordering aan een van de deelgenoten wordt toegescheiden en een mededeling van die toewijzing krachtens verdeling aan de schuldenaar. Toonder- en ordervorderingen worden toegescheiden door conform artikel 93 van Boek 3 NBW het bezit van het toonder- respectievelijk order-

7. Vergelijk art. 192 respectievelijk art. 190, leden 1 en 2, van Boek 3 NBW. In lid 2 van laatstgenoemd artikel wordt een uitzondering gemaakt ten aanzien van de vestiging van pand en hypotheek op een aandeel in een gemeenschapsgoed.

papier te verschaffen, in het laatstbedoelde geval zal daarbij tevens endorsement moeten plaatsvinden.

Hoe geschiedt nu de toescheiding van aandelen in een naamloze of besloten vennootschap bij de verdeling van een nalatenschap casu quo ontbonden huwelijksgemeenschap? De invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW brengt hier geen verandering. Immers in de artikelen 91 en 200 van Boek 2 BW was reeds een regeling opgenomen die met zich meebrengt dat aandelen in een naamloze of besloten vennootschap slechts krachtens toedeling bij scheiding kunnen worden verkregen, indien de leveringsformaliteiten die noodzakelijk zijn voor de overdracht van zulke aandelen worden nageleefd. Na invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW vervallen de artikelen 91 en 200 van Boek 2 BW, omdat de daarin opgenomen regeling alsdan in beginsel overbodig wordt.

In dit verband moge er nog op worden gewezen dat indien de blokkeringsregeling in de statuten van een naamloze of besloten vennootschap dienaangaande geen *bijzondere* bepalingen bevat, de artikelen 91 en 200 van Boek 2 BW noch artikel 186 van Boek 3 NBW met zich meebrengen dat voor de verdeling van die aandelen eerst de in de blokkeringsregeling opgenomen bepalingen terzake van de *overdracht* van aandelen zouden moeten worden nageleefd. Het gaat immers niet over de overdracht maar over de *verdeling* van aandelen. Het feit dat artikel 186 van Boek 3 NBW voor de *verdeling* voorschrijft dat de *leveringsformaliteiten* moeten worden nageleefd doet in dit verband niet terzake.⁸ Slechts indien de blokkeringsregeling een bijzondere bepaling kent dienaangaande, bijvoorbeeld een aanbiedingsverplichting aan de overige aandeelhouders voor het geval men door vererving aandelen verkrijgt of kwaliteitseisen ten aanzien van de aandeelhouder, ligt zulks zowel onder het huidige als onder het toekomstige recht anders. Bovendien wordt bij de aanpassing van Boek 2 BW aan het nieuwe vermogensrecht in artikel 87 van Boek 2 BW de mogelijkheid geopend om in de statuten van een naamloze vennootschap te bepalen dat de blokkeringsregeling ook van toepassing is op toedeling van aandelen bij verdeling van een gemeenschap.

De vorm van verdeling van een nalatenschap par excellence is de zogenaamde ouderlijke boedelverdeling geregeld in artikel 1167

8. F. Molenaar, t.a.p.

BW. Wat betreft de ouderlijke boedelverdeling heeft het verdwijnen van de declaratieve werking van de scheiding uiterst vervelende consequenties. Immers, de ouderlijke boedelverdeling is een door de erflater bij testament gemaakte boedelscheiding tussen de afstammelingen onderling of tussen zijn echtgenote en zijn afstammelingen. Deze vorm van verdeling wordt voltooid door het overlijden van de testateur, die deze vorm van verdeling in de praktijk meestal gekozen heeft met het oog op een zo goed mogelijke verzorging van de langstlevende van beide echtgenoten. Doordat deze verdeling voltooid wordt door het enkele overlijden van de erflater is geen medewerking daaraan nodig door de erfgenamen/deelgenoten.⁹ Indien artikel 186 van Boek 3 NBW van toepassing zou worden op deze vorm van verdeling zou de langstlevende voor de verkrijging krachtens deze verdeling de medewerking nodig hebben van de overige erfgenamen. Immers, dan is voor ieder goed in de gemeenschap nog een levering nodig op dezelfde wijze als voor overdracht noodzakelijk is. Zo zou bijvoorbeeld de echtelijke woning uitsluitend door de langstlevende kunnen worden verkregen na inschrijving van een (uittreksel uit een) notariële akte houdende de toewijzing krachtens ouderlijke boedelverdeling in de openbare registers. Voor deze laatste akte zou de medewerking van de overige erfgenamen noodzakelijk zijn.

Zover heeft de wetgever het niet willen laten komen. In de aanpassingswetgeving van het huidige BW aan het nieuwe vermogensrecht wordt een nieuw tweede lid aan artikel 1167 BW toegevoegd, waarin is geregeld dat artikel 186 van Boek 3 NBW niet van toepassing is op de ouderlijke boedelverdeling. Hier blijft mitsdien de oude declaratieve werking van de boedelscheiding behouden. Dit leidt echter wat betreft aandelen in een naamloze en besloten vennootschap die zich in de nalatenschap bevinden tot een andere situatie dan voorheen. Immers, wanneer het nieuwe vermogensrecht van kracht wordt, komen de artikelen 91 en 200 van Boek 2 BW te vervallen met het oog op de invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW. Dit betekent dat aandelen in het kapitaal van een naamloze en besloten vennootschap vanaf 1 januari 1992 door het

9. Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, tweede gedeelte: *Erfrecht*, 10e druk 1989, blz. 397 e.v.

enkele overlijden van de erflater die een ouderlijke boedelverdeling heeft gemaakt, worden toegescheiden aan degene die daartoe krachtens het testament gerechtigd is. Een leveringsformaliteit zoals de schriftelijke erkenning van de toescheiding door de vennootschap of de betekening van de akte houdende de (constatering van de) ouderlijke boedelverdeling aan de vennootschap is daartoe straks niet meer nodig.¹⁰ Of de wetgever zich deze consequenties van het vervallen van de artikelen 91 en 200 van Boek 2 BW gecombineerd met het handhaven van de ouderlijke boedelverdeling met declaratieve werking gerealiseerd heeft, moet worden betwijfeld. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt daarvan niets, terwijl het feit dat de invoering van het nieuwe erfrecht pas in laatste instantie is losgemaakt van de invoering van het nieuwe vermogensrecht in de richting wijst dat het handhaven van de ouderlijke boedelverdeling niet in al zijn consequenties doordacht is. Indien immers ook het nieuwe erfrecht per 1 januari 1992 zou zijn ingevoerd, zou de gehele figuur van de ouderlijke boedelverdeling uit ons recht verdwenen zijn. Dan zou het hier gesignaleerde probleem niet gespeeld hebben. Tenslotte lijkt het mij dat de ratio van de artikelen 91 en 200 van Boek 2 BW, te weten: dat de vennootschap steeds bekend dient te zijn met de houders van aandelen op naam in haar kapitaal ook na 1 januari 1992 onverkort relevant blijft bij vererving.¹¹ Het feit dat het vooralsnog handhaven

10. Naar thans wordt aangenomen is het naleven van de leveringsformaliteiten ten aanzien van aandelen op naam in een naamloze of besloten vennootschap krachtens art. 91 en 200 van Boek 2 BW ook vereist bij een zogenaamde ouderlijke boedelverdeling. Vergelijk Klaassen-Eggen-Luijten, t.a.p., blz. 320 en de aldaar vermelde auteurs. Men lette er op dat naar het zich thans laat aanzien de artt. 86 en 196 van Boek 2 BW per 1 januari 1992 niet zullen worden gewijzigd (vergelijk Stb. 1990 nr. 90).
11. Dit laatste met name gezien de blokkeringsregeling voor het geval van overdracht van aandelen. Wil men verhinderen dat na 1 januari 1992 aandelen op naam via een ouderlijke boedelverdeling terecht komen bij erfgenamen (nieuwe aandeelhouders) die niet bekend zijn bij de vennootschap dan zal een speciaal daartoe opgenomen regeling in de statuten van de vennootschap, die voorschrijft dat de toedeling van aandelen krachtens ouderlijke boedelverdeling eerst geëffectueerd wordt door naleving van de leveringsformaliteiten zoals die bij overdracht gelden, wellicht soelaas kunnen bieden. Het blijft overigens de vraag of zo een statutaire bepaling kan derogeren aan artikel 1167 lid 2 BW (nieuw) wat betreft de toedeling van aandelen op naam.

van het oude erfrecht in combinatie met het nieuwe gemeenschapsrecht van titel 7 van Boek 3 NBW nog meer merkwaardige consequenties heeft, moge ook uit het volgende blijken.

4. DE EENVOUDIGE GEMEENSCHAP BIJ CONCUBINAAT

De invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW heeft ook gevolgen voor de verdeling van een (eenvoudige) gemeenschap bij concubinaat. Indien partijen in onderling overleg de samenleving beëindigen en de gemeenschappelijke goederen willen verdelen, zal daarbij uiteraard de regeling van artikel 186 van Boek 3 NBW moeten worden nageleefd. Hetzelfde geldt indien één van de partijen komt te overlijden zonder dat een samenlevingsovereenkomst is gemaakt, maar er wél meerdere erfgenamen zijn. Maar hoe is de situatie indien één van de partijen overlijdt en er een samenlevingscontract was gemaakt, waarin een zogenaamd verblijvensbeding was opgenomen? Zo een beding houdt in dat al hetgeen van partijen gemeenschappelijk was, zal verblijven aan de langstlevende van beide partners. Dit beding houdt daarmee een scheiding en deling in onder een tijdsbepaling en een voorwaarde.¹² De tijdsbepaling is het overlijden van de desbetreffende partner; de (opschortende) voorwaarde is gelegen in het feit dat gemeld overlijden plaatsvindt vóór de dood van de andere partner. Het verblijvensbeding werkt in het huidige recht dankzij de declaratieve werking van de boedelscheiding onmiddellijk en automatisch. In het Nieuw BW verandert zulks omdat steeds nog een levering van de verschillende vermogensbestanddelen moet plaatsvinden op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.

Het bepaalde in artikel 186 van Boek 3 NBW vormt in verband met het nieuwe erfrecht geen probleem, omdat de concubinanten elkaar dan zonder moeilijkheden over en weer bij testament tot enig erfgenaam kunnen benoemen. Een verblijvensbeding is dan niet meer nodig. Zo een beding werd en wordt immers opgenomen met het oog op de rechten van legitimarissen. Maar in het nieuwe erfrecht zijn de rechten van legitimarissen sterk teruggedrongen. Zo hebben de ascendenten dan niet langer een legitieme portie,

12. J. R. H. Buining, Aard en rechtsgevolgen van het verblijvensbeding, diss. Groningen 1932, blz. 64.

terwijl de legitieme portie van de descendenten niet meer een recht op goederen van de nalatenschap behelst maar een aanspraak op waarde van het vermogen van de erflater.¹³ In het huidige erfrecht behelst de legitieme portie echter wel een recht op de goederen der nalatenschap en komt deze ook toe aan de bloedverwanten in de opgaande linie zoals de ouders van de erflater. Kortom, hier wreekt zich weer dat het oude erfrecht voorlopig gecombineerd moet worden met het nieuwe gemeenschapsrecht van titel 7 van Boek 3 NBW. Vooralsnog zal men zich moeten behelpen met samenlevingscontracten waarin een verblijvensbeding is opgenomen, aangevuld met onherroepelijke volmachten.¹⁴ Het verblijvensbeding blijft immers nodig om aan de aanspraken van legitimarissen op de goederen der nalatenschap te kunnen ontkomen. Een onherroepelijke volmacht van de partners over en weer aan elkaar om datgene wat krachtens het beding zal verblijven ook te leveren aan de langstlevende, is nodig om de gevolgen van artikel 186 van Boek 3 NBW te ondervangen.

5. DE ONTBONDEN MAAT- EN VENNOOTSCHAP

Na het vorenstaande zal de werking van de verdeling krachtens artikel 186 van Boek 3 NBW duidelijk zijn. Het zou dan ook niet nodig zijn hieraan nog verdere aandacht te besteden, ware het niet dat artikel 7.13.1.16 een speciale bepaling inhoudt inzake de werking van het verblijvensbeding in een vennootschapsovereenkomst.¹⁵ Hoewel titel 13 van Boek 7 NBW¹⁶ nog niet wordt inge-

13. Vergelijk art. 4.3.3.1 lid 1 NBW.

14. Deze behoeven niet te eindigen door het overlijden van de volmachtgever; vergelijk art. 74 lid 1 van Boek 3 NBW. Het feit dat men dan alsnog zal moeten leveren door gebruik te maken van onherroepelijke volmachten, zal met name bij de levering van onroerend goed in de praktijk nog tot andere problemen aanleiding kunnen geven; vergelijk hierna onder 5.

15. Art. 7.13.1.16 spreekt geheel in het algemeen van „het beding”. Daaronder kan blijkens het artikel ook een beding worden begrepen dat men thans als toescheidings- of overnemingsbeding zou betitelen mits aan de vereisten van art. 7.13.1.16 is voldaan. Ik spreek hier verder van verblijvensbeding en ga er in mijn hierna vermelde voorbeeld vanuit dat de erfgenaam van A reeds vennoot was.

16. Titel 13 van Boek 7 NBW geeft een nieuwe regeling van „de vennootschap”. Deze regeling maakt een onderscheid tussen de openbare vennootschap die

voerd is deze bepaling toch te belangrijk om hier niet te bespreken. Het derde lid¹⁷ van genoemd artikel luidt:

„In de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat in het geval van de dood van een der vennoten de vennootschap voortduurt met een bij de overeenkomst aangewezen erfgenaam. Tenzij deze het beding met bekwame spoed na de dood van de vennoot of eerder afwijst, gaat het aandeel van de overleden vennoot van rechtswege op hem over.”

Gesteld dat A, gehuwd en vader van vier kinderen, met X en zijn oudste zoon B een (in NBW-terminologie) vennootschap drijft en A wenst dat bij zijn overlijden de onderneming door X met zijn zoon B wordt voortgezet, dan kan bij een daartoe strekkend beding in de vennootschapsovereenkomst opnemen. Het gevolg van het beding is dat het aandeel van de overleden A in de vennootschap *van rechtswege* op zijn zoon overgaat, tenzij laatstgenoemde het beding met bekwame spoed na het overlijden van A heeft afgewezen. Hoe moet het hier bedoelde beding verstaan worden? De Toelichting-Meijers zegt daar het volgende over:¹⁸

„Voor de praktijk veel belangrijker dan de voortzetting van de vennootschap met alle erfgenamen is de voortzetting met een bepaalde erfgenaam. Juist deze voortzetting met een bepaalde erfgenaam wordt door de vennoten niet zelden gewenst; men denke bij voorbeeld aan voortzetting met de oudste zoon van de overleden vennoot. De vraag welk effect een dergelijk beding in de vennootschapsakte heeft, is in de literatuur zeer betwist.

Wil de wetgever recht doen aan de redelijke bedoeling van partijen, dan moet een voorziening worden getroffen, die ook de voortzetting met één der erfgenamen mogelijk maakt zonder dat men in erfrechtelijke complicaties vervalt. Het aandeel van de overleden vennoot zal niet in de erfboedel moeten vallen doch rechtstreeks moeten overgaan aan de aangewezen erfgenaam.

Het ontwerp kiest voor het bovenbepleite stelsel. Het bepaalt ook voor deze situatie, dat het aandeel van de overleden vennoot van rechtswege overgaat aan de

rechtspersoon is en de stille vennootschap die geen rechtspersoon is (art. 7.13.1.2). De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap zijn beiden een openbare vennootschap (artt. 7.13.2.1 en 7.13.3.1). Aangezien in het Nieuw BW geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen burgerlijk recht en handelsrecht is er geen reden meer onderscheid te maken tussen maatschap en vennootschap. De term maatschap is dan ook verdwenen (TM op ontwerp Boek 7 („Groene boeken”), blz. 1087).

17. Het tweede lid bevat een vergelijkbare bepaling ten behoeve van de gezamenlijke erfgenamen.

18. TM op ontwerp Boek 7 („Groene Boeken”), blz. 1105.

aangewezen erfgenaam, tenzij deze het beding afwijst. Dit aandeel valt derhalve, als het beding niet wordt afgewezen, niet in de boedel. De overige vennoten hebben dan met de andere erfgenamen geen rechtsband. Of en in hoeverre de bevoordeling van de aangewezen erfgenaam erfrechtelijke consequenties heeft, moet niet hier worden geregeld.”

Gelet op het bovenstaande blijft bij het in artikel 7.13.1.16 geregelde verblijfsbeding ten behoeve van een erfgenaam de oude declaratieve werking behouden. Nu het erfdeel *van rechtswege* overgaat op de desbetreffende erfgenaam zal hier geen levering nodig zijn op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven. Hier treft men mitsdien een uitzondering aan op de regel van artikel 186 van Boek 3 NBW.

Wie enigszins bekend is met de praktijk van bedrijfsopvolging binnen familieverhoudingen, weet dat in het Ontwerp-Meijers niet voor niets een bepaling zoals artikel 7.13.1.16 is opgenomen. Titel 13 van Boek 7 NBW wordt echter nog niet ingevoerd, maar het nieuwe gemeenschapsrecht wèl. Dit brengt met zich mee dat de bedrijfsopvolging binnen de huidige vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, die overigens in titel 13 van Boek 7 als zogenaamde openbare vennootschap rechtspersoon zouden worden, straks problemen zal kunnen opleveren. Hier ontstaat wederom een discrepantie tussen de oude, maar van kracht blijvende, regelingen voor de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap en het nieuwe gemeenschapsrecht van titel 7 van Boek 3 NBW. In de aanpassingswetgeving van die gedeelten van het huidige BW en het Wetboek van Koophandel die na 1 januari 1992 gelding blijven behouden aan het Nieuw BW, is in verband hiermee niets geregeld. Een en ander leidt ertoe dat na het inwerkingtreden van het Nieuw BW bij een vennootschappelijk verblijfsbeding steeds nog een levering nodig is van het aandeel in de desbetreffende goederen aan de voortzettende venno(o)t(en). Ook in deze situatie lijkt het noodzakelijk het verblijfsbeding te versterken met onherroepelijke volmachten krachtens welke de levering kan plaatsvinden van het aandeel in die gemeenschappelijke goederen. Toch past hier nog wel een kanttekening. Met name indien het verblijfsbeding betrekking heeft op registergoederen, zal geen enkele boedelnotaris gaarne medewerking verlenen aan een levering van een registergoed krachtens onherroepelijke volmachten, waarvan hij weet dat die levering tegen de zin is van de

overige erfgenamen. Er liggen in dit netelige gebied – bijvoorbeeld met een beroep op de legitieme portie zoals in het *huidige* erfrecht is geregeld¹⁹ – voldoende mogelijkheden voor (chicaneuze) erfgenamen om zo een levering te frustreren. De enige oplossing zal dan zijn om de rechter, al dan niet in kort geding, om een veroordeling tot levering te vragen.²⁰ Of de desbetreffende onderneming tegen deze (langdurige) onzekerheid (economisch) is opgewassen, is natuurlijk de vraag.

Naar mijn mening heeft de wetgever niet alle consequenties overzien van het feit dat de komende jaren een nieuw gemeenschapsrecht moet worden gecombineerd met een oud erfrecht en de oude regelingen voor de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap. Nu in de aanpassingswetgeving van het huidige BW en het Wetboek van Koophandel geen regel is opgenomen die voor het geval van een vennootschappelijk verblijfsbeding derogeert aan artikel 186 van Boek 3 NBW, kan de praktijk hier met vervelende problemen geconfronteerd worden.

6. BESLUIT

Nog één onderwerp vraagt de aandacht in verband met het verdwijnen van de declaratieve werking van de boedelscheiding, te weten: het overgangsrecht. Hierover kan ik kort zijn. Artikel 186 van Boek 3 NBW heeft onmiddellijke werking, dat wil zeggen het geldt voor alle verdelingen die na het inwerkingtreden van het Nieuw BW worden voltooid. Heeft reeds voor het in werking treden van de wet een partiële verdeling plaatsgevonden, dan is op de verdeling van het restant na 1 januari 1992 artikel 186 van Boek 3 NBW van toepassing. Wat betreft verblijfsbedingen betekent het vorenstaande dat wanneer de voorwaarde *casu quo* tijdsbepaling waarvan hun werking afhankelijk is na 1 januari 1992 plaats-

19. De legitieme portie geeft de legitimaris thans een recht op de goederen der nalatenschap; vergelijk hiervoor sub 4. Ik laat nu in het midden wanneer het beroep op de legitieme portie hout zal snijden. Er zal dan in ieder geval van een bevoordeling sprake moeten zijn.

20. Zo een veroordeling tot levering van de rechter leent zich in het nieuwe recht wèl voor reële executie, vergelijk art. 300 jo. 301 van Boek 3 NBW. In het huidige recht is door de Hoge Raad inmiddels op laatstgenoemde artikelen geanticipeerd, vergelijk HR 3 april 1987, NJ 1988, 276.

vindt, artikel 186 van Boek 3 NBW op die verblijving van toepassing is.²¹

Na het vorenstaande realiseren men zich nog dat het feit dat de declaratieve werking van de boedelscheiding wat betreft enkele vormen van verdeling onder het nieuwe recht behouden blijft, geen regel van overgangsrecht is. Die uitzonderingen vloeien voort uit het civiele recht zèlf dat bepaalt dat op de desbetreffende vorm van verdeling – namelijk de ouderlijke boedelverdeling en het vennootschappelijk verblijvensbeding zoals geregeld in titel 13 van Boek 7 – artikel 186 van Boek 3 NBW niet van toepassing is.

Na deze tour d’horizon langs enige verschillende vormen van verdeling bij diverse gemeenschappen resteren twee conclusies. In de eerste plaats heeft het feit dat de Boeken 4 en 7 (gedeeltelijk) NBW niet worden ingevoerd ertoe geleid dat de verdeling van enkele vormen van gemeenschap te lijden heeft van discrepanties tussen het nieuwe gemeenschapsrecht en het oude erfrecht respectievelijk maat- en personenvennootschapsrecht. De consequenties van de invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW lijken, gelet op de hiervoor bedoelde situatie, door de wetgever niet steeds geheel overzien. In de tweede plaats blijkt de invoering van artikel 186 van Boek 3 NBW niet een volledig afscheid van de declaratieve werking van de verdeling in te houden. Deze laatste conclusie is zowel gebaseerd op de werking zèlf van artikel 186 van Boek 3 NBW gezien het aldaar in het tweede lid van het artikel bepaalde²², als op de hiervoor beschreven uitzonderingen op het beginsel van artikel 186 van Boek 3 NBW. Zodoende blijft ook in het nieuwe recht een beetje van het „effet declaratif” van artikel 883 van de Code Civil hier en daar te herkennen.

21. MvT, TK 18998, nr. 3, blz. 53. Hetzelfde zal gelden voor een toescheidingsbeding.

22. Vergelijk hierover onder 1.

Voorrecht en bodemrecht. De voorstellen van de werkgroep-Lukács

*E. W. J. H. de Liagre Böhl**

Op 1 juni 1990 trad in werking de Wet van 30 mei 1990, Stb. 221, inzake invordering van rijksbelastingen, andere dan invoerrechten en accijnzen. Dit is de nieuwe Invorderingswet, die in de plaats is gekomen van één onzer oudste wetten, de Invorderingswet 1845. De nieuwe Invorderingswet – hierna IW 1990 – regelt een scala van onderwerpen met betrekking tot de invordering van rijksbelastingen, waaronder de rangorde van belastingvorderingen en het zogenaamde bodemrecht van de fiscus. Op 4 juli 1990 werd door de Staatssecretarissen van justitie en van financiën aan de Tweede Kamer toegezonden het rapport van de Interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht (op aanvraag verkrijgbaar bij het ministerie van justitie), hierna naar haar voorzitter te noemen het Rapport-Lukács. In dit rapport worden voorstellen gedaan tot wijziging van de IW 1990, het NBW en de Faillissementswet. In deze bijdrage wordt ingegaan op de achtergronden en worden de voorstellen aan een kritisch onderzoek onderworpen.

Het bodemrecht van de fiscus is een oud en hoogst omstreden instituut. Het stamt uit de IW 1845 en is, om redenen die hierna uitvoerig aan de orde zullen komen, in artikel 22 IW 1990 vrijwel ongewijzigd gehandhaafd. Artikel 22 lid 1 IW 1990 bepaalt, dat derden, wier eigendommen door de fiscus in beslag zijn genomen, zich ter opheffing van dit beslag met een bezwaarschrift kunnen wenden tot de directeur der rijksbelastingen. Men zou verwachten, dat deze terstond het beslag opheft, aangezien men niet goederen van de één kan uitwinnen voor vorderingen op een ander. Zo niet in het fiscale recht. Artikel 22 lid 3 IW 1990 bepaalt, dat de opheffing van het beslag zal worden geweigerd, indien het beslag

* Mr E. W. J. H. de Liagre Böhl is verbonden als advocaat aan het kantoor Nauta Dutilh te Rotterdam.

rust op (lett.): „roerende goederen tot stoffering van een huis of landgoed, of tot bebouwing of gebruik van het land, (die) zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden”. In oorsprong is het bodemrecht anti-misbruikrecht. Het diende om de belastinggaarder te beschermen tegen schijnovereenkomsten, volgens welke het landbouwgereedschap aan de buurman en de inboedel aan een vriend waren overgedragen. Al hetgeen zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en bestemd is om blijvend daarmee te worden gebruikt – aldus heeft de rechtspraak de wettekst nader gedefinieerd – dient tot zekerheid voor de nakoming van fiscale verplichtingen. Dit zijn dus de inventaris en het machinepark. Voorraden, wagenparken en dergelijke vallen er buiten. Het bodemrecht is vergelijkbaar met het zogenaamde pandbeslag van de verhuurder ex artikel 1185 2° jo. artikel 1186 BW, dat onder het NBW zal verdwijnen.

Van anti-misbruikregeling is het bodemrecht zich allengs gaan ontwikkelen tot herverdelingsmechanisme. Daarbij speelt de ontwikkeling van het fiduciair eigendomsrecht een belangrijke rol. Tot 1929 konden zekerheidsrechten op roerende zaken niet anders worden gevestigd dan door middel van verpanding, gepaard gaande met feitelijke overgave der zaak. Al hetgeen zich bij de debiteur bevond was, voor zover niet in opslag, consignatie, huur of bruikleen, per definitie zijn onbezwaarde eigendom. Op deze eigendommen kon de fiscus zijn superpreferentie doen gelden. Sedert het Brouwerij-arrest (HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616) waarbij de fiduciaire eigendomsoverdracht werd gesanctioneerd, zijn de verhaalsmogelijkheden van de fiscus sterk teruggelopen. (Bovendien was enige jaren tevoren, in 1923, het fiscale voorrecht ten achter gesteld bij hypotheek.) Sedertdien heeft de fiscus het bodemrecht gehanteerd als instrument om de oude positie zo veel mogelijk te bestendigen. Zowel de fiduciaire eigendom als vergelijkbare zekerheidsrechten, zoals huurkoop (financial lease) en eigendomsvoorbehoud, worden door de fiscus genegeerd. Slechts reële eigendomsrechten van derden worden gerespecteerd; bodemzaken in huur of in bruikleen zijn dus veilig.

Voorts ter inleiding een enkel woord over de voorrangspositie van de fiscus. Ook deze is geregeld in de IW 1990. Afdeling 3.10.1 NBW – houdende de algemene bepalingen met betrekking tot verhaalsrecht op goederen – geeft een algemene rangorde aan, met

het voorbehoud dat de wet daarop inbreuk kan maken. De twee hoofdregels luiden dat pand en hypotheek gaan boven voorrecht en dat algemene voorrechten gaan boven bijzondere. Het fiscale recht maakt op deze hoofdregel ruimschoots inbreuk. Krachtens artikel 21 IW 1990 heeft het rijk, wat de rijksbelastingen betreft, voorrang boven alle bevoorrechte schulden uit het Burgerlijk Wetboek. Het fiscale voorrecht gaat dus niet slechts boven de algemene, doch ook boven de bijzondere voorrechten. Tot aan de inwerkingtreding van het Nieuw BW prevaleert het fiscale voorrecht tevens boven pand; slechts hypotheek gaat er boven. Onder het huidige recht heeft de voorrang van de fiscus boven pand geen betekenis. Allereerst niet, omdat het pandrecht als zodanig geen praktische betekenis meer heeft; het is volledig verdrongen door de fiduciaire eigendom. Daarenboven heeft de rechtspraak de voorrangpositie van de fiscus ten opzichte van de pandhouder ontkracht. Zie voor de situatie buiten faillissement: HR 4 mei 1951 (NJ 1951, 525) alsmede HR 1 mei 1961 (NJ 1965, 339). In faillissement is het zijn hoedanigheid van separatist, die de pandhouder tegen aanspraken van crediteuren met een hogere voorrang beschermt. Dit alles wordt anders met de invoering van het NBW. Het pandrecht wordt in ere hersteld; de fiduciaire eigendom verdwijnt. Voorts bewerkstelligt het nieuwe beslag- en executierecht, dat de rechten van boven de pandhouder bevoorrechte schuldeisers zowel in als buiten faillissement zijn gewaarborgd (artikel 490b Rv-nieuw jo. artikel 57 lid 3 Fw-nieuw). Zonder aanpassingen zou de invoering van het NBW de fiscus ongekende perspectieven bieden. Niet slechts de oude bodemzaken, doch alle bezitloos verpande zaken zouden ten prooi vallen aan het fiscale privilege. Dit was echter de bedoeling niet. Wat was de bedoeling wel? Alvorens die vraag te beantwoorden het volgende.

