

Vergaderjaar 1985–1986

17 496

Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3)

Nr. 15

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET EINDVERSLAG

Ontvangen 2 januari 1986

Artikel 3.1.2.4a

De leden van de fractie van het C.D.A. hebben gevraagd waarom in het onderhavige artikel niet expliciet is bepaald dat, indien uit dit artikel niet kan worden afgeleid welk van beide inschrijvingen de hoogste rang heeft, beide een gelijke rang hebben.

Voorop moet worden gesteld dat een zodanige bepaling op zich zelf overbodig is. Deze regel wordt immers door artikel 3.1.2.4a lid 1 zelf tot uiting gebracht, nu daar geheel in het algemeen wordt vooropgesteld dat de rangorde van inschrijvingen die op hetzelfde registergoed betrekking hebben, door de volgorde van de tijdstippen van inschrijving wordt bepaald. Gelijkijdige inschrijvingen leiden derhalve tot gelijke rang, tenzij, zoals artikel 3.1.2.4a lid 1 eraan toevoegt, uit de wet, bijv. uit artikel 3.1.2.4a lid 2, een andere rangorde voortvloeit. De opmerking in de memorie van antwoord, blz. 10, bovenaan, dat van een nadere uitwerking is afgezien in verband met de uitzonderlijke aard van deze gevallen die ook in het huidige recht geen moeilijkheden geven, heeft dan ook alleen betrekking op de rechtsgevolgen die gelijke rangorde van de inschrijvingen, al naar gelang van de rechten waarop zij betrekking hebben, kunnen hebben. Het verdient de voorkeur deze materie aan de praktijk over te laten zowel wegens de specieuze aard daarvan als omdat niet alle mogelijkheden zich tevoren laten overzien, waarbij mede moet worden bedacht dat in toekomstige wetgeving nog feiten inschrijfbaar kunnen worden gemaakt, die het ook in de regeling van het nieuwe wetboek nog niet zijn, zulks zowel ten aanzien van onroerende zaken als ter zake van schepen en luchtvaartuigen.

Artikel 3.1.2.7

1. Voorts is bij de commissie de vraag gerezen waarom in artikel 3.1.2.7 bescherming tegen onvolledigheid wordt geboden tenzij de derde-verkrijger het niet ingeschreven feit «kende», terwijl in de artikelen 3.1.2.8 en 3.1.2.8a bescherming tegen onjuistheid wordt geboden tenzij de derde-verkrijger deze onjuistheid «kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.» Bij de commissie bestond de indruk dat het onderhavige onderscheid bestaat omdat er in het door artikel 3.1.2.7 bestreken geval in beginsel geen sprake zal kunnen zijn van een niet-inge-

schreven feit dat de verkrijger door de gebruikelijke wijze van raadpleging van de registers ter zake van inschrijvingen met betrekking tot het betreffende goed had kunnen kennen.

De indruk van de commissie is juist. De omstandigheid dat het in beginsel inschrijfbaar feit niet is ingeschreven, zal meebrengen dat het door raadpleging van de registers niet kan worden gekend. Is een op hetzelfde registergoed betrekking hebbend stuk ingeschreven, waaruit men de mogelijkheid zou kunnen afleiden dat het niet ingeschreven feit zich niettemin heeft voorgedaan, dan mag uit het ontbreken van een inschrijving waaruit van dat feit zelf blijkt, door de raadpleger van de registers worden afgeleid, dat met deze mogelijkheid geen rekening behoeft te worden gehouden. Dit is slechts anders wanneer het gaat om een verkrijger die het betreffende feit uit andere hoofde kende. Dit past in het negatieve stelsel, dat meebrengt dat in beginsel erop mag worden vertrouwd dat niet ingeschreven, inschrijfbaar feiten zich niet hebben voorgedaan, maar dat insluit dat men er niet op mag vertrouwen dat wat wél ingeschreven is, de rechtstoestand van het registergoed steeds ook juist weergeeft.

Zo zal indien bijvoorbeeld een voorwaardelijke rechtshandeling is ingeschreven, maar niet de eventueel reeds tot stand gekomen vervulling van de voorwaarde, deze vervulling niet aan een derde-verkrijger als bedoeld in artikel 3.1.2.7 lid 1 tegengeworpen kunnen worden, tenzij hij deze vervulling kende. Dat zal overigens slechts van praktisch belang zijn als tevens vaststaat dat vervulling ook niet meer mogelijk is; men denke bijvoorbeeld aan de ontbindende voorwaarde dat binnen een bepaalde, op het tijdstip van de raadpleging reeds verstreken termijn een bepaalde gebeurtenis zal plaatsvinden.

Wellicht is de door de commissie geciteerde schrijver (J. J. A. de Groot in «De levering van onroerend goed». Ars Notariatus XXXII, p 99) door de aard van het door hem gebezigde voorbeeld op een dwaalspoor geraakt. Hij denkt aan het academische geval dat op een erfpacht een hypotheek gevestigd wordt onder de opschortende voorwaarde dat een door de eigenaar tot de erfpachter ingestelde vordering tot vernietiging van de titel van de vestiging van de erfpacht zal worden afgewezen en vraagt zich af of een latere verkrijger van de erfpacht zich erop zou kunnen beroepen dat hij het feit van de door de eigenaar ingestelde rechtsoverdracht niet kende. Niet is echter in te zien waarom kennisneming van deze rechtsoverdracht voor hem van belang zou kunnen zijn, nu uit de registers blijkt dat de hypotheek voorwaardelijk is verleend en hij hoogstens bij vervulling van de voorwaarde het voordeel heeft dat de erfpacht uiteindelijk onbezwaard blijkt te zijn. Jegens de eigenaar zou hij, zo deze in zijn vordering slaagt, zodat door het wegvallen van de titel van vestiging van de erfpacht de situatie van artikel 3.4.2.3b intreedt, zich reeds niet op goede trouw in de zin van dat artikel kunnen beroepen, omdat uit de voorwaarde waaronder hypotheek is verleend, blijkt dat de voormelde titel door de eigenaar wordt aangevochten; de goede trouw van de nieuwe erfpachter wordt dan doorbroken door artikel 3.1.2.6, terwijl artikel 3.1.2.7 daarbij niet aan de orde komt.

