

18 998**Aanvulling van de Overgangswet nieuw
Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5
en 6 nieuw BW (elfde gedeelte))****MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 22 februari 1991

Algemeen

1. Het Voorlopig Verslag maakt melding van de indruk die bij de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVVR) zou bestaan dat bij de voorbereiding van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel geen rekening is gehouden met het commentaar dat zij bij brief van 3 oktober 1984 op een voorontwerp daarvan heeft uitgebracht. Deze indruk is, zoals de Bijzondere Commissie terecht meent, ongegrond.

Het bedoelde voorontwerp is indertijd met een verzoek om commentaar toegezonden aan verscheidene organisaties van juridische beroepsgroepen, zoals de NVVR, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Koninklijke Notariële Broederschap en het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen. Deze alle hebben hun commentaar uitgebracht, waarover veelal nog overleg met het departement heeft plaatsgevonden. De gezamenlijke commentaren hebben tot een diepgaande omwerking van het voorontwerp geleid, voordat het als wetsontwerp in mei 1985 werd ingediend. Dat ook aan de opmerkingen van de NVVR ruime aandacht is geschonken, moge blijken uit de bijdrage van het lid van de werkgroep die zij daartoe instelde, mr. F. B. Bakels, De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over het Ontwerp Overgangswet, in het aan dat ontwerp gewijde nummer van het Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2, blz. 54 e.v.: «Aan de meeste punten van kritiek van deze zijde is inmiddels door de ontwerpers tegemoet gekomen». In zijn bijdrage behandelt Bakels dan de enkele onderwerpen waarin dat niet het geval is geweest – waaronder één waarover de rechterlijke werkgroep zelf verdeeld was –; in de parlementaire behandeling bij de Tweede Kamer is aan deze onderwerpen verdere aandacht besteed.

2. De Commissie legt mij vervolgens de vraag voor, of het niet wenselijk zou zijn meer ruimte te laten voor een beroep op rechtsdwaling en voor zgn. rechterlijke uitspraken in de vorm van prospective ruling, gezien de kans op vergissingen van de rechtspraak bij de toepassing van nieuw recht. Ik zou hier zeer voorzichtig willen zijn, omdat ik meen dat een beantwoording van zo'n vraag niet ligt op het terrein van de wetgever. Tot diens taak behoort het zo duidelijk mogelijke wetsteksten te formuleren en in de parlementaire stukken zijn bedoelingen uiteen te

zetten. De langdurige parlementaire geschiedenis heeft ook ruimschoots gelegenheid geboden om gerezen misverstanden uit de weg te ruimen, en de literatuur heeft daarvan geprofiteerd. Het is dan ook de vraag, of het euvel van de «rechtsdwaling» onder het nieuwe vermogensrecht ernstiger dan onder het oude zal zijn – op vele punten zal juist groter helderheid zijn verkregen.

Dat partijen in redelijk vertrouwen op de stand van wetgeving, literatuur en rechtspraak een keuze doen die achteraf tot ieders verrassing verkeerd uitpakt, is een kans die niet hoger behoef te worden geschat dan voor het huidige recht.

Blijken straks niettemin vergissingen te zijn gemaakt, dan is het echter aan het beleid van de onafhankelijke rechter overgelaten, of en op welke wijze hij hier de pijn wil verzachten. Dat hij onder omstandigheden een beroep op rechtsdwaling aanvaardt of een prospective ruling geeft, is niet uitgesloten. Daarbij verdient wel opmerking dat de Nederlandse rechter van de laatste mogelijkheid tot nu toe weinig gebruik heeft gemaakt. Een bijzonder geval vormen de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep als die van 22 jan. 1985, AB 1985, 569 en 4 okt. 1985, AB 1986, 38 inzake de positie van directeurs-grotoaandeelhouders, maar de burgerlijke rechter is die weg nog niet ingeslagen, ook niet in gevallen waarin hij duidelijk is «omgegaan», die waar men het eerst aan prospective ruling denkt – kennelijk is het aantal gevallen dat zich daartoe leent, beperkt.

3. De «check-list» die de Commissie voorstelt, lijkt mij inderdaad waardevol voor de praktijk. Ik zou daarbij nog de volgende opmerkingen willen maken.

Men mag er wel op rekenen dat talrijke rechtsbeoefenaars vóór 1992 dankzij cursussen en literatuur ook inzicht in de overgangsproblematiek zullen hebben verworven. Zij zullen de uitgangspunten van de artikelen 68a (onmiddellijke werking) en 69 («verkregen rechten») kennen en zich er een voorstelling van kunnen maken wat toepassing van die artikelen in het concrete, hun voorgelegde geval, meebrengt. Eveneens zullen zij ervan op de hoogte zijn dat de wet op deelgebieden nog een aantal bepalingen van algemene aard bevat: artikelen 72–73a (verjarings- en vervaltermijnen), 74 (lopende procedures), 78 (werking van inschrijvingen in openbare registers), 79–81 (geldigheid van rechtshandelingen), 117 (rangorde van vorderingen) en 173 (schade). Tenslotte mag men er wel op rekenen dat enkele veel toe te passen bepalingen hun bekend zullen zijn; artikelen 86 (omzetting van eigendom tot zekerheid in pand), 182 (wanprestatie; bij koop van art. 196 lid 3) en 191 (uitgestelde werking voor algemene voorwaarden).