Al geruime tijd is de voorrangpositie van de fiscus en het bodemrecht in discussie. Met name het bodemrecht roept felle reacties pro en contra op. Als kernpunten staan tegenover elkaar de belastinggarende overheid en de zekerheidvragende kredietinstellingen. De fiscus beklagt zich erover, dat de welhaast onbegrensde mogelijkheid tot bezwaring van activa zijn verhaalsmogelijkheden volledig uitholt – en dat terwijl hij niet in staat is zijn eigen debiteuren te kiezen – en de kredietinstellingen betichten de fiscus van inbreuk op eigendomsrechten van derden, op een wijze

die niet past in een moderne rechtsstaat. Ten gronde gaat het in deze – soms emotionele – discussie over de verdeling van de koek. In deze discussie mengt zich een derde partij; die der ondernemers en faillissementscuratoren. Hun belang is niet een deel van de koek, doch het voorkomen van onnodige vernietiging van ondernemingsactiviteiten. Het is dit aspect, waarop in deze bijdrage de nadruk zal liggen. De stelling luidt, dat het bodemrecht zowel in de bestaande vorm als in de in het Rapport-Lukács voorgestelde vorm een funest instituut is. Niét omdat het een bepaalde verdeling teweeg brengt tussen de belastinggarende overheid (en de uitvoeringsorganen van sociale verzekeringswetten) en kredietinstellingen. Dat is een politieke aangelegenheid, die dient te worden uitgevochten door de betrokken belangengroepen en waaraan vakjuristen geen zinnige bijdrage kunnen leveren. Wel echter, omdat het gekozen verdelingsmechanisme onnodige schadelijke neveneffecten heeft op sociaal-economisch gebied. Welke zijn die effecten?

Het bodemrecht van de fiscus staat en valt met de aanwezigheid van voor een onderneming vitale zaken op de bodem van de belastingschuldige. Onder bodem wordt verstaan de ruimte, die de belastingschuldige in eigendom heeft dan wel krachtens enigerlei titel in gebruik heeft. Om het bodemrecht te frustreren kan men twee dingen doen: de zaken verwijderen van de bodem of de bodem onder de zaken weghalen. Beide wegen worden door kredietinstellingen regelmatig gevolgd. De eerste oplossing is de meest radicale. In het zicht van een *déconfiture*, waarvan de kredietinstelling doorgaans als eerste op de hoogte is, worden met bodembeslag bedreigde inventarisgoederen en machinerieën door de fiduciaire eigenaar naar elders afgevoerd, om vervolgens te worden uitgewonnen. Het kapitaalvernietigend effect van een dergelijk ingrijpen is evident. Zonder dit ingrijpen zou de curator de bodem met toebehoren wellicht via een activa-transactie aan derden hebben kunnen overdragen, in welk geval de onderneming geheel of gedeeltelijk zou zijn voortgezet. Minder opzienbarend doch dikwijls even fataal is de omgekeerde weg; het weghalen van de bodem onder de bodemzaken. Daartoe is in het afgelopen decennium de zogenaamde verhuurconstructie ontwikkeld, die tot een reeks procedures tussen fiscus en kredietinstellingen heeft geleid, doch die – mits consequent uitgevoerd – effectief is gebleken. Het recept is eenvoudig. In het zicht van een *déconfiture* zegt

de kredietinstelling het krediet op en vordert zij haar fiduciaire eigendommen op teneinde tot uitwinning te kunnen overgaan. Om deze eigendommen in afwachting van onderhandse verkoop of veiling te kunnen opslaan, huurt de kredietinstelling van de debiteur de ruimte waarin deze zich bevinden. Een na deze verhuur gelegd bodembeslag moet naar de letter van artikel 22 IW 1990 door de directeur der rijksbelastingen worden opgeheven, omdat de beslagen zaken zich niet langer op de bodem der belastingschuldige bevinden. Pogingen van de fiscus om het bodembeslag te handhaven op grond van de stelling, dat sprake is van een schijnhandeling casu quo van medegebruik der bodem door de belastingschuldige of diens curator, werden in de rechtspraak slechts gehonoreerd in die gevallen, waarin nog enige activiteit door of ten behoeve van de belastingschuldige of de curator op de bodem werd verricht. Zijn de ondernemingsactiviteiten evenwel volledig gestaakt en is ook de administratie, waarmede de curator moet werken, geheel van de bodem verwijderd, dan staat de fiscus blijkens de jurisprudentie machteloos.¹ Het effect is in wezen hetzelfde als dat der fysieke verwijdering van de bodemzaken. De onderneming dient geheel te worden gestaakt, hetgeen impliceert dat het volledige personeelsbestand wordt ontslagen. Weliswaar blijft de fysieke band tussen bodemzaken en bodem gehandhaafd, doch voor de voortzettingmogelijkheden der onderneming is de gang van zaken nauwelijks minder fataal dan de eerdergenoemde.

De door het bodemrecht uitgelokte ontwijkingsconstructies vormen mitsdien een bedreiging voor de continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden. Dit vormt – geheel los van de verdeling die het bodemrecht teweeg brengt in de opbrengst van activa tussen overheid en kredietinstellingen – voldoende reden om tot afschaffing te besluiten. Gelijk gezegd wordt reeds jaren gediscussieerd over de toekomst van het bodemrecht. Reeds in 1974 verscheen het in opdracht van de regering uitgebrachte rapport van de Commissie Bevoorrechtiging van Vorderingen² naar haar voorzitter genoemd de Commissie-Houwing. Deze commissie adviseerde tot handhaving en aanpassing van het bodemrecht. Het bleef

1. Zie voor een rechtspraakoverzicht Van Zeben, *Faillissementswet*, Kluwer Deventer, Fiscaal commentaar, § 5.8.
2. *Uitg. SDU, 's-Gravenhage 1974.*

vervolgens stil tot de beraadslagingen omtrent een nieuwe Invoeringswet. Waar echter kort na de inwerkingtreding der IW 1990 de invoering van het NBW zich aandienende, is besloten in de IW 1990 voorshands alles bij het oude te laten, in afwachting van een herwaardering van de niet-privaatrechtelijke voorrechten in relatie tot het NBW, in het kader waarvan – aldus de MvT – een herijking van het fiscale voorrecht en het bodemrecht zou dienen plaats te vinden. Om te voorkomen dat een en ander op de lange baan zou worden geschoven, is in artikel 70 IW 1990 een zogenaamde horizonbepaling opgenomen, luidende dat het bodemrecht vervalt ter gelegenheid van de inwerkingtreding van het NBW, tenzij voordien een wetsvoorstel, houdende een definitieve regeling van het bodemrecht, zal zijn ingediend, dan wel een voorstel zal zijn ingediend om de geldigheid van het bestaande bodemrecht met niet langer dan één jaar te verlengen. In de oorspronkelijke versie was niet slechts het bodemrecht, doch ook het fiscale voorrecht aan de horizonbepaling onderworpen. Een amendement heeft het voorrecht er uitgelicht. Dit neemt niet weg, dat bodemrecht en fiscaal voorrecht onverbrekkelijk met elkaar zijn verbonden. In afwachting van deze herbezinning diende de status quo te worden gehandhaafd. Hiermede keren wij terug naar de relatie tussen de IW 1990 en het NBW. De vraag luidde: wat was de bedoeling wel? Het antwoord luidt: handhaving der status quo. Daartoe waren een aantal technische ingrepen vereist. Wij zagen reeds, dat invoering van het NBW zonder meer, er toe zou leiden dat de bezitloos pandhouder niet slechts de oude bodemzaken doch alle stoffelijke roerende zekerheden aan de fiscus zou verliezen. Om dit te voorkomen zal ter gelegenheid van de inwerkingtreding van het NBW aan artikel 21 IW 1990 worden toegevoegd, dat het fiscaal voorrecht ten achterstaat bij pand, behoudens het geval dat het pandrecht rust op bodemzaken. Aldus verandert er per saldo niets.

Al het voorgaande dient ter inleiding van een bespreking van de voorstellen van de werkgroep-Lukács, ingesteld ter voorbereiding van de uit de horizonbepaling voortvloeiende wetgevingstaak. Het rapport bevat twee hoofdonderwerpen, het stelsel der voorrechten en het bodemrecht alsmede een nevenonderwerp, de vereenvoudigde faillissementsafwikkeling ter vervanging van de zogenaamde oneigenlijke opheffing. Wat voorrechten en bodemrecht betreft, komen de voorstellen in grote lijnen overeen met die

in het rapport van de Commissie-Houwing. Een korte samenvatting:

De bevoorrechtiging van rijksbelastingen, waterschapsbelastingen, sociale verzekeringspremies en milieuheffingen blijft gehandhaafd. Alle voorrechten van publiekrechtelijke lichamen worden afgeschaft. Een nieuw voorrecht wordt toegekend aan de gemeentelijke en de provinciale belastingen met uitzondering van de zogenaamde retributies, alsmede aan vorderingen uit hoofde van de pensioen- en spaarfondsenwet. Alle voorrechten op het gehele vermogen – met uitzondering van het voorrecht ter zake van de kosten van faillissementsaanvraag – worden gelijkgeschakeld. Publiekrechtelijke voorrechten gaan dus niet langer boven privaatrechtelijke. Pand, hypotheek en bijzondere voorrechten gaan in beginsel boven algemene voorrechten.

Het fiscaal bodemrecht wordt vervangen door een bijzonder verhaalsrecht op goederen. Het verhuist van de IW 1990 naar titel 3.10 NBW. Dit bijzonder verhaalsrecht is, aldus de commissie, te beschouwen als een wettelijk zekerheidsrecht. Het geldt uitsluitend voor de zogenaamde aangiftebelastingen, waartoe het bodemrecht in de IW 1990 reeds was beperkt. Dit zijn de loonbelasting, de omzetbelasting en de bijzondere verbruikersbelasting, de dividendbelasting, de kansspelbelasting, de assurantiebelasting en de beursbelasting, waarvan de eerste twee in de praktijk de belangrijkste zijn. Het geldt voorts voor invoerrechten en accijnzen. Dit is niets nieuws. De huidige AWDA bevat reeds in artikel 156 een bodembeslagregeling, die vrijwel gelijkkluidend is aan die in de IW 1990. Het nieuwe verhaalsrecht geldt tenslotte voor gemeentelijke toeristenbelastingen en – zeer belangrijk – de door de rijksontvanger en de bedrijfsvereniging te innen sociale verzekeringspremies. Dit laatste betekent een aanzienlijke verhoging van de door het nieuwe verhaalsrecht gedekte vorderingen.

Ook het object van het nieuwe verhaalsrecht wordt gewijzigd. Het zijn niet langer de oude bodemzaken doch (lett.): „roerende zaken die niet registergoederen zijn en bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar”. Ook zich niet op de bodem bevindende permanente bedrijfsmiddelen worden dus door het nieuwe verhaalsrecht getroffen; praktisch gesproken betekent dit een uitbreiding van de oude bodemzaken met het wagenpark en de overige niet in het bedrijf

aanwezige bedrijfsmiddelen. Tegen dit nieuwe verhaalsrecht kan door een andere schuldeiser „een bedongen, overwegend tot zekerheid strekkend recht op deze zaken” niet worden tegengeworpen. Het nieuwe verhaalsrecht doorbreekt dus dezelfde rechten als het huidige bodemrecht.

Wat wij hier zien is een substantiële uitbreiding van zowel de vordering waarvóór als de zaken waaróp de fiscus, thans tezamen met de bedrijfsvereniging, het nieuwe verhaalsrecht zal kunnen uitoefenen. De positie der kredietinstelling verslechtert aanmerkelijk. Het is echter – gelijk gezegd – niet deze herverdeling der koek, die het onderwerp vormt van deze bijdrage. Waar het om gaat is de vraag, of aan het nieuwe verhaalsrecht dezelfde sociaal-economische bezwaren kleven als aan het oude bodemrecht. Het antwoord luidt zonder voorbehoud bevestigend. Weliswaar is het mechanische bodemcriterium verdwenen, doch slechts om te worden vervangen door een soortgelijk criterium, namelijk de hoedanigheid der bedreigde zaken als permanent bedrijfsmiddel. Het zal weer net zo gaan als voorheen. Om aan de schadelijke werking van het nieuwe verhaalsrecht te ontkomen, zullen pogingen worden ondernomen aan de bezitloos verpande casu quo in huurkoop of onder eigendomsvoorbehoud geleverde bedrijfsmiddelen het karakter van permanent bedrijfsmiddel te ontnemen vóórdat de fiscus kan toeslaan. In de nieuwe situatie is dit nog gemakkelijker dan voorheen. Vereist is slechts, dat de onderneming definitief wordt gestaakt, hetgeen noodzakelijkerwijs gepaard gaat met het ontslag van het volledige personeel. Naar fysieke verwijdering van bedrijfsmiddelen en/of verhuurconstructies behoeft niet eens te worden gegrepen. Zodra niet langer sprake is van de uitoefening van een beroep of bedrijf door de schuldenaar, zijn er ook geen zaken meer die bestemd zijn om blijvend daarin te worden gebruikt. En mocht de jurisprudentie oordelen dat in sommige gevallen de beëindiging slechts in schijn en/of tijdelijk heeft plaatsgevonden, kan dit er slechts toe leiden dat in het vervolg zodanige versterking wordt teweeg gebracht, dat omtrent het finale karakter der bedrijfsbeëindiging niet de minste twijfel kan bestaan. Echter, ook wanneer de zekerheidscrediteuren minder radicaal te werk zouden gaan, blijft er nog voldoende conflictstof over. Worden de voorstellen wet, dan zal een onverkwikkelijke race worden uitgelokt tussen fiscus en zekerheidscrediteur, om als eerste de zich buiten

de onderneming bevindende bedrijfsmiddelen te „pakken”. Wij denken hier met name aan gefinancierde wagenparken. Zodra deze door de financier zijn ingenomen, hebben zij het karakter van permanent bedrijfsmiddel verloren. (Overigens zal als gevolg van de voorgestelde wetgeving de „financial lease” van wagenparken en dergelijke grotendeels uitsterven en worden vervangen door „operational lease”; wetgeving, die partijen in een keurslijf dwingt is reeds dáárom te veroordelen.)

Aan de aloude, vaak onverkwikkelijke strijd tussen fiscus, kredietinstellingen en curatoren maken deze voorstellen van de werkgroep Lukács dan ook geen einde. Integendeel, nu de belangen zijn vergroot en de bedrijfsvereniging als nieuwe gegadigde aantreedt, zal de strijd met hernieuwde hevigheid gevoerd gaan worden.

Wat dan? Deze bijdrage beoogt die vraag niet te beantwoorden. Wij beperken ons tot de constatering: dit in elk geval niet. Aan de vooravond van een verdergaande Europese economische integratie ware het beter zich te spiegelen aan de situatie in de ons omringende landen. Wat daarover in het Rapport-Lukács wordt opgemerkt, is summier. Gewezen wordt op het bestaan van met het nieuwe verhaalsrecht vergelijkbare rechtsfiguren in andere landen, doch zowel wat betreft de vorderingen waarvóór als de zaken waaróp dit recht kan worden uitgeoefend, is de orde van grootte onvergelijkbaar met hetgeen voor Nederland wordt voorgesteld. Evenmin is overtuigend aangetoond, dat er geen alternatieven zouden zijn. Nederland is niet het enige land, dat het hier aan de orde zijnde conflict tussen overheid en zekerheidscrediteuren kent. Moeilijk voorstelbaar is, dat van alle denkbare oplossingen van dit conflict, de thans voorgestelde de meest optimale is. Een verdergaand rechtsvergelijkend onderzoek zou niet hebben misstaan. Bovendien wordt aan de hiervoor behandelde sociaal-economische nadelen in het geheel geen aandacht besteed. Worden de voorstellen van de commissie-Lukács wet, dan zal Nederlands uitzonderingspositie nog slechts toenemen en dat terwijl, naar de praktijk leert, het reeds thans niet gemakkelijk is buitenlandse belanghebbenden het Nederlandse bodemrecht uit te leggen, laat staan daarvoor begrip te kweken.

Thans nog een enkel woord over de voorgestelde herziening van het stelsel der voorrechten. Lof verdient het voorstel de natuurlijke

verhouding tussen algemene en bijzondere voorrechten te herstellen. Een bijzonder voorrecht wordt verschaft, omdat een speciale relatie bestaat tussen de crediteur en de zaak waarop het voorrecht rust. Het is oneigenlijk dit bijzondere voorrecht ten achter te stellen bij voorrechten op alle goederen.

Uit een oogpunt van sociale rechtvaardigheid zou dezelfde lof dienen te worden toegezwaaid aan het voorstel alle algemene voorrechten gelijk te schakelen. Waarom zouden, gelijk thans geschiedt, privaatrechtelijk geprivilegeerden moeten worden gediscrimineerd ten bate van fiscus en bedrijfsvereniging? Desondanks achten wij de gelijkenschakeling niet aanbevelenswaardig. Alvorens de bezwaren kenbaar te maken volgt een korte bespreking van het derde onderwerp van het Rapport-Lukács, de vereenvoudigde faillissementsafwikkeling. Al sinds jaar en dag worden faillissementen, waarin de beschikbare baten niet toereikend zijn om de preferente vorderingen van fiscus en bedrijfsvereniging volledig te voldoen, beëindigd door middel van zogenaamde oneigenlijke opheffing. De rechtsgeldigheid van dit instituut is omstreden. Naar de letter van de Faillissementswet dient, ook indien uitsluitend uitkeringen voor preferente crediteuren beschikbaar zijn, verificatie te volgen en een uitdelingslijst te worden opgemaakt. In de praktijk is dit een zinloze bezigheid. Bij voorbaat staat immers vast, dat slechts twee crediteuren iets zullen ontvangen. Ofschoon aan de oneigenlijke opheffing slechts voordelen en geen nadelen zijn verbonden, verdient het aanbeveling haar een wettelijke basis te verschaffen. Moeilijk is dit niet. In de Faillissementswet dient te worden geregeld, dat verificatie en uitdeling beperkt kan blijven tot die categorie schuldeisers, die batig gerangschikt zullen worden. Aldus luidt ook het voorstel van de werkgroep-Lukács. Deze voorheen tot het superpreferente duo fiscus en bedrijfsvereniging beperkte categorie, dreigt nu echter te worden uitgebreid tot alle crediteuren met een algemeen voorrecht. De in de praktijk belangrijkste nieuwe categorie zijn werknemers, wier vorderingen bevoorrecht zijn ex artikel 3:288 sub c, d en e NBW, voor zover althans deze vorderingen niet ex artikelen 61 e.v. WW worden overgenomen door de bedrijfsvereniging. In de praktijk blijven dan over verplichtingen voortvloeiend uit lopende afvloeiingsregelingen. Ofschoon sociaal gezien deze categorie alle sympathie verdient, zal de praktijk leren dat de verhouding tussen de werknemersbelangen

en die van de fiscus en bedrijfsvereniging zodanig disproportioneel is, dat het slechts om uiterst geringe uitkeringen zal blijken te gaan. Toch moet ter vaststelling van de werknemersrechten een zorgvuldige toetsing plaatsvinden van alle pretenties van fiscus en bedrijfsvereniging. Onder het huidige bestel luistert dit minder nauw. Staat eenmaal vast, dat de baten niet toereikend zijn voor de gezamenlijke vorderingen van fiscus en bedrijfsvereniging, dan kan een faillissementscurator volstaan met de overmaking van het totaalsaldo naar de rijksontvanger, die zich vervolgens belast met de verdere verdeling. De curator heeft hier geen belangenbeschermende taak. Worden de voorstellen van de werkgroep wet, dan zal in de toekomst veel werk dienen te worden verzet om relatief geringe verschuivingen te bewerkstelligen. Het oordeel over de voorgestelde gelijkenschakeling dient dan ook te luiden: sympathiek doch ondoelmatig.

Het Rapport-Lukács is, gelijk gezegd, op 4 juli 1990 door de Staatssecretarissen van Justitie en van Financiën toegezonden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergezeld van een begeleidend schrijven waarin wordt medegedeeld, dat het Kabinet instemt met de conclusies van de werkgroep. Het is thans aan de Tweede Kamer een oordeel over de voorstellen uit te spreken. Daartoe heeft de vaste Commissie voor financiën in de Staatscourant van 28 november 1990 belangstellenden uitgenodigd schriftelijk commentaar te leveren. Volgens de ten tijde van het afsluiten van het manuscript van deze bijdrage bestaande planning, zullen de vaste Commissies voor financiën en justitie medio april 1991 over het Rapport-Lukács beraadslagen. Met het oog daarop is het manuscript van deze bijdrage aan deze kamercommissies toegezonden. Ons inziens zou de desbetreffende ministers in overweging dienen te worden gegeven, de werkgroep te belasten met een nadere studie naar de situatie in de ons omringende landen. Het minste dat kan worden vastgesteld is, dat uit het Rapport-Lukács niet blijkt, dat het niet beter kan.

Het erfpachtsrecht in het Nieuw BW – wat maakt het voor verschil?

*A. J. H. Pleysier**

1. In de MvT op de Aanvulling van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (elfde gedeelte)) is van artikel tot artikel aangegeven of het NBW daar afwijkt van de regeling in het oude recht, met daarbij gevoegd het overgangsrecht. Onderaan elk artikel in de Editie-Cremers vindt men een bloemlezing uit de parlementaire geschiedenis. In het boek Nieuw Burgerlijk Wetboek, Tekst en Commentaar, onder redactie van Nieuwenhuis, Stolker en Valk, in de wandeling reeds aangeduid als „Nieuwenhuis”, is onder elk artikel onder meer het verschil tussen NBW en het huidige BW aangegeven, en wat het overgangsrecht is. Erfpacht en opstal zijn daar in handen van Stolker. Vaak is „Nieuwenhuis” uitgebreider, soms echter vindt men in Cremers iets dat in Nieuwenhuis niet staat. Neemt men beide werken tezamen dan heeft men bij elk artikel al een schat van gegevens.

Wat valt er dan nog te zeggen over het verschil tussen de regeling van het erfpachtsrecht¹ in het oude recht en naar NBW? Niettemin hoop ik dat het onderstaande, dat uitgaat van de „Allgemeine Lehre”, en minder op de afzonderlijke artikelen van de titel van erfpacht is toegesneden, een bijdrage kan leveren tot een verstaan van dit stukje nieuw recht. Ik behandel in het onderstaande alleen maar wat mij het meest frappeerde, er kan geen sprake van zijn dat ik een uitputtende opsomming geef.

2. Wanneer wij het erfpachtsrecht in het NBW vergelijken met dat

* Mr A. J. H. Pleysier is kandidaat-notaris en als wetenschappelijk hoofdmedewerker verbonden aan de vakgroep Notariële vakken van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Ik zal in het onderstaande hooguit naar het opstalrecht verwijzen als het niet analoog met het erfpachtsrecht geregeld is. Vergelijk art. 5:104 (5.8.4).

van het BW van 1838 moeten wij in de eerste plaats bedenken dat het erfpachtsrecht zoals dat geldt niet alleen gekend wordt uit de wet maar ook uit de praktijk. Het NBW daarentegen is thans alleen maar recht-op-papier.

Dat een beperkt recht op papier er anders kan uitzien dan in het „recht der werkelijkheid” kan fraai gedemonstreerd worden aan de regeling omtrent vergoeding van melioraties. Volgens artikel 762 BW krijgt de opstaller zijn melioraties dat wil zeggen de door hem aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen vergoed, de erfpachter heeft alleen maar volgens artikel 772 BW het recht het door hem aangebrachte weg te nemen. Aangezien een erfpachter meestal niet gebaat is met een hoop stenen, balken en dakpannen komt hij er aldus bekaaid af. Hoe anders is de werkelijkheid vaak! Aangezien in het huidige recht op grond van de artikelen 764 en 782 BW de bepalingen ten aanzien van erfpacht en opstal van regelend recht zijn, kan de erfpachter evenzeer een recht op vergoeding der melioraties worden toegekend, en dat gebeurt dan ook vaak.

3. Ik geef een voorbeeld van een regeling in een andere wet die onder het NBW net zo min zal werken als thans. Ik doel hier op artikel 1 van de Pachtwet. Onder d. van dat artikel wordt onder pachtovereenkomst verstaan „elke overeenkomst, in welke vorm en onder welke benaming ook aangegaan, waarbij de ene partij zich verbindt om de andere partij tegen voldoening van een tegenprestatie een hoeve of los land in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw”. De „erfpachtgunning”, het onbenoemde contract dat meestal als *causa* dient voor de vestiging van een erfpachtsrecht valt naar de letter rechtstreeks onder deze definitie. Niemand trekt zich daar iets van aan. De Pachtwet is pas van toepassing als artikel 59 van de Pachtwet in werking treedt, namelijk bij erfpachten van 25 jaar of korter. In het nieuwe recht zal dat in principe niet anders zijn, ook niet als artikel 7.5.1.1 geldend recht geworden is.

WERKINGSGBIED VAN HET ERFPACHTSRECHT

4. Wanneer wij titel 7 van boek 5 in het NBW doorlezen valt het op dat in grote lijnen het oude recht is gehandhaafd. Te verwach-

ten is dus dat de praktijk in de toekomst net zoveel gebruik van de erfpacht zal maken als thans. Toch is dat op verschillende punten de vraag. Ik wijs hier vooral op het gebruik van het erfpachtsrecht voor publiekrechtelijke doeleinden.²

Erfpacht vindt een belangrijke toepassing bij gronduitgifte door de Gemeenten waarbij deze via het burgerlijk-rechtelijke fenomeen erfpacht proberen zich sturingsbevoegdheden voor te behouden die hun via het publieke recht in hun ogen onvoldoende toekomt. Menige Gemeente kan er maar slecht aan wennen dat in een gedecentraliseerde eenheidsstaat als de onze aan die lagere corporatie alleen maar die bevoegdheden toekomen die haar van hogere hand, meestal van Rijkswegen, gegeven zijn. Dat zien we niet alleen als Gemeenten buitenlandse politiek willen bedrijven, we zien het ook, wat meer verborgen, als Gemeenten op het gebied van hinder of ruimtelijke ordening meer bevoegdheden willen hebben dan hun gegeven zijn.

De Gemeente treedt daartoe dikwijls op als erfverpachter. In principe legt voor het nieuwe recht artikel 3:14 (3.1.1.15) hier de bijl aan de wortel van de boom. Recente jurisprudentie geeft hoop dat dit artikel geen ijdele klank of valse schijn zal blijken.³

2. Zie reeds de inleidende opmerkingen van Polak in „De Overheid in het privaatrecht”, jubileumnummer WPNR 5067 (1970) p. 11-15, het artikel van Gerbrandy, De Overheid als eigenares van onroerende zaken, *ibid.* p. 17-22 en Treurniet in zijn bijdrage De Overheid en de erfpacht; *ibid.* p. 53-57. Zie voorts A. Bouwer, Enige opmerkingen over de erfpacht, WPNR 5587 (1981) p. 855-856 en Stolker, Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijke verkoopregulerende bepalingen in WPNR 5601/2 (1982) p. 181-187 en 197-201. Zie verder de noot van Kleyn onder HR 23 december 1976, NJ 1977, 409 en Kleyn, Uitgifte van bouwgrond door gemeenten, *Bouwrecht* 1974, p. 73-87 alsmede J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte, p. 38-39.
3. Vergelijk HR 26 januari 1990, RvdW 1990, 36 (Staat/Windmill). De overheid heeft niet de vrijheid het privaatrecht – meer in het bijzonder het eigendomsrecht, het overeenkomstenrecht en de onrechtmatige daad – te gebruiken ter behartiging van belangen waarvoor ook een publiekrechtelijke regeling bestaat, wanneer daardoor de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Deze beslissing is herhaald in HR 9 juli 1990, RvdW 1990, 142 (De Pina/Helmond). De gemeente Helmond had zich voor de verwijdering van woonwagens beroepen op haar eigendomsrecht. Zie voor een geval waarin een gemeente weer wel met succes via de onrechtmatige daad lozing van agressief afvalwater tegenging HR 20 april 1990, RvdW 1990, 87 (Glazen Rioolbuis).

INDELING DER AKTE

5. Over de effecten van het NBW op de inrichting van de erfpachtsakte schreef ik al in De Notarisklerk 1271 (1990) p. 119-123. Ik heb mijzelf daarmee voor het thans te bespreken onderwerp wel enig gras voor de voeten weggemaaid. In principe verwijs ik naar die vindplaats.

De titel van de vestiging van het erfpachtsrecht is meestal het in BW en NBW onbenoemde contract van „erfpachtsgunning”. Dat betekent dat de wet geen „confectieregeling” van het contract geeft, alleen het algemeen deel van het vermogensrecht en het algemeen deel van het verbintenissenrecht zijn van toepassing.^{4, 5} Onder het huidige recht is door sommigen wel betwijfeld of bij overdracht van een onroerend goed of bij vestiging van een zakelijk recht daarop in de akte de *causa* oftewel titel vermeld moet worden. Twijfel terzake had echter niet kunnen rijzen gezien de letterlijke bewoordingen van bijvoorbeeld artikel 742, 760 en 767 lid 1.⁶ In het NBW stelt artikel 3:89 lid 2 (3.4.2.4) thans buiten twijfel dat de akte van levering de titel moet bevatten, en wel nauwkeurig. Dat geldt dus ook voor het ter overschrijving aangeboden afschrift en volgens lid 2 geldt dat eveneens voor een aangeboden uittreksel.

De in dit artikel bedoelde titel moet overigens niet worden verward met de in de notariële praktijk wel zo genoemde „aankomsttitel” oftewel „oude titel”, dat is de transportakte die, als het goed is, mede houdt de rechtsgrond op grond waarvan de

4. Geval waarin een kortdurend zakelijk recht, gevestigd ter omzeiling van de bepalingen op het stuk van huur en verhuur, op grond van gebrek in de titel nietig werd verklaard. Volgens de President was een huurrecht tot stand gekomen (Rb. Arnhem (KG) 30 december 1982, KG 1983, 37).
5. Legaat is een titel in de zin van art. 3:84 (3.4.2.2). Het testament zelf kan niet in de „daartoe bestemde openbare registers” worden ingeschreven omdat lid 2 van art. 3.4.2.4 spreekt van een „titel van overdracht tussen partijen. . . opgemaakt”, zodat de erfgenamen een akte afgifte legaat waarbij zijzelf partij zijn moeten doen inschrijven. A fortiori geldt zulks voor een niet-openbaar testament, zoals een holograaf, omdat dit geen notariële akte is. Vergelijk Rb. Amsterdam 25 januari 1949, NJ 1949, 502: De legaratis moet afgifte van den eigenaar vragen, waartoe de medewerking van den erfgenaam wordt vereist.
6. Vergelijk Pleysier, Iets over het notariaat en de transportakte sinds 1 oktober 1838, in: Notariaat en 150 jaar BW, Ars Notariatus XXXVIII, Zwolle 1988, p. 89-97.

vervreemder destijds zijn recht verkreeg. De vermelding van die „aankomsttitel” is ook in het NBW niet verplicht. Terecht vermeldt het Notariaat die „oude titel” in de transportakte wel degelijk, tenzij zoals bijvoorbeeld bij Gemeentegronde de eigendom al dateert van voor de invoering der registers.