2. Bovendien heeft de commissie mijn oordeel gevraagd over de stelling van De Groot dat de in de artikelen 3.1.2.8 en 3.1.2.8a neergelegde onderzoeksverplichtingen beperkt moet worden tot wat behoorlijk is, aangezien het ondoenlijk is alle ingeschreven akten na te gaan, waartoe de redactie van deze bepalingen naar het oordeel van deze schrijver wel zou dwingen.

De in de voormelde bepalingen en in artikel 3.1.2.6 gebezigde redactie beoogt de goede trouw van de betreffende verkrijger slechts te doorbreken voor wat feitelijk gekend zou zijn bij de «raadpleging» van de registers. Daarbij is met de term «raadpleging» bedoeld het onderzoek van de akten betreffende het registergoed, waartoe degene die de registers wil raadplegen, aan de hand van de hem bekende gegevens door middel van de krachtens de Kadasterwet daartoe aan het publiek ten dienste gestelde middelen toegang heeft; men zie artikel 49 lid 1 Kadasterwet in verband met artikel 3.1.2.1 lid 2 («hoe de registers worden ingericht hoe de registers kunnen worden geraadpleegd»).

Een verder gaande onderzoeksplicht vloeit uit de voormelde bepalingen niet voort. De Groot heeft als alternatieve redactie voorgesteld om de woorden «zouden zijn gekend» te vervangen door: behoorden te zijn gekend. Deze laatste formule zou echter de indruk kunnen wekken dat men, afhankelijk van de omstandigheden wel tot meer verplicht is, bijvoorbeeld als de inschrijving of de kadastrale toegangspoort tot de betreffende inschrijving misleidend is (zie Parl. Geschiedenis van Boek 3, blz. 129, onderaan) of als de raadpleger in de gegeven omstandigheden had moeten begrijpen dat niet bij voorbaat uitgesloten was dat in een akte betreffende andere registergoederen iets te vinden was wat bij raadpleging van de stukken betreffende het registergoed waarop het onderzoek was gericht, verborgen bleef. Een zo ver gaande onderzoeksplicht is evenwel niet bedoeld en zou ook uit een oogpunt van een rechtszekerheid onwenselijk zijn.

Artikel 3.1.2.10

Voorop moet worden gesteld dat in het huidige recht de figuur van doorhaling van inschrijvingen nagenoeg uitsluitend voorkomt bij hypotheeken en beslagen. De doorhaling bestaat dan uit een maatregel die louter administratief van aard is. Zij houdt in de plaatsing op het betreffende ingeschreven stuk van een aantekening (relaas van doorhaling) door de bewaarder. In dat relaas wordt vermeld het stuk op grond waarvan de bewaarder wordt gemachtigd de doorhaling te verrichten. Laastbedoelde stukken, meestal royementsakten als bedoeld in artikel 1240 B.W., worden onder het huidige recht niet ingeschreven in de openbare registers. Zij blijven wel onder de bewaarder berusten en zijn voor het publiek raadpleegbaar. Vorenbedoelde stukken relateren veelal de feiten op waarvan de hypotheek of het beslag is tenietgegaan. Voor het publiek dat de registers raadpleegt levert de doorhaling een waarschuwig op, doch het louter administratieve karakter van deze aantekeningen brengt mee dat zonder onderzoek van het in die aantekening vermelde stuk op grond waarvan is doorgehaald, niet kan en mag worden vertrouwd, dat het in het ingeschreven stuk bedoelde recht is tenietgegaan.

Uit het vorenstaande is tevens af te leiden dat onder het huidige recht de doorhaling tevens het enige middel is om in de openbare registers zelf het tenietgaan van een hypotheek of beslag kenbaar te maken.

Onder het nieuwe recht zullen echter de stukken waaruit van het tenietgaan blijkt, vergelijkbaar met de huidige akten van royement wel worden ingeschreven; zie onder meer de artikelen 3.9.4.19 en 3.9.4.20 en het nieuwe artikel 513a Rv.. Op de juistheid van de inhoud van deze ingeschreven stukken mag, i.t.t. het relaas van doorhaling, wel worden vertrouwd. Dit zelfde geldt ook met betrekking tot de juistheid van een verklaring van waardeloosheid, afgelegd door de betreffende belanghebbende, waarin de feiten waarop de waardeloosheid berust moeten worden vermeld.

Het vorenstaande leidt er toe dat onder het nieuwe recht de doorhaling niet meer zal zijn een verwijzing naar een niet in de openbare registers ingeschreven stuk dat onder de bewaarder berust, maar een verwijzing naar een – onder de werking van het nieuwe recht – in de openbare registers ingeschreven stuk waaruit de waardeloosheid van de inschrijving betreffende een hypotheek of beslag blijkt dan wel het tenietgaan daarvan. Dit brengt mee dat de betekenis van de doorhaling slechts beperkt is; het komt aan op de feiten die zijn ingeschreven, naar welke inschrijvingen het relaas van doorhaling verwijst. Men zie voor dit nieuwe recht artikel 8 lid 3 Kadasterwet en de memorie van toelichting daarbij, blz. 37–40.