Met de, ook al is het slechts globale, kennis hiervan wordt het zoekwerk in vele gevallen vereenvoudigd, men kan zich een voorlopige voorstelling van de oplossing maken, en deze dan toetsen aan hetgeen eventueel in bijzondere artikelen is bepaald of daarover in de toelichtende parlementaire stukken is te lezen. Van een dergelijke benadering, die van het algemene naar het bijzondere afdaalt, heeft de praktijk waarschijnlijk meer profijt dan van een mechanische toepassing van de «checklist», die van het bijzondere – en dan wellicht niet goed begrepene – opklimt naar het algemene.

Voor het zoeken in de tekst der wet en in de parlementaire stukken is het tenslotte van belang er de nadruk op te leggen – in onderdeel c wordt daarop terecht gewezen – dat de Overgangswet de systematiek van het nieuw BW volgt. De overgangsregels voor de eigendom(overdracht) tot zekerheid vindt men aldus in artikel 86, onder de overgangsregels bij titel 3.4, omdat artikel 3.4.2.2 lid 3 tot het stellen van zulke regels noopt. De overgangsregels bij artikel 2014 tweede lid vindt men in artikel 88 voor onvreemde zaken, omdat hun positie in artikel 3.4.2.3a wordt geregeld, en voor gevonden zaken in artikel 151 op de plaats waar

het overgangsrecht met betrekking tot gevonden zaken in titel 5.2 aan de orde komt. Overigens zal men erop mogen vertrouwen dat alfabetisch geordende inhoudsopgaven in de literatuur hier de weg zullen wijzen en het zoeken vergemakkelijken.

Uit het voorgaande moge tenslotte blijken dat het iets te vereenvoudigend is gezegd dat onmiddellijke werking moet worden aangenomen wanneer geen bijzondere regel van overgangsregel in OW I en OW II valt aan te wijzen. Men moet immers ook rekening houden met artikel 69 en met algemene regels voor deelgebieden, zoals de artikelen 79–81, die de onmiddellijke werking kunnen nuanceren of opzij zetten. Wél is het juist dat eerbiediging van oud recht, uitgestelde werking en terugwerkende kracht steeds – behoudens in de uitzonderingsgevallen van artikel 75 – in een uitdrukkelijke toepasselijke wetsbepaling hun steun moeten vinden.

4. Het is nuttig dat allerlei uitgaven op de markt komen waarin bij de artikelen van het nieuw BW tevens de daarop betrekking hebbende artikelen van de Overgangswet worden vermeld. Ik heb de indruk dat dit, voor zover deze uitgaven inmiddels zijn verschenen, zorgvuldig is geschied. Publikatie van een officiële uitgave of een officiële correctie ligt echter niet op mijn weg en ook niet in de bedoeling. Wel ben ik bereid, indien mislagen zouden blijken, contact te laten opnemen met schrijvers, bewerkers of uitgevers, en dezen kunnen zich uiteraard ook voor advies tot mijn departement wenden. Mij is voorts medegedeeld dat de uitgave van de Parlementaire Geschiedenis van het NBW, voor zover gewijd aan het overgangsrecht, reeds spoedig na de totstandkoming der wet kan worden gepubliceerd.

Het overgangsrecht voor in de praktijk belangrijke onderdelen van het recht: vragen en casusposities

5. Gaarne stem ik in met het streven der Commissie door het verhogen van het inzicht in het ontwerp de praktische hantering van het overgangsrecht te vergemakkelijken.

6. Lopende procedures

a. Volgens artikel 74 kunnen partijen zelf vragen hun stellingen in verband met de inwerkingtreding van het nieuwe recht te mogen aanpassen, en kan ook de rechter, indien hij dat nodig vindt, ambtshalve hun die gelegenheid te bieden.

Zoals uiteengezet in de M.v.A II, alinea overlopend van p. 13 naar p. 14, heeft de rechter daarbij een zekere beleidsvrijheid. Zo kan hij weigeren aan een verzoek te voldoen, wanneer zijns inziens tussen oud en nieuw recht geen relevant verschil bestaat of als het debat van partijen nog in een stadium is waarin zij hun stellingen voldoende kunnen aanpassen, ook zonder dat zij daartoe afzonderlijk gelegenheid krijgen.

b. Verdedigd wordt wel dat de rechter die in overeenstemming met artikel 48 Rw. overweegt de rechtsgronden aan te vullen, er goed aan doet op grond van het beginsel van hoor en wederhoor partijen de gelegenheid te bieden zich daarover uit te laten, om te voorkomen dat dezen door de uitspraak voor een verrassing worden gesteld (zie de annotatie van JBMV onder HR 2 febr. 1990, NJ 1990, 795, en de daar vermelde literatuur). Deze kwestie is van algemene aard en bij het ontbreken van een algemene wettelijke regel op dit gebied ligt, ook bij de toepassing van overgangsrecht, de oplossing bij het beleid van de rechter die voor een goede procesorde moet waken.