6. In de praktijk pleegt men thans inderdaad de titel oftewel *causa* van de akte houdende vestiging erfpacht te verwaarlozen, maar dat er een contract is geweest (meestal erfpachtgunning) en wat de inhoud van die overeenkomst was kan men goeddeels gemakkelijk afleiden uit de bepalingen die volgens de omschrijving in de akte van het zakelijke recht het erfpachtsrecht zullen regeren.⁷ In het nieuwe recht zal men echter in de akte reeds in de verbintenisrechtelijke sfeer man en paard moeten noemen.

Ik geef een voorbeeld:

„Comparanten zijn overeengekomen dat de comparant sub 1 gemeld op na te melden onroerend goed een recht van erfpacht ten behoeve van de comparant sub 2 gemeld zal vestigen welk recht door de comparant sub 2 zal worden aanvaard. Dit erfpachtsrecht zal worden geregeerd, behalve door de wet, door de volgende bepalingen: . . .”.

Vervolgens komen dan de „voorwaarden” zoals bijvoorbeeld te vinden in WPNR 5844 (1987), p. 536 e.v. Daarna komt wat door velen „zakelijke overeenkomst” wordt genoemd: „De comparant sub 1 gemeld verklaart derhalve te vestigen een recht van erfpacht hetwelk de comparant sub 2 verklaart derhalve te aanvaarden”. Eigenlijk ten overvloede (wij blijven leven in een causaal stelsel dus het zakelijke recht hangt met huid en haar af van het contract)⁸ kan men daaraan toevoegen „welk erfpachtsrecht geregeerd zal worden door bovengenoemde voorwaarden”.

7. Terzijde merk ik op dat men in de erfpachtgunning (of welk contract maar titel van de vestiging van het recht is) behalve de „voorwaarden” die het erfpachtsrecht zullen gaan begrenzen ook bepalingen kan opnemen die bestemd zijn alleen maar tussen de

7. Vergelijk Pleysier, Enige opmerkingen over de verhouding tussen titel en transportakte, De Notarisklerk 1222 (1986) p. 102-103.

8. Vergelijk het dus eigenlijk overbodige lid 4 van art. 3:84 (3.4.2.2).

erfverpachter en de eerste erfpachter te werken of die, sterker nog, bestemd zijn hun werking te verliezen na het passeren der akte houdende vestiging erfpacht.⁹ Zulk een bepaling valt dan mijns inziens onder de „bijkomstige bedingen” waarvan artikel 3:89 lid 2 (3.4.2.4) spreekt.

Men bedenke bij dit alles dat een contract in zoverre dat als titel dient voor een zakenrechtelijke verschuiving na het tot stand komen van die verschuiving, in casu dus na het tot stand komen van het erfpachtsrecht, is uitgewerkt.¹⁰ Wil men dat bepaalde gedeelten van dat contract ook na het passeren der akte hun werking behouden, dan zal men dat in het algemeen in de akte uitdrukkelijk moeten regelen. Bij de gemelde „voorwaarden” volgt dat echter in het algemeen wel uit de aard der materie. Giet men de verplichtingen van de erfpachter in het vat van een kettingbeding of een beding van artikel 6:252 (6.5.3.4) dan is zulks te meer evident.

8. Artikel 3:89 lid 2 (3.4.2.4) geeft als sanctie: nietigheid.¹¹ Het zal me zeer benieuwen of de rechter inderdaad de vestiging van het erfpachtsrecht voor nietig zal houden als de oude praktijk gehandhaafd wordt.¹²

BEPERKING VAN HET RECHT VAN DE ERFPACHTER

9. Verplichtingen van de erfpachter tot een dulden of nalaten die verder gaan dan reeds uit de wettelijke regeling van het erfpachtsrecht voortvloeien komt men dikwijls in akten tegen. Uiteraard kan net als in het oude recht de erfverpachter met de erfpachter in principe afspreken wat hij wil. Op grond van het arrest Blaauboer-Berlips¹³ zal een volgende erfpachter die zijn recht onder bijzonde-

9. Ik denk daarbij aan de betaling van een som ineens in plaats van het op zich nemen van een verplichting canon te betalen. Ik zou alsdan overigens eerder aan het contract van koop en verkoop denken dan aan een erfpachtsgunning.

10. Vergelijk Hof Amsterdam 27 oktober 1938, NJ 1939, 242 en reeds HR februari 1865, W 2668. In gelijke zin Meijers, Algemene Begrippen p. 270 en 290.

11. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 376.

12. Vergelijk over het „doorlopen” van de praktijk Pleysier in bovengenoemde bijdrage in *Ars Notariatus* XXXVIII.

13. HR 3 maart 1905, W 8191.

re titel aan de oude erfpachter ontleent daaraan niet gebonden zijn, vergelijk artikel 6:249 (6.5.3.2) a contrario. Men kan echter een erfpachter vaak dwingen tot een dulden van wat hij normaliter niet hoeft te dulden, of tot een nalaten van wat hij normaliter wel mag door hem bij het vestigen van het erfpachtsrecht minder bevoegdheden te geven dan een erfpachter normaliter heeft. Een „gemutileerd” recht dus.

Deze beperkingen zijn zakenrechtelijk van karakter: de erfverpachter kan ze met zijn revindicatie afdwingen.¹⁴ Men denke daarbij ook aan in de wet genoemde beperkingen van de bevoegdheid tot het genot en gebruik van de erfpachter. Te denken is aan artikel 5:89 lid 2 (5.7.1.3). Voor vervreemdingsverboden zie artikel 5:91 (5.7.1.5). Ook deze beperking is zakenrechtelijk van aard: de beschikkingsbevoegdheid van de erfpachter wordt beperkt.

Een volgend, gecompliceerd middel om de erfpachter tot een dulden of nalaten te nopen is, net als in het oude recht, het vestigen van een beperkt zakelijk recht op het erfpachtsrecht dat in de hand van de erfverpachter is. Men zou kunnen denken aan een servituut.¹⁵ Dat recht kan echter gezien het karakter van de erfdienstbaarheid niet voor alle verplichtingen tot een dulden en nalaten gebruikt worden. Ook deze beperking is uiteraard zakenrechtelijk van aard.

Verder kan men denken, en dat is nieuw, aan de kwalitatieve verbintenissen van artikel 6:252 (6.5.3.4). Hiermee kan men ten aanzien van de betrokken zaak in principe alle verplichtingen tot een dulden of nalaten scheppen. Deze verplichting is verbintenissenrechtelijk van aard.

Tenslotte zou men nog aan een kettingbeding kunnen denken. Een uit een kettingbeding voortvloeiende verplichting is niet kwalitatief: iedere volgende hand belooft zelf.

14. Sommige verplichtingen tot een dulden of nalaten zijn niet te construeren via een beperking van de bevoegdheden. Bijvoorbeeld: het verbod op zondag de in erfpacht uitgegeven akker te bewerken kan wèl zo geconstrueerd worden, het verbod op zondag in het algemeen te werken echter niet.
15. Ik ga hier nu maar voorbij aan de problemen die ontstaan door de verdeling in boek 3- en boek 5-rechten.

VERPLICHTINGEN TOT EEN DOEN

10. Het is goed dat wij ook kijken naar kwalitatieve verplichtingen tot een doen of geven die op de erfpachter moeten komen te drukken. Uiteraard kan ook hier de erfverpachter met de erfpachter afspreken wat hij wil. Op grond van het gemeld arrest Blaauboer-Berlips zal wederom een volgende erfpachter die zijn recht onder bijzondere titel van de vorige erfpachter ontleent daaraan niet gebonden zijn.

Soms kan men echter „aanhaken” aan in de wet genoemde verplichtingen tot een doen of geven die op een opvolgende erfpachter onder bijzondere titel overgaan. Te denken is aan de betaling van de canon (art. 5:85 lid 2 (5.7.1.1)) en de verplichting lasten te betalen (art. 5:96 lid 1 (5.7.1.8)) en onderhoud te plegen (art. 5:96 lid 2 (5.7.1.8)). Jurisprudentie, doctrine en parlementaire geschiedenis zijn, als bekend, nogal snel geneigd dit aanhaken toe te staan: nodig is een „zodanig verband met het zakelijk recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is”.¹⁶

Bedingen die niet aan de hierboven gestelde vereisten voldoen „maken geen deel uit van het zakelijke recht en hebben dus geen zakelijke werking”.¹⁷ Ik zou het als volgt zeggen: binden de opvolgende erfpachter onder bijzondere titel niet. Deze verplichtingen zijn verbintenisrechtelijk van aard.¹⁸

Niet bruikbaar zijn uiteraard de kettingbedingen-nieuwe stijl van artikel 6:252 (6.5.3.4). Hiermee kan men alleen maar verplichtingen tot een dulden of nalaten scheppen.

16. Vergelijk VV II Parl. Gesch. Boek 5, p. 297: „Aan de rechter is overgelaten in individuele gevallen na te gaan of aan deze maatstaf voldaan is. Met de in het voorlopig verslag aangeduide verplichtingen (het betalen van boete, het verdelen van ratten. . .) zal dit in de regel het geval zijn, eveneens met bedingen omtrent het betalen van zakelijke belastingen, bedingen omtrent de bevoegdheden tot wegneming van (verplicht aangebrachte) gebouwen, bedingen, waarin een bepaald gebruik van de grond wordt voorgeschreven e.d.” In wezen betekent dit dat geen wijziging gebracht wordt in het bestaande recht.

17. Hartkamp, Comp. NBW no. 43.

18. Cf. Parl. Gesch. Boek 5, p. 297 en 302. Ik hoop dat bizarre bepalingen, zoals in Rotterdam voorgekomen schijnen te zijn, nl. dat een erfpachter in zijn op erfpaatsgrond gevestigd bedrijf een minimum-aantal werknemers moest aanhouden, niet meer terugkomen. Vergelijk ook het onder 4 over art. 3:14 (3.1.1.15) opgemerkte.

Tenslotte kan men nog denken aan een kettingbeding-oude stijl. Waarschijnlijk zal deze figuur in het nieuwe recht weinig of niet aan praktisch belang inboeten.

REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

11. In de verhouding tussen bloot eigenaar en beperkt gerechtigde, of in de verhouding tussen zakelijk gerechtigde en stoorder speelt de redelijkheid en billijkheid naar oud BW-recht op het eerste gezicht geen rol: de enige breidel die de zakelijk gerechtigde is aangelegd is dat hij geen misbruik van recht mag maken. Ik ga daarmee uiteraard voorbij aan de klassieke beperkingen van de bevoegdheden van de eigenaar (en dus van de beperkt gerechtigde) zoals te vinden in artikel 625 en thans verwoord in artikel 5:1 lid 2 (5.1.1).

Dat in het zakenrecht de redelijkheid en billijkheid geen rol zou spelen berustte eigenlijk op gezichtsbedrog. De wetgever gaf in het zakenrecht een bepaalde regeling omdat de wetgever dacht dat, als men nu maar die regels toepaste, het resultaat redelijk en billijk zou zijn. Te vrezen is dat via het „ongeschreven recht” waarover dat artikel 5:1 lid 2 rept de redelijkheid en billijkheid onder het NBW het gebied van het zakenrecht verder zal binnenstromen op een wijze die de wetgever niet gewild kan hebben.¹⁹

In het NBW wordt de onderscheiding tussen zakenrecht te ener zijde en verbintenissenrecht (waar de „goede trouw” van oudsher de scepter zwaaide) te anderzijde verder verwaterd doordat artikel 6:248 (6.5.3.1) jo. 6:216 (6.5.1.6) met zich meebrengt dat de redelijkheid en billijkheid onder meer ook van toepassing wordt op de vestiging van beperkte rechten, en menigeen leest dat dan zo dat de verhouding tussen bloot eigenaar en beperkt gerechtigde zelf geregeerd wordt door de „goede trouw”. (Cf. Hartkamp²⁰ die zelfs bij een door verjaring ontstaan beperkt recht de redelijkheid en billijkheid toepasselijk acht.) Die onderscheiding werd toch al voortdurend aangevochten.²¹

19. Zie terzake de noot van Kleyn op Rechtbank Assen 17 juni 1986, NJ 1987, 844.

20. Comp. NBW no. 238.

21. Vergelijk HR 26 januari 1979, NJ 1979, 452, HR 19 februari 1982, NJ 1982, 571, vooral Rb. Assen 17 juni 1986, NJ 1987, 844 (m.nt. WMK), HR 4

In het nieuwe recht is een nieuwe concretisering van de redelijkheid en billijkheid in de verhouding erfpachter-erfverpachter de mogelijkheid wijziging van de erfpacht te vragen op grond van veranderde omstandigheden op de voet van artikel 5:97 (5.7.1.8a).²² Men zou voor de kwalitatieve verplichtingen tot een doen of geven die men zich bij een erfpachtsrecht soms kan voorstellen ook nog kunnen denken aan de mogelijkheid tot wijziging gegeven in artikel 6:259 (6.5.3.12).²³

Afspraken tussen erfverpachter en erfpachter (eventueel in het kader van een kettingsbeding) worden uiteraard van oudsher door de „objectieve goede trouw” geregeerd.

ALGEMENE VOORWAARDEN

12. De regeling van de van de algemene voorwaarden zal van grote invloed kunnen zijn op het erfpachtsrecht.²⁴ Zeker bij Gemeenten kan het zich gemakkelijk voordoen dat standaard-erfpachtsvoorwaarden (soms in een „verordening” neergelegd!) onder de definitie van algemene voorwaarden vallen. Weinig soelaas zal het bieden dat artikel 191 van de Overgangswet de regeling van die algemene voorwaarden pas toepasselijk verklaart na 1 januari 1993. In de eerste plaats lopen erfpachten over het algemeen zeer lange tijd, en in de tweede plaats is het te verwachten dat de rechter, bij het toetsen of een bepaalde voorwaarde redelijk en billijk is zich reeds nu mede zal laten inspireren door de zwarte en de grijze lijst.

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan artikel 6:237 sub a (6.5.2A.4): de verplichtingen van de erfverpachter jegens de erfpachter worden wezenlijk beperkt ten opzichte van wat de erfpachter zonder dat beding op grond van de wettelijke regeling mocht verwachten. Ik acht het verdedigbaar dat een erfpachtsrecht dat

²² november 1988, NJ 1989, 260 (m.nt. WMK), orthodox echter Hof 's-Gravenhage 11 december 1963, NJ 1965, 319 en Hof Arnhem 30 september 1981, NJ 1983, 52).

22. Uit de uittaling van Snijders in de Openbare Commissievergadering II put ik de hoop dat de rechter hier terughoudend zal zijn.
23. Zie daarover Valk, De rechter, het nieuw BW en voortdurende verplichtingen op registergoederen, BW-krant Jaarboek 1990, p. 121 e.v.
24. Vergelijk voor de hypotheek Berger, Iets over de Algemene Hypotheekvoorwaarden in het NBW, WPNR 599 (1990), p. 68 e.v.

slechts bepaalde bevoegdheden aan de erfpachter geeft onder dat artikel valt.

Ik denk ook aan alinea f van dat artikel waar gesproken wordt van een bevrijding van de erfverpachter van een wettelijke schadevergoedingsverplichting: te denken is dan aan het beding dat de erfpachter aan het eind van de rit geen recht heeft op vergoeding der melioraties (vergelijk artikel 5:99 (5.7.1.11)).

ERFPACHT ALS GESTAPELD RECHT

13. Het bezwaren van een erfpachtsrecht met een ander beperkt recht levert in het NBW problemen op. Onder bezwaren versta ik het afsplitsen van een beperkt(er) recht van een moederrecht.²⁵ De verdeling van de oude zakelijke rechten in boek 3-rechten en boek 5-rechten is in principe ingrijpend.²⁶

De erfpachter is volgens artikel 3:83 (3.4.2.1) jo. 3:98 (3.4.2.11) bevoegd zijn recht te bezwaren. Onder „bezwaren” valt in de eerste plaats het afsplitsen van een recht van vruchtgebruik (het recht van gebruik en bewoning daaronder begrepen vergelijk artikel 3:226 (3.8.24)) of hypotheek. Dat is uiteraard in overeenstemming met de verdeling tussen boek 3- en boek 5-rechten. Het geldt nu krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling ook voor het afsplitsen van een recht van erfpacht (art. 5:93 (5.7.1.5b)), zodat een ondererfpacht ontstaat. Is daar echter een afsplitsing van het erfpachtsrecht dan wel een belasting van de zaak zelf, dat wil zeggen een afsplitsing van de eigendom bedoeld? Het laatste is de mening van Hartkamp,²⁷ maar zou in strijd zijn met de *nemo-plus* regel. De

25. Vergelijk art. 3:8 (3.1.1.7) en reeds Meijers, *Algemene Begrippen* p. 280.

26. Anders Vranken, *Themis en het vermogensrecht Nieuw BW*, NJB 1988, p. 675 e.v.: Inhoudelijk is het zakenrecht in het NBW meer veranderd dan qua grondstructuur. Vergelijk daarentegen Pleysier, *De definitie van het opstalrecht in het NBW*, de *Notarisklerk* 1188 (1983), p. 127-129. Voor de dogmatische problemen die rijzen bij het vestigen van boek 5-rechten op boek 5-rechten zie Pleysier, *Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijke wetboek WPNR 5651* (1983) p. 297-302, cf. *WPNR 5685* (1983), p. 432, bestrijdend de leer-Beekhuis dat in principe alle boek 5-rechten op alle boek 5-rechten te vestigen zijn. Vóór die leer: Kleyn en Olthof, *Enige beschouwingen over het nieuw burgerlijk wetboek*, *WPNR 5561* (1981), p. 252 lk.

27. *Mon. Nieuw BW A-1*, blz. 31. In gelijke zin reeds *TM, Parl. Gesch. Boek 5*, p. 290.

eerste oplossing is waarschijnlijker, vergelijk het Romeinse recht D. 8.3.11 bij analogie. Zie voor een op het erfpachtsrecht gevestigd recht van servituut het artikel 5:84 (5.6.10) dat dezelfde dogmatische vraag oproept.

Wanneer men het splitsen in appartementsrechten als bezwaren ziet kan men die mogelijkheid, ondanks het feit dat het appartementsrecht in boek 5 geregeld is, uiteraard doen steunen op artikel 5:106 lid 1 (5.10.1.1). Dat artikel leert ons: „Een. . . erfpachter. . . is bevoegd zijn recht op een gebouw. . . te splitsen in appartementsrechten.” Dit artikellid derogeert aan de regel dat boek 5-rechten alleen maar van de eigendom kunnen worden afgesplitst. Vergelijk artikel 3:8 (3.1.1.7). Terecht definieert de wet in artikel 5:106 (5.10.1.1) het appartementsrecht dan ook niet als een zakelijk recht.

14. Opstalrecht op erfpacht of erfpacht op een opstalrecht is, strikt dogmatisch gesproken, niet mogelijk. Weliswaar heeft de wetgever artikel 5:93 (5.7.1.5b) bij analogie in artikel 5:104 (5.8.4) van overeenkomstige toepassing verklaard, maar dat lijkt alleen maar te slaan op onderopstal. Als de praktijk erom blijkt te vragen zou de jurisprudentie deze combinatie echter wel dienen te erkennen.²⁸ De figuur van erfpacht op een appartementsrecht levert eveneens problemen op. Het is eigenlijk niet mogelijk dat de eigenaar eerst splitst en daarna de appartementen niet overdraagt maar in erfpacht uitgeeft. Erfpacht is immers een boek 5-recht.²⁹

AFSTAND

15. Nieuw is in het NBW de regeling van de afstand. Op grond van artikel 3:98 (3.4.2.11) is eenzijdige afstand niet meer mogelijk. De erfverpachter zal dus moeten meewerken. Indien een erfpachter tegen de wil van de erfverpachter van zijn recht af wil, kan hij op grond van artikel 5:87 lid 1 (5.7.1.2a) opzeggen, maar die bevoegd-

28. Anders waarschijnlijk J. De Jong, Beantwoording rechtsvraag, AA XXXV (1986), p. 796 ev.

29. Anders Van Velten, Projectontwikkeling en bouwpraktijk p. 92 en P. B. A. Swart en P. H. M. Gerver, Het appartement van de erfpachter en de erfpacht van het appartement, WPNR 5829 (1987), p. 284 en passim.

heid zal hem in de meeste gevallen in de akte van vestiging wel ontnomen zijn. Afstand zal meestal voorkomen indien de verplichting tot het betalen van de canon overtreft het nut dat de erfpachter aan zijn recht toekent: „door zijn canon zakken”.

AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD

16. Ik eindig voor wat betreft de erfpacht met een verschil tussen de huidige en de komende regeling dat in de praktijk een enkele keer toch wel van belang kan zijn. Niet de erfpachter, maar de erfverpachter is thans aansprakelijk op grond van artikel 1405 BW.³⁰ In het nieuwe recht is de „bezitter van het erfpachtsrecht” aansprakelijk ex artikel 6:174 lid 2 (6.3.2.7).

OPSTALRECHT

17. Nog een enkel woord over het opstalrecht. Voor het opstalrecht zou een uitbreiding van het werkingsterrein te verwachten zijn. Levert iemand een machine aan een bedrijf, en vormt die machine op grond van artikel 3:4 (3.1.1.3) een bestanddeel van de grond waarop de machine geplaatst is, dan valt die machine onder het hypotheekrecht. Door de wat ruimere formulering van artikel 5:101 lid 1 (5.8.1) kan vaker dan thans die machine aan de natrekking onttrokken worden zodat een eigendomsvoorbehoud van de leverancier zinvol wordt. Vergelijk artikel 3:92 (3.4.2.5b).

30. Hof 's-Gravenhage 7 december 1983, NJ 1984, 641.

Pluraliteit van schuldeisers en een drietal (tot de nalatenschap behorende) typen bankrekening

*J. B. Vegter**

INLEIDING

In deze bijdrage zal ik ingaan op enige consequenties van de invoering in 1992 van de derde afdeling van de eerste titel van boek 6 Nieuw BW (pluraliteit van schuldeisers). Hierbij zal deze afdeling geplaatst worden in het perspectief van de ervengemeenschap. Voor een belangrijk deel worden de rechtsgevolgen van deze ervengemeenschap geregeld in de zevende titel van boek 3 Nieuw BW (gemeenschap). De aandacht zal gericht zijn op een drietal typen bankrekening die bij een nalatenschapsafwikkeling van belang kunnen zijn¹. Vervolgens zal kort de positie van de langstlevende echtgenoot in het nieuwe erfrecht met betrekking tot de bankrekeningen van de nalatenschap worden aangegeven en zal deze bijdrage worden afgesloten met enkele korte opmerkingen over het overgangsrecht.

HUIDIG RECHT EN NIEUW BW

De vordering met betrekking tot een creditsaldo in rekening-courant is een deelbare vordering in de zin van art. 1335 BW. Dit artikel bepaalt, voor zover hier van belang, dat de erfgenamen van een deelbaar vorderingsrecht „de schuld niet kunnen vorderen (...) dan alleenlijk voor het aandeel waarvan zij erfgenamen zijn.” Op grond van dit artikel is iedere erfgenaam bevoegd zijn aandeel in de deelbare vordering te innen². In de literatuur bestaat verschil van mening over het antwoord op de vraag wat de rechtsgevolgen

* Mr J. B. Vegter is als universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Ik realiseer mij dat deze opsomming niet limitatief is.

2. In deze zin met zoveel woorden HR 20 december 1946, NJ 1947, 59, (E.M.M.).

van deze inning zijn. Heersende leer is echter dat de erfgenaam de vordering voor zichzelf int en daarmee het geïnde aan de nalatenschap onttrekt³. Men neemt aan dat dit een regel is, die geldt vóór de boedelscheiding. Nadat boedelscheiding heeft plaatsgevonden is op grond van art. 1129 BW hij schuldeiser aan wie de vordering werd toebedeeld. Hetgeen reeds geïnd werd is echter in de scheiding niet begrepen. Praktisch gevolg van art. 1335 BW is dus dat een erfgenaam de bank (eventueel via een notaris) opdracht kan geven een tot de nalatenschap behorend creditsaldo aan hem voor zijn aandeel uit te keren. De bank kan dit de erfgenaam (als hij over een verklaring van erfrecht beschikt) niet weigeren.

Het Nieuw BW heeft radicaal met het delingsbeginsel van art. 1335 BW afgerekend⁴. In art. 6:15 wordt in het eerste deel van lid 1 gezegd, dat als een prestatie aan meer schuldeisers verschuldigd is, ieder der schuldeisers een vorderingsrecht voor een gelijk deel heeft. In lid 2 van art. 6:15 is echter bepaald dat als het recht in een gemeenschap valt (bijv. de ervengemeenschap) de schuldeisers gezamenlijk één vorderingsrecht hebben. Dit heeft tot gevolg dat met betrekking tot het vorderingsrecht de regels gaan gelden die in boek 3 titel 7 voor de gemeenschap zijn geschreven. Hoofddregel is nu dat de erfgenamen alleen tezamen bevoegd zijn tot het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties (art. 3:170 lid 2). Hetgeen de erfgenamen op deze wijze geïnd hebben gaat tot de nalatenschap behoren (art. 3:167). Ik ga op het Nieuw BW nader in bij de behandeling van de in de inleiding genoemde drie typen bankrekening.

De boedelrekening

Onder een boedelrekening versta ik een rekening, die nog op naam

3. In deze zin Hof 's-Hertogenbosch, 2 november 1976, NJ 1977, 344. Men zie verder: Asser-Hartkamp I, nr. 91f, Asser-Meijers-van der Ploeg, nr. 378, Klaassen-Eggens-Luyten, Erfrecht, blz. 319 en Pitlo-van der Burght, Erfrecht, blz. 382/83. Men zie over art. 1335 BW meer uitgebreid C. H. C. M. Martens, Deelbaarheid van vorderingen volgens art. 1335 in verband met boedelscheiding, preadvies Br. der Notarissen 1939; M. H. Bregstein, WPNR 3636 (1939), bespreking van genoemd preadvies; H. Drion, Art. 1335 en de boedelscheiding, WPNR 4685, 4686 (1961); W. M. Kleijn, De boedelscheiding, Arnhem 1969, blz. 227 en 277-282.
4. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 126.

van de erfflater staat of waarvan de tenaamstelling is veranderd in: boedel van (...). Volgens het huidig recht kan de erfgenaam zijn aandeel (het aandeel waarvoor hij erfgenaam is) in het creditsaldo van deze rekening opeisen. Onder het Nieuw BW is de erfgenaam niet bevoegd zelfstandig zijn aandeel in de vordering te innen (art. 3:170 lid 2). Volgens art. 3:170 lid 2 geschiedt het beheer door de erfgenamen tezamen, tenzij een regeling zoals in art. 3:168 genoemd anders bepaalt. Het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties wordt door lid 2 van art. 3:170 als beheer gekwalificeerd. Alleen handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed, en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, kunnen door ieder der deelgenoten zo nodig zelfstandig worden verricht (art. 3:170 lid 1). Voor zover de inning van een creditsaldo onder deze rubriek kan worden gebracht is iedere erfgenaam tot inning van het gehele saldo bevoegd⁵.

Als de bank op grond van art. 3:170 lid 2 aan de erfgenamen tezamen presteert, bijv. de vordering wordt overgeboekt naar een centrale boedelrekening bij een andere bank, waarvan in de toekomst alle betalingen zullen plaatsvinden, ontstaat op grond van de zaaksvervangingsregel van art. 3:167 een gebonden gemeenschap van de centrale bankrekening. De inningsbevoegdheid van de erfgenamen tezamen is in het Nieuw BW een „inningsbevoegdheid van de gemeenschap”⁶. Ook zakenrechtelijk komt de geïnde vordering aan de gezamenlijke erfgenamen toe. De enige manier waarop de erfgenamen onder het Nieuw BW aan de onverdeeldheid van het creditsaldo op een boedelrekening een einde kunnen maken is door een boedelscheiding (art. 3:182)⁷.

5. Tot beschikkingshandelingen met betrekking tot een nalatenschapsgoed zijn in beginsel slechts de erfgenamen tezamen bevoegd (art. 3:170 lid 3). Dit is onder het huidig recht niet anders (men vgl. Kleijn, o.c., blz. 103 e.v.). Beschikking door een erfgenaam over zijn aandeel in een goed van de nalatenschap wordt verboden door art. 3:190. Ook voor het huidig recht, waar het beginsel van art. 1335 BW geldt, wordt dit aangenomen (Asser-Meijers-van der Ploeg, nr. 381).
6. Omgekeerd moet onder gemeenschap in dit verband worden verstaan de gezamenlijke erfgenamen als zodanig.
7. Deze opvatting is ook voor het geldende recht door H. Drion verdedigd met als argument dat art. 1335 BW alleen zou zien op de inningsbevoegdheid en

Mede ter illustratie van dit feit maak ik nog een enkele opmerking over het recente arrest van de Hoge Raad van 9 november 1990, RvdW 1990, 198. De boedelnotaris had een aantal bankrekeningen bij de ABN samengevoegd tot een centrale boedelrekening. Door de notaris werd „bij wege van voorschot” aan een aantal erfgenamen hun aandeel in de boedelrekening uitgekeerd. Het Gerecht in Eerste aanleg op Aruba veroordeelde vervolgens deze erfgenamen om de ontvangen aandelen (of „voorschotten”) terug te storten in de boedel. Dit oordeel werd door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba bevestigd met de overweging dat de hiervoor genoemde door de notaris gepleegde samenvoeging ertoe geleid heeft dat het saldo op de boedelrekening is komen te staan en onder zijn beheer is gekomen ter effectuering van de boedelscheiding. Een beroep op art. 1335 BW gaat dan volgens het Hof niet op. Het cassatiemiddel beroept zich op art. 1335 BW. De Hoge Raad verwerpt het cassatiemiddel. De uitkeringen door de notaris van de boedelrekening kunnen volgens de Hoge Raad niet anders beschouwd worden dan als voorschotten op de toedeling bij boedelscheiden en in zoverre als een partiële scheiding en deling die niet anders kon plaatsvinden dan met toestemming van alle gerechtigden (art. 3:182). Nu deze toestemming, zo moet men welhaast uit het arrest afleiden, er niet was, was de notaris niet bevoegd de litigieuze uitkeringen te doen. De Hoge Raad stelt verder dat er „in deze” geen sprake is van het opvorderen van aandelen in een tot de nalatenschap behorende vordering. Wellicht kan men het arrest het beste zo begrijpen, dat de Hoge Raad, hoewel de regel van art. 1335 BW handhavend, in het kader van een notariële boedelafwikkeling het meest voelt voor een benadering vanuit boedelscheidingsperspectief ⁸.