Tegen deze achtergrond zou uitbreiding van de figuur van doorhaling tot alle inschrijvingen, dus ook bijv. tot ingeschreven – of naar huidig recht: overgeschreven – akten van overdracht een last op de bewaarder leggen die niet door voordelen wordt gerechtvaardigd. Zo worden door de inschrijving van een onteigeningsvonnis alle daaraan voorafgaande

overdrachten in beginsel waardeloos. Het zou echter veel te ingrijpend zijn om daaruit de consequentie te trekken dat niet alleen volgens artikel 59 lid 3 onteigeningswet hypotheek en beslagen moeten worden doorgehaald maar ook alle akten van overdracht e.d. die aan de onteigening zijn voorafgegaan en door deze onteigening hun betekenis hebben verloren. De inschrijving van het in kracht van gewijsde gegane onteigeningsvonnis zelf biedt hier voldoende zekerheid. Iets dergelijks geldt in geval van een geslaagd beroep op verjaring, die vervolgens met toepassing van artikel 3.1.2.2 lid 1 onder i in de registers is ingeschreven en waarbij het zich eveneens kan voordoen dat de betreffende inschrijving aan eerdere inschrijvingen betreffende het registergoed de betekenis ontnemt.

Bij dit alles moet er bovendien nog rekening mee worden gehouden dat overbrenging op microfilms van in- of overgeschreven stukken in verband met bewaringsproblemen, die ook thans mogelijk is, een nieuwe en duidelijker wettelijke basis krijgt in artikel 9 Kadasterwet; men zie ook de memorie van toelichting daarbij. Het geeft echter praktische moeilijkheden om op een microfilm een relaas van doorhaling te plaatsen.

Artikel 3.1.2.12

Dit artikel is toegevoegd in gevolge een opmerking die de commissie heeft gemaakt in het eindverslag bij artikel 3.4.2.4. Hier moge voor wat betreft de redenen van deze opneming worden verwezen naar hetgeen in deze nota bij dit laatste artikel daaromtrent is aangekend. Voor wat betreft de inhoud van de bepaling wordt, mede naar aanleiding van met de Koninklijke Notariële Broederschap gevoerd overleg, voorts op het volgende gewezen.

Met een «Nederlandse Notaris» is hier evenals elders bedoeld een notaris in de zin van artikel 1 van de Wet op het Notarisambt. Bijv. een notaris naar het recht van de Nederlandse Antillen valt daar niet onder, ook niet krachtens artikel 40 van het Statuut voor het Koninkrijk, dat alleen op de tenuitvoerlegging in de zin van de artikelen 430 e.v. Rv., respectievelijk 305 e.v. het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen ziet.

De bepaling is beperkt tot wetsbepalingen die betrekking hebben op registergoederen. Zij geldt derhalve voor bepalingen als de artikelen 3.4.2.4., 3.9.4.2., 3.9.4.6., 3.9.4.16 lid 1, 5.3.10a, de artikelen 5.5.1 en 5.5.1a, zoals deze zijn komen te luiden bij de tweede nota van wijziging betreffende het vierde gedeelte van de invoeringswet van 13 september 1985, 5.7.1.5b lid 2, derde zin, de artikelen 5.10.1.2, 5.10.4.1., 5.10.4.2c, en artikel 6.5.3.4. Ook geldt het voor voorschriften die op deze bepalingen voortbouwen, bijv. door ze van overeenkomstige toepassing te verklaren. Men denke aan vestiging, overdracht en afstand van beperkte rechten op registergoederen krachtens artikel 3.4.2.11, levering van een aandeel in een registergoed krachtens artikel 3.4.2.7b, en aan levering van een registergoed aan degene aan wie dit bij de verdeling van een gemeenschap is toegedeeld, met toepassing van artikel 3.7.1.14a lid 1.

Het nieuwe artikel geldt daarnaast ook bijv. voor de voorschriften met betrekking tot registergoederen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals de artikelen 514 e.v. en 544 e.v., en in de Kadasterwet, zoals de artikelen 18, 25, 27, 28, 31, 32, aanhef en onder b, 34 lid 2, 35, 36, 37, 38, 42 lid 1 en 60 lid 3. Uit de toepasselijkheid van artikel 3.1.2.12 in al deze en soortgelijke gevallen vloeit tevens voort dat bij bepalingen die in samenhang met deze gevallen aan de notaris een bepaalde bevoegdheid ten aanzien van een registergoed geven, ook deze bevoegdheid slechts aan een Nederlandse notaris toekomt. Men denke bijv. aan de artikelen 3.9.1.6b lid 3, tweede zin, 3.9.4.11, 3.9.4.16 leden 2-5, de artikelen 539 en 551 e.v. Rv. en aan artikel 62 lid 5 van de Kadasterwet, dat van overeenkomstige toepassing wordt verklaard bijv. in de artikelen 65, lid 3, 66 lid 3, 69 lid 1, 70 lid 2, 71 lid 3, 91 en 98 van die wet.

Anderzijds geldt het nieuwe artikel niet bijv. voor het geval van een testament (artikel 985 BW), zelfs als dit een legaat van een registergoed zou bevatten, noch voor huwelijkse voorwaarden (artikel 115 lid 1 BW) of, in de gevallen dat daarvoor een notariële akte vereist is, voor de verdeling van een gemeenschap waarin zich een of meer registergoederen bevinden. Het gaat in deze gevallen immers niet om «een wetsbepaling die betrekking heeft op registergoederen». In deze en dergelijke gevallen blijft derhalve de vraag of een akte van een Nederlandse notaris vereist is of in welke situaties vereist is, overgelaten aan de desbetreffende regels van het internationaal privaatrecht of aan het in het gegeven geval eventueel toepasselijke verdrag.

Iets dergelijks geldt ook voor de eis van «bij authentieke akte verleende volmacht», gesteld in artikel 3.9.4.2 lid 3, waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de hypotheekgever dient te worden beschermd tegen onvoldoende doordachte instemming met bezwaring door hypotheek van een aan hem toebehorend registergoed. Het zou op praktische bezwaren stuiten hier steeds een akte van een Nederlandse notaris te eisen, ook bijv. wanneer de volmachtgever in het buitenland woont en de figuur van de volmacht nu juist wordt gebezigd om de vestiging van de hypotheek mogelijk te maken zonder dat hij zich naar Nederland begeeft. Een volmacht, opgemaakt ten overstaan van een buitenlandse notaris kan dan voldoende zijn; men zie voor het huidige recht HR 21 november 1952, N.J. 1953, 574.