Zoals onder 2 reeds is opgemerkt, is overigens de kans op verrassingen wegens de uitvoerige parlementaire behandeling van het nieuw BW en de literatuur die zich daaromheen heeft gevormd, niet bijzonder groot.

c. Aan aanpassing van stellingen en conclusies overeenkomstig artikel

74 Ow. bestaat slechts behoefte, indien duidelijk is of redelijkerwijs niet is uitgesloten dat op een kwestie in geding nieuw, van het oude afwijkend, recht van toepassing is. Met artikel 134 Rv. heeft dat alleen te maken, indien dat alles ook tot een verandering van eis leidt. In het veronderstelde geval moet, naar in de beslissing van de rechter op de grondslag van artikel 74 lid 2 ligt opgesloten, worden aangenomen dat noch een eventuele bemoeilijking van de verdediging van de verweerder, noch ook de door de vastgestelde termijn ontstane vertraging «onredelijk» in de zin van artikel 134 Rv. kan worden genoemd.

d. In het veronderstelde geval is het principiële punt niet, of de eis ook onder oud recht zou kunnen worden toegewezen, doch of op het geschil nieuw recht van toepassing is. Wordt deze laatste vraag bevestigend beantwoord, dan zal de bewering dat oud recht tot dezelfde uitkomst leidt, alleen betekenis hebben, als daaruit voortvloeit dat de wederpartij er geen belang bij heeft de gelegenheid tot aanpassing te krijgen. Een lang debat is daarom niet te verwachten, nu in een dergelijk incident ingevolge artikel 247, lid 3 Rv. in beginsel re- en dupliek zijn uitgesloten. Wordt de vraag ontkennend beantwoord, dan heeft de aanpassing zelf geen zin, en stuit een hiertoe strekkend verzoek op die grond af. In geen van beide gevallen is een uitvoerig en moeilijk debat over de vraag of oud recht gelijk zou zijn aan nieuw, derhalve te vrezan.

e. In artikel 74 ligt besloten dat de rechter, voor zover niet in een uitdrukkelijk dictum op een deel van het gevorderde is beslist, niet aan beslissingen van juridische aard die op het vroegere recht zijn gegrond, is gebonden, wanneer hij het tweede lid van artikel 74 toepast. Het ligt uiteraard anders, wanneer de door de Commissie bedoelde «eindbeslissingen» en «bewijslastverdelingen» op feitelijke vaststellingen berusten. De betekenis van deze – op zichzelf bindende – vaststellingen zal dan echter naar nieuw recht worden beoordeeld.

f. De vraag, of tot het aanpassen van de stellingen en conclusies ook het instellen van incidenteel hoger beroep of van een vordering in reconventie behoort, moet in beginsel ontkennend worden beantwoord, nu het hier om andere rechtsfiguren gaat. Wat het incidenteel appel betreft, bestaat echter wel een zekere verwantschap. Zo het in een procedure in hoger beroep tot toepassing van artikel 74 lid 2 komt, zal immers de aanpassing door de geïntimeerde ertoe kunnen leiden dat evenals bij een incidenteel appel, bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg naar voren kunnen worden gebracht, zij het door dat hier geen binding aan de termijnen van artikel 339 lid 2 Rv. bestaat, zoals ook de appellant bij deze aanpassing niet aan de memorie van grieven is gebonden.

Iets dergelijks geldt echter niet ter zake van een reconventionele vordering. Leidt het nieuwe recht tot een tegenvordering die naar het oude recht niet zou bestaan, dan zal deze vordering na het in artikel 251 Rv. bedoelde tijdstip in een afzonderlijke procedure ingesteld moeten worden, waarna op grond van artikel 159 Rv. nog wel voeging kan plaatsvinden.

7. Nietigheden en vernietigbaarheden van rechtshandelingen

a. De artikelen 5:87 en 5:98 zijn voorbeelden van gevallen waarin het nieuwe wetboek, in tegenstelling tot het oude – i.c. artikel 782 BW – een rechtshandeling nietig of vernietigbaar verklaart. Op zichzelf had voor zulke gevallen voor de formulering van artikel 79 kunnen worden volstaan met de bepaling dat een rechtshandeling die eenmaal onaantastbaar was, onaantastbaar blijft (vgl. artikel 2 van de Overgangswet van 1829). Bij de gekozen formulering van artikel 79 is echter ook rekening gehouden met gevallen waarin de rechtshandeling onder het oude recht reeds gebrekkig was, bijv. omdat zij door een onbekwame was verricht, maar niet omdat haar inhoud in strijd met de wet was.