— geen invloed heeft op de onverdeeldheid zelf (WPNR 4685/86). Hij is hierin door Kleijn bijgevallen, o.c., blz. 277-282. Anders echter de heersende leer.

8. Het feit dat het Hof constateerde dat de samenvoeging van verschillende rekeningen door de notaris ertoe leidde dat de saldi „op de boedelrekening kwamen te staan” en onder zijn beheer kwamen ter effectuering van de boedelscheiding heeft een beslissende rol in de procedure voor de Hoge Raad gespeeld. Als zo'n geval aan de orde is, weet de notaris nu dus wat hem te doen staat. Hij zal een opdracht tot betaling van het saldo moeten weigeren.

Ook voor het geval van een centrale boedelrekening onder beheer van (één der) erfgenamen dient echter het arrest van de Hoge Raad mijns inziens toepasselijk te zijn. Door de overboeking van de „individuele boedelrekeningen” naar de centrale boedelrekening met het oog op de boedelscheiding ging de bevoegdheid die art. 1335 bood verloren. Als we het arrest zo mogen interpreteren, en ik meen dat dit mag, dan constateren we een uitholling van het deelbaarheidsbeginsel van art. 1335 BW ten gunste van het „gemeenschapsbeginsel”, zoals dat in art. 6:15 NBW is aanvaard. Onder het Nieuw BW zou de uitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de centrale boedelrekening niet anders geluid hebben. De onverdeeldheid wordt onder het Nieuw BW zoals we reeds gezien hebben onder de deelgenoten slechts via een boedelscheiding beëindigd.

De en/of rekening

Onder een en/of rekening verstaan we, in de woorden van art. 6:16 NBW, een rekening waarbij met de schuldenaar is overeengekomen dat twee of meer personen als schuldeiser de prestatie van hem voor het geheel kunnen vorderen, des dat de voldoening aan de een hem ook jegens de anderen bevrijdt⁹. Als voorbeeld nemen we de en/of rekening die twee in algehele gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten met de bank zijn overeengekomen¹⁰. Het echtpaar heeft, zo nemen wij aan, twee meerderjarige kinderen. De man overlijdt, zijn erfgenamen zijn zijn echtgenote en twee kinderen, ieder voor 1/3 deel. Allereerst bezien wij de situatie die volgens het huidig recht bij het overlijden van de man ontstaat. Op grond van het en/of beding kan de echtgenote op eigen naam over

9. Enige literatuur over de en/of rekening: J. A. van Bronkhorst, De bankrekening, diss. Leiden 1987, blz. 46/47; A. M. J. van Buchem-Spangens, Enkele aspecten van de gemeenschappelijke bankrekening, WPNR 5618 en 5619 (1982); F. H. J. Mijnsen, De rekening-courantverhouding, Zwolle 1988, blz. 100 e.v.; P. W. van der Ploeg, WPNR 5967-5969 (1990); Contractenrecht VI (Rank), nrs. 2613 e.v.
10. In het arrest van de Hoge Raad van 9 november 1990, RvdW, 197 ging het om een en/of rekening met een wederkerig verblijvensbeding gemaakt door twee buiten iedere gemeenschap gehuwde echtgenoten. De vraag was hier of door de en/of rekening in deze vorm voldaan was aan een natuurlijke verbintenis tot verzorging.

de rekening beschikken¹¹. Erfrechtelijk gezien zijn de erfgenamen en de echtgenote de erflater onder algemene titel opgevolgd. Zij nemen zijn rechtspositie in de en/of rekening in. De erflater was tijdens zijn leven bevoegd over de rekening te beschikken. Deze bevoegdheid is op de erfgenamen overgegaan. Volgens art. 1335 BW zal iedere erfgenaam zijn aandeel (1/3 deel) in het creditsaldo mogen opeisen. Het geïnde gaat dan over in het eigen vermogen van de erfgenaam¹². Van de juridische afdeling van de AMRO-bank vernam ik, desgevraagd, dat de bank in de praktijk deze consequentie van art. 1335 BW niet aanvaardt. De bank eist van de erfgenamen gezamenlijk optreden.

Wat zijn de rechtsgevolgen van de en/of rekening volgens het Nieuw BW? De en/of rekening behoort na het overlijden tot de ontbonden huwelijksgemeenschap waarvan de nalatenschap deel uitmaakt. De en/of rekening valt in een gemeenschap en dus hebben de schuldeisers volgens art. 6:15 lid 2 gezamenlijk één vorderingsrecht. De erfgenamen kunnen in beginsel op grond van art. 3:170 lid 2 het vorderingsrecht op de bank slechts gezamenlijk innen. Het geïnde gaat dan tot de nalatenschap behoren, die weer een onderdeel van de ontbonden huwelijksgemeenschap is (art. 3:167).

In de praktijk komt de en/of rekening veel voor, omdat zij de langstlevende echtgenoot in staat stelt over de bankrekening ook na het overlijden van de eerststervende te beschikken. Onder het Nieuw BW zal het rechtsgevolg van de en/of rekening niet anders zijn. In de parlementaire geschiedenis op art. 6:16 lezen wij dat art. 170 lid 2 bij een en/of rekening geen toepassing vindt¹³. De langst-

11. De opvatting van Mijnsen (o.c., blz. 107) dat de bank er goed aan doet bij de erfgenamen te informeren of zij met een beschikking akkoord gaan is in strijd met datgene wat door hem op blz. 103 wordt opgemerkt. Vgl. ook Van Buchem-Spapens, o.c. WPNR 5619. Informatie bij de juridische afdeling van AMRO-bank leerde mij dat alleen in uitzonderlijke gevallen (sterk vermoeden van benadeling) de toestemming van de erfgenamen voor een beschikking wordt gevraagd.
12. In deze zin Van der Ploeg, WPNR 5968 (1990) nr. 16. Van der Ploeg gaat zelfs zover dat hij de erfgenaam bevoegd verklaart, na de inning van zijn aandeel in het totale saldo, opnieuw tot inning van zijn aandeel in het nog resterende saldo over te gaan. De erfgenaam zou zo in staat zijn de gehele en/of rekening leeg te halen.
13. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 133.

levende echtgenoot kan dus ook onder het Nieuw BW op grond van haar eigen contractuele positie met de bank over de en/of rekening zelfstandig beschikken. De bank kan zich houden aan het contract en is niet verplicht zich in de interne gerechtigdheid te verdiepen¹⁴. Intern namelijk hebben de twee andere erfgenamen ieder recht op 1/6 deel van het credit saldo van de en/of rekening¹⁵. We zagen reeds dat banken in de praktijk, als er een sterk vermoeden van benadeling aanwezig is, de medewerking van de erfgenamen voor beschikking over de rekening eisen.

*De kwaliteitsrekening*¹⁶

In zijn arrest van 3 februari 1984, NJ 1984, 752 heeft de Hoge Raad de kwaliteitsrekening in ons recht geïntroduceerd. De Hoge Raad overwoog onder meer, dat buiten het faillissement van een notaris gebleven zou zijn een „storting van een bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper. . .” Gevolg van een kwaliteitsrekening is onder meer, dat hij op wiens naam de rekening staat, bevoegd is op eigen naam over de rekening te beschikken¹⁷. In geval van een boedelrekening is er in het systeem van ons erfrecht geen behoefte aan de kwaliteitsrekening. De omzetting van een boedelrekening in een kwaliteitsrekening zal daarom vrijwel nooit voorkomen, en is ook niet aanbevelenswaardig. Dit om de volgende redenen. In bijna alle

14. Vgl. Van der Ploeg, WPNR 5968 (1990) nrs. 9 e.v.

15. Vgl. Hof 's-Gravenhage, 14 februari 1986, NJ 1988, 360 en Hof 's-Gravenhage, 19 december 1986, NJ 1988, 289 (schenking geëffectueerd met sluiten van een en/of rekening).

16. Over de kwaliteitsrekening zie men vrij uitgebreid C. Ae. Uniken Venema en S. E. Eisma, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, Preadvies van de vereniging van Handelsrecht, Zwolle 1990, Hoofdstuk 9.3.1 e.v. Vergelijk ook J. A. van Bronkhorst, o.c., blz. 48-51 en Contractenrecht VI (Rank), nrs. 2616 e.v.

17. Verschil van inzicht bestaat in de literatuur over het juridische karakter van de kwaliteitsrekening. Lastgeving (Asser-Beekhuis I, nr. 638) of „eigendom ten titel van beheer” (Uniken Venema in het in de vorige noot genoemde preadvies). De wetgever gaat op het juridische karakter niet nader in (men zie Memorie van Antwoord, 17.496 nr. 10, blz. 37 en 38). Wel wordt opgemerkt dat de kwaliteitsrekening onder het Nieuw BW mogelijk blijft. Het voert te ver in het kader van deze bijdrage nader op dit theoretisch interessant gegeven in te gaan.

nalatenschappen waarin geen executeur-testamentair optreedt, zal één van de erfgenamen (of een notaris in opdracht van de gezamenlijke erfgenamen) met het beheer zijn belast. Gezien het karakter van de ervengemeenschap is vaak een volmacht hiertoe voldoende. Als de erfgenamen het beheer aan één van de anderen willen opdragen, anders dan bij volmacht, kan onder het Nieuw BW op de voet van art. 3:168 een beheersregeling worden overeengekomen. Deze beheersovereenkomst maakt hen die in de overeenkomst niet met het beheer worden belast onbevoegd¹⁸. Als de erfgenamen niet in staat of bereid zijn een onderlinge regeling te treffen, dan kan ook volgens art. 3:168 lid 2 de kantonrechter in een beheersregeling voorzien, zonodig met onderbewindstelling van de goederen. Behoefte aan de kwaliteitsrekening zou er nog kunnen zijn als de deelgenoten niet alleen het beheer maar ook de beschikking over een rekening aan één van hen willen opdragen. Dit is echter een handeling, die in strijd is met de aard van de ervengemeenschap die nu juist op gezamenlijke beschikkingsmacht is gebaseerd (art. 3:190). Het omzetten door de erfgenamen van een boedelrekening in een kwaliteitsrekening moet dan ook als een boedelscheiding (art. 3:182) worden gekwalificeerd. Met de scheiding is dan een beheersovereenkomst verbonden. Op grond van het genoemde arrest van de Hoge Raad zal het creditsaldo van de rekening buiten het faillissement van de rechthebbende op het saldo blijven. Dat de omzetting van een boedelrekening in een kwaliteitsrekening een boedelscheiding oplevert, heeft tot gevolg, dat de schuldeisers zich tegen een zodanige omzetting op de voet van art. 3:193 kunnen verzetten¹⁹. Als het nieuwe erfrecht zal zijn ingevoerd, zal een omzetting als hier bedoeld kunnen leiden tot benoeming van een vereffenaar op de voet van art. 4.5.3.4 sub b. Het voorgaande illustreert mijns inziens voldoende dat een omzet-

18. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 585 waar ook opmerkingen worden gemaakt over derdenbescherming ingeval van onbevoegd (beheers)handelen. Als in de toekomst de bewindstitel (3.6) in gewijzigde vorm zal worden ingevoerd zal ook een beheersbewind (art. 3.6.2.1 sub a) mogelijk zijn.

19. Ook als men aanneemt dat het saldo van de kwaliteitsrekening ondanks de exclusieve beschikkingsmacht van de rekeninghouder nog tot de nalatenschap behoort, is het in de tekst gestelde verdedigbaar. Doordat ten aanzien van de rekening het gebonden karakter van art. 3:190 niet meer bestaat, lopen de schuldeisers een risico dat de rekeninghouder het saldo niet in hun belang aanwendt.

ting van een boedelrekening in een kwaliteitsrekening met het systeem van ons recht moeilijk verenigbaar is.

Hoe liggen de zaken met het oog op de en/of rekening? Anders dan bij de boedelrekening is de echtgenote hier bevoegd op grond van het en/of beding het gehele saldo van de rekening op te nemen. Zij zal meestal in de verhouding tot de erfgenamen niet volledig tot dit saldo zijn gerechtigd. Als zij in gemeenschap van goederen was gehuwd en er twee erfgenamen zijn, is zij voor 4/6 tot het saldo gerechtigd, de beide erfgenamen voor 1/6. Na opname van het saldo zal zij dit saldo op een nieuw te openen bankrekening kunnen storten. Het maakt voor haar bevoegdheid om over deze nieuwe rekening te beschikken niet uit of dit een gewone rekening is op haar naam of een kwaliteitsrekening. Voor het geval dat zij in staat van faillissement zou raken, moet echter worden aangenomen, dat het saldo van de kwaliteitsrekening, voor zover dit aan de erfgenamen „toekomt”, buiten het faillissement blijft. Het verdient daarom aanbeveling als een en/of rekening na overlijden op bovengenoemde wijze wordt omgezet in een andere rekening, voor deze andere rekening de vorm van de kwaliteitsrekening te kiezen²⁰. Het zou als een en/of rekening wordt opgeheven door de langstlevende echtgenoot op grond van het en/of beding na overlijden, mijns inziens een logische eis van de bank zijn, dat dan de rekening waarop het vrijkomende saldo wordt gestort een kwaliteitsrekening moet zijn²¹. Op grond van het voorbehoud dat banken in de voorwaarden die de en/of rekening beheersen dikwijls opnemen is de bank hiertoe ook bevoegd. Men kan dit dan beschouwen als service ten opzichte van de erfgenamen die immers ook rekeninghouder werden door het overlijden. Voor de echtgenote heeft deze eis geen enkel bezwaar, omdat zij volledig over de kwaliteitsrekening kan beschikken.

20. In deze zin ook Van der Ploeg, o.c., WPNR 5968 (1990) nr. 15, waar hij als tenaamstelling voorstelt: „als trustee voor de erfgenamen”.

21. De bank is tot het stellen van deze eis niet verplicht. Op grond van het en/of beding kan zij zonder meer het saldo aan de echtgenote uitkeren. Banken zullen waarschijnlijk nogal huiverig staan tegenover de suggestie te eisen dat het geld op een kwaliteitsrekening moet worden gestort. De bank verdiept zich dan immers in de interne verhouding der deelgenoten, waartoe de bank niet verplicht is.

POSITIE ECHTGENOTE IN NIEUWE ERFRECHT

Voor de volledigheid ga ik nog kort in op de positie van de echtgenoot ten opzichte van bankrekeningen in het nieuwe erfrecht. Op 28 december 1990 is aan de Tweede Kamer een nota van wijziging met gewijzigd wetsvoorstel toegezonden²². In art. 4.2A.1.3 van dit wetsvoorstel wordt bepaald dat de echtgenoot zich kan toeëigenen vorderingen uit rekeningen bij een krediet-, giro- of beleggingsinstelling. Gevolg van deze toeëigening is, dat de echtgenoot de erfgenamen hun aandeel schuldig wordt, maar dat deze schuld in beginsel pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot (art. 4.2A.1.12). Volgens lid 2 van art. 4.2A.1.3 wordt hij geacht zich deze goederen voor zover aanwezig bij het openvallen van de nalatenschap, onmiddellijk nadien te hebben toegeëigend, indien hij niet binnen zes maanden daarna die goederen op een te zijnen name staande rekening bij een krediet-, giro- of beleggingsinstelling heeft laten registreren met de vermelding, dat hij vruchtgebruiker krachtens art. 4.2A.1.1 is. Uit de regeling van het nieuwe erfrecht blijkt het volgende. Zowel de boedelrekening als de en/of rekening eigent de echtgenoot zich in beginsel toe. Voor een kwaliteitsrekening is in het systeem van titel 2A zelf eigenlijk geen plaats. Verder kan hier op deze regeling van het Nieuw BW niet worden ingegaan.

OVERGANGSRECHT

Volgens art. 176 van de Overgangswet geldt de regel dat als een prestatie die aan twee of meer schuldeisers is verschuldigd, voor het tijdstip van het in werking treden van de wet nog niet geheel of ten dele is betaald, afdeling 6.1.3 van boek 6 daarop van toepassing is. Dit is alleen anders (het oude recht blijft alsdan van toepassing) als voor genoemd tijdstip betaling is gevorderd. Volgens de Memorie van Toelichting²³ heeft art. 6:16 onmiddellijke werking. Dit volgt uit art. 70 Overgangswet.

22. Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het Nieuw BW, 17.141 nrs. 6 en 7.

23. Tweede Kamer, 18998, nrs. 1-3, blz. 82.

Alternatieve veroorzaking

*R. J. B. Boonekamp**

INLEIDING

In boek 6 van het nieuwe BW komen nogal wat bepalingen voor die in het oude BW ontbraken. Zo bijvoorbeeld op het gebied van aansprakelijkheid en schadevergoeding in gevallen van toebrenging van schade waarbij meer personen betrokken zijn. Te wijzen valt op de artt. 99 (alternatieve veroorzaking), 101 (eigen schuld), 102 (mededaderschap) en 166 (handelen in groepsverband). Deze bepalingen zijn in meerdere of mindere mate te beschouwen als codificatie van jurisprudentierecht. Eigen schuld en mededaderschap zijn leerstukken die in de jurisprudentie en literatuur al betrekkelijk gedetailleerd gestalte hebben gekregen, zodat van de corresponderende bepalingen in het nieuwe BW niet aanstonds verrassende mogelijkheden zijn te verwachten.

Meer onzekerheid bieden de artt. 99 en 166 in dit opzicht. Met de onderwerpen waarop die bepalingen zien is onder vigeur van het huidige BW nog maar heel weinig ervaring opgedaan. In de loop van deze eeuw is het tot enkele incidentele beslissingen gekomen, vrijwel uitsluitend in de lagere jurisprudentie. Sinds kort wordt ook in de literatuur enige aandacht aan deze onderwerpen besteed. Van uitgewerkte leerstukken kan (nog) niet worden gesproken. Verwacht mag echter worden dat de toepasselijkheid van deze bepalingen de komende tijd meer beproefd zal gaan worden. Niet alleen omdat zij thans als algemeen geformuleerde bepalingen in het NBW zijn opgenomen. Maar ook omdat zich in deze tijd van collectiviteit en massaliteit steeds meer situaties voordoen waarin bij toebrenging van schade meer of zelfs vele personen betrokken zijn, met onzekerheid over de vraag wie nu

* Mr R. J. B. Boonekamp is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

precies voor een bepaalde schade of een deel daarvan verantwoordelijk zijn. Daarbij is te denken aan milieuvervuiling, produktenaansprakelijkheid, letselschade door ongezonde arbeidsomstandigheden, verkeersongevallen en massale geweldpleging in groepsverband. Zo biedt op het terrein van de produktenaansprakelijkheid de Des zaak – inmiddels aanhangig voor de Hoge Raad – een goed voorbeeld van een poging art. 99 tot toepassing te laten komen.

De gehele problematiek is te veelomvattend om daar in een paar bladzijden veel zinnigs over te zeggen. Ik zal mij hier beperken tot een meer algemeen onderzoek naar de bepaling van art. 99, waarbij vooral het Duitse recht tot voorbeeld kan strekken in verband met de ruime ervaring die men in Duitsland met de alternatieve veroorzaking (§ 830 I 2 BGB) heeft. Op art. 166 ben ik elders reeds uitvoering ingegaan.¹

ALTERNATIEVE VEROOZAKING - ALGEMEEN

De regel van art. 99 wordt doorgaans kortweg aangeduid met alternatieve veroorzaking of causaliteit. Geheel zuiver is dit niet omdat onder de bepaling ook enigszins andere gevallen van dubbele veroorzaking te brengen zijn dan de alternatieve veroorzaking in strikte zin. Ik kom daarop hieronder nog terug. Als korte aanduiding is alternatieve veroorzaking voldoende ingeburgerd om verder gebruikt te blijven worden. In de zuiverste vorm doet de alternatieve veroorzaking zich voor indien twee of meer personen (onafhankelijk van elkaar) toerekenbaar onrechtmatig handelen jegens een derde, die schade lijdt als gevolg van één van die handelingen, hetzij die van de één, hetzij die van de ander, waarbij de verschillende mogelijkheden elkaar uitsluiten (alternatief dus). In dit verband valt niet te ontkomen aan het cliché voorbeeld van de twee jagers die onvoorzichtig in de richting van een derde schieten, waarbij de derde door één kogel getroffen wordt, hetzij uit het geweer van de één, hetzij uit dat van de ander.² In beginsel moet het slachtoffer bewijzen wie van de verschillende *mogelijke* veroorzakers zijn schade *werkelijk* heeft veroorzaakt. Kan hij dat niet dan

1. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW, diss. Leiden 1990.
2. Cliché of niet, maar dit is wel de oer casus in de jurisprudentie van verschillende landen; zie de jurisprudentie in de voetnoten 3 en 4.

zou de vordering moeten worden afgewezen. In zo'n geval voelt men wel voor een omkering van de bewijslast, in die zin dat ieder van de mogelijke veroorzakers aansprakelijk is, tenzij hij bewijst dat hij de schade niet veroorzaakt heeft. Zo heeft het Duitse BGB van meet af aan in § 830 I 2 een uitdrukkelijke bepaling bevat op basis waarvan onder de benaming „Beteiligtenhaftung” of „alternative Verursachung” in de loop van deze eeuw een omvangrijke literatuur en jurisprudentie is ontstaan. In de Verenigde Staten³ en in Canada⁴ is alternative liability in de jurisprudentie aangenomen en ook de Franse Cour de Cassation heeft een aansprakelijkheid van alle mogelijke veroorzakers met omkering van de bewijslast herhaaldelijk aanvaard.⁵ Ook art. 6:99 NBW behelst een omkering van de bewijslast, althans formeel want het is de vraag of er au fond niet meer aan de hand is dan alleen een bewijslastverschuiving, waarover hieronder meer.

RECHTVAARDIGING

Vooreerst rijst de vraag wat de rechtvaardiging is van een omkering van de bewijslast in gevallen als hier bedoeld. Zowel in binnen- als buitenland wordt daarvoor doorgaans een tweeledig argument aangevoerd dat ongeveer hierop neerkomt. Het is billijker – zo zegt men – het bewijsrisico bij de mogelijke veroorzakers te leggen dan bij de gelaedeerde en wel omdat zij door hun toerekenbaar onrechtmatig handelen de bewijsnood hebben geschapen en het bewijsrisico daarom meer in hun sfeer thuis hoort dan in die van het onschuldige slachtoffer. Bovendien – tweede deel van het argument – zullen in het algemeen de bewijsproblemen voor het slachtoffer moeilijker zijn dan voor de mogelijke veroorzakers.⁶ De nadruk ligt soms meer op het ene deel soms meer op het

3. Zie bijv. de bekende uitspraak van het Californisch Hooggerichtshof Summers v. Tice 1948 5 ALR 2d 91, waaraan dikwijls als de Summers-rule gerefereerd wordt.
4. Canadian Supreme Court, Cook v. Lewis 1951 SCR 830, waarover Hogan, Cook v. Lewis reexamined, 24 MLR 331. Meer in het algemeen over de kwestie in Commonwealth landen: Weinrib, A step forward in factual causation, 38 MLR 518.
5. Zie hierover: Boonekamp, diss. blz. 35 e.v.
6. Duitsland: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar 1989 § 830 Rz 14 (Steffen) met verwijzing naar jurisprudentie van het BGH; Verenigde Staten:

andere deel van het argument. In de Toelichting Meijers op het oorspronkelijk ontwerp art. 6.3.3 (later 6.1.9.4a thans art. 99) vindt men het argument ook:

„De rechtsgrond van deze aansprakelijkheid is dat zowel A als B onrechtmatig jegens de benadeelde heeft gehandeld en dat zeker is dat óf A óf B schadevergoedingsplichtig is, terwijl in het algemeen de bewijsmoeilijkheden t.a.v. de vraag wiens daad causaal was voor de geleden schade groter zouden zijn voor de benadeelde dan ze zijn voor elk van de daders.”⁷

Met het tweede deel van het argument is het oppassen. Men mag daar niet uit afleiden dat in het concrete geval voor een omkering van de bewijslast slechts plaats is indien de bewijsmoeilijkheden voor de gelaedeerde groter zijn dan voor de mogelijke veroorzakers.⁸ Een dergelijke afweging hoeft in het concrete geval niet gemaakt te worden. Ook als de bewijsproblemen voor de mogelijke veroorzakers in concreto even groot zijn als, of groter zijn dan voor het slachtoffer volgt een omkering van de bewijslast zonder meer uit art. 99.⁹ Zelfs indien duidelijk is dat het bewijs door geen van beide partijen te leveren is. Het tweede deel van het argument heeft geen verdergaande betekenis dan dat van algemeen argument ter rechtvaardiging van de *regel* van art. 99. Maar ook in dat opzicht is de waarde maar betrekkelijk, want kenmerkend voor de gevallen van – kort gezegd – alternatieve veroorzaking is dat waarschijnlijk doorgaans juist door geen van beide partijen bewijs geleverd kan worden en in het geheel niet vastgesteld kan worden wie de schade werkelijk heeft veroorzaakt. Toch is het dan billijker de mogelijke veroorzakers binnen zekere nader te bepalen grenzen aansprakelijk te houden dan de gelaedeerde zonder schadevergoeding te laten en wel op grond van het eerste deel van het hiervoor beschreven argument. Uiteindelijk is dat deel dus eigenlijk het

⁷ bijv. Californisch Hooggerechtshof *Sindell v. Abbott* 2 ALR 4th 1061, m.b.t. de Summers-rule; verder: Weinrib, a.w. blz. 524 en 525.

7. Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 346-347.

8. Aldus uitdrukkelijk bijv. ook het Californisch Hooggerechtshof in *Sindell v. Abbott*, blz. 1070-1072 m.b.t. de Summers-rule.

9. Anders Hartkamp, die op de vergadering van de Vereniging voor Burgerlijk recht 1988 suggereerde dat art. 99 niet van toepassing is als in het concrete geval de bewijsproblemen voor de aansprakelijk gestelden even groot zijn, welke suggestie geen navolging verdient. Vergelijk ook: Rb Amsterdam 25 mei 1988, TvC 1988, blz. 274.

enige argument. Hieruit volgt ook dat art. 99 dus goed beschouwd meer is dan een regel van bewijslastverdeling. De bepaling gaat in de richting van een materieelrechtelijke regel van aansprakelijkheid in die zin dat de mogelijke veroorzakers ook toegerekend wordt de bewijsnood die zij door hun verschillende onrechtmatige handelingen hebben doen ontstaan.¹⁰ De plaatsing van de bepaling direct na art. 98 is ook in dat opzicht zo gek nog niet. Voor de gedachte dat de regel van art. 99 ook materieelrechtelijke betekenis heeft, is ook in de Toelichting Meijers wel enige steun te vinden:

„De omkering van de bewijslast impliceert toch in dit geval, dat indien A en B in dezelfde bewijsnood verkeren als de benadeelde, zij allebei (hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor een schade, die stellig niet door de daad van ieder hunner veroorzaakt is”.¹¹

Dit wat betreft de achtergrond van art. 99. Thans de technische uitwerking.

WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD

Om te beginnen verdient opmerking dat de toepasselijkheid van art. 99 niet beperkt is tot het terrein van de onrechtmatige daad. In de oorspronkelijke opzet stond de voorloper van art. 99 – art. 6.3.3 OM – in titel 3 van boek 6 (Onrechtmatige daad). Het huidige artikel 99 staat echter in afdeling 10 van titel 1 (Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding) en is daarmee van toepassing op alle verplichtingen tot schadevergoeding, zowel uit contract als uit onrechtmatige daad.

Op het gebied van het contractenrecht kan men aan het volgende geval denken. Een veehouder koopt bij twee verschillende veehandelaren koeien. Beide handelaren leveren dieren waaronder zich dragers van een besmettelijke ziekte bevinden. Vervolgens worden de eigen koeien van de veehouder ziek. Als niet uitgemaakt kan worden of de veestapel door koeien van de ene of van de andere leverancier aangestoken is, dan zijn beide leveranciers voor de gehele schade aansprakelijk op grond van art. 99 (indien aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit contract is voldaan).¹²

10. Aldus voor het Duitse recht: BGB Kommentar (Steffen) Rz 14.

11. Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 346.

12. Voor een dergelijk geval: BGH JZ 1966, 29 alwaar nadere bijzonderheden.

Mogelijk is toepassing van art. 99 ook indien één mogelijke veroorzaker uit contract en een andere uit onrechtmatige daad aansprakelijk is. Bijvoorbeeld: een huis in aanbouw stort in doordat enkele balken het begeven. De instorting kan een gevolg zijn van een fabricagefout van de fabrikant of van onoordeelkundige inbouw van de balken door de aannemer. Beiden kunnen dan hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade, de fabrikant uit onrechtmatige daad, de aannemer uit wanprestatie.¹³

Op het terrein van de onrechtmatige daad is de toepasselijkheid van art. 99 overigens niet beperkt tot het geval van aansprakelijkheid voor eigen toerekenbaar onrechtmatig handelen op grond van art. 162. Het artikel is ook van toepassing wanneer de aansprakelijkheid van de mogelijke veroorzakers (of een van hen) berust op één van de risico-aansprakelijkheden in afdeling 2 en 3 van titel 3 van boek 6 of op een (risico-) aansprakelijkheid voortvloeiend uit bijzondere wettelijke bepaling buiten het BW (bijvoorbeeld art. 31 WvW).¹⁴ De tekst van art. 99 bevat in dit opzicht geen enkele beperking, is integendeel juist zo geformuleerd dat het artikel ook in die gevallen van toepassing is („kan de schade een gevolg zijn van twee of meer *gebeurtenissen* voor elk waarvan een andere persoon *aansprakelijk* is.”; curs. RJB).