Intussen kan ook artikel 3.1.2.12 door een eventuele verdragsbepaling worden opzij gezet; men zie het overigens praktisch weinig belangrijke artikel 17 van het Belgisch-Nederlands Executieverdrag van 1925, Stb. 1929, 405, waarvan in verband met de artikelen 55 en 56 lid 1 van het E.E.G.-Jurisdictie en executieverdrag bovendien niet geheel duidelijk is in hoeverre het thans nog geldt.

Wat betreft artikel 50 van het E.E.G.-Jurisdictie en executieverdrag, dit artikel ziet niet mede op de inschrijfbaarheid van de daar bedoelde akten in de openbare registers van andere E.E.G.-landen, doch uitsluitend op tenuitvoerlegging van in executoriale vorm uitgegeven authentieke akten, waaruit bijv. van de verschuldigdheid van een bepaalde geldsom blijkt, zulks met het oog op de executie als bedoeld in artikel 31 van voormeld verdrag en, wat Nederland betreft, in de artikelen 430 e.v. Rv.; men zie Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans la marché commun*, 1972, p. 392, nr. 615; Gothot-Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27.9.1968*, 1985, nrs. 403–409, en Bülow-Böckstiegel, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil und Handelssachen*, Anmerkung 3c bij artikel 50 EWG-Übereinkommen.

Dat dit inderdaad de bedoeling is valt mede af te leiden uit de omstandigheid dat blijkens het rapport, opgesteld door de rapporteur van de groep van regeringsdeskundigen, P. Jenard, artikel 50 bedoeld is in de plaats te treden van de desbetreffende in het rapport opgesomde bepalingen uit de tevoren tussen de oorspronkelijke zes EEG-landen geldende bilaterale executieverdragen, die een vergelijkbre strekking hadden. Slechts het voormelde Belgische-Nederlandse Executieverdrag en het Frans-Belgische executieverdrag, die onderling een grote mate van overeenstemming vertonen, kennen een afzonderlijke bepaling betreffende de inschrijving van in het ene land verleden authentieke akten in de register van het andere land, in beide verdragen bovendien beperkt tot hypotheeken, welke bepalingen in beide verdragen zijn vervat in artikel 17. In de voormelde opsomming van het rapport komen deze artikelen 17 echter niet voor. Daarbij verdient nog aantekening dat in België en Frankrijk het stelsel geldt dat de hypotheek door de enkele notariële akte tot stand kan worden gebracht, waarmee niet onverenigbaar is dat men de inschrijving van die akte met het oog op de werking tegen derden als een vorm van uitvoering ziet. Maar dat is anders in de landen waar de hypotheek pas door de inschrijving zelf van de akte tot stand komt, zoals voor Nederland uit artikel 3.9.4.2 lid 1 voortvloeit. Met dit ook in andere E.E.G.-landen geldende

stelsel strookt het niet hierin een figuur te zien waarbij een in executoriale vorm uitgegeven authentieke akte – een eis die artikel 25 Kadasterwet dan ook voor de inschrijving niet stelt – ten uitvoer wordt gelegd in de zin van de artikelen 430 e.v. Rv.

Er is derhalve noch uit de strekking, noch uit de voorgeschiedenis van artikel 50 van het verdrag een aanwijzing te putten dat het toepassingsgebied van het nieuwe artikel 3.1.2.12 door deze verdragsbepaling zou worden beperkt, al is het laatste woord op dit punt uiteraard aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Artikelen 3.2.2 en 3.2.3

Na haar instemming te hebben betuigd met de opvatting dat rechtshandelingen waarbij de afgelegde verklaring op andere gronden dan een geestesstoornis niet werkelijk is gewild, nietig en niet vernietigbaar moeten zijn, heeft de commissie a) een nadere toelichting gevraagd ten aanzien van de in de memorie van antwoord verwoorde stelling dat vernietigbaarheid moeilijk toepassing zou kunnen vinden, indien beide partijen zich vergissen omtrent de betekenis van een bepaalde term (misverstand). Daaraan heeft de commissie nog de twee volgende vragen toegevoegd: b) kan, indien geen van beide partijen zich op de nietigheid wil beroepen, sprake zijn van een nieuwe, geldige overeenkomst gezien de wil van beide partijen tot gebondenheid? en, c) hoe kan de wederpartij die zich niet op artikel 3.2.3 kan beroepen, bereiken dat gebondenheid bestaat, door het initiatief te nemen tot het sluiten van een nieuwe overeenkomst of door de partij die de niet gewilde verklaring afgelegde, te vragen of hij zich op de nietigheid wil beroepen?

Wat betreft punt a) wordt op het volgende gewezen. Het geval dat *beide* partijen zich vergissen in de betekenis van een bepaalde term zal zich in de praktijk in de regel niet lenen voor toepassing van de stelling die de door de commissie geciteerde schrijfster heeft verdedigd, dat dan niettemin een overeenkomst tot stand komt. Zo heeft het geen goede zin bijv. tot het tot stand komen van een koopovereenkomst te besluiten ingeval dat de ene partij daarbij een zaak van de ene soort en de andere partij een zaak van de andere soort op het oog had. Men denke ook aan het in de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3, blz. 171, als voorbeeld gebruikte misverstand over de term «eerste étage», waarbij de een aan gelijkvloers en de andere aan de daarboven gelegen eerste verdieping denkt. In dit soort gevallen zal bovendien ook de inhoud van de overeenkomst niet goed zijn vast te stellen, zodat de geldigheid mede vastloopt op de eis van voldoende bepaaldheid.