In dat laatste nu kan de nieuwe wet verandering brengen. Voor

gevallen als deze volgt uit de voor artikel 79 gekozen formulering dat «het nieuwe gebrek» de rechtshandeling niet nietig of vernietigbaar maakt – terwijl uiteraard «het oude gebrek» op zichzelf moet worden getoetst aan hetgeen uit de artikelen 80 of 81 volgt. Meer dan een kwestie van formulering is in de desbetreffende passage van de M.v.A. II, p. 16 bij artikel 79 niet bedoeld.

b. Het zal inderdaad mogelijk zijn dat in een geval van artikel 80 lid 1 – een vernietigbare rechtshandeling wordt onaantastbaar – partijen doorprocederen over de kosten en daaromtrent aan de rechter een uitspraak vragen. Van belang kan dan zijn of de procedure tot vernietiging reeds lang loopt, dan wel of zij kort vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht in het bewustzijn van een spoedige wetswijziging, is ingesteld. Overigens zal het geval zich vermoedelijk slechts bij uitzondering voordoen.

c. In de, eveneens zeldzame, gevallen van artikel 80 lid 2 wordt de vernietigbare rechtshandeling met terugwerkende kracht nietig, dat wil zeggen zij wordt gerekend steeds nietig te zijn geweest, ook over de periode vóór inwerkingtreding der wet.

8. Wanprestatie en verzuim (algemeen en bij koop)

a. Mevr. Mr. T. W. H. E. Schmitz vraagt zich aan het slot van haar bijdrage «Artikel 196 Overgangswet NBW, een al te bijzondere regeling?» in Rechterlijke macht en Nieuw BW, Jaarboek 1990, p. 79–93, af waarom in het ontwerp der Overgangswet niet is gekozen voor onmiddellijke werking van titel 7.1 op een wijze analoog aan artikel 182, aangezien op de gevolgen van tekortschieten na 1 januari 1992 reeds titel 7.1 en het algemene vermogensrecht van toepassing is.

Het aldus gestelde kan licht tot enig misverstand leiden. Artikel 182 eerbiedigt het oude recht ook voor rechtsgevolgen van wanprestatie, bijv. schade, die pas na 31 december 1991 intreden, mits die wanprestatie zelf vóór 1 januari 1992 plaats vond; het artikel kan daarom niet als een standaardvoorbeeld van onmiddellijke werking gelden. Met dit artikel loopt artikel 196 lid 3, dat het overgangsrecht voor de specifieke wanprestatiebepalingen bij de koopovereenkomst regelt, geheel in de pas. In zoverre stemt het ontwerp wel overeen met de strekking van het betoog van mevr. Schmitz.

Lid 3 van artikel 196 vormt daarin een uitzondering op de leden 1 en 2 van dat artikel, waarin het oude wettelijke kooprecht voor het overige tijdelijk, nog een jaar, wordt geëerbiedigd, en de speciale bepalingen omtrent consumentenkoop – buiten die inzake wanprestatie – in het geheel niet op lopende koopovereenkomsten van toepassing worden. De reden daarvan is, zoals in de memorie van toelichting is uiteengezet, dat de overgrote meerderheid der koopovereenkomsten slechts een kort bestaan leidt en zeker binnen een jaar is afgewikkeld. Overwogen is dat het hier voor partijen eerdër bezwarend dan aantrekkelijk is, hen tijdens de korte duur van de overeenkomsten met een wisseling van wettelijk recht te belasten, waarvan zij zich bij het sluiten waarschijnlijk nauwelijks bewust zullen zijn geweest. Zulke bezwaren gelden echter niet, indien een der partijen na de inwerkingtreding van het nieuwe recht tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen, terwijl op dat gebied de regeling van het nieuwe recht veel meer bevredigt dan die van het oude; vandaar de in lid 3 geformuleerde uitzondering.

Mevr. Schmitz is van oordeel dat de regeling van lid 3 van artikel 196 tegenover de leden 1 en 2 een uitzondering maakt voor wat betreft de gewenst te achten eenheid van recht, dat aldus uitzondering op uitzondering wordt gestapeld en dat dit tot problemen leidt. Ik deel deze conclusie niet. De specifieke regeling der niet nakoming in titel 7.1 vormt een goed afgerond geheel, dat zich voor toepassing leent, ook al worden de wederzijdse verbintenissen van partijen nog door het oude recht

geregeld. Uit de beantwoording van de opmerkingen onder b en c moge blijken dat naar mijn mening de problemen die mevr. Schmitz beschrijft, niet bestaan.

b. Op blz. 84 van de bovengenoemde uitgave schetst mevr. Schmitz de volgende casus:

«Stel: op 15 december 1991 verkoopt antiquair B aan de heer Van Z. een antieke klok. Zij spreken af dat B deze op 10 januari 1992 zal bezorgen bij Van Z. In de vroege ochtend van 1 januari 1992 brandt het pand waarin de klok hangt uit. Van de klok zijn slechts enige vermoedelijke restanten aangetroffen.»

In deze casus wordt de risico-verdeling bepaald door artikel 1496: de verkoper B heeft recht op de koopprijs, ook als de klok door overmacht teniet gaat. Deze risico-verdeling «overleeft» de inwerkingtreding van titel 7, die haar voor nadien gesloten koopovereenkomsten afschaft; deze overleving volgt niet alleen uit artikel 196 lid 1 Ow., maar ook uit artikel 69 onder a van die wet.

De vraag is nu, of Z door ontbinding van de koop zich toch van de verplichting tot betaling kan bevrijden.

Mevr. Schmitz acht daarop tweeërlei antwoord verdedigbaar: a artikel 69 prevaleert, zodat ontbinding de koper bevrijdt; b artikel 196 zet, als *lex specialis*, artikel 69 opzij, zodat ontbinding de koper bevrijdt. Schr. zelf neigt tot de tweede oplossing.