ALLEEN UITZONDERING OP CAUSALITEITSVEREISTE

Volgens de Toelichting Meijers is voor omkering van de bewijslast nodig dat ten aanzien van ieder van de mogelijke veroorzakers aan alle vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, behalve aan het vereiste van causaal verband tussen de gebeurtenis waarvoor juist hij aansprakelijk is en de schade. In geval van aansprakelijkheid op grond van art. 162 zou dit dus betekenen dat ieder van de mogelijke veroorzakers onrechtmatig gehandeld moet hebben en hem de

13. Voor een dergelijk geval: BGH Vers R 1957, 304. Om een combinatie van wanprestatie en onrechtmatige daad ging het ook in HR 4 maart 1966, NJ 1966, 268 m.o. GJS.

14. Betoogd is wel dat toepassing van art. 99 in strijd zou zijn met de Produktaansprakelijkheid o.g.v. art. 185 e.v. van boek 6. Dat is door het Amsterdamse Hof in de Des zaak terecht verworpen (arrest 22 november 1990; gepubliceerd in TMA 1991-2, blz. 36 met belangwekkende noot Spier, die eerst kort voor het ter perse gaan van dit boek verscheen en waarop ik inhoudelijk helaas niet meer in heb kunnen gaan).

handeling toegerekend kan worden.¹⁵ Wanneer er dus bijvoorbeeld drie mogelijke veroorzakers zijn, maar de gedraging van één niet onrechtmatig is of hem niet toegerekend kan worden (rechtvaardigingsgrond, geen schuld of anderszins niet onrechtmatig) gaan ook de beide anderen die wél toerekenbaar onrechtmatig gehandeld hebben vrijuit. Over de vraag of dit steeds terecht is kan men van mening verschillen. Heel in het algemeen kan men menen dat het niet juist zou zijn de mogelijke veroorzakers ook aansprakelijk te houden voor schade die mogelijk het gevolg is van gebeurtenissen waarvoor niemand aansprakelijk is. Dat zou een te vergaande uitbreiding kunnen geven aan de bepaling van art. 99. Zo bijvoorbeeld als de schade hetzij een gevolg is van gebeurtenissen waarvoor de mogelijke veroorzakers aansprakelijk zijn, hetzij een gevolg is van een natuurlijke oorzaak. Of als de schade mogelijk een gevolg is van gedragingen van het slachtoffer zelf.¹⁶ Maar de zaak ligt iets anders als vaststaat dat de schade het gevolg is van gedragingen van de verschillende mogelijke veroorzakers, maar één van hen niet aansprakelijk is.¹⁷ Men kan zich afvragen of het feit dat één van hen zelf niet aansprakelijk is wel een omstandigheid is die de overigen aangaat. Die omstandigheid verandert niets aan het feit dat de anderen toerekenbaar onrechtmatig gehandeld hebben en daardoor de schade mogelijk veroorzaakt hebben. Dat een derde mogelijke veroorzaker zelf niet aansprakelijk is, doet daar niets aan af en is een omstandigheid die alleen die derde zelf betreft, zo zou men kunnen redeneren.¹⁸ Maar ik geef toe dat het verschil met de gevallen waarin de schade mogelijk gevolg is van een natuurlijke oorzaak of van gedragingen van de gelaedeerde zelf, niet heel hard te maken is.

In Duitsland wordt aangenomen dat zowel het ontbreken van

15. Aldus de Toelichting Meijers; Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 346-347.
16. Münchener Kommentar (Mertens) § 830 Rz 24; Staudinger (Schäfer) § 830 Rz 35; Nieuwenhuis, Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht 1988, blz. 12.
17. Nieuwenhuis, a.w. blz. 12 meent dat de omstandigheid dat de schade veroorzaakt is door iemand die niet aansprakelijk gesteld is, niet aan een omkering van de bewijslast in de weg staat. Hij betreft dat echter op de vraag of alle mogelijke veroorzakers gedagvaard moeten zijn.
18. Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij handelen in groepsverband, Boonekamp, diss. blz. 55, 56 en 62 en 63.

onrechtmatigheid als het ontbreken van schuld bij een van de mogelijke veroorzakers in de weg staat aan aansprakelijkheid van de overigen: „Die deliktische Herkunft des Verletzungserfolgs muß feststehen”.¹⁹ Een uitzondering wordt gemaakt in geval van Delikts-unfähigkeit van een van de mogelijke veroorzakers, bijvoorbeeld op grond van jeugdige leeftijd (§ 828 BGB). In dat geval gaan de overigen niet vrijuit. Hoe men voor het Nederlandse recht ook denkt over de vraag of het ontbreken van onrechtmatigheid of toerekenbaarheid bij de één in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de overigen, moet het laatste in ieder geval ook voor het Nederlandse recht gelden met betrekking tot art. 164. Dat een kind beneden de 14 jaar niet zelf aansprakelijk is, ontheft de overigen niet van aansprakelijkheid op grond van art. 99, aangenomen dat het kind zelf wel aansprakelijk geweest zou zijn indien zijn jeugdige leeftijd daaraan niet in de weg zou staan. Er is m.i. geen reden de overige mogelijke veroorzakers te laten profiteren van het feit dat aan een van hen diens onrechtmatige daad krachtens bijzondere wetsbepaling niet kan worden toegerekend.

BEPERKTHEID UITZONDERING

De conclusie uit het voorgaande is dat art. 99 in beginsel alleen een uitzondering bevat met betrekking tot het normaliter geldende vereiste van (door de gelaedeerde te leveren bewijs) van causaal verband tussen de gedraging van een bepaalde dader en de schade. Wat de reikwijdte van deze uitzondering betreft rijzen echter nog de nodige kwesties. Om te beginnen moet men denk ik voor ogen houden dat de in art. 99 voorgeschreven omkering van de bewijslast niet bedoeld is om de gelaedeerde te ontlasten van „normale” problemen met betrekking tot de vaststelling van causaal verband.²⁰ Een voorbeeld: mevrouw X – fotomodel – laat bij haar kapper het haar ontkrullen. Enige tijd na de behandeling wordt het haar dor en valt uit. Zij vordert schadevergoeding van de kapper. Ten processe blijkt dat zij ten tijde van de behandeling door de kapper reeds geruime tijd onder behandeling was van een huidarts, die haar voor cosmetische doeleinden bepaalde preparaten heeft

19. Staudinger (Schäfer) § 830 Rz 32 en 34; Münchener Kommentar, (Mertens) § 830 Rz 25.

20. Aldus: BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 24.

toegediend, waarvan vaststaat dat zij naar medisch inzicht ongeschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Onduidelijk blijft wat de oorzaak van de haaruitval is. Deze onduidelijkheid kan niet op grond van art. 99 voor risico van de mogelijke veroorzakers gebracht worden. Op het eerste gezicht komen kapper en arts als mogelijke veroorzakers in aanmerking. Toepassing van art. 99 kan echter eerst dan aan de orde komen indien vastgesteld is – op grond van door mevrouw X bij te brengen bewijs – dat zowel de behandeling door de kapper als die door de arts elk voor zich in dit geval tot deze schade hebben kunnen leiden. Kan dat niet vastgesteld worden (met inachtneming van de gewone eisen aan het bewijs van causaal verband te stellen) dan houdt het op voor mevrouw X. Wordt dit wel vastgesteld, maar kan niet vastgesteld worden of de schade in concreto door de ene of door de andere behandeling is veroorzaakt, dan zijn kapper en arts op grond van art. 99 hoofdelijk aansprakelijk, behoudens tegenbewijs. Afrondend kan dus meer in het algemeen het volgende gesteld worden. In art. 99 wordt alleen causaliteitstwijfel ondervangen, die uitsluitend haar grond vindt in het feit dat gebeurtenissen waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn en waarvan de schade een gevolg kan zijn, bij elkaar zijn gekomen, tengevolge waarvan niet vastgesteld kan worden door welke van de gebeurtenissen de schade in werkelijkheid is veroorzaakt. Dit is de voor de situatie waarop art. 99 (in Duitsland § 830 I 2) betrekking heeft, „characteristische Beweisnot”, zoals dat in Duitsland heet.

URHEBER- EN ANTEILZWEIFEL

Een andere kwestie die de aandacht verdient is of art. 99 alleen van toepassing is indien vaststaat dat de schade slechts van één van de verschillende in aanmerking komende gebeurtenissen het gevolg is, zonder dat de gelaedeerde kan bewijzen van welke. In Duitsland wordt aangenomen dat niet alleen deze „Urheberzweifel” op grond van § 830 I 2 voor risico van de Beteiligten is, maar ook de zogenaamde „Anteilzweifel”.²¹ Dit laatste betekent dat de bewijslast op grond van § 830 I 2 ook omgekeerd wordt:

„wenn feststeht daß jeder von Ihnen am Verletzungserfolg mitbeteiligt war, jedoch

21. BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 15.

zweifelhaft bleibt ob jeder nach allgemeinen Grundsätzen für den ganzen Erfolg oder nur für einen Teilschaden einzustehen hat.”²²

Dit geldt echter alleen onder de voorwaarde dat elk van de in aanmerking komende gebeurtenissen geschikt was om op zichzelf de gehele schade te kunnen veroorzaken.²³

Voor het Nederlandse recht geldt eveneens dat het feit dat de schade het gevolg is van meer dan één van de in aanmerking komende gebeurtenissen, niet aan toepasselijkheid van art. 99 in de weg staat. In art. 99 wordt immers slechts geëist dat vaststaat „dat de schade door *tenminste* (curs. RJB) een van deze gebeurtenissen is ontstaan.” Het artikel kan dus ook van toepassing zijn als de schade het gevolg is van meer dan één of zelfs van alle gebeurtenissen. De vraag is alleen binnen welke grenzen.

Hartkamp zegt in dit verband dat art. 99 mede het geval omvat „dat de schade *is* veroorzaakt door *beide* gebeurtenissen zonder dat de benadeelde dit kan bewijzen.”²⁴ Die laatste toevoeging zou een verkeerde indruk kunnen wekken van een verdergaande beperking dan nodig is. Hartkamp verwijst naar het voorbeeld van de twee brandhaarden. In de versie van Van Opstall²⁵ komt dat voorbeeld hierop neer, dat de eigenaar van een pakhuis met brandbare materialen opdracht geeft aan een schilder en een loodgieter voor de verrichting van verschillende werkzaamheden waarbij vuur te pas komt (afbranden en lassen). Beiden zijn onvoorzichtig en veroorzaken ongeveer gelijktijdig op verschillende plaatsen een brandje. Het pakhuis gaat in vlammen op. Twee situaties kunnen hier onderscheiden worden: Niet uitgemaakt kan worden of het pakhuis door de brand van de schilder of van de loodgieter is afgebrand. In dat geval kan de bewijslast omgekeerd worden op grond van art. 99, zonder dat daaraan afdoet dat de mogelijkheid openblijft dat het afbranden het gevolg is van beide brandjes. Hierop heeft Hartkamp klaarblijkelijk het oog. Maar art. 99 is m.i. ook van toepassing in de 4 – tweede – situatie waarin *vaststaat* dat

22. Idem vorige voetnoot.

23. BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 16; Münchener Kommentar (Mertens) § 830 Rz 21.

24. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 441.

25. Hofmann-Van Opstall, blz. 213.

het afbranden het gevolg is van beide brandjes, maar niet uitgemaakt kan worden in welke *mate* de beide brandjes tot het ontstaan van de brandschade hebben bijgedragen. In dat geval gaat het niet om Urheber maar om Anteilzweifel.

Voor een ander voorbeeld is een moderne variant op een vergiftigingscasus altijd geduldig. Twee fabrikanten A en B brengen een qua bereiding en samenstelling identiek – zij het gebrek-kig – geneesmiddel onder verschillende merknamen op de markt. Patient C krijgt het middel voorgeschreven, slikt afhankelijk van de voorraad van de apotheker beurtelings het ene merk en het andere en wordt ernstig ziek. Ook in dat geval kan art. 99 een oplossing bieden met het oog op de *mate* waarin de verschillende gebeurtenissen tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen.

Uit deze voorbeelden blijkt dat het toepassingsgebied van art. 99 verder reikt dan de alternatieve veroorzaking in strikte zin. Ook gevallen van cumulatieve causaliteit worden binnen zekere grenzen door het artikel bestreken. Kort gezegd: niet alleen Urheberzweifel kan op grond van art. 99 voor risico van de in aanmerking komende betrokkenen komen, maar tot op zekere hoogte ook Anteilzweifel, gelijk in Duitsland.

De vraag is tot op welke hoogte. In Duitsland wordt zoals gezegd in het kader van Anteilzweifel als nader vereiste gesteld dat elk van de in aanmerking komen de gebeurtenissen *op zichzelf de gehele schade* had kunnen veroorzaken. Hartkamp neemt hetzelfde aan voor het Nederlandse recht, zonder motivering overigens.²⁶ Dit is een belangrijk punt, want er zijn vele gevallen, bijvoorbeeld bij milieuvervuiling, waarin verschillende betrokkenen ieder op zichzelf slechts een deel van de schade veroorzaken en kunnen veroorzaken, maar de gehele schade het gevolg is van de diverse gedragingen tezamen. Voor dit soort gevallen zou art. 99 een handvat kunnen bieden, indien niet uitgemaakt kan worden wie welk deel van de schade heeft veroorzaakt. Maar het artikel werkt in die situatie niet als vereist is dat elke gebeurtenis op zichzelf de gehele schade veroorzaakt moet kunnen hebben.

De vraag is hoe hierover te denken. De kwestie van milieu-

26. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 441; zie ook de door Spier, Sluipende schade, oratie 1990, geciteerde MvT op wetsontwerp 21202.

schade door verschillende of zelfs vele vervuilers is te veelomvattend en te belangrijk dan dat die in dit kader afdoende besproken zou kunnen worden.²⁷ Ik kan slechts enkele meer algemene opmerkingen over art. 99 maken. Voorop staat dat noch de tekst van art. 99, noch de parlementaire geschiedenis dwingt tot het stellen van bovengenoemde eis. Als men een hoofdelijke aansprakelijkheid in gevallen die ik hier op het oog heb wenselijk en gerechtvaardigd acht, dan bestaat er wat dat betreft geen beletsel voor toepassing van art. 99. Verdedigbaar is echter dat de desbetreffende eis vanzelfsprekend voortvloeit uit de gedachte die aan art. 99 ten grondslag ligt. Die billijkheidsgedachte kan men heel strikt interpreteren door aan te nemen dat een verschuiving van het bewijsrisico alleen dan voldoende gebillijkt wordt, als ieder van de mogelijke veroorzakers voor de *gehele* schade aansprakelijk geweest zou (kunnen) zijn, als men het probleem van de samenloop met andere mogelijke oorzaken wegdenkt. De bedoeling van art. 99 is niet aansprakelijkheid te creëren voor schade waarvoor ook zonder de samenloop met andere mogelijke oorzaken geen volledige aansprakelijkheid zou bestaan. Anderzijds zou men daartegen aan kunnen voeren dat ook wanneer het uitsluitend om de bepaling van het aandeel in de toebrengring van de schade gaat, de bewijsproblemen voor de gelaedeerde juist hun grond vinden in het feit dat onrechtmatige daden van verschillende veroorzakers bij elkaar zijn gekomen. En dat zich hier dus ook de karakteristische Beweisonvoordoeft, die meer in de sfeer van de *dadere* ligt - die tenslotte toerekenbaar onrechtmatig handelen - dan in die van de gelaedeerde. Bij deze opmerkingen moet ik het laten.

AANSPRAKELIJKHEID VAN ÉÉN VOOR DE GEHELE SCHADE

Over de reikwijdte van § 830 I 2 heeft het BGH zich o.a. uitgelaten in een reeks van gevallen van dubbele aan- of overrijding.²⁸ Auto 1 rijdt slachtoffer A aan. A blijft op de weg liggen, waarna auto 2 nog eens over hem heen rijdt; of slachtoffer B verongelukt

27. Zie over de toepasselijkheid van art. 99 in geval van bodemverontreiniging, De Planque, Aansprakelijkheid i.g.v. bodemverontreiniging, *Bouwwrecht* 1985, blz. 689, i.h.b. 2.3.

28. BGHZ 33, 287; 55, 86; 60, 177; 67, 14; 72, 355.

na aanrijding door auto 1 met de ambulance op weg naar het ziekenhuis etc. In de huidige opvatting in Duitsland is in zulke gevallen de eerste dader voor de gehele schade aansprakelijk omdat het tweede ongeluk als een gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aan hem kan worden toegerekend.²⁹ Hetzelfde wordt ook naar Nederlands recht wel aangenomen bijvoorbeeld indien het toebrengen van letsel door A gevolgd wordt door onjuiste geneeskundige behandeling door arts B. A is dan voor de gehele schade aansprakelijk, los daarvan dat ook B tot de schade heeft bijgedragen.³⁰ Met het oog op dit soort gevallen heeft het BGH beslist dat indien één van de Beteiligten aansprakelijk is voor de gehele schade op grond van vastgesteld causaal verband (A), de ander (B) ten aanzien van wie niet vastgesteld kan worden in hoeverre hij ook een deel van de schade heeft veroorzaakt, niet aansprakelijk gesteld kan worden op grond van § 830 I 2. De bedoeling van § 830 I 2 is niet - aldus het BGH - ³¹ het slachtoffer een extra verhaalsmogelijkheid te geven, ook niet - begrijp ik het goed - , indien bijvoorbeeld de identiteit van de eerste dader niet achterhaald kan worden of die geen verhaal biedt.

Voor het Nederlandse recht zou ik die gedachte niet over willen nemen. Als ook de tweede dader door zijn gedragingen de gehele schade had kunnen veroorzaken, maar het slachtoffer niet kan aantonen in hoeverre hij metterdaad schade heeft toegebracht, zie ik niet in waarom hij niet ook op grond van art. 99 aansprakelijk gesteld zou mogen worden. Er is geen reden hem geheel vrijuit te laten gaan, alleen omdat de schade in ieder geval aan de ander in zijn geheel toegerekend kan worden. De situatie is niet principieel anders dan in geval dat ten aanzien van beide betrokkenen twijfel bestaat over het aandeel in de toebrenging van de schade.

DAGVAARDING VAN ALLE MOGELIJKE VEROORZAKERS

Is noodzakelijk dat de gelaedeerde alle mogelijke veroorzakers

29. Zeer uitvoerig hierover: Staudinger (Schäfer) § 830 Rz 22 t/m 29.

30. Zie achtereenvolgens HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374; HR 9 februari 1974, NJ 1974, 400 en tenslotte HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 waarover Boonekamp, TPR 1987, blz. 864 ev 872.

31. BGH 7 november 1978 BGHZ 72, 355; zie ook: BGHZ 67, 14.

dagvaardt, wil de bewijslast op grond van art. 99 omgekeerd worden? De kwestie speelt momenteel in de Des zaak een cruciale rol. De vordering van de Des dochters tegen 10 producenten van de vele die Des in het verkeer hebben gebracht is in eerste instantie door de Rechtbank afgewezen met de overweging dat voor een omkering van de bewijslast

„moet vaststaan dat de dader behoort tot de aansprakelijk gestelde personen. Die vaststelling is onmogelijk als de schade, zoals in deze zaak, ook het gevolg kan zijn van de daad van een niet aansprakelijk gestelde persoon.”³²

Het Hof heeft in het midden gelaten of het „niet reeds uit procesueel oogpunt bezien noodzakelijk is om alle plegers van de onrechtmatige daad zonder uitzondering in rechte te betrekken”. Het vonnis waarvan beroep is echter bekrachtigd omdat de Des dochters in ieder geval gemotiveerd hadden moeten stellen welke producenten buiten de gedagvaarde precies in de relevante periode ook Des in het verkeer hebben gebracht.³³

Over de Des problematiek in samenhang met de alternatieve veroorzaking is inmiddels een stroom literatuur verschenen, waarnaar ik verwijs.³⁴ Ik beperk mij hier tot enkele meer algemene opmerkingen over de vraag of dagvaarding van alle mogelijke veroorzakers noodzakelijk is. Het verkrijgen van *zekerheid* dat de *werkelijke* veroorzakers zich onder de gedaagden bevindt is op zichzelf niet een zinnige reden voor het stellen van die eis. Dit dient als zodanig geen redelijk doel. Het valt niet in te zien waarom een omkering van de bewijslast alleen gerechtvaardigd zou zijn, indien de werkelijke veroorzaker zich onder de gedaagden bevindt. De wel gedagvaarde personen worden noch van het feit, noch van de wetenschap dat ook hij aangesproken is beter en ook niet

32. Rb Amsterdam 25 mei 1988, TvC 1988, blz. 274.

33. Hof Amsterdam 22 november 1990 (zie noot 14).

34. Nieuwenhuis, Preadvies, blz. 7 e.v.; Van Wassenaer van Catwijk, Productenaansprakelijkheid 1986, blz. 75 e.v.; Rijken en Schneider, Kwartaalbericht NBW 1988/4, blz. 129 e.v.; Fernhout c.s., NJB 1989, blz. 1376 e.v., Tuinstra, Kwartaalbericht NBW 1990/3, blz. 74 e.v.; Knottenbelt, Produktaansprakelijkheid, diss. Rotterdam 1990, blz. 73 e.v.; Boonekamp, diss. blz. 197 e.v.; E. E. I. Snijder, TMA 1990-6, blz. 141; Verkade c.s., Produkt in gebreke 1990, blz. 119 e.v.; Spier, noot onder Hof Amsterdam 22 november 1990, TMA 1991-2, blz. 36.

slechter indien de mogelijkheid open blijft dat juist hij zich niet onder de gedaagden en uiteindelijk veroordeelden bevindt. De minder vergaande eis in Sindell vs Abbott dat in ieder geval een substantieel deel van de markt gedagvaard moet worden spreekt mij daarom evenmin aan.

De pijn zit elders. Als men aanneemt (zie hiervoor) dat voor een omkering van de bewijslast alleen plaats is indien ieder van de mogelijke veroorzakers (afgezien van causaliteit) aansprakelijk is, is ieders aansprakelijkheid tot op zekere hoogte afhankelijk van die van de ander. Anders gezegd: de aansprakelijkheid van de een is dan vooronderstelling voor de aansprakelijkheid van de ander.³⁵ Het punt is dat absolute zekerheid dat ieder van de mogelijke veroorzakers ook werkelijk aansprakelijk is alleen verkregen kan worden doordat daarover ten aanzien van ieder bij gewijsde is beslist. Om de absolute zekerheid te krijgen zou dan inderdaad ieder moeten worden gedagvaard. Dit gaat mij veel te ver. Met het oog op de bruikbaarheid van art. 99 zou ik een aanmerkelijk lichtere eis willen stellen. Dat de schade ook veroorzaakt kan zijn door derden die buiten de procedure zijn gebleven staat niet aan een omkering van de bewijslast in de weg, wanneer met redelijke mate van zekerheid aan te nemen valt dat de schade slechts het gevolg kan zijn van gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid (van die derden) bestaat. En als het gaat om een verzameling gelijksoortige gebeurtenissen (zoals in de Des zaak) valt dat al snel aan te nemen.

Voor het Duitse recht wordt iets dergelijks zonder omhaal van woorden wel aangenomen³⁶ en uit de jurisprudentie blijkt dat de procedure vaak slechts tegen een van de Beteiligten wordt gevoerd zonder dat daar een punt van gemaakt wordt.

Op deze manier vermijdt men ook dat art. 99 onbruikbaar zou zijn als bijvoorbeeld een van de mogelijke veroorzakers niet te achterhalen is of inmiddels dood of geliquideerd is. Het zou m.i. niet juist zijn dit soort omstandigheden aan aansprakelijkheid van de overigen in de weg te laten staan. Een redelijke toepassing van art. 99 verlangt dat ook niet. De grens van art. 99 is bereikt als

35. Uitvoerder: Boonekamp, diss blz. 170-171.

36. Bijv. door Steffen in BGB Kommentar § 830, Rz 18.

ook gebeurtenissen als mogelijke oorzaak van de schade aan te wijzen zijn waarvan duidelijk is dat daarvoor voor derden geen aansprakelijkheid kan bestaan. Ook met de hoofdelijkheid³⁷ lijkt mij trouwens meer in overeenstemming dat de gelaedeerde ieder die met toepassing van art. 99 aansprakelijk te stellen is, separaat aan kan spreken.

ONDERLINGE SAMENHANG

Een laatste punt betreft de vraag in hoeverre een zekere samenhang tussen de mogelijke veroorzakers moet bestaan. Daarover kan ik kort zijn. Het artikel eist geen enkele vorm van onderlinge verbondenheid, objectief, noch subjectief. Wat dat laatste betreft is in de Toelichting Meijers ook uitdrukkelijk gesteld dat het artikel niet de eis stelt "dat de daden tezamen een naar tijd en plaats samenhangende eenheid vormen".³⁸ In de Duitse jurisprudentie is die eis vroeger wel gesteld, waarbij volgens het BGH aan de gelijksoortigheid van gedragingen een bijzondere betekenis toekwam. De literatuur verzet zich hier over het algemeen sterk tegen en in de moderne jurisprudentie is dat vereiste ook goeddeels losgelaten.³⁹ Gelijksoortigheid van gebeurtenissen is m.i. voor het Nederlandse recht evenmin vereist.⁴⁰ De gebeurtenissen mogen van geheel ongelijksoortige aard zijn, mits die geschikt zijn om de schade zoals die in concreto is toegebracht te veroorzaken en als mogelijke oorzaak van de schade in aanmerking komen. Als men dat goed in het oog houdt bestaat er geen gevaar voor een te vergaande uitbreiding van de regel van art. 99.

37. Die hoofdelijkheid vloeit voort uit art. 6:102; de verplichting o.g.v. art. 99 van een ieder om de schade te vergoeden betreft een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade.

38. Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 347.

39. BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 24.

40. Aldus ook Nieuwenhuis, Preadvies blz. 9.

Eerherstel voor de dag der mora: iets over wettelijke interessen

*H. C. Grootveld**

1. Wie te laat de geldsom krijgt die hij uit hoofde van overeenkomst (bijv. geldleen), wet (schadevergoeding uit onrechtmatige daad) of rechterlijke uitspraak (alimentatie) van een ander opeisbaar te vorderen heeft, lijdt in negen van de tien gevallen schade. Hij derft rente die de geldsom bij tijdige ontvangst zou hebben opgebracht, zal mogelijk zelf geld moeten lenen (doorgaans tegen rente) om in het ontbrekende te voorzien, ontvangt hij alsnog later plaatsvindende betaling in wezen minder ingeval van inflatie of de ontvangen Marken leveren bij omwisseling in Nederlandse valuta tengevolge van koerswijziging minder op. Als de betaling kwaadschiks is moeten worden verkregen dan gaat dat gepaard aan een afroming terzake (buiten)gerechtelijke- of incassokosten. Schadesoorten die elke schuldeiser liefst integraal vergoed wil zien.

Die wens gaat in vervulling als men zou uitgaan van algemene regels voor vergoeding van schade wegens vertraging in de nakoming (artikel 1279 BW; artikel 6:85 NBW). Voor de hierbedoelde schuldeiser van een geldsom mag men dat echter niet. Voor hem geldt van oudsher in beginsel een bijzondere regeling die zijn schade fixeert: de wettelijke interessen van artikel 1286 BW. Over de interessen meer in deze bijdrage van het Jaarboek, ditmaal gewijd aan het NBW, waarin de wettelijke rente opnieuw regeling heeft gevonden in de artt. 6:119 en 120.¹

2. In het eerste lid van van eerstgenoemd artikel lezen wij:

* Mr H. C. Grootveld is als advocaat verbonden aan het kantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag en oud-redacteur van de BW-krant.

1. Zie over de vergoeding van renteschade in het algemeen en wettelijke rente in het bijzonder o.a. Contractenrecht II (Rank), nrs. 2937 e.v. en aldaar vermelde literatuur en jurisprudentie.

„De schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som. . .”

Hier komt het gefixeerde karakter tot uiting. De omvang van de vertragingsschade is reeds bij voorbaat op het bedrag der wettelijke rente vastgelegd² en de schuldeiser heeft, zonder dat hij het bestaan van schade behoeft te bewijzen, daarop aanspraak. Niet meer, hij kan geen hogere schadevergoeding vorderen dan de wettelijke rente. Niet minder: de schuldenaar wordt niet toegelaten tot bewijs dat de schuldeiser geen of minder nadeel heeft tengevolge van het tijdelijke verstoken zijn van het hem toekomende bedrag.

Een debat over de werkelijke schade en daarmee gepaard gaande moeilijkheden met betrekking tot de vaststelling van de omvang daarvan, is dus bij voorbaat uitgesloten: één der praktische voordelen van het fixatiesysteem. Intussen heeft de handhaving van het fixatiesysteem voor de gever van het NBW wel een punt van overweging gevormd, waar in de meeste andere landen het vorderen van aanvullende schadevergoeding algemeen of in bepaalde gevallen wordt toegelaten³, terwijl – aldus TM t.a.p. – niet valt te ontkennen dat hiervoor billijkheidsgronden aan te voeren zijn.⁴ De knoop is in het voordeel van handhaving doorgeslagen omdat het fixatiesysteem „praktische voordelen heeft, die opwegen tegen het bezwaar dat – in betrekkelijk zeldzame en door de rechter moeilijk te beoordelen gevallen – een schuldeiser minder ontvangt dan hem in redelijkheid toekomt”.⁵

2. Volgens artikel 6:120 bij algemene maatregel van bestuur; thans 11% krachtens KB 27 juni 1990, S. 344. Vergoed wordt rente waartegen de schuldeiser bij het uitblijven van betaling elders vervangend geld kan opnemen (de „marktprijs”), niet (zoals in de oude opvatting voor de wetwijziging van 1970) de rente die de schuldeiser had kunnen maken als hem tijdig was betaald. Vergelijk Parl. Gesch. 6, blz. 374.)
3. Algemeen: Duitsland, Zwitserland, Griekenland, Italië en Polen. In bijzondere gevallen: Frankrijk, België en Egypte. Vergelijk Parl. Gesch. 6 (TM), blz. 467, noten 5 en 6.
4. Een parallel dringt zich op met het spiegelbeeld van de matigingsbevoegdheid bij boete: die kan volgens artikel 6:94 lid 2 ook door toekenning van aanvullende schadevergoeding worden „vergroot”, indien „de billijkheid dit klaarblijkelijk eist”.
5. Parl. Gesch. 6, blz. 467.