Hetzelfde geldt als bij partijen geen misverstand bestaat – zoals in de voormelde voorbeelden – omtrent een van de essentialia van de overeenkomst, maar over de uitleg van een term in een bepaald bijkomend beding. Het zal er dan in de regel op neerkomen dat partijen wel beide het standpunt innemen een overeenkomst te hebben gesloten, maar twisten over de juiste uitleg daarvan in het licht van wat zij over en weer van elkaar hebben begrepen, naar zij beide beweren, ten onrechte. Het is dan niet reëel om aan te nemen dat zij elkaar dan over en weer bestoken met partiële vernietigingen, telkens van de overeenkomst zoals de ander die ziet. Men bevindt zich hier nog op het terrein van de vraag wat de inhoud van de door partijen gesloten overeenkomst is, te beantwoorden aan de hand van uitleg met toepassing van de artikelen 3.2.2 en 3.2.3. Wat dit betreft zet het nieuwe wetboek de lijn van het huidige recht voort. Anders dan de door de commissie geciteerde schrijfster meent, is er geen goede reden om hiervan af te wijken.

De hierboven onder b) bedoelde vraag is met het voorgaande reeds ten dele beantwoord; er kunnen zich gevallen voordoen dat partijen het over het tot stand komen van de overeenkomst eens zijn, maar in verband met het misverstand slechts twisten over de uitleg. Betreft het misverstand een

essentieel onderdeel van de overeenkomst, dan zal het uiteraard voor elk van de partijen mogelijk zijn, zich alsnog bij de opvatting van de ander neer te leggen. Zo zal de verkoper van de zaak over de aard waarvan misverstand bestond omdat deze niet met een voor beide partijen voldoende duidelijke term werd aangeduid, zich, eventueel stilzwijgend, bij de later aan het licht gekomen voorstelling van de koper op dit punt kunnen aansluiten en aan deze een zaak als door deze gewenst leveren, zonodig met vervanging van hetgeen reeds geleverd is.

Wat tenslotte de onder c bedoelde vraag betreft, het in artikel 3.2.3 gekozen stelsel van een aan de wederpartij van degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, toekomstige bevoegdheid om dit artikel in te roepen, berust op de gedachte dat men deze wederpartij de gevolgen van het bij haar gewekte vertrouwen niet moet opdringen, wanneer zij na ontdekking van het misverstand de ander niet aan diens onbedoelde verklaring wil binden; men denke aan de ontvanger van het bekende verminkte telegram («kopen» in plaats van «verkopen»), die na ontdekking zijn wederpartij fatsoenshalve niet aan deze vergissing wil houden. Hij kan dat in deze vorm doen dat hij zich op het standpunt stelt dat in het geheel geen overeenkomst tot stand kwam, maar hij kan ook het aanbod, zoals het bedoeld was, alsnog aanvaarden, respectievelijk de aanvaarding, zoals zij bedoeld was, overeenkomstig artikel 6.5.2.8 lid 1 als een aanbod opvatten en in die vorm alsnog aanvaarden. In de praktijk zullen deze laatste gevallen dooreenlopen, nu aanbod en aanvaarding immers in de maatschappelijke werkelijkheid niet scherp uiteen te houden zijn.

Artikel 3.2.9

Tot mijn genoegen kon de commissie na kennisneming van de memorie van antwoord in beginsel met de onderhavige bepaling instemmen. Wel had zij nog twee bedenkingen.

In de eerste plaats betwijfelde de commissie de juistheid van de stelling, opgenomen op Nr. 21, vijfde alinea, van de memorie van antwoord dat onder de bepaling mede vallen de kandidaat-notarissen die op een notaris-kantoor werkzaam zijn. Voorop moet worden gesteld dat daarbij moet worden gedacht aan de kandidaat-notarissen, bedoeld in artikel 20b e.v. van de Wet op het Notarisambt, die een betrekking ten kantore van een notaris hebben aanvaard en daarvan kennis hebben gegeven aan de Kamer van Toezicht, tot welker ressort de standplaats van de notaris behoort. Er is geen reden waarom deze groep niet onder art. 3.2.9 lid 1 onder a zou vallen, evenals de kandidaat-notarissen die met toepassing van artikel 20e van de Wet op het Notarisambt zijn aangewezen als waarnemer van een notaris-kantoor of op andere grond formeel optreden als plaatsvervanger voor de notaris om wiens kantoor het gaat; men zie bijv. de artikelen 5 leden 8 en 9, 21 lid 4 en 22 lid 3 van de Wet op het Notarisambt. Ook de kandidaat-notarissen van artikel 20b doen immers in beginsel in het kader van hun stage notariswerk, zij het onder de verantwoordelijkheid van de betreffende notaris; men zie ook art. 50 van de Wet op het Notarisambt. Zo vallen ook onder de term «griffiers» mede waarnemende griffiers en substituut-griffiers en onder de term «deurwaarders» mede de kandidaat-deurwaarders, waarop artikel 37 van het Deurwaardersreglement van toepassing is.

Wat betreft de kring van personen, bedoeld in lid 1 onder c, dient te worden vooropgesteld dat hier een duidelijk criterium moet gelden, aangezien de bepaling anders in verband met de grote uitbreiding van het overheidsapparaat en de overheidszorg in vergelijking met de tijd dat de huidige bepalingen op dit punt tot stand kwamen, tot een ongerechtvaardigde belemmering van het privaatrechtelijke rechtsverkeer zouden leiden. Om deze reden is zij beperkt tot de duidelijk omsgrensde groep van personen die deel uitmaken van de organen van de in de bepaling opgesomde publiekrechtelijke instellingen, die de aan deze instellingen toebehorende

goederen beheren en de bevoegdheid hebben daarover te beschikken. Ambtenaren vallen daaronder niet, ook niet de door Croes bedoelde invloedrijke ambtenaren. Wat betreft het door Croes voorts vermelde voorbeeld van directeuren van privaatrechtelijke rechtspersonen, die met publieke taken zijn belast, hier zou een bepaling als de onderhavige niet passen. Voor zover het bij deze rechtspersonen om vennootschappen gaat, dient hun positie te worden beoordeeld aan de hand van de regels van het vennootschapsrecht en van de statuten; men zie bijv. de artt. 146 en 256 van Boek 2.