In deze casus zijn er twee punten van overgangsrecht: de hierboven vermelde overleving der risico-verdeling en de toepasselijkheid van nieuw niet-nakomingsrecht krachtens de artikelen 182 en 196 lid 3. Na inwerkingtreding kan Z ingeval van niet nakoming per 10 januari 1992 de koopovereenkomst op grond van artikel 6:265 ontbinden; dit volgt uit artikel 182 en gaat buiten artikel 196 Ow. om, omdat dit laatste artikel slechts betrekking heeft op bepalingen uit titel 7.1. Deze ontbinding bevrijdt ingevolge artikel 6:271 partijen van de «daardoor getroffen verbintenissen», doch daartoe behoort in dit geval, vanwege de tussen partijen nu eenmaal geldende risicoverdeling, niet de verplichting tot betaling van de koopprijs. Hetzelfde zou het geval zijn als de koop na 31 december 1991 was gesloten, indien dan door partijen was overeengekomen dat het risico, al dan niet in bepaalde gevallen, op de koper zou rusten, en indien dat risico zich alsdan zou verwezenlijken. Het enige verschil is dat dan het risico krachtens beding op de koper zou rusten, terwijl dat in de casus het gevolg van het overgangsrecht is.

c. Het is inderdaad niet juist dat op de *exceptio non adimpleti contractus* het oude recht van toepassing is en blijft, indien de niet-nakoming vóór 1 januari 1992 is aangevangen. De regeling der opschortingsrechten in koopovereenkomsten onder het nieuwe recht wordt niet door titel 7.1, doch door de artikelen 6:262-264 beheerst, en daarvoor geldt niet artikel 196, doch artikel 180 Ow.; dat artikel 7:22 mede tot uiting bedoelt te brengen dat ook opschortingsrechten «onverminderd» gelden, doet aan het voorgaande niet af.

d. Het voorbeeld gaat er kennelijk van uit dat de wasmachine in 1991 ook is geleverd en toen een gebrek had dat tot de schade op 3 januari heeft geleid. Daarin ligt besloten dat de wanprestatie vóór 1 januari 1992 is aangevangen. Dan geldt inderdaad op grond van de artikelen 182 en 196 lid 3 Ow. het oude recht voor alle gevolgen daarvan, ook voor die welke pas op of na die datum intreden.

e. Indien de wasmachine vóór 1 januari 1991 is geleverd en toen al het gebrek had dat niet definitief kon worden gerepareerd, zal ingevolge de artikelen 182 en 196 lid 3 Ow. het oude recht dienaangaande gelden.

f. Indien de afspraak betreffende de levering per 20 december 1991 zo moet worden uitgelegd dat B door het enkele verstrijken van die datum in verzuim zal komen, is er reeds onder het oude recht een tekortkoming en blijft dit recht gelden. Te bedenken valt echter dat naar huidig

recht het enkele verstrijken van de, voor de nakoming vastgestelde, dag nog niet verzuim en zo tot tekortkoming leidt. Is een uitleg van de afspraak in voormelde zin niet mogelijk, dan zal dus eerst onder het nieuwe recht van een tekortkoming kunnen worden gesproken. Men zie artikel 183 Ow. in verband met de artikelen 6:82 lid 1 en 6:83 onder a.

g. Indien A aan B geen uitstel verleent, maar deze sommeert om binnen 14 dagen te leveren, zal ook hier in de eerste plaats moeten worden gezien, of de afspraak naar huidig recht impliceert dat bij uitblijven van levering op 20 december 1991 verzuim intreedt. Is dat het geval dan blijft het oude recht van toepassing. Is dat niet het geval dan zal de tekortkoming pas na 31 december 1991 ontstaan en zal derhalve het nieuwe recht van toepassing zijn.

h. De uiterste termijn waarbinnen B nog mag presteren, valt blijkens de casus na 31 december 1991, en van niet nakoming kan derhalve pas na die datum sprake zijn. Alsdan is ingevolge artikel 182 Ow. het nieuwe recht van toepassing.

i. Het maakt voor de uitkomst der gevolgen in de gevallen d–h geen verschil of de koop een consumentenkoop is; artikel 182 Ow maakt dit verschil niet, en artikel 196 lid 3 wijkt gelijkkelijk van de leden 1 en 2 van dat artikel af.

9. Onrechtmatige daad; aansprakelijkheid en schadevergoeding

a. A. Indien een nieuwe wet een (nieuw) rechtsgevolg verbindt aan een onrechtmatige daad, en dat rechtsgevolg ook kan worden verbonden aan vóór de inwerkingtreding gepleegde onrechtmatige daden, moet de vraag of zo'n daad als onrechtmatig behoort te worden beschouwd, worden beoordeeld naar het recht dat gold toen de daad werd verricht.

B. Het ontwerp gaat er in het algemeen van uit dat het rechtsgevolg volgens nieuw recht intreedt, indien ook het chronologisch laatste vereiste dat dit recht daartoe stelt, na (of gelijktijdig met) zijn inwerkingtreding is vervuld. Dit vereiste is in het veronderstelde geval de in januari 1992 ingetreden schade, zodat volgens deze regel het nieuwe recht van toepassing is.