3. Voor wat dit aspekt van de regeling der wettelijke rente betreft geldt dus voor het NBW: geen nieuws onder de zon. Dat is overigens ook het geval als het gaat om de vergoedbaarheid van schade-componenten als wijziging in wisselkoersen en buitengerechtigde kosten. Ten aanzien van eerstbedoelde omwisselingsschade bepaalt artikel 6:125 thans met zoveel woorden dat de wettelijke rente van artikel 119 het recht van de schuldeiser op vergoeding van deze schade onverlet laat, terwijl artikel 6:96 als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking laat komen de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, behoudens voorzover de geliquideerde kostenregeling van artikel 57 lid 6 Rv van toepassing is.⁶ Inflatieschade blijft evenwel buiten vergoedingsbeeld.⁷

4. Vervolgen wij de lezing van het eerste lid van artikel 6:119:

„ . . .over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest”.

Hier springt een – ook voor de rechtspraak – niet onbelangrijk verschil ten opzichte van het huidige recht in het oog. En dan betreft het zowel de vraag vanaf welk moment de wettelijke rente gaat lopen, als de vraag wat de schuldeiser heeft moeten ondernemen om een aanspraak op die rente te bewerkstelligen.

Ruim 130 jaar lang was de wettelijke rente „alleenlijk verschuldigd van den dag dat dezelve in regten gevorderd is”.⁸ Over deze afwijking van het gerecipeerde Romeinse recht (bij bonae fidei contracten moratoire rente verschuldigd vanaf de dag der mora) verzuchtte M. J. Mesritz in 1932 reeds:

„Men behoeft geen advocaat te zijn en uit dien hoofde reeds herhaaldelijk de desbetreffende wetsbepaling onder de verbaasde aandacht van buitenlandse (speciaal Centraal-Europeesche) cliënten gebracht te hebben om zelve twijfel te koesteren over de ratio en de deugdelijkheid van het laatste lid van artikel 1286 BW. Hier toch bepaalt de wet (en zulks in afwijking van wat in alle ons omringende landen recht en gebruik is) dat de ten aanzien van geldsommen verschuldigde moratoire rente niet verschuldigd is van den dag der mora, gelijk uit de algemeene bepaling van artikel 1279 BW zou volgen, doch eerst van den dag, dat dezelve in rechten gevorderd is.”⁹

6. Zie voor huidig recht; HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 (CJHB).

7. Parl. Gesch. 6, blz. 473/4.

8. Citaat uit artikel 1286, lid 3 BW zoals dat luidde voor de wijziging bij de wet van 7 oktober 1970, Stb. 458.

9. M. J. Mesritz, Aanvangstijdstip van moratoire rente, NJB 1932, blz. 375 e.v.

Aanmaning, sommatie of ingebrekestelling of andere boze brieven konden een aanspraak op verdragingssschadevergoeding niet vestigen. Reden om zo snel mogelijk te dagvaarden, wil de coulance betrachtende schuldeiser geen dief van eigen portemonnee zijn.¹⁰ Het zou nog een kleine veertig jaar duren voordat de wetgever met de wijziging van het huidige derde lid van artikel 1286 een stapje „verder” deed. Nog altijd „berekend vanaf de dag dat zij in rechte wordt gevorderd”¹¹, maar ook: „tenzij de schuldenaar. . . schriftelijk tot betaling is aangemaand met de mededeling dat de schuldeiser ingeval van verdere vertraging aanspraak maakt op vergoeding van interessen”. Alsdan geldt de dag waartegen is aangemaand.

5. Aanmanen (ingebreke stellen) en in ieder geval Aanzeggen is daarom het vertrouwd devies in het vaandel van de (incasso)rechtspraktijk. Het aanzeggen doorgaans met de standaardclausule „. . . bij gebreke waarvan cliënt aanspraak maakt op vergoeding van wettelijke rente met ingang van laatstgenoemde datum”. Wie het laatste nalaat of eerst later (of nog weer later bij dagvaarding of nog later) doet, onthoudt zich het recht op vergoeding van deze verdragingssschade, die behoorlijk kan oplopen indien er geruime tijd verstrijkt alvorens eerst in rechte wordt gevorderd.¹² Reparatiepogingen om die schade te vorderen onder het mom van zogenaamde „compensatoire interessen”¹³ moeten stranden.

6. Het vaandel met dubbel AA-devies van Aanmanen en Aanzeggen kan onder vigeur van het NBW in ieder geval ter verwijdering van de tweede A worden gestreken. Voor de bepaling van het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen, komt het niet meer aan op de dag van vordering in rechte noch vormt voor een eerdere aanspraak de aanzegging *conditio sine qua non*, maar

10. Vergelijk Mesritz t.a.p., blz. 376, met verwijzing naar Pothier, die in enigszins ander verband opmerkt dat „het ongerijmd zou zijn om den hardhandigen crediteur, die maar dadelijk het recht erbij haalt, een *douceur* te geven dat men dengeen, die lankmoedigheid oefent, onthoudt”.
11. Bij inleidende dagvaarding: de dag van uitbreiding daarvan (o.a. HR 21 september 1979, NJ 1980, 55) of bij latere conclusie: de dag waarop deze wordt genomen (HR 17 november 1978, NJ 1979, 92).
12. Een zorgvuldig advocaat moet zelfs aanzeggen zonder daartoe bekomen instructie volgens Rb Amsterdam 27 februari 1985, NJ 1986, 204.
13. De terminologie is van A-G Asser in zijn conclusie voor HR 29 april 1988, NJ 1988, 773 (G), blz. 2624, lk.

wordt van belang de dag waarop de debiteur in verzuim is geraakt. Aanvang en omvang van de looptijd der wettelijke rente is van rechtswege gekoppeld aan datum en omvang van de periode van verzuim.

Met deze ook in het buitenland vrijwel overal aanvaarde regel dat de rente verschuldigd is van het tijdstip af waarop de schuldenaar in verzuim is geraakt, mag de „dag der mora” zich dus in eerherstel verheugen.

7. Behoeft de schuldeiser zich om de rente-aanzegging dus niet meer te bekommeren (en kan de schuldenaar niet meer gaan slapen met de geruststellende gedachte dat nog geen rente-aanzegging heeft plaatsgevonden), hij zal wel zijn aandacht bij iets anders moeten blijven houden: of zijn schuldenaar in verzuim is. Immers: zonder verzuim geen rente.

Daarvoor vindt hij de wegwijzer in hetgeen de artikelen 6:81 e.v. met betrekking tot het verzuim van de schuldenaar bepalen. Wil het verzuim intreden dan zal hij in beginsel moeten doen hetgeen ook thans hoofdregel is: ingebreke stellen ofwel – zoals artikel 6:82 het formuleert – de schuldenaar schriftelijk aanmanen waarbij een redelijke termijn voor de nakoming binnen die termijn uitblijft. Aldus de hoofdregel. De belangrijke uitzonderingen daarop zijn te vinden in artikel 6:83. Daar vindt men een – overigens niet limitatieve – opsomming van gevallen waarin geen ingebrekestelling is vereist om het verzuim te doen intreden. In die gevallen gaat dus de wettelijke rente automatisch lopen zonder dat enig initiatief van de schuldeiser is vereist.

8. Allereerst het geval waarin een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintens is nagekomen. Kort gezegd dus als de verbintenis meebrengt dat de schuldenaar in verzuim zal zijn door het enkele verloop van de bepaalde termijn. Hier vinden wij een afwijking op de in het huidig recht geldende regel dat in het algemeen een ingebrekestelling is vereist tenzij blijkt dat de termijn als een fatale is bedoeld. Die regel wordt nu omgedraaid: in het algemeen geen ingebrekestelling nodig tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. De schuldeiser die meent dat hij met het enkele verloop van die termijn niets behoeft te ondernemen is dus gewaarschuwd, want de „tenzij-clausule” kan een adder onder het gras blijken wanneer de rechter achteraf van

oordeel is dat de termijn geen ingebrekestellende werking had. De wettelijke rente is dan immers niet gaan lopen. Hij doet er dus goed aan zich ervan te vergewissen of de overeengekomen termijn inderdaad als een „fatale” is bedoeld en stelle ingeval van twijfel „zekerheidshalve” toch maar ingebreke.

9. Als tweede geval waarin het verzuim van rechtswege intreedt noemt artikel 6:83 sub b de schadevergoedingsverbintenis uit onrechtmatige daad of wanprestatie. De schuldenaar is in verzuim zodra die verbintenis – die intussen wel van de primaire prestatieplicht moet worden onderscheiden – opeisbaar wordt. Dit is een belangrijke verandering ten opzichte van het huidig recht, waarin een regel als in sub b neergelegd ontbreekt.

Wettelijke rente gaat hier dus automatisch lopen vanaf het moment van opeisbaarheid. En in dat kader is van belang te bepalen wanneer van het ontstaan en opeisbaarheid sprake is. Gaat het om wanprestatie dan is van belang of de schade door de tekortkoming definitief is veroorzaakt danwel het gevolg is van het uitblijven van een nog mogelijke prestatie. Alleen in het eerste geval ontstaat het recht op vergoeding terstond, in het tweede geval pas wanneer de schuldenaar in verzuim is, c.q. ingeval van vervangende schadevergoeding door de „omzettingsverklaring” van artikel 6:87. Voor het moment van opeisbaarheid is vervolgens van belang de vraag wanneer de schade geacht moet worden te zijn geleden. Hier behoort men erop bedacht te zijn dat zulks mede afhankelijk is van de wijze waarop de schade wordt berekend. Geschiedt dit abstract naar het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (waardevermindering van een zaak) dan zal die schade terstond opeisbaar worden, ook al staat het bedrag daarvan nog niet vast. Maar wordt de schade vastgesteld op bepaalde in concreto gemaakte kosten (ziekenhuiskosten ingeval van letselschade) dan zal men kunnen aannemen dat de opeisbaarheid pas ontstaat, doordat de benadeelde deze kosten opeisbaar verschuldigd wordt.¹⁴ Hier blijkt dus ook onder het stelsel van NBW nog ruimte voor debat als het gaat om de vraag vanaf welk moment de wettelijke rente is gaan lopen.

14. Parl. Gesch. 6, blz. 75.

10. Waar de wettelijke rente terstond na het opeisbaar worden van de vordering tot schadevergoeding gaat lopen, is geen behoefte meer aan een vergoeding van de zogenaamde compensatoire interessen. De crediteur kan nu immers geen schade meer lijden wegens inkomstendering door het missen van een bepaald geldsbedrag zonder dat de schuldenaar niet tevens wettelijke rente is verschuldigd. In een poging om met een compensatoire mascarade te herstellen hetgeen hij moratoir achterwege liet, behoeft de schuldeiser zich dus niet meer te begeven.

11. Derde geval waarin artikel 6:83 het verzuim van rechtswege laat intreden is het geval waarin de schuldenaar te kennen heeft gegeven niet te zullen presteren. Er moet dan wel sprake zijn van een mededeling van de schuldenaar waaruit de schuldeiser moet afleiden dat eerstgenoemde in de nakoming zal tekortschieten. In het andere geval blijft de zogenaamde „afgeslankte ingebrekestelling” (d.i. zonder termijnstelling: artikel 6:82, lid 2) vereist.

Dit aan de weigerachtige houding van de schuldenaar verbonden gevolg is niet nieuw: ook naar geldend recht kunnen aan de weigerachtige houding van de schuldenaar consequenties worden verbonden. Zowel in het geval van een volstreekte weigering om te presteren als in een geval waarin de schuldenaar nakoming heeft geweigerd op zodanige wijze dat de schuldenaar mocht aannemen dat ook een sommatie daarin geen wijziging zou brengen, is heersende opvatting dat een ingebrekestelling niet nodig is.¹⁵

12. Intussen verdient vermelding dat artikel 6:83 geen limitatieve opsomming bevat van de gevallen waarin het verzuim van rechtswege intreedt. Van een van rechtswege in verzuim zijn kan ook sprake zijn ingeval van een met een niet-tijdige nakoming gelijk te stellen niet-behoorlijke nakoming, of in het geval waarin het vereiste van ingebrekestelling is „weggecontracteerd” (bijvoorbeeld par. 45 lid 1 UAV 1989) of door de wet zelve terzijde is gesteld (vergelijk artikel 1398 en 1480 lid 4 BW). Voorts kan zich het geval voordoen dat de schuldenaar achteraf te kennen heeft gegeven de gevolgen van het verzuim te aanvaarden zonder ingebreke te zijn

15. Zie o.m. HR 28 januari 1921, NJ 1921, 356 en HR 31 mei 1974, NJ 1974, 425.

gesteld en tenslotte kan een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.

13. Door de koppeling van de gefixeerde verdragings schadevergoeding aan het verzuim is de schuldeiser niet alleen op de daarop betrekking hebbende bepalingen aangewezen als het gaat om de vaststellen van het aanvangsmoment der wettelijke rente, maar ook als het betreft de duur daarvan. Tot vergoeding van de verdragings schade is de schuldenaar slechts verplicht over de tijd waarop hij in verzuim is geweest (artikel 6:85). De looptijd der wettelijke rente eindigt dus met het einde van verzuim, bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar alsnog nakomt (zuivering verzuim, artikel 6:86) of de schuldenaar zelf in schuldeisersverzuim is geraakt (artikel 6:58 jo. 6:61). De looptijd kan ook worden onderbroken zoals ook verzuim kan zijn onderbroken, bijvoorbeeld in het geval dat de schuldeiser nadat het verzuim reeds was ingetreden, een behoorlijk aanbod tot nakoming heeft geweigerd, maar zich enige tijd later bereid heeft verklaard alsnog de prestatie te aanvaarden.

14. De vervroeging van het moment van ingang der wettelijke rente naar de „dag der mora” is wel het meest in het oog springende element waardoor de nieuwe regeling het etiket „crediteursvriendelijk” verdient. Daarnaast valt nog te wijzen op de twee overige leden van artikel 6:119, die elk de crediteur vriendelijker bejegenen dan thans het huidig recht nog doet. Het tweede lid maakt rente op rente van rechtswege verschuldigd, zij het ter wille van de eenvoud met de beperking dat alleen over achterstallige rente die over een vol jaar verschuldigd is, opnieuw rente berekend wordt. Het derde lid gaat buiten twijfel stellen dat wanneer een hogere rente bedongen is dan de wettelijke rente, die hogere rente gaat lopen in plaats van de wettelijke rente. „In plaats van” vatte men daarbij strikt op: er loopt bedongen en geen wettelijke rente over de hoofdsom dus geldt niet de „rente op rente regel” van het tweede lid. Wel kan natuurlijk over de bedongen rente weer wettelijke rente verschuldigd worden indien de schuldenaar met de betaling daarvan in verzuim geraakt.

Is omgekeerd de bedongen rente lager dan de wettelijke rente, dan wordt deze in beginsel door de wettelijke rente vervangen, de rente op rente regel van het tweede lid inclusief. De ruimte die de rechtspractijzen in zijn databestand gaat verkrijgen door annulering

van het standaard-renteberekeningsprogramma kan dus weer worden gaan benut voor een renteberekeningsprogramma. De rechtspractizijn voere voorlopig een tweesporenbeleid: artikel 182 Overgangswet laat het NBW niet van toepassing zijn in gevallen waarin de debiteur voor de inwerkingtreding in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten. Voor die gevallen blijft ingebrekestellen en in ieder geval aanzeggen nog even vast pandoer.

Toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder het Nieuw BW: een nieuw regime

*J. M. Barendrecht**

A. INLEIDING

1. Het Nieuw BW verplicht de gebruiker van algemene voorwaarden in beginsel om een exemplaar van die voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan zijn wederpartij ter hand te stellen, op straffe van vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden. Deze regel, die is neergelegd in de artikelen 6:233 onder b en 234, betekent een duidelijke breuk met het huidige recht. Het is één van de weinige bepalingen uit het verbintenissenrecht volgens het Nieuw BW, die niet aansluit bij een al aanwezige tendens in de rechtspraak, of waarop in die rechtspraak niet al is geanticipeerd. De nieuwe regel heeft grote consequenties voor de praktijk van het hanteren van algemene voorwaarden. In dit licht bezien is het merkwaardig dat deze breuk met het huidige recht in de wetsgeschiedenis nauwelijks is beargumenteerd. De parlementaire behandeling geeft vooral blijk van aandacht voor de details van de regeling.¹ Ook is het opvallend dat dit aspect van de nieuwe regeling in de literatuur maar zeer terloops wordt besproken. De aandacht die het wetsontwerp Algemene Voorwaarden heeft gehad is vooral geconcentreerd geweest op de inhoudelijke toetsing op onredelijk bezwarendheid en de daarbij behorende zwarte en grijze lijst. Er lijkt dus alle reden om de nieuwe regeling over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden nader te bezien.

B. HOOFDLIJNEN REGELING

2. Het Nieuw BW lijkt de gebruiker van algemene voorwaarden op het eerste gezicht zeer ter wille te zijn. Artikel 6:232 bepaalt

* Mr J. M. Barendrecht is als advocaat verbonden aan het kantoor De Brauw Blackstone Westbroek te 's-Gravenhage.

1. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1578/1579 en p. 1582 e.v.

immers dat een wederpartij ook dan aan de algemene voorwaarden gebonden is, als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud van de voorwaarden niet kende. Dit artikel beoogt buiten twijfel te stellen dat een beding inhoudende dat de algemene voorwaarden van toepassing zullen zijn, in welke vorm ook overeengekomen, voldoende is voor de toepasselijkheid van die voorwaarden, ongeacht of de wederpartij het vertrouwen wekt dat hij van de bedingen heeft kennis genomen. Het artikel ligt in lijn met de rechtspraak onder het oude recht.²

3. Artikel 233 onder b neemt het omwille van de rechtszekerheid gekozen uitgangspunt van snelle toepasselijkheid echter in wezen weer terug. Een beding uit algemene voorwaarden is vernietigbaar indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Artikel 234 lid 1 werkt dit nader uit. De gebruiker moet de algemene voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand stellen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat onder terhandstelling mede moet worden verstaan toezending.³ Indien terhandstelling of toezending vóór of bij het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijs niet mogelijk is, dient de gebruiker aan de wederpartij bekend te maken dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of zijn gedeponneerd bij een Kamer van Koophandel of een griffie van een gerecht. Zij moeten op verzoek van de wederpartij aan haar worden toegezonden. De leden 2 en 3 van artikel 234 bevatten nog een nadere uitwerking. Indien een verzoek om toezending als bedoeld in lid 1 onder b niet wordt ingewilligd, zijn de voorwaarden eveneens vernietigbaar. Alleen voorzover toezending redelijkerwijze niet van de gebruiker kan worden gevergd, is toezending respectievelijk de mededeling dat de voorwaarden op verzoek zullen worden toegezonden niet noodzakelijk.

4. Hoewel de tekst van artikel 233 lid 1 een andere interpretatie mogelijk maakt, lijkt uit de wetsgeschiedenis te volgen dat de opsomming van manieren waarop de gebruiker de wederpartij de

2. Zie: Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1572 e.v. en HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 (Holleman/De Klerk).

3. Zie: Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1594.

mogelijkheid kan bieden van de algemene voorwaarden kennis te nemen, limitatief is. Onder meer de verwerping van een amendement-Korthals duidt daarop.⁴ Met dit amendement werd, blijkens de toelichting daarop, beoogd om de opsomming niet-limitatief te maken. Terhandstelling of toezending is dus geboden en een uithangbord met daarop de voorwaarden vermeld lijkt bijvoorbeeld onvoldoende in die gevallen dat terhandstelling mogelijk is. Alleen indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, kan worden volstaan met bekendmaking van het ter inzage liggen of het depot en mededeling dat de voorwaarden op verzoek zullen worden toegezonden.

5. Hoewel dus op het eerste gezicht weinig ruimte overblijft voor toepassing van de algemene regel dat de wederpartij in de gelegenheid moet zijn gesteld van de voorwaarden kennis te nemen, is deze toch van belang voor de interpretatie van artikel 234. Zo is in de ogen van de wetgever terhandstelling niet voldoende, indien de gebruiker de wederpartij voor het blok zet met een onmiddellijk te aanvaarden aanbod. De wederpartij zal een leespauze moeten worden gegund.⁵ Voorts zal toezending uiteraard zo tijdig moeten plaatsvinden dat de wederpartij uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst de beschikking over de voorwaarden heeft en daarvan kennis kan nemen.

6. Deze regeling roept nog wel een vraag op. Het wettelijke systeem laat de mogelijkheid open dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de voorwaarden ter hand worden gesteld. Een voorbeeld is dat de gebruiker een uitnodiging doet tot het doen van een aanbod, waarin hij naar de algemene voorwaarden verwijst. Vervolgens doet de wederpartij een aanbod waarin uitdrukkelijk of stilzwijgend de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is geïncorporeerd. De gebruiker aanvaardt dit aanbod en overhandigt tegelijkertijd de voorwaarden. Met name bij de totstandkoming van een overeenkomst via een briefwisseling kan dit gemakkelijk voorkomen. Kan de wederpartij nu nog een leespauze vragen om de algemene voorwaarden door te nemen en, als deze

4. Zie: Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1590, 1594 en 1614/1615; anders: Verhoeven, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, p. 45; Wessels/Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, 1987, p. 43/44 nemen een tussenstandpunt in.

5. Zie: Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1603.

hem niet bevallen, onder het contract uitkomen? De strekking van de regeling lijkt mede te brengen dat zulks mogelijk moet zijn, maar de wetsgeschiedenis sribbelt enigszins tegen. In een amendement-Salomons werd voorgesteld om terhandstelling vóór (en niet „vóór of bij”) het sluiten van de overeenkomst verplicht te stellen. Dit amendement werd ingetrokken.⁶ Aan die intrekking ging echter wel de vraag van Salomons vooraf of de wederpartij op dat ene moment waarop de overeenkomst tot stand komt een pak van tien pagina's ter hand kan worden gesteld. De Minister antwoordde dat de wederpartij „eraan vastzit”, als „hij zegt dat hij het verder wel gelooft” maar ook een leespauze kan vragen.⁷ Wat de consequentie is, indien de wederpartij na lezing niet meer wil contracteren, blijft open. Gezien de tegenstelling met de casus waarin de wederpartij „het wel gelooft”, zal men aan kunnen nemen dat beoogd is dan geen contract tot stand te laten komen met de algemene voorwaarden daarin geïncorporeerd. Dit is echter moeilijk juridisch te construeren. Men zal wellicht naar analogie van artikel 6:225 lid 2 kunnen aannemen dat de wederpartij totstandkoming van de overeenkomst kan verhinderen door onverwijld bezwaar te maken tegen de voorwaarden. Een andere mogelijkheid is dat men aldus redeneert, dat de gebruiker in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door de wederpartij op deze wijze aan de overeenkomst inclusief algemene voorwaarden te binden. Hij zal zijn aanvaarding moeten opschorten en de wederpartij alsnog de gelegenheid moeten geven zijn aanbod te herroepen.⁸ Wel zal in ieder geval noodzakelijk zijn dat de wederpartij protesteert tegen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, wil zij bewerkstelligen dat zij niet gebonden zal zijn. Indien de wederpartij niet meer reageert lijkt het redelijk om gebondenheid aan te nemen.

C. ARTIKEL 6:233 ALS INFORMATIEPLICHT; GRADATIES VAN INFORMATIEPLICHTEN

7. Indien men een poging zou willen doen om artikel 234 dogmatisch te plaatsen, dan ligt het voor de hand om er een informatie-

6. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1602.

7. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1603.

8. Vgl. Wessels/Jongeneel, t.a.p. p. 41.

verplichting in te zien ten behoeve van de zwakkere wederpartij.⁹ Een informatieplicht in de fase van totstandkoming van een overeenkomst dient ertoe om de wederpartij te behoeden voor het lichtvaardig aangaan van een contract waarvan hij de consequenties niet ten volle overziet. In de rechtspraak van de Hoge Raad worden regelmatig verplichtingen tot het verstrekken van informatie opgelegd om zo de onevenwichtigheid in de contractuele verhouding te compenseren, zonder tot inhoudelijke controle van het beding te hoeven overgaan.¹⁰ Die informatieplichten kunnen verder of minder ver gaan. In sommige gevallen zal de essentie van de regeling door de sterkere contractspartij aan zijn wederpartij moeten worden uiteengezet.¹¹ Aan een dergelijke informatieplicht kan een onderzoeksplicht worden toegevoegd. Uiteenzetten is dan niet voldoende; de sterkere contractspartij zal zich er zelfs van moeten vergewissen dat de wederpartij zich realiseert wat de inhoud van het beding is.¹² In artikel 6:234 gaat het om een veel lichtere vorm van een informatieverplichting. De gebruiker kan volstaan met het ter beschikking stellen van de voorwaarden. Hij behoeft de essentie niet uiteen te zetten en behoeft zeker niet na te gaan of de wederpartij beseft wat de voorwaarden inhouden. De informatieplicht gaat niet verder dan het brengen van de informatie onder handbereik van de wederpartij, terwijl de wederpartij zelf de verantwoordelijkheid draagt of hij de informatie daadwerkelijk tot zich neemt.

8. Waarom gaat de informatieplicht niet verder dan dat en waarom wordt de gebruiker bijvoorbeeld niet verplicht om de essentie van de voorwaarden uiteen te zetten aan de wederpartij? Hoewel de wetsgeschiedenis hierover geen nadere gegevens bevat, zal men moeten aannemen dat een afweging is gemaakt tussen het belang van bescherming van de zwakkere partij en doelmatigheidsoverwegingen. De totstandkoming van overeenkomsten moet niet zo

9. Verhoeven, t.a.p. p. 44, spreekt van een kennisgevingsopdracht.

10. Zie Vranken, Mededingings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, 1989, vooral p. 202 e.v.; zie ook p. 81.

11. Zie bijv. HR 10 juni 1983, NJ 1983, 796 (Muller/Van Opzeeland).

12. Zie bijv. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (Hajziani/Van Woerden) en HR 9 februari 1990, NJ 1991, 146 (Visser/Ohler).

ingewikkeld worden dat het handelsverkeer wordt belemmerd. Men kan niet hebben dat in een winkel lange rijen van kopers ontstaan, omdat de verkoper steeds weer vijf minuten nodig heeft om het exoneratiebeding en het vervalbeding uit de algemene voorwaarden uit te leggen. Het is dan doelmatiger om te volstaan met terhandstelling en de bescherming van de zwakkere partij te complementeren door inhoudscontrole achteraf.

D. PRAKTISCHE CONSEQUENTIES

9. De nieuwe regeling vergt een geheel andere manier van hanteren van algemene voorwaarden dan de vele tienduizenden Nederlandse verkopers en inkopers van goederen en diensten gewend zijn. De huidige rechtspraak laat toe dat algemene voorwaarden „sluipend” onderdeel van het contract worden.¹³ Een verwijzing in schriftelijke stukken die aan het sluiten van de overeenkomst vooraf gingen, werd in het algemeen voldoende geacht, zodat veel bedrijven volstonden met vermelding van een verwijzing op hun briefpapier. Zelfs een verwijzing op facturen kon voldoende zijn, indien men maar voldoende lang zaken met elkaar deed.¹⁴ Het afdrukken van de voorwaarden op de achterzijde van briefpapier of contractsdocumenten kwam wel voor, maar was niet strikt nodig om toepasselijkheid te bewerkstelligen. Wel kon de wijze waarop de toepasselijkheid van een beding uit algemene voorwaarden werd overeengekomen meewegen bij de inhoudelijke toetsing van dat beding. Volgens de formule van het arrest *Saladin/HBU* waren de wijze van totstandkoming van het beding en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest, immers factoren die moeten meewegen als de vraag moet worden beantwoord of te goeder trouw op dat beding een beroep mag worden gedaan. In de praktijk werd aan deze factoren echter niet al te veel gewicht toegekend.¹⁵ Bij exoneratieclausules, waarom het in procedures meestal gaat, zal vaak gelden dat een wederpartij zo'n

13. Zie *Contractenrecht VII* (Hondius), nr. 13 e.v.

14. Zie *Contractenrecht VII* (Hondius), nr. 45.

15. Vgl. de rechtspraak genoemd in *Contractenrecht VII* (Hondius), nr. 146 sub b en 151 e.v., en bij Rijken, *Exoneratieclausules*, 1983, p. 149, die deze rechtspraak kritisch bespreekt.

clausule kan verwachten, indien eenmaal de toepasselijkheid van algemene voorwaarden is overeengekomen.

10. Onder de nieuwe regeling zullen in- en verkopers van goederen of diensten de algemene voorwaarden niet meer kunnen wegmoffelen. Zij moeten de algemene voorwaarden in beginsel integraal aan de wederpartij ter hand stellen of toezenden. Voor een commercieel ingesteld persoon die graag een contract wil binnenhalen is dat niet prettig, zeker niet indien de algemene voorwaarden voor de wederpartij nadelige bedingen bevatten. De kans dat de algemene voorwaarden zullen worden gelezen door de wederpartij wordt immers groter. Te verwachten is derhalve dat bedrijven er om commerciële redenen toe zullen overgaan om hun voorwaarden evenwichtiger te maken, hetgeen in de optiek van de wetgever natuurlijk meegenomen is. De informatieplicht beïnvloedt dan niet alleen het gedrag van de wederpartij, die voorzichtiger zal zijn bij het aangaan van de overeenkomst, maar indirect ook de inhoud van de algemene voorwaarden van de gebruiker.

11. Interessant zal ook zijn om te zien of iedere ondernemer op het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe regeling daadwerkelijk begint met de terhandstelling of toezending aan zijn contractspartners. In branches waarin de concurrentie hevig is en waarin het elkaar afsnoepen van orders aan de orde van de dag is, zal geen gebruiker de eerste willen zijn die zo openlijk met algemene voorwaarden gaat werken als de wet voorschrijft. Misschien ligt er een taak voor brancheverenigingen om te coördineren dat alle bedrijfsgenoten tezelfdertijd een aanvang maken met toezending of terhandstelling, zodat geen nodeloze risico's van aansprakelijkheden – die in algemene voorwaarden doorgaans worden beperkt – worden gelopen.

12. Toezending of terhandstelling is alleen dan niet noodzakelijk, indien die redelijkerwijze niet kan worden gevergd. Deze bepaling zal in verband met haar uitzonderingskarakter naar alle waarschijnlijkheid restrictief worden geïnterpreteerd en een voorzichtig gebruiker zal er zeker niet op mogen vertrouwen dat deze bepaling hem de mogelijkheid zal bieden om de bestaande praktijk bij het hanteren van algemene voorwaarden te bestendigen. Zo kan men zich afvragen of de plaatsing van algemene voorwaarden in de

catalogus van een veiling, die niet door iedere veilingkoper wordt aangeschaft, wel voldoende is om de veiling onder deze voorwaarden te laten plaatsvinden. Veiliger lijkt het om aan iedere veilingkoper een exemplaar van de algemene voorwaarden uit te reiken bij binnenkomst. Het verwijzen naar de toepasselijkheid van voorwaarden op het briefpapier en het vermelden van de voorwaarden zelf op de achterzijde van een opdrachtbevestiging zal naar alle waarschijnlijkheid ook niet langer kunnen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers dat met „voor of bij het sluiten van de overeenkomst” wordt bedoeld het moment waarop de overeenkomst in juridisch-technische zin tot stand komt.¹⁶ Uiterlijk ten tijde van de aanvaarding zal de tekst van de algemene voorwaarden dus ter beschikking van de wederpartij moeten staan.

13. Het zal waarschijnlijk niet lang duren of de commercie zal praktische oplossingen voor het probleem van de toezending of terhandstelling hebben gevonden. Hoedt U de komende jaren als U bij het betreden van een winkel of bij de aanvang van contractsonderhandelingen een informatiebrochure wordt uitgereikt. De bedoeling zou wel eens uitsluitend kunnen zijn om U te zijner tijd te kunnen houden aan de algemene voorwaarden die op de laatste pagina zijn afgedrukt. Als de algemene voorwaarden te ver worden weggestopt in andere informatie, ontstaat echter de mogelijkheid dat de jurisprudentie op deze praktijk gaat reageren. De wettelijke informatieplicht zou dan kunnen worden verzwaard, bijvoorbeeld door aan te nemen dat de gebruiker in zo'n geval erop moet wijzen dat er algemene voorwaarden tussen de verstrekte informatie zitten.

E. TERHANDSTELLING NIET MOGELIJK

14. Als voorbeelden van situaties waarin terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, noemt de memorie van antwoord overeenkomsten die via de telefoon of via een automaat tot stand komen.¹⁷ Voor wat betreft de laatste categorie kan men zich afvragen of het wel steeds onmogelijk is om de automaat de algemene voorwaarden te laten afgeven, voordat de overeenkomst tot stand komt. Of

16. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1620/1603.

17. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1585.

het erg praktisch is om artikel 234 lid 1 onder b zo uit te leggen, is echter de vraag. Transakties als de aanschaf van een treinkaartje via een automaat of het verkrijgen van toegang tot een parkeergarage moeten vooral snel kunnen worden afgewikkeld. Het inpassen van een moment waarop de wederpartij kennis kan nemen van de door de gebruiker gehanteerde algemene voorwaarden is praktisch moeilijk te verwezenlijken. Ook bij de interpretatie van de wettelijke bepalingen zal daarom een rol moeten spelen dat doelmatigheidsoverwegingen, en in het bijzonder de eisen van een vlot verlopend handelsverkeer, soms boven het belang van de bescherming van de zwakkere partij moeten gaan.

15. Een aantal schrijvers neemt aan dat onder „redelijkerwijs niet mogelijk” tevens situaties moeten worden begrepen, waarin terhandstelling niet praktisch is.¹⁸ Zij knopen dan echter aan bij een passage uit de memorie van antwoord, waarvan lang niet zeker is of die niet door de latere discussie is achterhaald, waarin de Kamer duidelijk maakte een limitatief stelsel van kennisgevingsmogelijkheden te wensen.¹⁹ Een aanvaardbare uitleg van de bepalingen zou wellicht kunnen zijn dat praktische bezwaren tegen terhandstelling aan de zijde van de gebruiker alleen dan meetellen, indien zij terhandstelling onmogelijk maken. Dat zou betekenen dat een uithangbord met algemene voorwaarden in beginsel niet voldoende is, zolang het mogelijk blijft de algemene voorwaarden ter hand te stellen, ook als die terhandstelling lastig is. Dit wordt pas anders indien het vlot verlopend handelsverkeer, en dus ook het belang van de wederpartij, teveel zou worden belemmerd door de uitvoering van de informatieplicht. De praktische bezwaren liggen dan mede aan de zijde van de wederpartij. Doelmatigheidsoverwegingen kunnen dan de inhoud van de informatieplicht beïnvloeden.

16. Voor per telefoon gesloten overeenkomsten zal gelden dat terhandstelling of toezending vooraf in het algemeen inderdaad niet mogelijk is, hoewel ook hier uitzonderingen zullen gelden. Zo is

18. Wessels/Jongeneel, t.a.p. p. 42, en Verhoeven, t.a.p. p. 49.

19. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1585 te vergelijken met p. 1590 en 1594.

bijvoorbeeld voorstelbaar dat een meer omvattende overeenkomst, waarbij geen onmiddellijke haast is, kan worden voorafgegaan door toezending van algemene voorwaarden per fax.

17. Indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, krijgt de informatieplicht van de gebruiker een andere inhoud. De gebruiker moet de wederpartij mededelen dat de voorwaarden ter inzage liggen, en dat deze op verzoek zullen worden toegezonden. Bij telefonisch gesloten overeenkomsten van reisverzekering zal dus moeten worden verteld dat de polisvoorwaarden ter inzage liggen ten kantore van de verzekeraar en dat zij, indien gewenst, zullen worden toegezonden, hetgeen niet erg aan lijkt te sluiten bij de praktijk waarin immers steeds toezending van de polis zal plaatsvinden. Het lijkt daarom redelijk de bepaling zo uit te leggen dat aan deze mededelingsplicht ook is voldaan, indien wordt medegedeeld dat de polis zal worden toegezonden en zulks vervolgens ook daadwerkelijk per omgaande gebeurt. Het lijkt dan geen redelijk doel te dienen om te eisen dat letterlijk de mededeling als bedoeld in artikel 234 lid 1 sub b wordt gedaan.

18. Een verstandig gebruiker zal hier ook op zijn bewijsrechtelijke positie moeten letten. Hij zal er goed aan doen om niet alleen schriftelijk te bevestigen dat de overeenkomst tot stand is gekomen, maar ook dat de mededelingen bedoeld in artikel 234 lid 1 sub b zijn gedaan.

F. ARTIKEL 234 LID 3: TOEZENDING KAN NIET WORDEN GEVERGD

19. De uitzondering op de verplichting tot toezending van lid 3 van artikel 234 is bedoeld voor die gevallen waarin de voorwaarden zo omvangrijk zijn, dat toezending erg onpraktisch en kostbaar zou worden.²⁰ Op deze bepaling mag de gebruiker echter waarschijnlijk niet al te zeer vertrouwen. Toezending, respectievelijk mededeling dat zal worden toegezonden, kan immers achterwege blijven „voorzover” toezending redelijkerwijs niet van de gebruiker kan worden gevegd. Indien men een aantal boekwerken met algemene voorwaarden hanteert zal over het algemeen wel van de gebruiker

20. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581/1582.

kunnen worden geveerd om een uittreksel van deze algemene voorwaarden met de belangrijkste bedingen daaruit aan de wederpartij toe te zenden.²¹ Een andere interpretatie zou in de hand werken dat gebruikers hun algemene voorwaarden zoveel mogelijk laten uitdijen om toezending te kunnen ontgaan.

G. EEN MERKWAARDIGE OVERGANGSREGEL

20. Tot slot vraag ik enige aandacht voor het overgangsrecht. Voor vernietigbaarheden geldt in het algemeen als overgangsregel, dat onder de oude wet geldig verrichte rechtshandelingen niet vernietigbaar worden tengevolge van een omstandigheid die alleen de nieuwe wet aanmerkt als een grond van vernietigbaarheid (art. 79 Overgangswet). Artikel 191 lid 2 Overgangswet maakt daarop echter een uitzondering. De gronden voor vernietiging van de afdeling over algemene voorwaarden werken vanaf het tijdstip waarop de afdeling over algemene voorwaarden in werking treedt. Dit tijdstip is in beginsel gelijk aan het moment van inwerkingtreding van het gehele Nieuw BW, maar een uitzondering is gemaakt voor algemene voorwaarden die al werden gebruikt op het moment van inwerkingtreding van het Nieuw BW. Daarvoor begint de afdeling pas op 1 januari 1993 te werken. De vernietiging van een beding uit algemene voorwaarden op grond van de nieuwe nietigheidsgronden heeft volgens artikel 191 lid 2 echter geen werking over het tijdvak voordat de afdeling van toepassing is geworden. Indien een exoneratieclausule dus onder het nieuwe recht onredelijk bezwarend moet worden geacht, dan blijft zij voor de periode tot aan de inwerkingtreding van kracht, maar verliest voor de daarna liggende periode haar gelding. Voor de vernietigbaarheid op grond van het niet voldoen aan de informatieplicht van artikel 6:234 lijkt het wettelijk systeem als consequentie te hebben dat het niet ter hand stellen conform het artikel voor de inwerkingtreding van de afdeling over algemene voorwaarden tot gevolg kan hebben dat de algemene voorwaarden voor de periode na de inwerkingtreding alsnog vernietigbaar worden. Deze consequentie van artikel 191 is niet door de wetgever onder ogen gezien. Zij lijkt echter

21. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1582.

onaanvaardbaar. Een overeenkomst die in 1985 is gesloten en een looptijd heeft tot ver in de negentiger jaren behoort niet per 1 januari 1993 ineens van zijn algemene voorwaarden te kunnen worden ontdaan, omdat in 1985 niet conform de nieuwe wet is ter hand gesteld. Dat zou er immers in feite toe leiden dat een voorzichtig gebruiker nu reeds tot terhandstelling dient over te gaan voor contracten waarvan hij verwacht dat deze langer zullen lopen, terwijl de wetgever nu juist aan gebruikers van algemene voorwaarden extra tijd heeft gegeven om zich aan te passen aan het stelsel van het Nieuw BW. De wetgever zou er goed aan doen om in een eventuele reparatiewet, die wellicht ook voor andere bepalingen nog nodig zal zijn, deze bepaling aan te passen. Indien zulks niet geschiedt dan kan artikel 75 Overgangswet wellicht helpen. Daarin staat dat ook de Overgangswet buiten toepassing kan blijven, indien toepassing daarvan onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

H. SLOTOPMERKINGEN

21. De nieuwe regeling over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden zal noodzaken tot een verandering van het patroon van hanteren van algemene voorwaarden. Deze bepalingen van het Nieuw BW hebben niet alleen voor juristen betekenis, maar zullen ook van belang zijn voor de werkwijze van in- en verkopers van goederen en diensten. De regeling en de wetsgeschiedenis laten een aantal belangrijke vragen open. Wellicht kan bij het bepalen van de aard en de omvang van de informatieplicht, die in een concreet geval uit artikel 234 moet worden afgeleid, een richtsnoer zijn dat de eisen van een vlot verlopend handelsverkeer bepalend kunnen zijn. Dat zal meebrengen dat niet in eerste instantie moet worden gekeken naar de praktische mogelijkheid van het voldoen aan de informatieplicht aan de zijde van de gebruiker, maar dat vooral beslissend zal zijn het belang van de wederpartij bij een vlot verlopen van commerciële transakties, dat in bepaalde gevallen voorrang dient te hebben boven het belang van zijn bescherming. Dit geldt temeer daar die bescherming ook kan worden verwezenlijkt via de inhoudscontrole van de afdeling over algemene voorwaarden.

De afstand 1302/1303; opkomst en ondergang van een toverformule

*G. J. C. Lekkerkerker**

1. INLEIDING

„Koper en verkoper doen afstand van het recht om ingevolge het bepaalde in de artikelen 1302 en 1303 van het Burgerlijk Wetboek of op enige andere grond, ontbinding of vernietiging van de overeenkomst te vorderen”. In vrijwel elke notariële akte waarbij onroerend goed wordt overgedragen zal men thans een bepaling aantreffen van deze strekking. Iedere notaris zoekt, wanneer hij de voor een overdracht van een onroerend goed benodigde aankomst-titel onder ogen krijgt, als vanzelf naar deze formule. Hypothecaire financiering voor de aankoop van onroerend goed is feitelijk onmogelijk, wanneer in de akte van transport de bepaling niet is opgenomen.

Een eerste beschrijving van de clause „uitsluiting 1302/1303” is te vinden in het herdenkingsnummer ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het WPNR in januari 1920,¹ meer dan zeventig jaar geleden. De Leidse inspecteur der registratie Bertling attendeerde de lezer op een „beding, betreffende art. 1303 B.W. in de notarieele akte van verkoop”. Hij stelt vast dat het over- en ondermaat-beding en de uitsluiting van vrijwaring zich tot standaardbepalingen ontwikkeld hebben in alle notariële akten van verkoop en koop, „in de akte neergelegd door den invloed van den notaris, die als raadsman van partijen zich tot taak stelt hen zooveel mogelijk te vrijwaren voor geschillen, waartoe de door hem in geschrift gebrachte overeenkomst aanleiding zou kunnen geven”. Vervolgens komt het 1302/1303-beding ter sprake: „Aan deze voorwaarden van de koopovereenkomst is in den laatsten tijd door

* Mr G. J. C. Lekkerkerker is hoofd van het Juridisch Bureau van de Koninklijke Notariële Broederschap.

1. A. E. J. Bertling, WPNR 2610 (1920), p. 34 e.v.

het meerendeel der Amsterdamsche notarissen eene andere toegevoegd, luidende: „partijen doen afstand van de rechten tot het vorderen van ontbinding dezer overeenkomst, eventueel voortvloeiende uit de bepalingen van de artikelen 1302 en 1303 van het Burgerlijk Wetboek”. Een afwijking dus van de bepalingen van het burgerlijk recht, van veel meer gewicht dan de reeds geruimen tijd in zwang zijnde conditiën, hierboven aangeduid”. Het spreekt vanzelf, vervolgt Bertling even verder, dat het beding slechts gemaakt kan worden wanneer de akte wordt verleden nadat de betaling van de koopprijs heeft plaatsgehad, waarna hij concludeert „dat het toch van groot belang is”.

In het bewustzijn van de huidige praktijknotaris is de uitsluiting van de artikelen 1302-1303 in de akte van overdracht een tijdloos dogma. Voor de notaris uit 1920 was het een nouveauté die soms kon worden toegepast. Welke ontwikkelingen in die zeventig jaar gaven die verandering?

De bedoeling van dit opstel is een schets te geven van de opkomst van de toverformule „uitsluiting 1302/1303” en van haar ondergang met de invoering van het nieuwe recht. Als vertrekpunt dient de vraag of als voorwaarde voor de algehele toepassing van de clause een verandering in het positieve burgerlijk recht noodzakelijk was. Anders gezegd: zou een standaard-toepassing van de clause in 1920, vanuit de optiek van de civilist, even relevant zijn als in 1990? De ontwikkelingen van belang leken mij hier de doorbraak van het causale stelsel, de uitleg van artikel 1910 BW en de algemene aanvaarding van het bestaan van de zakelijke overeenkomst. Ik kom tot de slotsom dat tussen de evolutie in de opvattingen op bovengenoemde terreinen van het burgerlijk recht en de opmars van de uitsluitingsclause geen oorzakelijk verband is aan te geven. Er is tussen het recht van 1920 en dat van 1990 in deze althans geen doorslaggevend verschil.

Het gebruik veranderde, maar waarom en wanneer? Hierover gaat het vervolg van deze bijdrage. Besloten wordt met een korte beschouwing over het veranderde recht van 1992.

2. DE OPKOMST VAN DE TOVERFORMULE

2.1 *De doorbraak van de causale leer*

In ons huidig rechtssysteem gaat geen eigendom over wanneer aan

de causa iets ontbreekt (wilsgebreken, handelingsonbekwaamheid, strijd met wet of goede zeden). Geen bescherming geniet daarbij hij die in zo'n geval afgaat op de transportboeking in de openbare registers. Ons stelsel heet causaal en negatief: causaal omdat alle nietigheids- en vernietigingsakties doorwerken, negatief omdat geen bescherming kan worden ontleend aan datgene wat in de openbare registers is opgetekend.

Ongeldigheid van de titel verhindert de eigendomsovergang. Ook als de titel eerst na de overdracht niet geldig blijkt, heeft dit tot consequentie dat de overdracht niet geldig blijkt tot stand te zijn gekomen en dat het overgedragen goed het vermogen van de vervreemder niet heeft verlaten. Door de koppeling causaal-negatief geeft ons huidig stelsel aan derdenverkrijgers geen bescherming tegen het wegvallen van de causa op grond waarvan de rechtsvoorganger verkreeg. Bij een causaal-positief stelsel zou dit anders zijn omdat hier de inschrijving legitimeert. Evenzo bij een consequent abstract stelsel, waar de geldigheid van de overdrachtshandeling van de hieraan ten grondslag liggende causa is losgekoppeld.

Het negatieve stelsel van openbaarheid van de registers heeft nooit ter discussie gestaan.² De strijd tussen de voorstanders van de abstracte en die van de causale leer is voor wat de overdracht betreft van roerende en onroerende goederen, eerst in de eerste na-oorlogse jaren in het voordeel van de laatsten beslist.³

Het huidig recht beschouwt de wanprestatie als een ontbindende voorwaarde voor iedere wederkerige overeenkomst. Gaat de voorwaarde in vervulling dan heeft dat zakelijke werking en terugwerkende kracht. Een verkoper van een registergoed die reeds geleverd heeft, wordt door de ontbinding weer eigenaar alsof hij nooit geleverd had. Door in de over te schrijven akte uit te sluiten dat op de wanprestatie nog een beroep kan worden gedaan, zal zich na de overdracht die automatische terugkeer van het goed nooit realiseren. Dit is de toverformule „uitsluiting 1302/1303”.

Stel dat de voorstanders van de toepassing van de abstracte leer voor de overdracht van onroerend goederen het pleit gewonnen

2. Dat een aantekening in de registers hoogstens een feitelijk vermoeden oplevert reeds: HR 29 januari 1874, W 3686 (1874).
3. HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof-Staat); HR 10 december 1952, NJ 1953, 550.

hadden. Zou de werking van de ontbindende voorwaarde dan anders zijn? Een bevestigend antwoord is verdedigbaar. Immers, het probleem zit in de causa en deze valt weg. De overdrachtshandeling staat hier los van. De koper van het goed was al eigenaar geworden, zijn verbintenis tot restitutie is slechts obligatoir.

Een nadere beschouwing leert echter anders. Ook aanhangers van de abstracte leer aanvaardden dat de ontbinding van de rechtshandeling, die tot de levering aanleiding had gegeven, zakelijke werking moest hebben. Ook in deze leer tastte het in vervulling gaan van een voorwaarde (wanprestatie) de rechten van derden aan.⁴ Slechts de nietigheid of vernietiging van een rechtshandeling door een wilsgebrek of door strijd met de wet of goede zeden had voor de aanhangers van de abstracte leer persoonlijke werking.

Men volgde de gedachtengang die ook in het nieuwe recht is terug te vinden. Is ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis overgedragen – wat immers het geval is als geen afstand is gedaan van een mogelijk beroep op de artikelen 1302 en 1303 – dan is slechts een recht verkregen, dat aan die zelfde voorwaarde is onderworpen. De conclusie is dan ook dat de strijd tussen de causale en de abstracte leer voor ons onderzoek verder niet van belang is.

2.2 De uitleg van artikel 1910 BW

Het bekende artikel 1910 draagt sedert 1988 het nummer 1376a. De tekst is ongewijzigd.⁵ Op grond van artikel 1910 mogen derden aannemen dat een rechtshandeling die in de registers is gepubliceerd, op juiste en volledige wijze is weergegeven. Geheime afspraken tussen partijen welke met hetgeen is overgeschreven in strijd zouden zijn, kunnen daarom niet aan derden worden tegen-
geworpen.

De redactie van het artikel heeft aanleiding gegeven tot een langshepend misverstand. De woorden „of rechthebbenden” in de

4. Zie bijv. Hofmann, *Zakenrecht* (1933), p. 182; HR 10 december 1943, NJ 1944, 159.
5. Artikel 1910/1376a: nadere overeenkomsten, aangegaan bij een afzonderlijke akte, in strijd met de oorspronkelijke, leveren alleen bewijs op tussen partijen die tot zodanige akte zijn toetreden, en hun erfgenamen of rechthebbenden, doch zij kunnen niet tegen derden werken.

tekst gaven aanleiding tot de opvatting dat onder de „rechtheb- benden” ook de verkrijgers onder bijzondere titel moesten worden verstaan. Consequentie van deze gedachte is dat derdenverkrijgers zoals hypotheekhouders, geen bescherming genieten tegen een na- dere overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger/hypo- theekgever van een onroerend goed. Wordt in de akte van over- dracht de uitsluitingsclausule 1302/1303 gemaakt en wordt deze vervolgens bij afzonderlijke afspraak weer herroepen, waarna als- nog een beroep op ontbinding uit hoofde van wanprestatie zou worden gedaan, dan zou artikel 1910 een derde daartegen geen be- scherming bieden.

Het voorschrift verliest daarmee grotendeels zijn betekenis. Deze opvatting werd dan ook al in 1920 alom verworpen.⁶ Het duurde echter tot het bekende arrest uit 1940 betreffende Kok tegen de Hersteld Apostolische Zendinggemeente⁷ dat door de Hoge Raad werd uitgemaakt dat onder „rechthebenden” niet rechtverkrijgenden onder bijzondere titel moesten worden verstaan.

Ik meen dat de betekenis van deze uitspraak voor de praktijk niet moet worden overschat, in de zin dat eerst hierdoor de weg werd vrijgemaakt voor het beroep op de uitsluitingsclausule. Daarvoor waren de schrijvers van de decennia voor 1940 te unaniem in hun afwijzing van de in het arrest Kok tegen de Zen- dinggemeente verworpen opvatting.⁸

2.3 De opmars van de zakelijke overeenkomst

Als juridisch begrip en als gevoelde realiteit maakte de zakelijke overeenkomst vanaf het begin van deze eeuw een ontwikkeling door. Opmerkelijk is dat het begrip in de handboeken zijn vaste plaats veel eerder veroverde dan in het denkpatroon van de prak- tijkjurist. Aan de evolutie van het juridisch begrip wil ik slechts marginale aandacht geven. Voor onze vraagstelling lijkt deze niet echt van belang. Wanneer A aan B een goed verkoopt voor een bepaalde prijs, dan zal A eerst afstand willen doen van zijn beroep op wanprestatie wanneer hij de koop prijs ontvangen heeft, en B na

6. Zie bijv. J. P. S. Gualthérie van Weezel, WPNR 2610 (1920), p. 22 e.v. en aldaar aangehaalde literatuur.

7. HR 9 februari 1940, NJ 1940, 302.

8. Zie onder meer: Veegens/Oppenheim, Verbintenissen, Bewijs en Verjaring (1914), p. 358; Asser/Scholten, Zakenrecht (1933), p. 180.

ontvangst van het goed. De levering van onroerend goed vindt plaats door de overschrijving van een akte. Verkoper A zal slechts bereid zijn in de akte de uitsluitingsclausule te accepteren wanneer hij zekerheid heeft over de betaling. Koper B zal van zijn beroep op wanprestatie slechts afstand willen doen, wanneer hij zeker weet dat de overschrijving van het stuk waarin hij dit recht prijsgeeft, hem ook werkelijk tot eigenaar maakt. Hoe men dit stuk noemt, koopcontract of transportakte, is daarbij niet van belang.

Dat de zakelijke overeenkomst een vereiste zou zijn voor overdracht, werd voor het eerst uitvoerig beargumenteerd door Paul Scholten in zijn bewerking van Assers Zakenrecht van 1905.⁹ Voor hem is de zakelijke overeenkomst het contract dat tussen partijen de eigendom doet overgaan. Ten aanzien van derden werkt de overdracht eerst door de overschrijving van de akte. De zakelijke overeenkomst kan in de obligatoire besloten liggen of afzonderlijk worden aangegaan.

Het standpunt van Scholten dat overschrijving alleen dient om een overdracht jegens derden te doen werken heeft geen ingang gevonden.¹⁰ De stelling dat de zakelijke overeenkomst besloten kan liggen in de obligatoire geeft een beeld van een realiteit zoals die tot na 1945 in de praktijk ervaren werd. Een zelfde gedachte spreekt uit de redactie van artikel 3.4.2.4 lid 3 van het Ontwerp Meijers.¹¹

Via schrijvers als Hofmann,¹² Eggens,¹³ later Beekhuis¹⁴ en

9. Asser/Scholten, Zakenrecht, 4e druk (1905).
10. Ondermeer Hofmann, Zakenrecht (1933), p. 187; Veegens, Rechten op Zaken (1909), p. 57; Eggens, Eene oude vraag naar aanleiding van eene nieuwe, WPNR 3188-3190 (1931); Asser/Beekhuis I, Zakenrecht (1985), p. 268.
11. Meijers ging er nog van uit dat als van de titel van overdracht een akte was opgemaakt, deze in beginsel als de tot levering bestemde akte moest worden aangemerkt. Dit voorschrift verdween eerst bij de Invoeringswet. De MvT geeft als motivering dat niet wenselijk is dat een overdracht tot stand gebracht zou kunnen worden door inschrijving van een notariële akte, waarvan de vervreemder wellicht niet duidelijk is geweest, dat zij daartoe gebezigd zou kunnen worden. Men acht dit onwenselijk vanwege de positie die de notaris inneemt voor wat betreft de doorbetaling van de koopsom en de daarin voor de vervreemder gelegen waarborg. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1232.
12. Hofmann, Zakenrecht, p. 189.
13. Eggens, WPNR 3188-3190.
14. Asser/Beekhuis, Zakenrecht (1957), p. 220 e.v.

Pitlo¹⁵ kristalliseert het begrip verder uit tot zijn huidige omschrijving als „de op eigendomsoverdracht gerichte wilsovereenstemming van partijen”.¹⁶ Oppositie heeft het begrip met name ondervonden van de schrijvers in de notariële praktijk.¹⁷ Zij vonden het juridische begrip niet terug in de realiteit van hun dagelijks werk en oordeelden het daarom overbodig.¹⁸ Sinds in 1956 door de invoering van artikel 671a BW de notariële akte voor onroerend goed-overdrachten verplicht werd, hoort men van de discussie weinig meer. De beschrijving van wat rechtens is en wat gebruikelijk is, zijn tot elkaar gekomen.

2.4 Overdracht van onroerend goed; het spel en de spelers in 1990

De overdracht van onroerend goed vindt anno 1990 plaats door de overschrijving van de notariële akte van levering. Deze notariële akte zal in de regel vermelden dat „is verkocht en thans wordt overgedragen”. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat uitvoering wordt gegeven aan een koopcontract, waaraan partijen zich vooraf gebonden hadden. Dit koopcontract komt meest tot stand door tussenkomst van een makelaar in onroerend goed, behalve in Amsterdam waar altijd een notaris bij de totstandkoming van een koopakte betrokken is.

Het komt nog slechts zelden voor dat de koper van een woning voor zijn aankoop geen financiering nodig heeft. De financier is een bank of verzekeringsmaatschappij die als zekerheid een recht van hypotheek verkrijgt. Omdat bij het aangaan van de obligatoire overeenkomst in de regel nog onzeker is of de koper, al dan niet met een garantie van de gemeente, voor zijn aankoop een voldoende financiering kan verkrijgen, pleegt een ontbindende voorwaarde van die strekking in het koopcontract te worden opgenomen. Een andere voorwaarde kan zijn de verkrijging van een woonvergunning.¹⁹ De akte van levering wordt getekend als geen ontbindende

15. Pitlo, *Zakenrecht* (1965), p. 181.

16. Ontleend aan J. L. den Dulk, *De zakelijke overeenkomst*, diss. 1979.

17. Zie ondermeer Ph. B. Libourel, *Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, 1935, p. 303; P. W. van der Ploeg, *WPNR* 3999 (1947), p. 305 e.v.

18. Met name Libourel *ibid.*

19. Art. 55 Woningwet.

voorwaarden meer in vervulling kunnen gaan. Alle obstakels zijn weggefallen in de tussenliggende periode. De financiering is verkregen en het huis mag worden bewoond. De koopsom is bij de notaris die, wanneer de onbelaste overdracht een feit is, zorgdraagt voor doorbetaling aan verkoper (of diens hypothecaire financier). In dit stelsel is de uitsluiting 1302/1303 een logisch sluitstuk. Verkoper en koper hebben aan hun verplichting voldaan: de eigendom gaat over, de koopprijs wordt betaald. De rechtsbetrekking tussen partijen kan haar einde nemen.

De praktische zin van dit tweetrapsstelsel – eerst de koopakte en vervolgens de leveringsakte – is duidelijk. Het geeft de spelers de mogelijkheid van een veilig spel. Het gaat hierbij niet slechts om verkoper en koper, maar met name om die andere spelers met een duidelijk belang bij een heldere procedure: de overheid, de financiers en het notariaat.

De overheid speelt mee door het ordeningsrecht (vergunningen) en waar zij kopers en te kopen woningen subsidieert (de zgn. premiereregelingen²⁰). Daarnaast garandeert zij leningen van hypothecaire financiers (gemeentegarantie). De rol van de hypothecaire financier is duidelijk en de notaris staat voor de correcte overdracht en de vestiging van de hypotheek. Ook het geldverkeer gaat via hem. Al deze spelers hebben voor hun eigen recherches belang bij overzicht in een zo vroeg mogelijk stadium: wie is het subject, wat is het object.

2.5 Het spel en de spelers tijdens het interbellum

Hoe ging de overdracht van onroerend goed in 1920, wie waren toen de spelers? De gedachte dat de over te schrijven akte tot uitdrukking zou moeten brengen dat werd overgedragen ter uitvoering van een onderliggende afspraak leefde nog niet of nauwelijks²¹. Bedacht moet daarbij worden dat voor de onroerend goed-overdracht de notariële akte eerst in 1956 verplicht werd. De overdracht kon plaatsvinden door de overschrijving van een onderhands stuk, dat wij als koopovereenkomst zouden kwalificeren.

20. Zie m.n. Beschikking Geldelijke Steun Eigen Woningen 1984, welke jaarlijks wordt aangepast.

21. Zie noot 17.

Toch werkte men al wel, wanneer bij de overdracht een notaris betrokken was, met ons tweetrapssysteem. Schermers „Ontwerpen van Notariële Akten” uit 1916²² meldt dat dikwijls een onderhandse „voorlopige koopakte” werd opgemaakt, gevolgd door een notariële akte die werd overgeschreven. Dit laatste stuk zag men ook als koopakte, hetgeen het thans nog bestaande spraakgebruik verklaart, een onderhandse koopovereenkomst van onroerend goed „voorlopig koopcontract” te noemen. In een voorlopige koopakte placht men, aldus Schermer²³ al wel op te nemen dat de koopprijs zou worden betaald ten tijde van het verlijden van de notariële akte.

Ook wanneer niet met een voorlopige koopakte werd gewerkt, zou wanneer over het tijdstip van de betaling niets uitdrukkelijk was bepaald, de gewoonte al meebrengen dat werd betaald bij het verlijden van de koopakte.²⁴ De betaling vond vaak (in contanten) tegen kwitantie plaats ten huize van de notaris.²⁵ Wanneer de akte getekend werd voordat de koopprijs was betaald, werkte men als bescherming tegen wanbetaling met de voorbehouden hypotheek van 1227 BW. Noch in de uitgave van 1916 van Schermers modellenboek, noch in die van 1935²⁶ wordt de clausule „uitsluiting 1302/1303” aangetroffen. Eerst in het modellenboek van Eggens uit 1936²⁷ komt het beding voor. Over de vraag of de notaris zonder meer verplicht was de door hem verleden akten ter overschrijving aan te bieden, waren de meningen verdeeld. In de praktijk was dit al wel gebruikelijk.²⁸

Anders dan voor de overdracht van onroerend goed was voor de vestiging van het recht van hypotheek al bij de invoering van ons burgerlijk wetboek in 1838 de notariële akte verplicht.²⁹ Hypo-

22. Schermer/Dam, *Ontwerpen van Notariele Akten V* (1916).

23. Schermer (1916), p. 87.

24. Schermer *ibid.*

25. Schermer *ibid.*

26. Schermer/Van Vrijberghe de Coningh, *Ontwerpen van Notarieel Akten, V 1e* (1935).

27. Eggens/Van de Velde, *Modellen* (1936).

28. Zie Rb Tiel, 10 januari 1930, NJ 1930, p. 585 en het naar aanleiding van dit vonnis verschenen artikel van Biederlack in WPNR 3200 (1931) met weerwoord van Eggens.

29. De uitzondering waar artikel 1217 lid 1 op duidt bestaat niet meer sinds in 1956 voor de voogd en de curator de mogelijkheid verviel bij de benoeming of beëdiging beheershypotheken te stellen ten overstaan van de kantonrechter.

theaire financiering, met name door financieringsinstellingen, was echter een veel minder algemeen verschijnsel. De belangrijkste financieringsbron voor de aspirant-koper waren zijn familie en kennissen. Gedurende het gehele interbellum blijven de particuliere beleggers de belangrijkste categorie op de hypotheekmarkt.³⁰ De economische crisis van de dertiger jaren leidt tot een oververzadiging van de woningmarkt, sterk dalende prijzen en een stagnatie van de markt voor hypothecair krediet. Hypothecaire financiering bij een instelling is in de vooroorlogse jaren mogelijk tot maximaal 75% van de executiewaarde.³¹

Speelden de professionele financiers nog niet de rol van thans, de overheid gedurende het interbellum speelt op dit gebied nog geheel geen rol. De zorg van de overheid zag aanvankelijk alleen op de kwaliteit van woningen (Woningwet 1901) en in de twintiger en dertiger jaren met name op maatregelen van prijsbeheersing. Eerst na de Tweede Wereldoorlog werd het beleid gericht op de volkshuisvesting in ruimere zin.

De functie van de notaris kent sedert 1920 een langzame evolutie. Sprenger van Eyks „De Wetgeving op het Notarisambt”³² van 1924 stelt vast dat de functie van de notaris slechts bij de wet geregeld is voorzover zij bestaat uit het opmaken van authentieke akten en uit werkzaamheden die daar onmiddellijk verband mee houden. Aan wat daarbuiten valt moet een overeenkomst ten grondslag liggen. De notaris als openbaar ambtenaar handelt niet krachtens een overeenkomst omdat „voor een overeenkomst de vrije wilsovereenstemming een noodzakelijk vereischte is”.³³

Eggen in zijn bekende artikel in het WPNR van 1932³⁴ ziet die „vrije wilsovereenstemming” al als vaak impliciet. De klassieke notaris-ambtenaar gaat in zijn visie op in de notaris-vertrouwensman. De rechtsbetrekking tussen notaris en cliënt wordt naar zijn

30. Eind 1935 hadden de particuliere beleggers 1300 mln. gulden aan hypotheeklen uitstaan en de gezamenlijke hypotheekbanken 984,4 mln. Ontleend aan J. de Wilde, Een eeuw financiering van onroerend goed, Spiegel van Onroerend Goed, verhandelingen ter gelegenheid van het honderd-jarig-bestaan van de makelaarsvereniging te Amsterdam (1977), p. 161.

31. Spiegel van Onroerend Goed, p. 165.

32. Sprenger van Eyck/Libourel, De wetgeving op het Notarisambt (1924).

33. Sprenger van Eyck, p. 563.

34. WPNR 3247-3251 (1932), De rechtsbetrekking van notaris en cliënt.

modern aandoende inzichten bij uitstek beheerst door de goede trouw, door de billijkheid en door de gewoonte.³⁵ Ook de rechtspraak gaat die richting op.

Het oordeel van de rechtbank Tiel in 1930 dat de notaris die verzuimd had zorg te dragen voor de inschrijving van een akte van huwelijkse voorwaarden, een verwijt treft omdat het gebruik hem daartoe verplicht, kon nog rekenen op felle oppositie.³⁶ Maar ook de notaris die eerst zeven dagen na de recherche bij de openbare registers een akte van transport verlijdt, wordt in 1929 al door de rechter onvoldoende zorg verweten.³⁷ Kampschreur in 1931 in het WPNR³⁸ stelt dat voor de notaris de verplichting tot titelonderzoek ook al is deze niet uitdrukkelijk opgedragen, als stilzwijgend overeengekomen moet worden beschouwd of, zo men wil, als gebaseerd op het gebruik.

Interessant in het licht van het bovenstaande is het akkoord dat in het midden van de twintiger jaren tot stand kwam tussen het notariaat en de hypotheekbanken. In 1924 bereiken de Broederschap der Notarissen en de Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken overeenstemming over de tekst van een formulier dat nadien als „notarisverklaring” algemeen gaat worden.

De notarisverklaring is voortgekomen uit de wens van de opkomende professionele beleggers in hypotheek zekerheid te krijgen voor hun belegging. Met dat doel brachten sommige banken al formulieren in omloop, te ondertekenen door de notarissen die hun hypotheekakten passeerden, die het karakter benaderden van een garantie of borgstelling. In deze de toenmalige Broederschap verontrustende situatie werd een compromis gevonden, dat voor de

35. Eggens, WPNR 3251. Zie ook zijn onderschrift onder het atikel van Biederlack (noot 28) waarin hij stelt dat de notaris aansprakelijk is „voor het nalaten van eene verrichting, die hem door het gebruik wordt opgedragen als hem de opdracht tot het passeeren ener akte gegeven wordt. In die laatste gedachte is immers bij redelijken uitleg van de bedoeling van partijen, begrepen de opdracht om al datgene te doen wat normaliter tot de functie van den notaris van de praktijk behoort”.

36. Zie noot 28.

37. Hof 's-Gravenhage, 3 juni 1929, WPNR 3156 (1930), p. 407.

38. WPNR 3248, p. 116.

zorgplicht van notarissen bij het verlijden van hypotheekakten een duidelijke basis heeft gelegd.³⁹

De hypotheekbanken wensten meer zekerheid en het notariaat wilde die bieden. De gemaakte afspraken werden vastgelegd in een formulier dat door iedere notaris die ten behoeve van een hypotheekbank een hypotheekakte passeerde, werd ondertekend. Deze procedure is sindsdien niet veranderd. In de tekst van de huidige notarisverklaring is de redactie van 1924 nog duidelijk herkenbaar. De strekking is ook dezelfde gebleven. De notaris verbindt zich tot een zo snel mogelijke indiening van het in te schrijven borderel en daarnaast tot datgene waartoe de wet hem als notaris en het gebruik hem als waarnemer van de belangen van de bank verplicht. Dit laatste wordt nader geconcretiseerd in een plicht tot titelrecherche en in de opdracht die in de redactie van 1924 wordt omschreven als „om voor zoover betaling van den koopprijs van

39. De eerste notarisverklaring werd gepubliceerd in het Correspondentieblad van februari 1924, p. 35. Het formulier blijkt noch bij de banken, noch binnen het notariaat zonder slag of stoot te zijn geaccepteerd. Zo waarschuwt het hoofdbestuur van de Broederschap in 1929 zijn leden om geen verdergaande verklaringen te ondertekenen onder druk van individuele banken dan als met de Vereniging van Directeuren van Hypotheekbanken afgesproken. Aan de andere kant blijven ook de notarissen onwillig. Uit een brief van december 1937 berustend in het archief van de Koninklijke Notariële Broederschap, gericht aan de Kamer van Toezicht te Zwolle, welke brief ter kennis werd gebracht van het hoofdbestuur, blijkt dat drie van de vier Kamper notarissen weigerden nog langer notarisverklaringen te tekenen. De toon van de brief is veelzeggend: „Een der ondergeteekenden herinnert zich een anecdote uit den tijd, toen hij zijn stage doorliep en hij als getuige tegenwoordig was bij een acte, gepasseerd voor een hypotheekbank, ten kantore van den toen te Rotterdam gevestigden notaris W. J. Droogleever Fortuyn. Ook dezen notaris werd door den vertegenwoordiger der Bank een notarisverklaring ter teekening voorgelegd. De heer Droogleever Fortuyn heeft toen dien vertegenwoordiger eens flink de ooren gewasschen en ronduit geweigerd bedoelde verklaring te teekenen. Gij, hypotheekbanken, alsdus die notaris, weet, dat gij door aan het maatschappelijke financieel verkeer deel te nemen, een zeker risico loopt. De schuldenaar, die thans hier voor mij zit, houd ik voor een fatsoenlijk man. Doch in zijn ziel kan ik niet lezen; er is dus een zekere mogelijkheid, dat hij later zal blijken een oplichter te zijn. Hierin ligt voor U wellicht een zeker risico, doch gij wilt dat, door mij een verstrekkende, uitgebreide verklaring te laten teekenen, zooveel mogelijk afwentelen op mij, hetgeen ik allesbehalve fair van U vind. Ik weiger dan ook, de daartoe strekkende verklaring te teekenen.”

het onderpand voor Uwe Bank belang heeft, mij te overtuigen, dat die betaling plaats heeft gehad".⁴⁰ Vervolgens geeft het formulier een opsomming van de aan de bank toe te sturen stukken en laat het de notaris aansprakelijkheid aanvaarden voor door de bank te lijden schade die voortkomt uit onvoldoende naleving van de op hem rustende zorgplicht. Over de uitsluitingsclausule wordt nog niet gerept.

Dit laatste blijft zo na de aanpassing van het formulier in 1932. De notarisverklaring van 1932 brengt slechts in algemene bewoordingen de verfijning dat de notaris zich verplicht er (naar vermogen) op toe te zien, dat wanneer in de koopakte bedingen gemaakt zijn die bij niet-nakoming wanprestatie kunnen opleveren, die bedingen bij het verlijden van de hypotheekakte zijn nagekomen.⁴¹

De conclusie lijkt juist dat het „systeem 1990” gedurende het interbellum wel in de kiem aanwezig is, maar zeker nog niet in zijn uitgekristalliseerde vorm.

2.6 Van 1920 naar 1990, het omslagpunt

Het einde van de tweede wereldoorlog lijkt voor de ontwikkeling in de gebruiken bij de onroerend goed-overdracht de caesuur te geven. De particuliere hypotheekverstrekkers verdwijnen van de markt,⁴² de snelle bevolkingsgroei gepaard aan een grote woningnood dwingt de overheid tot een actief volkshuisvestingbeleid. De spelers van nu zijn volledig aanwezig.

Toch blijkt deze caesuur slechts schijn. De eerste naoorlogse jaren zagen geen opleving van de particuliere bouw, met name vanwege de gefixeerd lage huren. De overheid bouwde zelf of liet, met haar steun, bouwen door de woningcorporaties. Voor de bouw van woningen voor de verkoop kon, als voor de oorlog, slechts tot 70% van de grond- en bouwkosten worden gefinancierd. Voor veel

40. Notarisverklaring 1924, Correspondentieblad 1924, p. 36.

41. Correspondentieblad 1932, p. 400.

42. Rijnvos noemt als waarschijnlijk belangrijkste oorzaak hiervan de verslechterende verhouding tussen particuliere vermogens en woningprijzen. C. J. Rijnvos, Maatschappelijke plaatsbepaling van de hypotheekbanken in Nederland, in Vijfenzeventig jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (1981), p. 136.

particulieren bleek het onmogelijk het resterende percentage van de kosten uit eigen middelen op te brengen.⁴³

Ook krijgt men uit de juridische literatuur niet de indruk van een nieuwe tijd. Het artikel van Van der Ploeg over de levering van onroerend goed in 1947 in het WPNR, ademt meer de sfeer van 1920 dan die van 1990.⁴⁴

Werkelijke veranderingen vinden eerst plaats in het midden van de jaren vijftig. Bezitsvorming door middel van eigen woningbezit wordt een uitgangspunt van beleid. In 1956 introduceert de overheid de premies, de premietoelagen en de gemeentegarantie.

Doel is voor een veel grotere groep Nederlanders de financiering van een eigen woning, door middel van een hypotheek, mogelijk te maken. Dankzij de gemeentegarantie kan een hypothecaire financiering worden verkregen, eerst tot 90% en later zelfs tot 100% van de stichtings- of aankoopkosten. De premiereregelingen maken het eigen huis ook voor de modale inkomenstrekker bereikbaar.

Het omslagpunt van het „systeem 1920” naar het „systeem 1990” moet naar mijn indruk aan het eind van de jaren vijftig worden gelegd. De omzet aan hypotheekbanken van de Nederlandse hypotheekbanken bereikt eerst in 1958 het niveau van 1930. Daarna ging het echter snel omhoog. Per 31 december 1962 bedroeg het bij de hypotheekbanken uitstaande krediet het drievoudige van dat van 1955.⁴⁵ Met het eigen woningbezit is het daarna snel opwaarts gegaan.

Vanaf 1960 is het voor een belangrijk deel van de bevolking mogelijk een eigen huis te kopen. Uitsluitend op basis van inkomen kan een nagenoeg volledige financiering worden verkregen. Fiscale

43. Ontleend aan P. W. Klein en H. H. Vleesenbeek, De geschiedenis van het hypotheekbankwezen in Vijfenzeventig jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken, p. 24.

44. P. W. van der Ploeg, Levering van onroerend goed, WPNR 3999-4002 (1947). Zo schrijft hij ondermeer op p. 305: „De voorlopige koopakte verschilt dus volgens deze notaris-opvatting niet hierin van de akte, die wordt overgeschreven, dat de eerste de obligatoire en de tweede daarmede de zakelijke overeenkomst inhoudt. Neen, de overeenkomst in de voorlopige akte neergelegd is niet van andere inhoud dan die welke de definitieve akte behelst, beide zijn op eigendomsovergang gericht.”

45. Klein en Vleesenbeek, De geschiedenis van het hypotheekbankwezen, p. 26.

faciliteiten kunnen daarbij nog werken als een extra stimulus voor het creëren van een hypothecaire schuld. Een hypothecaire geldlening van buiten de kring van familie of bekenden is voor de bezitter van een eigen huis een volstrekt normale zaak geworden.⁴⁶

In 1960 is de markt van hypothecaire leningen zeer sterk groeiende en geheel in professionele handen. De overheid staat naast de hypothecaire financiers met een direkt belang bij een absolute zekerheid voor de hypothecaire belegging, bij vaste procedures en bij duidelijke afspraken.⁴⁷ Notariaat en bankwezen hadden al decennia laten zien die afspraken te kunnen maken. De aanpassing van de notarisverklaring in 1963 laat voor het eerst de notaris verklaren „dat ik tegenover U op mij heb genomen. . . mij ervan te overtuigen, dat de eigendom van het onderpand niet kan worden aangetast, hetzij op grond van de artikelen 1302 en 1303 BW, hetzij anderszins”.⁴⁸

3. DE ONDERGANG VAN DE TOVERFORMULE

3.1 *Vergaande derdenbescherming*

Het causale en negatieve stelsel is onder het nieuwe recht als uitgangspunt gehandhaafd.⁴⁹ De gevolgen van deze keuze zijn echter ten opzichte van derdenverkrijgers te goeder trouw verregaand gerelativeerd. Zo is een hypotheekhouder in beginsel beschermd tegen een dwalingsaktie van de rechtsvoorganger van zijn hypotheekgever op grond van de artikelen 3:88 en 3:98. Tegen een on-

46. Toen de Rotterdamse Kamer van Koophandel in 1840 gevraagd werd haar oordeel te geven over een eventuele oprichting van een Staatshypotheekbank, adviseerde zij negatief. De Kamer antwoordt ondermeer: „Zij stelt nog altijd grooten prijs op dien trek van het Oud-Hollandsche karakter, om eenen eer te stellen in onbelast bezit van zijne goederen en zij beschouwt onbelaste goederen als werkelijken rijkdom van het land. Zulks te ondermijnen zou onverantwoordelijk en gevaarlijk zijn – en het hypotheekeren, niet anders dan een noodzakelijk kwaad zijnde, behoort niet aangemoedigd te worden!“. Ontleend aan: De Wilde, Een eeuw financiering van onroerend goed, p. 150. Vanaf de vijftiger jaren ging dit Hollands karakter in zijn tegendeel verkeren.

47. Er is een rechtstreekse koppeling tussen de gemeentegarantie, de premies en de hypothecaire geldlening.

48. Wijziging per 1 juli 1963. Correspondentieblad 1963, p. 127 e.v.

49. Zie artikel 3:84; Parl. Gesch. Boek 3, p. 316-317; artikel 3:20; Parl. Gesch. Boek 3, p. 107 e.v.

volledigheid of onjuistheid in de openbare registers wordt de derde beschermd door de artikelen 3:24-26. Artikel 3:30 tenslotte maakt de Staat voor zo'n onvolledigheid of onjuistheid aansprakelijk.⁵⁰

Wat de regeling van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten betreft, de constructie dat door wanprestatie de stilzwijgend opgenomen ontbindende voorwaarden geacht wordt vervuld te zijn, is verlaten. In geval van toerekenbare tekortkoming, de nieuwe term voor wanprestatie, heeft de derde zelfs geen bescherming meer nodig. Wordt een overeenkomst wegens zo'n tekortkoming ontbonden, dan wordt voor zover reeds is nagekomen, op grond van artikel 6:271 de causa door de tekortkoming niet aangetaast. De verbintenis tot ongedaanmaking die dit artikel noemt is obligatoir, de derde staat hierbuiten.

Het nieuwe BW brengt het einde van de toverformule, maar op termijn. Artikel 182 van de Overgangswet bepaalt dat voor verbintenissen die reeds vóór de invoering van het nieuwe recht niet, niet volledig of niet tijdig zijn nagekomen, de rechtsgevolgen van dit tekortschieten nog door het oude recht worden geregeerd. In akten van transport van ná de ingangsdatum van het nieuwe recht, waaraan een overeenkomst van vóór die datum ten grondslag ligt, zal men de clause dus blijven gebruiken.

Ook zal het notariaat, voorzichtig als het is, de uitsluitingsclause nog wel blijven opnemen in de omschrijving van de titel van aankomst van de vervreemder van een onroerend goed als deze van vóór 1992 is. Strikt nodig lijkt dit niet. De verkrijger is hier immers derde, hij geniet bescherming tegen een titelgebrek in een vroegere overdracht op grond van artikel 3:88. Dit laatste artikel werkt onmiddellijk na de invoering van het Nieuw BW. Het geldt derhalve ook wanneer de titel op grond waarvan de rechtsvoorganger verkreeg van degeen die er een beroep op doet, wegvalt vanwege een wanprestatie die nog door het oude recht wordt geregeerd.

3.2 Een vraag tot slot

Wanneer na inschrijving van de transportakte en van de akte van

50. Over de relatie tussen aansprakelijkheid van de overheid en beroepsfouten van de notaris: W. G. Huygen, WPNR 5940 (1989), p. 753.

hypothek de gelden zijn uitgekeerd, is de zaak gedaan. Wil men voor alles rechtszekerheid, dan moeten partijen nergens meer op terug kunnen komen. Dit rechtszekerheidsargument zou ervoor pleiten ook onder het nieuwe recht in transportakten de bevoegdheid tot ontbinding uit te sluiten. De mogelijkheid van een terugoverdracht van het goed op basis van artikel 6:271, dat dit immers in geval van ontbinding voorschrijft, wordt hiermede de pas afgesneden. De benadeelde resteert een vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 6:74 of tot herstel gebaseerd op artikel 7:21.

Duidelijk zal zijn dat waar bijvoorbeeld een bouwondernemer een aantal door hem gebouwde woningen overdraagt aan particulieren het opnemen van een verbod op ontbinding in de akte van levering niet mogelijk is. Het geldt dan als een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231. Het beding heeft een plaats op de „zwarte lijst” van artikel 6:236.⁵¹ Evenzo lijkt weinig controversieel dat onder specifieke omstandigheden, wanneer partijen zulks wensen, het opnemen van een uitsluitingsclausule in een leveringsakte tussen particulieren geraden kan zijn.

Is het nu raadzaam in de akte van levering naar Nieuw BW de uitsluiting van het recht op ontbinding als een nieuwe toverformule toch maar weer „standaard” op te nemen? Voor veel notarissen, gewend om de zekerheid voorop te stellen, een aantrekkelijke gedachte. In het voorafgaande is betoogd dat de opkomst van de uitsluitingsclausule onder het huidige recht parallel gelopen is met de doorbraak van de hypothecaire financiering. Een volledige bescherming tegen de gevolgen van een ontbinding van de verkrijgingstitel van de hypotheekgever werd een eis van het rechtsverkeer.

De notariële bemoeienis met het onroerend goed, zoals deze zich in de beschreven decennia ontwikkelde, heeft sterk gestaan in het teken van de rechtszekerheid. Het notariaat speelde een sleutelrol waar het erom ging de ongewenste effecten van het causale en negatieve stelsel en van de wanprestatie als ontbindende voorwaarde, te overwinnen. Het nieuwe recht kent die ongewenste effecten niet. Een vergaande rechtszekerheid kunnen derden nu aan de wet ontlenuen. De uitsluiting van het recht op ontbinding om

51. Artikel 236 sub b.

de rechten van derden veilig te stellen, is niet langer nodig. Als enig motief blijft over de eis van rechtszekerheid in de verhouding tussen vervreemder en verkrijger. Maar wanneer dit belang wordt afgezet tegen het andere beginsel dat zich hier wil doorzetten – de eis dat het geheel van rechten en plichten van de contractanten zich in beginsel in een redelijk evenwicht bevindt –, moet aan dit laatste beginsel dan niet de voorrang gegeven worden?⁵²

De vraag of het wenselijk is in de leveringsakte volgens NBW het beroep op ontbinding „standaard” uit te sluiten, wordt zo tot de vraag naar de plaats welke het notariaat onder het nieuwe recht zal willen innemen. Die plaats zal veranderen omdat de samenleving blijft veranderen en omdat, vanaf 1992, het recht veranderd is. Enerzijds zal de wet aan derden die op registergoederen rechten verkrijgen, veel meer bescherming bieden, aan de andere kant krijgen partijen in hun onderlinge verhouding meer mogelijkheden tot nuancering van hun rechtsbetrekking.⁵³ Derden zijn beschermd tegen de effecten van een ontbinding na overdracht en tegen een onjuiste inschrijving in de registers. Wat betreft het gehalte van de wilsovereenstemming, wat betreft de mate waarin partijen de strekking van hun handelen behoren te overzien, stelt de tijd

52. Waar van „inequality of bargaining power” sprake is, kan het recht tussen partijen de gelijkheid herstellen door de zwakkere in bescherming te nemen. J. B. M. Vranken in zijn Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht (1989), p. 72 e.v. onderscheidt die beschermende maatregelen in twee hoofdvormen. De eerste soort impliceert het opnemen van dwingend-rechtelijke bepalingen. De algemene regels die zouden gelden zonder deze specifieke bepalingen, worden aangepast ten behoeve van bepaalde groepen en/of rechtshandelingen. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in het arbeidsrecht, in het huur- en pachtrecht en ondermeer in de Tijdelijke wet huurkoop onroerend goed. Eenzelfde gedachte ligt aan de wens ten grondslag voor de koopovereenkomst betreffende registergoederen de notariële akte voor te schrijven. De tweede hoofdvorm is de subjectivering. De algemene regels blijven gehandhaafd maar de toepassing varieert met de omstandigheden van het geval. Zo wordt gekeken naar de aard van de rechtshandeling, naar de onderlinge verhouding van partijen en naar hun deskundigheid.
53. Een aardig voorbeeld hiervan is artikel 6:230. Hier wordt de mogelijkheid gegeven de vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling te voorkomen door een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen, die het nadeel op afdoende wijze opheft.

strengere normen die in het recht hun weerslag vinden.⁵⁴ Het komt mij dan ook voor dat, in het totale proces dat uitmond in de overdracht van een registergoed, de obligatoire fase ten opzichte van de goederenrechtelijke fase in belang zal toenemen.

Het notariaat staat op twee benen. Het dient de algemene rechtszekerheid en tevens de rechtsbescherming met name waar het ongelijke verhoudingen betreft.⁵⁵ Als dienaar van de rechtszeker-

54. Vranken, a.w., p. 201 spreekt meer algemeen van een evolutie van het verbintenissenrecht in de tachtiger jaren. Hij wijst op „ontwikkelingen als een toenemende inhoudelijke controle op wat overeengekomen is, de verspreiding van de vertrouwensbescherming, de afkalving van de exclusiviteit van het contract of, positiever, het ontstaan van andere vormen van gebondenheid, het naar elkaar toegroeien van de beoordelingsmaatstaven bij contract (redelijkheid en billijkheid, goede trouw) en onrechtmatige daad (maatschappelijke zorgvuldigheid), alsook de veranderde aard van het verbintenissenrecht, onder meer blijkend uit de grote nadruk op differentiatie ondanks de schaalvergroting van het handelsverkeer, die allerwegen geconstateerd kan worden”.
55. De taak van de notaris in het kader van de rechtshulp en voorlichting is in de laatste decennia veelvuldig naar voren gebracht. Zo pleitte H. W. Wiersma in zijn artikel De informatieplicht van de West-Duitse notaris, WPNR 5237, 5238 (1973) op p. 493 voor de invoering naar Duits voorbeeld van een wettelijke informatieplicht voor notarissen; met name ook omdat hij constateerde dat steeds grotere groepen onervarenen aan het rechtsverkeer gingen deelnemen. Het rapport van de Commissie Ereregelen van de Koninklijke Notariële Broederschap, WPNR 5395 (1977), groene bijlage, citeert op p. 48 uit een rede van de voorzitter van de Broederschap der Notarissen, gehouden in 1969: „Zelfs als een voorlopig huurkoopcontract is gesloten kan de notaris, als zulks in een bepaalde situatie gewenst zou zijn, zijn invloed aanwenden om alsnog verbeteringen aan te brengen of zelfs partijen tot het inzicht te brengen, dat de gesloten overeenkomst tot niets kan leiden en beter ontbonden kan worden. En wellicht zal men, al weer in bepaalde gevallen, zich meer moeten afvragen of de betrokken partijen, al hebben zij tevoren een ontwerp gehad, zich wel goed realiseren, waartoe zij zich verplichten.” Het rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris van de Notariële Broederschap uit 1986 stelt dat de notaris zijn medewerking moet weigeren wanneer een partij bij de overeenkomst „ten gevolge van zijn monopolie-positie of door economisch of sociaal overwicht, zijn wederpartij één of meer eenzijdige voorwaarden wil afdwingen” (p. 22), hetgeen een degelijke voorlichting impliceert (zie met name ook p. 33 van het rapport). In zijn noot onder HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766; „Groningse notaris” betwijfelt Luijten of de Hoge Raad de algemene informatieplicht in abstracto voor de notaris aanvaardt. Deze zou het college, relativerend, nog doen afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. De slotzin van onderdeel 3.3 van het arrest klinkt, ook volgens Luijten, echter als een standaardnorm voor het

heid heeft de notaris als onroerend goed-jurist, de afgelopen decennia zijn waarde bewezen. De komende periode moet naar mijn inschatting voor de notaris in het onroerend goed de tijd worden waarin hernieuwde aandacht gegeven wordt aan de rechtsbescherming, aan het behoeden van het evenwicht in de contractuele verhouding. Waar het gaat om het zoeken naar evenwicht in het concrete geval, is geen plaats voor het modelmatig uitsluiten van een zo belangrijk recht als dat op ontbinding. Het is niet langer nodig de wet te repareren. Wat mij betreft kan de uitsluitingsclausule als toverformule tenonder gaan.

notarieel handelen: „De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee, dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen, dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.”