Artikel 3.2.11a

Dit artikel is aangepast aan de eindversie van artikel 43 Faillissementswet, zoals dit in het kader van het derde misbruikontwerp (w.o. 16 631) nader is vastgesteld, dat thans bij de Eerste Kamer aanhangig is. Opmerking verdient slechts dat het laatste lid van artikel 43, dat naar artikel 138, tiende lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek verwijst, niet is overgenomen, omdat het zich buiten het geval van faillissement niet voor toepassing leent.

Artikel 3.2.17b

De commissie zou gaarne de door Schoordijk opgeworpen vraag beantwoord zien waarom de rechter in het kader van de onderhavige bepaling slechts de verplichting kan opleggen tot uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt en waarom geen aansluiting is gezocht bij artikel 6.1.9.9 dat schadevergoeding anders dan in geld kent.

Vooropgesteld moet worden dat artikel 6.1.9.9 op goede gronden aan de schuldeiser die recht op schadevergoeding heeft, de bevoegdheid geeft om schadevergoeding in natura te verlangen, maar niet ook aan de schuldenaar de bevoegdheid hem tegen zijn wil schadevergoeding in nature op te dringen; men zie de Parl. Gesch. van Boek 6. 364-365. Het voorbeeld dat Schoordijk aanvoert om te betogen dat in het kader van artikel 3.2.17b behoefte bestaat aan oplegging van een verplichting tot schadevergoeding in natura, is bovendien niet overtuigend. Hij denkt aan het geval dat een woningbouwvereniging een huis heeft verhuurd aan een man en dat de man vervolgens zonder toestemming van de vrouw de huur opzegt en het huis oplevert, terwijl zijn vrouw wegens onenigheid het huis heeft verlaten. Het voorbeeld veronderstelt dan verder dat de echtgenoten zich herenigen en dat de vrouw vervolgens op grond van artikel 88 lid 1 van Boek 1 BW de huuropzegging vernietigt, waarna de woning reeds aan een ander verhuurd blijkt te zijn. Schoordijk ziet hier als de beste oplossing dat het echtpaar dan zou kunnen verlangen dat, als een andere woning in het complex van de woningbouwvereniging vrijkomt, het een voorkeursrecht bij de toewijzing zou hebben. Dit resultaat zal inderdaad maatschappelijk de beste oplossing kunnen zijn. Maar de door Schoordijk voorgestane weg om dit te bereiken is onnodig omslachtig. In een geval als dit is juist vernietiging van de huuropzegging op haar plaats. De verhuurder zal dan in beginstel verplicht zijn dezelfde woning weer ter beschikking van de huurders te stellen en, zo hij dit wegens de rechten van een reeds in de woning getrokken huurder niet kan, schadevergoeding wegens niet-nakoming van de oorspronkelijke huurovereenkomst verschuldigd zijn. Deze vergoeding kan op grond van artikel 6.1.9.9 in natura worden toegekend. Dit is eenvoudiger dan de opzegging ter zake van de oorspronkelijke huurovereenkomst met toepassing van artikel 3.2.17b ondanks de vernietiging geheel of ten dele in stand laten en de rechter de bevoegdheid geven om aan de gewezen huurders een voorkeursrecht te verlenen om met de gewezen verhuurder een andere huurovereenkomst aan te gaan, waardoor de vrouw, naar mag worden aangenomen in een minder sterke positie komt, dan wanneer zij kan uitgaan van een recht op schadevergoeding als voormeld.

Het voorgaande laat zich aldus samenvatten dat artikel 3.2.17b slechts bij uitzondering voor toepassing in aanmerking zal komen, nl. als men met de gewone regels omtrent de gevolgen van de vernietiging van een reeds geheel of ten dele uitgevoerde rechtshandeling niet tot een redelijk resultaat komt. Voor wat het geval van de vernietigde huuropzegging denke men aan de situatie dat de verhuurder noch de oorspronkelijk woning, noch een andere woning ter beschikking van de huurder kan stellen, bijv. omdat hij inmiddels een krachtens een geldend bestemmingsplan op het gehele verhuurde complex liggende bestemming heeft verwezenlijkt (artikel 1623e lid 1 onder 5° BW), een situatie waarin het inderdaad voor de hand kan liggen de opzegging in stand te laten, maar aan de huurder een vergoeding in geld toe te kennen, ook wanneer zijn recht op schadevergoeding wegens wanprestatie twijfelachtig mocht zijn.

Artikel 3.2.17c

De door de commissie gereleveerde mening van Schoordijk dat dit artikel voor alle wilsgebreken zou moeten gelden, omdat dit «uit een oogpunt van vereenvoudiging en deregulering» de voorkeur zou verdienen, moet worden verworpen. Weliswaar zou men dan de artikelen 3.7.3.3, 3.7.3.3.a en 6.5.2.12a kunnen schrappen, maar de aldus verkregen uiterlijke vereenvoudiging zou slechts schijn zijn. Het resultaat zou immers zijn dat de rechter bij elke vernietigbare rechtshandeling voor de vaak netelige vraag zou kunnen worden geplaatst of zij niet ondanks vernietiging op verlangen van een der partijen al of niet in gewijzigde vorm in stand zou moeten blijven. Dit laat zich voor de gevallen van dwaling en misbruik van omstandigheden verdedigen, maar zou als algemene regel tot teveel onzekerheid leiden en daardoor ook een te grote last op de rechter leggen. Bovendien zou dit moeilijk te verenigen zijn met vernietigingsgronden als bedrog en bedreiging waar het slachtoffer – die terecht ieder vertrouwen in zijn wederpartij zal hebben verloren – niet gedwongen moet kunnen worden om zijn rechtsverhouding met deze, zij het ook in gewijzigde vorm, voort te zetten. Schoordijk wijst er voorts zelf terecht op dat de bedrogene of bedreigde die de overeenkomst niet wil vernietigen, wel het recht behoudt om op grond van dezelfde feiten schadevergoeding wegens onrechtmatige daad te vorderen. Maar zijn wederpartij moet hem niet een oplossing in deze trant kunnen opdringen, waartoe de voorgestelde uitbreiding van artikel 3.2.17c de mogelijkheid zou openen. Van de rechter mag voorts ook worden verwacht dat hij een beroep op deze bepaling bij ergerlijke gevallen van misbruik van omstandigheden of van een duidelijk aan de wederpartij verwijtbaar in de hand werken van de dwaling die tot de vernietiging heeft geleid, van de hand zal wijzen, wanneer het slachtoffer niet met die toepassing instemt, ook al kan het slachtoffer het bewijs van bedreiging of bedrog niet leveren en daarmee het beroep op artikel 3.2.17c zonder meer ecarteren. In deze gevallen laat het nadeel zich immers slechts «afdoende» opheffen door de overeenkomst te vernietigen.

Artikel 3.2.20

De door de commissie aangehaalde stelling van Mr. Nieskens-Ipshording dat in het door lid 3 bestreken geval degene te wiens koste de eerbiediging van het recht van de derde gaat, *steeds* de keuze heeft tussen bekrachtiging met eerbiediging van dat recht en nietigheid gaat in haar algemeenheid te ver. Een redactie die dit zou bepalen, zou het voordeel verloren doen gaan van de thans gekozen open formule, die mogelijk maakt in deze moeilijk geheel overzienbare materie met de omstandigheden van het geval rekening te houden. Hoe minder ingrijpend het recht van de derde is, hoe sterker de argumenten om het, zo aan de eisen van het artikel is voldaan, op bekrachtiging te houden. In de daarvoor in aanmerking komende gevallen kan het door de geciteerde schrijfster beoogde resultaat – naar zij zelf ook zegt – met de huidige redactie worden bereikt.

Artikel 3.3.8 en artikel 3.3.2 lid 2

Met de hier opgenomen beschouwingen van de commissie wordt gaarne ingestemd.

Artikel 3.4.2.2a

De commissie stelde de vraag of, indien de vruchtgebruiker gedurende de «looptijd» van een vruchtgebruik als in dit artikel bedoeld overlijdt, voor de resterende tijd ten behoeve van de erven van de vruchtgebruiker een nieuw vruchtgebruik gevestigd moet worden.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. De aard van de onderhavige conversie-bepaling brengt mee dat het vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker definitief eindigt. De strekking van de bepaling is immers dat tijdelijke eigendom is uitgesloten, maar dat nu de wet de figuur vruchtgebruik kent, aangenomen moet worden dat de strekking daarvan zozeer met die van de tijdelijke eigendom overeen komt dat partijen geacht moeten worden dit mindere bedoeld te hebben. Dat strookt met de oorsprong van het artikel, waarvan de gedachte afkomstig is uit de parlementaire behandeling van artikel 4.4.5.1, waar de erfstelling onder tijdsbepaling wordt aangemerkt als en onmiddellijke erfstelling van de laatst geroepene, belast met een legaat van vruchtgebruik ten behoeve van de eerste geroepene. Men zie daarover vooral blz. 59-61 van het verslag van het mondeling overleg, tevens eindverslag, Bijl. Hand. II, 1964-1965 - 3771, stuk nr. 8. Daar is ook aangekondigd dat in Boek 3 tot uiting zal worden gebracht dat tijdelijke eigendom als zodanig niet mogelijk is. Een voor de hand liggend argument waarom dat ook niet mogelijk moet zijn, is dat men aldus de bepalingen betreffende vruchtgebruik zou kunnen ontwijken, met name ook de beperkingen van artikel 3.8.3.

Artikel 3.4.2.3a

1. Hier heeft de commissie een nadere vraag gesteld over het geval dat een handelaar die te goeder trouw een gestolen zaak in zijn bezit krijgt en deze vervolgens doorverkoopt aan een natuurlijke persoon die na zijn verkrijging te goeder trouw krachtens het nieuwe lid 3 onder a ten koste van de bestolene eigenaar van die zaak wordt. In een zodanig geval zal inderdaad deze handelaar bloot staan aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de bestolene tot het bedrag van de door hem van de nieuwe eigenaar verkregen koopsom. De handelaar is immers als gevolg van het nieuwe lid 3 ondanks zijn goede trouw geen eigenaar van de gestolen zaak geworden. Dit brengt mee dat hij in beginsel een onrechtmatige daad pleegt door deze zaak aan een ander door te verkopen, respectievelijk te leveren. Tegen een daarop gegronde vordering tot schadevergoeding van de bestolene zal hij zich slechts kunnen verweren met het betoog dat hem geen schuld treft, waartoe nodig zal zijn dat hij ten tijde van de doorverkoop en de daarop gevolgde levering nog steeds te goeder trouw was. Hij zal dan niet de volle waarde van de zaak en eventuele verdere schade behoeven te vergoeden. Wel zal hij dan echter voor het bedrag van de door hem verkregen koopsom ongerechtvaardigd verrijkt zijn in de zin van artikel 6.4.3.1. Het stelsel van het nieuwe artikel 3.4.2.3a lid 3 impliceert immers dat de bestolene, die eigenaar van de zaak is gebleven, gerechtigd was deze van de handelaar op te eisen, hetgeen door de doorverkoop - waartoe de handelaar jegens de bestolene niet gerechtigd was - onmogelijk is geworden.

2. In het eerste lid zijn door een vergissing na «onbevoegdheid» de woorden «van de vervreemder» uitgevallen. Men vergelijk de aanhef van het artikel in een voorafgaande versie, als ook de aanhef van artikel 3.4.2.3b. Deze vergissing is in de bijgaande nota van wijziging hersteld.

Artikel 3.4.2.4

Het door de commissie vermelde amendement, dat insluit dat in het daar bedoelde geval thans ook een akte van een buitenlandse notaris kan worden gebezigd, zij het met inachtneming van een aantal bijzondere voorschriften, maakt inderdaad wenselijk om met betrekking tot registergoederen een uitdrukkelijke bepaling op te nemen die buiten twijfel stelt wat in de parlementaire geschiedenis reeds enige malen tot uiting is gebracht, met name in de memorie van antwoord bij het onderhavige artikel (blz. 44, eerste alinea) en in de memorie van toelichting bij artikel 25 van de Kadasterwet (blz. 58, derde alinea). In verband daarmee is een nieuw artikel 3.1.2.12 opgenomen dat hiervoor reeds afzonderlijk is toegelicht.

Artikel 3.5.4 juncto artikel 3.4.2.3a

Het is niet nodig voorgekomen uitdrukkelijk te bepalen dat degene die krachtens artikel 3.5.4 verkrijgt, door artikel 3.4.2.3a kan worden beschermd tegen gebreken in de titel in de verhouding tussen de in eigen naam – en derhalve zelf als partij – optredende tussenpersoon en de vervreemder en dat daarbij eventueel het tweede lid van artikel 3.4.2.5 analoog moet worden toegepast. Dit ligt immers reeds gesloten in het in de memorie van antwoord op nr. 53 uiteengezette stelsel. Een uitdrukkelijke bepaling zou voorts de vraag kunnen oproepen wat geldt in andere gevallen waarin rechtsgevolgen uit dit stelsel voortvloeien, zonder dat ook dit nader wordt geëxpliceerd in de wettekst.

Artikel 3.7.1.14a

Het is niet raadzaam voorgekomen om het tweede lid van deze bepaling uitdrukkelijk af te stemmen op het uitzonderingsgeval dat er meerdere titels zijn waaronder de deelgenoot die het goed verkrijgt, het goed hield. Uit de parlementaire geschiedenis van de bepaling blijkt voldoende duidelijk waarin de oplossing in dit soort gevallen moet worden gezocht. Nu zich moeilijk laat overzien welke concrete situaties zich hier in theorie zouden kunnen voordoen, is het beter voorgekomen deze problematiek niet verder vast te leggen.

Artikel 3.7.2.3

1. Het eerste lid dat ieder van de deelgenoten het recht geeft om een boedelbeschrijving te eisen, behoort niet in de eerste afdeling thuis. Het gaat hier om een maatregel waarvan de kosten niet moeten worden onderschat en die alleen in aanmerking komt, wanneer het gaat om de meer gecompliceerde gemeenschappen als in de tweede afdeling bedoeld; men zie ook de nieuwe artikelen 671 e.v. Rv. Bij gemeenschappen van eenvoudiger aard zal van een procedure als daar bedoeld geen behoefte bestaan.

2. Het tweede lid moet in verband worden gezien met het huidige artikel 1110 BW, waaruit voor nalatenschappen hetzelfde voortvloeit; men zie de nota van wijziging van 3 oktober 1983 op het zevende deel van de Invoeringswet, blz. 18, waar is gemotiveerd waarom artikel 1110 voorlopig gehandhaafd wordt.

De ratio van deze bepaling – te weten dat een zware sanctie op zijn plaats is bij een ernstige, maar in situaties als hier aan de orde zijn vaak gemakkelijke vorm van bedrog – geldt bij de omvangrijke gemeenschappen waar afdeling 3.7.2 betrekking op heeft, nauwelijks minder. Te bedenken valt ook dat nalatenschap en ontbonden huwelijksgemeenschap vaak tezamen zullen worden gewikkeld. De aard van de bepaling brengt overigens wel mee dat aan het bewijs van de opzet zware eisen moeten worden gesteld.

Het gevaar dat de bepaling beoogt te keren, ligt bij eenvoudiger vormen van gemeenschap, die beperkter van omvang zullen zijn en waarvan partijen beter zullen kunnen overzien wat er is, minder voor de hand. Deze drastische bepaling is daarom daartoe niet uitgebreid.

Artikel 3.9.4.8

1. Nu de leden van de fracties van de Partij van de Arbeid en het C.D.A. volstonden met hun standpunt te handhaven, respectievelijk zich het recht voor te behouden op hun wens betreffende een wetsvoorstel met een meer afgewogen regeling van het huurbeding terug te komen, moge ik mij ontslagen achten van de verplichting thans nader op deze materie in te gaan.

2. In het derde lid is een vergissing hersteld, die is gemaakt bij de overneming van het huidige artikel 1230 lid BW. Het daar voorkomende woord «schuldenaar» dient in de terminologie van het nieuw BW te worden gewijzigd in: hypotheekgever; zulks met het oog op de mogelijkheid dat deze niet tevens de schuldenaar is.

Artikel 3.10.4.1

In het oorspronkelijk ontwerp van het onderhavige deel van de Invoeringswet was deze wijziging reeds opgenomen. Zij is bij het opstellen van het gewijzigd ontwerp door een misslag uitgevallen. Deze misslag wordt thans hersteld.

Artikel 3.10.4A.5

De conclusie van de commissie dat, zo de zaak tegen de wil van de retentor weer in de macht van de schuldenaar is gekomen, het retentierecht herleeft indien de schuldeiser de zaak via een vordering uit onrechtmatige daad weer onder zich weet te verkrijgen, wordt onderschreven. Inderdaad is ook in dat geval sprake van een «weer uit dezelfde rechtsverhouding onder zich te krijgen», nl. de rechtsverhouding op grond waarvan de retentor de zaak oorspronkelijk onder zich had, totdat de schuldenaar deze op onrechtmatige wijze weer in zijn macht kreeg.

De Minister van Justitie,
F. Korthals Altes