Het bovenstaande neemt niet weg dat in verschillende gevallen van deze regel is afgeweken: zie artikel 182 Ow (niet nakoming: voor de aanspraak op schadevergoeding is niet beslissend op welk tijdstip de schade intreedt, maar het tijdstip van niet nakoming), artikel 6 Invoeringswet Boek 8 BW, vierde gedeelte (het tijdstip der aanvaring is beslissend) en artikel V lid 1 ontwerp van wet tot aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 nieuw BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van water, lucht of bodem (w.o. 21 202) (beslissend is het tijdstip van de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt).

Verwezen moge worden naar de M.v.T. blz. 32, onder b en 78 ad artikel 173 en M.v.A. II, blz. 33–35 ad artikel 182, sub 4.

C. De conclusie dat in het onderhavige geval op de rechtsgevolgen het nieuwe recht van toepassing is, houdt in dat dit ook voor de bepaling van de schadevergoeding en haar omvang geldt.

b. In dit onderdeel wordt het vraagstuk van een onrechtmatige toestand aangesneden, die vóór de inwerkingtreding aanvangt en nadien eindigt. De consequentie van het voorgaande is dat de (on)rechtmatigheid de daad, voor zover zij vóór de inwerkingtreding is verricht, moet worden beoordeeld naar oud recht, en voor zover zij nadien is verricht, naar nieuw. Evenzo gelden voor de aansprakelijkheid voor en de omvang van schade de regels van het oude recht, voor zover die schade vóór dat tijdstip is ontstaan, en van het nieuwe, voor zover de schade nadien is ingetreden. Ten overvloede zij opgemerkt dat hierbij artikel 173 Ow. tweede lid niet van belang is, daar het hier niet gaat om voortgezette

schade ten gevolge van één der gebeurtenis, maar om voortzetting der gebeurtenis zelf over het tijdstip der inwerkingtreding heen.

c. Artikel 6:104 biedt de mogelijkheid in bepaalde gevallen de schade te begroten op het bedrag van de winst die door de aansprakelijke persoon is genoten, of op een gedeelte daarvan. Het kan zijn dat het aldus begrote bedrag een goede maatstaf is voor de door de benadeelde reëel geleden schade – de winst van de aansprakelijke persoon is gelijk aan (het geleden verlies en) de gederfde winst van de benadeelde –, maar het is juist dat dit geenszins steeds zo zal zijn. In deze laatste gevallen stuit onmiddellijke werking van het artikel – daar waar de benadeelde reeds ten tijde van de inwerkingtreding schade had geleden – inderdaad af op artikel 69, onderdeel c.

10. Termijnen

In het bijzonder bij verkorting van verjarings- of vervaltermijnen in een zekere waakzaamheid inderdaad op haar plaats. Meestal zal dan artikel 73 van toepassing zijn, dat het oude termijnenrecht nog gedurende het jaar 1992 handhaaft.

11. Algemene Voorwaarden

Artikel 191 Ow. brengt mee dat algemene voorwaarden die vóór 1 januari 1992 reeds in gebruik waren, in 1992 nog op de wijze van het oude recht worden getoetst. Ofschoon dat mogelijk in een concreet geval tot een resultaat voert dat vergelijkbaar is met dat bij toetsing overeenkomstig afdeling 6.5.3, kan dit toch geenszins steeds worden gezegd; vgl. HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553. Het is dan ook niet juist dat artikel 191 «mensen op het verkeerde been zet»: het doet niet anders dan geldend recht nog voor een beperkte tijd handhaven, teneinde de gebruikers van algemene voorwaarden de gelegenheid te bieden, deze nog aan de veel precieser geformuleerde voorschriften van het nieuwe recht aan te passen, een werkzaamheid die zeker tijd en denkkracht zal vereisen.

12. Onvoorziene omstandigheden

Een vraag die zich bij het overgangsrecht geregeld voordoet, is, of de rechtsgevolgen van feiten die vóór de inwerkingtreding der nieuwe wet zijn voorgevallen, moeten worden beheerst door het oude of door het nieuwe recht. Ook al houdt de algemene regel in onmiddellijke werking van het nieuwe recht, die regel wordt juist hier niet zonder terughoudendheid toegepast; zie aldus voor «verkregen rechten» artikel 69, met in het bijzonder de formulering van onderdeel d. Het gaat hier om een algemene vraag; voor de beantwoording daarvan behoeft niet beslissend te zijn, of in een concreet geval het oude recht veel of weinig van het nieuwe afwijkt.

De vraag welke gevolgen een wijziging van omstandigheden vóór 1 januari 1992 heeft, wordt voor zijn rechtsgevolgen tot die datum beheerst door het oude recht, in het bijzonder artikel 1374. Er is voor gekozen om vanaf die datum zulke voordien ingetreden wijzigingen van omstandigheden volgens gelijke maatstaven – onder het nieuwe recht vervat in artikelen als 6:2 en 6:248 – te beoordelen, en uit te sluiten van de toepassing van de artikelen 6:258–260, of de daarmee vergelijkbare bepalingen van het zakenrecht. Dat het oude recht zich in de richting van het nieuwe beweegt, is daarbij geen bezwaar, doch maakt de overgang des te gemakkelijker.

13. Artikelen 3:86 e.v. (het nieuwe artikel 2014 BW en 1910 BW)

a. In geval van diefstal vóór 1 januari 1992 blijft gedurende het jaar 1992 het oude recht – i.c. de artikelen 2014 tweede lid en 637 – van toepassing: artikel 88 Ow.

b. Heeft A het schilderij ondershands gekocht, dan geldt ook hier gedurende 1992 nog artikel 2014 tweede lid, maar uiteraard niet artikel 637.

– Vanaf 1 januari 1993 wordt artikel 3:86 lid 3 van toepassing. Of B met zijn vordering dan succes heeft, hangt af van de vraag, of de vereisten die voor die bepaling worden gesteld, zijn vervuld, in het bijzonder of B zijn vordering vóór 12 september 1994 instelt. Is dat het geval, dan heeft hij succes, tenzij A heeft gekocht in een kunst- of antiekhandel als omschreven onder a van artikel 3:86 lid 3.

– Het nieuwe recht, i.c. artikel 3:238, is van toepassing op het na 31 december 1991 gevestigde pandrecht; in het bijzonder lid 3 van dat artikel is voor deze casus van belang.

– B kan gedurende 1992 het schilderij van X op grond van artikel 2014 tweede lid terugvorderen, nadien tot 12 september 1994 op grond van artikel 3:86 lid 3, indien aan de vereisten welke dat artikel daartoe stelt, is voldaan.

c. Op de overdracht van B aan C op 18 mei 1992 is artikel 3:88 van toepassing; deze toepasselijkheid steunt niet op enige regel van overgangsrecht, doch op het feit dat die overdracht een rechtshandeling is die na het tijdstip der inwerkingtreding van Boek 3 wordt verricht. Of B vóór of na dat tijdstip beschikkingsonbevoegd is geworden, doet daarbij niet ter zake.

Heeft C vóór 1 januari 1992 verkregen, dan moet de vraag, of hij derdenbescherming geniet, in eerste instantie aan de hand van artikel 1910 (sinds 1 april 1988 artikel 1376a) BW worden beantwoord. In dat antwoord ontkennend, dan kan C evenwel met ingang van 1 januari 1992 alsnog met terugwerkende kracht als rechthebbende gelden, en wel op grond van artikel 81 lid 1, Ow., mits ook aan het vereiste van lid 3 van dit artikel is voldaan. Artikel 69 Ow. verzet zich daartegen niet, omdat artikel 81, een in Titel 4 der Overgangswet geplaatste bepaling, in het onderhavige veronderstelde geval afwijkt van artikel 69 Ow.; zie de samenloopbepaling in de tussenzin van artikel 75 lid 2 Ow., en de Memorie van Toelichting, blz. 38 onder 2 en blz. 47 onder artikel 3.4.2.3b (waarbij er rekening mee moet worden gehouden dat de regel van artikel 81 lid 1 in het oorspronkelijk ontwerp in artikel 79 was opgenomen).

d. Krachtens artikel 151 lid 4 Ow. is gedurende het jaar 1992 op het veronderstelde geval nog artikel 2014 tweede lid BW van toepassing. Volgens dit artikel verliest A zijn vorderingsrecht op 2 januari 1992, omdat hij zijn horloge op 2 januari 1989 verloor.

e. – Is het horloge op 2 januari 1991 verloren, dan kan A nog gedurende het gehele jaar 1992 zijn terugvorderingsrecht krachtens artikel 2014 tweede lid uitoefenen. Daarna is het nieuwe recht – art. 3:86 – van toepassing.

– Doorverkoop aan C na 1 januari maakt geen verschil: A's gedurende 1992 bestaande recht wordt niet beïnvloed door het tijdstip van de verkoop en overdracht van het horloge aan een derde te goeder trouw.

– Geeft de vinder het horloge in bewaring bij de gemeente («de politie»), dan geldt artikel 5:10. Aldus artikel 151 lid 1 Ow.; werd het horloge vóór 1992 in bewaring gegeven, dan zie men tevens artikel 151 lid 3 Ow.

14. Hypotheekrecht

Verondersteld wordt dat de verhypothekerde zaak na inwerkingtreding van Boek 3 wordt verkocht. De schuld van de hypotheekhouder tot afdracht van de koopsom ontstaat niet vóór het ogenblik waarop hij die koopsom heeft ontvangen. Op dat ogenblik geldt het nieuwe recht. Onder het oude recht was nog niet aan de vereisten voor compensatie voldaan. Verrekening is niet meer mogelijk, nu het nieuwe recht deze uitsluit.

15. Zekerheden, voorrechten en kredietverkeer: de onderlinge verhouding van crediteuren

Overeenkomstig de vraag der Commissie beperkt ik mij tot de overgangsrechtelijke aspecten van de casus.

a. De rechtsverhouding tussen A en B is onder het oude recht tot stand gekomen en wordt derhalve in eerste instantie door het recht beheerst; óf de materialen behoren volgens dat recht nog toe aan A, óf de bank heeft daarvan de eigendom tot zekerheid verkregen.

Moet men aannemen dat de eigendom tot zekerheid geldig is tot stand gekomen, dan wordt deze overeenkomstig artikel 86 Ow. per 1 januari 1992 in een stil pandrecht omgezet. Bestond die eigendom voordien niet, dan is er ook van omzetting geen sprake en behoudt A zijn eigendom.

De overeenkomst tussen de bank en B zal moeten worden aangepast om voor de toekomst aan de vereisten van artikel 3:237 te voldoen.

b. – Het ten tijde van de invoering van Boek 3 bestaande verkopersvoorrecht van A blijft gehandhaafd: artikel 119 Ow.

– Wil A het recht van reclame na de invoering uitoefenen, dan is nieuw recht daarop van toepassing; heeft hij het voordien reeds uitgeoefend, dan blijft daarvoor het oude recht gelden. Aldus artikel 196 lid 3, tweede lid Ow.

c. Of door de verwerking na 1 januari 1992 nieuwe zaken zijn ontstaan, moet worden beoordeeld in het licht van artikel 5:16; het overgangsrecht speelt daarbij geen rol.

Verondersteld dat B inderdaad door zaaksvorming eigenaar van de pakketten wordt, dan heeft hij de eigendom tot zekerheid onder het oude recht bij voorbaat zowel aan A als aan de bank geleverd. Op 1 januari 1992 is de overdracht tot zekerheid nog niet voltooid. Op die datum gaat echter de levering bij voorbaat gelden als een levering bij voorbaat van een pandrecht; aldus artikel 86 lid 7, tweede zin. De vestiging van deze pandrechten wordt voltooid, als B na 1 januari 1992 de eigendom der bouwpakketten verkrijgt. Terwijl A en de bank vóór die datum niet beiden tegelijk eigenaar tot zekerheid konden zijn, kunnen zij onder het nieuwe recht wel tegelijkertijd pandhouder zijn. Daar het pandrecht na 31 december 1991 is gevestigd, is op hun onderlinge verhouding het nieuwe recht van toepassing (zie art. 3:97 lid 2).

Dit gaat buiten het overgangsrecht om; artikel 86 lid 3 is dan ook hier niet van toepassing.

d. De gevolgen van de afgifte aan de bank voor de verhouding tussen haar en A worden, overeenkomstig het onder c gestelde, uitsluitend door het nieuwe recht geregeld en het overgangsrecht is daarbij niet betrokken: de afgifte vindt immers plaats na de inwerkingtreding van het nieuwe recht. De artikelen 3:97 lid 2 en 3:237 kunnen voor toepassing in aanmerking komen, indien de bank overeenkomstig de uiteenzetting onder c pandhouder is geworden.

e. Voor toekomstige vorderingen die niet hun onmiddellijke grondslag vinden in een bestaande rechtsverhouding, leidt de overeenkomst van 1982 tot een verbintenis van A tot cessie aan B. Deze overeenkomst wordt krachtens artikel 86 lid 7, eerste zin, per 1 januari 1992 omgezet in een die strekt tot vestiging van een pandrecht op die vorderingen. Dit pandrecht zelf wordt dan na 31 december 1991 gevestigd en daarvoor gelden, overeenkomstig het standpunt van de curator, de vereisten van het nieuwe recht.

f. De verrekening heeft na 1 januari 1992 plaatsgevonden, zodat zij buiten het overgangsrecht om gaat. Op de verrekening is het nieuwe recht van toepassing; daaraan moet worden getoetst of de bank daartoe bevoegd was.

g. Aan B is de vordering in december 1991 geldig gecedeerd, zij het,

naar men hier moet aannemen, zonder mededeling aan de schuldenaar M. Tegenover deze heeft ingevolge artikel 90 Ow. deze cessie pas gevolg nadat zij hem overeenkomstig artikel 3:94 van Boek 3 is medegedeeld. Betaalt M vóór de ontvangst van zo'n mededeling aan X, dan heeft hij bevrijdend betaald. Op het tijdstip waarop A cedeerde, was A tot die cessie niet meer bevoegd; het recht op de vordering was krachtens oud recht in december 1991 reeds op B overgegaan. X heeft derhalve geen recht op de vordering verkregen. B heeft krachtens artikel 6:36 verhaal op X. Dit verhaalsrecht is ontstaan door M's betaling aan X, d.i. na 1 januari 1992. Dit is een «gewone» toepassing van het nieuwe recht, en heeft met overgangsrecht niet te maken – B behoeft hiervoor geen beroep op artikel 177 Ow. te doen.

h. De zekerheidseigendom van de bank is per 1 januari 1992 omgezet in een stil pandrecht (art. 86 Ow). De restaurateur verkrijgt – buiten het overgangsrecht om – in de loop van 1992 zijn retentierecht op grond van artikel 3:290 jo artikel 6:262. Hij kan dit recht binnen de grenzen van het nieuwe recht uitoefenen tegen de curator (art. 60 Fw. nieuw) en de pandhouder (art. 3:291 lid 2). Ook de verhouding tussen de curator en de pandhouder wordt buiten het overgangsrecht om beheerst door het nieuwe recht.

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin