

BOEK 3
BURGERLIJK WETBOEK VAN SURINAME

Boek 3

Vermogensrecht in het algemeen

Titel 1

Algemene bepalingen

Afdeling 1A

Begripsbepalingen

Artikel 1

Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten.

Artikel 2

Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.

Artikel 3

1. Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.
2. Roerend zijn alle zaken die niet onroerend zijn.

Artikel 4

1. Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak.
2. Een zaak die met een hoofdzaak zodanig wordt verbonden dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, wordt bestanddeel van de hoofdzaak.

Artikel 5

Inboedel is het geheel van tot huisraad en tot stoffering en meubilering van een woning dienende roerende zaken, met uitzondering van boekerijen en verzamelingen van voorwerpen van kunst, wetenschap of geschiedkundige aard.

Artikel 6

Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.

Artikel 7

Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig is verbonden, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan.

Artikel 8

Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard.

Artikel 9

1. Natuurlijke vruchten zijn zaken die volgens verkeersopvatting als vruchten van andere zaken worden aangemerkt.
2. Burgerlijke vruchten zijn rechten die volgens verkeersopvatting als vruchten van goederen worden aangemerkt.
3. De afzonderlijke termijnen van een lijfrente gelden als vruchten van het recht op de lijfrente.
4. Een natuurlijke vrucht wordt een zelfstandige zaak door haar afscheiding, een burgerlijke vrucht een zelfstandig recht door haar opeisbaar worden.

Artikel 10

Registergoederen zijn goederen voor welker overdracht of vestiging inschrijving in daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is.

Artikel 11

Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.

Artikel 12

Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de hier te lande levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Artikel 13

1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.
2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.
3. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

Artikel 14

Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

Artikel 15

De artikelen 11 tot en met 14 vinden buiten het vermogensrecht toepassing, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

Afdeling 1B

Het voeren van een administratie

Artikel 15i

1. Eenieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent, is verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, naar de eisen van dat bedrijf of beroep, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend.
2. De leden 2 tot en met 4 van artikel 15 van Boek 2 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 15j

Openlegging van tot een administratie behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers kunnen, voor zover zij daarbij rechtstreeks en voldoende belang hebben, vorderen:

- a. de erfgenamen, ten aanzien van de administratie van de erflater;
- b. deelgenoten in een gemeenschap, ten aanzien van de administratie betreffende de gemeenschap;
- c. schuldeisers in het geval van een faillissement, ten aanzien van de administratie van de failliet.

Afdeling 2
Inschrijvingen betreffende registergoederen

Artikel 16

1. Er worden openbare registers gehouden, waarin feiten die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn, worden ingeschreven.
2. Welke deze openbare registers zijn, waar en op welke wijze een inschrijving in de registers kan worden verkregen, welke stukken daartoe aan de bewaarder moeten worden aangeboden, wat deze stukken moeten inhouden, hoe de registers worden ingericht, hoe de inschrijvingen daarin geschieden, en hoe de registers kunnen worden geraadpleegd, wordt geregeld bij wet.

Artikel 17

1. Behalve die feiten waarvan inschrijving krachtens andere wetsbepalingen mogelijk is, kunnen in deze registers de volgende feiten worden ingeschreven:
 - a. rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen, of in enig ander opzicht voor die rechtstoestand van belang zijn;
 - b. erfopvolgingen die registergoederen betreffen, daaronder begrepen de opvolging door de Staat krachtens artikel 189 van Boek 4 en artikel 226 lid 4 van Boek 4, en de afgifte van registergoederen aan de Staat krachtens artikel 226 leden 1 en 2 van Boek 4;
 - c. vervulling van de voorwaarde, gesteld in een ingeschreven voorwaardelijke rechtshandeling en de verschijning van een onzeker tijdstip, aangeduid in de aan een ingeschreven rechtshandeling verbonden tijdsbepaling, alsmede de dood van een vruchtgebruiker van een registergoed;
 - d. reglementen en andere regelingen die tussen medegerechtigden in registergoederen zijn vastgesteld;
 - e. rechterlijke uitspraken die de rechtstoestand van registergoederen of de bevoegdheid daarover te beschikken betreffen, mits zij uitvoerbaar bij voorraad zijn of een verklaring van de griffier wordt overgelegd dat daartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat of dat hem binnen de desbetreffende termijn na de uitspraak niet van het instellen van een gewoon rechtsmiddel is gebleken, benevens de tegen de bovenbedoelde uitspraken ingestelde rechtsmiddelen;
 - f. instelling van rechtsvorderingen en indiening van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak die de rechtstoestand van een registergoed betreft;
 - g. executoriale en conservatoire beslagen op registergoederen;
 - h. naamsveranderingen die tot registergoederen gerechtigde personen betreffen;
 - i. verjaring die leidt tot verkrijging van een registergoed of tenietgaan van een beperkt recht dat een registergoed is;
 - j. beschikkingen en uitspraken, waarbij een krachtens een bijzondere wetsbepaling ingeschreven beschikking wordt vernietigd, ingetrokken of gewijzigd;
 - k. de aanleg en verwijdering van een net, bestaande uit een of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie.

2. Huurovereenkomsten en andere feiten die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen, kunnen slechts worden ingeschreven, indien een bijzondere wetsbepaling dit toestaat.

Artikel 18

Worden de bewaarder der registers stukken ter inschrijving aangeboden, dan verstrekt deze de aanbieder een bewijs van ontvangst, vermeldende de aard van die stukken alsmede dag, uur en minuut van de aanbidding.

Artikel 19

1. Indien de voor een inschrijving nodige stukken worden aangeboden, de aangeboden stukken aan de wettelijke eisen voldoen en andere wettelijke vereisten voor de inschrijving zijn vervuld, geschiedt de inschrijving terstond na de aanbidding.
2. Als tijdstip van inschrijving geldt het tijdstip van aanbidding van de voor de inschrijving vereiste stukken.
3. Op verlangen van de aanbieder tekent de bewaarder de verrichte inschrijving op het ontvangstbewijs aan of doet hij in de gevallen en op de wijze bij of krachtens de wet, bedoeld in artikel 16 lid 2, vast te stellen, daarvan mededeling aan de aanbieder.
4. Indien de bewaarder vermoedt dat de in de aangeboden stukken vermelde kenmerken niet overeenstemmen met die welke met betrekking tot het registergoed behoren te worden vermeld, of dat de in te schrijven rechtshandeling door een onbevoegde is verricht of onverenigbaar is met een andere rechtshandeling, ter inschrijving waarvan hem de nodige stukken zijn aangeboden, is hij bevoegd de aanbieder en andere belanghebbenden daarop opmerkzaam te maken.

Artikel 20

1. De bewaarder der registers weigert een inschrijving te doen, indien niet is voldaan aan de eisen, bedoeld in artikel 19 lid 1. Hij boekt de aanbidding in het register van voorlopige aantekeningen met vermelding van de gerezen bedenkingen.
2. Wanneer de weigering ten onrechte is geschied, beveelt de kantonrechter, rechtdoende in kort geding, op vordering van de belanghebbende de bewaarder de inschrijving alsnog te verrichten, zulks onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter. De kantonrechter kan de oproeping van door hem aan te wijzen andere belanghebbenden gelasten. Het bevel van de kantonrechter is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.
3. Wordt de geweigerde inschrijving alsnog bevolen, dan verricht de bewaarder haar terstond nadat de eiser haar opnieuw heeft verzocht.
4. Indien de belanghebbende binnen twee weken na de oorspronkelijke aanbidding aan de bewaarder een oproeping in kort geding ter verkrijging van het in lid 2 bedoelde bevel heeft doen uitbrengen, en de aanvankelijk geweigerde inschrijving alsnog is verricht op een hernieuwde aanbidding van dezelfde stukken, gedaan binnen een week na een in eerste aanleg gegeven bevel, dan wordt de inschrijving geacht te zijn geschied op het tijdstip waarop de oorspronkelijke aanbidding plaatsvond. Hetzelfde geldt, indien de bewaarder op een

hernieuwde aanbieding alsnog overgaat tot inschrijving binnen twee weken hetzij na de oorspronkelijke aanbieding, hetzij na een tijdig aanhangig gemaakte oproeping hangende het geding in eerste aanleg.

5. Een feit waarvan slechts blijkt uit een overeenkomstig lid 1, tweede volzin, geboekt stuk, wordt geacht niet door raadpleging van de registers kenbaar te zijn, tenzij het krachtens lid 4 geacht moet worden reeds ten tijde van de raadpleging ingeschreven te zijn geweest.
6. Een voorlopige aantekening wordt door de bewaarder doorgehaald, zodra hem is gebleken dat de voorwaarden voor toepassing van lid 4 niet meer kunnen worden vervuld, of de inschrijving met inachtneming van het tijdstip van oorspronkelijke aanbieding alsnog heeft plaatsgevonden.

Artikel 21

1. De rangorde van inschrijvingen die op eenzelfde registergoed betrekking hebben, wordt bepaald door de volgorde der tijdstippen van inschrijving, tenzij uit de wet een andere rangorde voortvloeit.
2. Vinden twee inschrijvingen op eenzelfde tijdstip plaats en zouden deze leiden tot onderling onverenigbare rechten van verschillende personen op dat goed, dan wordt de rangorde bepaald:
 - a. in geval de ter inschrijving aangeboden akten op verschillende dagen zijn opgemaakt: door de volgorde van die dagen;
 - b. in geval beide akten op dezelfde dag zijn opgemaakt en het notariële akten, daaronder begrepen notariële verklaringen, betreft: door de volgorde van de tijdstippen waarop elk van die akten of verklaringen is opgemaakt.

Artikel 22

Wanneer een feit in de registers is ingeschreven, kan daarna de geldigheid van de inschrijving niet meer worden betwist op grond dat de formaliteiten die voor de inschrijving worden vereist, niet zijn in acht genomen.

Artikel 23

Het beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw wordt niet aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend.

Artikel 24

1. Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel in de registers wordt ingeschreven, een eveneens voor inschrijving in de registers vatbaar feit met betrekking tot dat registergoed niet ingeschreven was, kan dit feit aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij hij het kende.
2. Lid 1 is niet van toepassing ten aanzien van:
 - a. feiten die naar hun aard vatbaar zijn voor inschrijving in een register van de burgerlijke stand, een huwelijksgoederenregister of een boedelregister, ook indien het feit in een

- gegeven geval daarin niet kan worden ingeschreven, omdat daarop de hier te lande geldende wet niet van toepassing is;
- b. in het curateleregister ingeschreven ondercuratelestellingen en opheffingen van curatele;
 - c. in het faillissementsregister en het surséanceregister ingeschreven rechterlijke uitspraken;
 - d. aanvaarding en verwerping van nalatenschappen;
 - e. verjaring;
 - f. in het handelsregister ingeschreven trusts.
3. Lid 1 is evenmin van toepassing ten aanzien van erfopvolgingen en uiterste wilsbeschikkingen die op het tijdstip van de inschrijving van de rechtshandeling nog niet ingeschreven waren, doch daarna, mits binnen drie maanden na de dood van de erflater, alsnog in de registers zijn ingeschreven.

Artikel 25

1. Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, een feit met betrekking tot dat registergoed in de registers was ingeschreven krachtens een authentieke akte waarin het feit door een ambtenaar met kracht van authenticiteit werd vastgesteld, kan de onjuistheid van dit feit aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij hij deze onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen, dan wel lid 2 niet is nageleefd.
2. Een verkrijger is, onverminderd lid 1, gehouden redelijke pogingen te doen om de juiste identiteit van de vervreemder en de juiste feitelijke gesteldheid van het goed vast te stellen.

Artikel 26

Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, met betrekking tot dat registergoed een onjuist feit in de registers ingeschreven was, kan de onjuistheid van dit feit door degene die redelijkerwijs voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen, aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij deze de onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.

Artikel 27

1. Degene die beweert enig recht op een registergoed te hebben, kan alle belanghebbenden bij openbare oproeping, en daarnaast hen die als rechthebbende of beslaglegger op dat goed ingeschreven staan, ieder bij name bij verzoekschrift, in rechte betrekken om te horen verklaren dat hem het recht waarop hij aanspraak maakt, toekomt. Alvorens een zodanige eis toe te wijzen, kan de rechter de maatregelen bevelen en de bewijsopdrachten doen, die hij in het belang van mogelijke niet-verschenen rechthebbenden nuttig oordeelt. Artikel 82 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is niet van toepassing. Een krachtens dit artikel verkregen verklaring wordt niet in de registers ingeschreven voordat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

2. Tegen het vonnis is geen verzet toegelaten. Hoger beroep staat volgens de gewone regels open, behoudens de volgende uitzonderingen. Artikel 262 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is niet van toepassing. De termijn voor hoger beroep begint voor niet-verschenen belanghebbenden te lopen vanaf de betekening van de uitspraak aan hen bij name, voor zover zij ingeschreven waren, of bij openbaar exploit, zo zij niet ingeschreven waren.
3. De krachtens lid 1 ingeschreven verklaring wordt ten aanzien van niet-verschenen belanghebbenden die niet bij name zijn opgeroepen, vermoed juist te zijn, zolang het tegendeel niet is bewezen. Op de onjuistheid kan echter geen beroep worden gedaan ten nadele van hen die, daarmee onbekend, de verkrijger van het vonnis onder bijzondere titel zijn opgevolgd.
4. Een openbare oproeping als bedoeld in lid 1, geschiedt overeenkomstig artikel 5, ten 7°, tweede en derde volzin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een openbaar exploit als bedoeld in lid 2, geschiedt op dezelfde wijze, tenzij de rechter nadere maatregelen voorschrijft als bedoeld in lid 1. De in lid 1 bedoelde maatregelen kunnen bestaan in het voorschrijven van al of niet herhaalde aankondigingen van een door de rechter vast te stellen inhoud in een of meer binnen- of buitenlandse dagbladen.

Artikel 28

1. Is een inschrijving waardeloos, dan zijn degenen te wier behoefte zij anders zou hebben gestrekt, verplicht van deze waardeloosheid aan degene die daarbij een onmiddellijk belang heeft, op diens verzoek een schriftelijke verklaring af te geven. De verklaringen vermelden de feiten waarop de waardeloosheid berust, tenzij de inschrijving een hypotheek of een beslag betreft.
2. De verklaringen kunnen in de registers worden ingeschreven. Indien de inschrijving een hypotheek of een beslag betreft, machtigen deze verklaringen na inschrijving gezamenlijk de bewaarder tot doorhaling daarvan.

Artikel 29

1. Worden de vereiste verklaringen niet afgegeven, dan verklaart de kantonrechter de inschrijving waardeloos op vordering van de onmiddellijk belanghebbende. Wordt ter verkrijging van dit bevel iemand die in de registers staat ingeschreven, opgeroepen, dan worden daarmee tevens opgeroepen al zijn rechtverkrijgenden die geen nieuwe inschrijving hebben genomen.
2. Alvorens een zodanige verklaring uit te spreken kan de rechter de maatregelen bevelen en de bewijsopdrachten doen, die hij in het belang van mogelijk niet-verschenen rechthebbenden nuttig oordeelt.
3. Indien alle ingeschreven opgeroepen zijn verschenen, is artikel 82 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing. Indien voor een ingeschreven opgeroepene geen verzet, maar hoger beroep openstaat, geldt hetzelfde voor zijn rechtverkrijgenden die geen nieuwe inschrijving hebben genomen. In afwijking van artikel 84 van dat wetboek begint de termijn van verzet in elk geval te lopen vanaf de betekening van het vonnis aan de ingeschreven opgeroepene, ook als de betekening niet aan hem in persoon geschiedt, zulks mede ten opzichte van zijn rechtverkrijgenden die geen nieuwe inschrijving hebben genomen, tenzij de rechter hiertoe nadere maatregelen heeft bevolen en aan dat bevel niet is voldaan.

4. Het vonnis dat de verklaring bevat, kan niet worden ingeschreven, voordat het in kracht van gewijsde is gegaan. Indien de waardeloze inschrijving een hypotheek of beslag betreft, machtigt het vonnis na inschrijving de bewaarder tot doorhaling daarvan.

Artikel 31

Waar een wetsbepaling die betrekking heeft op registergoederen, een notariële akte of een notariële verklaring voorschrijft, is vereist een akte of verklaring van een persoon die hier te lande het notarisambt uitoefent.

Titel 2 Rechtshandelingen

Artikel 32

1. Iedere natuurlijke persoon is bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt.
2. Een rechtshandeling van een onbekwame is vernietigbaar. Een eenzijdige rechtshandeling van een onbekwame, die niet tot een of meer bepaalde personen was gericht, is echter nietig.

Artikel 33

Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.

Artikel 34

1. Heeft iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, iets verklaard, dan wordt een met de verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken indien de stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belette, of indien de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan. Een verklaring wordt vermoed onder invloed van de stoornis te zijn gedaan indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was, tenzij het nadeel op het tijdstip van de rechtshandeling redelijkerwijze niet was te voorzien.
2. Een zodanig ontbreken van wil maakt een rechtshandeling vernietigbaar. Een eenzijdige rechtshandeling die niet tot een of meer bepaalde personen was gericht, wordt door het ontbreken van wil echter nietig.

Artikel 35

Tegen degene die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.

Artikel 36

Tegen degene die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan.

Artikel 37

1. Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.
2. Indien bepaald is dat een verklaring schriftelijk moet worden gedaan, kan zij, voor zover uit de strekking van die bepaling niet anders volgt, ook bij exploit geschieden.
3. Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. Nochtans heeft ook een verklaring die hem tot wie zij was gericht, niet of niet tijdig heeft bereikt, haar werking, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.
4. Wanneer een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel een tot een ander gerichte verklaring onjuist heeft overgebracht, geldt het ter kennis van de ontvanger gekomene als de verklaring van de afzender, tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald.
5. Intrekking van een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon eerder dan of gelijktijdig met de ingetrokken verklaring bereiken.

Artikel 38

1. Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht.
2. De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht.

Artikel 39

Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig.

Artikel 40

1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.
2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechts-

handeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

3. Lid 2 heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

Artikel 41

Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat.

Artikel 42

Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.

Artikel 43

1. Rechtshandelingen die, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomende personen, strekken tot verkrijging door:
 - a. rechters, leden van het openbaar ministerie, griffiers, advocaten, procesgemachtigden, deurwaarders en notarissen, van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen,
 - b. ambtenaren, van goederen die door hen of te hunnen overstaan worden verkocht, of
 - c. personen met openbaar gezag bekleed, van goederen die toebehoren aan de Staat, een ander openbaar lichaam of een andere openbare instelling, en aan hun beheer zijn toevertrouwd, zijn nietig en verplichten de verkrijgers tot schadevergoeding.
2. Lid 1 onder a heeft geen betrekking op uiterste wilsbeschikkingen, door een erfplater ten voordele van zijn wettelijke erfgenamen gemaakt, noch op rechtshandelingen krachtens welke deze erfgenamen goederen der nalatenschap verkrijgen.
3. In het geval, bedoeld in lid 1 onder c is de rechtshandeling geldig, indien zij na goedkeuring bij staatsbesluit is geschied of het een verkoop in het openbaar betreft.

Artikel 44

1. Een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden is totstandgekomen.
2. Bedreiging is aanwezig wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door onrechtmatig deze of een derde met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. De bedreiging moet zodanig zijn dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed.

3. Bedrog is aanwezig wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep. Aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, leveren op zichzelf geen bedrog op.
4. Misbruik van omstandigheden is aanwezig wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.
5. Indien een verklaring is totstandgekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, kan op dit gebrek geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen.

Artikel 45

1. Indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, is de rechtshandeling vernietigbaar en kan de vernietigingsgrond worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan.
2. Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn.
3. Wordt een rechtshandeling om niet wegens benadeling vernietigd, dan heeft de vernietiging ten aanzien van de bevoordeelde die wist noch behoorde te weten dat van de rechtshandeling benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn, geen werking, voor zover hij aantoonde dat hij ten tijde van de verklaring of het instellen van de vordering tot vernietiging niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was.
4. Een schuldeiser die wegens benadeling tegen een rechtshandeling opkomt, vernietigt deze slechts te zijnen behoeve en niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling.
5. Rechten, door derden te goeder trouw anders dan om niet verkregen op goederen die het voorwerp waren van de vernietigde rechtshandeling, worden geëerbiedigd. Ten aanzien van de derde te goeder trouw die om niet heeft verkregen, heeft de vernietiging geen werking voor zover hij aantoonde dat hij op het ogenblik dat het goed van hem wordt opgeëist, niet ten gevolge van de rechtshandeling is gebaat.

Artikel 46

1. Indien de rechtshandeling waardoor een of meer schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen

één jaar voor het inroepen van de vernietigingsgrond en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn tot die rechtshandeling had verplicht, wordt vermoed dat men aan beide zijden wist of behoorde te weten dat een zodanige benadeling het gevolg van de rechtshandeling zou zijn:

- 1° bij overeenkomsten, waarbij de waarde der verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtreft;
 - 2° bij rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld;
 - 3° bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die een natuurlijk persoon is, verricht met of jegens:
 - a. zijn echtgenoot, zijn pleegkind of een bloed- of aanverwant tot in de derde graad;
 - b. een rechtspersoon waarin hij, zijn echtgenoot, zijn pleegkind of een bloed- of aanverwant tot in de derde graad bestuurder of commissaris is, dan wel waarin deze personen, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatst kapitaal deelnemen;
 - 4° bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een natuurlijke persoon:
 - a. die bestuurder of commissaris van de rechtspersoon is, dan wel met of jegens diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad;
 - b. die al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot in de derde graad, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatst kapitaal deelneemt;
 - c. wiens echtgenoot, pleegkinderen of bloed- of aanverwanten tot in de derde graad afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatst kapitaal deelnemen;
 - 5° bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een andere rechtspersoon, indien:
 - a. een van deze rechtspersonen bestuurder is van de andere;
 - b. een bestuurder, natuurlijk persoon, van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, bestuurder is van de andere;
 - c. een bestuurder, natuurlijk persoon, of een commissaris van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatst kapitaal deelneemt in de andere;
 - d. in beide rechtspersonen voor ten minste de helft van het geplaatst kapitaal rechtstreeks of middellijk wordt deelgenomen door dezelfde rechtspersoon, dan wel dezelfde natuurlijke persoon, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot in de derde graad;
 - 6° bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een groepsmaatschappij.
 - 7° bij rechtshandelingen die ertoe strekken een goed onder een trustverband te brengen.
2. Met een echtgenoot wordt een andere levensgezel gelijkgesteld.
 3. Onder pleegkind wordt verstaan degene die duurzaam als eigen kind is verzorgd en opgevoed.

4. Onder bestuurder, commissaris of aandeelhouder wordt mede verstaan degene die minder dan een jaar vóór de rechtshandeling bestuurder, commissaris of aandeelhouder is geweest.
5. Indien de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder zelf een rechtspersoon is, wordt deze rechtspersoon met de rechtspersoon-bestuurder gelijkgesteld.
6. Een groepsmaatschappij is een vennootschap of rechtspersoon die met een of meer andere vennootschappen of rechtspersonen organisatorisch in een economische eenheid is verbonden.
7. Voor de toepassing van dit artikel is met de hoedanigheid van bestuurder, commissaris of aandeelhouder van een rechtspersoon gelijkgesteld de hoedanigheid van onderscheidenlijk trustee, protector of begunstigde van een trust.

Artikel 47

In geval van benadeling door een rechtshandeling om niet, die de schuldenaar heeft verricht binnen één jaar vóór het inroepen van de vernietigingsgrond, wordt vermoed dat hij wist of behoorde te weten dat benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg van de rechtshandeling zou zijn.

Artikel 48

Onder schuldenaar in de zin van de artikelen 45 tot en met 47 is begrepen degene op wiens goed voor de schuld van een ander verhaal kan worden genomen.

Artikel 49

Een vernietigbare rechtshandeling wordt vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak.

Artikel 50

1. Een buitengerechtelijke verklaring die een rechtshandeling vernietigt, wordt door degene in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat, gericht tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn.
2. Een buitengerechtelijke verklaring kan een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed die heeft geleid tot een inschrijving in de openbare registers of tot een tot levering van een registergoed bestemde akte, slechts vernietigen indien alle partijen in de vernietiging berusten.

Artikel 51

1. Een rechtshandeling wordt door een rechterlijke uitspraak vernietigd, doordat daarin een beroep in rechte op een vernietigingsgrond wordt aanvaard.
2. Een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wordt ingesteld tegen degenen die partij bij de rechtshandeling zijn.
3. Een beroep in rechte op een vernietigingsgrond kan te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel. Degene die dit beroep doet, is verplicht om zo spoedig mogelijk daarvan mededeling te doen aan de partijen

bij de rechtshandeling die niet in het geding zijn verschenen.

Artikel 52

1. Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren in geval van:
 - a. onbekwaamheid: drie jaar nadat de onbekwaamheid is geëindigd, of indien de onbekwame een wettelijke vertegenwoordiger heeft, drie jaar nadat de handeling ter kennis van de wettelijke vertegenwoordiger is gekomen;
 - b. bedreiging of misbruik van omstandigheden: drie jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken;
 - c. bedrog, dwaling of benadeling: drie jaar nadat het bedrog, de dwaling of de benadeling is ontdekt;
 - d. een andere vernietigingsgrond: drie jaar nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan.
2. Na de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van de rechtshandeling kan deze niet meer op dezelfde vernietigingsgrond door een buitengerechtelijke verklaring worden vernietigd.

Artikel 53

1. De vernietiging werkt terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht.
2. Indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld.

Artikel 54

1. De bevoegdheid om ter vernietiging van een meerszijdige rechtshandeling een beroep te doen op misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft.
2. Bovendien kan de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen.

Artikel 55

1. De bevoegdheid om ter vernietiging van een rechtshandeling een beroep op een vernietigingsgrond te doen vervalt, wanneer hij aan wie deze bevoegdheid toekomt, de rechtshandeling heeft bevestigd, nadat de verjaringstermijn ter zake van de rechtsvordering tot vernietiging op die grond een aanvang heeft genomen.
2. Eveneens vervalt de bevoegdheid om een beroep op een vernietigingsgrond te doen, wanneer een onmiddellijk belanghebbende na de aanvang van de verjaringstermijn aan hem aan wie deze bevoegdheid toekomt een redelijke termijn heeft gesteld om te kiezen tussen bevestiging

en vernietiging en deze binnen de gestelde redelijke termijn geen keuze heeft gedaan.

Artikel 56

Voor de toepassing van de artikelen 50 tot en met 55 gelden mede als partij:

- a. in geval van eenzijdige tot een of meer bepaalde personen gerichte rechtshandelingen: die personen;
- b. in geval van andere eenzijdige rechtshandelingen: degenen die onmiddellijk belanghebbenden zijn bij de instandhouding van die handeling.

Artikel 57

Behoeft een rechtshandeling om het beoogde gevolg te hebben goedkeuring, machtiging, vergunning of enige andere vorm van toestemming van een overheidsorgaan of van een andere persoon die geen partij bij de rechtshandeling is, dan kan iedere onmiddellijk belanghebbende aan degenen die partij bij de rechtshandeling zijn geweest, aanzeggen dat indien niet binnen een redelijke, bij die aanzegging gestelde termijn die toestemming wordt verkregen, de handeling te zijnen aanzien zonder gevolg zal blijven.

Artikel 58

1. Wanneer eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, in de tussende handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt, is daarmee de rechtshandeling bekrachtigd.
2. Lid 1 is niet van toepassing op het geval dat een rechtshandeling nietig is als gevolg van handelingsonbekwaamheid van degene die haar heeft verricht en deze vervolgens handelingsbekwaam wordt.
3. Inmiddels verkregen rechten van derden behoeven aan bekrachtiging niet in de weg te staan, mits zij worden geëerbiedigd.

Artikel 59

Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

Titel 3 Volmacht

Artikel 60

1. Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevormachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.

2. Waar in deze titel van rechtshandeling wordt gesproken, is daaronder het in ontvangst nemen van een verklaring begrepen.

Artikel 61

1. Een volmacht kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden verleend.
2. Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.
3. Indien een volgens wet of gebruik openbaar gemaakte volmacht beperkingen bevat, die zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij ze daarin niet behoefde te verwachten, kunnen deze haar niet worden tegengeworpen, tenzij zij ze kende.

Artikel 62

1. Een algemene volmacht strekt zich slechts uit tot daden van beschikking, indien schriftelijk en ondubbelzinnig is bepaald dat zij zich ook tot die daden uitstrekt. Onder algemene volmacht wordt verstaan de volmacht die alle zaken van de volmachtgever en alle rechtshandelingen omvat, met uitzondering van hetgeen ondubbelzinnig is uitgesloten.
2. Een bijzondere volmacht die in algemene bewoordingen is verleend, strekt zich slechts uit tot daden van beschikking, indien dit ondubbelzinnig is bepaald. Niettemin strekt een volmacht die voor een bepaald doel is verleend, zich uit tot alle daden van beheer en van beschikking die dienstig kunnen zijn tot het bereiken van dit doel.

Artikel 63

1. De omstandigheid dat iemand onbekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen voor zichzelf, maakt hem niet onbekwaam tot het optreden als gevolmachtigde.
2. Wanneer een volmacht door een onbekwaam persoon is verleend, is een krachtens die volmacht door de gevolmachtigde verrichte rechtshandeling op gelijke wijze geldig, nietig of vernietigbaar, als wanneer zij door de onbekwame zelf zou zijn verricht.

Artikel 64

Tenzij anders is bepaald, is een gevolmachtigde slechts in de volgende gevallen bevoegd de hem verleende volmacht aan een ander te verlenen:

- a. voor zover de bevoegdheid hiertoe uit de aard der te verrichten rechtshandelingen noodzakelijk voortvloeit of in overeenstemming is met het gebruik;
- b. voor zover de verlening van de volmacht aan een andere persoon in het belang van de volmachtgever noodzakelijk is en deze zelf niet in staat is een voorziening te treffen;
- c. voor zover de volmacht goederen betreft, die gelegen zijn buiten het land waar de gevolmachtigde zijn woonplaats heeft.

Artikel 65

Is een volmacht aan twee of meer personen verleend, dan is ieder van hen bevoegd zelfstandig te handelen, tenzij anders is bepaald.

Artikel 66

1. Een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling treft in haar gevolgen de volmachtgever.
2. Voor zover voor de geldigheid of de gevolgen van een rechtshandeling van belang zijn het al of niet aanwezig zijn van een wil of van wilsgebreken, alsmede bekendheid of onbekendheid met feiten, komen ter beoordeling daarvan de volmachtgever of de gevolmachtigde of beiden in aanmerking, al naar gelang het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en in de bepaling van haar inhoud.

Artikel 67

1. Degene die een overeenkomst aangaat in naam van een nader te noemen volmachtgever, moet diens naam noemen binnen de door de wet, de overeenkomst of het gebruik bepaalde termijn of, bij gebreke hiervan, binnen een redelijke termijn.
2. Wanneer hij de naam van de volmachtgever niet tijdig noemt, wordt hij geacht de overeenkomst voor zichzelf te hebben aangegaan, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit.

Artikel 68

Tenzij anders is bepaald, kan een gevolmachtigde slechts dan als wederpartij van de volmachtgever optreden wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen uitgesloten is.

Artikel 69

1. Wanneer iemand zonder daartoe bevoegd te zijn als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, kan laatstgenoemde de rechtshandeling bekrachtigen en haar daardoor hetzelfde gevolg verschaffen als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was verricht.
2. Is voor het verlenen van een volmacht tot de rechtshandeling een bepaalde vorm vereist, dan geldt voor de bekrachtiging hetzelfde vereiste.
3. Een bekrachtiging heeft geen gevolg, indien op het tijdstip waarop zij geschiedt, de wederpartij reeds heeft te kennen gegeven dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt, tenzij de wederpartij op het tijdstip dat zij handelde heeft begrepen of onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat geen toereikende volmacht was verleend.
4. Een onmiddellijk belanghebbende kan degene in wiens naam is gehandeld, een redelijke

termijn voor de bekrachtiging stellen. Hij hoeft niet met een gedeeltelijke of voorwaardelijke bekrachtiging genoegen te nemen.

5. Rechten door de volmachtgever vóór de bekrachtiging aan derden verleend, blijven gehandhaafd.

Artikel 70

Degene die als gevolmachtigde handelt, staat jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld.

Artikel 71

1. Verklaringen, door een gevolmachtigde afgelegd, kunnen door de wederpartij als ongeldig van de hand worden gewezen, indien zij de gevolmachtigde terstond om bewijs van de volmacht heeft gevraagd en haar niet onverwijd hetzij een geschrift waaruit de volmacht volgt, is overgelegd, hetzij de volmacht door de volmachtgever is bevestigd.
2. Bewijs van volmacht kan niet worden verlangd indien de volmacht door de volmachtgever ter kennis van de wederpartij was gebracht, indien zij op een door wet of gebruik bepaalde wijze was bekendgemaakt of indien zij voortvloeit uit een aanstelling waarmede de wederpartij bekend is.

Artikel 72

Een volmacht eindigt door:

- a. de dood, de ondercuratelestelling of het faillissement van de volmachtgever;
- b. de dood, de ondercuratelestelling of het faillissement van de gevolmachtigde, tenzij anders is bepaald;
- c. herroeping door de volmachtgever;
- d. opzegging door de gevolmachtigde.

Artikel 73

1. Niettegenstaande de dood of de ondercuratelestelling van de volmachtgever blijft de gevolmachtigde bevoegd de rechtshandelingen te verrichten die nodig zijn voor het beheer van een onderneming.
2. Niettegenstaande de dood of de ondercuratelestelling van de volmachtgever blijft de gevolmachtigde bevoegd rechtshandelingen te verrichten die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld. Hetzelfde geldt indien de gevolmachtigde de volmacht heeft opgezegd.
3. De in de leden 1 en 2 vermelde bevoegdheid eindigt een jaar na het overlijden, de ondercuratelestelling of de opzegging.

Artikel 74

1. Voor zover een volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde, kan worden bepaald dat zij onherroepelijk is, of dat zij niet eindigt door de dood of ondercuratelestelling van de volmachtgever. Eerstgenoemde bepaling sluit, tenzij anders blijkt, de tweede in.
2. Bevat de volmacht een bepaling als bedoeld in lid 1, dan mag de wederpartij aannemen dat het aldaar voor de geldigheid van die bepaling gestelde vereiste is vervuld, tenzij het tegendeel voor haar duidelijk kenbaar is.
3. Tenzij anders is bepaald, kan de gevolmachtigde een overeenkomstig lid 1 onherroepelijk verleende volmacht ook buiten de in artikel 64 genoemde gevallen aan een ander verlenen.
4. De kantonrechter kan, op verzoek van de volmachtgever of van een erfgenaam of de curator van de volmachtgever, een bepaling als bedoeld in lid 1, wegens gewichtige redenen wijzigen of buiten werking stellen.

Artikel 75

1. Na het einde van de volmacht moet de gevolmachtigde desgevorderd geschriften waaruit de volmacht blijkt, teruggeven of toestaan dat de volmachtgever daarop aantekent dat de volmacht is geëindigd. In geval van een bij notariële akte verleende volmacht tekent de notaris die de minuut onder zijn berusting heeft, op verzoek van de volmachtgever het einde van de volmacht daarop aan.
2. Wanneer te vrezen is dat een gevolmachtigde van een volmacht ondanks haar einde gebruik zal maken, kan de volmachtgever zich wenden tot de kantonrechter met het verzoek de wijze van bekendmaking van het einde van de volmacht te bepalen, die ten gevolge zal hebben dat het tegen eenieder kan worden ingeroepen. Tegen een toewijzende beschikking krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 76

1. Een oorzaak die de volmacht heeft doen eindigen, kan tegenover een wederpartij die noch van het einde van de volmacht, noch van die oorzaak kennis droeg, slechts worden ingeroepen indien:
 - a. het einde van de volmacht of de oorzaak die haar heeft doen eindigen, aan de wederpartij was medegedeeld of was bekendgemaakt op een wijze die krachtens wet of verkeersopvattingen meebrengt dat de volmachtgever het einde van de volmacht aan de wederpartij kan tegenwerpen;
 - b. de dood van de volmachtgever van algemene bekendheid was;
 - c. de aanstelling of tewerkstelling waaruit de volmacht voortvloeide, op een voor derden kenbare wijze was beëindigd;
 - d. de wederpartij van de volmacht op geen andere wijze had kennis gekregen dan door een verklaring van de gevolmachtigde.
2. In de in lid 1 bedoelde gevallen is de gevolmachtigde die voortgaat op naam van de volmachtgever te handelen, tot schadevergoeding gehouden jegens de wederpartij die van het einde van

de volmacht geen kennis droeg. Hij is niet aansprakelijk indien hij wist noch behoorde te weten dat de volmacht was geëindigd.

Artikel 77

Wordt ondanks de dood van de volmachtgever krachtens de volmacht een geldige rechtshandeling verricht, dan worden de erfgenamen van de volmachtgever en de wederpartij gebonden alsof de handeling bij het leven van de volmachtgever was verricht.

Artikel 78

Wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht, zijn artikel 63 lid 1, artikel 66 lid 1, de artikelen 67, 69, 70 en 71 en artikel 75 lid 2 van overeenkomstige toepassing, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.

Artikel 79

Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

Titel 4

Verkrijging en verlies van goederen

Afdeling 1

Algemene bepalingen

Artikel 80

1. Men kan goederen onder algemene en onder bijzondere titel verkrijgen.
2. Men verkrijgt goederen onder algemene titel door erfopvolging, door boedelmenging, door opvolging of toetreding als trustee, door fusie van rechtspersonen en door splitsing van rechtspersonen.
3. Men verkrijgt goederen onder bijzondere titel door overdracht, door verjaring en door onteigening en voorts op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkrijging.
4. Men verliest goederen op de voor iedere soort in de wet aangegeven wijzen.

Artikel 81

1. Degene aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen. Hij kan ook zijn recht onder voorbehoud van een zodanig beperkt recht overdragen, mits hij de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt.

2. Beperkte rechten gaan teniet door:
 - a. het tenietgaan van het recht waaruit het beperkte recht is afgeleid;
 - b. verloop van de tijd waarvoor, of de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder het beperkte recht is gevestigd;
 - c. afstand;
 - d. opzegging, indien de bevoegdheid daartoe bij wet of bij vestiging van het recht aan de hoofdgerechtigde, aan de beperkt gerechtigde of aan beiden is toegekend;
 - e. vermenging;en voorts op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van tenietgaan.
3. Afstand en vermenging werken niet ten nadele van hen die op het tenietgaande beperkte recht op hun beurt een beperkt recht hebben. Vermenging werkt evenmin ten voordele van degenen die op het bezwaarde goed een beperkt recht hebben en het tenietgaande recht moesten erbijbieden.

Artikel 82

Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn.

Afdeling 2

Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten

Artikel 83

1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.
2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.

Artikel 84

1. Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door degene die bevoegd is over het goed te beschikken.
2. Bij de titel moet het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn.
3. Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.

Artikel 85

1. Een verbintenis, strekkende tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd, wordt aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van vruchtgebruik op het goed voor de gestelde tijd.
2. Een verbintenis, strekkende tot overdracht van een goed onder opschortende tijdsbepaling, wordt aangemerkt als een verbintenis tot onmiddellijke overdracht van het goed met

gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik van de vervreemder op het goed voor de gestelde tijd.

Artikel 86

1. Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 van een roerende zaak, niet-registergoed, of een recht aan toonder of order geldig, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is.
2. Rust op een in lid 1 genoemd goed dat overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 anders dan om niet wordt overgedragen, een beperkt recht dat de verkrijger op dit tijdstip kent noch behoort te kennen, dan vervalt dit recht, in het geval van overdracht overeenkomstig artikel 91 onder dezelfde opschortende voorwaarde als waaronder is geleverd.
3. Niettemin kan de eigenaar van een roerende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, deze gedurende drie jaarjaar, te rekenen van de dag van de diefstal af, als zijn eigendom opeisen, tenzij:
 - a. de zaak door een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, is verkregen van een vervreemder die van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken anders dan als veilinghouder zijn bedrijf maakt in een daartoe bestemde bedrijfsruimte, zijnde een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond, en in de normale uitoefening van dat bedrijf handelde, of
 - b. het geld dan wel toonder- of orderpapier betreft.
4. Op de in lid 3 bedoelde termijn zijn de artikelen 316, 318 en 319 betreffende stuiting van de verjaring van een rechtsvordering van overeenkomstige toepassing.

Artikel 86a

1. Artikel 86 kan niet worden tegengeworpen aan degene die als eigenaar een roerende zaak opeist, die op het tijdstip waarop hij het bezit daarvan verloor, een cultuurobject was, dat een integrerend deel vormde van een als zodanig aangewezen monument of van een archeologische vindplaats, of dat deel uitmaakte van een openbare collectie.
2. De rechter die een vordering als bedoeld in lid 1, toewijst, kent aan de bezitter een naar gelang van de omstandigheden billijke vergoeding toe, indien deze bewijst bij de verkrijging van de zaak de nodige zorgvuldigheid te hebben betracht, tenzij opeising zonder vergoeding bij toepasselijkheid van artikel 86 lid 3 mogelijk zou zijn geweest.
3. De vergoeding omvat in elk geval hetgeen aan de bezitter verschuldigd is krachtens de artikelen 120 en 121. Zij wordt bij afgifte van de zaak uitgekeerd.

Artikel 87

1. Een verkrijger die binnen drie jaarjaar na zijn verkrijging gevraagd wordt wie het goed aan hem vervreemde, dient onverwijld de gegevens te verschaffen die nodig zijn om deze terug te vinden of die hij ten tijde van zijn verkrijging daartoe voldoende mocht achten. Indien hij niet aan deze verplichting voldoet, kan hij de bescherming die de artikelen 86 en 86a aan een verkrijger te goeder trouw bieden, niet inroepen.

2. Lid 1 is niet van toepassing ten aanzien van geld.

Artikel 88

Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht van een registergoed, van een recht op naam, of van een ander goed waarop artikel 86 niet van toepassing is, geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder.

Artikel 89

1. De voor overdracht van onroerende zaken vereiste levering geschiedt door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door de inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers. Zowel de verkrijger als de vervreemder kan de akte doen inschrijven.
2. De tot levering bestemde akte moet nauwkeurig de titel van overdracht vermelden; bijkomstige bedingen die niet de overdracht betreffen, kunnen in de akte worden weggelaten.
3. Treedt bij een akte van levering iemand als gevolmachtigde van een der partijen op, dan moet in de akte de volmacht nauwkeurig worden vermeld.
4. De leden 1 tot en met 3 vinden overeenkomstige toepassing op de levering, vereist voor de overdracht van andere registergoederen.

Artikel 90

1. De levering, vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen.
2. Blijft de zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met vervreemding heeft ingestemd.

Artikel 91

De levering van zaken als bedoeld in artikel 90, ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, geschiedt door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen.

Artikel 92

1. Heeft een overeenkomst de strekking dat de een zich de eigendom van een zaak die in de macht van de ander wordt gebracht, voorbehoudt totdat een door de ander verschuldigde prestatie is voldaan, dan wordt hij vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de ander onder opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie.
2. Een voorwaarde als bedoeld in lid 1, wordt voor vervuld gehouden, wanneer de vervreemder

op enige andere wijze dan door voldoening van de tegenprestatie wordt bevredigd, wanneer de verkrijger van zijn verplichting daartoe wordt bevrijd uit hoofde van artikel 60 van Boek 6, of wanneer de verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie is voltooid. Behoudens afwijkend beding, geldt hetzelfde bij afstand van het recht op de tegenprestatie.

Artikel 93

De levering, vereist voor de overdracht van een recht aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is, geschiedt door de levering van dit papier op de wijze en met de gevolgen als aangegeven in de artikelen 90, 91 en 92. Voor overdracht van een recht aan order, waarvan het orderpapier in de macht van de vervreemder is, geldt hetzelfde, met dien verstande dat voor de levering tevens endossement is vereist.

Artikel 94

1. Buiten de in artikel 93 geregelde gevallen worden tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten geleverd door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of verkrijger.
2. De levering van een tegen een bepaalde, doch op de dag waarop de akte wordt opgemaakt onbekende persoon uit te oefenen recht dat op die dag aan de vervreemder toebehoort, werkt terug tot die dag, indien de mededeling met bekwame spoed wordt gedaan, nadat die persoon bekend is geworden.
3. Deze rechten kunnen ook worden geleverd door een daartoe bestemde akte, zonder mededeling daarvan aan de personen tegen wie die rechten moeten worden uitgeoefend, mits deze rechten op het tijdstip van de levering reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding. De levering kan niet worden tegengeworpen aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend dan na mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger. Voor de verkrijger van een recht dat overeenkomstig de eerste volzin is geleverd, geldt artikel 88 slechts, indien hij te goeder trouw is op het tijdstip van de in tweede volzin bedoelde mededeling.
4. De personen tegen wie het recht moet worden uitgeoefend, kunnen verlangen dat aan hen een door de vervreemder gewaarmerkt uittreksel van de akte en haar titel wordt ter hand gesteld. Bedingen die voor deze personen van geen belang zijn, behoeven daarin niet te worden opgenomen. Is van een titel geen akte opgemaakt, dan moet hun de inhoud, voor zover voor hen van belang, schriftelijk worden meegedeeld.

Artikel 95

Buiten de in de artikelen 89 tot en met 94 geregelde gevallen en behoudens het in de artikelen 96 en 98 bepaalde, worden goederen geleverd door een daartoe bestemde akte.

Artikel 96

De levering van een aandeel in een goed geschiedt op overeenkomstige wijze en met overeenkomstige gevolgen als is bepaald met betrekking tot levering van dat goed.

Artikel 97

1. Toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn.
2. Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed werkt niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen. Betreft het een roerende zaak, dan werkt zij jegens deze vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen.

Artikel 98

Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen in deze afdeling omtrent de overdracht van een goed is bepaald, overeenkomstige toepassing op de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht op een zodanig goed.

Afdeling 3

Verkrijging en verlies door verjaring

Artikel 99

1. Rechten op roerende zaken die niet-registergoederen zijn, en rechten aan toonder of order worden door een bezitter te goeder trouw verkregen door een onafgebroken bezit van drie jaar, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaar.
2. Lid 1 geldt niet voor roerende cultuurgoederen die een integrerend deel vormden van een als zodanig aangewezen monument of van een archeologische vindplaats, of die deel uitmaakten van een openbare collectie als bedoeld in artikel 86a lid 1.

Artikel 100

Degene die een nalatenschap in bezit heeft genomen, kan die nalatenschap en de daartoe behorende goederen niet eerder door verjaring ten nadele van de rechthebbende verkrijgen dan nadat diens rechtsvordering tot opeising van die nalatenschap is verjaard.

Artikel 101

Een verjaring begint te lopen met de aanvang van de dag na het begin van het bezit.

Artikel 102

1. Degene die een ander onder algemene titel in het bezit opvolgt, zet een lopende verjaring voort.

2. Hetzelfde doet de bezitter te goeder trouw die het bezit van een ander anders dan onder algemene titel heeft verkregen.

Artikel 103

Onvrijwillig bezitsverlies onderbreekt de loop der verjaring niet, mits het bezit binnen het jaar wordt terugverkregen of een binnen het jaar ingestelde rechtsvordering tot terugverkrijging van het bezit leidt.

Artikel 104

1. Wanneer de verjaring van de rechtsvordering, strekkende tot beëindiging van het bezit wordt gestuit of verlengd, wordt daarmee de verkrijgende verjaring dienovereenkomstig gestuit of verlengd.
2. In dit artikel en de artikelen 105 en 106 wordt onder verjaring van een rechtsvordering de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van de uitspraak waarbij de eis is toegewezen, begrepen.

Artikel 105

1. Degene die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering, strekkende tot beëindiging van het bezit, wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw.
2. Heeft iemand vóór dat tijdstip het bezit onvrijwillig verloren, maar het na dat tijdstip, mits binnen het jaar na het bezitsverlies of uit hoofde van een binnen dat jaar ingestelde rechtsvordering, terugverkregen, dan wordt hij als de bezitter op het in lid 1 aangegeven tijdstip aangemerkt.

Artikel 106

Wanneer de verjaring van de rechtsvordering van een beperkt gerechtigde tegen de hoofdgerechtigde tot opheffing van een met het beperkte recht strijdige toestand wordt voltooid, gaat het beperkte recht teniet, voor zover de uitoefening daarvan door die toestand is belet.

Artikel 106a

Indien een bezitter wist of behoorde te weten dat een onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen toebehoort aan de overheid, is met betrekking tot die zaak of dat recht jegens de overheid verjaring uitgesloten.

Titel 5
Bezit en houderschap

Artikel 107

1. Bezit is het houden van een goed voor zichzelf.
2. Bezit is onmiddellijk, wanneer iemand bezit zonder dat een ander het goed voor hem houdt.
3. Bezit is middellijk, wanneer iemand bezit door middel van een ander die het goed voor hem houdt.
4. Houderschap is op overeenkomstige wijze onmiddellijk of middellijk.

Artikel 108

Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de volgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.

Artikel 109

Wie een goed houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden.

Artikel 110

Bestaat tussen twee personen een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene het ter uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander.

Artikel 111

Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, dan gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van degene voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak van diens recht.

Artikel 112

Bezit wordt verkregen door inbezitneming, door overdracht of door opvolging onder algemene titel.

Artikel 113

1. Men neemt een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen.
2. Wanneer een goed in het bezit van een ander is, zijn enkele op zichzelf staande

machtsuitoefeningen voor een inbezitneming onvoldoende.

Artikel 114

Een bezitter draagt zijn bezit over door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen die hij zelf over het goed kon uitoefenen.

Artikel 115

Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende wanneer:

- a. de vervreemder de zaak bezit en hij haar krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt;
- b. de verkrijger houder van de zaak voor de vervreemder was;
- c. een derde voor de vervreemder de zaak hield, en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt.

In het in onderdeel c bedoelde geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of de verkrijger de overdracht aan hem heeft meegedeeld.

Artikel 116

Degene die onder algemene titel een ander opvolgt, volgt daarmee die ander op in diens bezit en houderschap, met alle hoedanigheden en gebreken daarvan.

Artikel 117

1. Een bezitter van een goed verliest het bezit, wanneer hij het goed kennelijk prijsgeeft, of wanneer een ander het bezit van het goed verkrijgt.
2. Zolang niet een der in lid 1 genoemde gronden van bezitsverlies zich heeft voorgedaan, duurt een aangevangen bezit voort.

Artikel 118

1. Een bezitter is te goeder trouw, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijs als zodanig mocht beschouwen.
2. Is een bezitter eenmaal te goeder trouw, dan wordt hij geacht dit te blijven.
3. Goede trouw wordt vermoed aanwezig te zijn; het ontbreken van goede trouw moet worden bewezen.

Artikel 119

1. De bezitter van een goed wordt vermoed rechthebbende te zijn.

2. Ten aanzien van registergoederen wijkt dit vermoeden, wanneer komt vast te staan dat de wederpartij of diens rechtsvoorganger te eniger tijd rechthebbende was en dat de bezitter zich niet kan beroepen op verkrijging nadien onder bijzondere titel waarvoor inschrijving in de registers is vereist.

Artikel 120

1. Aan een bezitter te goeder trouw behoren de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten toe.
2. De rechthebbende op een goed, die dit opeist van een bezitter te goeder trouw of die het van deze heeft terugontvangen, is verplicht de ten behoeve van het goed gemaakte kosten alsmede de schade waarvoor de bezitter op grond van titel 3 van Boek 6 uit hoofde van zijn bezit jegens derden aansprakelijk mocht zijn, aan deze te vergoeden, voor zover de bezitter niet door de vruchten van het goed en de overige voordelen die hij ter zake heeft genoten, voor het een en ander is schadeloos gesteld. De rechter kan de verschuldigde vergoeding beperken, indien volledige vergoeding zou leiden tot onbillijke bevoordeling van de bezitter jegens de rechthebbende.
3. Zolang een bezitter te goeder trouw de hem verschuldigde vergoeding niet heeft ontvangen, is hij bevoegd de afgifte van het goed op te schorten.
4. De leden 1 tot en met 3 zijn ook van toepassing op degene die meent en mocht menen dat hij het bezit rechtmatig heeft verkregen, ook al weet hij dat de handelingen die voor de levering van het recht nodig zijn, niet hebben plaatsgevonden.

Artikel 121

1. Een bezitter die niet te goeder trouw is, is jegens de rechthebbende behalve tot afgifte van het goed ook verplicht tot het afgeven van de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten, onverminderd zijn aansprakelijkheid op grond van titel 3 van Boek 6 voor door de rechthebbende geleden schade.
2. Hij heeft tegen de rechthebbende alleen een vordering tot vergoeding van de kosten die hij ten behoeve van het goed of tot winning van de vruchten heeft gemaakt, voor zover hij deze vergoeding van de rechthebbende kan vorderen op grond van het bepaalde omtrent ongerechtvaardigde verrijking.
3. De leden 1 en 2 zijn ook op de bezitter te goeder trouw van toepassing vanaf het tijdstip waarop de rechthebbende zijn recht tegen hem heeft ingeroepen.

Artikel 122

Indien de rechthebbende ter bevrijding van de door hem ingevolge de artikelen 120 en 121 verschuldigde vergoedingen op zijn kosten het goed aan de bezitter wil overdragen, is de bezitter gehouden hieraan mee te werken.

Artikel 123

Heeft de bezitter van een zaak daaraan veranderingen of toevoegingen aangebracht, dan is hij

bevoegd om, in plaats van de hem op grond van de artikelen 120 en 121 daarvoor toekomende vergoeding te vorderen, deze veranderingen of toevoegingen weg te nemen, mits hij de zaak in de oude toestand terugbrengt.

Artikel 124

Wanneer iemand een goed voor een ander houdt en dit door een derde als rechthebbende van hem wordt opgeëist, vindt hetgeen in de artikelen 120 tot en met 123 omtrent de bezitter is bepaald, te zijnen aanzien toepassing met inachtneming van de rechtsverhouding waarin hij tot die ander stond.

Artikel 125

1. Degene die het bezit van een goed heeft verkregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen het jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld.
2. De vordering wordt afgewezen, indien de opgeroepene een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen krachtens een beter recht heeft verricht, tenzij de opgeroepene met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.
3. Dit artikel laat voor de bezitter, ook nadat het in lid 1 bedoelde jaar is verstreken, en voor de houder onverlet de mogelijkheid een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen, indien daartoe gronden zijn.

Titel 6

Trust

Afdeling 1

Algemene bepalingen

Artikel 127

1. Voor de toepassing van deze titel heeft de term trust het oog op de rechtsbetrekkingen die bij rechtshandeling onder de levenden of ter zake des doods in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer een trustee rechthebbende op goederen is of wordt ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.
2. Een trust heeft de volgende kenmerken:
 - a. de goederen van de trust, hierna te noemen het trustvermogen, vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;
 - b. de trustee is rechthebbende op het trustvermogen;
 - c. de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, ter zake waarvan hij rekening en verantwoording schuldig is, om het trustvermogen te besturen.

3. Het is niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van een trust dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft.
4. Op de verkrijging door de trustee van het trustvermogen, anders dan door opvolging of toetreding als bedoeld in artikel 145 lid 1, is afdeling 2 van titel 4 van toepassing. Dit geldt ook indien de insteller de trustee zal zijn.
5. Dat de trustee rechthebbende is of wordt ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel staat niet eraan in de weg dat van een gift aan de trustee in hoedanigheid sprake is.

Artikel 128

Een rechtshandeling waarbij de trustee goederen heeft verkregen, met inbegrip van een verklaring van de insteller waarbij deze zelf trustee wordt ten aanzien van de goederen, kan slechts door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd.

Artikel 129

1. Waar in deze titel wordt gesproken van een notariële akte, wordt daaronder verstaan een akte verleden door of ten overstaan van een Surinaamse notaris. Een volmacht tot medewerking aan de akte moet schriftelijk zijn verleend.
2. De akte wordt verleden in de taal die de insteller kiest, mits de notaris deze taal verstaat. Is de taal een andere dan de Nederlandse taal, dan wordt een door een beëdigd vertaler ondertekende Nederlandse vertaling aan de akte gehecht.

Afdeling 2

Instelling van de trust

Artikel 130

1. De instelling van de trust geschiedt bij notariële akte, een uiterste wil bij notariële akte daaronder begrepen.
2. Een trust ontstaat niet bij het ontbreken van een door de notaris ondertekende akte. Het ontbreken van kracht van authenticiteit aan een door een notaris ondertekende akte verhindert het ontstaan van de trust niet, tenzij het gaat om een uiterste wilsbeschikking.
3. De trustakte bevat de trustbepalingen, die ten minste inhouden:
 - a. de aanwijzing van een begunstigde of een bepaald doel;
 - b. de benoeming van ten minste één binnen Suriname wonende of gevestigde trustee en de aanvaarding van die benoeming;
 - c. een voorziening ter verzekering dat een binnen Suriname wonende of gevestigde trustee niet komt te ontbreken;
 - d. de omschrijving van het trustvermogen.
4. De Centrale Bank van Suriname kan ontheffing verlenen van het in lid 3 onder b en c besloten voorschrift. De Bank kan aan de ontheffing voorwaarden verbinden.

5. Het doel mag niet in strijd zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

Artikel 131

Indien aan een trust gebreken kleven, kan de kantonrechter, op verzoek van de insteller, een andere belanghebbende of het openbaar ministerie, de als trustee fungerende persoon veroordelen tot het verrichten van hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust, daaronder begrepen de aanpassing van de trustakte.

Artikel 132

1. Wijziging van de trustbepalingen en herroeping van de trust zijn slechts mogelijk onder de omstandigheden vermeld en door een persoon daartoe aangewezen in de trustakte.
2. Zodanige wijziging of herroeping geschiedt bij notariële akte.

Artikel 133

1. Indien door onvoorziene omstandigheden aan de kennelijke bedoeling van de insteller in een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare mate afbreuk wordt gedaan, kan de kantonrechter, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, de trustbepalingen buiten toepassing laten of deze wijzigen. Aan een wijziging kan geheel of gedeeltelijk terugwerkende kracht worden verleend.
2. Nadat een beschikking waarbij de trustbepalingen zijn gewijzigd in kracht van gewijsde is gegaan, zendt de griffier van het college waar de procedure laatstelijk aanhangig was, een afschrift van de beschikking aan de Kamer van Koophandel en Fabrieken te Paramaribo, ter inschrijving in het handelsregister van de datum van de beschikking en van gewijzigde gegevens als bedoeld in artikel 161 lid 2 onder b en c.

Afdeling 3

De trustee

Artikel 134

1. Zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen rechtsgeldig als trustee fungeren.
2. De insteller kan trustee zijn.
3. De trustee kan niet de enige begunstigde zijn.
4. De trustee kan evenmin protector zijn als bedoeld in afdeling 4. Een protector die een benoeming tot trustee aanvaardt houdt op protector te zijn.

Artikel 134a

1. Een trustee dient te beschikken over een daartoe strekkende vergunning van de Centrale Bank van Suriname.
2. De Bank kan kwaliteitseisen voor trustees vaststellen. De Bank kan voor nader door haar aan te geven categorieën trusts bijzondere door trustees in acht te nemen voorwaarden vaststellen.

Artikel 135

1. De trustee is verplicht het trustvermogen in overeenstemming met de wet en de bepalingen van de trustakte te besturen en zijn bevoegdheden in overeenstemming met de aard van het trustvermogen en met de zorgvuldigheid die uit zijn vertrouwenspositie voortvloeit uit te oefenen.
2. De trustee is verplicht het trustvermogen te verzekeren tegen gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten. In ieder geval is de trustee, indien een gebouw tot het trustvermogen behoort, verplicht dit tegen brand te verzekeren.

Artikel 136

1. Met betrekking tot een tot het trustvermogen behorend goed ter zake waarvan inschrijvingen kunnen plaatsvinden in een ingevolge de wet gehouden register, kan de trustee verlangen dat een inschrijving geschiedt op zijn naam en in zijn hoedanigheid van trustee, of op een zodanige andere wijze dat van het bestaan van de trust blijkt.
2. Tenzij in de trustakte anders is bepaald, moet de trustee het bestaan van het trustverband doen inschrijven:
 - a. in de openbare registers, bedoeld in titel 1, afdeling 2, voor zover het trustvermogen bestaat uit registergoederen;
 - b. in het register van aandeelhouders, voor zover het trustvermogen bestaat uit aandelen op naam in een naamloze vennootschap;
 - c. in het handelsregister, voor zover het trustvermogen bestaat uit een onderneming of een aandeel van een volledig aansprakelijke vennoot in een openbare vennootschap.
3. Tenzij in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevegd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is, moet de trustee aan zijn wederpartij kenbaar maken dat hij handelt in zijn hoedanigheid van trustee. Is aan de wederpartij kenbaar dat de trustee handelt in zijn hoedanigheid, dan is geen verhaal mogelijk op het niet aan de trust onderworpen vermogen van de trustee, tenzij de trustee de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien heeft geschonden.

Artikel 137

1. De trustee is verplicht het trustvermogen afgescheiden te houden van een ander trustvermogen en van zijn niet aan een trust onderworpen vermogen.
2. De trustee is verplicht binnen Suriname van elk trustvermogen een zodanige afzonderlijke

administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren dat te allen tijde de samenstelling, de inkomsten en uitgaven van elk trustvermogen uit de administratie zijn vast te stellen. De administratie van beleggingstrusts kan ook buiten Suriname worden gevoerd.

3. Tenzij in de trustakte anders is bepaald, is de trustee verplicht jaarlijks, alsmede bij het einde van de trust, aan de begunstigde rekening en verantwoording af te leggen over zijn bestuur. Daarbij wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van rechtshandelingen waarbij een trustee of protector een tegenstrijdig eigen belang had.
4. De trustee is verplicht op verzoek van het openbaar ministerie inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitoefening van diens uit deze titel voortvloeiende taken.

Artikel 137a

Bestaat de trust ten behoeve van een of meer begunstigten, dan houdt de trustee zich op de hoogte van de namen en adressen van alle begunstigten en wat hun toekomt.

Artikel 138

Indien meerdere trustees in functie zijn, richten hun bevoegdheden zich naar hetgeen in titel 7 voor deelgenoten is bepaald, tenzij uit de trustakte anders voortvloeit.

Artikel 139

1. De trustee is onder meer bevoegd tot:
 - a. vervreemding, belegging en herbelegging van het trustvermogen;
 - b. uitkering van het zuiver inkomen of accumulatie voor ten hoogste vijf jaar;
 - c. beëindiging of opschorting van uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie, voor zover die uitkeringen feitelijk voor een ander doel worden gebruikt;
 - d. beëindiging van uitkeringen indien een begunstigde, in strijd met een daartoe strekkend verbod in de trustakte, zijn belang in de trust heeft vervreemd, bezwaard of belast;
 - e. het op verzoek van de insteller, de protector of derden doen van uitkeringen aan niet in de trustakte genoemde personen of ten behoeve van niet in de trustakte genoemde doelen, mits deze uitkeringen niet onverenigbaar zijn met de trustbepalingen;
 - f. raadpleging van adviseurs in verband met de uitoefening van zijn taak.
2. Het verlenen van een volmacht is slechts toegestaan in de vorm van een bijzondere volmacht van beperkte duur.
3. Rechtshandelingen met betrekking tot het trustvermogen waarbij een trustee een tegenstrijdig belang heeft, kunnen slechts worden aangegaan met medewerking van alle overige trustees en met toestemming van alle protectors. Bij ontbreken van een protector is toestemming van de kantonrechter vereist. Wordt de in de eerste volzin bedoelde medewerking of toestemming zonder redelijke grond geweigerd of verklaart men zich niet, dan kan de medewerking of toestemming, op verzoek van de trustee, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter.

4. In de trustakte kan van de leden 1 tot en met 3 worden afgeweken.

Artikel 140

1. In de trustakte kan de beschikkingsbevoegdheid van de trustee met betrekking tot het trustvermogen of bepaalde tot het trustvermogen behorende goederen worden beperkt. Een zodanige bepaling staat aan executie door schuldeisers niet in de weg. Indien in de trustakte is bepaald dat beschikking niet zonder toestemming van één of meer in de trustakte genoemde personen kan geschieden en die personen de vereiste toestemming zonder redelijke grond weigeren of zich niet verklaren, kan de toestemming op verzoek van de trustee worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter.
2. De in lid 1 bedoelde beschikkingsonbevoegdheid kan slechts worden tegengeworpen aan een verkrijger die haar kende.
3. De beschikkingsonbevoegdheid kan ook worden tegengeworpen aan een verkrijger die haar niet kende, maar die om niet verkreeg, tenzij en voor zover deze aantoont dat hij ten tijde dat de beschikkingsonbevoegdheid hem bekend werd, door de verkrijging niet gebaat was.
4. Bekendheid met het bestaan van het trustverband impliceert bekendheid met de beschikkingsonbevoegdheid, indien deze is ingeschreven in het handelsregister, tenzij de beschikkingsonbevoegdheid zo ongebruikelijk is dat de verkrijger haar daarin niet behoefde te verwachten.
5. Met betrekking tot registergoederen impliceert inschrijving van het trustverband in de openbare registers, bedoeld in titel 1, afdeling 2, bekendheid met het bestaan van het trustverband.

Artikel 141

Een trustee kan als zodanig in rechte optreden en verschijnen voor enig persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie.

Artikel 142

Tenzij de beloning van de trustee in de trustakte anders is geregeld, komt aan de trustee of de gezamenlijke trustees vijf procent van het zuiver inkomen uit het trustvermogen toe, met een minimum van een door de President van het Hof van Justitie bepaalde bedrag.

Artikel 143

1. De trustee is aansprakelijk, indien hij in de zorg van een goed trustee tekortschiet, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.
2. Indien meer dan één trustee in functie is, is elk hunner hoofdelijk aansprakelijk. Niet aansprakelijk is evenwel de trustee die bewijst dat het desbetreffende feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.
3. Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan noch in

de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten.

4. Indien het trustvermogen is benadeeld, kan de vordering worden ingesteld door elke mede-trustee. De vordering kan, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook worden ingesteld door een protector of begunstigde, met dien verstande dat de schadevergoeding zo spoedig mogelijk wordt afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.

Artikel 144

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kan de trustee zijn taak slechts neerleggen zonder onnodige schade voor de begunstigde of het trustvermogen.
2. De trustee kan door de protector of, op verzoek van in de trustakte daartoe aangewezen personen of het openbaar ministerie, door de kantonrechter worden geschorst.
3. Indien in geval van schorsing niet binnen vier weken wordt overgegaan tot het instellen van een onderzoek naar de omstandigheden die tot de schorsing hebben geleid, vervalt de schorsing.
4. Op verzoek van de protector, het openbaar ministerie of, tenzij in de trustakte anders is bepaald, de insteller of begunstigde, dan wel andere in de trustakte daartoe aangewezen personen kan de trustee door de kantonrechter worden ontslagen.
5. In de trustakte kan worden bepaald dat de insteller of de protector naar eigen goeddunken de trustee kan ontslaan en al dan niet vervangen.
6. De trustee verliest voorts zijn hoedanigheid van trustee door intrekking van zijn vergunning, door zijn dood, zijn faillietverklaring, zijn ondercuratelestelling of door de instelling van een bewind, bedoeld in titel 19 van Boek 1, over een of meer van zijn goederen, dan wel, rechtspersoon zijnde, door een besluit tot ontbinding.
7. Indien, ondanks de voorziening ter zake in de trustakte, een binnen Suriname wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken, benoemt de kantonrechter deze, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve.

Artikel 145

1. Een opvolgende of toetredende trustee verkrijgt van rechtswege het trustvermogen of een aandeel daarin onder algemene titel. Ontbrak op enig moment een trustee, dan wordt de opvolgende trustee geacht rechthebbende te zijn vanaf het tijdstip van defungeren van de laatste trustee.
2. Voor zover tot het trustvermogen goederen behoren, ten aanzien waarvan in enig register of bij enige autoriteit gegevens zijn vastgelegd, is de opvolgende trustee verplicht, onverwijld van de rechtsovergang te doen blijken.
3. Een opvolgende trustee is verplicht tot openbaarmaking van de op hem betrekking hebbende in artikel 161 lid 2 onder c bedoelde gegevens, voor zover zulks vereist is en niet op grond van dat artikel mocht zijn geschied.

Artikel 146

1. De defungerende trustee is verplicht aan de opvolgende trustee rekening en verantwoording

- af te leggen, alsmede aan hem de op het trustvermogen betrekking hebbende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers af te geven.
2. De defungerende trustee is voorts verplicht tot het afgeven aan de opvolgende trustee van volmachten, verklaringen, titelbewijzen en documenten die in enig rechtsstelsel verband houden met de rechtsovergang. Voor zover de defungerende trustee zelf daarbij belang behoudt, is hij slechts verplicht om aan de opvolgende trustee op diens verlangen en op diens kosten een afschrift of uittreksel af te geven.
 3. Ingeval van overlijden van een trustee rusten de in de leden 1 en 2 genoemde verplichtingen op diens erfgenamen. Ingeval ten aanzien van een trustee, rechtspersoon zijnde, een besluit tot ontbinding is genomen, rusten die verplichtingen op de vereffenaar.

Afdeling 4 De protector

Artikel 147

1. In de trustakte kan worden bepaald dat, en onder welke voorwaarden, er een of meer protectors zullen zijn.
2. Indien benoeming van een protector mogelijk is, dient tevens te worden bepaald wie tot benoeming is bevoegd.
3. Benoeming van een protector door een trustee is nietig. Een voordracht tot benoeming van een protector door een trustee is niet bindend.

Artikel 148

1. Zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen als protector fungeren.
2. De protector kan niet de enige begunstigde zijn.
3. De protector kan evenmin trustee zijn. Een trustee die een benoeming tot protector aanvaardt houdt op trustee te zijn. Een trustee kan geen benoeming tot protector aanvaarden indien daardoor een binnen Suriname wonende of gevestigde trustee zou komen te ontbreken.

Artikel 149

1. De protector is verplicht, met de zorgvuldigheid die uit de vertrouwenspositie van protector voortvloeit, de trustee met raad terzijde te staan, toezicht te houden op de trustee en zonodig over te gaan tot schorsing van de trustee of tot het nemen van andere in de trustakte omschreven maatregelen.
2. De protector is verplicht zodanige andere taken te verrichten als hem bij zijn benoeming mochten zijn toevertrouwd, welke taken echter, afgezien van het verlenen of onthouden van zijn goedkeuring of toestemming, niet mogen inhouden de bevoegdheid tot het nemen van beslissingen die naar hun aard binnen de bevoegdheid van de trustee vallen.
3. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, is de protector verplicht bij zijn aftreden

een opvolger te benoemen.

Artikel 150

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, dient, indien meerdere protectors in functie zijn, een vereiste toestemming of medewerking verleend te worden door de meerderheid van de protectors, waarbij allen, zoveel als in de omstandigheden redelijkerwijs mogelijk, in de besluitvorming zijn betrokken.
2. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kan de protector in verband met de uitoefening van zijn taak adviseurs raadplegen.
3. Het verlenen van een volmacht is slechts mogelijk aan een medeprotector, in de vorm van een bijzondere volmacht van beperkte duur.
4. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, geldt de protector als belanghebbende in de zin van deze titel.
5. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kunnen rechtshandelingen met betrekking tot het trustvermogen waarbij een protector een tegenstrijdig belang heeft, slechts worden aangegaan met medewerking van alle trustees en met toestemming van alle overige protectors. Wordt de in de eerste volzin bedoelde medewerking of toestemming zonder redelijke grond geweigerd of verklaart men zich niet, dan kan de medewerking of toestemming, op verzoek van een trustee, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter.

Artikel 151

1. De protector is aansprakelijk, indien hij in de zorg van een goed protector tekortschiet, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.
2. Indien meer dan één protector in functie is, is elk hunner hoofdelijk aansprakelijk. Niet aansprakelijk is evenwel de protector die bewijst, dat het desbetreffende feit niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.
3. Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan noch in de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten.
4. Indien het trustvermogen is benadeeld, kan de vordering worden ingesteld door elke trustee. De vordering kan, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook worden ingesteld door een medeprotector of begunstigde, met dien verstande dat de schadevergoeding zo spoedig mogelijk wordt afgedragen aan de trustee of trustees.

Artikel 152

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kan de protector zijn taak slechts neerleggen zonder onnodige schade voor de begunstigde of het trustvermogen.
2. Op verzoek van een medeprotector, het openbaar ministerie of, tenzij in de trustakte anders is bepaald, de insteller of begunstigde, dan wel andere in de trustakte daartoe aangewezen personen kan een protector door de kantonrechter worden ontslagen.

3. In de trustakte kan worden bepaald dat de insteller naar eigen goeddunken de protector kan ontslaan en al dan niet vervangen en dat deze bevoegdheid na de dood van de insteller overgaat op een andere aangewezen persoon.
4. De protector verliest voorts zijn hoedanigheid van protector door zijn dood, zijn faillietverklaring, zijn ondercuratelestelling of door de instelling van een bewind, bedoeld in titel 19 van Boek 1, over een of meer van zijn goederen, dan wel, rechtspersoon zijnde, door een besluit tot ontbinding.
5. Ingeval een afgetreden of overleden protector heeft nagelaten een opvolger te benoemen, zal bij gebreke van voorziening in de trustakte, de nog in functie zijnde protector een opvolgende protector benoemen. Indien geen andere protector in functie is, zal de kantonrechter, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve, een opvolgende protector benoemen.

Afdeling 5

De begunstigde

Artikel 153

1. Nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen, mits voldoende bepaalbaar, kunnen ook begunstigde zijn.
2. De insteller kan zichzelf als begunstigde aanwijzen.
3. Is de aanwijzing van de begunstigde onherroepelijk en jegens de begunstigde om niet, dan geldt zij als aanvaard, indien zij ter kennis van de begunstigde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.

Artikel 154

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald of door de trustee niet tot accumulatie is besloten, komt jaarlijks het zuiver inkomen uit het trustvermogen toe aan de begunstigde of het bepaalde doel.
2. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, is de begunstigde bevoegd om over zijn rechten en bevoegdheden in de trust te beschikken, onverminderd lid 3. De trustee geldt als degene tegen wie de desbetreffende rechten en bevoegdheden worden uitgeoefend.
3. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kunnen uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie niet feitelijk gebruikt worden voor betaling van schulden die geen verband houden met het doel waarvoor deze gedaan zijn en is de begunstigde niet bevoegd over het recht op die uitkeringen te beschikken.
4. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, is elke begunstigde afzonderlijk bevoegd jaarlijks naar aanleiding van de afgelegde rekening en verantwoording, voor eigen rekening een onderzoek in te stellen, overlegging te verlangen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, zich de tot het trustvermogen behorende waarden te doen tonen en de op het trustvermogen betrekking hebbende administratie te onderzoeken. Hij kan zich bij de uitoefening van deze bevoegdheden doen bijstaan door een deskundige.
5. Indien uit dit onderzoek blijkt dat de afgelegde rekening en verantwoording belangrijke

onjuistheden bevat of ten aanzien van belangrijke aspecten kennelijk onvolledig is, komen de redelijk gemaakte kosten van dit onderzoek voor rekening van de trustee ten laste van zijn niet aan de trust onderworpen vermogen.

Afdeling 6

Het trustvermogen

Artikel 155

1. Het trustvermogen is afgescheiden van het niet aan een trust onderworpen vermogen van de trustee en andere trustvermogens. Het trustvermogen strekt niet tot verhaal van de persoonlijke schulden van de trustee, maakt geen deel uit van het niet aan een trust onderworpen vermogen van de trustee in geval van diens insolventie of faillissement en maakt geen deel uit van enige huwelijksgoederengemeenschap waarin de trustee gehuwd mocht zijn, noch van zijn nalatenschap.
2. Tenzij in de trustakte of bij de verkrijging door de trustee anders is bepaald, omvat het trustvermogen ook de goederen die geacht moeten worden in de plaats van een tot het trustvermogen behorend goed te treden, vorderingen tot vergoeding van schade daaronder begrepen, benevens de vruchten en andere voordelen die zulk een goed oplevert, zolang de vruchten niet zijn aangewend ten behoeve van de begunstigde of het bepaalde doel.

Artikel 156

1. Indien de trustee tot het trustvermogen behorende goederen ten onrechte niet afgescheiden heeft gehouden, kan elke mede-trustee vorderen dat de goederen alsnog worden afgescheiden en aan hem worden afgestaan.
2. Onverminderd de bescherming van derden, kunnen tot het trustvermogen behorende goederen door de trustee of een mede-trustee worden teruggevorderd in gevallen waarin de trustee deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien, heeft vervreemd. Dit lid is van overeenkomstige toepassing op bezwaren en ingebruikgevingen van tot het trustvermogen behorende goederen.
3. De bevoegdheden van de leden 1 en 2 komen, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook toe aan een protector of begunstigde, met dien verstande dat de goederen zo spoedig mogelijk worden afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.
4. Artikel 155 lid 2 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 157

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, komen uitgaven die door de trustee en andere bevoegde personen bevoegdelyk zijn gedaan, alsmede de aan de trustee toekomende beloning, in de eerste plaats ten laste van het zuiver inkomen uit het trustvermogen en vervolgens van het trustvermogen.
2. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald dient, voor de toepassing van deze titel

onder zuiver inkomen te worden verstaan de algebraïsche som van hetgeen in geld of geldswaarde zuiver genoten wordt als opbrengst van onroerende zaken en de rechten waaraan deze zijn onderworpen, roerend kapitaal en rechten op periodieke uitkeringen als bedoeld in de Inkomstenbelasting 1922.

Artikel 158

In de trustakte kunnen een of meer personen worden aangewezen die ter bescherming van het trustvermogen, onder de in de trustakte omschreven omstandigheden, bevoegd zijn tot het nemen van daarin aangeduide maatregelen.

Afdeling 7 Het einde van de trust

Artikel 159

1. De trust eindigt:
 - a. door de vervulling van een in de trustakte opgenomen ontbindende voorwaarde of door het verloop van de tijd waarvoor de trust is ingesteld;
 - b. bij het geheel ontbreken van trustvermogen, indien niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd verandering komt;
 - c. indien er geen begunstigden meer zijn of deze allen schriftelijk afstand van hun aanspraken hebben gedaan;
 - d. zodra de enige trustee de enige begunstigde wordt; of
 - e. door ontbinding van de trust door de kantonrechter, op verzoek van het openbaar ministerie, indien aan de trust gebreken kleven of in het belang van de openbare orde.
2. Nadat een rechterlijke beschikking waarbij de trust is ontbonden in kracht van gewijsde is gegaan, zendt de griffier van het college waar de procedure laatstelijk aanhangig was, een afschrift van de beschikking aan de Kamer van Koophandel en Fabrieken te Paramaribo ter inschrijving van de ontbinding in het handelsregister.
3. De rechter kan in de in lid 2 bedoelde beschikking op verzoek dan wel ambtshalve een vereffenaar benoemen.

Artikel 160

1. In de in artikel 159 lid 1 onder a, c en e vermelde gevallen draagt de trustee bij zijn eindrekening en verantwoording alle tot het trustvermogen behorende goederen, overeenkomstig de voor elk van die goederen geldende regelen, over aan degene, die daartoe in de trustakte is aangewezen en bij gebreke van zodanige aanwijzing, aan de insteller of zijn rechtsopvolgers onder algemene titel. Ingeval ook deze ontbreken, dient de eindrekening en verantwoording te worden afgelegd aan de Centrale Bank van Suriname en dienen de overblijvende goederen te worden verkocht, met afdracht van de opbrengst daarvan aan de Staat.

2. Ontbreekt een trustee, dan benoemt de kantonrechter, op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve, een vereffenaar.

Afdeling 8

Openbaarmaking van de trust

Artikel 161

1. De notaris te wiens overstaan de trustakte is verleden, is verplicht de trust in te schrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken te Paramaribo.
2. De inschrijving houdt in vermelding van:
 - a. de datum van instelling van de trust;
 - b. de eventueel in de trustakte gekozen naam;
 - c. de volledige namen, geboorteplaats en geboortedatum, woonplaats en adres van de trustees.
3. Tevens kunnen worden ingeschreven:
 - a. de volledige namen, geboorteplaats en geboortedatum, woonplaats en adres van protectors en andere personen die met betrekking tot het trustvermogen bevoegd zijn tot het aangaan van rechtshandelingen of tot het geven van daarvoor vereiste toestemming of goedkeuring;
 - b. voor derden van belang zijnde beperkingen of uitbreidingen van de bevoegdheid van de trustee.
4. De notaris te wiens overstaan een trustakte wordt gewijzigd, is verplicht tot inschrijving van de datum van wijziging en van de gewijzigde gegevens als bedoeld in lid 2 onder b en c.
5. De notaris te wiens overstaan een trust wordt herroepen, is verplicht tot inschrijving van deze herroeping.
6. Ingeval de trust eindigt anders dan door herroeping of ontbinding door de rechter, is de laatst fungerende trustee verplicht daarvan mededeling te doen aan de Kamer van Koophandel en Fabrieken te Paramaribo ter inschrijving van de beëindiging in het handelsregister. Indien zulks niet binnen vier weken mocht zijn geschied, is iedere belanghebbende, na daartoe verkregen toestemming van de kantonrechter, tot het doen van die mededeling bevoegd.

Titel 7

Gemeenschap

Afdeling 1

Algemene bepalingen

Artikel 166

1. Gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.
2. De aandelen van de deelgenoten zijn gelijk, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit.
3. Op de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten is artikel 2 van Boek 6 van overeenkomstige

toepassing.

Artikel 167

Goederen die geacht moeten worden in de plaats van een gemeenschappelijk goed te treden, behoren tot de gemeenschap.

Artikel 168

1. De deelgenoten kunnen het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst regelen.
2. Voor zover een overeenkomst ontbreekt, kan de kantonrechter op verzoek van de meest gerede partij een zodanige regeling treffen, zo nodig met onderbewindstelling van de goederen. Hij houdt daarbij naar billijkheid rekening zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang.
3. Een bestaande regeling kan op verzoek van de meest gerede partij door de kantonrechter wegens onvoorziene omstandigheden gewijzigd of buiten werking worden gesteld.
4. Een regeling is ook bindend voor de rechtverkrijgenden van een deelgenoot.
5. Op een overeenkomstig lid 2 ingesteld bewind zijn, voor zover de kantonrechter niet anders heeft bepaald, de artikelen 154, 157 tot en met 166, 168, 172, 173 en 174 van Boek 4 van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de kantonrechter de in artikel 159 van Boek 4 bedoelde beloning ook op grond van bijzondere omstandigheden anders kan regelen, alsmede dat hij de in artikel 160 van Boek 4 bedoelde zekerheidstelling te allen tijde kan bevelen. Het kan door een gezamenlijk besluit van de deelgenoten of op verzoek van een hunner door de kantonrechter worden opgeheven.

Artikel 169

Tenzij een regeling anders bepaalt, is iedere deelgenoot bevoegd tot het gebruik van een gemeenschappelijk goed, mits dit gebruik met het recht van de overige deelgenoten te verenigen is.

Artikel 170

1. 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. Ieder van hen is bevoegd ten behoeve van de gemeenschap verjaring te stuiten.
2. Voor het overige geschiedt het beheer door de deelgenoten tezamen, tenzij een regeling anders bepaalt. Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties.
3. Tot andere handelingen betreffende een gemeenschappelijk goed dan in de leden 1 en 2 vermeld, zijn uitsluitend de deelgenoten tezamen bevoegd.

Artikel 171

Tenzij een regeling anders bepaalt, is iedere deelgenoot bevoegd tot het instellen van rechtsvorderingen en het indienen van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak ten behoeve van de gemeenschap. Een regeling die het beheer toekent aan een of meer der deelgenoten, sluit, tenzij zij anders bepaalt, deze bevoegdheid voor de anderen uit.

Artikel 172

Tenzij een regeling anders bepaalt, delen de deelgenoten naar evenredigheid van hun aandelen in de vruchten en andere voordelen die het gemeenschappelijke goed oplevert, en moeten zij in dezelfde evenredigheid bijdragen tot de uitgaven die voortvloeien uit handelingen die bevoegdelyk ten behoeve van de gemeenschap zijn verricht.

Artikel 173

De deelgenoot die voor de overige deelgenoten beheer heeft gevoerd, legt, tenzij bij regeling anders is bepaald, jaarlijks op vordering van een andere deelgenoot daaromtrent rekening en verantwoording af; hij legt zulke rekening en verantwoording in ieder geval bij het einde van het beheer af.

Artikel 174

1. De rechter die ter zake van een vordering tot verdeling bevoegd zou zijn of voor wie een zodanige vordering reeds aanhangig is, kan een deelgenoot op diens verzoek ten behoeve van de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld of om andere gewichtige redenen machtigen tot het te gelde maken van een gemeenschappelijk goed. Indien een deelgenoot voor wie een te verkopen goed een bijzondere waarde heeft, bereid is het goed tegen vergoeding van de geschatte waarde over te nemen, kan de voormelde rechter deze overneming bevelen.
2. De in lid 1 bedoelde rechter kan een deelgenoot op diens verzoek machtigen een gemeenschappelijk goed te bezwaren met een recht van pand of hypotheek tot zekerheid voor de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld die reeds bestaat of waarvan het aangaan geboden is voor het behoud van een goed der gemeenschap.

Artikel 175

1. Tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit, kan ieder van hen over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed beschikken.
2. Indien uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten voortvloeit dat zij niet, tenzij met aller toestemming, bevoegd zijn over hun aandeel te beschikken, zijn de leden 3 en 4 van artikel 168 van overeenkomstige toepassing.
3. De schuldeisers van een deelgenoot kunnen zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed uitwinnen. Na de uitwinning van een aandeel kunnen beperkingen van de bevoegdheid om

over de aandelen te beschikken niet worden ingeroepen tussen de verkrijger van dat aandeel en de overige deelgenoten.

Artikel 176

1. De verkrijger van een aandeel of een beperkt recht daarop moet van de verkrijging onverwijld mededeling doen aan de overige deelgenoten of aan degene die door de deelgenoten of de rechter met het beheer over het goed is belast.
2. Een overgedragen aandeel wordt verkregen onder de last aan de gemeenschap te vergoeden hetgeen de vervreemder haar schuldig was. Vervreemder en verkrijger zijn hoofdelijk voor deze vergoeding aansprakelijk. De verkrijger kan zich aan deze verplichting onttrekken door zijn aandeel op zijn kosten aan de overige deelgenoten over te dragen; deze zijn verplicht aan een zodanige overdracht mee te werken.
3. De leden 1 en 2 zijn niet van toepassing bij uitwinning van de gezamenlijke aandelen in een gemeenschappelijk goed.

Artikel 177

1. Wordt een gemeenschappelijk goed verdeeld of overgedragen, terwijl op het aandeel van een deelgenoot een beperkt recht rust, dan komt dat recht te rusten op het goed voor zover dit door die deelgenoot wordt verkregen, en wordt het goed voor het overige van dat recht bevrijd, onverminderd hetgeen de beperkt gerechtigde of de deelgenoot op wiens aandeel zijn recht rust, krachtens hun onderlinge verhouding van de ander wegens een door deze aldus ontvangen overwaarde heeft te vorderen.
2. Een verdeling, alsmede een overdracht waartoe de deelgenoten zich na bezwaring met het beperkte recht hebben verplicht, behoeft de medewerking van de beperkt gerechtigde.
3. Een bij toedeling van het goed aan de in lid 1 genoemde deelgenoot bedongen recht van pand of hypotheek tot waarborg van hetgeen hij aan een of meer der deelgenoten ten gevolge van de verdeling schuldig is of mocht worden, heeft, mits het gelijktijdig met de levering van het hem toegedeelde daarop wordt gevestigd, voorrang boven een beperkt recht dat een deelgenoot tevoren op zijn aandeel had gevestigd.

Artikel 178

1. Ieder der deelgenoten, alsmede degene die een beperkt recht op een aandeel heeft, kan te allen tijde verdeling van een gemeenschappelijk goed vorderen, tenzij uit de aard van de gemeenschap of uit de leden 2 tot en met 5 anders voortvloeit.
2. Op verlangen van een deelgenoot kan de rechter voor wie een vordering tot verdeling aanhangig is, bepalen dat alle of sommige opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, moeten worden voldaan alvorens tot de verdeling wordt overgegaan.
3. Indien de door een onmiddellijke verdeling getroffen belangen van een of meer deelgenoten aanmerkelijk groter zijn dan de belangen die door de verdeling worden gediend, kan de rechter voor wie een vordering tot verdeling aanhangig is, op verlangen van een deelgenoot een of meermalen, telkens voor ten hoogste drie jaar, een vordering tot verdeling uitsluiten.

4. Indien geen vordering tot verdeling aanhangig is, kan een beslissing als bedoeld in de leden 2 en 3 op verzoek van ieder van de deelgenoten worden gegeven door de rechter die ter zake van de vordering tot verdeling bevoegd zou zijn.
5. Zij die bevoegd zijn verdeling te vorderen, kunnen hun bevoegdheid daartoe een of meer malen bij overeenkomst, telkens voor ten hoogste vijf jaar, uitsluiten. De leden 3 en 4 van artikel 168 zijn op een zodanige overeenkomst van overeenkomstige toepassing.

Artikel 179

1. Indien verdeling van een gemeenschappelijk goed wordt gevorderd, kan ieder der deelgenoten verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen, tenzij er gewichtige redenen zijn voor een gedeeltelijke verdeling. Van de verdeling worden die goederen uitgezonderd die wegens een der in artikel 178 genoemde gronden onverdeeld moeten blijven.
2. De omstandigheid dat bij een verdeling een of meer goederen zijn overgeslagen, heeft alleen ten gevolge dat daarvan een nadere verdeling kan worden gevorderd.
3. Op de toedeling van een schuld is titel 2, afdeling 3, van Boek 6 van toepassing.

Artikel 180

1. Een schuldeiser die een opeisbare vordering op een deelgenoot heeft, kan verdeling van de gemeenschap vorderen, doch niet verder dan nodig is voor het verhaal van zijn vordering. Artikel 178 lid 3 is van toepassing.
2. Heeft een schuldeiser een bevel tot verdeling van de gemeenschap verkregen, dan behoeft de verdeling zijn medewerking.

Artikel 181

1. Voor het geval dat deelgenoten of zij wier medewerking vereist is, niet meewerken tot een verdeling nadat deze bij rechterlijke uitspraak is bevolen, benoemt de rechter die in eerste aanleg van de vordering tot verdeling heeft kennisgenomen, indien deze benoeming niet reeds bij die uitspraak heeft plaatsgehad, op verzoek van de meest gerede partij een onzijdig persoon die hen bij de verdeling vertegenwoordigt en daarbij hun belangen naar eigen beste inzicht behartigt. Hebben degenen die niet meewerken tegenstrijdige belangen, dan wordt voor ieder van hen een onzijdig persoon benoemd.
2. Een onzijdig persoon is verplicht hetgeen aan de door hem vertegenwoordigde persoon ingevolge de verdeling toekomt, voor deze in ontvangst te nemen en daarover tot de afgifte aan de rechthebbende op de voet van artikel 410 van Boek 1 het bewind te voeren.
3. De beloning die de onzijdige persoon ten laste van de rechthebbende toekomt, wordt op zijn verzoek vastgesteld door de rechter die hem benoemde.

Artikel 182

Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in

persoon, hetzij vertegenwoordigd, meewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspruit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.

Artikel 183

1. De verdeling kan geschieden op de wijze en in de vorm die partijen goeddunkt, mits de deelgenoten en zij wier medewerking vereist is, allen het vrije beheer over hun goederen hebben en in persoon of bij een door hen aangewezen vertegenwoordiger meewerken, dan wel in geval van bewind over hun recht, worden vertegenwoordigd door de bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste toestemming of machtiging.
2. In andere gevallen moet, tenzij de rechter anders bepaalt, de verdeling geschieden bij notariële akte en worden goedgekeurd door de kantonrechter die bevoegd is de wettelijke vertegenwoordiger van degene die het vrije beheer over zijn goederen mist, tot beschikkingshandelingen te machtigen.

Artikel 184

1. Ieder der deelgenoten kan bij een verdeling verlangen dat op het aandeel van een andere deelgenoot wordt toegerekend hetgeen deze aan de gemeenschap schuldig is. De toerekening geschiedt ongeacht de gegoedheid van de schuldenaar. Is het een schuld onder tijdsbepaling, dan wordt zij voor haar contante waarde op het tijdstip der verdeling toegerekend.
2. Lid 1 is niet van toepassing op schulden onder een opschortende voorwaarde die nog niet vervuld is.

Artikel 185

1. Voor zover de deelgenoten en zij wier medewerking vereist is, over een verdeling niet tot overeenstemming kunnen komen, gelast op vordering van de meest gerede partij de rechter de wijze van verdeling of stelt hij zelf de verdeling vast, rekening houdende naar billijkheid zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang.
2. Als wijzen van verdeling komen daarbij in aanmerking:
 - a. toedeling van een gedeelte van het goed aan ieder der deelgenoten;
 - b. overbedeling van een of meer deelgenoten tegen vergoeding van de overwaarde;
 - c. verdeling van de netto-opbrengst van het goed of een gedeelte daarvan, nadat dit op een door de rechter bepaalde wijze zal zijn verkocht.
3. Zo nodig kan de rechter bepalen dat degene die overbedeeld wordt, de overwaarde geheel of ten dele in termijnen mag voldoen. Hij kan daaraan de voorwaarde verbinden dat zekerheid tot een door hem bepaald bedrag en van een door hem bepaalde aard wordt gesteld.

Artikel 186

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.

Artikel 187

1. De papieren en bewijzen van eigendom, tot de toegedeelde goederen behorende, worden overgegeven aan hem aan wie de goederen zijn toegedeeld.
2. Algemene boedelpapieren en stukken als bedoeld in lid 1, die betrekking hebben op aan meer deelgenoten toegedeelde goederen, verblijven bij degene die de meerderheid der betrokken deelgenoten daartoe heeft benoemd, onder verplichting aan de overige deelgenoten inzage, en zo iemand dit verlangt, afschriften of uittreksels op diens kosten af te geven.
3. Bij gebreke van een meerderheid als bedoeld in lid 2, geschiedt de daar bedoelde benoeming op verlangen van een deelgenoot door de rechter die de verdeling vaststelt, of in andere gevallen op verzoek van een deelgenoot door de kantonrechter. Tegen een beslissing krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 188

1. Tenzij anders is overgekomen, zijn deelgenoten verplicht in evenredigheid van hun aandelen elkaar de schade te vergoeden die het gevolg is van een uitwinning of stoornis, voortgekomen uit een vóór de verdeling ontstane oorzaak, alsmede, wanneer een vordering voor het volle bedrag is toegedeeld, de schade die voortvloeit uit onvoldoende gegoedheid van de schuldenaar op het ogenblik van de verdeling.
2. Wordt een deelgenoot door zijn eigen schuld uitgewonnen of gestoord, dan zijn de overige deelgenoten niet verplicht tot vergoeding van zijn schade.
3. Een verplichting tot vergoeding van schade die voortvloeit uit onvoldoende gegoedheid van de schuldenaar, vervalt door verloop van drie jaar na de verdeling en na het opeisbaar worden van de toegedeelde vordering.
4. Indien verhaal op een deelgenoot voor zijn aandeel in een krachtens lid 1 verschuldigde schadevergoeding onmogelijk blijkt, wordt het aandeel van ieder der andere deelgenoten naar evenredigheid verhoogd.

Afdeling 2

Enige bijzondere gemeenschappen

Artikel 189

1. De bepalingen van deze titel gelden niet voor een huwelijksgemeenschap of rederij, zolang zij niet ontbonden zijn, noch voor de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst

gebouw, zolang de splitsing niet is opgeheven.

2. Voor de gemeenschap van een nalatenschap, voor een ontbonden huwelijksgemeenschap of ontbonden rederij en voor de gemeenschap van een gebouw waarvan de splitsing in appartementsrechten is opgeheven, gelden de volgende bepalingen van deze afdeling, alsmede die van afdeling 1, voor zover daarvan in deze afdeling niet wordt afgeweken.
3. De bepalingen van deze titel gelden niet voor de gemeenschap van een vennootschap, ongeacht of zij ontbonden is.

Artikel 190

1. Een deelgenoot kan niet beschikken over zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk, en zijn schuldeisers kunnen een zodanig aandeel niet uitwinnen, zonder toestemming van de overige deelgenoten.
2. Nochtans kan een deelgenoot op een zodanig aandeel ook zonder toestemming van de andere deelgenoten een recht van pand of hypotheek vestigen. Zolang het goed tot de gemeenschap behoort, kan de pand- of hypotheekhouder niet tot verkoop overgaan, tenzij de overige deelgenoten hierin toestemmen.

Artikel 191

1. Tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit, kan ieder der deelgenoten over zijn aandeel in de gehele gemeenschap beschikken en kunnen zijn schuldeisers een zodanig aandeel uitwinnen.
2. Indien uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten voortvloeit dat zij niet, tenzij met aller toestemming, bevoegd zijn over hun aandeel te beschikken, zijn de leden 3 en 4 van artikel 168 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 192

Tot de gemeenschap behorende schulden kunnen op de goederen van de gemeenschap worden verhaald.

Artikel 193

1. Een schuldeiser wiens vordering op de goederen der gemeenschap kan worden verhaald, kan de rechter verzoeken een vereffenaar te benoemen wanneer tot verdeling van de gemeenschap wordt overgegaan voordat de opeisbare schulden daarvan zijn voldaan of wanneer voor hem het gevaar bestaat dat hij niet ten volle of niet binnen een redelijke tijd zal worden voldaan, hetzij omdat de gemeenschap niet toereikend is of niet behoorlijk beheerd of afgewikkeld wordt, hetzij omdat een schuldeiser zich op de goederen van de gemeenschap gaat verhalen. Afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 betreffende de vereffening van een nalatenschap is van toepassing of overeenkomstige toepassing.
2. Ook een schuldeiser van een deelgenoot kan de rechter verzoeken een vereffenaar te benoemen, wanneer zijn belangen door een gedraging van de deelgenoten ernstig worden

geschaad.

Artikel 194

1. Ieder der deelgenoten kan vorderen dat een verdeling aanvangt met een boedelbeschrijving.
2. Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten.

Afdeling 3

Nietige en vernietigbare verdelingen

Artikel 195

1. Een verdeling waaraan niet alle deelgenoten en alle andere personen wier medewerking vereist was, hebben deelgenomen, is nietig, tenzij zij is geschied bij een notariële akte, in welk geval zij slechts kan worden vernietigd op vordering van degene die niet aan de verdeling heeft deelgenomen. Deze rechtsvordering verjaart door verloop van één jaar nadat de verdeling te zijner kennis is gekomen, onverminderd artikel 200.
2. Heeft aan een verdeling iemand deelgenomen die niet tot de gemeenschap gerechtigd was, of is een deelgenoot bij de verdeling opgekomen voor een groter aandeel dan hem toekwam, dan kan het ten onrechte uitgekeerde ten behoeve van de gemeenschap worden teruggevorderd; voor het overige blijft de verdeling van kracht.

Artikel 196

1. Behalve op de algemene voor vernietiging van rechtshandelingen geldende gronden is een verdeling ook vernietigbaar, wanneer een deelgenoot omtrent de waarde van een of meer der te verdelen goederen en schulden heeft gedwaald en daardoor voor meer dan een vierde gedeelte is benadeeld.
2. Wanneer een benadeling voor meer dan een vierde is bewezen, wordt de benadeelde vermoed omtrent de waarde van een of meer der te verdelen goederen en schulden te hebben gedwaald.
3. Om te beoordelen of benadeling heeft plaatsgehad worden de goederen en schulden der gemeenschap geschat naar hun waarde op het tijdstip van de verdeling. Goederen en schulden die onverdeeld zijn gelaten, worden niet meegerekend.
4. Een verdeling is niet op grond van dwaling omtrent de waarde van een of meer der te verdelen goederen en schulden vernietigbaar, indien de benadeelde de toedeling te zijnen bate of schade heeft aanvaard.

Artikel 197

De bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling uit hoofde van benadeling vervalt, wanneer de andere deelgenoten aan de benadeelde hetzij in geld, hetzij in natura opleggen hetgeen aan diens aandeel ontbrak.

Artikel 198

Wordt een beroep in rechte op vernietigbaarheid van een verdeling gedaan, dan kan de rechter, onverminderd de artikelen 53 en 54, op verlangen van een der partijen de verdeling wijzigen, in plaats van de vernietiging uit te spreken.

Artikel 199

Op een verdeling zijn de artikelen 228 tot en met 230 van Boek 6 niet van toepassing.

Artikel 200

Een rechtsvordering tot vernietiging van een verdeling vervalt door verloop van drie jaar na de verdeling.

Afdeling 4

Langdurig onverdeeld gebleven gemeenschap, bestaande uit een onroerende zaak

Artikel 200a

1. Indien een onroerende zaak deel uitmaakt van een gemeenschap en deze gemeenschap zolang onverdeeld is gebleven dat aannemelijk is dat de deelgenoten niet meer kunnen worden opgespoord of dat de waarde van de aandelen der deelgenoten zeer gering is, kan de kantonrechter de zaak, of gedeelten van de zaak als zelfstandige zaken, in eigendom toekennen aan de gebruikers. De rechter kan daarbij de mogelijkheid van vervreemding of ingebruikgeving aan derden voor een bepaalde tijd beperken.
2. De rechter houdt ter bepaling van de waarde der aandelen in ieder geval rekening met de waarde van de zaak, de op de zaak rustende lasten, het vermoedelijke aantal deelgenoten, alsmede met de kosten gemoeid met de opsporing der deelgenoten, de waardebepaling van de zaak, de verdeling en de levering.
3. Indien een aantal deelgenoten wel kan worden opgespoord en ten aanzien van hun aandelen niet aannemelijk is dat de waarde zeer gering is, kan de rechter de zaak gedeeltelijk in eigendom toekennen aan de gebruikers. De rechter kan in dat geval tevens een verdeling vaststellen.
4. De rechter kan bepalen dat in de procedure niet verschenen deelgenoten gedurende of na afloop van een bepaalde termijn nadat zijn beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, welke periode niet langer is dan vijf jaar, aanspraak kunnen maken op een bepaalde som. De rechter bepaalt wie daarvoor zekerheid stelt.
5. Indien een bezitter wist of behoorde te weten dat de onroerende zaak deel uitmaakt van een langdurig onverdeeld gebleven gemeenschap als in deze afdeling bedoeld, is met betrekking tot die zaak jegens de gebruikers verjaring uitgesloten.

Artikel 200b

1. Onder gebruikers worden in deze afdeling verstaan personen die rechtmatig in Suriname wonen en de zaak ten minste tien jaar in gebruik hebben. In bijzondere gevallen kan de rechter een kortere termijn aanhouden.
2. De rechter houdt rekening met alle omstandigheden, waaronder het ontbreken van goede trouw bij de verkrijging van het gebruik. Uitgangspunt is dat een verhuurder als gebruiker voor een huurder gaat.
3. Ook personen die de zaak niet gebruiken, maar ten aanzien van wie aanwijzingen bestaan dat zij deelgenoten zijn of een band hebben met de zaak, kunnen als gebruiker worden aangemerkt. De rechter houdt rekening met de mate van vermoedelijke verwantschap met de oorspronkelijke eigenaar en de sterkte van de band met de zaak.
4. Indien personen ten aanzien van wie aanwijzingen bestaan dat zij deelgenoten zijn, bezwaar maken tegen toekenning van de zaak of een gedeelte van de zaak aan een gebruiker ten aanzien van wie geen aanwijzingen van deelgenootschap of van nauwe persoonlijke betrekkingen met een deelgenoot bestaan, kan de rechter beslissen dat laatstbedoelde voor de toepassing van deze afdeling niet als gebruiker wordt aangemerkt.

Artikel 200c

1. Voorwaarde voor toekenning aan de gebruikers is dat deze gezamenlijk of afzonderlijk aanvaardbare voorstellen hebben gedaan tot ontwikkeling van de zaak, indien nodig, en zekerheid hebben gesteld voor de kosten verband houdende met de toekenningsprocedure, de inschrijving in de openbare registers, de kosten van de perceelkaartmeting inbegrepen, en de ontwikkeling van de zaak.
2. Ontwikkeling van de zaak kan elke ruimtelijke vormgeving omvatten.
3. De rechter wint omtrent de voorstellen tot ontwikkeling van de zaak het gevoelen in van de Minister van Openbare Werken en Verkeer.

Artikel 200d

1. Voor zover toekenning aan de gebruikers niet mogelijk is, kan deze geschieden aan de Staat of aan een stichting die ingevolge haar statuten de belangen van de gebruikers behartigt en van overheidswege onder toezicht staat.
2. Het Hof van Justitie bepaalt, de procureur-generaal gehoord, de wijze van toezicht op de stichting.

Artikel 200e

1. Na toekenning aan de Staat of de stichting ontwikkelt deze de onroerende zaak ten behoeve van de gebruikers, voor zover dit redelijk is.
2. De Staat of de stichting geeft de zaak, geheel of gedeeltelijk, na ontwikkeling uit aan de gebruikers in eigendom door middel van koop, huurkoop inbegrepen, erfpacht, grondhuur of ander beperkt recht, dan wel huur, afhankelijk van wat in het gegeven geval redelijk en mogelijk

is. Bij de uitgifte kan de mogelijkheid van vervreemding of ingebruikgeving aan derden voor een bepaalde tijd worden beperkt.

Artikel 200f

1. Een toekenning als in deze afdeling bedoeld kan worden verzocht door iedere belanghebbende. De Staat en het openbaar ministerie gelden als belanghebbende.
2. Bevoegd is de kantonrechter in wiens rechtsgebied de onroerende zaak is gelegen.
3. In het verzoekschrift worden de namen vermeld van hen die als rechthebbende of beslaglegger op de onroerende zaak ingeschreven staan.
4. Op straffe van niet-ontvankelijkheid wordt door de verzoeker een door de griffier bepaald voorschot ter griffie gestort ter dekking van de kosten van een openbare oproeping van belanghebbenden en van een openbare bekendmaking van de eindbeschikking.
5. De rechter gelast een openbare oproeping van belanghebbenden door toedoen van de griffier door publicatie in veel gelezen dagbladen en in het nieuwsblad waarin van Staatswege de officiële berichten worden geplaatst en zo mogelijk door andere doelmatige middelen.
6. De Staat en zij die als rechthebbende of beslaglegger op de onroerende zaak ingeschreven staan worden door de griffier tevens opgeroepen op de wijze voorzien in Boek 1, titel 10, afdeling 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
7. De eindbeschikking wordt door toedoen van de griffier binnen twee weken na de uitspraak openbaar bekendgemaakt. Ten aanzien van de wijze van openbare bekendmaking is lid 5 van overeenkomstige toepassing.
8. Hoger beroep kan worden ingesteld door iedere belanghebbende binnen zes weken na de dag van de uitspraak. De leden 4 tot en met 7 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 200g

1. Nadat de beschikking waarbij de onroerende zaak is toegekend in kracht van gewijsde is gegaan, zendt de griffier van het college waar de procedure laatstelijk aanhangig was een afschrift van de beschikking aan de bewaarder der openbare registers ter inschrijving. De bewaarder laat zonodig ambtshalve een perceelkaartmeting verrichten.
2. Door inschrijving van de beschikking gaat de eigendom over op degene aan wie de zaak is toegekend.
3. De kosten verband houdende met de inschrijving, de kosten van de perceelkaartmeting inbegrepen, zijn verschuldigd door degene aan wie de zaak is toegekend.

Artikel 200h

Deze afdeling is van overeenkomstige toepassing indien de gemeenschap bestaat uit rechten waaraan een onroerende zaak is onderworpen.

Artikel 200i

Deze afdeling laat onverlet hetgeen voortvloeit uit het Decreet E-21 van 8 augustus 1981 tot

vaststelling van nieuwe regelen omtrent de rechtstoestand van onbeheerde- en kennelijk verlaten gronden (Domeindecreeet 1981) (S.B. 1981 no. 125).

Titel 8
Vruchtgebruik

Artikel 201

Vruchtgebruik geeft het recht om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten.

Artikel 202

Vruchtgebruik ontstaat door vestiging of door verjaring.

Artikel 203

1. Vruchtgebruik kan worden gevestigd ten behoeve van één persoon, ofwel ten behoeve van twee of meer personen, hetzij gezamenlijk, hetzij bij opvolging. In het laatste geval moeten ook de later geroepenen op het ogenblik van de vestiging bestaan.
2. Vruchtgebruik kan niet worden gevestigd voor langer dan het leven van de vruchtgebruiker. Vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen wast bij het einde van het recht van een hunner bij dat van anderen aan, bij ieder in evenredigheid van zijn aandeel, en eindigt eerst door het tenietgaan van het recht van de laatst overgeblevene, tenzij anders is bepaald.
3. Is de vruchtgebruiker een rechtspersoon, dan eindigt het vruchtgebruik door ontbinding van de rechtspersoon, en in ieder geval na verloop van dertig jaar na de dag van vestiging.

Artikel 205

1. Tenzij een bewind reeds tot een voldoende boedelbeschrijving heeft geleid of daartoe verplicht, moet de vruchtgebruiker in tegenwoordigheid of na behoorlijke oproeping van de hoofdgerechtigde een notariële beschrijving van de goederen opmaken. De beschrijving kan ondershands worden opgemaakt, indien de hoofdgerechtigde tegenwoordig is en hoofdgerechtigde en vruchtgebruiker een regeling hebben getroffen omtrent haar bewaring.
2. Zowel de vruchtgebruiker als de hoofdgerechtigde heeft het recht om in de beschrijving alle bijzonderheden te doen opnemen, die dienstig zijn om de toestand waarin de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken zich bevinden, te doen kennen.
3. De hoofdgerechtigde is bevoegd de levering en afgifte van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen op te schorten, indien de vruchtgebruiker niet tezelfdertijd zijn verplichting tot beschrijving nakomt.
4. De vruchtgebruiker moet jaarlijks aan de hoofdgerechtigde een ondertekende nauwkeurige opgave zenden van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen, en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn.

5. De vruchtgebruiker kan van de verplichtingen die ingevolge de leden 1 tot en met 4 op hem rusten, niet worden vrijgesteld.
6. Tenzij anders is bepaald, komen de kosten van de beschrijving en van de in lid 4 bedoelde jaarlijkse opgave ten laste van de vruchtgebruiker.

Artikel 206

1. De vruchtgebruiker moet voor de nakoming van zijn verplichtingen jegens de hoofdgerechtigde zekerheid stellen, tenzij hij hiervan is vrijgesteld of de belangen van de hoofdgerechtigde reeds voldoende zijn beveiligd door de instelling van een bewind.
2. Is de vruchtgebruiker van het stellen van zekerheid vrijgesteld, dan kan de hoofdgerechtigde jaarlijks verlangen dat hem de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken worden getoond. Ten aanzien van waardepapieren en gelden kan, behoudens bijzondere omstandigheden, met overlegging van een verklaring van een geregistreerde kredietinstelling worden volstaan.

Artikel 207

1. Een vruchtgebruiker mag de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen gebruiken of verbruiken overeenkomstig de bij de vestiging van het vruchtgebruik gestelde regels of, bij gebreke van zodanige regels, met inachtneming van de aard van de goederen en de ten aanzien van het gebruik of verbruik bestaande plaatselijke gewoonten.
2. Een vruchtgebruiker is voorts bevoegd tot alle handelingen die tot een goed beheer van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen dienstig kunnen zijn. Tot alle overige handelingen ten aanzien van die goederen zijn de hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker slechts tezamen bevoegd.
3. Jegens de hoofdgerechtigde is de vruchtgebruiker verplicht ten aanzien van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen en het beheer daarover de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht te nemen.

Artikel 208

1. Van zaken die aan het vruchtgebruik zijn onderworpen, mag de vruchtgebruiker de bestemming die deze bij de aanvang van het vruchtgebruik hadden, niet veranderen zonder toestemming van de hoofdgerechtigde of machtiging van de kantonrechter.
2. Tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald, is de vruchtgebruiker van een zaak, zowel tijdens de duur van zijn recht als bij het einde daarvan, bevoegd om aan de zaak aangebrachte veranderingen en toevoegingen weg te nemen, mits hij de zaak in de oude toestand terugbrengt.

Artikel 209

1. De vruchtgebruiker is verplicht het voorwerp van zijn vruchtgebruik ten behoeve van de hoofdgerechtigde te verzekeren tegen die gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten. In ieder geval is de vruchtgebruiker, indien een gebouw aan zijn

vruchtgebruik is onderworpen, verplicht dit tegen brand te verzekeren.

2. Voor zover de vruchtgebruiker aan de in lid 1 omschreven verplichtingen niet voldoet, is de hoofdgerechtigde bevoegd zelf een verzekering te nemen en is de vruchtgebruiker verplicht hem de kosten daarvan te vergoeden.

Artikel 210

1. Tenzij bij de vestiging anders is bepaald, is de vruchtgebruiker bevoegd in en buiten rechte nakoming te eisen van aan het vruchtgebruik onderworpen vorderingen en tot het in ontvangst nemen van betalingen.
2. Tenzij bij de vestiging anders is bepaald, is hij tot ontbinding en opzegging van overeenkomsten slechts bevoegd, wanneer dit tot een goed beheer dienstig kan zijn.
3. De hoofdgerechtigde is slechts bevoegd de in de leden 1 en 2 genoemde bevoegdheden uit te oefenen, indien hij daartoe toestemming van de vruchtgebruiker of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen. Tegen de machtiging van de rechter is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 211

1. Ook wanneer bij de beschrijving of in een jaarlijkse opgave een of meer goederen die aan het vruchtgebruik zijn onderworpen, slechts naar hun soort zijn aangeduid, behoudt de hoofdgerechtigde daarop zijn recht.
2. De vruchtgebruiker is verplicht zodanige goederen afgescheiden van zijn overig vermogen te houden.

Artikel 212

1. Voor zover de aan een vruchtgebruik onderworpen goederen bestemd zijn om vervreemd te worden, is de vruchtgebruiker tot vervreemding overeenkomstig hun bestemming bevoegd.
2. Bij de vestiging van het vruchtgebruik kan aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid worden gegeven ook over andere dan de in lid 1 bedoelde goederen te beschikken. Ten aanzien van deze goederen vinden artikel 208, artikel 210 lid 2 en artikel 217 lid 2, lid 3, tweede volzin, en lid 4 geen toepassing.
3. In andere gevallen mag een vruchtgebruiker slechts vervreemden of bezwaren met toestemming van de hoofdgerechtigde of machtiging van de kantonrechter. De machtiging wordt alleen gegeven, wanneer het belang van de vruchtgebruiker of de hoofdgerechtigde door de vervreemding of bezwaring wordt gediend en het belang van de ander daardoor niet wordt geschaad.

Artikel 213

1. Hetgeen in de plaats van aan vruchtgebruik onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdelijk wordt beschikt, behoort aan de hoofdgerechtigde toe en is eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen. Hetzelfde is het geval met hetgeen door inning van aan

vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen, en met vorderingen tot vergoeding die in de plaats van aan vruchtgebruik onderworpen goederen treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van die goederen.

2. Ook zijn aan het vruchtgebruik onderworpen de voordelen die een goed tijdens het vruchtgebruik oplevert en die geen vruchten zijn.

Artikel 214

1. Tenzij bij de vestiging anders is bepaald, moeten gelden die tot het vruchtgebruik behoren, in overleg met de hoofdgerechtigde vruchtdragend belegd of in het belang van de overige aan het vruchtgebruik onderworpen goederen worden besteed.
2. In geval van geschil omtrent hetgeen ten aanzien van de in lid 1 bedoelde gelden dient te geschieden, beslist daaromtrent de persoon die bij de vestiging van het vruchtgebruik daartoe is aangewezen, of bij gebreke van een zodanige aanwijzing, de kantonrechter. Tegen een beschikking van de rechter krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 215

1. Is bij de vestiging van een vruchtgebruik of daarna aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid gegeven tot gehele of gedeeltelijke vervreemding en vertering van aan het vruchtgebruik onderworpen goederen, dan kan de hoofdgerechtigde bij het einde van het vruchtgebruik afgifte vorderen van de in vruchtgebruik gegeven goederen of hetgeen daarvoor in de plaats is getreden, voor zover de vruchtgebruiker of zijn rechtverkrijgenden niet bewijzen dat die goederen verteerd of door toeval zijn teniet gegaan.
2. Bij verlening van de bevoegdheid tot vervreemding en vertering kunnen een of meer personen worden aangewezen, wier toestemming voor de vervreemding en voor de vertering nodig is. Staat het vruchtgebruik onder bewind, dan zijn de vervreemding en de vertering van de medewerking van de bewindvoerder afhankelijk.
3. Is aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vervreemding en vertering verleend, dan mag hij de goederen ook voor gebruikelijke kleine geschenken bestemmen.

Artikel 216

De vruchtgebruiker komen alle vruchten toe die tijdens het vruchtgebruik afgescheiden of opeisbaar worden. Bij de vestiging van het vruchtgebruik kan nader worden bepaald wat met betrekking tot het vruchtgebruik als vrucht moet worden beschouwd.

Artikel 217

1. De vruchtgebruiker is bevoegd de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken te verhuren, voor zover bij de vestiging van het vruchtgebruik niet anders is bepaald.
2. Indien bij de vestiging van het vruchtgebruik een onroerende zaak niet verhuurd was, kan de vruchtgebruiker niet verhuren zonder toestemming van de hoofdgerechtigde of machtiging van de kantonrechter, tenzij de bevoegdheid daartoe hem bij de vestiging van het vruchtgebruik is

toegekend.

3. Na het einde van het vruchtgebruik is de hoofdgerechtigde verplicht een bevoegdlijk aangegane huur gestand te doen. Hij kan nochtans gestanddoening weigeren, voor zover zonder zijn toestemming hetzij de overeengekomen tijdsduur van de huur langer is dan met het plaatselijk gebruik overeenstemt of, bij gebreke van zulk een gebruik, langer is dan twee jaar, hetzij de verhuring is geschied op ongewone, voor hem bezwarende voorwaarden.
4. De hoofdgerechtigde verliest de bevoegdheid gestanddoening te weigeren, wanneer de huurder hem een redelijke termijn heeft gesteld om zich omtrent de gestanddoening te verklaren en hij zich niet binnen deze termijn heeft uitgesproken.

Artikel 218

Tot het instellen van rechtsvorderingen en het indienen van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak die zowel het recht van de vruchtgebruiker als dat van de hoofdgerechtigde betreft, is ieder van hen bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

Artikel 219

Buiten de gevallen geregeld in de artikelen 112 en 212 van Boek 2 en artikel 123 van Boek 5, blijft de uitoefening van stemrecht, verbonden aan een goed dat aan vruchtgebruik is onderworpen, de hoofdgerechtigde toekomen, tenzij bij de vestiging van het vruchtgebruik anders is bepaald. Bij een vruchtgebruik als bedoeld in de artikelen 19 en 21 van Boek 4 komt het stemrecht eveneens aan de vruchtgebruiker toe, tenzij anders wordt bepaald bij de vestiging van het vruchtgebruik door partijen of door de kantonrechter op grond van artikel 23 lid 4 van Boek 4.

Artikel 220

1. Gewone lasten en herstellingen worden door de vruchtgebruiker gedragen en verricht. De vruchtgebruiker is verplicht, wanneer buitengewone herstellingen nodig zijn, aan de hoofdgerechtigde van deze noodzakelijkheid kennis te geven en hem gelegenheid te verschaffen tot het doen van deze herstellingen. De hoofdgerechtigde is niet tot het doen van enige herstelling verplicht.
2. Nochtans is een hoofdgerechtigde, aan wie tengevolge van een beperking in het genot van de vruchtgebruiker een deel van de vruchten toekomt, verplicht naar evenredigheid bij te dragen in de lasten en kosten die volgens lid 1 ten laste van de vruchtgebruiker komen.

Artikel 221

1. Indien de vruchtgebruiker in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, kan de kantonrechter op vordering van de hoofdgerechtigde aan deze het beheer toekennen of het vruchtgebruik onder bewind stellen.
2. De rechter kan hangende het geding het vruchtgebruik bij voorraad onder bewind stellen.
3. De rechter kan voor het bewind of beheer zodanige voorschriften geven als hij dienstig acht.

Op het bewind zijn voor het overige de artikelen 154, 157 tot en met 166, 168, 170, 172, 173, 174 en 177 lid 1 van Boek 4 van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de kantonrechter de in artikel 159 van Boek 4 bedoelde beloning ook op grond van bijzondere omstandigheden anders kan regelen, alsmede dat hij de in artikel 160 van Boek 4 bedoelde zekerheidstelling te allen tijde kan bevelen. Het bewind kan door een gezamenlijk besluit van de vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde of op verzoek van een hunner door de kantonrechter worden opgeheven.

Artikel 222

1. Wanneer een nalatenschap, onderneming of soortgelijke algemeenheid in vruchtgebruik is gegeven, kan de hoofdgerechtigde van de vruchtgebruiker verlangen dat de tot die algemeenheid behorende schulden uit de tot het vruchtgebruik behorende goederen worden voldaan of, voor zover de hoofdgerechtigde deze schulden uit eigen middelen heeft voldaan, dat hem het betaalde, vermeerderd met rente van de dag der betaling af, uit het vruchtgebruik wordt teruggegeven. Voldoet de vruchtgebruiker een schuld uit eigen vermogen, dan behoeft de hoofdgerechtigde hem het voorgeschotene eerst bij het einde van het vruchtgebruik terug te geven.
2. Lid 1 vindt overeenkomstige toepassing wanneer het vruchtgebruik is gevestigd op bepaalde goederen en daarop buitengewone lasten drukken.

Artikel 223

Een vruchtgebruiker kan zijn recht overdragen of bezwaren zonder dat daardoor de duur van het recht wordt gewijzigd. Naast de verkrijger is de oorspronkelijke vruchtgebruiker hoofdelijk voor alle uit het vruchtgebruik voortvloeiende verplichtingen jegens de hoofdgerechtigde aansprakelijk. Is aan de oorspronkelijke vruchtgebruiker bij de vestiging van het vruchtgebruik een grotere bevoegdheid tot vervreemding, verbruik of vertering gegeven dan de wet aan de vruchtgebruiker toekent, dan komt die ruimere bevoegdheid niet aan de latere verkrijgers van het vruchtgebruik toe.

Artikel 224

Indien een vruchtgebruiker uit hoofde van de aan het vruchtgebruik verbonden lasten en verplichtingen op zijn kosten afstand van zijn recht wil doen, is de hoofdgerechtigde gehouden hieraan mee te werken.

Artikel 225

Na het eindigen van het vruchtgebruik rust op de vruchtgebruiker of zijn rechtverkrijgenden de verplichting de goederen ter beschikking van de hoofdgerechtigde te stellen.

Artikel 226

1. Op een recht van gebruik en een recht van bewoning vinden de regels betreffende vruchtgebruik overeenkomstige toepassing, behoudens de navolgende bepalingen.
2. Indien enkel het recht van gebruik is verleend, heeft de rechthebbende de bevoegdheid de aan zijn recht onderworpen zaken te gebruiken en er de vruchten van te genieten die hij voor zich en zijn gezin behoeft.
3. Indien enkel het recht van bewoning is verleend, heeft de rechthebbende de bevoegdheid de aan zijn recht onderworpen woning met zijn gezin te bewonen.
4. Degene die een recht van gebruik of een recht van bewoning heeft, kan zijn recht niet vervreemden of bezwaren, noch de zaak door een ander laten gebruiken of de woning door een ander laten bewonen.

Titel 9

Rechten van pand en hypotheek

Afdeling 1

Algemene bepalingen

Artikel 227

1. Het recht van pand en het recht van hypotheek zijn beperkte rechten, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Is het recht op een registergoed gevestigd, dan is het een recht van hypotheek; is het recht op een ander goed gevestigd, dan is het een recht van pand.
2. Een recht van pand of hypotheek op een zaak strekt zich uit over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat.

Artikel 228

Op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, kan een recht van pand hetzij van hypotheek worden gevestigd.

Artikel 229

1. Het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege mee een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed.
2. Dit pandrecht gaat boven ieder op de vordering gevestigd ander pandrecht.

Artikel 230

Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen

wordt verdeeld.

Artikel 231

1. Een recht van pand of hypotheek kan zowel voor een bestaande als voor een toekomstige vordering worden gevestigd. De vordering kan op naam, aan order of aan toonder luiden. Zij kan zowel een vordering op de pand- of hypotheekgever zelf als een vordering op een ander zijn.
2. De vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, moet voldoende bepaalbaar zijn.
3. De vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder. In dat geval is zonedig het in deze titel bepaalde van overeenkomstige toepassing.

Artikel 233

1. De pand- of hypotheekgever die niet tevens de schuldenaar is, is aansprakelijk voor waardevermindering van het goed, voor zover de waarborg van de schuldeiser daardoor in gevaar wordt gebracht en daarvan aan de pand- of hypotheekgever of aan een persoon waarvoor deze aansprakelijk is, een verwijt kan worden gemaakt.
2. Door hem ten behoeve van het goed anders dan tot onderhoud daarvan gemaakte kosten kan hij van de pand- of hypotheekhouder terugvorderen, doch slechts indien deze zich op het goed heeft verhaald en voor zover genoemde kosten tot een hogere opbrengst van het goed te diens bate hebben geleid.

Artikel 234

1. Indien voor eenzelfde vordering zowel goederen van de schuldenaar als van een derde zijn verpand of verhypothekerd, kan de derde, wanneer de schuldeiser tot executie overgaat, verlangen dat die van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht.
2. Zijn voor eenzelfde vordering twee of meer goederen verpand of verhypothekerd en rust op een daarvan een beperkt recht dat de schuldeiser bij de executie niet behoeft te eerbiedigen, dan heeft de beperkt gerechtigde een overeenkomstige bevoegdheid als in lid 1 is vermeld.
3. Indien de schuldeiser weigert aan een op lid 1 of lid 2 gegrond verlangen te voldoen, kan de kantonrechter op verzoek van de meest gereede partij of, in geval van een hypotheek, van de notaris ten overstaan van wie de verkoop zal geschieden, op deze weigering beslissen. Het verzoek schorst de executie. Tegen een beschikking krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 235

Elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, is nietig.

Afdeling 2
Pandrecht

Artikel 236

1. Pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder of order, of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of een zodanig recht, wordt gevestigd door de zaak of het toonder- of orderpapier te brengen in de macht van de pandhouder of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen. De vestiging van een pandrecht op een recht aan order of op het vruchtgebruik daarvan vereist tevens endossement.
2. Op andere goederen wordt pandrecht gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald.

Artikel 237

1. Pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of een zodanig recht, kan ook worden gevestigd bij akte, zonder dat de zaak of het toonderpapier wordt gebracht in de macht van de pandhouder of van een derde.
2. De pandgever is verplicht in de akte te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is, alsmede hetzij dat op het goed geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten.
3. Wanneer de pandgever of de schuldenaar in zijn verplichtingen jegens de pandhouder tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten, is deze bevoegd te vorderen dat de zaak of het toonderpapier in zijn macht of in die van een derde wordt gebracht. Rusten op het goed meer pandrechten, dan kan iedere pandhouder jegens wie de pandgever of de schuldenaar tekortschiet, deze bevoegdheid uitoefenen, met dien verstande dat een andere dan de hoogst gerangschikte slechts afgifte kan vorderen aan een tussen de gezamenlijke pandhouders overeengekomen of door de rechter aan te wijzen pandhouder of derde.
4. Wanneer de pandgever of de schuldenaar in zijn verplichtingen jegens de pandhouder die een bij voorbaat gevestigd pandrecht op te velde staande vruchten of beplantingen heeft, tekortschiet, kan de kantonrechter de pandhouder op diens verzoek machtigen zelf de te velde staande vruchten of beplantingen te oogsten. Is de pandgever eigenaar van de grond of ontleent hij zijn recht op de vruchten of beplantingen aan een beperkt recht op de grond, dan kan de beschikking waarbij het verzoek wordt toegewezen, worden ingeschreven in de openbare registers.
5. Tegen een beschikking krachtens lid 4 is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 238

1. Ondanks onbevoegdheid van de pandgever is de vestiging van een pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder of order of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of een zodanig recht geldig, indien de pandhouder te goeder trouw is op het tijdstip waarop de zaak of het toonder- of geëndosseerde orderpapier in zijn macht of in die van een derde is gebracht.

2. Rust op een in lid 1 genoemd goed een beperkt recht dat de pandhouder op het in dat lid bedoelde tijdstip kent noch behoort te kennen, dan gaat het pandrecht in rang boven dit beperkte recht.
3. Wordt het pandrecht gevestigd op een roerende zaak waarvan de eigenaar het bezit door diefstal heeft verloren, of op een vruchtgebruik op een zodanige zaak, dan is artikel 86 lid 3 aanhef en onder b en lid 4 van overeenkomstige toepassing.
4. Dit artikel kan niet worden tegengeworpen aan degene die de zaak opeist, indien volgens artikel 86a lid 1 ook artikel 86 niet aan hem tegengeworpen zou kunnen worden.

Artikel 239

1. Pandrecht op een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht dat niet aan toonder of order luidt, of op het vruchtgebruik van een zodanig recht kan ook worden gevestigd bij akte, zonder mededeling daarvan aan die personen, mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding.
2. Artikel 237 lid 2 is van overeenkomstige toepassing.
3. Wanneer de pandgever of de schuldenaar in zijn verplichtingen jegens de pandhouder tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten, is deze bevoegd van de verpanding mededeling te doen aan de in lid 1 genoemde personen. Pandhouder en pandgever kunnen overeenkomen dat deze bevoegdheid op een ander tijdstip ingaat.
4. Artikel 88 geldt slechts voor de pandhouder, wiens recht overeenkomstig lid 1 is gevestigd, indien hij te goeder trouw is op het tijdstip van de in lid 3 bedoelde mededeling.

Artikel 240

Pandrecht op een aandeel in een goed wordt gevestigd op overeenkomstige wijze en met overeenkomstige gevolgen als voorgeschreven ten aanzien van de vestiging van pandrecht op dat goed.

Artikel 241

De pandhouder is verplicht desgevorderd aan de pandgever een schriftelijke verklaring af te geven van de aard en, voor zover mogelijk, het bedrag van de vordering waarvoor het verpande tot zekerheid strekt.

Artikel 242

Een pandhouder is niet bevoegd het goed dat hij in pand heeft, te herverpanden, tenzij deze bevoegdheid hem ondubbelzinnig is toegekend.

Artikel 243

1. Degene die uit hoofde van een pandrecht een zaak onder zich heeft, moet als een goed pandhouder voor de zaak zorgdragen.
2. Door een pandhouder betaalde kosten tot behoud en tot onderhoud, met inbegrip van door hem betaalde aan het goed verbonden lasten, moeten hem door de pandgever worden terugbetaald; het pandrecht strekt mede tot zekerheid daarvoor. Andere door hem ten behoeve van het pand gemaakte kosten kan hij van de pandgever slechts terugvorderen, indien hij ze met diens toestemming heeft gemaakt, onverminderd diens aansprakelijkheid uit zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking.

Artikel 244

Tenzij anders is bedongen, strekt een pandrecht tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens tot zekerheid voor drie jaar rente die over deze vorderingen krachtens overeenkomst of wet verschuldigd is.

Artikel 245

Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

Artikel 246

1. Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is meegedeeld.
2. Degene aan wie de in lid 1 bedoelde bevoegdheden toekomen, is tevens bevoegd tot opzegging, wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden. Hij is jegens de ander gehouden niet nodeloos van deze bevoegdheid gebruik te maken.
3. Rust op de vordering meer dan één pandrecht, dan komen de in de leden 1 en 2 aan de pandhouder toegekende bevoegdheden alleen aan de hoogst gerangschikte pandhouder toe.
4. Na mededeling van de verpanding aan de schuldenaar kan de pandgever deze bevoegdheden slechts uitoefenen, indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen.
5. Bij inning van een verpande vordering door de pandhouder of met machtiging van de kantonrechter door de pandgever komen de pandrechten waarmee de vordering bezwaard was, op het geïnde te rusten.

Artikel 247

Buiten het geval geregeld in artikel 113 van Boek 2, blijft de uitoefening van stemrecht, verbonden aan een goed waarop pandrecht rust, de pandgever toekomen, tenzij anders is bedongen.

Artikel 248

1. Wanneer de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand tot waarborg strekt, is de pandhouder bevoegd het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen.
2. Partijen kunnen bedingen dat eerst tot verkoop kan worden overgegaan, nadat de rechter op vordering van de pandhouder heeft vastgesteld dat de schuldenaar in verzuim is.
3. Een lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger kan het verpande goed slechts verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten.

Artikel 249

1. Tenzij anders is bedongen, is een pandhouder die tot verkoop wil overgaan, verplicht, voor zover hem dit redelijkerwijze mogelijk is, ten minste drie dagen tevoren de voorgenomen verkoop met vermelding van plaats en tijd schriftelijk of elektronisch mee te delen aan de schuldenaar en de pandgever, alsmede aan hen die op het goed een beperkt recht hebben of daarop beslag hebben gelegd.
2. De aanzegging moet zo nauwkeurig mogelijk de som aangeven waarvoor het pand kan worden gelost. Lossing kan tot op het tijdstip van de verkoop plaatsvinden, mits ook de reeds gemaakte kosten van executie worden voldaan.

Artikel 250

1. De verkoop geschiedt in het openbaar naar de plaatselijke gewoonten en op de gebruikelijke voorwaarden.
2. Bestaat het pand uit goederen die op een markt of beurs verhandelbaar zijn, dan kan de verkoop geschieden op een markt door tussenkomst van een makelaar in het vak of ter beurze door die van een bevoegde tussenpersoon overeenkomstig de regels en gebruiken die aldaar voor een gewone verkoop gelden.
3. De pandhouder is bevoegd mee te bieden.

Artikel 251

1. Tenzij anders is bedongen, kan de kantonrechter op verzoek van de pandhouder of de pandgever bepalen dat het pand zal worden verkocht op een van artikel 250 afwijkende wijze, of op verzoek van de pandhouder bepalen dat het pand voor een door hem vast te stellen bedrag aan de pandhouder als koper zal verblijven.
2. Nadat de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan, kunnen pandhouder en pandgever een van artikel 250 afwijkende wijze van verkoop overeenkomen. Rust op het

verpande goed een beperkt recht of een beslag, dan is daartoe tevens de medewerking van de beperkt gerechtigde of de beslaglegger vereist.

Artikel 252

Tenzij anders is bedongen, is de pandhouder verplicht, voor zover hem dit redelijkerwijze mogelijk is, uiterlijk op de dag volgende op die van de verkoop, daarvan schriftelijk of elektronisch kennis te geven aan de schuldenaar en de pandgever, alsmede aan hen die op het goed een beperkt recht hebben of daarop beslag hebben gelegd.

Artikel 253

1. De pandhouder houdt, na voldoening van de kosten van executie, van de netto-opbrengst af het aan hem verschuldigde bedrag waarvoor hij pandrecht heeft. Het overschot wordt aan de pandgever uitgekeerd. Zijn er pandhouders of andere beperkt gerechtigden, wier recht op het goed door de executie is vervallen, of hebben schuldeisers op het goed of op de opbrengst beslag gelegd, dan handelt de pandhouder overeenkomstig artikel 490b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
2. De pandhouder kan de door hem aan de voormelde belanghebbenden uit te keren bedragen niet voldoen door verrekening, tenzij het een uitkering aan de pandgever betreft en deze uitkering niet plaats vindt gedurende diens faillissement of surséance of de vereffening van zijn nalatenschap.

Artikel 254

1. Wanneer op roerende zaken die volgens verkeersopvatting bestemd zijn om een bepaalde onroerende zaak duurzaam te dienen en door hun vorm als zodanig zijn te herkennen, of op machinerieën of werktuigen die bestemd zijn om daarmee een bedrijf in een bepaalde hiertoe ingerichte fabriek of werkplaats uit te oefenen, overeenkomstig artikel 237 een pandrecht is gevestigd voor een vordering waarvoor ook hypotheek gevestigd is op die onroerende zaak, fabriek of werkplaats of op een daarop rustend beperkt recht, kan worden bedongen dat de schuldeiser bevoegd is de verpande en verhypothekeerde goederen tezamen volgens de voor hypotheek geldende regels te executeren.
2. Executeert de schuldeiser overeenkomstig het beding, dan zijn de artikelen 268 tot en met 273 op het pandrecht van overeenkomstige toepassing en is de toepasselijkheid van de artikelen 248 tot en met 253 uitgesloten.
3. Het beding kan, onder vermelding van de pandrechten waarop het betrekking heeft, worden ingeschreven in de registers waarin de hypotheek is ingeschreven.

Artikel 255

1. Bestaat het pand uit geld, dan is de pandhouder, zodra zijn vordering opeisbaar is geworden, zonder voorafgaande aanzegging bevoegd zich uit het pand te voldoen overeenkomstig artikel 253. Hij is daartoe verplicht, indien de pandgever zulks vordert en deze bevoegd is de

- vordering in de verpande valuta te voldoen.
2. Artikel 252 vindt overeenkomstige toepassing.

Artikel 256

Wanneer een pandrecht is tenietgegaan, is de pandhouder verplicht te verrichten hetgeen zijnerzijds nodig is opdat de pandgever de hem toekomende feitelijke macht over het goed herkrijgt, en desverlangd aan de pandgever een schriftelijk bewijs te verstrekken dat het pandrecht geëindigd is. Is de vordering waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekte, met een beperkt recht bezwaard, dan rust een overeenkomstige verplichting op de beperkt gerechtigde.

Artikel 257

Indien degene die uit hoofde van een pandrecht een zaak onder zich heeft, in ernstige mate in de zorg voor de zaak tekortschiet, kan de kantonrechter op vordering van de pandgever of een pandhouder bevelen dat de zaak aan een van hen wordt afgegeven of in gerechtelijke bewaring van een derde wordt gesteld.

Artikel 258

1. Wanneer een in pand gegeven goed als bedoeld in artikel 236 lid 1 in de macht van de pandgever komt, eindigt het pandrecht, tenzij het met toepassing van artikel 237 lid 1 werd gevestigd.
2. Afstand van een pandrecht kan geschieden bij enkele overeenkomst, mits van de toestemming van de pandhouder uit een schriftelijke of elektronische verklaring blijkt.

Afdeling 3

Pandrecht van certificaathouders

Artikel 259

1. Wanneer iemand door het uitgeven van certificaten derden doet delen in de opbrengst van door hem op eigen naam verkregen aandelen of schuldvorderingen, hebben de certificaathouders een vordering tot uitkering van het hun toegezegde tegen de uitgever van de certificaten.
2. Zijn de oorspronkelijke aandelen of schuldvorderingen op naam gesteld en de certificaten uitgegeven met medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen of schuldvorderingen, dan verkrijgen de certificaathouders tevens gezamenlijk een pandrecht op die aandelen of schuldvorderingen. Zijn de certificaten uitgegeven voor schuldvorderingen op naam zonder medewerking van de schuldenaar, dan verkrijgen de certificaathouders een zodanig pandrecht door mededeling van de uitgifte aan de schuldenaar. Zijn de certificaten uitgegeven voor aandelen of schuldvorderingen aan toonder, dan verkrijgen de certificaathouders een zodanig pandrecht, zonder dat het papier in de macht van de certificaathouders of een derde behoeft te worden gebracht.

3. Dit pandrecht geeft aan de certificaathouders alleen de bevoegdheid in geval van niet-uitbetaling van het hun verschuldigde met inachtneming van de volgende regels het pand geheel of gedeeltelijk te doen verkopen en zich uit de opbrengst te voldoen. Een certificaathouder die hiertoe wenst over te gaan, wendt zich tot de kantonrechter van de woonplaats van degene die de certificaten heeft uitgegeven met het verzoek een bewindvoerder over het pand te benoemen die voor de verkoop en de verdeling van de opbrengst zorg draagt. Indien niet alle certificaathouders met de verkoop instemmen, wordt slechts een deel van het pand dat overeenkomt met het recht van de andere certificaathouders verkocht; de rechten van deze laatsten gaan door de verdeling van de opbrengst onder hen teniet. De rechter kan op verlangen van elke certificaathouder of ambtshalve maatregelen bevelen in het belang van de certificaathouders die niet met de verkoop hebben ingestemd, en bepalen dat de verkoop door hem moet worden goedgekeurd, wil zij geldig zijn.

Afdeling 4 Recht van hypotheek

Artikel 260

1. Hypotheek wordt gevestigd door een tussen partijen opgemaakte notariële akte waarbij de hypotheekgever aan de hypotheekhouder hypotheek op een registergoed verleent, gevolgd door haar inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers. De akte moet een aanduiding bevatten van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan die vordering zal kunnen worden bepaald. Tevens moet het bedrag worden vermeld waarvoor de hypotheek wordt verleend of, wanneer dit bedrag nog niet vaststaat, het maximumbedrag dat uit hoofde van de hypotheek op het goed kan worden verhaald. De hypotheekhouder moet in de akte hier te lande woonplaats kiezen.
2. Tenzij anders is bedongen, komen de kosten van verlening en vestiging ten laste van de schuldenaar.
3. Bij de in lid 1 bedoelde akte kan iemand slechts krachtens een bij authentieke akte verleende volmacht als gevolmachtigde voor de hypotheekgever optreden.
4. Voor het overige vinden de algemene voorschriften die voor vestiging van beperkte rechten op registergoederen gegeven zijn, ook op de vestiging van een hypotheek toepassing.

Artikel 261

1. Is bij een koopovereenkomst hypotheek op het verkochte goed tot waarborg van onbetaalde kooppenningen bedongen en is dit beding in de leveringsakte vermeld, dan heeft deze hypotheek, mits de akte waarbij zij werd verleend tegelijk met de leveringsakte wordt ingeschreven, voorrang boven alle andere aan de koper ontleende rechten, ten aanzien waarvan tegelijk een inschrijving plaatsvond.
2. Lid 1 vindt overeenkomstige toepassing op een bij verdeling bedongen hypotheek op een toegeedeeld goed tot waarborg van hetgeen hij aan wie het goed is toegeedeeld, aan de andere deelgenoten ten gevolge van de verdeling schuldig is of mocht worden.

Artikel 262

1. Bij een notariële akte die in de registers wordt ingeschreven, kan worden bepaald dat een hypotheek ten aanzien van een of meer andere hypotheek op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan haar volgens het tijdstip van haar inschrijving toekomt, mits uit de akte blijkt dat de gerechtigden tot die andere hypotheek of hypotheek daarin toestemmen.
2. Met overeenkomstige toepassing van lid 1 kan ook worden bepaald dat een hypotheek en een ander beperkt recht ten aanzien van elkaar worden geacht in andere volgorde te zijn ontstaan dan is geschied.

Artikel 263

1. Tenzij in de hypotheekakte anders is bepaald, strekt een hypotheek tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens tot zekerheid voor drie jaar rente die daarover krachtens de wet verschuldigd is.
2. Een beding dat een hypotheek tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens strekt tot zekerheid van rente over een langer tijdvak dan drie jaar zonder vermelding van een maximumbedrag, is nietig.

Artikel 264

1. Indien de hypotheekakte een uitdrukkelijk beding bevat waarbij de hypotheekgever in zijn bevoegdheid is beperkt, hetzij om het bezwaarde goed buiten toestemming van de hypotheekhouder te verhuren, hetzij ten aanzien van de wijze waarop of van de tijd gedurende welke het goed zal kunnen worden verhuurd, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling van huurpenningen, hetzij om het recht op de huurpenningen te vervreemden of te verpanden, kan dit beding niet alleen tegen latere verkrijgers van het bezwaarde goed, maar ook tegen de huurder en tegen degene aan wie het recht op de huurpenningen werd vervreemd of verpand, worden ingeroepen, zulks zowel door de hypotheekhouder, als na de uitwinning van het bezwaarde goed door de koper, dit laatste echter alleen voor zover deze bevoegdheid op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam en deze de uitoefening daarvan blijkens de verkoopvoorwaarden aan de koper overlaat.
2. De inroeping kan niet geschieden, voordat het in artikel 544 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde exploit of overneming is uitgebracht. De bepalingen betreffende vernietigbaarheid zijn van toepassing, met dien verstande dat de termijn van artikel 52 lid 1 loopt vanaf de voormelde aanzegging of overneming en dat een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling slechts wordt vernietigd ten behoeve van degene die het inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.
3. Indien het recht van de huurder door vernietiging krachtens lid 2 verloren gaat, wordt aan hem uit de bij de executie verkregen netto-opbrengst van het goed met voorrang onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de vernietiging lijdt. Is de koper bevoegd het beding in te roepen, dan wordt van hetgeen aan de schuldeisers met een lagere rang toekomt, een met de te verwachten schade overeenkomend bedrag gereserveerd, totdat vaststaat dat de koper van zijn

bevoegdheid geen gebruik maakt.

Artikel 266

Is een zaak aan hypotheek onderworpen en heeft de hypotheekgever hieraan na de vestiging van de hypotheek veranderingen of toevoegingen aangebracht zonder dat hij verplicht was deze mede tot onderpand voor de vordering te doen strekken, dan is hij bevoegd deze veranderingen en toevoegingen weg te nemen. Bij wegneming brengt hij de zaak in de oude toestand terugbrengt en stelt hij desverlangd voor de tijd dat dit nog niet is geschied, ter zake van de waardevermindering zekerheid. Degene die gerechtigd is tot te velde staande vruchten of beplantingen, is bevoegd deze te oogsten; kon dit voor de executie niet geschieden, dan zijn hij en de koper verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de verplichtingen die afgaande en opkomende huurders jegens elkaar hebben.

Artikel 267

In de hypotheekakte kan worden bedongen dat de hypotheekhouder bevoegd is om het verhypotheekerde goed in beheer te nemen, indien de hypotheekgever in zijn verplichtingen jegens hem in ernstige mate te kort schiet en de kantonrechter hem machtiging verleent. Eveneens kan in de akte worden bedongen dat de hypotheekhouder bevoegd is de aan de hypotheek onderworpen zaak onder zich te nemen, indien zulks met het oog op de executie vereist is. Zonder uitdrukkelijke bedingen mist de hypotheekhouder deze bevoegdheden.

Artikel 268

1. Indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, is de hypotheekhouder bevoegd het verbonden goed in het openbaar ten overstaan van een bevoegde notaris te doen verkopen.
2. Op verzoek van de hypotheekhouder of hypotheekgever kan de kantonrechter bepalen dat de verkoop ondershands zal geschieden bij een overeenkomst die hem bij het verzoek ter goedkeuring wordt voorgelegd. Indien door de hypotheekgever of door een hypotheekhouder, beslaglegger of beperkt gerechtigde, die bij een hogere opbrengst van het goed belang heeft, vóór de afloop van de behandeling van het verzoek aan de rechter een gunstiger aanbod wordt voorgelegd, kan deze bepalen dat de verkoop overeenkomstig dit aanbod zal geschieden.
3. Het verzoek wordt ingediend binnen de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering daarvoor bepaalde termijn. Tegen een beschikking krachtens lid 2 is geen hogere voorziening toegelaten.
4. Een executie als bedoeld in de leden 1 tot en met 3 geschiedt met inachtneming van de daarvoor in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorgeschreven formaliteiten.
5. De hypotheekhouder kan niet op andere wijze zijn verhaal op het verbonden goed uitoefenen. Een daartoe strekkend beding is nietig.

Artikel 269

Tot op het tijdstip van de toewijzing ter veiling of van de goedkeuring door de rechter van de onderhandse verkoop kan de verkoop worden voorkomen door voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie.

Artikel 270

1. De koper is gehouden de koopprijs te voldoen in handen van de notaris, te wiens overstaan de openbare verkoop heeft plaatsgevonden of door wie de akte van overdracht ingevolge de onderhandse verkoop is verleden. De kosten van de executie worden uit de koopprijs voldaan.
2. Wanneer geen hypotheeken van een ander dan de verkoper zijn ingeschreven en geen schuldeiser op het goed of op de koopprijs beslag heeft gelegd of zijn vordering ontleent aan artikel 264 lid 3, en evenmin door de executie een beperkt recht op het goed vervalt, draagt de notaris aan de verkoper uit de netto-opbrengst van het goed af hetgeen aan deze blijkt een door hem aan de notaris te verstrekken verklaring krachtens zijn door hypotheek verzekerde vordering of vorderingen toekomt; het overschot keert de notaris uit aan degene wiens goed is verkocht.
3. Zijn er meer hypotheekhouders of zijn er schuldeisers of beperkt gerechtigden als bedoeld in lid 2, dan stort de notaris de netto-opbrengst onverwijld bij een door hem aangewezen bewaarder die aan de daartoe gestelde eisen van artikel 445 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voldoet. Wanneer het goed door de eerste hypotheekhouder is verkocht en deze vóór of op de betaaldag aan de notaris een verklaring heeft overgelegd van hetgeen hem van de opbrengst toekomt krachtens de door de eerste hypotheek verzekerde vordering of andere vorderingen die eveneens door hypotheek zijn verzekerd en in rang onmiddellijk bij de eerste aansluiten, met vermelding van schuldeisers wier vordering boven de zijne rang neemt, blijft de storting nochtans achterwege voor hetgeen aan de verkoper blijkt een deze verklaring toekomt, en keert de notaris dit aan deze uit. Deze verklaring moet zijn voorzien van een aantekening van de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied het verbonden goed zich geheel of grotendeels bevindt, inhoudende dat hij de verklaring heeft goedgekeurd, nadat hem summierlijk van de juistheid ervan is gebleken. Tegen de goedkeuring is geen hogere voorziening toegelaten.
4. Ingeval de notaris ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de hem ingevolge de leden 2 of 3 verstrekte verklaring onjuist is, kan hij de uitkering aan de hypotheekhouder opschorten tot de in lid 3 aangewezen rechter op vordering van de meest gereede partij of op verlangen van de notaris omtrent de uitkering heeft beslist.
5. Wanneer de hypotheekhouders, de schuldeisers die op het goed of op de koopprijs beslag hebben gelegd, of hun vordering ontleen aan artikel 264 lid 3, de beperkt gerechtigden wier recht door de executie vervalt, alsmede degene wiens goed is verkocht het vóór de betaaldag omtrent de verdeling van de te storten som eens zijn geworden, blijft de storting achterwege en keert de notaris aan ieder het hem toekomende uit.
6. Van dit artikel kan in de verkoopvoorwaarden niet worden afgeweken.

Artikel 271

1. Na de betaling van de koopprijs zijn alle in artikel 270 lid 5 genoemde belanghebbenden bevoegd een gerechtelijke rangregeling te verzoeken om tot verdeling van de opbrengst te komen overeenkomstig de formaliteiten die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn voorgeschreven.
2. Indien deze belanghebbenden met betrekking tot de verdeling alsnog tot overeenstemming komen en daarvan door een authentieke akte doen blijken aan de bewaarder bij wie de opbrengst is gestort, dan keert deze aan ieder het hem volgens deze akte toekomende uit.

Artikel 272

1. Een verkoper die van de notaris betaling heeft ontvangen, is verplicht desverlangd aan hem wiens goed is verkocht, en aan de schuldenaar binnen één maand na de betaling rekening en verantwoording te doen.
2. Een hypotheekhouder, een schuldeiser of een beperkt gerechtigde die in de rangregeling is begrepen, kan binnen één maand na de sluiting daarvan gelijke rekening en verantwoording vragen, indien hij daarbij een rechtstreeks belang heeft.

Artikel 273

1. Door de levering ingevolge een executoriale verkoop en de voldoening van de koopprijs gaan alle op het verkochte goed rustende hypotheeken teniet en vervallen de ingeschreven beslagen, alsook de beperkte rechten die niet tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden.
2. Wanneer de koper aan de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied het verbonden goed zich geheel of grotendeels bevindt, de bewijsstukken overlegt waaruit blijkt de verkoop met inachtneming van de wettelijke voorschriften heeft plaatsgehad en dat de koopprijs in handen van de notaris is gestort, wordt hem van het tenietgaan en vervallen van de in lid 1 bedoelde hypotheeken, beperkte rechten en beslagen een verklaring verstrekt. Tegen de beschikking die een zodanige verklaring inhoudt, is geen hogere voorziening toegelaten.
3. De verklaring kan bij of na de levering in de registers worden ingeschreven. Zij machtigt dan de bewaarder der registers tot doorhaling van de inschrijvingen betreffende hypotheeken en beslagen.

Artikel 274

1. Wanneer een hypotheek is tenietgegaan, is de schuldeiser verplicht aan de rechthebbende op het bezwaarde goed op diens verzoek en op diens kosten bij authentieke akte een verklaring af te geven inhoudende dat de hypotheek is vervallen. Is de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekte met een beperkt recht bezwaard, dan rust een overeenkomstige verplichting op de beperkt gerechtigde.
2. Deze verklaringen kunnen in de registers worden ingeschreven. Zij machtigen dan tezamen de bewaarder tot doorhaling.
3. Worden de vereiste verklaringen niet afgegeven, dan is artikel 29 van overeenkomstige

toepassing.

4. Is de hypotheek door vermenging tenietgegaan, dan wordt de bewaarder tot doorhaling gemachtigd door een daartoe strekkende verklaring, afgelegd bij authentieke akte door degene aan wie het goed toebehoort, tenzij op de vordering een beperkt recht rust.

Artikel 275

Een volmacht tot het afleggen van een verklaring als bedoeld in artikel 274, moet schriftelijk zijn verleend.

Titel 10

Verhaalsrecht op goederen

Afdeling 1

Algemene bepalingen

Artikel 276

Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.

Artikel 277

1. Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.
2. Bij overeenkomst van een schuldeiser met de schuldenaar kan worden bepaald dat zijn vordering jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent.

Artikel 278

1. Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden.
2. Voorrechten ontstaan alleen uit de wet. Zij rusten of op bepaalde goederen of op alle tot een vermogen behorende goederen.

Artikel 279

Pand en hypotheek gaan boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt.

Artikel 280

Voorrechten op bepaalde goederen hebben voorrang boven die welke op alle tot een vermogen

behorende goederen rusten, tenzij de wet anders bepaalt.

Artikel 281

1. Onderscheiden voorrechten die op hetzelfde bepaalde goed rusten, hebben gelijke rang, tenzij de wet anders bepaalt.
2. De in artikel 288 genoemde voorrechten op alle goederen worden uitgeoefend in de volgorde waarin de wet hen plaatst.

Artikel 282

Indien door een executie een ander beperkt recht dan pand of hypotheek vervalt, omdat het niet kan worden ingeroepen tegen een pand- of hypotheekhouder of een beslaglegger op het goed, wordt aan de beperkt gerechtigde uit de netto-opbrengst van het goed, met voorrang onmiddellijk na de vorderingen van degenen tegen wie hij zijn recht niet kan inroepen, ter zake van zijn schade een vergoeding uitgekeerd. De vergoeding wordt gesteld op het bedrag van de waarde die het vervallen recht, zo het bij de executie in stand zou zijn gebleven, ten tijde van de executie zou hebben gehad.

Afdeling 2

Bevoorrechte vorderingen op bepaalde goederen

Artikel 283

Een voorrecht op een bepaald goed strekt zich mede uit over vorderingen tot vergoedingen die in de plaats van dat goed zijn getreden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed.

Artikel 284

1. Een vordering tot voldoening van kosten, tot behoud van een goed gemaakt, is bevoorrecht op het goed dat aldus is behouden.
2. De schuldeiser kan de vordering op het goed verhalen, zonder dat hem rechten van derden op dit goed kunnen worden tegengeworpen, tenzij deze rechten na het maken van de kosten tot behoud zijn verkregen. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 237 gevestigd pandrecht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien de zaak of het toonderpapier in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 90 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dat artikel is voldaan.
3. Het voorrecht heeft voorrang boven alle andere voorrechten, tenzij de vorderingen waaraan deze andere voorrechten zijn verbonden, na het maken van de kosten tot behoud zijn ontstaan.

Artikel 285

1. Degene die uit hoofde van een overeenkomst tot aanneming van werk een vordering wegens

bearbeiding van een zaak heeft, is deswege op die zaak bevoorrecht, mits hij persoonlijk aan de uitvoering van in de uitoefening van zijn bedrijf aangenomen werk pleegt deel te nemen, dan wel een vennootschap of een rechtspersoon is waarvan een of meer besturende vennoten of bestuurders dit plegen te doen. Het voorrecht vervalt na verloop van twee jaar sinds het ontstaan van de vordering.

2. Het voorrecht heeft voorrang boven een overeenkomstig artikel 237 op de zaak gevestigd pandrecht, tenzij dit recht eerst na het ontstaan van de bevoorrechte vordering is gevestigd en de zaak in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht.

Artikel 286

1. De door een appartementseigenaar of een vruchtgebruiker van een appartementsrecht aan de gezamenlijke appartementseigenaars of de vereniging van eigenaars verschuldigde, in het lopende of het voorafgaande kalenderjaar opeisbaar geworden bijdragen zijn bevoorrecht op het appartementsrecht.
2. In geval van bearbeiding van een gebouw dat in appartementen is verdeeld, rust het voorrecht van artikel 285 op ieder appartement voor het bedrag waarvoor de eigenaar van dat appartement aansprakelijk is.
3. Bij samenloop van het voorrecht van lid 1 en dat van artikel 285 heeft het laatstgenoemde voorrang.

Artikel 287

1. De vordering tot vergoeding van schade is bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.
2. De schuldeiser kan zijn vordering verhalen op de vordering waarop het voorrecht rust, zonder dat hem andere rechten van derden op deze laatste vordering dan het ingevolge artikel 936 lid 2 van Boek 7 aan de tussenpersoon toekomende recht op afdracht, kunnen worden tegengeworpen.

Afdeling 3

Bevoorrechte vorderingen op alle goederen

Artikel 288

De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van:

- a. de kosten van de aanvraag tot faillietverklaring, doch alleen ter zake van het faillissement dat op de aanvraag is uitgesproken, alsmede van de kosten, door een schuldeiser gemaakt, ter verkrijging van vereffening buiten faillissement;
- b. de kosten van lijkbezorging, voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene;
- c. hetgeen een werknemer, een gewezen werknemer en hun nabestaanden ter zake van reeds vervallen termijnen van pensioen van de werkgever te vorderen hebben, voor zover de

- vordering niet ouder is dan een jaar;
- d. hetgeen waarop een werknemer, niet zijnde een bestuurder van de rechtspersoon bij wie hij in dienst is, een gewezen werknemer en hun nabestaanden ter zake van in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen jegens de werkgever recht hebben;
 - e. al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van dit wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.

Afdeling 4 Retentierecht

Artikel 290

Retentierecht is de bevoegdheid die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten totdat de vordering wordt voldaan.

Artikel 291

1. De schuldeiser kan het retentierecht mede inroepen tegen derden die een recht op de zaak hebben verkregen, nadat zijn vordering was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen.
2. Hij kan, onverminderd lid 3, het retentierecht ook inroepen tegen derden met een ouder recht, indien zijn vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen.
3. Degene die een retentierecht uitoefent op een onroerende zaak kan dit tegen een hypotheekhouder met een ouder recht slechts inroepen voor zover zijn prestatie tot een hogere opbrengst van het goed ten bate van de hypotheekhouder heeft geleid.

Artikel 292

De schuldeiser kan zijn vordering op de zaak verhalen met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden uitgeoefend.

Artikel 293

Het retentierecht kan mede worden uitgeoefend voor de kosten die de schuldeiser heeft moeten maken ter zake van de zorg die hij krachtens de wet ten aanzien van de zaak in acht moet nemen.

Artikel 294

Het retentierecht eindigt doordat de zaak in de macht komt van de schuldenaar of de rechtheb-

bende, tenzij de schuldeiser haar weer uit hoofde van dezelfde rechtsverhouding onder zich krijgt.

Artikel 295

Raakt de zaak uit de macht van de schuldeiser, dan kan hij haar opeisen onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar.

Titel 11 Rechtsvorderingen

Artikel 296

1. Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt degene die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.
2. Degene die onder een voorwaarde of een tijdsbepaling tot iets is gehouden, kan onder die voorwaarde of tijdsbepaling worden veroordeeld.

Artikel 297

Indien een prestatie door tenuitvoerlegging van een executoriale titel wordt afgedwongen, heeft dit dezelfde rechtsgevolgen als die van een vrijwillige nakoming van de uit die titel blijkende verplichting tot die prestatie.

Artikel 298

Indien twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed beroep doen op met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.

Artikel 299

1. Wanneer iemand niet verricht waartoe hij is gehouden, kan de rechter hem jegens wie de verplichting bestaat, op diens vordering machtigen om zelf datgene te bewerken waartoe nakoming zou hebben geleid.
2. Op gelijke wijze kan hij jegens wie een ander tot een nalaten is gehouden, worden gemachtigd om hetgeen in strijd met die verplichting is verricht, teniet te doen.
3. De kosten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering der machtiging, komen ten laste van degene die zijn verplichting niet is nagekomen. De uitspraak waarbij de machtiging wordt verleend, kan tevens de voldoening van deze kosten op vertoon van de daartoe nodige, in de uitspraak te vermelden bescheiden gelasten.

Artikel 300

1. Is iemand jegens een ander gehouden een rechtshandeling te verrichten, dan kan, tenzij de aard van de rechtshandeling zich hiertegen verzet, de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is, of dat een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten. Wijst de rechter een vertegenwoordiger aan, dan kan hij bepalen dat de door deze te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.
2. Is de opgeroepene gehouden om tezamen met de eiser een akte op te maken, dan kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van de akte of een deel daarvan zal treden.

Artikel 301

1. Een uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat zij in de plaats treedt van een tot levering van een registergoed bestemde akte of van een deel van een zodanige akte, kan slechts in de openbare registers worden ingeschreven, indien zij is betekend aan degene die tot de levering werd veroordeeld en:
 - a. in kracht van gewijsde is gegaan, of
 - b. uitvoerbaar bij voorraad is en een termijn van veertien dagen of zoveel korter of langer als in de uitspraak is bepaald, sinds de betekening van de uitspraak is verstreken.
2. In afwijking van artikel 84 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering begint de verzettermijn na een veroordeling bij verstek te lopen vanaf de betekening van het vonnis aan de veroordeelde, ook als de betekening niet aan hem in persoon geschiedt.
3. Indien de werking van een uitspraak als bedoeld in lid 1, door de rechter aan een voorwaarde is gebonden, weigert de bewaarder de inschrijving van die uitspraak, indien niet tevens een notariële verklaring of een authentiek afschrift daarvan wordt overgelegd waaruit van de vervulling van de voorwaarde blijkt.

Artikel 302

Op vordering van een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon spreekt de rechter omtrent die rechtsverhouding een verklaring van recht uit.

Artikel 303

Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.

Artikel 304

Een rechtsvordering kan niet van het recht tot bescherming waarvan zij dient, worden gescheiden.

Artikel 305

De in de voorgaande artikelen van deze titel aan de rechter toegekende bevoegdheden komen mede

aan scheidsmannen toe, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

Artikel 305a

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.
2. De rechtspersoon is niet ontvankelijk, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de opgeroepene te bereiken.
3. De rechtsvordering kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.
4. Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voor zover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt.
5. Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolg ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt, en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.

Artikel 305b

1. Een publiekrechtelijke rechtspersoon kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van de belangen van andere personen, voor zover hem de behartiging van deze belangen is toevertrouwd.
2. De leden 2 tot en met 5 van artikel 305a zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 306

Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaar.

Artikel 307

1. Een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden.
2. In geval van een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd loopt de termijn pas van de aanvang van de dag, volgende op die waartegen de schuldeiser heeft meegedeeld tot opeising over te gaan, en verjaart de rechtsvordering in elk geval door verloop van twintig jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waartegen de opeising, zo nodig na opzegging door de schuldeiser, op zijn vroegst mogelijk was.

Artikel 308

Rechtsvorderingen tot betaling van renten van geldsommen, lijfrenten, dividenden, huren en voorts alles wat bij het jaar of een kortere termijn moet worden betaald, verjaren door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden.

Artikel 309

Een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden, en in ieder geval twintig jaar nadat de vordering is ontstaan.

Artikel 310

1. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.
2. Is de schade een gevolg van verontreiniging van lucht, water of bodem, dan verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade, in afwijking van het aan het slot van lid 1 bepaalde, in ieder geval door verloop van dertig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.
3. Voor de toepassing van lid 2 wordt onder gebeurtenis verstaan een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak. Bestaat de gebeurtenis uit een voortdurend feit, dan begint de termijn van dertig jaar bedoeld in lid 2, te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan. Bestaat de gebeurtenis uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan begint deze termijn te lopen na dit laatste feit.
4. Indien de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, een misdrijf oplevert als bedoeld in het Tweede Boek, titel XIII van het Wetboek van Strafrecht, en is gepleegd ten aanzien van een minderjarige, is de verjaringstermijn van vijf jaar, bedoeld in lid 1, niet van toepassing. In dat geval vangt de verjaringstermijn van twintig jaar aan op de dag waarop de minderjarige de leeftijd van achttien bereikt.
5. In afwijking van de leden 1 en 2 verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, verjaart de rechtsvordering slechts door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde meerderjarig is geworden.

Artikel 310a

Een rechtsvordering tot teruggave van een gestolen cultuurobject dat een integrerend deel vormde van een als zodanig aangewezen monument of van een archeologische vindplaats, of dat deel uitmaakte van een openbare collectie, verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de plaats waar de zaak zich bevindt en de identiteit van de bezitter of houder zijn bekend geworden, en in ieder geval door verloop van vijftien jaar na de aanvang van de dag, volgende op die van de diefstal.

Artikel 311

1. Een rechtsvordering tot ontbinding van een overeenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming daarvan of tot herstel van een tekortkoming, verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden, en in ieder geval twintig jaar nadat de tekortkoming is ontstaan.
2. Een rechtsvordering tot ongedaanmaking als bedoeld in artikel 271 van Boek 6, verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de overeenkomst is ontbonden.

Artikel 312

Rechtsvorderingen ter zake van een tekortkoming in de nakoming, alsmede die tot betaling van wettelijke of bedongen rente en die tot afgifte van vruchten, verjaar, behoudens stuiting of verlenging, niet later dan de rechtsvordering tot nakoming van de hoofdverplichting of, zo de tekortkoming vatbaar is voor herstel, de rechtsvordering tot herstel van de tekortkoming.

Artikel 313

Indien de wet niet anders bepaalt, begint de termijn van verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verplichting om te geven of te doen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke nakoming kan worden gevorderd.

Artikel 314

1. De termijn van verjaring van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden.
2. De termijn van verjaring van een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd kan worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt.

Artikel 315

De termijn van verjaring van een rechtsvordering tot opeising van een nalatenschap begint met de aanvang van de dag, volgende op die van het overlijden van de erflater.

Artikel 316

1. De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolgving van de zijde van de gerechtigde die in de vereiste vorm geschiedt.
2. Leidt een ingestelde eis niet tot toewijzing, dan is de verjaring slechts gestuit, indien binnen zes

maanden nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt. Wordt een daad van rechtsvervolging ingetrokken, dan stuit zij de verjaring niet.

3. De verjaring van een rechtsvordering wordt ook gestuit door een handeling, strekkende tot verkrijging van een bindend advies, mits van die handeling met bekwame spoed mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en zij tot verkrijging van een bindend advies leidt. Is dit laatste niet het geval, dan is lid 2 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 317

1. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt.
2. De verjaring van andere rechtsvorderingen wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning, indien deze binnen zes maanden wordt gevolgd door een stuitingshandeling als omschreven in artikel 316.

Artikel 318

Erkenning van het recht tot welks bescherming een rechtsvordering dient, stuit de verjaring van de rechtsvordering tegen degene die het recht erkent.

Artikel 319

1. Door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering, anders dan door het instellen van een eis die door toewijzing wordt gevolgd, begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de volgende dag. Is een bindend advies gevraagd en verkregen, dan begint de nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop het bindend advies is uitgebracht.
2. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke, doch niet langer dan vijf jaar. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.

Artikel 320

Wanneer een verjaringstermijn zou aflopen tijdens het bestaan van een verlengingsgrond of binnen zes maanden na het verdwijnen van een zodanige grond, loopt de termijn voort totdat zes maanden na het verdwijnen van die grond zijn verstreken.

Artikel 321

1. Een grond voor verlenging van de verjaring bestaat tussen:
 - a. niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten;
 - b. een wettelijke vertegenwoordiger en de onbekwame die hij vertegenwoordigt;

- c. een bewindvoerder en de rechthebbende voor wie hij het bewind voert, ter zake van verdelingen die dit bewind betreffen;
 - d. rechtspersonen en hun bestuurders;
 - e. een beneficiair aanvaarde nalatenschap en een erfgenaam;
 - f. de schuldeiser en zijn schuldenaar die opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen houdt.
2. De in lid 1 onder b en c genoemde gronden voor verlenging duren voort totdat de eindrekening van de wettelijke vertegenwoordiger of de bewindvoerder is gesloten.

Artikel 322

1. De rechter mag niet ambtshalve het middel van verjaring toepassen.
2. Afstand van verjaring geschiedt door een verklaring van degene die de verjaring kan invoeren.
3. Voordat de verjaring is voltooid, kan geen afstand van verjaring worden gedaan.

Artikel 323

1. Door voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gaan de pand- of hypotheekrechten die tot zekerheid daarvan strekken, teniet.
2. Nochtans verhindert de verjaring niet dat het pandrecht op het verbonden goed wordt uitgeoefend, indien dit bestaat in een roerende zaak of een recht aan toonder of order en deze zaak of het toonder- of orderpapier in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht.
3. De rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis tot zekerheid waarvan een hypotheek strekt, verjaart niet voordat twintig jaar zijn verstreken na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de hypotheek aan de verbintenis is verbonden.

Artikel 324

1. De bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een rechterlijke of arbitrale uitspraak verjaart door verloop van twintig jaar na de aanvang van de dag, volgende op die van de uitspraak, of, indien voor tenuitvoerlegging daarvan vereisten zijn gesteld waarvan de vervulling niet afhankelijk is van de wil van degene die de uitspraak heeft verkregen, na de aanvang van de dag, volgende op die waarop deze vereisten zijn vervuld.
2. Wordt vóórdat de verjaring is voltooid, door een der partijen ter aantasting van de ten uitvoer te leggen veroordeling een rechtsmiddel of een eis ingesteld, dan begint de termijn eerst met de aanvang van de dag, volgende op die waarop het geding daarover is geëindigd.
3. De verjaringstermijn bedraagt vijf jaar voor wat betreft hetgeen ingevolge de uitspraak bij het jaar of kortere termijn moet worden betaald.
4. Voor wat betreft renten, boeten, dwangsommen en andere bijkomende veroordelingen, treedt de verjaring, behoudens stuiting of verlenging, niet later in dan de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling.

Artikel 325

1. Op de verjaring, bedoeld in artikel 324, zijn de artikelen 319 tot en met 323 van overeenkomstige toepassing.
2. De verjaring, bedoeld in artikel 324, wordt gestuit door:
 - a. betekening van de uitspraak of schriftelijke aanmaning;
 - b. erkenning van de in de uitspraak vastgestelde verplichting;
 - c. iedere daad van tenuitvoerlegging, mits daarvan binnen de door de wet voorgeschreven tijd of, bij gebreke van zodanig voorschrift, met bekwame spoed mededeling aan de wederpartij wordt gedaan.

Artikel 326

Buiten het vermogensrecht vindt deze titel overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

MEMORIE VAN TOELICHTING

BOEK 3

BURGERLIJK WETBOEK VAN SURINAME

Boek 3 – Vermogensrecht in het algemeen

ALGEMEEN

Het algemeen deel van het vermogensrecht bestaat uit twee boeken, Boek 3 (vermogensrecht in het algemeen) en Boek 4 (erfrecht). Boek 3 vangt aan met een aantal begripsomschrijvingen en regelt vervolgens enerzijds de rechtshandeling (met als sequel de volmacht), anderzijds een aantal rechtsbetrekkingen die voor alle vermogensbestanddelen (goederen) – zowel de stoffelijke (zaken) als onstoffelijke – van belang zijn. Met verwijzingen naar artikelen van het BW zonder meer wordt gedoeld op artikelen in het thans hier te lande geldend BW.

TITEL 1, AFDELING 1 - BEGRIPSBEPALINGEN

Afdeling 3.1.1 omvat in de eerste plaats een aantal omschrijvingen van begrippen. Zij geven de betekenis aan van termen die door het wetboek heen, in het bijzonder in het vermogensrecht worden gebezigd. Zij zijn uiteraard op het spraakgebruik afgestemd, maar op hun juridische betekenis toegespitst. Ook kent het spraakgebruik van woorden als "goederen" en "zaken" andersoortige betekenissen, en daarom is een duidelijke omschrijving van de in het wetboek bedoelde betekenis wenselijk.

De artikelen 13 en 14 behelzen materiële regels van algemene inhoud die, tezamen met de artikelen 11 en 12, in artikel 15 in beginsel ook buiten het vermogensrecht van toepassing worden verklaard.

Artikel 1

Het begrip "goederen" omvat de begrippen "zaken" en "vermogensrechten", begrippen die op hun beurt worden omschreven in artikel 2, respectievelijk artikel 6. Het komt derhalve dicht bij het begrip "zaken" zoals dat thans in artikel 555 BW wordt omschreven; in het huidige wetboek worden voor het overige "goederen" en "zaken" dooreen gebruikt.

Het gemaakte onderscheid tussen goederen en zaken - het eerste als algemeen begrip van alle vermogensbestanddelen, het tweede als deel daarvan dat de stoffelijke objecten omvat - werkt door in de indeling van het nieuwe wetboek.

Boek 3 behelst het "goederenrecht" in het algemeen:

titel 4: verkrijging en verlies van goederen;

titel 5: bezit;

titel 7: gemeenschap;

titel 8: vruchtgebruik;

titel 9: rechten van pand en hypotheek;

titel 10: verhaalsrecht op goederen.

Hetgeen in deze titels wordt geregeld, heeft betrekking op alle (soorten) goederen, zowel zaken als vermogensrechten, zoals vorderingsrechten. Boek 5, Zakelijke rechten, daarentegen regelt rechtsverhoudingen die slechts ten opzichte van zaken als stoffelijke objecten kunnen bestaan, zoals eigendom, erfpacht, appartementen.

In het spraakgebruik, en ook in het recht, wordt de zaak veelvuldig vereenzelvigd met de eigendom daarvan; degene aan wie een zaak toebehoort, heeft de eigendom daarvan. De constructie van "eigendom van een (vermogens)recht", zoals artikel 555 van het BW die nog bezigt, laat het nieuwe wetboek daarentegen varen: zij is nodeloos ingewikkeld en vindt ook geen steun in het spraakgebruik. Men is geen eigenaar van een hypotheek of vordering, maar daartoe gerechtigd.

Artikel 2

"Zaak" wordt omschreven als stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Niet voor menselijke beheersing vatbaar zijn lucht en zee.

Bij maat en gewicht aangeduide hoeveelheden worden door de individualisering tot object: een kilo boter, een perceel grond.

De **artikelen 3, 4 en 5** betreffen bepaalde categorieën van zaken.

Artikel 3

Artikel 3 trekt de grens tussen onroerende en roerende zaken. Lid 1 behelst een limitatieve opsomming van de eerste categorie, het overige is roerend (lid 2); aan een toch onvolledige omschrijving als in de artikelen 565 en 566 van het BW bestaat geen behoefte.

De onderscheiding "roerend-onroerend" geldt alleen zaken. "(On)roerende rechten"-(on)roerend door wetsbepaling": artikelen 564 en 567 van het BW - zullen niet meer voorkomen. Rechten op onroerende zaken vallen onder de registergoederen van artikel 10. Evenmin kent de nieuwe wet zaken die door bestemming onroerend zijn, en die voor het huidige recht onder artikel 563 van het BW vallen.

Bij de omschrijving van onroerende zaken wordt uitgegaan van de grond, waarmee de andere onroerende zaken op een of andere manier, rechtstreeks of indirect, moeten zijn verenigd; deze laatste zijn echter zelfstandig onroerend, wanneer zij geen bestanddelen van de grond zijn.

Water is roerend, ook als het zich op de grondoppervlakte bevindt.

Beplantingen die met de grond zijn verenigd, zijn onroerend, ook als die vereniging niet duurzaam is, bijvoorbeeld omdat het de bedoeling is hen te oogsten.

Voor de onroerendheid van gebouwen en werken daarentegen is wel duurzaamheid der vereniging - met de grond zelf of met een ander onroerend gebouw of werk - vereist. Een bouwkeet zal daarom niet onroerend zijn. De verkeersopvattingen kunnen – anders dan voor de vraag of iets bestanddeel is in de zin van artikel 4 – geen zelfstandige maatstaf zijn bij de beantwoording van de vraag of een zaak roerend of onroerend is; zij kunnen wel in aanmerking worden genomen bij de vraag of een object duurzaam met de grond is verenigd (HR 31-10-1997, NJ 1998, 97, inzake een portacabin). Wat de eigendom van de grond omvat, zal in Boek 5 worden geregeld, eveneens dat door vestiging van een opstalrecht in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom kunnen worden verkregen, los van de grond waarmee ze duurzaam zijn verbonden.

Artikel 4

Een bestanddeel van een zaak is niet zelf een zaak. Eigendom van de hoofdzaak omvat het bestanddeel (voor zover de wet niet anders bepaalt: artikel 5:3); de eigendom van een zaak die bestanddeel wordt, wordt door de eigendom van de hoofdzaak "nagetrokken". Een eigendomsvoorbehoud op een zaak houdt geen stand, wanneer ze als bestanddeel wordt nagetrokken. Is de hoofdzaak onroerend, dan deelt het bestanddeel dat lot.

Van een bestanddeel is sprake, indien in elk geval hetzij aan het vereiste van lid 1, hetzij aan dat van lid 2 wordt voldaan. Lid 1 stelt als criterium voor bestanddeel de verkeersopvatting: zonder het bestanddeel is de hoofdzaak niet compleet; zie laatstelijk HR 15-11-1991, NJ 1993, 316; Ars Aequi 1992, p. 284, en HR 27-11-1992, NJ 1993, 317 (voor de vraag of fabrieksapparatuur bestanddeel is, is een aanwijzing of het gebouw uit een oogpunt van geschiktheid als bedrijfsgebouw bij het ontbreken van de apparatuur als onvoltooid moet worden beschouwd, maar het komt niet aan op de functie welke de apparatuur vervult in het productieproces van het bedrijf dat in het gebouw wordt uitgeoefend). Lid 2 geeft een fysiek criterium: "hoofdzaak" en "bijzaak" kunnen niet zonder schade van betekenis uit elkaar worden gehaald.

Essentiële verandering ten opzichte van het huidige recht is hier niet bedoeld. Wél schuilt zo'n verandering daarin dat de categorie der hulpzaken niet langer wordt onderscheiden. Voor zover de hoofdzaak, die door zo'n hulpzaak wordt gediend, onroerend is, wordt onder het huidige recht de hulpzaak onroerend door bestemming (artikel 563; zie de toelichting bij artikel 3). Het enige praktische belang van zulke door bestemming onroerende hulpzaken is dat zij onder de hypotheek op de hoofdzaak vallen en tegelijk met deze kunnen worden geëxecuteerd. Deze nuttige praktijk kan, ondanks de afschaffing van de hulpzaken als bijzondere categorie, worden gecontinueerd door invoeging van een bepaling in de regeling van het pandrecht (artikel 254).

Artikel 5

Het artikel behelst een omschrijving van "inboedel", die nagenoeg gelijk is aan die van de tweede zin van artikel 163 lid 1 onderdeel a, van het BW - welke dan ook zal kunnen vervallen - maar die beperkter is dan die van artikel 570 van het BW. Zo zijn in de nieuwe omschrijving uitdrukkelijk de boekerijen, waaronder moet worden verstaan: verzameling boeken, en andere verzamelingen uitgezonderd.

De **artikelen 6, 7 en 8** geven nadere bepalingen met betrekking tot de vermogensrechten, die in artikel 1 naast de zaken als "goederen" worden aangemerkt.

Artikel 6

Het artikel bevat een omschrijving van hetgeen als vermogensrecht wordt beschouwd. Daarin worden drie categorieën genoemd, die overigens voor een belangrijk deel samenvallen, terwijl de opsomming ook niet als limitatief behoeft te worden beschouwd.

De meeste vermogensrechten zijn overdraagbaar, al dan niet zelfstandig; van onzelfstandige overdraagbaarheid is een voorbeeld de handelsnaam die tezamen met een onderneming overgaat.

Vermogensrechten die niet voor overdracht vatbaar zijn, zijn bijvoorbeeld de rechten van gebruik en bewoning (zie de artikelen 852 en 856 van het bestaande BW en hierna het nieuwe artikel 226). Zij strekken er echter wel toe de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen.

Bij de derde categorie voor zover die niet met de beide voorgaande samenvalt, denke men in het

bijzonder aan contractuele prestaties waarvoor een prijs is betaald of toegezegd. Op deze wijze kan bijvoorbeeld voor een blinde het recht om periodiek te worden voorgelezen, worden bedongen. Buiten de rechtssfeer valt de enkele, ongesanctioneerde, belofte, zoals die om met roken op te houden.

Artikel 7

Voorbeelden van afhankelijke rechten zijn pand, hypotheek en borgtocht, die slechts aan een vordering kunnen zijn verbonden, mandeligheid, een vorm van mede-eigendom van de eigenaren van meer dan een erf, en een erfdienstbaarheid, die het heersende erf dient. Het belangrijkste gevolg van de afhankelijkheid is dat het afhankelijke recht van rechtswege het hoofdrecht volgt als dat op een ander overgaat (het is "accessoir") en dat het niet zelfstandig op een ander kan overgaan. De bepaling brengt wel een nieuwe wetsterm, maar betekent geen materiële verandering.

Artikel 8

Beperkte rechten die op elk goed kunnen worden gevestigd - en daarom ook verderop in Boek 3 hun regeling vinden - zijn vruchtgebruik en pand of hypotheek. In de nieuwe terminologie gelden deze beperkte rechten slechts als "zakelijke rechten" als zij op een "zaak" in de zin van artikel 2 zijn gevestigd, niet voor zover zij bijvoorbeeld op een vordering rusten.

In Boek 5 zal men, als zakelijke rechten volgens de terminologie van het nieuwe wetboek, beperkte rechten vinden, die alleen op zaken kunnen rusten: erfpacht en opstal, en erfdienstbaarheden. In het octrooirecht kent men als beperkte rechten de licentie, in het auteursrecht vertaal- en reproductierechten.

Artikel 9

Artikel 558 van het BW onderscheidt naast de natuurlijke vruchten en de burgerlijke vruchten nog de vruchten van nijverheid, doch aan deze categorie bestaat naast die van de natuurlijke vruchten geen behoefte. Zie voor een voorbeeld van de rol der verkeersopvatting, die volgens lid 1 mede bepaalt of een zaak als natuurlijke vrucht kan gelden HR 24-3-1995, NJ 1996, 158: kuikens, kunstmatig door een bedrijf uitgebreed uit eieren, zijn niet te beschouwen als vrucht van de hennen welke die eieren legden.

Burgerlijke vruchten zijn renten van geldsommen, dividenden voor zover zij geen kapitaaluitkering zijn, huren en pachten, alsmede erfpachtcanons.

In lid 3 worden de afzonderlijke termijnen van lijfrente als vruchten aangemerkt, ook al komen die termijnen mede ten laste van het recht op lijfrente zelf.

Zolang de vruchten nog niet zelfstandig zijn, maken zij deel uit van het goed waaraan zij zijn verbonden. Pas na hun afscheiding zijn zij volledig voorwerp van recht. Wel kunnen zij met het oog daarop tot dan worden beschouwd als toekomstige goederen. Dat brengt niet alleen mee dat zij bijvoorbeeld bij voorbaat kunnen worden verkocht, maar ook dat zij bij voorbaat kunnen worden geleverd (zie artikel 97). Het gevolg daarvan is dat natuurlijke vruchten op het tijdstip van afscheiding rechtstreeks bezit en eigendom van de koper worden, en dat de verkoper hen alsdan terstond voor de koper gaat houden (de zgn. directe levering volgens artikel 110).

Bij voorbaat geleverde burgerlijke vruchten, zoals huurpenningen, vallen op gelijke wijze buiten het vermogen van de vervreemder om in dat van de verkrijger op het tijdstip waarop zij op-

eisbaar worden.

Het recht op de vruchten kan ook krachtens een bestaande rechtsverhouding aan een ander dan aan de rechthebbende op het goed toekomen: de vruchtgebruiker, erfpachter, huurder of pachter. In hoeverre de bezitter recht op de vruchten heeft, wordt in titel 3.5 geregeld.

Artikel 10

In het huidige wetboek speelt de onderscheiding tussen roerende en onroerende goederen een belangrijke rol, bijvoorbeeld bij de regeling van de levering en de verkrijgende verjaring. Er zijn echter roerende goederen die in het bijzonder met het oog op de levering dicht bij de onroerende goederen staan, namelijk in een openbaar register opgenomen schepen en luchtvaartuigen.

Deze zaken brengt het onderhavige artikel, met de onroerende zaken en met de beperkte rechten die op al die zaken gevestigd kunnen worden, samen onder de term "registergoederen". Het criterium voor de gehele groep is dat de wet voor hun overdracht en, voor zover zij vermogensrechten zijn, hun vestiging, inschrijving in de openbare registers vereist. De wijze van levering van deze registergoederen wordt in afdeling 3.4.2 geregeld terwijl ook elders, onder andere met het oog op de verjaring en de derdenbescherming, voor deze registergoederen speciale bepalingen zullen gelden.

Tot de registergoederen behoren niet rechten die uitsluitend met het oog op derdenwerking in een officieel register kunnen worden ingeschreven, maar waarvan de vestiging of overdracht zelf ook zonder zo'n inschrijving geldig is.

Aan de openbare registers en de rechtsgevolgen van inschrijving daarin wordt een bijzondere afdeling, namelijk 3.1.2, gewijd.

Artikel 11

Het wetboek bezigt de term "goede trouw" in bepalingen die iemand in bescherming nemen tegen de ongeldigheid van een onbevoegd verrichte handeling. Aldus bijvoorbeeld degene die een roerende zaak op grond van een geldige titel verkrijgt van een wederpartij die niet bevoegd is om over die zaak te beschikken, mits de verkrijger dat laatste feit niet weet en ook niet behoeft te weten (aldus artikel 1998 van het BW, zoals dat door de jurisprudentie en de literatuur is ontwikkeld). De term wordt in het bijzonder gebruikt in verband met de verkrijging van goederen door overdracht en verjaring en bij bezit.

In de negatieve formulering van artikel 11, dat omschrijft wanneer de goede trouw geacht wordt te ontbreken, wordt uitgegaan van dit niet weten en ook, in de gegeven omstandigheden, niet behoeven te weten. Zo zal dwaling in het objectieve recht niet gemakkelijk het niet weten van het hier te lande geldend recht kunnen rechtvaardigen (vgl. HR 22-6-1962, NJ 1963, 53 en HR 15-12-1978, NJ 1979, 427), maar ook zal, al naar gelang van de omstandigheden, in het bijzonder wanneer grond tot twijfel bestaat, onderzoek naar een gepretendeerde bevoegdheid vereist zijn, wil men zich op zijn goede trouw kunnen beroepen.

Welke mate van onderzoek is vereist, hangt af van de omstandigheden, bijvoorbeeld het gewicht van de handeling en de eventuele druk waaronder zij moet worden verricht. Uit de tweede zin van het artikel vloeit voort dat iemand die goede reden tot twijfel had, zich zelfs niet op zijn goede trouw kan beroepen, als hij in de onmogelijkheid verkeert, onderzoek te doen.

De term "te goeder trouw" komt niet alleen in de Boeken 3 e.v. voor, maar ook in Boek 1; aldus artikel 1:89lid 2 waar hij dezelfde betekenis heeft (zie artikel 15 en de toelichting daarop).

Degene wiens goede trouw niet door het recht kan worden aanvaard, wordt aangeduid als "niet te goeder trouw" - "te kwader trouw" zou hiervoor veelal een te sterke uitdrukking zijn.

Met de term "te goeder trouw" geheel op één lijn te stellen is een term als "niet kennen/weten en ook niet behoeven/behoren te kennen/weten", die ook in de wet zal voorkomen - op deze uitdrukking is hetgeen hiervoor gesteld is, mede van toepassing.

Dat behoeft niet steeds volledig het geval te zijn met andere termen die de wet ter bescherming van derden bezigt - vgl. de artikelen 35 en 36, die eigen omschrijvingen en criteria behelzen - niet steeds zullen de omstandigheden gelijk liggen als wanneer "goede trouw" in de zin van het onderhavig artikel wordt vereist. Wel zal in de regel ook hier gelden dat degene die goede grond tot twijfel heeft, zich niet op de bescherming kan beroepen.

In sommige gevallen vereist de wet inschrijving van bepaalde gegevens in een openbaar register ter kennisneming van het publiek. De wet kan daarbij bepalen dat op aldus ingeschreven gegevens door en tegen derden een beroep kan worden gedaan - een beroep op goede trouw baat hun dan niet, als die gegevens hun onbekend zijn. Zijn de gegevens niet ingeschreven, dan kunnen deze slechts worden tegengeworpen aan hen die ze niettemin kenden - een toetsing of zij die door het instellen van een onderzoek ook hadden kunnen kennen, is dan niet op haar plaats (vgl. artikel 192 van het BW en artikel 24).

Behalve het begrip "goede trouw" in de in artikel 11 omschreven betekenis kent het huidige wetboek dezelfde term ook in een geheel andere zin, en wel in artikel 1359 lid 3. Om verwarring te vermijden vervangt het nieuwe wetboek de term in de laatstbedoelde betekenis door het equivalent "overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid". De inhoud van die uitdrukking wordt in artikel 12 omschreven.

Artikel 12

Aan het slot van de toelichting op het vorige artikel is reeds vermeld dat de uitdrukking "overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid" de zgn. "objectieve" goede trouw van het huidige wetboek vervangt om verwarring met de "subjectieve" trouw van artikel 11 te voorkomen.

In de loop van de tijd is dankzij de jurisprudentie de rol van de "goede trouw" van artikel 1359 lid 3 van het BW een steeds grotere rol gaan spelen. Erkend werd dat redelijkheid en billijkheid aan contractspartijen gedragingen kunnen voorschrijven en tussen hen aanvullende verbintenissen doen ontstaan. Aanvaard is door de rechtspraak ook de zgn. beperkende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, die onder bepaalde omstandigheden beroep op een contractuele of zelfs wettelijke regel aan een partij ontzegt. Ook breidde de werkingssfeer zich tot buiten de contractuele sfeer uit: tot de verhouding tussen erfgenamen, tussen echtgenoten en ex-echtgenoten in hun vermogensrechtelijke verhoudingen en tot precontractuele verhoudingen.

In het nieuwe BW zal dat goeddeels in enige bepalingen worden neergelegd en in een enkel opzicht verder worden uitgebreid. Aldus voor de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar in het algemeen (artikel 6:2), voor de verhouding tussen partijen bij een overeenkomst (artikelen 6:248 en 6:258), van overeenkomstige toepassing verklaard op alle meerszijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, zoals de verhouding tussen pandgever en pandhouder van een goed (artikel 6:216), en voor de verhouding tussen de deelgenoten in een gemeenschap (artikel 166 lid 2).

Artikel 12 geeft aan dat voor het bepalen van wat redelijkheid en billijkheid eisen, met bepaalde beginselen, overtuigingen en belangen rekening moet worden gehouden. Veelal zal aan de rechter de afweging daarvan zijn opgedragen. Het belang van de bepaling schuilt dan daarin dat die afweging niet een louter subjectieve aangelegenheid is, maar dat de wet de objectieve criteria voor de toetsing biedt, aan de hand waarvan de rechter zich eventueel kan verantwoorden. Bij de "hier te lande levende rechtsovertuigingen" valt te denken zowel aan die welke in het algemeen worden gehuldigd, als aan die welke in een bepaalde kring heersen. Al naar gelang van de omstandigheden zal bij het formuleren van de eisen van redelijkheid en billijkheid in een bepaald geval het accent nu eens op het ene, dan weer op het andere gezichtspunt vallen.

De **artikelen 13 en 14** duiden grenzen aan welke aan de uitoefening van civielrechtelijke bevoegdheden zijn gesteld.

Artikel 13

In het bestaande recht is de figuur van het "misbruik van recht" ontwikkeld aan de hand van gevallen die zich in de rechtspraak hebben voorgedaan.

In de voorgestelde wetstekst is er de voorkeur aan gegeven te spreken van het misbruiken van een bevoegdheid, zodat ook gevallen worden omvat waar het misbruik niet zozeer een recht betreft, bijvoorbeeld de bevoegdheden van een voogd of een bewindvoerder.

Dat, zoals lid 1 het formuleert, een bevoegdheid, voor zover zij wordt misbruikt, niet kan worden "ingeroepen" heeft tot gevolg dat haar uitoefening wordt afgewezen of ongedaan wordt gemaakt; onder omstandigheden kan zulke uitoefening als een onrechtmatige daad worden beschouwd.

Aandacht verdient dat misbruik van bevoegdheid in die rechtsverhoudingen die door redelijkheid en billijkheid worden beheerst - zie de toelichting op het vorige artikel - samenvloeit met de zgn. derogerende werking van deze laatste. Hoe de grenzen van een bevoegdheid moeten worden getrokken, zó, dat overschrijding daarvan misbruik oplevert, is in concrete gevallen aan de rechter overgelaten.

Lid 2 somt, niet limitatief, een drietal criteria op, die zijn ontleend aan gevallen welke zich in de rechtspraak hebben voorgedaan en reeds thans als geldend recht mogen worden beschouwd.

Er zijn bevoegdheden die naar hun aard niet kunnen worden misbruikt, aldus lid 3. Men denke bijvoorbeeld aan erfrechtelijke bevoegdheden, zoals het testeren, gevallen waarin degene aan wie de bevoegdheid toekomt, zich ook niet tevoren omtrent het al of niet uitoefenen kan binden.

Artikel 14

Het artikel regelt een bepaald aspect van de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht: het geschreven, maar ook het ongeschreven publiekrecht kan aan de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden grenzen stellen.

Het artikel werkt in twee richtingen, al naar gelang de privaatrechtelijke bevoegdheden een particulier dan wel de overheid zelf toekomen.

Dat een publieke bestemming van of last op een goed aan een particuliere rechthebbende beperkingen kan opleggen, ook al zijn die niet uitdrukkelijk in de wet omschreven, is reeds aanvaard sinds HR 12-1-1923, NJ 1923, p. 307. Ook regels van burencrecht moeten buiten toepassing blijven, indien ze onverenigbaar zijn met de publieke bestemming van een naburig erf (HR 28-4-1961, NJ 1961, 433).

Dat het ongeschreven publiekrecht de overheid ook in haar privaatrechtelijke bevoegdheden kan beperken, is een ontwikkeling in de jurisprudentie van later tijd. De overheid mag haar privaatrechtelijke positie als bijvoorbeeld eigenares of contractante niet aldus uitbuiten dat zij daardoor handelt in strijd met regels van het - geschreven of ongeschreven - publiekrecht. Dat geldt in de eerste plaats als de overheid zelf rechthebbende is op een goed waarop een openbare bestemming rust (HR 22-6-1973, NJ 1973, 503, inzake het verkeer over een, aan de overheid toebehorend, openbaar vaarwater). Maar ook daarbuiten geldt de regel. Zo moet de overheid bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden tevens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen - de particulier die als haar wederpartij optreedt, kan ook bij de burgerlijke rechter een rechtstreeks beroep op die beginselen doen; vgl. HR 27-3-1987, NJ 1987, 727, in welk arrest het ging om de uitoefening van bevoegdheden door de overheid als erfverpachter, bevoegdheden die in de erfpachtovereenkomst waren opgenomen ten einde invloed te houden op de bestemming van het erf. De rechter is bij een beroep op de beginselen niet beperkt tot marginale toetsing (HR 24-4-1992, NJ 1993, 232).

Zou gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden een publiekrechtelijke regeling - die bijvoorbeeld belangen van burgers beschermt - op onaanvaardbare wijze doorkruisen, dan staat de privaatrechtelijke weg aan de overheid niet open (zie HR 26-1-1990, NJ 1991, 393 en HR 8-7-1991, NJ 1991, 691).

Artikel 15

Het artikel verklaart de voorafgaande vier artikelen - rechtstreeks - van toepassing buiten het vermogensrecht van de Boeken 3 e.v., voor zover de aard der rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

Zoals bij de toelichting op artikel 11 bleek, komt de daar omschreven term "goede trouw" ook bijvoorbeeld voor in Boek 1 van het BW. Ook misbruik van bevoegdheid kan zich in het personen- en familierecht voordoen (vgl. HR 8-4-1988, NJ 1989, 170 en HR 18-5-1990, NJ 1991, 374-376). Artikel 14 kan toepassing vinden buiten het vermogensrecht, als de overheid bijvoorbeeld gebruik maakt van een privaatrechtelijke vorm van rechtspersoonlijkheid, zoals een overheidsstichting.

TITEL 1, AFDELING 1B - HET VOEREN VAN EEN ADMINISTRATIE

In Nederland is afdeling 1A gewijd aan elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer, naar aanleiding van richtlijnen van de Europese Unie. Deze afdeling blijft in Suriname voorlopig gereserveerd.

Artikel 15i

Artikel 15i volgt in hoofdlijnen de artikelen 2 tot en met 4 van het Wetboek van Koophandel, maar er zijn enkele veranderingen aangebracht.

Lid 1 legt de verplichtingen niet slechts op degene die een bedrijf uitoefent, maar ook op degene die zelfstandig een beroep uitoefent, zoals de advocaat, notaris en arts: in een moderne maatschappij past het dat ook zij een boekhouding enz. omtrent de financiële kant van hun beroepsuitoefening voeren.

Daarbij is de term "aantekening houden" mede gemoderniseerd tot "administratie voeren", en wel naar de eisen van het beroep of het bedrijf, wat het volgen van nieuwe ontwikkelingen op het gebied der administratie meebrengt.

Naast de klassieke boeken en bescheiden worden nu de andere gegevensdragers vermeld, waaronder microfilms, elektronische bestanden en dergelijke zijn begrepen. Juist zij komen in het beroeps- en bedrijfsleven in steeds toenemende mate voor en hebben het voordeel van ruimtebesparing bij bewaring, verhoging van toegankelijkheid en snelheid van verwerking van gegevens.

Lid 2 vereist, via verwijzing naar artikel 2:15, niet alleen het jaarlijks opstellen van een balans, maar ook van een staat van baten en lasten, voor bedrijfsuitoefening meestal aangeduid als winst- en verliesrekening. Deze geeft inzicht in de wijze waarop het in het beroep of bedrijf gestoken vermogen in de loop van het boekjaar is gewijzigd, en is even onmisbaar als de balans. De aanhef van artikel 2:15 lid 2 verwijst naar bijzondere bepalingen inzake de jaarrekening, bijvoorbeeld die welke voor naamloze vennootschappen gelden.

Voorgeschreven wordt dat balans en de staat van baten en lasten / winst- en verliesrekening - tezamen de jaarrekening vormend - op papier worden gesteld: een enkel computergegeven is niet toegelaten.

Artikel 2:15 lid 3 behelst overeenkomstig artikel 4 van het Wetboek van Koophandel een verplichting tot bewaring gedurende tien jaar.

Artikel 2:15 lid 4 brengt een belangrijke verandering: het wordt thans geoorloofd de oorspronkelijke stukken, behalve de op papier gestelde jaarrekening, op een andere gegevensdrager over te brengen - in de praktijk: te computeriseren - en hen uitsluitend op deze wijze te bewaren, mits de gegevens juist en volledig worden overgebracht, bewaard en binnen redelijke tijd weer leesbaar kunnen worden gemaakt. De achterliggende eis daarbij is dat tijdens of na de verwerking geen bewijsvervalsing plaatsvindt.

Artikel 15j

Dit artikel strekt ter vervanging van artikel 9 van het Wetboek van Koophandel. Wat betreft de in onderdeel c genoemde schuldeisers in geval van faillissement vgl. HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250.

Afdeling 3.1.2 - Inschrijvingen betreffende registergoederen

In artikel 10 zijn registergoederen omschreven als goederen voor welke overdracht of vestiging inschrijving in daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is. Afdeling 3.1.2 regelt nu welke feiten in de openbare registers kunnen worden ingeschreven, wat het gevolg is van inschrijving en van het ontbreken of de onjuistheid daarvan, en hoe de registers aan de werkelijke situatie kunnen worden aangepast.

Inschrijving in de registers is een vereiste voor overdracht of vestiging van een recht op een registergoed, maar niet het enige. Voor de geldigheid daarvan zijn ook andere vereisten gesteld: beschikkingsbevoegdheid van degene die vervreemdt of vestigt, een geldige titel, alsmede een (notariële) akte (zie de artikelen 84, 89 en 98). Inschrijving op zichzelf geeft derhalve aan degene die het register raadpleegt, geen garantie dat degene die door de inschrijving als rechthebbende wordt aangewezen, dat ook in werkelijkheid is: de inschrijving is daartoe noodzakelijke, doch

niet voldoende voorwaarde. Op het tijdstip van inschrijving kan de vervreemder zijn bevoegdheid bijvoorbeeld reeds door faillietverklaring hebben verloren (zie artikel 20 van de Faillissementswet 1935). Ook garandeert de inschrijving van een feit niet dat het feit zich aldus heeft voorgedaan: de bewaarder aan wie de zorg voor de registers is toevertrouwd, controleert de materiële juistheid der opgegeven feiten niet, hij is lijdelijk.

Dit zgn. negatieve stelsel onderscheidt zich van het "positieve" stelsel. Dit stelsel beschermt degenen die het register raadplegen voor de verkrijging van een registergoed - en die niet beter weten - volkomen: zij mogen erop vertrouwen dat degenen die door (de laatste inschrijving in) het register als rechthebbende wordt aangewezen, dat ook werkelijk is en als zodanig tot vervreemding bevoegd zal zijn.

Wil dit stelsel bevredigend werken, dan moet men echter op de bewaarder de zware plicht leggen het hem ter inschrijving aangeboden op zijn geldigheid te controleren en inschrijving te weigeren, niet alleen van wat formeel niet deugt, maar ook van wat materieel niet juist is. Zo'n vergaande verplichting kan echter de bewaarder niet worden opgelegd. Daarom is, evenals onder het bestaande recht, ook voor het nieuwe als uitgangspunt het negatieve stelsel gekozen, waarin de bewaarder een in beginsel een lijdelijke rol vervult.

Anderzijds worden wel voorschriften voorgesteld die de nadelen van het negatieve stelsel, namelijk de onzekerheid in het rechtsverkeer, voor het overgrote deel opvangen. Deze voorschriften laten zich in enkele rubrieken samenvatten. Zo wordt de volledigheid van de registers gediend door ook voor levering na boedelscheiding (verdeling van een gemeenschap, artikel 186 lid 1) en afstand (artikel 98) inschrijving te verlangen.

Voorts wordt in artikel 17 een opsomming gegeven van feiten die voor inschrijving vatbaar zijn. Van enkele daarvan, zoals de notariële akte van overdracht, is de inschrijving vereist voor het rechtsgevolg: zonder de inschrijving is er geen overdracht. Veelal echter is de sanctie dat die feiten en hun rechtsgevolg niet tegen onwetende derden kunnen worden ingeroepen als inschrijving achterwege blijft (artikel 24), terwijl anderzijds ingeschreven feiten ook tegen onwetende derden kunnen worden ingeroepen (artikel 23).

De juistheid van de inschrijvingen wordt bevorderd door de bewaarder van het register een formele controleplicht op te leggen (zie artikel 20), terwijl in uitvoeringsmaatregelen (zie artikel 16) kan worden aangegeven welke stukken ter inschrijving kunnen worden aangeboden, waarbij notariële tussenkomst veelal zal zijn vereist.

Daartegenover wordt een derdeverkrijger van een registergoed beschermd tegen de gevolgen van onvolledigheid (artikel 24 j° artikel 17) en onjuistheid (artikelen 25 en 26) van de registers, een bescherming die onder het huidige recht niet is gepreciseerd.

Een regeling wordt gegeven omtrent voor inschrijving vatbare verklaringen inzake rechten op een registergoed (artikel 27) en de waardeloosheid van inschrijvingen (artikelen 28 en 29).

Door al deze maatregelen benadert het negatieve stelsel in het onderhavige ontwerp met het oog op de derdenbescherming de zekerheid die een positief stelsel biedt. Voor een volledig beeld van de bescherming van derden te goeder trouw dient bovendien nog te worden gewezen op de artikelen 36 en vooral 88, dat een derdeverkrijger beschermt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van zijn rechtsvoorganger, indien de oorzaak daarvan schuilt in een gebrek in de titel of de levering ter gelegenheid van een eerdere overdracht. In de toelichting op de artikelen zal hierop nader worden ingegaan.

Opmerking verdient nog dat de term "overschrijving" in het ontwerp niet meer naast

"inschrijving" wordt gebezigd - vgl. de artikelen 1211 en 1212 van het huidige BW; de algemene term wordt "inschrijving".

In de openbare registers worden bepaalde, van burgers afkomstige inschrijvingen opgenomen die van belang zijn voor de rechtstoestand van registergoederen.

Artikel 16 lid 1, biedt de wettelijke grondslag voor de positie van de openbare registers. De nadere uitwerking van de formaliteiten zal volgens lid 2 bij wet geschieden. In Nederland is deze met die voor het kadaster gecombineerd in een nieuwe Kadasterwet; in de Nederlandse Antillen en Aruba is een landsverordening openbare registers ingevoerd, (voorlopig) zonder regelgeving ten aanzien van het kadaster. In Suriname kwam op 25 september 2009 (S.B. 2009 no. 149) de Wet Grondregistratie en Land Informatie Systeem (Wet GLIS). Deze is geschreven uitgaande van het bestaande Burgerlijk Wetboek en wordt derhalve aangepast aan het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

In **artikel 17** worden feiten opgesomd die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn en die zich daarom voor inschrijving in de openbare registers lenen. Daarbij is het belang van derden - zie in het bijzonder de artikelen 23 en 24 - afgewogen tegen het belang de registers niet door een overmaat van mogelijke inschrijvingen te belasten.

De opsomming is in zoverre niet uitputtend dat ook elders in de wet inschrijving van bepaalde feiten mogelijk kan worden gemaakt. Dit kan zowel bij het Burgerlijk Wetboek zelf geschieden (vgl. artikel 6:252), als bij andere wetsbepalingen; zo veronderstelt lid 1 onderdeel j, bepalingen die inschrijving van (overheids)beschikkingen regelen.

Onder onderdeel a van lid 1 vallen in de eerste plaats de akte van overdracht, vestiging en afstand van een registergoed (artikelen 89 en 98), alsmede die van toedeling daarvan uit een gemeenschap (zie artikel 186 lid 1): inschrijving is hier vereist ter voltooiing van de rechtshandeling zelf.

Voor andere rechtshandelingen is inschrijving niet een geldigheidsvereiste, maar van belang voor de werking tegenover derden (artikelen 23 e.v.). Te denken valt aan de aflossing van een hypothecaire lening, waardoor aan de hypotheek een einde komt, en aan een bij testament ingesteld bewind over (mede) een registergoed. Buitengerechtigde vernietiging van rechtshandelingen met betrekking tot registergoederen is slechts in beperkte mate toegelaten - zie artikel 50 lid 2. Ontbinding van de overeenkomst tot koop enz. van een registergoed zal in het nieuwe recht geen "goederenrechtelijke" werking meer hebben (zie artikel 6:271), en leent zich daarom niet voor inschrijving.

Ook de inschrijving van de feiten, vermeld in de onderdelen b tot en met j, is voor de derdenwerking van belang.

Volgens onderdeel b kan erfopvolging worden ingeschreven; daaronder moet niet worden verstaan alleen het overlijden van een rechthebbende op een registergoed, maar ook is aanwijzing van de erfgenamen noodzakelijk. De basis voor de inschrijving zal een notariële verklaring van erfrecht kunnen zijn. Voor de opvolging van de Staat in de goederen van de erflater verwijst de tekst naar het nieuwe Boek 4.

De bevoegdheid tot inschrijving van de gegevens, bedoeld in onderdeel c, wordt daardoor gerechtvaardigd dat de daarin genoemde feiten goederenrechtelijke werking hebben, dat wil zeggen een recht op een registergoed rechtstreeks doen aanvangen of eindigen; zie voor de

vervulling van een voorwaarde de toelichting op artikel 38.

De beheersregeling, bedoeld in onderdeel d, zal in titel 3.7 haar grondslag krijgen (vgl. artikel 170).

De rechterlijke uitspraken van onderdeel e omvatten verschillende typen. Men denke bijvoorbeeld aan faillietverklaring, surséance en ondercuratelestelling, die van belang zijn voor de bevoegdheid om over registergoederen te beschikken, maar ook aan een vonnis tot reële executie (vgl. de artikelen 300 en 301), terwijl ook declaratoire uitspraken niet zijn uitgesloten (zie bijvoorbeeld de artikelen 27 en 29).

Onder onderdeel f vallen niet vorderingen en verzoekschriften tot faillietverklaring, surséance en ondercuratelestelling: zij betreffen niet de rechtstoestand van het goed en doen trouwens ook niet af aan de beschikkingsbevoegdheid. Wél inschrijfbaar zijn revindicatie en een vordering tot vernietiging van de (titel tot) overdracht - de laatste, indien toegewezen, zal immers tot gevolg hebben dat de rechtstoestand van het goed met terugwerkende kracht verandert.

Voor de in onderdeel i bedoelde gevallen van verjaring zie men afdeling 3.4.3 (artikelen 99 e.v.). Onderdeel k, betreffende een net van kabels of leidingen, hangt samen met artikel 5:20 lid 2; men zie de toelichting bij die bepaling. Het is onwenselijk dat pas bij de overdracht van een net, die vele jaren na de aanleg kan plaatsvinden, tot inschrijving in de openbare registers wordt overgegaan. Vandaar dat onderdeel k het mogelijk maakt dat ook de aanleg en verwijdering wordt ingeschreven.

Met betrekking tot lid 2 zij het volgende opgemerkt. In het algemeen komen persoonlijke rechten, die in beginsel alleen obligatoire verhoudingen scheppen, niet in aanmerking voor inschrijving, die voor derdenwerking is bedoeld. Om de registers niet te veel belasten, is hiervoor ook ten aanzien van huurovereenkomsten gekozen, ook al kunnen deze wel voor derden van belang zijn. Een uitzondering zullen vormen de kwalitatieve verplichtingen, waaraan zakelijke werking wordt verbonden (zie artikel 6:251).

De artikelen 18 tot en met 20 bevatten regels betreffende de aanbidding van de stukken ter inschrijving, betreffende de bevoegdheden van de bewaarder van het register met betrekking tot die inschrijving en betreffende de procedure ter zake van een geschil omtrent de inschrijving tussen bewaarder en aanbieder. Hoewel de rol van de bewaarder in beginsel lijdelijk is voor zover het om de materiële juistheid van de hem aangeboden stukken gaat, is het hem niet ontzegd zijn twijfels omtrent de juistheid van bepaalde feiten tegenover de aanbieder te uiten - zij kunnen aanleiding zijn tot verbetering der aangeboden stukken (artikel 19 lid 4).

Verder gaat de bevoegdheid van de bewaarder bij de formele controle: zijn de stukken niet volledig of wordt niet aan de wettelijke vereisten voldaan, dan weigert hij inschrijving (artikel 20 lid 1), waarna een procedure kan volgen.

Uit de drie artikelen blijkt het belang dat telkens wordt gehecht aan vaststelling van het, tot op de minuut nauwkeurig bepaalde, tijdstip van aanbidding der stukken. Komt het tot inschrijving, dan geldt dit tijdstip als dat van die inschrijving (artikel 19 lid 2); naar dat tijdstip wordt de rangorde der inschrijvingen betreffende eenzelfde registergoed - en derhalve bijvoorbeeld de verkrijging van een recht daarop - in beginsel bepaald (artikel 21 lid 1).

De regel van artikel 20 lid 5 moet worden gelezen in verband met artikel 23: onbekendheid met een stuk dat door een voorlopige aantekening overeenkomstig artikel 20 lid 1 is geboekt, kan aan de goede trouw slechts afdoen, als het, naar achteraf blijkt, overeenkomstig lid 4 van dat artikel,

moet worden beschouwd als ingeschreven op het tijdstip van oorspronkelijke aanbieding.

Artikel 21 lid 1, behelst de reeds ter sprake gekomen hoofdregel: in beginsel wordt de rangorde van inschrijving bepaald door de volgorde van de tijdstippen van inschrijving. Degene te wiens behoefte de eerdere inschrijving strekt, kan die in beginsel inroepen tegen degene wiens belang door de latere wordt gediend. Daar de levering van een registergoed door de inschrijving wordt voltooid, staat hiermee dus tevens de rangorde van de op een registergoed gevestigde rechten vast. Het nieuwe recht verschilt hierin in zoverre van het bestaande dat het tijdstip van inschrijving naar de minuut wordt gepreciseerd (artikel 18 j° 19 lid 2), terwijl krachtens artikel 1210 van het huidige BW voor hypotheken in beginsel nog de dag van inschrijving bepalend is.

Ook bestaat er uiteraard een relatie tussen de beschikkingsbevoegdheid en het tijdstip van inschrijving van een overdracht of vestiging van een recht: de inschrijving heeft geen rechtsgevolg meer, wanneer zij geschiedt op een tijdstip waarop de bevoegdheid niet meer bestaat. Zo komt de overdracht van een registergoed niet meer tot stand, als de inschrijving geschiedt op of na de dag der faillietverklaring, ook al dateert de akte van voordien en zelfs al vindt de inschrijving op de dag der faillietverklaring nog juist vóór het tijdstip daarvan plaats (zie de artikelen 20 en 31 van de Faillissementswet 1935). Surséance van betaling werkt op gelijke wijze vanaf de dag waarop zij voorlopig is verleend (artikel 208 van de Faillissementswet 1935). Inschrijving van een akte waarbij een onbekwame een registergoed overdraagt of vestigt, heeft op zichzelf wel het beoogde rechtsgevolg, maar de rechtshandeling is vernietigbaar met terugwerkende kracht en, na vernietiging, kan de nietigheid ook tegen een derde worden ingeroepen (zie artikel 24 lid 2). Wordt een der partijen tussen het verlijden der akte en de inschrijving in het register door ondercuratelestelling onbekwaam, dan deert dat de verkrijger niet: op het tijdstip waarop de partijen hun rechtshandeling - de medewerking aan de akte - verrichtten, was hij nog handelingsbekwaam.

Het slot van lid 1 verwijst naar wettelijke uitzonderingen op de hoofdregel. Als zodanig zijn de volgende rubrieken te noemen.

In de eerste plaats het geval van gelijktijdige inschrijving, dat in lid 2 wordt geregeld.

In de tweede plaats zijn er de, thans in de artikelen 1211 en 1212 BW geregelde, gevallen waarin een hypotheek tot zekerheid van kooppenningen of van een schuld tussen deelgenoten in een gemeenschap onder zekere beperkingen voorrang heeft boven een eerdere hypotheek. Het is de bedoeling soortgelijke regels onder het nieuwe recht te handhaven (zie artikel 261). Tevens is het de bedoeling daarnaast een wettelijke basis te geven aan de praktijk van "lichten en opstaan", waarbij een hypotheekhouder een ander laat "voorgaan" (artikel 262).

Ten slotte kan worden genoemd artikel 378 lid 5, van het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waaruit voortvloeit dat tegen een beslaglegger nog wel kan worden ingeroepen een vóór het beslag verleden akte van overdracht of hypotheekverlening die op dezelfde dag als het beslag is ingeschreven, zelfs indien de inschrijving van het beslag daaraan voorafging (zie HR 30-1-1981, NJ 1982, 56, Baarns beslag; vgl. ook artikel 7:26 lid 3).

Artikel 21 lid 2, geeft een bijzondere voorziening voor de mogelijkheid dat twee aanbiedingen ter inschrijving gelijktijdig geschieden en tot twee onverenigbare rechten van verschillende personen zouden leiden. Onverenigbaar zijn niet overdracht van een registergoed en de vestiging van een beperkt recht daarop. Wél echter gelijktijdige overdracht aan verschillende personen, de gelijktijdige vestiging van twee eerste hypotheken en de gelijktijdige vestiging van bijvoorbeeld

hypothec en erfpacht, omdat dan niet zou zijn uit te maken of de hypothec rust op een vrije dan wel op een met erfpacht bezwaarde eigendom.

Artikel 22 biedt bescherming tegen eventuele formele fouten die ter gelegenheid van de inschrijving zijn gemaakt - zijn belangrijkste functie zal zijn, chicanes op dit gebied af te snijden. Materiële gebreken - bijvoorbeeld weglating van een erfgenaam in een ingeschreven verklaring van erfrecht - worden door het artikel niet bestreken.

De **artikelen 23 tot en met 26** hebben gemeen dat zij regels geven over derdenwerking van inschrijvingen in de openbare registers. De derde om wie het in deze artikelen gaat, is steeds de verkrijger van een registergoed (waaronder mede begrepen degene wiens verkrijging niet perfect is geweest, naar achteraf blijkt).

Een registergoed kan men onder algemene of onder bijzondere titel verkrijgen. Opmerking verdient dat voor de artikelen 24 tot en met 26 alleen de laatste van belang is. Daarbij kan men denken aan overdracht, en aan vestiging en afstand van een beperkt recht (vgl. artikel 98), maar ook aan verkrijging van een afhankelijk goed (erfdienstbaarheid door verkrijging van het heersende erf, hypothec door cessie van de vordering waaraan ze is verbonden). Toedeling van een goed uit een nalatenschap is niet verkrijging onder bijzondere titel (zie artikel 186 lid 2). Verkrijger van een registergoed is niet iemand die een persoonlijk recht heeft, zoals een huurder of de koper voordat is geleverd. Evenmin degene die zijn recht aan een kettingbeding ontleent; zie hieromtrent verder bij artikel 23.

Artikel 23 heeft betrekking op de werking tegen verkrijgers van hetgeen in het register is ingeschreven, artikel 24 op de bescherming tegen het ontbreken van inschrijving en de artikelen 25 en 26 op die tegen de onjuistheid van inschrijvingen. Artikel 23 heeft tot gevolg dat raadpleging van de registers voor een (toekomstig) verkrijger van een registergoed praktisch onontbeerlijk is, de artikelen 24 tot en met 26 beschermen hem in hoge mate tegen het voor hem nadelig gevolg van feiten die niet uit de registers blijken.

Het bijhouden van openbare registers zou weinig zin hebben, indien aan de registratie geen sanctie zou zijn verbonden. Ten dele ligt die sanctie in regels die voorschrijven dat rechtshandelingen slechts door de inschrijving worden voltooid, zodat ze zonder die inschrijving hun effect missen (zie de toelichting bij artikel 17). Inschrijving kan voorts zijn vereist om een rechtshandeling derdenwerking te verlenen - zie voor kwalitatieve verplichtingen artikel 6:252 lid 2.

In artikel 23 is een andere sanctie opgenomen: waar de wet de goede trouw van een verkrijger van een registergoed beschermt, wordt een beroep daarop niet aanvaard voor onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. De wettelijke bepalingen die hier in het bijzonder van belang zijn, zijn artikel 88, dat de verkrijger van onder andere een registergoed beschermt tegen de gevolgen van een gebrek in titel of levering bij een eerdere overdracht, en artikel 99, dat, buiten het geval van artikel 105, voor verkrijging op grond van verjaring goede trouw bij de bezitter vereist; vgl. ook artikel 121.

Artikel 23 is negatief geformuleerd, hetgeen meebrengt dat raadpleging van de registers weliswaar vereist is voor wie geen risico wil lopen, doch anderzijds niet onder alle omstandigheden voor een beroep op de goede trouw voldoende behoeft te zijn: de

onderzoeksplicht van artikel 11 kan immers verdergaande eisen stellen. Zo zijn er feiten en rechten die niet in de openbare registers worden opgenomen, doch die wel uit andere registers blijken. In dit verband zij eraan herinnerd dat het kaartenbestand van het GLIS (Grondregistratie en Land Informatie Systeem) met de weergave van de indeling in percelen, in de praktijk de toegang vormt voor raadpleging van het register, zodat enig onderzoek van het percelenbestand voor de hand ligt, ook al geldt artikel 23 daarvoor niet.

Anderzijds bevat artikel 23 voor de openbare registers ook enige beperking: zouden de registers in een zodanige slechte toestand verkeren dat bepaalde feiten daaruit niet kenbaar zijn, ofschoon ze er wel in zijn opgenomen, dan geldt het rechtsgevolg van artikel 23 niet.

Het artikel heeft, behalve ten aanzien van de hierboven genoemde kwalitatieve verbintenissen volgens het nieuwe recht, geen betrekking op persoonlijke rechten van derden die door de inschrijving van bijvoorbeeld een overdrachtsakte uit de registers blijken; zij kunnen aan de verkrijging niet afdoen en aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, omdat zij geen zakelijke werking hebben. De kwestie is aan de orde geweest voor kettingbedingen in HR 17-5-1985, NJ 1986, 760 (Curaçao-Boyé); dat de verkrijger aan zo'n beding niet is gebonden, behoeft niet uit te sluiten dat hij onder omstandigheden op grond van onrechtmatige daad tot schadevergoeding verplicht wordt.

De **artikelen 24 tot en met 26** bieden bescherming aan degene die een registergoed krachtens bijzondere titel heeft verkregen en daarbij wordt verondersteld op de volledigheid en juistheid van de inschrijvingen te mogen vertrouwen. Voor degene die onder algemene titel verkreeg, is geen speciale regeling vereist: hij volgt immers zonder meer zijn voorganger op. Voor de bescherming van deze artikelen is vereist dat men door rechtshandeling heeft verkregen: bij occupatie, gevolgd door verjaring, is dat niet het geval.

Artikel 24 beschermt tegen onvolledigheid van de registers, de artikelen 25 en 26 doen dat tegen onjuistheid, artikel 25 in een speciaal geval, artikel 26 meer algemeen. Zou zich in een concreet geval samenloop voordoen, dan kan op elk van de artikelen een beroep worden gedaan. Datzelfde geldt voor eventuele samenloop met andere bepalingen die derden bescherming bieden, in het bijzonder de artikelen 36 en 88.

Daarbij kan nog het volgende worden opgemerkt. De artikelen 24 tot en met 26 veronderstellen het bestaan van onvolledigheid, resp. onjuistheid van de registers, niet (het bewijs) dat de (aspirant-)verkrijger de registers ook daadwerkelijk heeft geraadpleegd: zo'n bewijs zal in de praktijk meestal niet zijn te leveren. Voor een beroep op artikel 36 is feitelijke raadpleging wel vereist: de verkrijger moet dan immers in een redelijk vertrouwen op de juistheid der verklaring hebben gehandeld. Bij de toepasselijkheid van artikel 88 hangt het ervan af, wat de goede trouw onder de gegeven omstandigheden aan onderzoek vereist (artikel 11), waarbij artikel 23 met betrekking tot de registers een doorslaggevende rol vervult.

In het geldende BW biedt artikel 1894 een basis aan derdenbescherming als hier bedoeld. Zowel de plaats daarvan in het wetboek als de formulering is echter hoogst gebrekkig en onbevredigend. De Hoge Raad (in zijn arrest van 9-2-1940, NJ 1940, 302) heeft dan ook doen blijken dat het artikel veeleer als uitdrukking van een beginsel moet worden beschouwd, maar daarmee is nog niet concreet aangegeven, waar en onder welke voorwaarden dat beginsel toepassing behoort te vinden. In de genoemde artikelen beoogt het ontwerp hierover zekerheid te verschaffen.

Betreft artikel 23 gegevens die in de openbare registers zijn opgenomen, **artikel 24** heeft betrekking op gegevens die daarin juist ontbreken, hoewel ze voor inschrijving vatbaar zijn. Deze feiten, die oorzaak van onbevoegdheid van de vervreemder kunnen zijn, kunnen aan het recht van de verkrijger in beginsel niet te kort doen, zo hij daarmee niet bekend was: het verweer dat hij er door onderzoek buiten de registers mee bekend had kunnen en moeten zijn, gaat hier niet op. Of een mededeling van het feit vóór de verkrijging bekendheid meebrengt, moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 37.

Voor de toepassing van artikel 24 is vereist dat inschrijving ontbreekt op het tijdstip waarop de rechtshandeling tot verkrijging van een registergoed onder bijzondere titel - bijvoorbeeld overdracht, vestiging van een beperkt recht - wordt ingeschreven. Toedeling uit een nalatenschap is, hoewel ze inschrijving behoeft, niet zulk een rechtshandeling, omdat ze een verkrijging onder algemene titel betekent (zie artikel 186, leden 1 en 2), wel bijvoorbeeld de inschrijving van cessie van een vordering die een daaraan verbonden hypotheekrecht doet overgaan.

De bescherming die artikel 24 lid 1, biedt, staat naast die van artikel 88, die de verkrijging van onder andere een registergoed ook onder bepaalde omstandigheden geldig verklaart als de vervreemder niet beschikkingsbevoegd is - ook al luidt de redactie van artikel 88 in dat opzicht iets anders dan artikel 24, dat een beroep op het niet ingeschreven feit ontzegt. Beide bepalingen kunnen elkaar aanvullen. Is de vervreemder bijvoorbeeld niet meer beschikkingsbevoegd wegens de vervulling van een voorwaarde, doch is het feit van die vervulling niet ingeschreven op het tijdstip van verkrijging door de derde, dan kan krachtens artikel 24 dat feit tegen hem niet worden ingeroepen. Vervalt echter pas na verkrijging door de derde het recht van de vervreemder omdat met terugwerkende kracht de titel op grond waarvan hij verkreeg, wordt vernietigd, dan vindt de verkrijger zijn bescherming in artikel 88: de verkrijging blijft geldig, mits de verkrijger te goeder trouw is - dat wil zeggen mits hij, overeenkomstig artikel 11, het eventueel door de omstandigheden vereiste onderzoek naar de titel ook buiten de registers heeft gedaan en geen goede grond tot twijfel aan de geldigheid der vervreemding heeft gehad. In dit verband verdient aandacht dat in het nieuwe recht de zakelijke (goederenrechtelijke) werking van ontbinding wegens wanprestatie zal vervallen (artikel 6:271). Onder het huidige recht pleegt de vordering tot ontbinding in geval van transacties inzake onroerende goederen contractueel te worden uitgesloten.

Lid 2 beperkt de algemene regel van lid 1: het noemt een aantal feiten die, ofschoon niet in de registers ingeschreven, wél aan de verkrijger met succes kunnen worden tegengeworpen, ook als hij ze niet kent. Als zodanige feiten worden in onderdeel a vermeld die welke naar hun aard vatbaar zijn voor inschrijving in enkele andere registers, namelijk dat van de burgerlijke stand, een huwelijksgoederenregister en een boedelregister. De verkrijger die zeker van zijn zaak wil zijn, zal derhalve raadpleging van deze registers niet kunnen nalaten. Die registers zullen geen uitsluitel geven als de vervreemder - of eventueel een van zijn voorgangers - in het buitenland heeft verkeer en daar enig feit is voorgevallen dat van belang is voor zijn beschikkingsbevoegdheid. De verkrijger zal dan eventueel een onderzoek moeten instellen of zo'n feit zich heeft voorgedaan.

Met de in onderdeel a bedoelde feiten vergelijkbaar zijn die in de onderdelen b en c, maar deze rubrieken zijn beperkt tot werkelijke inschrijvingen. Daarbij wordt er voor onderdeel c echter aan

herinnerd dat de faillietverklaring de failliet reeds onbevoegd maakt op de dag waarop zij wordt uitgesproken; zie de toelichting bij artikel 21. Voor de inschrijvingen in het faillissementsregister zie artikel 17 van de Faillissementswet 1935 en voor die in het curatelenregister artikel 212a (nieuw).

Beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap wordt ingeschreven in het register, bedoeld in artikel 4:186 (vgl. het huidige artikel 1051 BW), en valt derhalve reeds onder de uitzondering van lid 2 onderdeel a. Zuivere aanvaarding blijkt echter gewoonlijk uit feitelijke handelingen en leent zich niet goed voor formele inschrijving, waarvan een beroep tegenover derdeverkrijgers afhankelijk zou zijn. Voor deze laatsten is de inschrijving der aanvaarding minder belangrijk, nu de erfopvolging zelf voor inschrijving vatbaar is; zie daaromtrent verder de toelichting bij lid 3. Voor de verjaring is in onderdeel e een uitzondering op lid 1 gemaakt: inschrijving van de verjaring (zie artikel 17 lid 1 onderdeel i) is wel mogelijk, omdat ze van belang is voor de zuiverheid van de registers, maar anderzijds zou aan haar maatschappelijke functie ernstige afbreuk worden gedaan als een beroep daarop praktisch afhankelijk zou worden gesteld van de inschrijving.

In lid 3 is een bijzondere bepaling opgenomen voor de erfopvolging en de uiterste wilsbeschikking. De erfopvolging kan op grond van artikel 17 lid 1 onderdeel b, worden ingeschreven, maar voordat de verklaring van erfrecht kan worden opgemaakt of eventueel een testament kan worden ingeschreven, zal er gewoonlijk enige tijd verlopen. Om deze reden is het wenselijk geacht de erfgenamen een beperkte tijd te gunnen, gedurende welke zij niet hun recht verspelen door het beroep van een verkrijger op lid 1.

Beschermt artikel 24 een derdeverkrijger tegen het ontbreken van relevante inschrijvingen in de registers, de artikelen 25 en 26 bieden soortgelijke bescherming tegen onjuistheden in zulke inschrijvingen: de bescherming bestaat daarin dat op die onjuistheid tegenover de verkrijger geen beroep kan worden gedaan.

Artikel 25 betreft alleen onjuistheid van een feit dat is ingeschreven krachtens een authentieke akte waarin dat feit met kracht van authenticiteit door de ambtenaar is vastgesteld. Met kracht van authenticiteit vastgesteld geldt een feit dat door de ambtenaar is vastgesteld, terwijl de waarneming of verrichting van dat feit krachtens de wet aan hem is opgedragen en op de wettelijk voorgeschreven wijze is geschied. Het artikel is dus niet van toepassing op de waarheid of onwaarheid van hetgeen partijen ten overstaan van de ambtenaar verklaren, maar alleen op hetgeen deze zelf krachtens de wet in de akte verklaart. Dat geldt niet voor bijvoorbeeld de perceelsidentificatie van een onroerende zaak in de verklaring van partijen, wél bijvoorbeeld voor de verklaring van de notaris dat de voor hem verschijnende personen hem bekend zijn; de akte verliest haar authenticiteit en haar geldigheid niet, wanneer dit laatste niet juist blijkt te zijn (HR 21-6-1985, NJ 1986, 259), en artikel 25 verhindert dat de onjuistheid van de notariële verklaring de verkrijger benadeelt. Kracht van authenticiteit heeft ook vermelding in de akte van een volmacht die bij notariële akte is verleend, niet echter, als slechts een partij verklaart dat hij is gemachtigd. Een notariële verklaring van erfrecht heeft geen kracht van authenticiteit: zij bevat een conclusie van juridische aard die een notaris trekt uit een door hem verricht onderzoek. De slotzinsnede geeft onder meer aan dat geen bescherming wordt verleend aan de verkrijger die

de onjuistheid van het ingeschreven feit kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid van zulke onjuistheid behoorde te kennen. Dit laatste doet zich bijvoorbeeld voor, indien krachtens artikel 17 lid 1 onderdeel f, de indiening van een oproeping is ingeschreven: alsdan is nader onderzoek aangewezen (artikel 11).

In afwijking van Nederland is een lid 2 toegevoegd, inhoudende de gehoudenheid voor de verkrijger om zelf moeite te doen de juiste identiteit van de vervreemder en de juiste feitelijke gesteldheid van het goed vast te stellen, gesanctioneerd aan het slot van lid 1. Deze gehoudenheid van de verkrijger bestaat naast die van de notaris. In de praktijk heeft zich voorgedaan dat gebruik werd gemaakt van valse identiteitsbewijzen. Indien de verkrijger de vervreemder niet persoonlijk kent, mag de verkrijger (of diens makelaar) niet zonder meer afgaan op een identiteitsbewijs. Voor de notaris, die zich – op straffe van eventuele aansprakelijkheid – terzake dient te houden aan de voorschriften van het Reglement op het notarisambt, geldt hetzelfde.

Artikel 26 beschermt de verkrijger van een registergoed tegen de onjuistheid van inschrijvingen in het algemeen, ook waar artikel 25 niet van toepassing is. Te denken valt bijvoorbeeld aan de opgave van een niet verleende volmacht, een geval dat bij de toelichting op het vorige artikel al ter sprake kwam. Ook denke men aan een schijnhandeling, zoals die welke aanleiding gaf tot het hierboven vermelde arrest van de Hoge Raad van 9-2-1940, NJ 1940, 302.

In tegenstelling tot een beroep op grond van artikel 25 kan het beroep volgens artikel 26 op bescherming niet tegen eenieder worden gedaan, doch slechts tegen hem die redelijkerwijs voor overeenstemming van het register met de werkelijkheid kan zorgdragen. Als zodanig is te beschouwen degene die zelf de onjuiste inschrijving heeft bewerkstelligd, terwijl hij de onjuistheid kende of behoorde te kennen of die als werkelijk rechthebbende heeft nagelaten haar te herstellen nadat hij daarvan op de hoogte is gekomen.

Zie voor de slotzinsnede omtrent hetgeen de derdeverkrijger kende of door raadpleging der registers kon kennen, de toelichting bij artikel 25.

De belangrijke betekenis van beide beperkingen laat zich niet alleen illustreren aan het geval waarin een overdracht door een onbevoegde vervreemder wordt ingeschreven, doch ook aan het geval waarin de akte een onjuiste omschrijving van het over te dragen goed bevat.

Tegen onbevoegdheid van een vervreemder die niet door artikel 88 wordt gedekt, zal artikel 26 een latere verkrijger in de regel niet beschermen, omdat die onbevoegdheid zal kunnen blijken uit onderzoek van de registers.

Of en wát wordt overgedragen, indien in de akte een foute omschrijving van het over te dragen goed voorkomt, wordt bepaald aan de hand van artikel 89 - zie de toelichting op dat artikel. Of een latere verkrijger tegen gevolgen van deze fout wordt beschermd, is een kwestie van toepassing van artikel 26. In beginsel zal deze derdeverkrijger mogen afgaan op de akte die ter gelegenheid van de eerdere overdracht werd ingeschreven, aldus dit artikel. Maar als bijvoorbeeld naast een onjuiste perceelsidentificatie een feitelijk juiste, daarvan duidelijk afwijkende omschrijving van het goed in de akte voorkomt, zal hij zich niet op de onjuiste aanduiding kunnen beroepen. Meestal zal het abusievelijk fout of te groot aangeduide goed geheel of ten dele aan een ander hebben toebehoord dan aan de eerste vervreemder, zodat diens onbevoegdheid dan uit registeronderzoek zal blijken, terwijl artikel 26 de derdeverkrijger ook geen beroep toekent tegenover de werkelijke rechthebbende, als de fout in de akte geheel buiten

deze om is gegaan.

In de inleiding van de toelichting op deze afdeling is uiteengezet dat het ontwerp het zgn. negatieve stelsel van registratie handhaaft: men mag er niet op vertrouwen dat uit de (laatste) inschrijving in het register ook onomstotelijk volgt wie de rechthebbende op het registergoed is.

Artikel 27 voorziet in een procedure die leidt tot een rechterlijke uitspraak met positieve werking - wel "eigendomsuitwijzing" genoemd. Anders dan in het positieve stelsel, waarin het onderzoek aan de bewaarder van het register is toevertrouwd, is het hier de burgerlijke rechter die zorg draagt voor de bescherming van de belangen en rechten die door zijn uitspraak zouden kunnen worden aangetast.

Met de procedure wordt beoogd het verkrijgen van een declaratoire uitspraak, waarin de rechter verklaart dat de eiser inderdaad het recht op het registergoed heeft dat hij pretendeert. De procedure houdt in het kort in dat bekende belanghebbenden bij name en de onbekende bij openbare oproeping worden opgeroepen, en dat de rechter een meer actieve rol dan gebruikelijk speelt onder meer bij de bewijslevering. De in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de rechter heeft uiteraard gezag van gewijsde voor de partijen die bij name zijn opgeroepen of die op de openbare oproeping als partij hebben meegeprocedeerd. Lid 3 verbindt aan deze uitspraak nog verdere werking. Voor degenen die niet bij name zijn opgeroepen, geldt ze als een vermoeden, waartegen - in een nieuwe procedure - tegenbewijs kan worden geleverd. De positieve werking van het declaratoir blijkt ten slotte uit de laatste zin van lid 3: tegen de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de verkrijger van het vonnis kan de onjuistheid daarvan, welke bij die nieuwe procedure zou worden vastgesteld, niet worden tegengeworpen, indien ze daarmee niet - eventueel door inschrijving krachtens artikel 17 lid 1, onderdelen e of f - bekend waren of moesten zijn.

De rest van het artikel bestaat uit procesrechtelijke voorzieningen, die in het licht van de waarborging van de belangen van in het bijzonder onbekende rechthebbenden, goeddeels voor zichzelf spreken. Bij een procedure, waarbij ook het aantal van die onbekenden en de aard van hun belang onbekend is, past niet de normale verstek- en verzetprocedure. De laatste wordt geheel uitgesloten - waarvoor het gewone hoger beroep in de plaats komt -, in de eerste vervalt de vaststelling van een nieuwe rechtsdag met de daarbij behorende nieuwe oproepingen; het verstek zelf wordt, ook tegen degenen die bij openbare oproep zijn opgeroepen, wel verleend "ten ware de vordering de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt" (artikel 79 lid 1, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Van het artikel bestaat geen equivalent in het huidige recht.

De **artikelen 28 en 29** regelen hoe rechtens wordt vastgesteld dat een inschrijving waardeloos - dat wil zeggen: zonder enig rechtsgevolg - is. Deze waardeloosheid kan worden geconstateerd bij partijverklaring (artikel 28) of bij rechterlijke uitspraak (artikel 29). In beide gevallen kan de verklaring worden ingeschreven, waardoor ze overeenkomstig de voorgaande artikelen haar werking uitoefent, en bovendien geldt ze als machtiging aan de bewaarder van het register tot doorhaling van de waardeloos verklaarde inschrijving, indien deze een hypotheek of een beslag betreft. Deze doorhaling, die door de inschrijving heen gaat, die de laatste leesbaar laat, en die vergezeld gaat van een verklaring van de bewaarder met vermelding van de overgelegde

bewijsstukken, is niet meer dan een ambtelijke handeling die op zichzelf geen rechtsgevolg heeft, maar tot waarschuwing dient van degene die het register raadpleegt. Aan doorhaling van andere inschrijvingen dan van hypotheek en beslag bestaat weinig behoefte in de praktijk en ze zou op de bewaarder ook een te zware last leggen; zo worden bijvoorbeeld door een onteigening alle voorafgaande inschrijvingen van verkrijging rechtens reeds waardeloos.

Omtrent de verklaring van waardeloosheid en de doorhaling van een hypothecaire inschrijving worden in titel 3.9 nadere voorschriften gegeven (zie de artikelen 273 en 274).

De artikelen 1223 tot en met 1225 van het huidige BW kennen alleen een regeling van de doorhaling van hypothecaire inschrijvingen. Anders dan volgens het wetsvoorstel pleegt de zgn. royementsakte niet zelf te worden ingeschreven.

Artikel 28

Als degene die recht heeft op een verklaring van waardeloosheid van een inschrijving, wordt aangemerkt degene die daarbij een onmiddellijk belang heeft, in het bijzonder degene wiens recht wordt gedrukt door het in de inschrijving vermelde feit. Degenen die tot het afleggen van de verklaring zijn verplicht, worden aangeduid als degenen te wier behoeve de inschrijving, zo zij niet waardeloos zou zijn, zou hebben gestrekt. Daarbij kan worden gedacht aan degene die de inschrijving heeft verkregen en aan zijn rechtsopvolgers onder algemene of bijzondere titel. Heeft de vervreemder een leveringsakte doen inschrijven, dan zal de verklaring van waardeloosheid moeten worden verlangd van de verkrijger, te wiens behoeve de inschrijving immers strekte. Is de verkrijger overleden, dan zal de verklaring van of in naam van al zijn erfgenamen moeten worden verlangd.

Vermelding van de feiten waarop de waardeloosheid berust, is wenselijk om te voorkomen dat in de verklaring eenzijdig en zonder titel afstand van recht wordt verhuld (zie artikel 98 j° artikel 84). Bij hypotheek of beslag wordt de eis niet gesteld, omdat het hier vaak gaat om vergeten inschrijvingen, waarvan wel de waardeloosheid bekend is, maar niet meer de reden waarom bijvoorbeeld de vordering waarmee zij verband hield, is tenietgegaan.

Artikel 29 regelt de rechterlijke verklaring die in de plaats komt van de partijverklaring, wanneer deze niet vrijwillig wordt afgegeven. Dikwijls zijn dan niet allen die tot die afgifte verplicht zijn, bekend of gemakkelijk te achterhalen, bijvoorbeeld als een recht door erfopvolging is overgegaan, zonder dat een nieuwe inschrijving is genomen. Om hiermee rekening te houden, bevat het artikel, deels in de geest van artikel 27, enkele voorschriften van procesrechtelijke aard. Een verschil met artikel 27 is echter dat bij de onderhavige verklaring van waardeloosheid de vordering in beginsel is gericht tot de bepaalde persoon die bij de inschrijving is betrokken en de onbekenden geen anderen dan diens rechtsovervolgers kunnen zijn. Vandaar dat een verzetprocedure bijvoorbeeld hier niet is uitgesloten ten aanzien van "ingeschreven" opgeroepen. De voorgestelde procesrechtelijke voorzieningen worden hierdoor verklaard. De tweede zin van lid 1 doet de oproeping van een ingeschrevene mede gelden voor een rechtsovervolger voor wie geen eigen inschrijving geldt. Met de belangen van deze rechtsovervolgers wordt in lid 2 rekening gehouden.

In lid 3 worden de rechtsovervolgers die niet zelf zijn ingeschreven, in beginsel over een kam geschoren met hun wel ingeschreven rechtsovervolger, tenzij dit hun belangen onevenredig zou schaden.

Artikel 31

Vereist de wet een notariële ambtshandeling, dan is het in internationale verhoudingen in beginsel een vraag van internationaal privaatrecht, of uitsluitend de tussenkomst van een hier te lande gevestigde notaris rechtsgeldig kan worden ingeroepen. Voor de uitvoering van wetsbepalingen die betrekking hebben op registergoederen, is het wenselijk die vraag steeds bevestigend te beantwoorden: deskundigheid inzake het hier geldende recht en de hier heersende praktijk is op dit gebied onontbeerlijk. Wetsbepalingen die betrekking hebben op registergoederen, zijn alleen die bepalingen die uitdrukkelijk registergoederen tot onderwerp hebben - aldus, behalve de bepalingen van deze afdeling, bijvoorbeeld artikel 89, ook waar dit in artikel 98 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard; ook in het overige zakenrecht en het procesrecht komen zulke bepalingen voor. Tot die bepalingen behoren niet die welke in het algemeen een notariële akte vereisen zoals voor een testament of huwelijksvoorwaarden, ook niet die welke uitsluitend of mede een hier te lande gelegen onroerende zaak betreffen.

Van het hier bepaalde zal bij verdrag kunnen worden afgeweken.

In het huidige wetboek komt een bepaling van deze strekking niet voor.

TITEL 3.2 - RECHTSHANDELINGEN

Algemeen

De titel behelst een reeks bepalingen die algemene regels omtrent rechtshandelingen bevatten. Een definitie van rechtshandelingen geeft het ontwerp zelf niet. In de regel aanvaardt men dat rechtshandelingen zich daarin van andere handelingen onderscheiden dat zij op een beoogd rechtsgevolg zijn gericht (vgl. artikel 33); voor het bereiken daarvan behoren zij te voldoen aan vereisten voor hun geldigheid.

De titel bevat allereerst vereisten die voor alle soorten rechtshandelingen gelden: dat zijn, behalve aanvaardbaarheid voor de rechtsorde in het algemeen, bekwaamheid (artikel 32), alsmede wil en verklaring (artikelen 33, 34 en 37).

Ondanks het ontbreken van de wil kan een rechtshandeling als totstandgekomen worden aangemerkt ter bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij (artikel 35), terwijl ook het redelijk vertrouwen van derden op vergelijkbare wijze bescherming kan vinden (artikel 36). Artikel 38 stelt de rechtshandelingen onder tijdsbepaling of voorwaarde aan de orde.

De sanctie op de vereisten voor de geldigheid is nietigheid of vernietigbaarheid.

De eerste geldt van rechtswege, hetgeen niet uitsluit dat de nietige rechtshandeling wel enige gevolgen kan meebrengen, de laatste doet de nietigheid slechts intreden indien de partij aan wie de bevoegdheid toekomt, daarop een beroep doet - de rechter kan haar niet ambtshalve aannemen, en, zolang de rechtshandeling niet vernietigd is, is zij geldig. Aan de problemen van nietigheid en vernietigbaarheid - inclusief bevestiging van vernietigbare en bekrachtiging van ongeldige rechtshandelingen - is de rest van de titel gewijd.

De titel geldt zowel voor meerzijdige rechtshandelingen, waarvan de overeenkomst het bekendste type is, als voor eenzijdige, zoals opzegging en uiterste wil. Bij deze laatste kan het van belang zijn, of de verklaring, zoals de opzegging, tot een bepaalde persoon is gericht, dan wel of dat, zoals bij de uiterste wil, niet het geval is - zie de artikelen 32 lid 2 en 34 lid 2. In

Boek 6 zullen nog aanvullende regels voor de totstandkoming van overeenkomsten een plaats vinden.

Voor een deel ligt aan de bepalingen van de titel een aantal, niet zelden gebrekkige, bepalingen uit het huidige wetboek ten grondslag en wel die betreffende overeenkomsten; zie in het bijzonder de artikelen 1341 tot en met 1358 en 1467 tot en met 1477 BW. Een netelig en tot veel verwarring aanleiding gevend begrip als "geoorloofde oorzaak" (artikel 1356 en 1358 BW) keert echter niet terug; in de plaats daarvan bevat artikel 40 van het ontwerp bepalingen omtrent rechtshandelingen die in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde.

Volgens de rechtspraak ontbreekt onder meer bij misbruik van omstandigheden een geoorloofde oorzaak. Krachtens artikel 44 van het ontwerp leidt dit misbruik tot een wilsgebrek, dat de rechtshandeling vernietigbaar - en niet nietig - maakt.

De titel bouwt, behalve op het huidige wetboek, voort op de gevestigde rechtspraak en doctrine, terwijl aan leemten en onzekerheden in het huidige recht, zoals bijvoorbeeld bij eenzijdige rechtshandelingen, een einde wordt gemaakt.

Artikel 32

Het uitgangspunt van de regeling is dat eenieder bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen, behalve die categorieën van personen - minderjarigen en onder curatele gestelden - die de wet daartoe onbekwaam verklaart. Deze onbekwaamheid treft de genoemde categorieën voor alle rechtshandelingen, voor zover die niet uitdrukkelijk zijn uitgezonderd. De onbekwaamheid verschilt hierin van de onbevoegdheid, die personen in een bepaalde hoedanigheid verhindert bepaalde rechtshandelingen onaantastbaar te verrichten - zie bijvoorbeeld in deze titel artikel 43.

De kring van handelingsonbekwamen is formeel bepaald - of hun in feite bij een concrete handeling de wil ontbreekt, doet daartoe niet terzake.

De onbekwaamheid heeft gevolgen voor de rechtshandelingen die de onbekwame op eigen naam verricht; op vermogensrechtelijk gebied kan, voor zover de wet niet anders bepaalt, alleen zijn wettelijk vertegenwoordiger in zijn naam onaantastbare rechtshandelingen verrichten en verklaringen in ontvangst nemen. De onbekwame kan wel als gevolmachtigde van een ander optreden (artikel 63). Voor onrechtmatige daad is onbekwaamheid niet een criterium (zie de artikelen 6:164, 165 en 169).

Lid 2 bevat de sanctie op het vereiste der bekwaamheid: een door een onbekwame verrichte rechtshandeling is in de regel vernietigbaar, maar indien ze eenzijdig en "ongericht" is, is ze van rechtswege nietig (vgl. artikel 925 van het BW); voor het onderscheid zij verwezen naar de opmerkingen bij deze titel onder Algemeen. Op de grond tot vernietiging kan uitsluitend van de zijde van de onbekwame, namelijk in de regel door zijn wettelijk vertegenwoordiger en door zichzelf nadat hij bekwaam is geworden, een beroep worden gedaan.

Artikel 33

Het artikel formuleert het uitgangspunt voor de beoordeling van de geldigheid van een rechtshandeling: daartoe is vereist het bestaan van een wil tot het verrichten daarvan, welke door een - naar buiten gerichte - verklaring kenbaar wordt; omtrent de vereisten inzake de verklaring zie artikel 37.

Dit uitgangspunt houdt in dat de verklaring door de wil moet zijn gedekt, hetgeen ook het

normale geval is. In beginsel leidt dit uitgangspunt ertoe dat bij ontbreken van de wil of bij een van de wil afwijkende verklaring de rechtshandeling niet tot stand komt.

Artikel 34 geeft hiervan een nadere en ten dele andere uitwerking voor het geval dat het ontbreken van de wil aan een geestelijke stoornis wordt toegeschreven, terwijl artikel 35 een correctie op het uitgangspunt bevat, zij het ook alleen voor de meerzijdige en de "gericht" eenzijdige rechtshandeling.

Artikel 34

Het artikel bevat een tweetal leden, die beide betrekking hebben op het geval dat een geestelijke stoornis van invloed is op het ontbreken van de wil. Zulk een stoornis kan blijvend zijn, zoals in het geval van zwakzinnigheid, maar kan ook incidenteel voorkomen, zoals in het geval van dronkenschap, het gebruik van verdovende middelen of een heftige gemoedsbeweging die de vorming van de wil verhindert of belet om de strekking of de gevolgen der handeling te overzien. Lid 1 heeft tot strekking met het oog op de bewijslast het verband tussen de stoornis en het ontbreken van de wil te preciseren, lid 2 vervangt de sanctie van nietigheid der rechtshandeling door vernietigbaarheid, indien die rechtshandeling meerzijdig of "gericht" eenzijdig is. In het tegenwoordige wetboek ontbreekt zulk een regeling.

Het artikel heeft geen betrekking op het ontbreken van de wil van een onbekwame, waar de wet aan de onbekwaamheid haar eigen gevolgen verbindt (artikel 32).

Degene die zich beroept op het ontbreken van zijn wil, moet dat bewijzen. Beroept hij zich erop dat een stoornis in zijn geestelijke vermogens de oorzaak van het ontbreken van zijn wil is, dan biedt het ontwerp hem de mogelijkheid aan te tonen dat de stoornis hem een redelijke waardering der bij de behandeling betrokken belangen belette, of dat de verklaring onder invloed van de stoornis is gedaan. Slaagt hij in dat bewijs, dan wordt de wil geacht te hebben ontbroken - tegenbewijs, inhoudende dat ondanks de stoornis de wil wél aanwezig was, is dan niet toegelaten. Uit de (voorzienbare) nadeligheid van de rechtshandeling voor degene die haar bij het bestaan van de stoornis verrichtte, wordt voorts het vermoeden afgeleid dat ze onder invloed van de stoornis is verricht. Tegen het leggen van dit verband is wel tegenbewijs toegelaten, hetgeen uit de formulering "wordt vermoed" volgt.

Ontbreekt de wil die aan de verklaring ten grondslag ligt, dan is het normale gevolg dat de rechtshandeling niet tot stand komt, ongeldig is; aldus bijvoorbeeld als de verklaring op een misverstand berust of schertsend is geuit of de rechtshandeling is gesimuleerd.

Ontbreekt de wil echter door een stoornis in de geestelijke vermogens, dan is de sanctie vernietigbaarheid, tenzij de rechtshandeling eenzijdig en "ongericht" is (zie onder Algemeen). In de andere gevallen heeft de gestoorde derhalve de keus of hij de rechtshandeling zal vernietigen dan wel laten gelden.

Artikel 35

Artikel 35 formuleert het belangrijke beginsel van de bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij of degene tot wie de (eenzijdige) rechtshandeling werd gericht (hierna kortheidshalve eveneens aangeduid als wederpartij), indien de verklaring niet door een daarmee overeenstemmende wil werd ondersteund. Het artikel is toepasselijk zowel wanneer wegens geestelijke stoornis of anderszins de wil tot het verrichten van de rechtshandeling in het geheel niet bestond, als wanneer, bijvoorbeeld door misverstand, een rechtshandeling met geheel

of ten dele andere inhoud werd bedoeld. De regel die erin is vervat, bouwt voort op hetgeen onder het huidige recht op grond van rechtspraak en literatuur reeds was aanvaard.

De bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen beperkt zich niet tot schadevergoeding, maar heeft tot gevolg dat het bestaan van een geldige rechtshandeling wordt aangenomen, waaraan dan de verklaring en dat vertrouwen, en niet de wil - althans niet de wil van alle partijen - ten grondslag liggen. Voor deze gevallen derogeeert het artikel zowel aan artikel 33 als aan artikel 34. Van de bescherming behoeft geen gebruik te worden gemaakt: degene wie ze geldt, kan de ongeldigheid of vernietiging tegen zich laten werken.

In de formulering is naast de verklaring de gedraging vermeld. Weliswaar kan een gedraging een verklaring inhouden (zie artikel 37), maar in dit verband kan het gaan om interpretatie van gedragingen die juist niet als verklaring zijn bedoeld.

Een beslissend element is dat degene tot wie de verklaring was gericht, deze heeft opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden mocht toekennen. Bij die omstandigheden valt onder meer te denken aan de aard en het belang van het rechtsgevolg der handeling - is het belang groot, dan is voorzichtigheid bij de interpretatie der verklaring eerder geboden. Dit geldt ook als de verklaring, zoals de aanvaarding van een aanbod, wordt afgelegd door iemand die beschikt over weinig deskundigheid, welke niettemin voor de beoordeling van het aanbod vereist is. Voorzichtigheid is zeker ook geboden, als de rechtshandeling voorzienbaar nadeel voor de verklarende persoon inhoudt. Zij zal dan de wederpartij ertoe verplichten te onderzoeken of degene die de verklaring aflegt, haar strekking en inhoud wel heeft begrepen.

Voor een beroep op de regel van artikel 35 is niet vereist dat aan degene die de verklaring heeft afgelegd, enig verwijt valt te maken over het afwijken van wil en verklaring. Evenmin is vereist dat de wederpartij zelf nadeel bij de ongeldigheid der rechtshandeling zou lijden. In vroegere jurisprudentie onder het huidige recht is dat nadeelvereiste wel gesteld, toen het beroep slechts werd aanvaard bij overeenkomsten onder bezwarende titel en daarmee vergelijkbare handelingen, alsmede wanneer de wederpartij iets heeft gedaan of nagelaten, waardoor ze bij ongedaanmaking der handeling (bijvoorbeeld het door een werknemer genomen ontslag) in een ongunstiger positie zou geraten (bijvoorbeeld omdat ze de vertrokken werknemer inmiddels door een ander heeft vervangen). Hoewel dit vereiste in het ontwerp niet is gesteld, kan het ontbreken van ieder nadeel voor de wederpartij onder omstandigheden wel meebrengen dat haar beroep op de regel van artikel 35 in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou komen en daardoor als onaanvaardbaar is te beschouwen.

Zoals reeds vermeld, bouwt artikel 35 mede voort op rechtspraak onder het huidige recht. Deze jurisprudentie zal veelal ook onder het nieuwe recht leidraad zijn.

Aldus bijvoorbeeld voor het geval partijen in hun verklaringen een voor misverstand vatbare uitdrukking hebben gebezigd die zij, naar achteraf blijkt, in verschillende zin hebben opgevat. Voor het antwoord op de vraag of dan een overeenkomst totstandgekomen is komt het, aldus de Hoge Raad, aan op wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, waarbij hij verschillende concrete omstandigheden noemt die voor de beoordeling van belang zijn. Zie HR 17-12-1976, NJ 1977, 241. Over de uitleg van onduidelijke contractbedingen in dezelfde geest onder andere HR 1-7-1977, NJ 1978, 125 en HR 13-3-1981, NJ 1981, 635.

Geen bescherming wordt verleend aan een wederpartij die heeft vertrouwd op een van een vervalste handtekening voorziene verklaring, zelfs al mocht hij de echtheid daarvan redelijkerwijze aannemen. Dat is alleen anders wanneer aam degene wiens handtekening is vervalst, valt toe te rekenen dat de wederpartij voor echt heeft gehouden en redelijkerwijze ook mocht houden (HR 7-2-1992, NJ 1992, 809; vgl. het in artikel 61 lid 2 gestelde criterium).

Artikel 36

Verleent artikel 35 de wederpartij te goeder trouw bij een - in beginsel ongeldige - rechts-handeling bescherming, artikel 36 doet dat ten behoeve van degene die als derde belang heeft bij het al dan niet bestaan van een bepaalde rechtsbetrekking; als zo'n derde kan onder meer worden beschouwd een rechtsopvolger onder bijzondere titel van een partij bij een rechtsbetrekking, zoals een cessionaris.

Het artikel steunt op de uitleg die rechtspraak en literatuur hebben gegeven aan de regel die in artikel 1894 van het BW is vervat.

Het artikel beschermt iemand die is afgegaan op de schijn, niet zoals bij het vorige artikel van het bestaan van een wil die met een verklaring overeenstemt, maar van het bestaan of niet bestaan van een rechtsbetrekking. De bepaling kan ook worden ingeroepen, indien degene die de schijn wekte, geen verwijt treft.

Wel is vereist dat het vertrouwen berust op een verklaring of gedraging die de belanghebbende heeft opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen. Ook hier kan derhalve een verplichting tot nader onderzoek bestaan. Zo zal een cessionaris niet zonder meer mogen afgaan op een eerder gedateerde schuldbekentenis van de debitor cessus: daaruit volgt immers niet dat de schuld op het ogenblik der cessie nog bestaat en niet voor bijvoorbeeld vernietiging van de kant van de debitor cessus vatbaar is.

Anders dan bij artikel 35 wordt vereist dat de derde in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn door de schijn gewekte veronderstelling heeft gehandeld. Juist met betrekking tot die handeling vindt hij bescherming: op de onjuistheid van zijn veronderstelling mag met betrekking tot die handeling geen beroep worden gedaan. De bescherming van het artikel strekt zich niet uit tot eventuele handelingen die de derde verricht, nadat hij van de ware stand van zaken op de hoogte is gekomen.

De bepaling beschermt de derde, maar deze kan van de hem verleende bescherming afzien.

Het artikel is niet het enige dat in het nieuwe BW een regel van derdenbescherming zal bevatten. Zulke speciale regels zullen in het goederenrecht ook worden voorgesteld ten behoeve van verkrijgers van registergoederen (artikelen 24 tot en met 26) en ter bescherming tegen beschikingsonbevoegdheid van een vervreemder (artikelen 86 tot en met 88; vgl. artikel 1998 van het BW).

Artikel 37

In dit artikel worden enige nadere regels omtrent de in artikel 33 bedoelde verklaring gegeven. Zij komen overeen met hetgeen ook onder het huidige recht in rechtspraak en literatuur wordt aanvaard.

De eerste twee leden hebben betrekking op de vorm der verklaring, die in beginsel vrij is; onder omstandigheden kan ook een nalaten of stilzwijgen als een verklaring worden uitgelegd. Soms

eist de wet echter bijvoorbeeld geschrift of authentieke akte, waarbij aangetekend wordt dat ook gebruikmaking van moderne middelen als telex en fax een wijze van schriftelijk verkeer is. Lid 2 is wenselijk omdat een exploit technisch een mondelinge verklaring is.

In lid 3 wordt uitgegaan van wat in de literatuur wel de "ontvangsttheorie" wordt genoemd. In de tweede zin wordt de eerste enigszins gecorrigeerd voor de gevallen waarin de verklaring de geadresseerde niet of niet tijdig bereikt wegens een omstandigheid die aan deze is toe te rekenen, bijvoorbeeld zijn niet medegedeelde afwezigheid, het in gebreke blijven van zijn huisgenoten, enz.

Lid 4 legt het risico van het falen van een "bode" in beginsel op de verzender.

Lid 5 geeft het criterium voor het werken van een intrekking van een verklaring. Van de intrekking (van een nog niet werkende verklaring) moet de herroeping (van een voltooide verklaring) worden onderscheiden.

Artikel 38

Regel is dat het intreden en ophouden van de volledige werking van een rechtshandeling afhankelijk kan worden gesteld van een toekomstige gebeurtenis, hetzij dat die gebeurtenis zeker is (tijdsbepaling), hetzij dat ze onzeker is (voorwaarde). Treedt de werking door de gebeurtenis in, dan is er een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde, wordt ze beëindigd, dan is er een ontbindende.

Uitzonderingen als bedoeld in lid 1, zijn er slechts weinige. Zo neemt men aan dat het aanvaarden en verwerpen van een erfenis niet onder tijdsbepaling of voorwaarde kan geschieden. Nadere bepalingen omtrent de tijdsbepaling en de voorwaarde komen voor in de titels 3.4 (artikelen 84, 85, 91 en 92) en 6.1 (artikelen 6:21 tot en met 26 en 6:39).

In lid 2 wijkt het artikel af van geldend recht: anders dan volgens huidig recht (artikel 1282 BW) heeft de vervulling der voorwaarde geen terugwerkende kracht, zoals die ook aan de ontbinding van een wederkerige overeenkomst zal komen te ontvallen (vgl. thans nog artikel 1287 BW): terugwerkende kracht heeft rechtsonzekerheid tot gevolg, die in het nieuwe wetboek zoveel mogelijk wordt teruggedrongen.

Wél heeft de vervulling van een voorwaarde die in het recht op een goed wijziging brengt, zakelijke - "goederenrechtelijke" - werking. Vandaar dat de voorwaarde zelf en haar vervulling voor zover zij de positie van registergoederen betreffen, in de openbare registers zullen kunnen worden ingeschreven; hetzelfde zal gelden voor de tijdsbepaling en de verschijning van een onzeker tijdstip waarop de termijn een einde neemt (vgl. artikel 17 lid 1, onderdelen a en c).

Artikelen 39 tot en met 43

De reeks van deze artikelen is gewijd aan gevallen van nietigheid (artikelen 39, 40 en 43) en gevolgen daarvan (artikel 41 en 42); zie ook de artikelen 57 inzake het ontbreken van goedkeuring enz., en 58 inzake bekrachtiging van nietige rechtshandelingen.

Een op grond van een nietige rechtshandeling reeds geleverde prestatie is onverschuldigd betaald, en kan als zodanig worden teruggevorderd, in beginsel zelfs wanneer de partij die het betaalde terugvordert, zich daartoe op het onoorbare van zijn gedrag moet beroepen (zie HR 28-6-1991, NJ 1992, 787). Voor het geval een zodanige terugvordering niet redelijk zou zijn, behoort de regeling der onverschuldigde betaling daarvoor een voorziening te bevatten (aldus artikel 6:210 lid 2), terwijl ook de redelijkheid en billijkheid zich tegen (volledige)

terugvordering kunnen verzetten (zie laatstgenoemd arrest).

Artikel 39

Het artikel sanctioneert in het algemeen een vormvereiste dat de wet stelt, zoals geschrift of authentieke akte, met nietigheid, indien de vorm voor de geldigheid, het ontstaan of bestaan van de rechtshandeling is voorgeschreven. Geldt het vereiste alleen om werking jegens derden te verlenen, zoals de inschrijving van een octrooi, of dient ze tot bewijs, zoals de polis van verzekering, dan is deze bepaling niet van toepassing. Strekt het vormvereiste tot bescherming van slechts een der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, dan zal uit (interpretatie van) de wet kunnen voortvloeien dat slechts aan deze partij de bevoegdheid toekomt daarop een beroep, als op een grond tot vernietiging te doen.

Het artikel wijkt niet af van wat gewoonlijk ook onder het huidige recht wordt aangenomen.

Artikel 40

Het onderwerp dat in het artikel wordt geregeld, heeft zich onder het huidige recht ontwikkeld aan de hand van het leerstuk van de geoorloofde oorzaak in de artikelen 1341, onderdeel 4°, 1356 en 1358 BW. In het bijzonder de rechtspraak heeft tot die ontwikkeling in de doctrine aanleiding gegeven en aldus ligt zij aan de in het artikel vervatte bepalingen ten grondslag. Daarbij wordt niet langer gebruik gemaakt van het weinig duidelijke begrip (geoorloofde) oorzaak. Lid 1 sanctioneert strijd van een rechtshandeling met de goede zeden of de openbare orde met nietigheid.

Het eerste criterium, dat van de goede zeden, legt het accent op toetsing aan ethische normen, het tweede, dat van de openbare orde, op toetsing aan de fundamentele beginselen van de maatschappelijke orde en van de rechtsstaat, maar een scherp onderscheid is vaak niet te maken. Aldus bijvoorbeeld indien iemand het verrichten van een handeling, waartoe hij wettelijk verplicht is of waartoe hij zich slechts door het belang van een derde, zoals dat van een aan zijn zorg toevertrouwd kind, mag laten leiden, afhankelijk stelt van een beloning.

Een deel van de problematiek der "geoorloofde oorzaak" wordt onder het nieuwe recht verplaatst naar die van de wilsgebreken, nu onder artikel 44 de rubriek misbruik van omstandigheden is opgenomen; zgn. woekercontracten zullen meestal daaraan worden getoetst.

Door haar inhoud is een rechtshandeling in strijd met de goede zeden of de openbare orde, als zij rechtstreeks verplicht tot een onzedelijke of maatschappelijk niet te tolereren prestatie, zoals het verraden van bedrijfsgeheimen van de werkgever, of indien het samenstel van prestaties niet door de morele beugel kan - vgl. de hierboven bedoelde nakoming van de verbintenis tot het verrichten van prestaties waarvoor men zich ten onrechte laat betalen.

Door haar strekking kan een handeling in strijd met de openbare orde of de goede zeden komen, als ze, hoewel op zichzelf neutraal, in een verband staat dat haar een onoorbaar karakter geeft, en dat de partijen ook kennen (of dat zo voor de hand ligt dat zij het behoren te kennen). Aldus wanneer het voor de anderen kenbare motief van een der partijen verwerpelijk is; men denke aan het bekende voorbeeld van de koop van een revolver met de, tegenover de verkoper geuite, bedoeling daarmee iemand neer te schieten.

De regels van de goede zeden en openbare orde zijn naar plaats en tijd gebonden. Zo is in de rechtspraak de verkoop van inventaris en goodwill van een bordeel (HR 2-2-1990, NJ 1991, 265) en de deelneming aan een loterij die in strijd was met de Arubaanse Loterijverordening (HR 7-9-

1990, NJ 1991, 266), gegeven de maatschappelijke ontwikkelingen terzake, niet als in strijd met de openbare orde en de goede zeden beschouwd.

Het verrichten van een rechtshandeling - zoals het aangaan van een overeenkomst - in rechtstreekse strijd met de formele wet wordt niet beheerst door lid 1, maar door de speciale bepalingen van het tweede en derde lid.

Lid 1 bestrijkt echter wél gevallen waarin zich een conflict met de wet in ruimere zin voordoet.

Als zodanig plegen te worden genoemd de volgende drie categorieën:

- a. strijd met een - niet gedelegeerde - regeling die van een lagere wetgever afkomstig is;
- b. handelingen die niet zelf door de formele wet zijn verboden, doch tot een verboden prestatie verplichten;
- c. handelingen die evenmin zelf door de formele wet zijn verboden, doch niet zonder wetsovertreding kunnen worden verricht. Vgl. HR 11-5-1951, NJ 1952, 128.

Zodanige rechtshandelingen leiden er in elk geval toe dat nakoming van de verbintenis tot het verrichten der prestatie niet kan worden afgedwongen. Of zij ook zelf wegens strijd met de openbare orde nietig zijn, moet aan hun inhoud en strekking worden getoetst. Uit de regeling zelf zal het antwoord niet dikwijls blijken: zo'n regeling is gewoonlijk niet van burgerrechtelijke aard, bijvoorbeeld wanneer zij voor bepaalde activiteiten het bezit van een vergunning vereist. De vraag of er in de genoemde gevallen nietigheid wegens strijd met de openbare orde is, is derhalve aan het oordeel van de rechter onderworpen. Als gevolg van haar verboden strekking zal de handeling dan alleen nietig zijn, als alle erbij betrokken partijen wisten of wel moesten weten dat een wettelijk verbod zich tegen de nakoming verzette (vgl. HR 28-6-1991, NJ 1992, 787, hierboven reeds genoemd, ter zake van uitlening van werknemers zonder vergunning).

Lid 2 richt zich tegen rechtshandelingen welke op het tijdstip van het verrichten naar hun inhoud in strijd zijn met dwingende bepalingen die bij wet zijn vastgesteld, inclusief de daardoor gedelegeerde regelgeving (of eventueel met die van een verdrag); als zodanig tijdstip geldt voor de overeenkomst het tijdstip waarop deze wordt aangegaan.

De sanctie op strijd met de wet is volgens lid 2 in de regel (absolute) nietigheid, maar het artikel laat tweeërlei uitzondering toe.

Lid 2 zelf vervangt de nietigheidssanctie door die van vernietigbaarheid, als de geschonden wetsbepaling strekt tot bescherming van een der partijen bij een meersijdige rechtshandeling: de rechtshandeling is dan niet van rechtswege nietig en alleen de beschermde partij kan op de grond der vernietiging een beroep doen. Intussen kan ook hiervan op grond van de tekst of strekking der wet weer een uitzondering worden gemaakt. Zo worden talrijke bepalingen in het arbeids-overeenkomstenrecht, die alleen de werknemer beschermen, niettemin met nietigheid gesanctioneerd, zodat de rechter die nietigheid in verstekzaken ook ambtshalve kan uitspreken - anderzijds zal die nietigheid niet tegen de wil van de werknemer op verlangen van de werkgever kunnen worden uitgesproken. Sommige van zulke arbeidsrechtelijke bedingen zijn "semi-dwingend": ze zijn dan niet nietig, als ze bijvoorbeeld bij geschrifte zijn aangegaan.

Lid 3 bevat een andere afwijking van de hoofdregel van lid 2: uit de (tekst of) strekking der wet kan voortvloeien dat de rechtshandeling, ofschoon met de wet in strijd, niettemin geldig is. Dat doet zich onder andere nogal eens voor bij overtreding van wetten die economisch ordeningsrecht bevatten, zoals winkelsluitingsregelingen, en van fiscale wetgeving; zie ook HR 22-1-1999, NJ 2000, 305. Lid 3 kan niet leiden tot derogatie aan lid 1 (HR 7-4-2000, NJ 2000, 652).

Artikel 41

Een rechtshandeling kan voor een deel door nietigheid - zowel van rechtswege als na vernietiging - worden getroffen. Zo kan een bedongen prijs hoger zijn dan die welke wettelijk is toegelaten en zal volgens de regeling betreffende algemene voorwaarden welke in Boek 6 zal worden voorgesteld, een onereus beding uit een overeenkomst kunnen worden vernietigd. Alsdan rijst de vraag, of de rest der rechtshandeling (overeenkomst) in stand blijft. Het artikel geeft het criterium ter beantwoording van deze kwestie van gedeeltelijke of partiële nietigheid: uit inhoud en strekking der rechtshandeling - de verklaringen van partijen en hun, voor de wederpartij kenbare bedoelingen - moet worden afgeleid, of en in hoeverre het restant in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat. Het criterium is onder het huidige recht al bij wege van anticipatie toegepast in HR 16-11-1984, NJ 1985, 624 (de Antilliaanse zaak Buena Vista betreffende een vordering tot betaling van het restant van een koopsom, hoger dan ter ontduiking van overdrachtsbelasting in de akte was vermeld).

Artikel 42

Ook conversie of omzetting van een nietige rechtshandeling in een geldige is door de rechtspraak in het huidige recht erkend. Huwelijksvoorwaarden die ongeldig zijn omdat hun werking van een voorwaarde afhankelijk is gesteld, lenen zich tot omzetting in huwelijksvoorwaarden die, onder uitsluiting van gemeenschap van goederen, een verrekenbeding bevatten (HR 21-1-1944, NJ 1944, 120).

In latere jaren is conversie in het bijzonder in ontslagzaken toegepast. Aan de werking van een ontslag op staande voet dat nietig is omdat een dringende reden daartoe ontbreekt, komt, indien aan bepaalde vereisten wordt voldaan, het rechtsgevolg toe van een beëindiging door opzegging met inachtneming van de opzegtermijn tegen de vroegst mogelijke datum die de wet toelaat (HR 23-1-1981, NJ 1981, 284). Aldus wordt voorkomen dat pas kan worden opgezegd, nadat bij onherroepelijke uitspraak is beslist dat het ontslag ongeldig was, met alle (financiële) gevolgen van dien.

De conversie heeft van rechtswege plaats, de rechter constateert haar ambtshalve (HR 22-11-2002, NJ 2003, 34). Zij geldt zowel rechtshandelingen die door wetsbepaling nietig zijn als rechtshandelingen die vernietigd zijn.

Artikel 42 formuleert de vereisten die aan de geldige alternatieve handeling moeten worden gesteld, waaronder de veronderstelling dat deze indertijd kon en zou zijn gekozen wanneer van de wél verrichte rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien. De aard van het nietigheidsvoorschrift en het wettelijke stelsel kunnen omzetting verhinderen; zo wordt een bedongen proeftijd die de wettelijke maximumtermijn overschrijdt, niet omgezet in een die tot die termijn is beperkt (HR 8-7-1987, NJ 1988, 232).

Ook komt de conversie niet tot stand, als een derde-belanghebbende - zoals degene tot wie het ontslag is gericht - kan aantonen dat ze jegens hem onredelijk zou zijn.

Artikel 43

De nietigheid, in dit artikel voorzien, vindt haar oorsprong in de gedachte van bescherming van de openbare orde: personen die met overheidsgezag zijn bekleed of op wier onpartijdigheid anderszins moet kunnen worden vertrouwd, behoren zichzelf niet door slinkse transacties te kunnen bevoordelen - zelfs de schijn des kwaads moet worden vermeden.

Het artikel regelt de materie die nu in de artikelen 1489 tot en met 1491 BW is vervat, maar is in enkele opzichten verduidelijkt en gemoderniseerd. Niet is overgenomen artikel 1491 lid 1, van het BW, voor zover dat lasthebbers en voogden betreft; het gaat hier om bescherming van een particulier, de lastgever, en deze zal haar regeling vinden in de titel inzake lastgeving (zie artikel 7:409).

De tekst van het artikel wijkt in lid 1 onderdelen a en c en lid 3, met het oog op de verhoudingen hier te lande, iets af van het overeenkomstige artikel 43 van het Ned. BW. In lid 1 onderdeel c, is – naast vermelding van de Staat – gekozen voor de algemene term "openbaar lichaam" - als publiekrechtelijk lichaam ook te onderscheiden van de openbare instelling die mede bijvoorbeeld overheidsstichtingen en -vennootschappen omvat; in lid 3 is aangesloten bij artikel 1491 lid 2 van het BW.

Het artikel verklaart in beginsel nietig elke rechtshandeling die strekt tot verkrijging van bepaalde goederen door bepaalde personen. Hierbij valt niet alleen te denken aan overdracht, aan afstand dan wel aan vestiging van een beperkt recht, maar ook aan verkrijging krachtens testament - erfstelling, legaat - en toedeling uit een gemeenschap, zoals een nalatenschap. Ook verkrijging van een afhankelijk recht als pand en hypotheek door cessie van de vordering wordt door het artikel bestreken.

Bij overdracht, afstand en vestiging van een beperkt recht is niet alleen de "goederenrechtelijke" handeling nietig, doch ook de titel. Dat kan van belang zijn als ten tijde van de totstandkoming van de titel de omstandigheden die het verbod rechtvaardigen, nog bestaan, maar dat ten tijde van de overdracht enz. niet langer het geval is: de nietigheid van de titel maakt dan ook de overdracht in beginsel ongeldig. De vergaande strekking van lid 1 wordt in lid 2 enigszins beperkt voor normale erfrechtelijke handelingen.

Bij verkrijging door "tussenkomende personen" moet worden gedacht aan personen die op eigen naam handelen, doch ten behoeve van iemand die een in lid 1 vermelde hoedanigheid heeft.

De kring van de in lid 1 bedoelde personen moet ruim worden opgevat. Hij omvat ook bijvoorbeeld plaatsvervangers van rechters en kandidaat-notarissen op een notaris kantoor werkzaam alsmede leden van openbare colleges.

De sanctie op de in het artikel omschreven handelingsbevoegdheid is tweërlei: absolute nietigheid en schadevergoeding van de "verkrijger" aan de "vervreemder".

Artikelen 44 tot en met 56

Deze artikelen hebben betrekking op de vernietigbaarheid en de vernietiging van rechtshandelingen.

De artikelen 44 tot en met 48 behandelen verschillende gevallen van vernietigbaarheid, waarbij dient te worden bedacht dat zulke gevallen ook elders voorkomen, zoals in de reeds behandelde artikelen 32, 34 en 40 lid 2, maar ook daarbuiten, zoals dwaling en onereuze algemene voorwaarden. De artikelen 49 tot en met 56 geven verschillende regels omtrent de vernietiging en haar gevolgen.

Artikel 44

Lid 1 noemt de drie "wilsgebreken", die in beginsel alle rechtshandelingen - zowel de eenzijdige als de meerzijdige - aantastbaar maken.

Daartoe behoort niet de dwaling. Deze is in Boek 6 (artikel 6:228) wel geregeld voor over-

eenkomsten en andere meerzijdige rechtshandelingen, terwijl voor de verdeling van een gemeenschap - "boedelscheiding" - een eigen regeling zal worden voorgesteld in titel 3.7. Een algemene bepaling inzake dwaling is er echter niet - wel zijn er bijvoorbeeld enkele erfrechtelijke dwalingsbepalingen inzake enige eenzijdige rechtshandelingen, zoals uiterste wil en de aanvaarding van erfenissen. Bij andere eenzijdige rechtshandelingen is vernietiging wegens dwaling dikwijls niet wettelijk geregeld, maar ook niet uitgesloten, waarbij wel geregelde gevallen zich soms voor analogische toepassing kunnen lenen.

Als gronden voor vernietiging noemt het artikel een drietal wilsgebreken: bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden. Voor de regeling der bedreiging vergelijk men die inzake "geweld" in de artikelen 1344 tot en met 1348 van het huidige wetboek, voor die van bedrog artikel 1349. De nieuwe regeling wijkt daarvan in details af.

In het huidige wetboek ontbreekt het misbruik van omstandigheden als grond tot vernietiging. Men "behelpt" zich daarvoor in de jurisprudentie met het ontbreken van een geoorloofde oorzaak in gevallen van zodanig misbruik; dit is echter een gebrek dat nietigheid van de rechtshandeling tot gevolg heeft, welke ook door de wederpartij van het slachtoffer zou kunnen worden ingeroepen en door de rechter ambtshalve moet worden geconstateerd, ook als het slachtoffer zelf de rechtshandeling in stand zou willen houden. Daarom is vernietigbaarheid hier een zuiverder sanctie.

Aan de drie gevallen gemeen is, dat iemand door de uitgeoefende druk of misleiding tot het verrichten van de handeling is bewogen, dat wil zeggen dat hij onder de invloed daarvan is gekomen tot een rechtshandeling die hij anders had nagelaten. In die zin zal hij die handeling als nadelig beschouwen, doch dit nadeel behoeft niet van financiële aard te zijn (vgl. HR 19-1-2001, NJ 2001, 159).

Lid 2

Bedreiging behoeft niet te bestaan uit het dreigen met geweld - absoluut geweld ("vis absoluta") heeft het ontbreken van de wil, en daardoor de nietigheid der rechtshandeling tot gevolg. Ook bedreiging met bijvoorbeeld het aanvragen van faillissement en zelfs met niet-nakoming van een verplichting (HR 27-3-1992, NJ 1992, 377) kan bedreiging in de zin van dat lid betekenen. Beslissend is of de bedreiging onrechtmatig, volgens wet of verkeersopvattingen ongeoorloofd is. Is ze dat, dan is ze tevens een onrechtmatige daad, met alle gevolgen daarvan. Zie HR 8-1-1999, NJ 1999, 342.

Lid 3

Bedrog kan worden omschreven als opzettelijke misleiding door middel van een kunstgreep; ook hier is samenloop met onrechtmatige daad. De nieuwe regeling is in enkele opzichten strenger dan onder het regime van artikel 1349 van het BW wel wordt aangenomen. Zo wordt nu gesproken van "kunstgreep" in het enkelvoud, waar in artikel 1349 het meervoud wordt vereist. Dat de enkele leugen als een zodanige kunstgreep kan worden beschouwd, volgt nu duidelijk uit de tekst, evenals het zwijgen waar spreken (morele) plicht is. Een voorbeeld van een kunstgreep van andere aard is het zich voordoen onder een naam of in een hoedanigheid die men niet bezit. Strenger is de nieuwe regeling voorts in zoverre dat zij ook een beroep op vernietigbaarheid wegens bedrog toelaat, indien dat niet door de wederpartij, maar door een derde is gepleegd, zij het dat lid 5 hier een beperking aanbrengt.

Lid 4

De omstandigheden waarvan misbruik wordt gemaakt, en die in de bepaling niet limitatief

worden opgesomd, kunnen zowel in de persoonlijke aard van het slachtoffer liggen, zoals lichtzinnigheid of gemoedstoestand, als daarbuiten, zoals noodtoestand, die bijvoorbeeld door de monopoliepositie van de wederpartij kan worden veroorzaakt.

Het misbruik bestaat daarin dat iemand het totstandkomen van de rechtshandeling bevordert, hoewel hetgeen hij weet of moet begrijpen van de omstandigheden waarin de ander verkeert, hem daarin zou behoren te weerhouden; over de kenbaarheid zie HR 29-11-2002, NJ 2003, 243. Het kan zijn dat het misbruik blijkt uit het financiële nadeel dat door de rechtshandeling wordt geleden, maar misbruik is ook zonder zulk financieel nadeel zeer wel denkbaar.

Als een schenker zich op vernietigbaarheid wegens misbruik van omstandigheden beroept, berust de bewijslast – van het tegendeel – in beginsel op de begiftigde (artikel 7:176).

Lid 5

Bij de bespreking van lid 3 is er reeds op gewezen dat de bevoegdheid tot vernietiging ook kan bestaan, als het bedrog door een derde is gepleegd. Hetzelfde geldt voor bedreiging en misbruik van omstandigheden. Voor al die gevallen bevat lid 5 echter een regel ter bescherming van de wederpartij die geen reden had de oorzaak van het wilsgebrek te veronderstellen, een bepaling van goede trouw derhalve in de geest van artikel 11.

Artikel 45

Dit artikel, gevolgd door de artikelen 46 tot en met 48, geeft een regeling ter zake van de vernietigbaarheid van zgn. paulianeuze rechtshandelingen, die in de plaats komt van artikel 1362 van het BW; de artikelen 46 en 47 sluiten aan bij de huidige regeling van de faillissementspauliana, doch bevatten nieuwe elementen.

Als een paulianeuze handeling wordt beschouwd een onverplichte rechtshandeling - de voldoening aan een natuurlijke verbintenis en betaling voor de vervaldag daaronder begrepen - die een schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelt, terwijl de schuldenaar die de handeling verricht, dit weet of behoort te weten.

De regeling in artikel 45 wijkt niet wezenlijk af van die in artikel 1362 van het BW, met dien verstande dat bij de uitleg van dat artikel enige onzekerheid bestaat over het karakter van de daar gebezigde term "inroepen van de nietigheid". Wel is een aantal elementen thans uitdrukkelijk uitgeschreven, die in het huidige artikel niet voorkomen, maar wel als geldend recht worden aanvaard door de (rechtspraak en) doctrine, veelal met gebruik van analogische toepassing van de regeling der faillissementspauliana.

Aldus de beperkingen in lid 1 tot rechtshandelingen, en tot bescherming in (geldelijke) verhaalsmogelijkheden (in tegenstelling tot de zgn. verruimde pauliana, waarvan is verdedigd dat de vernietiging ook de overdracht van een, aan een ander toegezegd, goed zou moeten kunnen treffen). Van een benadeling in verhaalsmogelijkheden kan ook sprake zijn als door de transactie het vermogen van de nadien gefailleerde per saldo niet is verminderd, maar slechts bepaalde schuldeisers daardoor zijn gebaat (HR 22-5-1992, NJ 1992, 526). Ook is nu uitdrukkelijk bepaald dat de vordering van de benadeelde schuldeiser pas na de rechtshandeling kan zijn ontstaan (lid 1, slot). Het moet gaan om daadwerkelijke benadeling (HR 26-8-2003, NJ 2004, 549). De benadeling is te beoordelen naar het tijdstip waarop de schuldeiser zijn rechten doet gelden (HR 22-9-1995, NJ 1996, 706). Ook een schuldeiser van een vordering onder opschortende voorwaarde komt in beginsel een beroep op de pauliana toe (HR 3-5-2002, NJ 2002, 393). De relatieve werking der vernietiging is thans met zoveel woorden in lid 4

neergelegd.

Lid 3 is overgenomen uit artikel 42 van de Faillissementswet 1935, dat jegens degene die door een rechtshandeling van de schuldenaar om niet is bevoordeeld, de vernietiging beperkt tot hetgeen waarvoor hij op het tijdstip der vernietiging nog gebaat was, dat wil zeggen tot hetgeen toen nog niet was verteerd of verbruikt. Deze bepaling is in de tweede zin van lid 5 uitgebreid tot een derde verkrijger om niet, die te goeder trouw is; voor de beoordeling van hetgeen waardoor hij was gebaat, is dan echter beslissend het tijdstip waarop het goed van hem in of buiten rechte wordt opgeëist.

Artikel 46

Artikel 45 lid 1, vereist voor de bevoegdheid tot vernietiging van paulianeuze handelingen onder meer dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat zijn handeling nadelig was voor schuldeisers, lid 2 vereist voor vele van die handelingen tevens dat de wederpartij dat wist of behoorde te weten. Het bewijs daarvan is dikwijls niet gemakkelijk te leveren, maar er zijn handelingen die vanwege hun aard of vanwege de relatie tussen de handelende personen als "suspecte transacties" moeten worden beschouwd, in het bijzonder wanneer zij zijn verricht kort voordat de schuldenaar weinig solvabel blijkt. Artikel 39 van de Faillissementswet 1935 bevat voor een aantal van die handelingen de regel van omkering van de bewijslast van zulk een ontbreken van goede trouw bij de schuldenaar en zijn wederpartij. In Nederland is die regel (bij de wet van 16 mei 1986, Stb. 275) uitgebreid met een reeks vermoedens die betrekking hebben op relaties die bestaan tussen de schuldenaar, al dan niet rechtspersoon, en een natuurlijke of rechtspersoon waarmee hij, eventueel via verwanten, een sterke band heeft door kapitaaldeelname en/of bestuurs- of commissarisfuncties.

De regeling van artikel 39 van de Faillissementswet 1935 werd gewoonlijk reeds op de pauliana buiten faillissement van overeenkomstige toepassing geacht. Ze wordt nu ook, met de in 1986 vastgestelde uitbreiding van de parallelbepaling in de Nederlandse Faillissementswet met de onderdelen 3^b tot en met 6^o, in de regeling daarvan ingevoegd, waarbij de "verdenkingstermijn" tot een jaar wordt verlengd.

In lid 1, ten 3^o, onderdeel b, is de schuldenaar een natuurlijke persoon en de wederpartij een rechtspersoon, in ten 4^o is de schuldenaar een rechtspersoon en de wederpartij een natuurlijk persoon, in ten 5^o is zowel de schuldenaar als de wederpartij rechtspersoon en in ten 6^o behoren schuldenaar en wederpartij tot dezelfde groep ondernemingen. In ten 7^o is rekening gehouden met de in titel 6 geregelde trust (zie D.W. Aertsen, De trust. Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht, 2004, p. 167).

De relaties tussen natuurlijke en rechtspersoon of tussen de rechtspersonen onderling zijn zo geformuleerd dat steeds sprake is van directe of indirecte zeggenschap in de rechtspersonen die de omkering van de bewijslast rechtvaardigt. In de regel zullen de bedoelde rechtspersonen vennootschap zijn, maar het is niet uitgesloten dat bijvoorbeeld een machtspositie in een stichting is ondergebracht.

Zo'n machtspositie kan in ten 3^o, onderdeel b, tot en met ten 6^o van lid 1 ook door "middellijke" kapitaaldeelname tot uiting komen, dat wil zeggen door deelneming in een vennootschap die zelf weer een meerderheidsbelang houdt in een of meer andere vennootschappen, waardoor of waarmee de verdachte transactie wordt aangegaan.

Als groepsmaatschappij (lid 1, ten 6^o) kan worden beschouwd een vennootschap of andere rechtspersoon die tot een concern - een groep waarin zulke maatschappijen organisatorisch met elkaar in een economische eenheid zijn verbonden - behoort. De daarop afgestemde omschrijving, die aan artikel 2:24b van het Ned. BW is ontleend, is in lid 6 opgenomen.

In de leden 2 tot en met 5 wordt een - soms verruimende - interpretatie gegeven van enige begrippen die in lid 1 worden gebezigd. Lid 5 bewerkstelligt dat men uiteindelijk steeds bij natuurlijke personen als bestuurders uitkomt, ook al worden een of meer bestuurdersrechtspersonen "tussengeschoven". Lid 7 bevat ter zake een schakelbepaling betreffende de trust.

Artikel 47

Ook artikel 47 bevat een weerlegbaar vermoeden van het ontbreken van goede trouw, en wel voor handelingen om niet die binnen een jaar vóór het inroepen van de vernietigingsgrond zijn verricht. De bepaling is aan artikel 41 van de Faillissementswet 1935 ontleend, maar ook hier is de termijn tot een jaar verlengd.

Artikel 48

Uitgangspunt bij de vorige drie artikelen zijn rechtshandelingen die door een schuldenaar met benadeling van zijn schuldeisers zijn verricht. Zulke handelingen, waardoor verhaalsmogelijkheden worden aangetast, kunnen echter ook worden verricht door degenen op wier goederen voor de schuld van anderen verhaal kan worden genomen. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de derde-pand- of hypotheekgever, maar zulk verhaal kan zich ook bij retentierecht en speciale privileges, bijvoorbeeld voor de kosten van behoud, voordoen. Artikel 48 stelt zulke derden voor de toepassing van de artikelen 45 tot en met 47 met de schuldenaar gelijk.

De artikelen 49 tot en met 56 gelden in beginsel voor alle gevallen van vernietiging. In de eerste plaats gelden zij dus de vernietigbaarheden van titel 3.2: onbekwaamheid (artikel 32), geestelijke stoornis (artikel 34), strijd met de wet (artikel 40 lid 2), wilsgebreken (artikel 44) en pauliana (artikel 45), vervolgens elders in het vermogensrecht geregelde vernietiging van rechtshandelingen, zoals wegens dwaling, en ten slotte, via de schakelbepaling van artikel 59, ook de buiten het vermogensrecht geregelde gevallen van vernietiging, zoals van artikel 1:89.

Artikel 49

Artikel 49 is een inleidende bepaling, die in de daaropvolgende bepalingen nader wordt uitgewerkt. Het huidige wetboek maakt geen duidelijk onderscheid tussen nietigheid van rechtswege en vernietiging, waarnaast ook de term nietigverklaring voorkomt; zie bijvoorbeeld artikel 1467. Uit de, niet steeds heldere, bepalingen van de artikelen 1467 tot en met 1477 leidt men overigens af dat althans een rechterlijke uitspraak is vereist voor vernietiging wegens onbekwaamheid en wilsgebreken, terwijl uit artikel 1362 wordt afgeleid dat de nietigheid van paulianeuze handelingen op elke wijze kan worden ingeroepen.

Het nieuwe wetboek maakt wel een duidelijk onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Artikel 49 bepaalt nu voor in beginsel alle gevallen dat een rechtshandeling niet alleen door rechterlijke uitspraak, doch ook bij buitengerechtigde verklaring kan worden vernietigd.

Artikel 50

Artikel 50 geeft een nadere uitwerking aan de vernietiging bij buitengerechtelijke verklaring. Wie de bevoegdheid tot vernietiging toekomt, volgt uit de wettelijke regeling: de wettelijke vertegenwoordiger van de onbekwame en deze zelf nadat hij bekwaam is geworden, het slachtoffer van het wilsgebrek, enz. Vernietiging bij buitengerechtelijke verklaring is zelf een rechtshandeling, waarop de bepalingen van titel 3.2 van toepassing zijn. Lid 1 bepaalt dat voor de geldigheid der vernietiging de verklaring behoort te worden gericht tot allen die partij bij de rechtshandeling zijn. Wie partij is bij een meerzijdige rechtshandeling, is gewoonlijk duidelijk; volgens het nieuwe wetboek zal ook de derde die een te zijnen behoeve gemaakt beding aanneemt, partij zijn (artikel 6:254). Wie voor de toepassing van artikel 50 e.v. bij eenzijdige rechtshandelingen als partij wordt beschouwd, volgt uit artikel 56.

Lid 2 stelt beperkingen aan vernietiging door buitengerechtelijke verklaring van rechtshandelingen met betrekking tot een registergoed. Zou iemand bij zo'n verklaring bijvoorbeeld de titel van een overdracht van een registergoed kunnen vernietigen en die verklaring doen inschrijven in het openbare register, terwijl de wederpartij zich daarbij niet neerlegt, dan zou de betrouwbaarheid van het register ernstig schade lijden.

Welke rechtshandelingen onder het nieuwe wetboek zullen kunnen worden ingeschreven, zal in de derde afdeling van titel 3.1 worden geregeld. Inschrijving zal niet alleen worden vereist voor overdracht, maar ook voor afstand en vestiging van een beperkt recht (titel 3.4), alsmede voor verdeling van een gemeenschap, zoals een nalatenschap (titel 3.7).

Artikel 51

Artikel 51 regelt nader de vernietiging door rechterlijke uitspraak. De vernietiging geschiedt doordat de rechter het beroep op de vernietigingsgrond aanvaardt. Zijn uitspraak daartoe is derhalve constitutief, niet declaratoir, al behoeft zij niet met zoveel woorden de vernietiging uit te spreken.

Het beroep kan zowel bij wege van eis - ook in repliek - worden gedaan als bij wege van verweer. In het eerste geval is het aan een verjaringstermijn onderworpen (artikel 52), in het tweede niet (derde lid: te allen tijde). Eenzelfde verschil maakt thans ook artikel 1475, derde lid; het voorkomt dat het slachtoffer het verweer uit handen zou zijn geslagen als zijn wederpartij eerst jarenlang heeft stilgezeten alvorens zich op (de geldigheid van) de rechtshandeling te beroepen.

Stelt iemand een vordering tot vernietiging in, dan moet hij alle partijen - in de ruime zin van artikel 56 - doen oproepen (lid 2). Beroept hij zich op de vernietigingsgrond bij wijze van verweer, dan zullen niet alle partijen in de procedure zijn betrokken; alsdan moet hij zo spoedig mogelijk van zijn beroep aan hem mededeling doen (derde lid). Het beroep bij wijze van verweer zal meestal door de gedaagde in een procedure worden gedaan, maar kan ook door de eiser geschieden, als deze zich door de wederpartij ziet geconfronteerd met een beroep op de geldigheid der te vernietigen rechtshandeling.

Verweer tegen een andere rechtsmaatregel dan een rechtsvordering kan voorkomen bij parate executie door een pand- of hypotheekhouder, bij executie op grond van een authentieke akte en bij derdenbeslag.

Artikel 52

Artikel 52 bindt het beroep op een vernietigingsgrond, dat niet bij wege van verweer geschiedt, aan beperkte termijnen. In overeenstemming met het systeem van het nieuwe wetboek, waarin de bevrijdende verjaring niet het recht doch de rechtsvordering teniet doet gaan, heeft lid 1 betrekking op de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging, terwijl lid 2 op het tijdstip van de voltooiing der verjaring tevens de bevoegdheid tot buitengerechtelijke vernietiging doet vervallen.

De verjaringstermijn is, in afwijking van de vijfjaars-termijn van artikel 1475 lid 1 van het BW, op drie jaar gesteld. Het tijdstip van waaraf de termijn begint te lopen is gepreciseerd voor de gevallen uit titel 3.2 die zich daartoe lenen. In lid 1 onderdeel d, is voor de overige gevallen een algemene formule gekozen; zo zal de termijn in het geval van geestelijke stoornis (artikel 34) aanvangen zodra de stoornis is geëindigd of een curator is benoemd.

Artikel 53

Vernietiging heeft in beginsel tot gevolg dat de rechtshandeling achteraf gezien van meet af aan als ongeldig wordt beschouwd; dit is in lid 1 uitgedrukt. Haar gevolgen kunnen ongedaan worden gemaakt door een vordering uit onverschuldigde betaling. Als ze de overgang van een goed tot gevolg heeft gehad, kan de revindicatie worden ingesteld, behoudens de bepalingen van derdenbescherming.

Ter verzachting van deze regel wordt aan de rechter de - discretionaire - bevoegdheid verleend om desgevraagd aan de vernietiging haar werking geheel of gedeeltelijk te ontzeggen; bij gedeeltelijke ontzegging valt te denken zowel aan de terugwerkende kracht - de rechtshandeling is alleen voor het vervolg of van een bepaald tijdstip af ongeldig - als aan de inhoud en strekking der rechtshandeling.

De rechter heeft die bevoegdheid alleen als de reeds ingetreden gevolgen der rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt - hij kan daarbij letten zowel op de feitelijke toestand als op de belangen die door de vernietiging worden getroffen. Zo zal de vernietiging van de opzegging van een huurovereenkomst bezwaarlijk zijn als het goed inmiddels aan een ander is verhuurd. Voor het geval dat de gevolgen in het geheel niet ongedaan kunnen worden gemaakt, zal de regeling der onverschuldigde betaling voorzieningen bevatten (zie artikel 6:210 lid 2), zodat dan aan de vernietiging niet haar werking behoeft te worden ontzegd.

De voorziening kan aan de rechter worden gevraagd zowel in een procedure waarin vernietiging wordt verlangd als in een afzonderlijke procedure.

Ter compensatie van de ontzegging der werking kan de rechter - ook ambtshalve - de betaling van een geldsom opleggen, schadevergoeding in natura zal hier niet in aanmerking komen.

Bij nietigheid van rechtswege is lid 2 niet van toepassing, in de regel ook niet bij wege van analogie, omdat hierbij gewoonlijk niet slechts particuliere belangen zijn betrokken.

Artikel 54

Artikel 54 geeft nog een tweede verzachting van de gestrengheid der vernietigingsregeling, doch alleen in het geval van misbruik van omstandigheden. Het misbruik behoeft dan niet tot vernietiging te leiden indien het nadeel dat de rechtshandeling meebrengt door wijziging van haar gevolgen (afdoende) wordt opgeheven.

Lid 1 veronderstelt dat de wederpartij daartoe tijdig het initiatief neemt, in lid 2 neemt de rechter

daartoe de beslissing op verlangen - al naar gelang van de procedure vordering of verzoek - van een der partijen; het slachtoffer van het misbruik zal ook rechtstreeks de compensatie in plaats van de vernietiging kunnen vorderen.

Bij de toepassing gaat het hier in het bijzonder om die gevallen waarin het slachtoffer financieel is benadeeld, hetgeen door een prijswijziging kan worden tenietgedaan. Van zo'n (afdoende) compensatie zal geen sprake zijn indien het misbruik de verhouding tussen partijen zo kwaad heeft gedaan dat het slachtoffer niet meer met de wederpartij verder wil gaan. Daarom leent het artikel zich niet tot overeenkomstige toepassing bij de wilsgebreken bedreiging en bedrog. Wél is dat het geval bij dwaling, waartoe een soortgelijke bepaling in Boek 6 zal worden voorgesteld (zie artikel 6:230).

Het huidige BW kent bij de boedelscheiding in artikel 1141 een soortgelijke regeling, die thans in titel 3.7 voor de verdeling der gemeenschap is opgenomen (zie de artikelen 197 en 198).

Voor toepassing op nietigheid van rechtswege leent dit artikel zich in even beperkte mate als het vorige.

Artikel 55

De vernietigbaarheid van een rechtshandeling doet een toestand van rechtsonzekerheid ontstaan die pas eindigt nadat degene aan wie de bevoegdheid tot vernietiging toekomt, heeft beslist of hij die bevoegdheid zal uitoefenen - behoudens de mogelijkheid van verjaring of verval. Artikel 55 biedt twee wegen om aan die onzekerheid een einde te maken.

Lid 1 geeft aan dat degene aan wie de bevoegdheid toekomt, daarvan door bevestiging afstand kan doen. Het volgt daarin artikel 1477 van het huidige BW, dat hiervoor echter de term "bekrachtiging" bezigt. Die term is in het nieuwe wetboek voor deze rechtsfiguur vermeden, omdat hij elders voor andere gevallen wordt gebruikt (zie de artikelen 58 en 69).

De bevestiging heeft geen terugwerkende kracht: zolang de rechtshandeling niet is vernietigd, is ze geldig en de bevestiging betekent alleen dat voor de toekomst van de bevoegdheid tot vernietiging wordt afgezien.

Bevestiging is, evenals vernietiging, een rechtshandeling en daarom gelden voor haar de bepalingen van deze titel. Zo kan de wettelijk vertegenwoordiger haar namens de onbekwame verrichten - uiteraard niet ten behoeve van zichzelf (zie artikel 68 j° artikel 79).

Bevestigen kan slechts wie zich bewust is van zijn bevoegdheid tot vernietiging - vandaar het vereiste dat de verjaringstermijn voor de vernietiging een aanvang heeft genomen.

Lid 2 berust op overwegingen van redelijkheid en billijkheid. Een onmiddellijk belanghebbende - de wederpartij, degene tot wie een eenzijdige handeling is gericht, maar ook een derde verkrijger - kan van degene die de bevoegdheid heeft, verlangen om zich binnen een redelijke termijn uit te spreken over vernietiging of bevestiging. Doet hij de keuze niet binnen redelijke termijn, dan vervalt de bevoegdheid eveneens.

Artikel 56

Voor de artikelen 50 tot en met 55 verruimt artikel 56 het begrip "partij", dat als zodanig alleen bij meezijdige rechtshandelingen toepassing kan vinden. Voor de eenzijdige rechtshandelingen die aan vernietiging blootstaan, onderscheidt het tussen de gerichte en de niet gerichte rechtshandelingen. Voor de eerstgenoemde, zoals een opzegging, begrijpt het onder "partij" degene tot wie de handeling, de opzegging, is gericht, voor de andere, zoals een uiterste wil,

degenen die onmiddellijk belang hebben bij de instandhouding, zoals (andere) erfgenamen en legatarissen, en eventuele derden-verkrijgers van nalatenschapsgoederen.

Artikel 57

Een toestand van rechtsonzekerheid, vergelijkbaar met de bij artikel 55 bedoelde, kan ontstaan als de geldigheid van een rechtshandeling afhankelijk is van de toestemming van een ander, zoals een overheidsorgaan of de echtgenoot in het geval van artikel 1:88. Een onmiddellijk belanghebbende - de wederpartij bij een overeenkomst, maar ook een persoon die in artikel 56 is genoemd - kan aan die onzekerheid een einde maken, door, evenals in artikel 55 lid 2 het geval is, een termijn te stellen - niet aan de derde, hetgeen immers niet passend zou zijn, maar aan een partij bij de rechtshandeling, met als gevolg dat de rechtshandeling voor hem geen gevolg zal hebben als de termijn verstrijkt zonder dat de toestemming is verkregen.

Het artikel bevat voor overeenkomsten geen dwingend recht: partijen kunnen zijn werking ten opzichte van zichzelf uitsluiten.

Artikel 58

Kan de geldigheid van vernietigbare rechtshandelingen door bevestiging volgens artikel 55 worden beschermd, ongeldigheid van nietige handelingen kan volgens artikel 58 lid 1, door bekrachtiging (of convalescentie) worden geheeld. Dat geschiedt door de vervulling achteraf van een vereiste dat de wet voor de geldigheid der handeling stelt. Het artikel zal in het bijzonder toepassing vinden bij herstel van vormverzuimen, heling van een titel van overdracht en het alsnog verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid door een vervreemder, bijvoorbeeld het klassieke geval van de vervreemder die erfgenaam wordt van de werkelijke rechthebbende. Uit het voorbeeld blijkt dat bekrachtiging, anders dan bevestiging, niet bij rechtshandeling behoeft te geschieden.

Het gevolg van de bekrachtiging is dat de handeling alsnog - dat wil zeggen met terugwerkende kracht - geldig wordt.

Vereist is dat alle onmiddellijk belanghebbenden vóór de bekrachtiging de handeling als geldig hebben erkend. Voor partijen onderling komt dit erop neer dat zij jegens elkaar geen beroep op de ongeldigheid hebben gedaan. Van een derde zal zo'n expliciet beroep niet mogen worden verwacht als hij niet van de rechtshandeling op de hoogte is: zo zal van een derde niet kunnen worden gezegd dat hij een overdracht als geldig heeft erkend, wanneer hij, onkundig zowel van de overdracht als van haar ongeldigheid, zonder uitdrukkelijk beroep op die ongeldigheid, onder de vervreemder beslag legt.

Voor het begrip "onmiddellijk belanghebbenden" zie men de toelichting bij artikel 56; vereist is dat er niet slechts een zeker belang bij de rechtshandeling is, maar dat men een onmiddellijk belang bij het inroepen van de ongeldigheid heeft.

Een rechtshandeling, door een onbekwame verricht, is meestal vernietigbaar, maar als ze eenzijdig en niet tot een bepaalde persoon is gericht, is ze nietig (artikel 32). Volgens lid 1 zou ze in dat laatste geval bekrachtigd worden, zodra de minderjarige meerderjarig wordt of de curatele wordt beëindigd. Dit zou echter aan de bescherming van de onbekwame te kort doen. Lid 2 verhindert daarom dit gevolg.

Ook lid 3 een zekere inbreuk op lid 1. Het kan zijn dat de partijen bij een rechtshandeling jegens elkaar geen beroep op haar ongeldigheid hebben gedaan, doch dat niettemin een derde aan een

hunner een recht ontleent. Bijvoorbeeld indien de "vervreemder" een beperkt recht vestigt ten behoeve van een derde op een ongeldig overdragen goed. Bekrachtiging kan later de ongeldigheid helen, maar het recht van die derde blijft dan niettemin gehandhaafd.

Artikel 59

Ook buiten het vermogensrecht kent het recht talrijke rechtshandelingen. Voor het personenrecht denke men aan het huwelijk en huwelijkse voorwaarden, aan erkenning van een natuurlijk kind en ontkenning van de wettigheid van een kind, in het rechtspersonenrecht aan besluiten, inbreng, en emissie van aandelen. Men denke voorts aan procesrechtelijke en zelfs aan bestuursrechtelijke rechtshandelingen.

Voor deze alle kunnen de bepalingen van titel 3.2 van belang zijn, en artikel 59 verklaart ze daarop ook van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Het belang van deze schakelbepaling is dat overeenkomstige toepassing in beginsel is geboden, en dat de rechter moet motiveren waarom hij die toepassing in een concreet geval achterwege laat.

TITEL 3.3 - VOLMACHT

Algemeen

De titel geeft een regeling van de volmacht, de bij rechtshandeling verleende bevoegdheid tot vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging kan worden omschreven als het verrichten van rechtshandelingen in naam van een ander, aan wie de rechtshandeling aldus wordt toegerekend. Daarbij is niet vereist dat de sacrale term "in naam van" is gebezigd; wel moet duidelijk zijn dat degene die aldus handelt, niet zichzelf doch een ander wil verbinden. Beslissend is hetgeen partijen in dit opzicht over en weer hebben verklaard en hetgeen zij uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden; ook al weet de wederpartij dat iemand ten behoeve van een opdrachtgever handelt, dat sluit niet uit dat hij zelfstandig als partij en niet in naam van die opdrachtgever optreedt (HR 11-3-1977, NJ 1977, 521).

Burgerrechtelijke vertegenwoordiging kan ook uit andere bron dan volmacht voortvloeien: de wettelijke vertegenwoordiging van ouders, voogd en curator, wettelijke en statutaire vertegenwoordiging door bestuurders enz. van een rechtspersoon, vertegenwoordiging door een bewindvoerder of een zaakwaarnemer. Schakelbepalingen aan het slot van de titel - de artikelen 78 en 79 - verklaren binnen zekere grenzen de regels betreffende volmacht in beginsel van overeenkomstige toepassing op deze andere vertegenwoordigingsverhoudingen, en zelfs daarbuiten op bijvoorbeeld processuele en bestuursrechtelijke vertegenwoordiging.

Voor de toerekening van onrechtmatige daden door vertegenwoordigers verricht, zal een bijzondere bepaling in het wetboek worden opgenomen (vgl. artikel 6:172).

Volmacht is dikwijls verbonden aan een contractuele verhouding, als lastgeving en arbeids-overeenkomst, die de gevolmachtigde verplicht tot het verrichten van rechtshandelingen in naam van de volmachtgever.

Problemen van volmacht, waarvoor de titel regels geeft, zijn onder andere óf een volmacht is verleend, hoe ver zij zich uitstrekt, wanneer zij ophoudt en wat de gevolgen zijn van het ontbreken van een volmacht indien een vertegenwoordigingshandeling is verricht.

Volmacht is niet "privatief": zij berooft de volmachtgever niet van de bevoegdheid zelf (de aangewezen) rechtshandelingen te verrichten, ook niet als ze algemeen is gesteld (artikel 62) of onherroepelijk is (artikel 74).

In het bestaande wetboek ontbreekt een afzonderlijke regeling van de volmacht. De voorgestelde regeling berust ten dele op bepalingen uit de titel lastgeving van het huidige wetboek (artikelen 1811 tot en met 1838); artikel 1811 bevat als element van lastgeving zelfs de regel dat de lasthebber een "zaak" verricht voor de lastgever "in deszelfs naam", maar men dient te bedenken dat lastgeving zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid zeer wel mogelijk is en ook veelvuldig voorkomt. Het nieuwe wetboek kent niet een term als "middellijke vertegenwoordiging"; wél kan een rechtsverhouding meebrengen dat iemand bezit of houderschap door bemiddeling van een ander direct, dat wil zeggen niet via het vermogen van die ander, verkrijgt. Zie artikel 110.

De voorgestelde regels stemmen in hoge mate overeen met het huidige recht, zoals dat zich in rechtspraak en literatuur heeft ontwikkeld.

Artikel 60

Lid 1 geeft een omschrijving van volmacht, waarvan reeds onder Algemeen is uitgegaan.

Lid 2 stelt de bevoegdheid tot het in ontvangst nemen van verklaringen - bijvoorbeeld opzegging van huur - in naam van een ander gelijk met het aldus verrichten van een rechtshandeling.

Artikel 61

Volmacht wordt bij eenzijdige rechtshandeling van de volmachtgever verleend; voor haar geldigheid is geen aanvaarding door de gevolmachtigde vereist. In de regel zal de verklaring tot deze laatste zijn gericht, maar denkbaar is dat de volmachtgever aan de beoogde wederpartij bericht dat hij zich voor de voorgenomen transactie door een bepaald persoon zal laten vertegenwoordigen.

In het algemeen stelt de wet geen vormvereiste aan de verlening van volmacht, maar in bijzondere gevallen kan dat anders zijn, veelal daar waar de wet ook aan de rechtshandeling zelf vormvereisten stelt; zie de artikelen 191 lid 2 en 1201 lid 2 van het BW, alsmede hierna artikel 62 lid 1; daaruit mag echter niet worden geconcludeerd dat, als voor de rechtshandeling een vormvereiste is gesteld, dat ook steeds voor de volmacht verlening geldt. De verlening van volmacht kan in de aanstelling tot een zekere functie, bijvoorbeeld procuratiehouder of winkelbediende, besloten liggen; de functie zal dan tevens veelal een aanduiding van de grenzen der volmacht bevatten.

Evenals een rechtshandeling in het algemeen geldig kan zijn, hoewel de in beginsel vereiste wil ontbreekt, mits de schijn van het bestaan van die wil is gewekt, kan in geval van toerekenbare schijn iemand er niet altijd een beroep op doen dat hij geen (geldige) volmacht heeft verleend. lid 2 verleent de wederpartij, die op die schijn heeft vertrouwd, bescherming tegen het ontbreken van de volmacht, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Voor de toepasselijkheid der bepaling is vereist dat de pseudo-gevolmachtigde "in naam van een ander" heeft gehandeld (zie hiervoor onder Algemeen), en dat de schijn van volmacht, hoe dan ook, al dan niet laakbaar, door een verklaring of gedraging (vgl. de opmerking bij artikel 35) van die ander is gewekt; zo'n gedraging kan onder omstandigheden ook enig niet-doen zijn. Het vereiste van de goede trouw van de wederpartij wordt aldus omschreven dat deze het bestaan van een toereikende volmacht heeft aangenomen en dat zij dat onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze ook mocht

doen (vgl. artikel 11).

Mede gelet op de functie van de deurwaarder in het rechtsverkeer zal degene aan wie deze een betalingsregeling heeft aangeboden, in het algemeen op de bevoegdheid daartoe mogen vertrouwen, maar bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat zodanig vertrouwen niet zonder meer gerechtvaardigd is (HR 24-4-1992, NJ 1993, 190). De bescherming van de wederpartij bestaat niet in een aanspraak op schadevergoeding, doch in geldigheid van de in naam van een ander verrichte handeling.

Degene die een bemiddelingsopdracht geeft aan een makelaar wekt in beginsel niet de schijn dat deze bevoegd is een koopovereenkomst te sluiten; bijkomend gedrag kan wel die schijn wekken (HR 9-8-2002, NJ 2002, 543).

De bepaling kan toepassing vinden, niet alleen wanneer de volmacht geheel ontbreekt, maar ook in geval van overschrijding van volmacht. Voor het geval dat de volmacht is geëindigd, zij verwezen naar artikel 76.

De wederpartij kan de bescherming die de bepaling haar biedt, invoeren, maar zij kan daarvan ook afzien.

Lid 3 breidt de bescherming der wederpartij te goeder trouw nog enigszins uit. Een geheel ongebruikelijke beperking in de omvang van een, volgens wet of gebruik openbaar gemaakte, volmacht verhindert niet dat zij redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend. Dat zij daarnaar geen onderzoek heeft gedaan, kan haar niet worden tegengeworpen: zo'n uitzonderlijke beperking geldt alleen tegen haar als zij die werkelijk kende. Bij een volgens de wet openbaar gemaakte volmacht denke men vooral aan openbaarmaking in het handelsregister.

De regel is in het huidige recht niet geformuleerd.

Artikel 62

Het artikel geeft enige regels omtrent de interpretatie van een volmacht die ruim gesteld is, met het oog op de vraag of zij ook inhoudt de bevoegdheid tot het verrichten van daden van beschikking, dat wil zeggen het vervreemden en bezwaren van goederen, voor zover dat althans niet tot de normale exploitatie behoort. Het onderscheidt daartoe de algemene volmacht (lid 1) van de bijzondere (lid 2).

De eerste bevat geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid naar de aard der handelingen of het doel waarop zij moeten zijn gericht, maar zij kan wel bepaalde handelingen ondubbelzinnig uitsluiten. Ook kan een algemene volmacht een beperking naar de tijd, bijvoorbeeld de duur der afwezigheid van de volmachtgever, bevatten. Zo'n algemene volmacht verleent geen vertegenwoordigingsbevoegdheid bij het verrichten van beschikkingshandelingen, tenzij zij zich schriftelijk en ondubbelzinnig ook daartoe uitstrekt. Voor het vereiste van een schriftelijke vorm zij verwezen naar de toelichting op artikel 37.

Een bijzondere volmacht beperkt de bevoegdheden bijvoorbeeld tot bepaalde handelingen, of tot handelingen van een bepaalde soort of met het oog op een bepaald doel. In deze laatste twee gevallen kan zij in algemene bewoordingen worden verleend. Lid 2 geeft aan wanneer beschikkingshandelingen daaronder vallen, namelijk indien dat uitdrukkelijk is voorzien, alsmede indien de volmacht voor een bepaald doel is verleend en beheer en beschikking daartoe kunnen dienen.

Het artikel komt in de plaats van de artikelen 1815 en 1816 lid 1 van het BW, die weinig duidelijk worden geacht.

Artikel 63

Artikel 63 behelst in lid 1 een regel omtrent onbekwaamheid van de gevolmachtigde, lid 2 een omtrent die van de volmachtgever; voor de onbekwaamheid zij verwezen naar de toelichting op artikel 32.

Degene die onbekwaam is tot het voor zichzelf verrichten van rechtshandelingen, is dat niet als hij dat in naam van een volmachtgever doet, aldus lid 1: de onbekwame verbindt immers niet zichzelf, maar degene die hem daartoe volmacht heeft gegeven. Uit artikel 1818 van het BW vloeit thans, tenminste voor minderjarigen, hetzelfde voort.

De gevolmachtigde verbindt de volmachtgever alsof deze voor zichzelf had gehandeld. Op deze gedachte berust lid 2.

Artikel 64

Het artikel behandelt de vraag in hoeverre de gevolmachtigde, indien niets anders is bepaald, bevoegd is een ander aan te wijzen die namens de volmachtgever kan of zal handelen, het vraagstuk van de zgn. substitutie. Het huidige artikel 1823 BW gaat uit van het beginsel dat de lasthebber - inclusief die met volmacht - daarin vrij is, maar dat hij onder bepaalde omstandigheden aansprakelijk kan worden gesteld. Het voorgestelde artikel gaat uit van het tegengestelde beginsel, en laat, behoudens afwijkend beding, de aanwijzing van een andere gevolmachtigde door de eerste gevolmachtigde slechts in een drietal gevallen toe, omdat deze laatste door de volmachtgever gewoonlijk juist om zijn persoonlijke kwaliteiten is uitgekozen.

De sanctie is dat, behoudens het bepaalde in de artikelen 61 lid 2 en 69, de volmachtgever niet is gebonden aan een rechtshandeling die is verricht door degene die buiten de grenzen van artikel 64 door de gevolmachtigde als vertegenwoordiger is aangewezen.

De in onderdeel a genoemde uitzondering zal zich bijvoorbeeld voordoen als een volmacht inschakeling van een bank als tussenpersoon noodzakelijk maakt en deze voor de uitvoering van de opdracht op haar beurt een rechtshandeling in naam van de volmachtgever moet verrichten. Ook kan het gebruik meebrengen dat een algemene volmacht het inschakelen van andere vertegenwoordigers meebrengt.

Het in onderdeel b genoemde geval zal zich voordoen als noch de volmachtgever noch de gevolmachtigde zelf kan handelen.

De overeenkomstig artikel 64 aangewezen gevolmachtigde bindt de oorspronkelijke volmachtgever, niet degene die hem heeft aangesteld. Deze laatste blijft zelf ook tot vertegenwoordiging bevoegd, tenzij iets anders is bepaald of uit de omstandigheden voortvloeit.

Voor de onherroepelijke volmacht gelden volgens artikel 74 lid 3 de beperkingen van artikel 64 niet.

Artikel 65

De vraag naar de individuele bevoegdheid van elk van meer gevolmachtigden is in het huidige recht niet geregeld, maar men zoekt thans wel aansluiting bij hetgeen in artikel 1649 van het BW voor de maatschap wordt bepaald.

De regel is niet van dwingend recht: bepaald kan onder andere worden dat de gevolmachtigden slechts gezamenlijk kunnen optreden of dat zij een onderling verschillende taak hebben.

Artikel 66

Lid 1 geeft het wezen van de vertegenwoordiging weer: niet de vertegenwoordiger, doch de vertegenwoordigde wordt gebonden door de verklaring van de vertegenwoordiger. Ook al valt de vertegenwoordiger aldus uit de verhouding tussen de vertegenwoordigde en de wederpartij weg, hij is niet louter instrument. Daar het om zijn wilsverklaring gaat, zijn zijn wil en de gebreken daarin, alsmede de feiten die hij kent of niet kent, mede van belang voor de geldigheid van de rechtshandeling en haar gevolgen, aldus lid 2 samengevat. In welke mate daarmee moet worden gerekend, hangt af van de omstandigheden: hoe zelfstandiger de gevolmachtigde optreedt, des te meer moet betekenis worden gehecht aan hetgeen hij wilde of wist.

Artikel 67

Wie handelt "voor (zich of) nader te noemen meester" houdt voorshands open wie hij als contractspartij aan de wederpartij zal binden - gewoonlijk is het niet zijn bedoeling zichzelf daarvan uit te sluiten. Volgens lid 1 moet hij zijn volmachtgever dan binnen een passende termijn aan de wederpartij noemen. Blijft hij daarin in gebreke, dan geldt hijzelf als partij, tenzij dat uitgesloten is. In het laatste geval kan hij jegens de wederpartij aansprakelijk zijn wegens de niet-nakoming van lid 1. Het noemen van de naam moet zonder voorbehoud zijn geschied (HR 26-5-2000, NJ 2000, 442).

Artikel 68

Artikel 68 beperkt de bevoegdheid van de gevolmachtigde om zelf als wederpartij van de volmachtgever op te treden ("Selbsteintritt"). Een conflict van belangen ligt dan voor de hand, en het wetsvoorstel laat zulk een transactie slechts toe waar dat conflict is uitgesloten. De sanctie op het verbod dat de bepaling behelst, is nietigheid van een handeling die ermee in strijd was, een nietigheid die wel door bekrachtiging overeenkomstig artikel 69 kan worden geheeld.

Het artikel bestrijkt niet het geval dat de gevolmachtigde van A tevens optreedt als gevolmachtigde van B en deze aldus tot A's wederpartij maakt.

Artikel 69

Heeft iemand zonder volmacht of met overschrijding van zijn volmacht in naam van een ander gehandeld, dan is in beginsel het resultaat nietigheid der handeling: de vertegenwoordiging is mislukt. Noch de pseudo-volmachtgever is gebonden, noch de wederpartij - en evenmin de pseudo-gevolmachtigde, die immers niet voor zichzelf handelde (zie voor diens positie artikel 70).

De eerste uitzondering op het niet-gebonden zijn van de pseudo-volmachtgever is te vinden in het reeds besproken artikel 61 lid 2, namelijk als hem de schijn van volmachtgever kan worden toegerekend.

De tweede uitzondering is in het onderhavige artikel te vinden; voor een derde - vertegenwoordiging ondanks het einde der volmacht - zie men artikel 76.

Artikel 69 lid 1 geeft, waar artikel 61 lid 2 niet van toepassing is, de pseudo-volmachtgever de bevoegdheid door bekrachtiging de rechtshandeling zowel ten aanzien van zichzelf als ten aanzien van de wederpartij alsnog geldigheid te verlenen. De bekrachtiging is zelf een eenzijdige rechtshandeling van de pseudo-volmachtgever, die, op de hoogte van de ongeldigheid, haar, uitdrukkelijk of door zijn gedragingen, uit jegens de wederpartij (HR 27-6-1975, NJ 1976, 62).

De bekrachtiging heeft terugwerkende kracht. Zij kan daarom nog geschieden op een tijdstip waarop de rechtshandeling zelf niet meer kan worden verricht.

De bevoegdheid tot bekrachtiging kan op rechtsopvolgers onder algemene en bijzondere titel overgaan.

Is aan de volmacht een vormvereiste gesteld (vgl. bij artikel 61 lid 1), dan geldt voor de bekrachtiging hetzelfde vereiste: artikel 69 lid 2.

Uit artikel 69 lid 3, blijkt dat de, in beginsel ongeldige, vertegenwoordigingshandeling de positie van de wederpartij toch niet geheel onberoerd laat. Voor het huidige recht wordt zelfs wel, op grond van HR 30-4-1948, NJ 1949, 253, aangenomen dat de wederpartij voorlopig is gebonden. Zo ver gaat dit ontwerp niet. Vooropstelt het ontwerp in lid 3 de hoofdregel dat de wederpartij door een kennisgeving aan de pseudo-volmachtgever of de pseudo-gevolmachtigde zich vóórdat bekrachtigd is op de ongeldigheid der rechtshandeling kan beroepen: op die wijze - maar alleen aldus - kan zij een eventuele bekrachtiging voorkómen.

Niet steeds kan de wederpartij van deze hoofdregel gebruik maken, zoals uit de slotzinsnede van lid 3 blijkt. De uitzondering geldt de wederpartij die op het tijdstip van haar handelen niet te goeder trouw was. Deze uitzondering is derhalve in het geheel niet van toepassing op een wederpartij die zelf niet heeft gehandeld, dat wil zeggen actief aan de totstandkoming van de rechtshandeling heeft meegewerkt, doch alleen een eenzijdige verklaring, bijvoorbeeld van opzegging, ontbinding of aanvaarding van een door haar gedaan aanbod, in ontvangst genomen heeft. Zo'n wederpartij staat het in ieder geval vrij, zich op de ongeldigheid te beroepen voordat is bekrachtigd.

Indien de wederpartij zelf wel aan de totstandkoming der rechtshandeling heeft meegewerkt, kan zij de bekrachtiging alleen voorkomen indien zij op het tijdstip van haar handelen te goeder trouw was; anders dan in artikel 61 lid 2 is voor dit beroep op haar goede trouw niet vereist dat de schijn van volmacht door gedragingen van de pseudo-volmachtgever is gewekt. Is deze wederpartij niet te goeder trouw, dan is zij onder voorwaarde van bekrachtiging gebonden, aldus is de conclusie uit lid 3. Uit de gekozen formulering volgt dat het de pseudo-volmachtgever is op wie de bewijslast rust dat de wederpartij begreep of moest begrijpen dat een toereikende volmacht ontbrak.

Kan de pseudo-volmachtgever (nog) bekrachtigen, doch spreekt hij zich niet uit, dan kan volgens lid 4 de wederpartij, doch ook iedere andere direct belanghebbende, zoals een rechtsopvolger van de wederpartij onder algemene of bijzondere titel, hem een redelijke termijn stellen (vgl. artikel 55).

Bekrachtiging, ook al heeft ze terugwerkende kracht, tast rechten die door derden vóór de bekrachtiging zijn verkregen, niet aan, aldus lid 5 (vgl. artikel 58, derde lid).

In het huidige wetboek wordt de mogelijkheid van bekrachtiging in artikel 1827 lid 2 vermeld, maar deze rechtsfiguur behoefde nadere uitwerking, die ze inmiddels in de rechtspraak en literatuur ten dele reeds had verkregen.

Artikel 70

Degene die pretendeert als gevolmachtigde te handelen, neemt tegenover de wederpartij de verbintenis op zich in te staan voor het bestaan van een toereikende volmacht. Op deze gedachte rust artikel 70. De regel beschermt de onbekwame pseudo-vertegenwoordiger in zoverre dat zijnerzijds de rechtshandeling waarbij hij die verbintenis op zich neemt, kan worden vernietigd.

Hij kan dan alleen mogelijk wegens onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld. De sanctie die uit de regel voortvloeit, is dat de pseudo-vertegenwoordiger tot (volledige) schadevergoeding is verplicht - enerzijds wordt hij niet zelf van rechtswege partij, anderzijds is de schadevergoeding ook niet beperkt tot slechts het zgn. negatieve contractsbelang. Vgl. HR 28-3-1997, NJ 1997, 454; over stelplicht en bewijslast terzake zie HR 20-2-2004, NJ 2004, 254. De regel geldt niet als de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld. Zie voor een verdergaande ontheffing van aansprakelijkheid artikel 76 lid 2 slot, voor vertegenwoordiging na het einde van de volmacht. Onder het huidige recht biedt (a contrario-uitleg van) artikel 1826 van het BW de basis voor de aansprakelijkheid van de pseudo-gevolmachtigde.

Artikel 71

Het artikel heeft betekenis voor die gevallen waarin iemand die pretendeert gevolmachtigd te zijn, namens zijn volmachtgever een verklaring tot de wederpartij richt, terwijl hij daartoe weliswaar bevoegd is, doch niet in staat is die bevoegdheid desverlangd op korte termijn aan te tonen. Alsdan kan de wederpartij die verklaring naast zich neerleggen en haar aldus haar kracht ontnemen.

Het praktisch belang zal vooral blijken bij eenzijdige rechtshandelingen, zoals opzegging, ontbinding en de aanvaarding van een aan de volmachtgever gedaan aanbod.

Vereist is dat de wederpartij het bewijs van de volmacht terstond, dat wil zeggen onmiddellijk na aflegging der verklaring, heeft verlangd, en dat bewijs niet onverwijld, dat wil zeggen zonder vertraging, is geleverd op een van de in lid 1 genoemde wijzen. Is niet aan deze vereisten voldaan, dan moet veeleer worden aangenomen dat de wederpartij de gevolmachtigde als zodanig reeds heeft aanvaard.

In de in lid 2 vermelde gevallen kan het bewijs niet met het in lid 1 bedoelde gevolg worden verlangd, omdat de wederpartij de volmacht zelf kan controleren of althans uit de feiten kan afleiden. Onder de in lid 2 genoemde bekendmaking valt zowel de openbaarmaking in een register als elke andere wijze waarop het bericht van de volmacht tot (de kring van) de wederpartij kan doordringen.

Artikelen 72 tot en met 77

Deze artikelenreeks bevat bepalingen die met het einde van de volmacht in verband staan.

Artikel 72

Artikel 72 geeft een opsomming van gevallen waarin de volmacht in beginsel eindigt. Deze opsomming is niet limitatief. Zo kan volmacht zijn verleend voor een bepaalde opdracht of voor een bepaalde tijd, zodat ze met de vervulling van de opdracht of het verstrijken van de tijd eindigt. Ook kan de volmacht aan een bepaalde functie, bijvoorbeeld krachtens arbeidsovereenkomst, zijn verbonden, en eindigt ze met het eindigen van de functie. Een door of aan een rechtspersoon verleende volmacht eindigt wanneer de rechtspersoon, nadat hij ontbonden is, door voltooiing der vereffening ophoudt te bestaan.

Omgekeerd zijn de opgesomde gevallen niet zonder uitzondering: niet alleen blijkt dat voor het geval in onderdeel b uit de toevoeging "tenzij anders is bepaald", doch de artikelen 73 en 74

bevatten ook wettelijke en door de wet toegelaten uitzonderingen. Behalve deze uitzonderingen zie men ook artikel 76, dat de wederpartij en de gevolmachtigde onder omstandigheden beschermt tegen voor hen nadelige gevolgen van het hun onbekende einde der volmacht.

Uit onderdeel b blijkt dat de volmacht op de erfgenamen van de gevolmachtigde kan overgaan, indien dat is bedongen - vooral in geval van voortzetting van een bedrijf zal hiervan gebruik kunnen worden gemaakt - en dat ook afwijking mogelijk is van de regel dat ondercuratelestelling en faillissement van de gevolmachtigde een eind aan de volmacht maken: tegen deze beide uitzonderingen bestaat juridisch geen bezwaar, omdat de gevolmachtigde immers zichzelf niet bindt (vgl. artikel 63 lid 1) en dat zijn handelingen ook zijn failliete boedel niet verbinden.

Artikel 1833 van het huidige wetboek bevat een bepaling omtrent het einde van de lastgeving, die volgens de heersende opvatting ook voor het einde van een volmacht geldt.

Artikel 73

Artikel 73 bevat enkele uitzonderingen op de regel dat de volmacht door de dood of ondercuratelestelling van de volmachtgever eindigt - het zijn gevallen waarin zonder wettelijke regeling, zoals in het huidige recht, van de figuur der zaakwaarneming gebruik zou moeten worden gemaakt, en beperkt zich dan ook tot bepaalde rechtshandelingen.

Het in lid 2 bedoelde geval strekt zich ook uit tot de beëindiging der volmacht wegens opzegging door de gevolmachtigde. Volgens lid 3 duurt de voortgezette vertegenwoordigingsbevoegdheid een jaar - verondersteld mag worden dat nadien aan deze bijzondere vorm van vertegenwoordiging wel geen behoefte zal bestaan.

Zoals uit de tekst blijkt, geldt het artikel niet in geval van beëindiging der volmacht door het faillissement van de volmachtgever.

Artikel 74

Artikel 74 behelst een regeling van hetgeen onder de naam "onherroepelijke volmacht" bekend staat, en waaromtrent in het huidige recht onzekerheid bestaat.

Geeft in de meeste gevallen de volmachtgever de volmacht in de eerste plaats of mede in zijn eigen belang af, soms is het juist de gevolmachtigde of een derde die zijn belang door de volmacht beter gediend acht: de volmacht biedt hem meer zekerheid dat de door hem gewenste rechtshandeling ook inderdaad en op een door hem gewenst tijdstip wordt verricht. Wegens dat belang dat hij heeft, kan de gevolmachtigde dan bedingen dat de volmacht onherroepelijk zal zijn. Zulk een volmacht wordt bijvoorbeeld gebezigd om de overeengekomen overdracht van bepaalde goederen aan de gevolmachtigde en de vestiging van beperkte rechten te zijnen gunste te kunnen doorzetten ook bij gebrek aan medewerking van de wederpartij, of om stemovereenkomsten effectief te doen nakomen, al verhindert de volmacht niet dat de volmachtgever zelf zijn stem (anders) uitbrengt.

Het ontwerp stelt in dit verband het vereiste dat het verrichten van een bepaalde rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of een derde is; niet voldoende is dat de gevolmachtigde in het algemeen belang bij (het verkrijgen van) de volmacht heeft, bijvoorbeeld om financiële redenen of om redenen van status. Het ontwerp laat in deze soort gevallen de onherroepelijkheid toe, alsook het doorbreken van de regel dat de dood en ondercuratelestelling van de volmachtgever de volmacht doen eindigen. Daarbuiten zou de onherroepelijkheid van de volmacht de vrijheid van de volmachtgever om over zijn eigen handelingen te beslissen, te zeer inperken.

Vandaar ook dat de bepaling bijvoorbeeld niet toelaat dat de onherroepelijkheid aan een algemene volmacht wordt verbonden.

De onherroepelijkheid is niet bestand tegen het faillissement van de volmachtgever: de curator moet vrijelijk in het belang van de boedel kunnen beslissen.

Lid 2 beschermt de wederpartij van wie dikwijls niet zal mogen worden verlangd dat zij onderzoekt of de gevolmachtigde inderdaad een belang bij de rechtshandeling heeft dat lid 1 vereist.

Lid 3 wijkt af van de beperkingen die artikel 64 stelt: de volmachtgever zal, gezien het vereiste dat aan de geldigheid van onherroepelijkheid wordt gesteld, er geen belang bij hebben dat alleen de gevolmachtigde de rechtshandeling kan verrichten.

Lid 4 maakt wijziging of buitenwerkingstelling van het beding door de rechter wegens gewichtige redenen mogelijk. Zulke redenen kunnen bijvoorbeeld zijn een onvoorziene wijziging van omstandigheden en onredelijke uitoefening van de volmacht.

De rechter zal de wijziging of buitenwerkingstelling terugwerkende kracht tot aan de indiening van het verzoek kunnen verlenen, maar ook een later tijdstip kunnen vaststellen.

Artikel 75

Artikel 75 geeft aan, op welke wijze de volmachtgever kan verhinderen dat de gevolmachtigde de volmacht na haar beëindiging nog kan misbruiken.

Lid 1 geeft hem in de eerste zin de keus tussen terugvordering van en een aantekening op de schriftelijke volmacht, eventueel door middel van een procedure tegen de gevolmachtigde. Aantekening kan te verkiezen zijn als de volmacht nog niet geheel eindigt of de gevolmachtigde nog bewijs van zijn volmacht nodig heeft.

De tweede zin van lid 1 geeft de volmachtgever de bevoegdheid om van de notaris te verlangen, het einde van de volmacht op de door deze bewaarde minuut van een notariële volmacht aan te tekenen; op latere exploiten wordt dan tevens de aantekening vermeld.

Lid 2 geeft de volmachtgever de mogelijkheid om via een procedure het einde van de volmacht bekend te doen maken, hetzij door een algemene openbaarmaking, hetzij door een bekendmaking in beperktere kring; het gevolg is dat alsdan de volmachtgever zich ook tegenover onwetende derden op het einde van de volmacht kan beroepen (vgl. ook artikel 76 lid 1 onderdeel a).

Als bevoegde rechter is de kantonrechter aangewezen; op de overeenkomstige plaats in het Nederlandse BW is dat de president van de rechtbank.

Artikel 1834 van het huidige wetboek regelt alleen het recht op teruggave van de volmacht in geval van haar herroeping.

Artikel 76

Artikel 76 gaat uit van de gedachte dat het einde van een volmacht slechts in bepaalde gevallen kan worden tegengeworpen aan een wederpartij - in alle andere gevallen mag deze de na geëindigde volmacht verrichte rechtshandeling als geldig beschouwen.

Het eerste geval is uiteraard dat de wederpartij van het einde van de volmacht of de oorzaak van haar beëindiging kennis droeg. Met deze bekendheid wordt voor de onderhavige aangelegenheid niet gelijkgesteld een "behoren te weten" in het algemeen, zoals artikel 11 dat voor de term "goede trouw" doet. Lid 1 stelt hiervoor een viertal speciale gevallen in de plaats.

Het eerste daarvan, in onderdeel a, is dat van de mededeling aan de wederpartij - waarbij zij verwezen naar artikel 37 - en de bekendmaking, hetzij door de volmachtgever zelf, hetzij

overeenkomstig artikel 75 lid 2. De laatste wijze van bekendmaking garandeert volgens laatstgenoemde bepaling dat de volmachtgever het einde der volmacht inderdaad kan inroepen, een bekendmaking zonder tussenkomst van de rechter moet op haar effect nader aan het slot van artikel 76 lid 1 onderdeel a, worden getoetst.

Het in onderdeel b bedoelde geval zal zich niet alleen voordoen als de volmachtgever een nationaal of internationaal bekende persoonlijkheid was, maar ook als zijn dood als algemeen bekend kan worden verondersteld.

Het in onderdeel c bedoelde geval omvat, evenals die in onderdeel a, onder meer publicatie in het handelsregister.

Een geval als bedoeld in onderdeel d doet zich ten slotte voor, wanneer de wederpartij louter en alleen op de verklaring van de gevolmachtigde is afgegaan, en in het geheel niet met de volmachtgever heeft te maken gehad. Daaraan is niet voldaan, als bijvoorbeeld de volmachtgever bij voorgaande gelegenheden door de gevolmachtigde gesloten overeenkomsten is nagekomen.

Lid 2 regelt de aansprakelijkheid van de gevolmachtigde jegens de wederpartij die van het einde van de volmacht geen kennis droeg en tegen wie met succes het einde van de volmacht door de volmachtgever wordt ingeroepen. Het wijkt daarbij in tweeërlei opzicht af van de regeling van artikel 70. In de eerste plaats is de ex-gevolmachtigde steeds aansprakelijk als de wederpartij van het einde der volmacht geen kennis droeg, terwijl de aansprakelijkheid uit artikel 70 uitgesloten is indien de wederpartij het ontbreken van een toereikende volmacht had moeten begrijpen. Anderzijds beschermt de tweede zin van lid 2 de gevolmachtigde die het einde van de volmacht niet kende noch behoefde te kennen: het risico is dan voor de wederpartij, die wellicht nog wel een vordering tot schadevergoeding heeft op degenen aan wie, wegens hun relatie met de volmachtgever (erfgenamen, curator), kan worden verweten dat zij haar niet van het einde der volmacht op de hoogte hebben gesteld.

Op de voormalige gevolmachtigde rust blijkens de formulering de bewijslast omtrent zijn goede trouw.

De regeling komt in de plaats van die van de artikelen 1835 en 1838 van het BW, die ten dele een andere voorziening bevatten.

Artikel 77

Uit de artikelen 73, 74 en 76 blijkt dat met de dood van de volmachtgever aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet steeds een einde komt. Volgens deze artikelen doet dit zich voor bij het beheer van een onderneming, bij handelingen die geen uitstel gedogen, bij handelingen waarvoor rechtsgeldig is bedongen dat de volmacht onherroepelijk is of bij de dood van de volmachtgever niet eindigt, en ten slotte in die gevallen waarin het einde van de volmacht niet aan de onwetende wederpartij kan worden ingeroepen. Het logisch gevolg daarvan is dat dan de handeling enerzijds de erfgenamen van de volmachtgever en anderzijds de wederpartij bindt, en wel alsof zij tijdens het leven van de volmachtgever was verricht. Dit brengt mee dat de daaruit ontstane verbintenissen voor de erfgenamen schulden der nalatenschap zijn met de erfrechtelijke gevolgen van dien.

De **artikelen 78 en 79** bevatten zgn. schakelbepalingen. Aan zulke schakelbepalingen bestaat behoefte, nu titel 3.3 alleen de vertegenwoordiging door volmacht bestrijkt, terwijl voor vertegenwoordiging uit anderen hoofde niet zelden soortgelijke regels zullen gelden.

Van de beide bepalingen is artikel 78 het meest beperkt, maar ook het meest strikt.

Beperkt is het in de eerste plaats omdat het zich, anders dan artikel 79, niet buiten het vermogensrecht uitstrekt: voor toepassing van artikel 78 is vereist dat de handelingen die door de vertegenwoordiger worden verricht, op vermogensrechtelijk terrein liggen. Onverschillig is of de vertegenwoordigingsbevoegdheid ontspruit aan een vermogensrechtelijke verhouding, zoals bewind, executele en zaakwaarneming, of uit een verhouding van andere aard, zoals ouderlijk gezag en voogdij, of functionele bevoegdheid binnen een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon. Beperkt is het artikel ook in die zin dat het slechts een aantal bepaalde artikelen aanwijst die van overeenkomstige toepassing worden verklaard, terwijl artikel 79 dat voor de gehele titel doet.

Strikter dan artikel 79 is artikel 78 daarin dat het van die overeenkomstige toepassing afwijking slechts toelaat, indien zulks uit de wet zelf voortvloeit, terwijl voor artikel 79 het ruimere criterium geldt dat de afwijking door de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking wordt gerechtvaardigd.

Ook deze schakelbepalingen schrijven analogische toepassing in beginsel voor, en de rechter zal derhalve eventuele afwijking behoren te motiveren.

Artikel 78

Ter aanvulling van het voorgaande zij nog het volgende opgemerkt. Artikel 63 lid 1, heeft via het onderhavige artikel tot gevolg dat ook onbekwamen als vertegenwoordiger in vermogensrechtelijke handelingen kunnen optreden; niet zelden verhindert de wet dat zij als zodanig worden benoemd en schrijft zij hun ontslag voor als zij onder curatele worden gesteld (zie de artikelen 434 en 1033 van het BW en de nieuwe artikelen 1:246, 253q en 324), maar hun vertegenwoordigingshandelingen zolang zij niet zijn ontslagen, zijn wel geldig.

Van praktisch belang zal vooral de overeenkomstige toepassing van de artikelen 69 (bekrachtiging) en 70 (aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger) kunnen zijn, al moet men bedenken dat bij verschillende vertegenwoordigers buiten volmacht de taken en bevoegdheden vrij nauwkeurig in de wet of in openbaar gemaakte statuten zullen zijn omschreven.

Voor zover én de vertegenwoordigingsverhouding én de vertegenwoordigingshandelingen van vermogensrechtelijke aard zijn, is analogische toepassing van de overige bepalingen van deze titel, bijvoorbeeld de artikelen 61 lid 2, (binding ondanks onbevoegde vertegenwoordiging) en 68 ("Selbsteintritt"), niet voorgeschreven, doch ook niet uitgesloten.

Artikel 79

Het artikel schrijft analogische toepassing van alle bepalingen van de titel in beginsel voor, indien hetzij de vertegenwoordigingsverhouding, hetzij de vertegenwoordigingshandeling buiten het vermogensrecht ligt, hetzij dat dit bij beide het geval is.

Van het eerste zijn voorbeelden de vertegenwoordigingsbevoegdheden op vermogensrechtelijk gebied van ouder, voogd, curator, bestuurder van een naamloze vennootschap en functionaris van een publiekrechtelijk lichaam; voor deze gevallen geldt artikel 79 voor zover artikel 78 niet van toepassing is, dat wil zeggen voor artikelen als 61 lid 2, en 68.

Bij vermogensrechtelijke vertegenwoordiging krachtens volmacht inzake rechtshandelingen buiten het vermogensrecht kan men denken aan bijvoorbeeld volmachten tot afstand van een huwelijksgemeenschap of tot het maken van huwelijkse voorwaarden.

Vertegenwoordiging buiten het vermogensrecht in rechtshandelingen eveneens buiten het vermogensrecht vindt men onder andere bij vertegenwoordiging door de curator in echtscheidingsprocedures tegen de curandus, en bij vertegenwoordiging door het bestuur van een naamloze vennootschap in de keuze van de woonplaats van een rechtspersoon of bij uitgifte van aandelen.

Valt de rechtshandeling buiten het vermogensrecht, dan zal volmacht zelf dikwijls zijn uitgesloten en zal analogische toepassing van bepalingen van titel 3.3 dikwijls afstuiten op de aard der rechtsverhouding of rechtshandeling. Men denke bijvoorbeeld aan analogische toepassing van artikel 76 bij een volmacht tot het sluiten van een huwelijk (artikel 132 van het huidige BW en het nieuwe artikel 1:66).

Ook zullen bij vertegenwoordiging buiten het vermogensrecht andere factoren een rol kunnen spelen waaraan eenvoudige analogische toepassing niet volledig recht kan doen. Zo zal men bij onderhandelingen met een, naar achteraf blijkt, onbevoegd overheidsorgaan voor de overeenkomstige toepassing van artikel 61 lid 2 niet alleen moeten denken aan het geval dat de onjuiste veronderstelling van de wederpartij is gewekt door een gedraging van het wel bevoegde overheidsorgaan, zoals gedogen of stilzitten, maar ook wanneer dat is geschied door andere factoren, zoals de positie van de handelende functionaris binnen de overheidsorganisatie en zijn gedragingen alsmede de ondoorzichtigheid voor buitenstaanders van bevoegdheidsregelen binnen de overheidsorganisatie (vgl. HR 27-11-1992, NJ 1993, 287, Felix-Aruba).

TITEL 3.4 - VERKRIJGING EN VERLIES VAN GOEDEREN

Algemeen

Zoals uit artikel 1 blijkt, heeft het begrip "goederen" een ruime betekenis: het omvat alle zaken - zie artikel 2 - en alle rechten. Onder deze laatste vallen zowel de absolute rechten - eigendom, voortbrengselen van de geest zoals auteurs- en octrooirecht, en beperkte rechten zoals pand, hypotheek en erfpacht - als de relatieve of persoonlijke, de vorderingsrechten die uit verbintenissen ontstaan.

Titel 3.4 geeft aan op welke wijze deze goederen kunnen worden verkregen en verloren gaan. De eerste afdeling behelst een drietal bepalingen daaromtrent, waarvan de eerste van algemeen-systematische aard is, en de beide andere de vestiging en het tenietgaan van beperkte rechten, resp. de overgang van afhankelijke rechten betreffen. Afdeling 2 heeft betrekking op de overdracht - en via artikel 98 ook op afstand en vestiging van beperkte rechten; afdeling 3 op (verkrijgende) verjaring, beide als de meest voorkomende wijzen waarop alle goederen onder bijzondere titel kunnen overgaan.

Afdeling 3.4.1 - Algemene bepalingen

Artikel 80 lid 1, maakt de ook in het huidige recht bekende onderscheiding tussen verkrijging onder algemene titel en verkrijging onder bijzondere titel, zij het dat de betekenis van de laatste ruimer wordt genomen dan men onder het huidige recht pleegt te doen. Het belang van de onderscheiding is dat de rechtsopvolger onder algemene titel in het algemeen het recht van zijn voorganger zonder meer voortzet, evenals de aard van diens bezit (artikel 102), de schulden en

andere gevolgen van een overeenkomst (artikel 6:249).

Lid 2 geeft aan langs welke weg men onder algemene titel goederen kan verkrijgen: door erfopvolging, boedelmenging, opvolging of toetreding als trustee, fusie en splitsing.

De overgang krachtens algemene titel geschiedt van rechtswege, overdracht door levering is daarvoor niet vereist.

Erfopvolging wordt verder behandeld in het erfrecht, boedelmenging, die een gevolg is van het ontstaan van een goederengemeenschap tussen echtgenoten, in het huwelijksvermogensrecht; voor de toetreding of opvolging als trustee zie, het voorgestelde artikel 145 lid 1 en voor fusie en splitsing Boek 2 (rechtspersonen).

Overgang onder bijzondere titel pleegt men onder het huidige recht te beperken tot de zgn. derivatieve wijzen van overgang, dat wil zeggen die welke door medewerking van een rechtsvoorganger tot stand komen, zoals overdracht en de vestiging van beperkte rechten. Onder het nieuwe recht vallen echter ook de originele wijzen van overgang, zoals de in lid 3 genoemde onteigening en verjaring, onder de verkrijging onder bijzondere titel. Ook het ontstaan van een vorderingsrecht uit een verbintenis, zoals krachtens overeenkomst of onrechtmatige daad, betekent in het nieuwe recht verkrijging van een goed onder bijzondere titel. Waar de wet elders in de artikelen 24 tot en met 26, de term "onder bijzondere titel" bezigt, is de verruiming van de definitie van praktisch belang; beperking tot derivatieve verkrijging vindt men in artikel 102 lid 2.

Lid 3 noemt drie voorbeelden van verkrijging onder bijzondere titel met name, waarvan de onteigening bij afzonderlijke wet - de Onteigeningswet - wordt geregeld, de overdracht in afdeling 3.4.2 en de verkrijgende verjaring in afdeling 3.4.3. Niet in lid 3 met name genoemde wijzen van verkrijging onder bijzondere titel zijn talrijk. Zo zullen in Boek 5 bijvoorbeeld zaaksvorming en vondst worden geregeld, Boek 6 zal de regeling van het ontstaan en de overgang van vorderingen bevatten.

Verkrijging van een goed door de een is veelal verlies van dat goed door een ander. Maar lid 4 ziet ook op talrijke andere wijzen van verlies van goederen, zoals het tenietgaan van vorderingsrechten - betaling van een schuld bijvoorbeeld doet zowel het vorderingsrecht als het tot zekerheid daarvan gegeven beperkte recht van pand of hypotheek tenietgaan.

De term "wet" is gebezigd om aan te geven dat verkrijging en verlies van goederen niet bij een "lagere" regelgeving kunnen worden geregeld.

Artikel 81 bevat een aantal regels omtrent beperkte rechten in het algemeen - lid 1 omtrent de bevoegdheid tot vestiging daarvan, lid 2 omtrent het tenietgaan en lid 3 omtrent de relatieve werking van twee van die wijzen van tenietgaan, namelijk afstand en vermenging.

Wat beperkte rechten zijn, is reeds omschreven in artikel 8.

In lid 1 zijn enkele regels vervat. In de eerste plaats geeft het aan aan wie de bevoegdheid tot vestiging toekomt, namelijk alleen de rechthebbende.

Beperkte rechten kunnen voorts niet op ieder recht - absoluut of relatief - worden gevestigd; vereist is dat het te bezwaren recht zelfstandig en overdraagbaar is. Pand, hypotheek en erfdiensbaarheid zijn afhankelijke rechten en lenen zich derhalve niet voor bezwaring met beperkte rechten; hetzelfde is het geval met een afhankelijk opstalrecht (artikel 5:101 lid 2). De rechten van gebruik en bewoning zijn niet overdraagbaar (artikel 226 lid 4). Overdraagbaarheid van vorderingen kan worden uitgesloten (artikel 83 lid 2) en rechten als bedoeld in artikel 83 lid

3 zijn niet overdraagbaar als de wet het niet bepaalt. Op al deze rechten kan derhalve ook geen beperkt recht worden gevestigd.

Evenmin als onder het huidige recht is het volgens het ontwerp mogelijk naar willekeur beperkte rechten te scheppen: alleen vestiging van "de in de wet genoemde" rechten wordt toegelaten. In Boek 3 zullen daarvan zijn te vinden vruchtgebruik (met de rechten van gebruik en bewoning), pand en hypotheek, die op goederen in het algemeen kunnen rusten - niet slechts op zaken, doch ook op rechten: pand bijvoorbeeld op een vorderingsrecht, hypotheek op een erfpachtrecht. In Boek 5 zullen worden geregeld beperkte rechten die alleen op zaken kunnen worden gevestigd: erfdiensbaarheden, erfpacht, opstalrecht en appartementsrecht; "ondererfpacht" wordt daar niet geconstrueerd als erfpacht op erfpacht, maar als een door de erfpachter gevestigde erfpacht op de onroerende zaak zelf (artikel 5:93). De zakelijke rechten van opstal en appartement zijn beperkte rechten van bijzondere aard. Het opstalrecht geldt daar als eigendomsrecht van bepaalde zaken in, op of boven een (andere) onroerende zaak (artikel 5:101), het appartementsrecht als een aandeel in ("mede-eigendom" van) een gebouw met toebehoren, meebrengend een complex van exclusieve gebruiksrechten (artikel 5:106). Huur wordt, ondanks artikel 1597 van het BW, niet als een beperkt recht beschouwd, maar als een persoonlijk recht.

Het stelsel der beperkte rechten is ook in die zin gesloten, dat de wettelijke bepalingen omtrent hun inhoud in beginsel dwingend van aard zijn. Wijken partijen bij overeenkomst af, dan zijn zij aan die bedingen wel zelf gebonden, tenzij de wet uitdrukkelijk de nietigheid daarover uitspreekt, maar in het algemeen binden dergelijke obligatoire bedingen niet hun rechtsopvolgers onder bijzondere titel: zulke bedingen hebben geen "zakelijke werking". Deze zakelijke werking hebben die bedingen alleen, waar de wet óf uitdrukkelijk afwijking van haar regels toelaat, óf de bedingen een zekere aanvulling op de wettelijke regels bevatten - in beide gevallen echter alleen, voor zover de bedingen in zodanig verband met het beperkte recht staan dat behandeling overeenkomstig wettelijke regels met zakelijke werking gerechtvaardigd is. Zo wordt voor de regeling van de inhoud van erfdiensbaarheden in het nieuwe recht aan door partijen vastgestelde regels ook met zakelijke werking ruim baan gelaten (zie artikel 5:73).

De vestiging van een beperkt recht kan in zekere zin worden gezien als een afsplitsing van het volle recht: na de vestiging blijft van dat volle recht voor de "hoofdgerechtigde" alleen het restant over. Daaruit volgt dat deze alleen nog over dat restant kan beschikken en dat elk volgend beperkt recht dat hij vestigt, in beginsel de eerder gevestigde rechten moet eerbiedigen (zie voor afwijkingen de artikelen 261 en 262). Hierin schuilt het belang van de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht, zoals deze in de tweede zin van lid 1 is geformuleerd. Zo kan een leverancier een zaak aan zijn afnemer overdragen onder voorbehoud van een pand- of hypotheekrecht - de afnemer verkrijgt dan van meet af aan "niet meer dan" de door dat zekerheidsrecht belaste zaak. In het bijzonder wordt daardoor bereikt dat een voorbehouden pandrecht een hogere rang heeft dan het bij voorbaat gevestigde pandrecht van bijvoorbeeld een bank op alle voorraden van de afnemer. Daarnaast komt bijvoorbeeld ook overdracht onder voorbehoud van vruchtgebruik voor; zie voor het huidige recht reeds HR 7-2-1979, NJ 1979, 551, mede van belang voor de fiscale consequenties. Deze overdracht onder voorbehoud moet worden gezien als één rechtshandeling - ze geschiedt bij één akte - die echter moet voldoen aan zowel de vereisten voor de overdracht van het "moederrecht" als voor de vestiging van het beperkte recht.

Wat voor de vestiging van een beperkt recht is vereist, volgt uit afdeling 3.4.2, waar, in artikel

98, de vereisten voor die vestiging worden gelijkgesteld met die voor overdracht van het goed dat met dat beperkte recht is bezwaard (zie voor afwijking bij de levering van een pandrecht de artikelen 236 e.v.).

Lid 2 geeft een opsomming van wijzen waarop een beperkt recht teniet kan gaan. Deze opsomming is niet uitputtend. Zo verbindt artikel 106 het tenietgaan van een beperkt recht aan de verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van een daarmee strijdige toestand. Executie door een pand- of hypotheekhouder heeft tot gevolg dat ook de lager dan het zekerheidsrecht gerangschikte beperkte rechten tenietgaan (artikelen 253 en 273). Gaat een vordering bijvoorbeeld door betaling teniet, dan deelt het daarvan afhankelijke recht van pand of hypotheek dat lot.

Omtrent de verschillende onderdelen zij het volgende opgemerkt.

Bij het tenietgaan van het recht waarvan het beperkte recht is afgeleid (onderdeel a), moet men denken aan het tenietgaan van het goed zelf als voorwerp van het recht: het tenietgaan of definitief verlies (zie de artikelen 18 en 19) van de zaak waarop het beperkte recht rust, enz. Als zulk tenietgaan geldt niet de overgang van dat recht op een rechtsopvolger: integendeel, voor een beperkt recht is juist karakteristiek dat het tegen zulk een overgang bestand is. Wél kan de wet in zulke gevallen bepalen dat het beperkte recht vervalt, zoals in de bovengenoemde voorbeelden van de executie; zie ook bijvoorbeeld artikel 86 lid 2 dat in de plaats komt van artikel 1182 lid 3. Een bijzonder geval biedt de regeling der zaaksvervanging, die onder andere bij vruchtgebruik, pand en hypotheek voorkomt (zie de artikelen 213 en 229): het beperkte recht op het oorspronkelijk daarmee belaste goed vervalt weliswaar, maar komt op het daarvoor in de plaats getreden goed te rusten.

In verband met onderdeel b zij eraan herinnerd dat de rechten van vruchtgebruik en van gebruik en bewoning uiterlijk met het overlijden van de rechthebbende eindigen (zie de artikelen 836 en 847 van het huidige BW en de artikelen 203 lid 2 en 226 lid 1).

Anders dan veelal voor het huidige recht wordt verdedigd, is afstand van een beperkt recht (onderdeel c) volgens het ontwerp een tweezijdige rechtshandeling: zowel de beperkt gerechtigde als de hoofdgerechtigde moet eraan meewerken. In artikel 98 worden de vereisten voor afstand met die voor overdracht gelijkgesteld. Over de zgn. relativiteit van de afstand zie bij lid 3.

In tegenstelling tot afstand is opzegging (onderdeel d) een eenzijdige rechtshandeling. Bij alle beperkte rechten kan de bevoegdheid tot opzegging worden bedongen; is het recht een registergoed, dan is zowel het beding als de uitoefening van de bevoegdheid vatbaar voor inschrijving, met alle gevolgen daarvan. Wettelijk zal de bevoegdheid worden toegekend bij erfpacht - zowel aan de eigenaar als aan de erfpachter (vgl. artikel 5:87) - en bij opstal (artikel 5:104, waarin artikel 5:87 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard). Opzegging kan nadeel toebrengen aan degene die op het beperkt recht op zijn beurt een beperkt recht, zoals vruchtgebruik of hypotheek, heeft. De beperkt gerechtigde kan dan slechts tezamen met de vruchtgebruiker opzeggen (artikel 207 lid 2, tweede zin), de hypotheekhouder kan door vernietiging krachtens artikel 45 voor zijn belangen waken.

In onderdeel e is de zakenrechtelijke vermenging bedoeld: het hoofdrecht (bijvoorbeeld eigendom) en het beperkte recht (bijvoorbeeld erfpacht) komen in een hand. Is het beperkte recht afhankelijk, dan doet de vermenging zich voor als het goed waarop het rust, in handen komt van de rechthebbende op het goed waaraan het is verbonden: een erfdiensbaarheid gaat door

vermenging teniet als de eigendom van het heersende erf en die van het dienende erf in één hand komen, een hypotheek gaat door vermenging teniet, als de schuldeiser eigenaar wordt van het met de hypotheek bezwaarde goed. Deze zakenrechtelijke vermenging is te onderscheiden van vermenging als wijze van overgang van de eigendom van roerende zaken die tot een zaak worden (artikelen 661 en 662 van het huidige BW; zie artikel 5:15), of, meer oneigenlijk, die niet langer als aan een bepaalde rechthebbende toebehorend te individualiseren zijn, en de verbintenisrechtelijke vermenging als wijze van tenietgaan van verbintenissen doordat de hoedanigheid van schuldeiser en schuldenaar in een persoon worden verenigd (artikelen 1457 van het huidige BW; zie artikel 6:161).

Over de relativiteit van de vermenging zie het volgende lid.

Afstand en vermenging, die een beperkt recht doen verdwijnen, zouden zonder nadere bepaling de positie van degenen die op het beperkte recht dan wel op het bezwaarde goed een beperkt recht hebben, niet onberoerd laten: de eersten zouden worden benadeeld, de anderen bevoordeeld. Lid 3 strekt ertoe dit effect te corrigeren. Voor een goed begrip van de bepaling kan men zich een drietal situaties indenken:

- a. Op het hoofdrecht rust een beperkt recht, op het beperkte recht rust op zijn beurt een beperkt recht van een ander. Bijvoorbeeld de situatie waarin op de eigendom van een perceel erfpacht rust, op de erfpacht een hypotheek of vruchtgebruik rust, en de erfpacht vervalt doordat ze in handen komt van de eigenaar van het perceel. De hypotheekhouder, respectievelijk vruchtgebruiker, wordt benadeeld.
- b. Aan een hoofdrecht is een afhankelijk recht verbonden; op het hoofdrecht rust een beperkt recht. Bijvoorbeeld de situatie waarin aan een (heersend) erf een erfdienstbaarheid verbonden is en op het heersende erf een hypotheek rust, of waarin aan een vordering een hypotheek is verbonden en op de vordering een pandrecht rust. Komt het dienende erf in handen van de eigenaar van het heersende erf, dan vervalt de erfdienstbaarheid, en wordt de hypotheekhouder benadeeld. Wordt de schuldeiser eigenaar van het met de hypotheek bezwaarde goed, dan vervalt de hypotheek, en wordt de pandhouder benadeeld.
- c. Op het hoofdrecht rusten twee (of meer) beperkte rechten die niet gelijk in rang zijn. Bijvoorbeeld de situatie waarin op een perceel een eerste en een tweede hypotheek rusten, of waarin een erfpacht en een hypotheek die de erfpacht moet respecteren. Vervalt de eerste hypotheek, respectievelijk de erfpacht, door vermenging, dan wordt de houder van de overblijvende hypotheek bevoordeeld.

De eerste zin van lid 3 heeft betrekking op de situaties a en b, de tweede zin op situatie c.

Lid 3 laat wel het tenietgaan van de beperkte rechten door afstand of vermenging in stand, maar relativeert het effect daarvan. De gedupeerden kunnen hun recht blijven uitoefenen, alsof het recht waarop het rustte nog bestond. Zo kunnen de in de voorbeelden van a en b bedoelde pand- en hypotheekhouders executeren alsof het verdwenen recht nog bestond. De bevoordeelde hypotheekhouder van voorbeeld c kan toch niet voor meer executeren dan het goed, alsof het nog met het oudere beperkte recht was bezwaard. Doet zich naderhand een omstandigheid voor die eveneens, doch op andere wijze, een einde zou hebben gemaakt aan het nu door vermenging of afstand vervallen recht, dan verliest lid 3 daarmee zijn werking. Zo bijvoorbeeld in voorbeeld c, wanneer de schuld waaraan de eerste hypotheek was verbonden, door betaling tenietgaat.

De relativering van de tweede zin strekt zich niet uit tot tenietgaan van het tussenliggende recht

door afstand: in de praktijk wordt afstand juist alleen gedaan om het lager gerangschikte recht te doen "opschuiven".

Het in lid 1 neergelegde "gesloten stelsel" van beperkte rechten wordt ook onder het huidige BW aanvaard; dat bevat echter geen regel omtrent het bij overdracht voorbehouden van zulke rechten. De in lid 2 genoemde gronden van tenietgaan van beperkte rechten gelden ook nu in grote lijnen, doch de regels daaromtrent duiken verspreid in de wetgeving op, en afstand wordt thans gewoonlijk als een eenzijdige rechtshandeling beschouwd. Dat afstand en vermenging de in lid 3 omschreven relatieve werking hebben, wordt ook onder het huidige recht wel aanvaard, zij het dat de wet hiervoor thans slechts een enkel steunpunt biedt (artikel 1234).

Artikel 82

Afhankelijke rechten zijn in artikel 7 reeds omschreven. Pand en hypotheek zijn afhankelijk van de vordering die zij tot zekerheid dienen. Een erfdiensbaarheid is afhankelijk van het heersende erf. Een opstalrecht kan afhankelijk zijn van een ander recht op een zaak (zie artikel 5:101 lid 2). Het spreekt wel vanzelf dat deze afhankelijke rechten het recht waaraan zij zijn gebonden, volgen als het hoofdrecht overgaat op een ander, op welke wijze dan ook - overdracht, vererving, toedeling, onteigening. Afzonderlijke levering is daartoe niet vereist - hypotheekrecht gaat zodoende van rechtswege op de cessionaris van de vordering over. Omgekeerd is afzonderlijke overdracht enz. van het afhankelijke recht niet mogelijk. Retentierecht, eigendom tot zekerheid en eigendomsvoorbehoud worden niet als afhankelijke rechten beschouwd (vgl. HR 18-2-1994, NJ 1994, 462). Is het afhankelijke recht een registergoed, zoals hypotheek of erfdiensbaarheid, dan is de overgang wel overeenkomstig artikel 17 voor inschrijving in de openbare registers vatbaar, met alle in afdeling 3.1.2 geregelde consequenties daarvan.

Afdeling 3.4.2 - Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten

De afdeling bevat de regeling omtrent de vereisten die worden gesteld aan de overdracht van goederen als een van de wijzen waarop goederen worden verkregen (zie artikel 80, leden 1 en 3). Als eerste vereiste komt in aanmerking de hoedanigheid van overdraagbaarheid van het goed zelf (artikel 83). De overdracht als de bewerkstelligde overgang van een overdraagbaar goed moet zelf voldoen aan een drietal vereisten: levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde (artikel 84). Daarin wordt de levering gezien als het complex van vereiste feitelijke - juridische handelingen die leiden tot de overdracht, mits ook aan de vereisten van titel en beschikkingsbevoegdheid is voldaan. Aldus gezien is de levering niet meer een synoniem van de overdracht, zoals voor het huidige recht, bijvoorbeeld op grond van artikel 635, pleegt te worden aangenomen - onder het nieuwe recht wordt het begrip beperkter genomen. Zo kunnen toekomstige goederen wel worden geleverd (artikel 97), al is de overdracht eerst voltooid op het tijdstip waarop de vervreemder tot beschikking bevoegd is geworden. Dat er verschil is tussen levering en overdracht blijkt mede daaruit dat levering ook een vereiste is voor vestiging en afstand van een beperkt recht (artikel 98) en dat tevens zal worden voor de voltooiing van toedeling van een goed uit een gemeenschap (artikel 186).

Artikel 84 bevat voorts een enkele bepaling omtrent de vereisten die aan de titel worden gesteld en omtrent de levering onder voorwaarde - artikel 85 bevat enige regels omtrent overdracht

onder tijdsbepaling.

De artikelen 86 tot en met 88 regelen hoe het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder onder omstandigheden kan worden geheeld door de goede trouw van de verkrijger, thans de materie van de bekende, om niet te zeggen beruchte, artikelen 1998 en, ten dele, 1894 BW.

De artikelen 89 tot en met 95 geven voor de verschillende groepen goederen aan welke vereisten voor levering telkens worden gesteld, met bijzondere aandacht voor de vereisten voor - en de rechtsgevolgen van - levering van roerende zaken onder opschortende voorwaarde en eigendomsvoorbehoud (artikelen 91 en 92).

Artikel 96 bepaalt hoe een aandeel in een goed kan worden geleverd, artikel 97 geeft de mogelijkheden en grenzen van levering van toekomstige goederen aan.

Artikel 98 ten slotte doet het in de afdeling voor overdracht van een goed bepaalde in beginsel mede gelden voor de vestiging, overdracht en afstand van beperkte rechten.

Artikel 83 lid 1, bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten in beginsel overdraagbaar zijn, lid 2 dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten bij beding kan worden uitgesloten. Een zodanig beding kan derhalve niet geldig voor eigendom en beperkte rechten worden gemaakt - met andere woorden men kan hen niet buiten de handel brengen, tegenover de derdeverkrijger kan op het beding geen beroep worden gedaan. De ongeldigheid brengt mee dat ook ongeldig is een beding dat de overdracht aan toestemming onderwerpt. De wet kan hierop een uitzondering maken wanneer daaraan een gerechtvaardigde behoefte bestaat (aldus voor erfpacht artikel 5:91 lid 1, van overeenkomstige toepassing op zelfstandige opstal volgens artikel 5:104 lid 2).

Ook de vraag of een vordering vatbaar is voor overdracht, wordt mede tegenover derdeverkrijgers bepaald door de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeit, en derhalve, in geval die rechtsverhouding een overeenkomst is, door hetgeen partijen bij die overeenkomst over en weer hebben bedongen; aldus HR 29-1-1993, NJ 1994, 171, in het geval van een niet uitdrukkelijk gemaakt, maar mogelijk bestendig gebruikelijk beding; zie in dit verband mede de toelichting op de artikelen 35 en 36.

Wel kan een formele wet overdraagbaarheid van een beperkt recht of een vorderingsrecht uitsluiten, zoals voor de rechten van gebruik en bewoning is geschied (artikelen 852 en 856 van het BW; vgl. artikel 226 lid 4), en voor wat vorderingsrechten betreft, de loonvordering (artikel 1614g lid 2 van het BW).

Eveneens kan de aard van een recht zich tegen overdraagbaarheid verzetten. Bij de beperkte rechten is dat het geval als het recht afhankelijk is van een ander recht, zoals pand en hypotheek van een vorderingsrecht, en een erfdienstbaarheid van het recht op het heersende erf: deze beperkte rechten kunnen niet afzonderlijk worden overgedragen, maar volgen het recht waaraan zij zijn verbonden (artikel 82). Vorderingsrechten die naar hun aard niet overdraagbaar zijn, zijn die welke aan de persoon van de schuldeiser zijn gebonden, zoals het recht op levensonderhoud en een persoonlijke opdracht.

Bevoegdheden - wilsrechten - zijn geen vorderingsrechten. Kunnen zij echter door de enkele uitoefening in een vorderingsrecht worden omgezet, zoals een koopoptie, dan zijn zij zelf als vermogensrecht, gelijkstaand met een vorderingsrecht, te beschouwen.

Volgens lid 3 zijn andere vermogensrechten dan de in lid 1 genoemde niet overdraagbaar, tenzij

een wet anders bepaalt - men denke bijvoorbeeld aan bepaalde vergunningen. Van de meer privaatrechtelijke rechten, zoals octrooi en auteursrecht, heeft de wetgever de overdraagbaarheid geregeld. Dat is ook het geval met aandelen in een naamloze vennootschap; de overdracht van aandelen op naam kan door een statutaire blokkeringsregeling worden beperkt. Overdraagbaarheid van het deelgenootschap in een maatschap kan contractueel worden geregeld (zie HR 6-2-1935, p. 1513), voor die van het aandeel in een gemeenschap onder nieuw recht zie de artikelen 175 lid 1 en 191 lid 1.

Geoorloofde uitsluiting en beperking van de overdraagbaarheid van bepaalde rechten, zoals vorderingsrechten, door contractuele of statutaire regelingen werkt in beginsel tegen de verkrijger - cessionaris, pandhouder -, maar betekent niet dat daarop nimmer beslag kan worden gelegd - men zie bijvoorbeeld artikel 619 lid 1 onderdeel 3°, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten aanzien van derdenbeslag. Aldus HR 29-1-1993, NJ 1994, 171. Een desbetreffend beding leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de crediteur, maar tot ongeldigheid wegens onoverdraagbaarheid van de vordering zelf (HR 17-1-2003, NJ 2004, 281). Wordt in weerwil van of zonder inachtneming van zulk een contractuele of statutaire regeling het recht niettemin aan een derde overgedragen, dan kan deze bescherming vinden in artikel 36 indien aan de vereisten daarvan is voldaan.

Is een recht wegens zijn aard of op grond van de wet niet overdraagbaar, dan doet deze problematiek zich uiteraard niet voor: de onoverdraagbaarheid treft dan elke verkrijger.

Het stelsel dat in artikel 83 is neergelegd, wordt althans in grote lijnen ook voor het huidige recht aanvaard, al is het niet met zoveel woorden in het wetboek geformuleerd.

Artikel 84 lid 1 somt de vereisten op waaraan een overdracht - en krachtens artikel 98 ook de vestiging en de afstand van een beperkt recht - moet voldoen: de levering, de beschikkingsbevoegdheid en de titel.

Zoals reeds in de inleiding op deze afdeling is vermeld, betekent de term "levering" in het ontwerp (het geheel van) de feitelijk-juridische handeling(en) waardoor de overdracht wordt voltrokken, indien ook aan de andere vereisten is voldaan. De juridische component daarvan is de medewerking van partijen over en weer aan de levering: aan een akte (artikelen 89, 94 en 95), aan inbezitstelling of aan het in de macht brengen van het over te dragen goed (artikelen 90 tot en met 93). Deze component, in de literatuur wel aangeduid als "zakelijke overeenkomst", stempelt de levering tot een rechtshandeling die onderworpen is aan de bepalingen van titel 3.2: de ene partij verklaart over te dragen, de wederpartij verklaart de overdracht te aanvaarden. Zo moeten partijen niet alleen bij het sluiten van een overeenkomst - als titel van overdracht - handelingsbekwaam zijn, maar ook bij de rechtshandeling der levering die hun medewerking, zoals het tot stand komen van de akte, vereist. Vgl. HR 29-6-2001, NJ 2001, 662 en HR 13-7-2001, NJ 2001, 506. Voor de component van de levering die zulke medewerking niet vereist, zoals de inschrijving der akte (zie artikel 89 lid 1, tweede zin), geldt dat vereiste niet; hier ligt derhalve een verschil met het vereiste der beschikkingsbevoegdheid - zie hieronder. Zo wordt de inschrijving ook niet verhinderd door het overlijden van een der partijen.

Een gebrekkige levering verhindert de overgang van het goed. Aldus bijvoorbeeld het ontbreken van de inschrijving van de akte van overdracht van een registergoed in de openbare registers; derde-verkrijgers worden door de artikelen 25 en 26 tegen onjuistheden in de inschrijving beschermd.

Beschikkingsbevoegdheid - de bevoegdheid om een goed te vervreemden en te bezwaren - komt in de regel uitsluitend de rechthebbende op het goed toe; is deze gehuwd, dan is diegene der echtgenoten beschikkingsbevoegd, die overeenkomstig Boek 1 van het BW tot het bestuur over het goed bevoegd is. De wettelijk vertegenwoordiger treedt voor de onbekwame rechthebbende op. Bewind, faillissement en surséance van betaling beperken of verhinderen elk op eigen wijze de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende. Beslaglegger, faillissementscurator en pand- en hypotheekhouder zijn in geval van executie beschikkingsbevoegd.

De beschikkingsbevoegdheid moet in beginsel bestaan tijdens de levering. Verliest de vervreemder zijn beschikkingsbevoegdheid vóór de voltooiing der levering, dan kan - in beginsel - de overdracht niet meer rechtsgeldig geschieden - aldus vooral in geval van faillissement (vgl. artikel 35 van de Nederlandse Faillissementswet; voorgesteld zal worden het qua strekking hiermee overeenstemmende artikel 31 van de Faillissementswet 1935 in de aanpassingswetgeving te verduidelijken) en surséance van betaling, waarbij eraan herinnerd wordt dat de faillietverklaring reeds werkt vanaf (de aanvang van) de dag waarop ze wordt uitgesproken (artikel 20 van de Faillissementswet 1935); de faillissementscurator kan de levering evenmin voltooien (HR 14-7-2000, NJ 2001, 685). Ook wanneer de overdracht overeenkomstig artikel 91 onder opschortende voorwaarde geschiedt, moet de beschikkingsbevoegdheid op het tijdstip van de levering, niet op dat van de vervulling der voorwaarde, bestaan; zie de aantekening bij het artikel.

Levering van toekomstige goederen wordt door artikel 97, met uitsluiting van bepaalde soorten goederen, niettemin toegelaten. Op het tijdstip der levering kan de vervreemder nog niet beschikkingsbevoegd zijn. Zijn beschikkingsbevoegdheid is alsdan vereist op het tijdstip waarop het goed ophoudt (voor hem) toekomstig te zijn, dat wil zeggen het tijdstip waarop hij zelf verkrijgt; is hij dan failliet, dan is geldige overdracht niet meer mogelijk - zie de aantekening bij artikel 97.

Ontbreekt de beschikkingsbevoegdheid op het tijdstip der levering, ofschoon zij op dat tijdstip is vereist, maar wordt zij later alsnog verkregen, dan kan de overdracht met terugwerkende kracht overeenkomstig artikel 58 worden bekrachtigd.

Het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid heeft niet steeds ongeldigheid van de overdracht tot gevolg. Zo hebben de artikelen 24 tot en met 26 mede gevallen op het oog waarin het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid van een vervreemder van een registergoed niet tegen een verkrijger kan worden ingeroepen. Op het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid toegesneden zijn de hierna volgende artikelen 86 tot en met 88, die overdracht ondanks het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder geldig verklaren, mits tenminste de verkrijger te goeder trouw is.

Voor de toepassing van deze artikelen 84 tot en met 86 is het van belang in het oog te houden dat de beschikkingsonbevoegdheid uit geheel verschillende bronnen kan voortvloeien. Beschikkingsonbevoegd zijn uiteraard de dief en de vinder zolang zij geen eigenaar zijn geworden, maar in beginsel ook degenen die slechts houder van het goed zijn, zoals de huurder, lener, vruchtgebruiker (zie artikel 111). Een andere categorie wordt gevormd door vervreemders die het goed zelf op grond van een gebrekkige overdracht hebben verkregen - "hun" vervreemder was onbevoegd, de titel was nietig, van den beginne af of door vernietiging, de levering deugde niet, de vervreemder kon indertijd zelf niet verkrijgen ex artikel 86 of 88 omdat zijn goede trouw

ontbrak. De werking van artikel 88 beperkt zich tot gevallen van deze laatste categorie.

De titel is de rechtsgrond die de overdracht rechtvaardigt. Meestal is dat een tot de overdracht verplichtende verbintenis uit overeenkomst, maar de verbintenis kan ook op bijvoorbeeld legaat of op de wet berusten; bij dit laatste denke men in het bijzonder aan de verbintenissen uit onverschuldigde betaling en tot ongedaanmaking na ontbinding van de overeenkomst, maar ook aan de verbintenis tot schadevergoeding, eventueel in natura. Niet alleen een verbintenis, maar ook een zgn. do-ut-des-verhouding kan een titel opleveren: zo'n verhouding bestaat als de ene partij een goed onverplicht aan een ander overdraagt, in de verwachting dat die ander op zijn beurt een prestatie zal leveren, ofschoon ook hij daartoe niet is verplicht, doch dit wel doet.

Zonder geldige titel geen geldige overdracht - het wettelijk stelsel blijft "causaal" (voor een zeer specifieke uitzondering zie artikel 6:211). Berust de titel op een rechtshandeling, zoals een overeenkomst of legaat, dan kan hij geldigheid missen of deze ook, door vernietiging, met terugwerkende kracht verliezen, als gevolg van titel 3.2 of elders in de wet, in het bijzonder in het overeenkomsten- en erfrecht, gestelde vereisten.

Het ontbreken van de titel sleept de overdracht in zijn val mee - de verkrijging is ongeldig -, en heeft dan ook tot gevolg dat de "verkrijger" beschikkingsonbevoegd is, dat wil zeggen in beginsel niet op zijn beurt het verkregen goed kan overdragen of bezwaren. Het nieuwe recht biedt tegen dat bezwaar van het causale stelsel aan derden-verkrijgers die hun recht van de pseudo-verkrijger afleiden, betere bescherming dan het bestaande. Het ontnemt terugwerkende kracht aan de vervulling van de voorwaarde (artikel 38 lid 2) en zakelijke werking en terugwerkende kracht aan de ontbinding van de overeenkomst (artikelen 6:269 en 6:271). Tegen de beschikkingsonbevoegdheid van degene die zelf zonder geldige titel heeft verkregen, wordt de derde-verkrijger krachtens de artikelen 86 tot en met 88 en, voor registergoederen, de artikelen 24 tot en met 26, beschermd, ook hier in verschillende opzichten beter dan de artikelen 1894 en 1998 van het BW thans doen.

Herinnerd zij tot slot aan artikel 58: een overdracht die aanvankelijk ongeldig was wegens het ontbreken van een van de in lid 1 genoemde vereisten, kan achteraf en met terugwerkende kracht door bekrachtiging geldig worden.

Lid 2 stelt het vereiste van bepaaldheid van het over te dragen goed: het goed moet bij de titel zijn omschreven. Dat betekent dat de nadere bepaling niet aan een partij of een derde kan worden overgelaten, zoals dat bij de bepaling van verbintenissen uit een overeenkomst in het algemeen wel kan (vgl. artikel 6:227). Wel is, in het bijzonder voor levering van toekomstige goederen, voldoende dat zij - objectief - bepaalbaar zijn, te identificeren op het tijdstip waarop de vervreemder hen verkrijgt. "Alle toekomstige goederen", of ook "alle toekomstige vorderingen", is een omschrijving die deze eigenschap mist, wél voldoende bepaald is de omschrijving "alle, ten tijde van de overdracht bestaande vorderingen", of "alle toekomstige vorderingen uit een bestaande rechtsverhouding" (vgl. artikel 239 lid 1), of "alle toekomstige machines die in het bedrijf van de vervreemder zullen komen" (HR 22-5-1953, NJ 1954, 189, Sio-De Jong). Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat (HR 14-10-1994, NJ 1995, 447).

In het Nederlandse BW bevat artikel 84 in zijn derde lid de regel dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid, of die de strekking mist het goed na de

overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel van overdracht van dat goed is. Het doel van deze regel is om voor de praktijk zowel de eigendom tot zekerheid als de trust uit te sluiten, in de veronderstelling dat het nieuwe wetboek daarvoor betere alternatieven biedt. In beide gevallen biedt de eigendom de rechthebbende immers meer bevoegdheden dan hij nodig heeft voor zijn beperkte doel - bij de eigendom tot zekerheid de positie van separatist in faillissement en de hoge voorrang bij executie, bij de trust de bevoegdheid tot exclusief beheer. In deze behoeften zou worden voorzien door een wettelijke regeling van enerzijds het stille pandrecht, anderzijds het bewind. Naast deze wettelijke regelingen zouden extra bevoegdheden die aan een eigenaar toekomen, slechts storend werken, zoals een lange reeks van jurisprudentie over de eigendom tot zekerheid heeft aangetoond.

In Nederland is de wettelijke regeling van het stille pandrecht inderdaad totstandgekomen, en wel in de artikelen 237 voor het pandrecht op roerende zaken en vorderingen aan toonder en 239 voor dat op rechten - vooral vorderingen - op naam, met enige verdere bijzondere voorzieningen in de regeling van het pandrecht in afdeling 3.9.2 en die van het verhaalsrecht op goederen in titel 3.10.

Invoering van deze regeling heeft het onmiskenbare voordeel van een hoge mate van rechtszekerheid, al heeft de Hoge Raad daartoe in enkele gevallen nog moeten ingrijpen (HR 14-10-1994, NJ 1995, 447, inzake de vorm van registratie, HR 17-2-1995, NJ 1996, 471, inzake de positie van de houder van een stil pandrecht op een vordering die na faillietverklaring van de pandgever, doch vóór de mededeling van de verpanding aan de debitor cessus, wordt betaald, en HR 19-5-1995, NJ 1996, 119 (Sogelease), over de vraag of een zgn. sale-and-leaseback-constructie door de regel van artikel 84 lid 3 van het Ned. BW wordt getroffen). Blijkens het tweede arrest kan de stille pandhouder in faillissement een beperkt nadeel lijden ten opzichte van de cessionaris tot zekerheid, anderzijds is het (stille) pandrecht, anders dan de eigendom tot zekerheid, een afhankelijk recht dat bij overdracht van de vordering op de verkrijger daarvan van rechtswege overgaat, en kan op een reeds verpand goed een opvolgend pandrecht worden gevestigd, hetgeen bij de eigendom tot zekerheid niet kan - eigendom tot zekerheid, gevestigd op een reeds tot zekerheid overdragen zaak kan in het geval van faillissement van de schuldenaar of van aan hem verleende surséance van betaling niet tegen de curator, respectievelijk de bewindvoerder worden ingeroepen.

De voordelen die zij biedt, leiden ertoe de wettelijke regeling van het stille pandrecht ook hier te lande in te voeren - met uitzondering van het in Nederland voorgeschreven vereiste van registratie (zie de toelichting op de artikelen 237 en 239).

Dit behoeft echter niet mee te brengen dat ook, als in Nederland, in artikel 84 de eigendom tot zekerheid als geldige rechtsfiguur wordt uitgesloten. De eigendom tot zekerheid werkt hier te lande immers bevredigend en behoeft daarom niet te worden uitgebannen. De Staat kan, gelet op zijn positie in het internationale handelsverkeer, niet het risico lopen dat een zekerheidsconstructie met betrekking tot bijvoorbeeld (onderdelen van) een vliegtuig waarop het hier te lande geldende recht van toepassing is, als strijdig met het fiduciaverbod en daarom als ongeldig moet worden bestempeld. Weliswaar heeft de Hoge Raad bij bovengenoemd arrest van 19-5-1995, NJ 1996, 119 het effect van dat verbod op de sale and financial lease back geminimaliseerd, maar discussies over grensgevallen kunnen beter volledig worden voorkomen.

Voorgesteld wordt derhalve in artikel 84 de eigendom tot zekerheid niet uit te sluiten. Voor de toelating van de zekerheidsoverdracht van roerende zaken en rechten aan order en toonder is dit

voldoende. Niet voldoende is dat echter voor de toelating van stille zekerheidscessie van rechten op naam, aangezien mededeling aan de schuldenaar volgens artikel 94 lid 1, - in afwijking van artikel 662 thans - een constitutief vereiste wordt voor de cessie in het algemeen; bij artikel 94 lid 3 wordt derhalve uitdrukkelijk cessie tot zekerheid zonder zulke mededeling geldig verklaard. Hier komt bij dat wordt voorgesteld om – anders dan in Nederland, maar in overeenstemming met het BW van de Nederlandse Antillen – de trust te introduceren in titel 3.6.

Daarnaast is ervan afgezien een uitgewerkte wettelijke regeling van de zekerheidsoverdracht en haar gevolgen te ontwerpen. Mede gelet op de stroom van jurisprudentie omtrent dat onderwerp enerzijds, en de invloed van de nieuwe bepalingen omtrent het stille pandrecht anderzijds, stuit het ontwerpen van zulk een regeling op onevenredig grote praktische bezwaren. Overigens bevat het ontwerp wel enkele bepalingen die betrekking hebben op de positie van degene die constituto possessorio een zaak verkrijgt, en die daarom ook voor de eigenaar tot zekerheid van belang zullen zijn; men zie behalve artikel 111, de artikelen 90 lid 2 en 284 lid 2 derde zin, alsmede de toelichting daarop, en ook artikel 7:42.

Anderzijds mag worden verwacht dat het stil pandrecht, eenmaal ingevoerd, uiteindelijk ook hier te lande gemeengoed zal worden. Het stil pandrecht verschaft immers meer rechtszekerheid dan de niet wettelijk geregelde eigendom tot zekerheid en is in dat opzicht voor de kredietverschaffer aantrekkelijker, temeer nu hier te lande de eis van registratie van pandakten niet zal worden gesteld. Het is niet ondenkbaar dat de standaardformulieren voor het vestigen van stil pandrecht, die door Nederlandse banken gehanteerd worden, binnen afzienbare tijd ook hier zullen worden gebruikt.

Voor het overige zal de positie van de eigendom tot zekerheid in de toekomst, evenals thans, voor zover daarover geschillen ontstaan, door de rechter moeten worden ontwikkeld. Deze jurisprudentie zal hierbij, door het ontbreken van het fiduciaverbod, niet zonder meer die van Nederland kunnen volgen. De kern van de rechtspositie van de eigenaar tot zekerheid ligt in diens bevoegdheid zich door executie met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen, evenals bij pand volgens artikel 235, de bevoegdheid tot toe-eigening uitsluit, aldus het meergenoemde arrest HR 19-5-1995, NJ 1996, 119. Zou hieraan te kort worden gedaan, dan kan nadere wetgeving worden overwogen. De voor het stille pandrecht uitgewerkte regeling zal voorts de rechter houvast kunnen bieden bij de oplossing van problemen die zich in de toekomst bij de eigendom tot zekerheid kunnen voordoen, al zal de vergelijkbaarheid van beide rechtsfiguren niet per definitie tot dezelfde uitkomst behoeven te leiden - verwezen zij naar de hierboven reeds aangegeven verschillen in rechtsgevolgen.

Het eigendomsvoorbehoud wordt in Nederland op zichzelf niet getroffen door het fiduciaverbod van het daar geldende artikel 84 lid 3. Wel echter verhindert daar artikel 92 lid 2 in een speciale regel dat een "verlengd eigendomsvoorbehoud" - dat wil zeggen geldend voor andere vorderingen dan die rechtstreeks uit de aanschaf van de zaak zelf voortvloeien - omslaat in zekerheidseigendom. Zulk een regel heeft hier te lande, waar de geldigheid van deze eigendom niet wordt aangetast, geen goede zin, en in het ontwerp is die dan ook niet opgenomen.

In Nederland verhindert artikel 84 lid 3 niet alleen het ontstaan van eigendom tot zekerheid, doch ook "eigendom ten titel van beheer". Titel 3.6, de titel inzake het bewind, die de behoefte aan zulk een eigendom zou kunnen opvangen, is in Nederland echter niet ingevoerd wegens de complicaties die hij meebrengt; wel is daar in Boek 7 een artikel 423 ingevoegd dat de

gelegenheid biedt om aan een lasthebber die op eigen naam handelt, de bevoegdheid toe te kennen met uitsluiting van de lastgever een aan deze toekomend recht uit te oefenen - aldus wordt in hoge mate aan de behoefte aan bewind voldaan. Voor zover artikel 84 lid 3 dit onderwerp betreft, wordt het in Nederland zo beperkt uitgelegd dat het weinig of niets toevoegt aan hetgeen zonder die bepaling ook reeds geldt - namelijk dat men het recht op een goed niet zodanig kan insnoeren dat met zakenrechtelijk gevolg, anders dan door het vestigen van door de wet erkende beperkte rechten, de rechthebbende in de uitoefening van de hem wettelijke toekomende rechten wordt beperkt, of, omgekeerd, derden verhaal op het goed wordt ontzegd. Niet uitgesloten zijn contractuele constructies die slechts obligatoir en geen zakenrechtelijk gevolg hebben. Wel is ongeldig een trustconstructie die de eigendom van een goed zelf zou opsplitsen en die verder gaat dan afsplitsing van een door de wet geregeld beperkt recht. Gegeven enerzijds deze beperkte strekking en anderzijds de positie van Suriname in het internationale rechtsverkeer, wordt voorgesteld ook het "trustverbod" niet in het ontwerp op te nemen, in tegendeel: om de trust te regelen in titel 3.6.

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat in het ontwerp het Nederlandse artikel 84 lid 3 ontbreekt, en dat artikel 84 lid 3 van het ontwerp overeenstemt met artikel 84 lid 4 van het Ned. BW.

Met betrekking tot lid 3 zij nog het volgende opgemerkt. Overdracht kan, als rechtshandeling, onder voorwaarde plaatshebben - artikel 38. Door de vervulling van de voorwaarde gaat het goed van rechtswege over, hetzij naar de verkrijger (opschortende voorwaarde), hetzij terug naar de vervreemder (ontbindende voorwaarde). Deze overgang heeft weliswaar geen terugwerkende kracht (artikel 38 lid 2), maar wel zakelijke werking: rechten van derden na de levering verkregen van de partij die door de vervulling der voorwaarde haar recht verliest, worden niet gerespecteerd, tenzij de derde zich op een bepaling van derdenbescherming - artikel 24, 36 of 86, respectievelijk 88 - kan beroepen.

Voorwaardelijke overdracht kan het gevolg zijn van een titel die tot zulk een overdracht verplicht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij levering onder eigendomsvoorbehoud, die de eigendom door betaling van de (koop)schuld doet overgaan (artikelen 91 en 92); alsdan is de titel, de verbintenis, zelf niet aan een voorwaarde onderworpen, maar alleen de overdracht. Het is echter ook mogelijk dat de titel zelf, bijvoorbeeld de verbintenis van de verkoper, voorwaardelijk is: hij is tot de verkoop alleen verplicht, wanneer de opschortende voorwaarde wordt vervuld, of de verkoop gaat teniet, als de ontbindende voorwaarde wordt vervuld. Op deze situatie heeft lid 4 betrekking: is reeds vóór de vervulling der voorwaarde geleverd, dan is het aldus verkregen recht aan dezelfde voorwaarde gebonden, met de gevolgen daarvan, ook als de levering zelf niet uitdrukkelijk onder voorwaarde is geschied.

Lid 1 van artikel 84 vindt zijn equivalent in het artikel 639 (slot) van het huidige BW. Lid 2 is, in het bijzonder met betrekking tot de cessie van vorderingen, ruimer dan thans wordt aangenomen (zie HR 24-10-1980, NJ 1981, 265; vgl. de toelichting op de artikelen 94 en 97), lid 3 wijkt, althans ten opzichte van de eigendomsoverdracht tot zekerheid, af van het tegenwoordige recht, dat ook de in lid 4 gelegen precisering mist.

Ook **artikel 85** bevat bepalingen omtrent de titel der overdracht, de verbintenis. Deze kan inhouden dat een recht moet worden overgedragen onder ontbindende tijdsbepaling (lid 1) of

onder opschortende tijdsbepaling (lid 2). Het artikel transposeert zo'n titel in een, op grond waarvan het tijdelijk vruchtgebruik van het over te dragen recht voor die tijd wordt gevestigd: degene wiens recht aan die tijd is gebonden - bij de ontbindende tijdsbepaling de verkrijger, bij de opschortende tijdsbepaling de vervreemder - heeft een recht van vruchtgebruik. Hij moet als vruchtgebruiker rekening houden met zijn opvolger en is beperkt in zijn bevoegdheden, in het bijzonder die tot vervreemden en bezwaren. In het geval van de opschortende termijn zal de levering aldus kunnen geschieden dat de vervreemder zich het vruchtgebruik voorbehoudt; zie artikel 81 lid 1, tweede zin, met de daarbij gegeven toelichting.

Aan het vruchtgebruik zal de bevoegdheid tot vervreemding en vertering kunnen worden verbonden (zie artikel 215).

Bij het overlijden van de vruchtgebruiker eindigt het vruchtgebruik (artikel 836, onderdeel 1°, van het thans geldende BW; vgl. artikel 203 lid 2). Deze regel geldt mede voor het vruchtgebruik van artikel 85. Ware het anders, dan zou de regel die het vruchtgebruik niet langer doet lopen dan het leven van de vruchtgebruiker kunnen worden ontgaan en een vruchtgebruik voor een nagenoeg onbeperkte periode kunnen worden gevestigd. In de praktijk zal het overlijden van de vruchtgebruiker ook veelal als het einde van de termijn zijn bedoeld. Rust het vruchtgebruik op een registergoed, dan is het einde van het recht een feit dat voor inschrijving in de openbare registers vatbaar is - artikel 17, onderdeel c - met de gevolgen van dien.

In het huidige recht komen de bepalingen van artikel 85 niet voor.

De **artikelen 86 tot en met 88** regelen hoe ondanks het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder door overdracht een goed kan worden verkregen. Op grond van artikel 98 gelden deze regels van derdenbescherming mede voor de vestiging, overdracht en afstand van beperkte rechten door een onbevoegde partij, zij het dat voor het pandrecht eigen, doch verwanter, regels zullen gelden (artikel 238).

Artikel 86, met een aanvulling in artikel 87, heeft betrekking op roerende zaken die geen registergoederen zijn, en rechten aan order en toonder die door bezitsverschaffing e.d. zijn geleverd, (en, ingevolge artikel 98, derhalve mede voor het vruchtgebruik op deze goederen), artikel 88 op deze goederen, indien zij door akte zijn geleverd, en voorts op alle andere goederen. Artikel 86 komt in de plaats van artikel 1998 BW - in de Nederlandse rechtsliteratuur wordt het wel "het nieuwe artikel 2014" genoemd - en volgt in zijn hoofdlijnen ook de aan de hand van dat artikel ontwikkelde jurisprudentie en doctrine. Niettemin zijn er afwijkingen: lid 2 van artikel 1998 BW wordt bijvoorbeeld vervangen door een ten dele andere regeling alleen voor gestolen goederen, terwijl de beperkte bescherming voor op markt of veiling gekochte goederen van artikel 637 zal vervallen.

De bescherming die artikel 88 biedt, is minder volledig dan die van artikel 86. Behalve de algemeen geldende bepaling van derdenbescherming van artikel 36, is er voor registergoederen echter ook de regeling van de artikelen 24 tot en met 26 die derden-verkrijgers beschermt.

De winst die de voorgestelde regeling belooft, schuilt in de rechtszekerheid. De geldende regeling is fragmentarisch en gebrekkig, de nieuwe is veel meer systematisch opgezet en met een duidelijker oog voor de belangen van het moderne rechtsverkeer.

Evenals onder het huidige recht kan de goede trouw van de verkrijger alleen het ontbreken van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder helen. Voor het overige moet de overdracht aan alle vereisten voldoen: het goed moet overdraagbaar zijn, respectievelijk de beperkingen van

de overdraagbaarheid moeten in acht zijn genomen (zie de toelichting bij artikel 83), de titel moet geldig zijn - maar onder het nieuwe recht zal hij niet meer met terugwerkende kracht kunnen vervallen door vervulling van een voorwaarde en in het geheel niet meer door ontbinding wegens wanprestatie - en de vereisten voor levering moeten zijn vervuld (zie de toelichting op artikel 84).

Artikel 86 lid 1, preciseert in de eerste plaats op welke goederen het artikel betrekking heeft en tot welk type van levering het is beperkt.

De omschrijving van roerende zaken is te vinden in artikel 3 lid 2, in samenhang met de artikelen 2 en 3 lid 1. Het artikel geldt, evenmin trouwens als thans artikel 1998 BW, voor in de registers ingeschreven schepen en luchtvaartuigen, die onder het nieuwe recht tot de registergoederen behoren (artikel 10).

Behalve op roerende zaken, niet-registergoederen, is het artikel mede van toepassing op rechten aan toonder en aan order, waarbij bedacht moet worden dat voor wissels, orderbriefjes en cheques het Wetboek van Koophandel eigen vereisten stelt, die overigens in hoofdlijnen met die voor andere toonder- en orderrechten samenvallen. Het artikel geldt derhalve zonder meer voor bijvoorbeeld toonderaandelen en -obligaties en bankbiljetten.

Ten aanzien van de wijzen van levering beperkt lid 1 het toepassingsgebied tot die van de artikelen 90, 91 en 93, inzake de verschaffing van het bezit van de zaak (artikel 90), de verschaffing van de macht over de zaak bij levering onder opschortende voorwaarde (artikel 91) en de verschaffing van het bezit van of de macht over het papier waarin het recht aan de order of toonder is belichaamd (artikel 93). Er wordt hier derhalve geen bescherming verleend aan de verkrijger die van de vervreemder geen bezit of feitelijke macht verkrijgt, zoals de verkrijger van een gevonden, gestolen of verduisterde zaak, aan wie de zaak overeenkomstig artikel 95 door middel van een akte wordt geleverd.

Verkrijging overeenkomstig artikel 90 vereist verschaffing van bezit. Uit het vervolg zal blijken dat het voor de toepassing van artikel 86 van essentieel belang is, in de eerste plaats of de onbevoegde vervreemder zelf bezitter dan wel houder is, en in de tweede plaats of aan de verkrijger te goeder trouw het bezit al dan niet "constituto possessorio" wordt verschaft.

Bezitsverschaffing kan geschieden zowel door een bezitter als door een houder die krachtens een rechtsverhouding met de bezitter de zaak onder zich heeft; over het vereiste van bezitsverschaffing in verband met de levering van toekomstige zaken zij verwezen naar de toelichting op artikel 97. Aangezien het maatschappelijk leven veelvormig is, dient men nog te bedenken dat de keten van houders zich voor voortzetting leent: men denke bijvoorbeeld aan een huurder, eventueel huurkoper ("lessee"), die "zijn" auto bij een garagehouder stalt - de eigenaar is "middellijk bezitter", de huurder is "middellijk houder".

Onder bezitsverschaffing valt niet occupatie, de inbezitneming zonder medewerking van de vorige bezitter; vgl. HR 8-6-1973, NJ 1974, 346. De bezitter die aldus zijn bezit heeft verkregen, wordt niet door artikel 86 beschermd.

Bezitsverschaffing door de bezitter zelf geschiedt door bezitsoverdracht, die in de artikelen 114 en 115 van het ontwerp is geregeld. De meest gebruikelijke wijze is die van het feitelijk verschaffen van de macht die de bezitter zelf kan uitoefenen, handelingen die artikel 666 lid 1, van het huidige BW begrijpt onder "overgave" en de daarmee verwante handelingen.

Artikel 115 geeft de bevoegdheid tot bezitsoverdracht door enkele verklaring in een drietal gevallen, die nog steeds met hun Latijnse termen plegen te worden aangeduid: de bezitter degradeert zichzelf tot houder voor een ander (*traditio constituto possessorio*), degene die reeds houder was, wordt door de bezitter zelf gepromoveerd tot bezitter (*traditio brevi manu*), en de houder die voor de oorspronkelijke bezitter hield, gaat in het vervolg houden voor diens opvolger (*traditio longa manu*).

De houder die zelf geen bezitter is, kan uiteraard geen bezit overdragen, maar hij kan wel aan een ander bezit verschaffen. In beginsel kan dit langs dezelfde twee wegen als die van de bezitsoverdracht. Zo kan de houder in de eerste plaats aan een derde de feitelijke macht verschaffen, waardoor deze zich als bezitter - te goeder of te kwader trouw - kan gaan gedragen.

Ook de tweede weg, bezitsverschaffing door enkele verklaring analoog aan de bovengenoemde drie gevallen, is denkbaar. In de eerste plaats kan de rechtsverhouding waarin hij tot de bezitter staat, de houder tot bezitsverschaffing aan een derde bevoegd maken. Eigendomsvoorbehoud op geleverde voorraden behoeft zich er niet tegen te verzetten dat de afnemer deze in de uitoefening van zijn bedrijf aan een derde door levert, ook wanneer dit *constitudo possessorio* geschiedt (vgl. HR 29-6-1979, NJ 1980, 133, Hoogovens-Matex), of ook *longa manu*, wanneer ze bij een sub houder zijn opgeslagen (vgl. HR 10-2-1978, NJ 1979, 338, Nieuwe Matex). De beheerder van een effectenportefeuille kan bevoegdelijk effecten *brevi manu* leveren aan de bank die hen bewaart (vgl. HR 25-9-1953, NJ 1954, 190). Anders is het wanneer de houder tot de levering niet bevoegd is. Dan stuit de houder op de algemene hinderpaal van artikel 111, de voortzetting van de artikelen 591 en 592 BW, zoals uitgelegd in de jurisprudentie (HR 22-5-1954, NJ 1953, 189, Sio-de Jong, en HR 29-9-1961, NJ 1962, 14, Picus-Smallingerland): de houder kan niet door enkele verklaring zichzelf tot houder voor een ander maken, tenzij zich een van de in artikel 111, slot, genoemde uitzonderingen voordoet.

Artikel 111 richt zich alleen tegen levering *constitudo possessorio* door een onbevoegde houder: de derde kan langs die weg geen bezit verwerven, en dus geen "verkrijger" worden, en komt daarom niet in aanmerking voor een beroep op artikel 86. Levering *longa manu* door iemand die voor de bezitter houdt, en tot overdracht niet bevoegd is, verschaft aan de derde wél bezit, hetgeen de basis voor toepassing van artikel 86 vormt: zie het hierboven genoemde HR 10-2-1978, NJ 1979, 338, alsmede HR 1-5-1987, NJ 1988, 852.

Hetzelfde kan gelden voor *traditio brevi manu*. Het verschil tussen deze beide enerzijds en de *traditio constituto possessorio* anderzijds in dit opzicht wordt daardoor gemotiveerd, dat in de eerste twee gevallen de vervreemder de zaken uit zijn macht laat gaan, ophoudt houder te zijn, terwijl hij bij levering *constitudo possessorio* de zaken in zijn macht houdt. Bij levering *longa manu* is er bovendien de houder voor de vervreemder bij wie de verkrijger kan en, wil hij te goeder trouw zijn, ook moet informeren.

Samengevat komt het bovenstaande erop neer dat bezitsverschaffing door een onbevoegde vervreemder, die tot toepassing van artikel 86 kan leiden, op de volgende wijzen kan geschieden:

- bezitsverschaffing (bezitsoverdracht) door de bezitter door middel van feitelijke handelingen (artikel 114);
- bezitsverschaffing (bezitsoverdracht) door de bezitter door middel van enkele verklaring in drie gevallen (artikel 115);
- bezitsverschaffing door de houder door middel van feitelijke handelingen (analogie met

artikel 114);

- bezitsverschaffing door de houder door middel van traditio longa of brevi manu (analogie met artikel 115, onderdelen b en c), maar, behoudens de in artikel 111 genoemde uitzonderingsgevallen, niet constituto possessorio.

Voor verschaffing van medebezit zij verwezen naar de aantekening bij artikel 96.

Wellicht ten overvloede zij nog opgemerkt dat de vraag of de vervreemder tot beschikking via artikel 90 bevoegd of onbevoegd is, los staat van de vraag of hij bezitter dan wel houder is. In normale gevallen is hij als bezitter-eigenaar bevoegd, als bezitter-niet-eigenaar, hetzij te goeder, hetzij te kwader trouw, niet. De houder is in de regel niet bevoegd tot beschikking, maar hij kan beschikkingsbevoegdheid ontlenen aan zijn rechtsverhouding tot de bezitter-rechthebbende of aan de wet, zoals de pandhouder ter gelegenheid van de executie.

In het voorgaande is samengevat in welke gevallen een onbevoegde bezitter of houder aan een verkrijger bezit kan verschaffen, zodat er dan een levering is die aan het vereiste van artikel 90 voldoet. De verkrijger, mits hij te goeder trouw is - de onbevoegdheid niet kent en ook niet behoeft te kennen -, komt alsdan in beginsel in aanmerking voor de bescherming die artikel 86 biedt. Artikel 90 lid 2 bevat in dit opzicht echter nog een beperking: de verkrijger kan zijn recht niet inroepen tegen een oudere gerechtigde, zolang bij levering constituto possessorio de zaak onder de vervreemder blijft (tenzij de oudere gerechtigde met de vervreemding instemt). Derhalve ook geen volledige bescherming ex artikel 86 zolang de verkrijger-bezitter de zaak niet "in handen" heeft (vgl. hierover nader de toelichting op artikel 90 lid 2).

De oudere gerechtigde, die hier wordt bedoeld, kan zijn de eigenaar of een beperkt gerechtigde - vruchtgebruiker of pandhouder -, maar ook een geprivilegeerde schuldeiser, het laatste in de lijn van HR 6-3-1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem-Traffic), en HR 7-3-1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos).

Zoals blijkt, komt de toepassing van artikel 86 in het geval van levering overeenkomstig artikel 90 in hoofdlijnen overeen met hetgeen thans de toepassing van artikel 1998 BW (artikel 2014 van het oude Ned. BW) in de jurisprudentie heeft opgeleverd, ook al wordt dat voor de nieuwe wet soms op iets andere wijze uitgewerkt. Een praktisch verschil is echter dat artikel 86 in minder gevallen zal worden ingeroepen dan artikel 1998 thans. Veel van de jurisprudentie op het voormalige artikel 2014 van het Ned. BW kwam voor rekening van de problematiek, verbonden aan de eigendom tot zekerheid. In het nieuwe recht komt naast deze figuur het stille pandrecht, dat, ook voor het geval van verpanding door een onbevoegde pandgever, een eigen regeling zal krijgen (vgl. de artikelen 237 en 238). Bij de zekerheidseigendom blijft de vraag of en wanneer de eigenaar bezitter wordt; bij verpanding speelt deze kwestie geen rol, omdat de pandhouder in geen geval bezitter is. In resultaat zal echter ook hier de lijn van het huidige recht worden voortgezet.

Niet alleen levering langs de weg van artikel 90, doch ook die langs de weg van artikel 91 of 93 kan krachtens artikel 86 lid 1 tot bescherming van de verkrijger tegen onbevoegdheid van de vervreemder leiden.

Krachtens artikel 91 wordt geleverd niet door het volle bezit, doch alleen door de feitelijke macht te verschaffen, wanneer de levering onder een opschortende voorwaarde, zoals betaling van de koopprijs, geschiedt. Wordt de voorwaarde vervuld, dan wordt de verkrijger onvoorwaardelijk

rechthebbende, ingevolge artikel 86 ook als de vervreemder onbevoegd was, mits de verkrijger op het tijdstip der levering te goeder trouw is geweest.

Bij levering van een recht aan order of toonder heeft overeenkomstig artikel 93 het papier dat "drager" van het recht is, de functie van een roerende zaak die wordt overgedragen. Bij levering van een recht aan order zal goede trouw bovendien slechts gerechtvaardigd zijn als in elk geval de reeks van voorafgaande endossementen geen uiterlijke gebreken vertoont. Verwezen zij naar het Wetboek van Koophandel en Boek 8 nieuw BW, dat voor de bescherming van de verkrijger van verschillende rechten aan order tegen beschikkingsonbevoegdheid van een voorganger specifieke regels stelt: aldus voor de wissel, het orderbriefje, de cheque en het cognossement, alles in overeenstemming met internationale verdragen.

Behalve de omschrijving van de goederen waarop het artikel betrekking heeft, en de wijzen van levering waartoe het is beperkt, bevat artikel 86 lid 1, nog een tweetal elementen, namelijk dat de overdracht anders dan om niet is geschied en dat de verkrijger te goeder trouw is.

Verkrijging anders dan om niet sluit de gift uit: de begiftigde die het verkregen goed weer moet afstaan, lijdt minder schade dan de rechthebbende die zijn recht door toepassing van artikel 86 zou verliezen.

Ook de huidige literatuur beperkt de bescherming tot verkrijging tegen een contraprestatie.

Niet is vereist dat de contraprestatie de volle waarde van het goed weergeeft - in de praktijk zal verkrijging tegen een bijzonder lage prijs wel twijfel wekken, of het laatste vereiste dat artikel 86 lid 1, de goede trouw van de verkrijger, is vervuld. Voor dit vereiste bezigt het ontwerp het begrip dat in artikel 11 nader is omschreven, waarbij in het bijzonder van belang is het onderzoek dat van de verkrijger wordt verlangd en het risico dat op hem rust, wanneer hij reden tot twijfel heeft. De goede trouw dient te bestaan op het tijdstip van de levering; waar echter de levering ingevolge artikel 90 lid 2, pas tegenover een oudere gerechtigde werking verkrijgt op het tijdstip dat de verkrijger de zaak in handen krijgt, moet hij tevens op dat tijdstip nog steeds te goeder trouw zijn (vgl. voor pand artikel 238, leden 1 en 2). Wetenschap van het eigendomsvoorbehoud door de leverancier staat niet in de weg aan de goede trouw van degene die van de houder verkrijgt, mits hij maar geen reden heeft om te twifelen aan de normale afwikkeling van de transactie welke tot eigendom van de vervreemder zou leiden (HR 29-6-1979, NJ 1980, 133, Hoogovens-Matex).

Ook het vereiste van de goede trouw sluit aan bij hetgeen onder het huidige recht voor de toepassing van artikel 1998 van het BW geldt. Komt het tot een procedure over deze toepassing, dan zal de verkrijger voldoende feiten moeten stellen en zo nodig bewijzen, die haar rechtvaardigen, en is het aan de wederpartij, de "gedeposseeerde", te bewijzen dat de gestelde feiten onjuist zijn of de toepassing niet kunnen dragen.

Artikel 87 behelst een bepaling die in zekere zin aansluit bij het vereiste van de goede trouw.

Het rechtsgevolg dat artikel 86 lid 1 aan de vervulling van de vereisten verbindt, is dat de overdracht ondanks het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder geldig is. Deze vorm van derden bescherming gaat iets verder dan de enkele ontzegging van een beroep door de rechthebbende op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. De verkrijger wordt rechthebbende; wie deze bescherming niet wenst, moet afstand van het verkregen recht doen.

Lid 2 heeft de strekking dat de derde die het goed krachtens lid 1 verkrijgt, dat ook onbezwaard verkrijgt als hij te goeder trouw is: het oudere beperkte recht vervalt. In het huidige recht geldt in dezelfde geest voor pand artikel 1182 lid 3 BW. De regel geldt zowel wanneer de vervreemder in het geheel niet over de zaak mag beschikken, als in het geval dat hij niet over de zaak mag beschikken alsof zij onbezwaard was, en de onbevoegdheid dus juist het beperkte recht betreft.

Het vervallen van het beperkte recht is gebonden aan de definitieve verkrijging door de derde. Dat blijkt uit het slot van de bepaling voor het geval dat de verkrijging onder opschortende voorwaarde is geschied: het beperkt recht vervalt, zodra de voorwaarde wordt vervuld. Krachtens artikel 90 lid 2 vervalt, zoals hierboven al werd opgemerkt, een ouder beperkt recht bij levering *constituto possessorio*, evenals de eigendom en een privilege, pas, wanneer de derde-verkrijger de zaak in handen krijgt. Herkrijgt een bestolene overeenkomstig lid 3 de zaak, dan wordt de oude toestand hersteld.

Bij vestiging van vruchtgebruik geldt lid 2 overeenkomstig (artikel 98), maar voor pandrecht bestaat geen behoefte aan een zo radicale regeling als het vervallen van het oudere beperkte recht, mits dit maar niet tegen de pandhouder zal kunnen worden ingeroepen; vandaar de rangwisseling van artikel 238 lid 2.

Lid 3 komt in de plaats van het tegenwoordige lid 2 van artikel 1998 BW, maar vertoont daarmee een aantal verschillen. Geeft laatstgenoemde bepaling de voormalige rechthebbende steeds de bevoegdheid binnen drie jaar het goed terug te vorderen, indien hij de macht erover onvrijwillig is kwijtgeraakt, de nieuwe bepaling beperkt die bevoegdheid tot het geval van bezitsverlies door diefstal; voor verkrijging van verloren zaken wordt een eigen regeling ten behoeve van de vinder in Boek 5 getroffen (zie de artikelen 5:5 e.v.).

Artikel 637 BW beperkt thans in zoverre de revindicatiebevoegdheid van de oude eigenaar, dat degene die het goed op een markt of veiling heeft gekocht, het alleen tegen vergoeding van de koopprijs behoeft af te staan. De bepaling, die het marktwezen bevordert, is nu als verouderd te beschouwen - integendeel is er niet zelden reden toe de herkomst van de daarin verhandelde tweedehands goederen met enig wantrouwen te bezien; in de jurisprudentie is de regel van artikel 637 BW dan ook beperkt uitgelegd (HR 27-2-1953, NJ 1954, 452, en HR 16-12-1966, NJ 1968, 70). Onder de huidige maatschappelijke verhoudingen bestaat er veeleer reden tot bescherming van degene die als consument in een reguliere winkelkoop een goed heeft verkregen. Dit geschiedt dan ook in de in onderdeel a geformuleerde uitzondering op de revindicatiebevoegdheid. Deze uitzondering is volledig: de consument mag het goed behouden en behoeft zich niet met vergoeding van de koopprijs te laten afschepen.

De omschrijving van de (vaste) bedrijfsruimte als de plaats waar de zaak is verkregen, dekt de normale winkels en soortgelijke bedrijfspanden, zoals garages waar tweedehandsauto's worden verkocht, waarbij de veiling uitdrukkelijk wordt uitgesloten. Onder omstandigheden kan, gezien de strekking van de bepaling, voor haar toepassing een roerende bedrijfsruimte met een onroerende worden gelijkgesteld (HR 14-11-1997, NJ 1998, 147).

De tweede, in onderdeel b geformuleerde, uitzondering betreft geld - ook buitenlands -, en toonder- en orderpapieren, goederen derhalve waarvan de herkomst in de regel niet te traceren valt.

Behoudens deze verschillen bouwt lid 3 voort op het vigerende recht. Zo moet men aannemen dat, evenmin als onder het geldende recht, voor het kunnen instellen van de revindicatie niet is

vereist dat het bezitsverlies niet aan de onachtzaamheid van de gedeposeerde zelf valt te wijten (zie HR 18-1-1991, NJ 1992, 667, en HR 17-5-1991, NJ 1992, 668). Het slagen van de vordering maakt de verkrijging door de derde met terugwerkende kracht ongedaan - door hem inmiddels gevestigde beperkte rechten vervallen. Is de vordering niet binnen de gestelde termijn van drie jaar ingesteld, dan is de verkrijging door de derde onherroepelijk geworden. De termijn is in beginsel te beschouwen als een verval-, en niet als een verjaringstermijn.

Lid 3 van artikel 86 zelf kent de revindicatie alleen toe aan de gedeposeerde eigenaar, maar in bijzondere bepalingen in het vervolg van Boek 3 zal de bepaling echter ook van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de bezitter, vruchtgebruiker, pandhouder en retentor van de gestolen zaak.

De verkrijger die de zaak ingevolge lid 3 aan de bestolene moet afstaan, heeft, als bezitter te goeder trouw, aanspraak op vergoeding van de ten behoeve van de zaak gemaakte kosten (artikel 120 lid 2). De bestolene die ingevolge lid 3 de zaak niet kan opvorderen, kan eventueel uit hoofde van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking een vordering tot schadevergoeding instellen tegen de voorman van de verkrijger.

Zoals gemeld is de in lid 3 opgenomen termijn een vervaltermijn, waarop in beginsel de bepalingen van titel 3.11 omtrent de verjaringstermijn niet van toepassing zijn. Voor enige bepalingen echter is overeenkomstige toepasselijkheid wél wenselijk, en wel voor die omtrent stuiting (met uitzondering van artikel 317, waarvan lid 1 slechts geldt voor rechtsvorderingen uit een verbintenis en lid 2 niet goed past bij de met een vervaltermijn beoogde rechtszekerheid). De toepasselijkheid houdt in dat de vervaltermijn van artikel 86 lid 3, wordt gestuit door een daad van rechtsvervolgning - in casu instelling van een revindicatie, of daaraan voorafgaande, het leggen van beslag - en door erkenning van het recht van de eerdere rechthebbende door de verkrijger, alsmede de regeling omtrent de aanvang van een nieuwe vervaltermijn na de stuiting.

Artikel 86a hangt samen met de artikelen 99 lid, 238 en 310a. Beoogd wordt een zekere bescherming te bieden aan cultuurgoederen in musea, kerken e.d. Terminologisch is aangesloten bij het op 24 juni 1995 te Rome tot stand gekomen Verdrag van Unidroit inzake gestolen of onrechtmatig uitgevoerde cultuurgoederen (Trb. 1996 no. 227). Dit verdrag kan bij de interpretatie van artikel 86a dienstdoen. Zo wordt in artikel 2 van het verdrag, in samenhang met de Bijlage bij het verdrag, een omschrijving gegeven van het begrip "cultuurgoederen" en in artikel 3 lid 7, van het begrip "openbare collecties". De essentie van lid 1 van artikel 86a is dat het mogelijk wordt om gestolen cultuurgoederen uit openbare collecties e.d. ook na drie jaar terug te vorderen van een bezitter te goeder trouw. Deze heeft echter ingevolge lid 2 in beginsel recht op een billijke vergoeding.

Artikel 87 bevat een aanvulling op het vereiste van de goede trouw dat artikel 86 stelt: het legt een zgn. wegwijsplicht op. Wie van een beschikkingsonbevoegde blijkt te hebben verkregen en om zijn recht staande te houden een beroep moet doen op zijn goede trouw, moet ook, binnen drie jaar daarnaar gevraagd, gegevens kunnen overleggen die tot de identificatie van zijn voorman kunnen leiden. Welke gegevens voldoende zijn, of althans welke daarvoor ten tijde van de verkrijging in aanmerking kwamen, hangt van de omstandigheden af: de winkel waar men iets kocht, is gemakkelijker aan te wijzen dan een marktkoopman.

Dat de regeling niet van toepassing is op geld, spreekt wel vanzelf. Voor wissels, orderbriefjes en

cheques gelden de eigen regels van het Wetboek van Koophandel.

Artikel 88 biedt bescherming aan degene die te goeder trouw buiten het toepassingsgebied van artikel 86 een goed verkreeg van iemand die niet bevoegd was om daarover te beschikken. Ook deze bescherming bestaat daarin dat de overdracht ondanks de beschikkingsonbevoegdheid geldig is, doch slechts als de beschikkingsonbevoegdheid aan bepaalde oorzaken valt te wijten - in dit opzicht is de derden bescherming van artikel 88 beperkter dan die van artikel 86; anderzijds geldt hier niet het vereiste van verkrijging tegen contraprestatie.

Als goederen waarvoor het artikel geldt, kunnen worden genoemd registergoederen, vorderingsrechten op naam, rechten op voortbrengselen van de geest zoals auteursrecht en octrooi, en aandelen in een vennootschap op naam.

Voorts is het artikel van toepassing op de overdracht van een goed dat wel in artikel 86 wordt genoemd - een roerende zaak die geen registergoed is, een recht aan order of toonder - maar dat niet overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 is geleverd. Daarbij valt te denken aan levering bij akte volgens artikel 95; van deze wijze van levering kan worden gebruik gemaakt, als de vervreemdende rechthebbende deze zaak of het papier niet in zijn bezit of macht heeft, omdat het verduisterd, gestolen of verloren is.

Terwijl artikel 86 de verkrijger beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, ongeacht de oorzaak daarvan, beperkt artikel 88 de bescherming tot bepaalde oorzaken van onbevoegdheid. Vereist is in de eerste plaats dat het goed meer dan eens is overgedragen en dat een, of de, eerdere overdracht ongeldig is geweest, als gevolg waarvan de toenmalige verkrijger zelf onbevoegd werd tot beschikking; aan de laatste overdracht mag niets dan deze beschikkingsonbevoegdheid ontbreken. Vervolgens is voor de toepasselijkheid van artikel 88 vereist dat die eerste ongeldigheid niet haar oorzaak vond in onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Met andere woorden: de eerdere overdracht ontbeerde uitsluitend een geldige titel - deze was nietig of is met terugwerkende kracht vernietigd -, of een geldige levering - de "zakelijke overeenkomst" was ongeldig of de feitelijke handelingen zijn niet in overeenstemming met de wet verricht. Ook is denkbaar dat bij de eerdere gelegenheid een vereiste voor de overdraagbaarheid van het goed niet in acht is genomen, zoals de toestemming van de eigenaar bij overdracht van de erfpacht (vgl. artikel 5:91) of voldoening aan de statutaire blokkeringsregeling bij de overdracht van een aandeel op naam.

Bij deze beperkingen in de reikwijdte van het artikel bedenke men dat een derde-verkrijger daarnaast ook bescherming kan ontlenen aan artikel 36, en voor zover zijn goed een registergoed is, aan de artikelen 24 tot en met 26.

Een beroep op de goede trouw zal vereisen dat de verkrijger tevoren het nodige, door de omstandigheden verlangde onderzoek zal hebben gepleegd: zie artikel 11. Voor zover de overdracht een registergoed betreft, sluit dit onderzoek van de openbare registers in (zie artikel 23), maar onder omstandigheden ook van het percelenbestand. Een beroep op onbekendheid met onbekwaamheid van de toenmalige vervreemder, die de eerdere overdracht van het registergoed vernietigbaar maakte, zal niet slagen: zie artikel 24.

Zijn de vereisten die artikel 88 stelt, vervuld, dan is het rechtsgevolg daarvan dat de overdracht geldig is, evenals dat bij toepassing van artikel 86 het geval is; vgl. het aldaar in de toelichting opgemerkte.

Artikel 88 is een van de artikelen die in de plaats komen voor het tegenwoordige artikel 1894 BW, een artikel dat echter weinig duidelijk is, zeker ten aanzien van de gevallen waarin het aan een verkrijger bescherming verleent.

De **artikelen 89 tot en met 95** geven voor de verschillende categorieën goederen aan, welke feitelijke leveringshandelingen de wet voor overdracht vereist; deze zelfde handelingen zijn krachtens artikel 96 vereist voor levering van een aandeel in die goederen, en, voor zover die goederen beperkte rechten (artikel 8) zijn, krachtens artikel 98 tevens voor vestiging en afstand daarvan. Voorts zullen deze leveringshandelingen ook worden vereist voor de overgang van (aandelen in) goederen na toedeling uit een gemeenschap (zie artikel 186 lid 1).

Artikel 89

De reeks van de leveringsartikelen vangt aan met dat voor onroerende zaken (artikel 3 lid 1) en, overeenkomstig lid 4, andere registergoederen (artikel 10); vgl. de toelichting op deze bepalingen.

Voor de levering van de registergoederen is vereist een notariële akte, gevolgd door de inschrijving in de openbare registers. Deze regel is in overeenstemming met het huidige recht; aldus voor onroerende zaken - waaronder volgens het huidige artikel 564 BW ook de beperkte rechten vallen - thans artikel 670 BW.

Aan de akte dient zowel de vervreemder als de verkrijger mee te werken, eventueel door bemiddeling van een vertegenwoordiger: het is hun gezamenlijke rechtshandeling, waarop titel 3.2 met zijn bepalingen omtrent geldigheid van toepassing is.

De akte kan uit meer elkaar aanvullende delen bestaan; bij de regeling van de reële executie in titel 3.11 zal worden bepaald dat de medewerking van een der partijen kan worden vervangen door aanwijzing van een dwangvertegenwoordiger, dan wel door een rechterlijk vonnis (vgl. artikel 300).

Lid 2 vereist op straffe van nietigheid der levering een nauwkeurige omschrijving van de titel in de akte, lid 3 vermelding van een eventuele volmacht. Andere vereisten kunnen worden gesteld bij de regeling van het notarisambt, waarvoor dan niet altijd de sanctie van nietigheid behoeft te gelden; ontbreken van de vereiste vermeldingen zal wel leiden tot weigering van de inschrijving (artikel 20). Voor de inschrijving worde verwezen naar afdeling 3.1.2 en de toelichting daarop, voor het vereiste van de bekwaamheid van partijen en de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder mede naar de toelichting op artikel 84.

Bij overdracht van een stuk grond kan onzekerheid ontstaan over de vraag wat precies is geleverd. Wijkt de perceel identificatie van een perceel af van een in de transportakte opgenomen feitelijke omschrijving, dan zal de laatste de doorslag geven. Omschrijft de akte van levering van een stuk grond dit als groter dan de koopakte dat doet, dan levert de transportakte dwingend bewijs tussen partijen op, doch staat daartegen in beginsel tegenbewijs open, inhoudend dat partijen bedoeld hebben de zaak als omschreven in de koopakte, over te dragen. Wordt dat tegenbewijs inderdaad geleverd, dan geldt de overdracht slechts voor de zaak zoals die door de koopakte wordt omschreven, omdat alsdan voor de overdracht van het meerdere de titel ontbreekt (HR 22-4-1994, NJ 1995, 560). Doet het omgekeerde zich voor - de koopakte omschrijft de zaak als groter dan de akte van levering - dan geeft de transportakte de doorslag: er is nu eenmaal niet meer geleverd dan in deze akte staat vermeld (HR 8-12-2000, NJ 2001, 350).

Artikel 90 betreft de levering van roerende zaken en, door de verwijzing in de artikelen 96 en 98, van aandelen daarin en beperkte rechten daarop (voor pand zal echter een afzonderlijke regeling gelden; zie de artikelen 236 en 237). Het artikel is bij de toelichting op artikel 86 reeds vrij uitvoerig ter sprake gekomen.

Lid 1 behandelt het meest gebruikelijke geval, namelijk dat waarin het goed zich in de macht van de vervreemder bevindt. Een zaak is in de macht van de vervreemder, indien deze haar zelf onder zich heeft, of indien een ander haar voor hem houdt. Door verlies, diefstal of verduistering raakt de rechthebbende de macht over de zaak kwijt - hij kan haar dan alleen langs de weg van artikel 95, namelijk door akte, leveren.

De levering voltrekt zich door bezitsverschaffing. Uit de toelichting op artikel 86 moge hier de conclusie worden herhaald:

- de bezitter kan zijn bezit overdragen door feitelijke handelingen (artikel 114);
- de bezitter kan in drie gevallen zijn bezit door enkele verklaring overdragen (artikel 115);
- de houder kan aan een derde door feitelijke handelingen bezit verschaffen (analogie met artikel 114);
- de houder kan aan een derde brevi of longa manu bezit verschaffen (analogie met artikel 115, onderdelen b en c).

Een houder kan krachtens artikel 111 niet constituto possessorio bezit verschaffen, behalve in de, in dat artikel genoemde, twee uitzonderingsgevallen.

Het bezit van goederen die vervoerd worden of opgeslagen zijn, kan ook worden geleverd door uitgifte en levering van cognossement of ceel.

Ook lid 2, dat de verkrijging door levering constituto possessorio relativeert, is al in de toelichting op artikel 86 ter sprake gekomen. Overigens moet daarbij worden bedacht dat in verband met het karakter van artikel 86 de toelichting op dat artikel speciaal is gericht op levering door een vervreemder die tot die levering niet bevoegd is; artikel 90 lid 2 omvat uiteraard ook het normale geval dat de vervreemder wél beschikkingsbevoegd is.

De bepaling veronderstelt in de eerste plaats een op zichzelf geldige bezitslevering constituto possessorio door een bezitter, al dan niet eigenaar, of houder. Uit artikel 111 volgt dat een houder het daarvoor vereiste bezit alleen kan verschaffen in de, aan het slot van dat artikel genoemde, twee uitzonderingsgevallen.

In de tweede plaats veronderstelt de bepaling het (tijdens de vervreemding nog) bestaan van een ouder recht. Zo'n recht kan zijn het eigendomsrecht op de zaak - dit kan zich alleen voordoen als de zaak wordt vervreemd door een bezitter die niet de eigenaar is (de bezitter die tevens eigenaar is, levert met het bezit de eigendom; een houder is óf ingevolge de hoofdregel van artikel 111 niet in staat tot levering van bezit óf ingevolge een in dat artikel vervatte uitzondering daartoe wel in staat: in het eerste geval verwerft de "verkrijger" geen bezit, in het tweede geval levert de houder mét het bezit tevens de eigendom; in geen van beide gevallen is er een bezitter die niet tevens de eigendom verkrijgt) -, dan wel een beperkt recht, in het bijzonder een stil pandrecht, of een voorrecht (zie hiervoor de toelichting op artikel 86).

Is aan de vereisten voor een geldige levering constituto possessorio voldaan, dan is de verkrijger weliswaar bezitter en daarmee rechthebbende geworden, doch hij kan zijn aldus verkregen positie niet inroepen tegen de oudere gerechtigde, zolang de zaak in handen van de vervreemder

blijft. Pas op het tijdstip waarop de zaak in handen van de verkrijger komt, valt deze beperking weg. Indien de vervreemder tot de levering onbevoegd was, kan de verkrijger, mits hij op dit tijdstip te goeder trouw is, tegenover de oudere gerechtigde een beroep op artikel 86 doen.

"In handen van de verkrijger" omvat niet alleen het onmiddellijke bezit (artikel 107 lid 2), maar ook het middellijke (artikel 107, derde lid). Zie aldus reeds voor het in dit opzicht vergelijkbare bestaande recht HR 18-9-1987, NJ 1988, 983 (Berg-De Bary): door de verklaring van de verkrijger constituto possessorio aan de onmiddellijke houder en diens erkenning van de verkrijging, was de laatste voor de eerste gaan houden, en hield hij niet langer voor de vervreemder, met het gevolg dat deze geen beroep meer kon doen op zijn oudere recht - in casu het onder het nieuwe recht vervallende verkopersprivilege.

De beperking die artikel 90 lid 2 aldus op de levering constituto possessorio aanbrengt, geldt, zoals uit het slot der bepaling blijkt, niet ten opzichte van de oudere gerechtigde, die met de vervreemding instemt. Voorts wordt eraan herinnerd dat de beperkingen die de wet schept voor de levering constituto possessorio, niet gelden voor de levering brevi of longa manu.

Artikel 90 lid 2 is in het bijzonder van belang voor de eigendom tot zekerheid. Voor het daaraan verwante stille pandrecht zal een eigen regeling gaan gelden (zie de artikelen 237 en 238).

Weliswaar gelden de algemene regels omtrent de beschikkingsbevoegdheid ook voor de bevoegdheid tot het vestigen van een pandrecht, maar een eerste verschil is reeds dat degene die de zaak met een pandrecht kan belasten, haar vervolgens nog met andere pandrechten kan bezwaren die elkaar in rang opvolgen, evenals na een eerste hypotheek ook volgende kunnen worden gevestigd - een dubbele eigendom (tot zekerheid) is daarentegen niet mogelijk. In geval van executie blijft de rangorde tussen de gevestigde beperkte (pand- en andere) rechten in beginsel gehandhaafd (artikel 237). Is een pandrecht echter door een onbevoegde gevestigd, dan verdringt dit, conform het huidige artikel 1182 lid 5 BW oudere rechten zodra de zaak buiten de macht van de pandgever wordt gebracht, mits de pandhouder op dat tijdstip te goeder trouw is - dat wil zeggen: deze oudere rechten niet kende en ook niet behoefde te kennen. (Een verschil met artikel 1182 BW en ook met de algemene regel van artikel 86 lid 2 is dat de oudere rechten niet vervallen, maar voor het pandrecht in rang moeten wijken: de pandhouder kan de zaak vrij executeren, maar draagt de opbrengst na aftrek van het hem verschuldigde af aan de na hem gerangschikte beperkt gerechtigden (artikel 253).

Zolang echter een stil pandrecht in de macht van de pandgever blijft, behouden die oudere rechten hun werking en rang - een regel die met die van artikel 90 lid 2 in overeenstemming is (artikel 238 lid 2).

Lid 1 van artikel 90 stemt overeen met het tegenwoordige artikel 666 lid 1, BW; lid 2 bouwt voort op de jurisprudentie die aan de combinatie van constitutum possessorium en zekerheidseigendom een zwakkere positie toekent (zie de toelichting op de artikelen 84 en 86).

Artikel 91 betreft een leveringsvorm van dezelfde goederen als die in het vorige artikel zijn genoemd: roerende zaken, niet-registergoederen. Het verschil is dat hier de levering geschiedt in verband met een overdracht onder opschortende voorwaarde (onverschillig of de verbintenis die tot die overdracht verplicht, zelf ook voorwaardelijk is - zie artikel 84 lid 3). Het voor de praktijk belangrijkste voorbeeld is de levering onder eigendomsvoorbehoud door een leverancier die zich aldus zekerheid voor latere betaling verschafft (zie voorts hierover het volgende artikel).

Geschiedt de overdracht onder opschortende voorwaarde, dan wordt voorshands nog geen bezit verschafft, maar voor een geldige levering is dan vereist dat de zaak in de macht van de verkrijger komt, dat wil zeggen in handen van deze zelf of van iemand die voor hem houdt.

Het resultaat is dat de levering als op dat ogenblik voltooid geldt; wordt de voorwaarde vervuld, dan gaat het bezit van rechtswege over en wordt de overdracht definitief. Dit resultaat wordt, anders dan de overdracht van toekomstige goederen (artikel 97), niet verhinderd indien de vervreemder inmiddels op het tijdstip van de vervulling der voorwaarde, bijvoorbeeld ten gevolge van faillissement, niet langer beschikkingsbevoegd is: artikel 84 lid 1, immers verlangt dat die beschikkingsbevoegdheid op het tijdstip der levering bestaat.

Ook onder het huidige recht wordt levering onder voorwaarde door middel van verschaffing van de macht over de zaak erkend.

Artikel 92

Het eigendomsvoorbehoud is een in de praktijk veelvuldig voorkomende zekerheid voor een krediet verlenende leverancier, onder andere in de vorm van huurkoop, inclusief bepaalde vormen van leasing. Zolang de vordering van de leverancier, of zijn rechtsopvolger, onvoldaan blijft, blijft de geleverde zaak diens eigendom.

Hoewel het eigendomsvoorbehoud in belangrijke mate dient om een leverancier zekerheid te verschaffen voor de betaling van zijn vordering door de afnemer (veelal een vorm van "objectfinanciering"), gaat het hier in beginsel niet om een verkapt zekerheidsrecht, doch om voorbehoud van de volle eigendom. Wordt de voorwaarde waaronder het goed is overgedragen, in elk geval voldoening der vordering, niet vervuld, dan blijft het goed, met ontbinding van de koopovereenkomst, aan de vervreemder; wel kan deze op grond van ongerechtvaardigde verrijking een vergoeding worden verschuldigd voor de door de koper reeds voldane termijnen van de koopsom - zie het huidige artikel 1561t BW voor het geval van huurkoop. Dit geldt blijkens HR 19-5-1995, NJ 1996, 119 (Sogelease), in beginsel ook voor de in de praktijk veelvuldig voorkomende constructie van sale and (financial) lease back, ook als deze wordt gebezigd in verband met kredietverlening buiten de enkele objectfinanciering van het door de debiteur vervreemde en "teruggehuurde" goed. Dat is slechts anders als de overdracht niet "werkelijk" en zonder beperking is geschied, doch dient "ten titel van verhaal", ten einde de kredietverschaffer slechts de bevoegdheid te geven om zich met voorrang boven andere schuldeisers te verhalen: in dat geval zal sprake zijn van eigendomsoverdracht tot zekerheid, en geldt het toe-eigeningsverbod, zoals dat krachtens artikel 235 ook voor pand en hypotheek geldt. Vgl. in verband met de in Nederland bestaande uitsluiting van de eigendom tot zekerheid de toelichting op artikel 84.

Nu deze laatste rechtsfiguur hier te lande niet wordt uitgesloten, en des te meer in het licht van het arrest van de Hoge Raad, heeft het weinig zin zoals dat in Nederland in artikel 92 lid 2 is geschied, het zgn. verlengde eigendomsvoorbehoud - het beding dat het eigendomsvoorbehoud ook standhoudt nadat de koopprijs is voldaan, zolang niet tevens andere vorderingen, zoals het algemene bedrijfskrediet, zijn voldaan - ongeldig te verklaren.

Het eigendomsvoorbehoud is niet een afhankelijk recht in de zin van artikel 82 of een nevenrecht in de zin van artikel 6:142; zie de toelichting op deze artikelen. Evenmin strekt het zich uit over goederen die door zaaksvervanging worden verkregen: HR 24-3-1995, NJ 1996, 158 (henneneieren-kuikens).

Lid 1 van artikel 92 behelst het vermoeden dat, zo partijen het eigendomsvoorbehoud niet anders inrichten, dat voorbehoud tot voorwaardelijke overdracht verbindt: zodra de voorwaarde, de voldoening der bedongen prestatie, is vervuld, gaat de zaak van rechtswege over.

Lid 2 geeft enige alternatieve wijzen van vervulling der voorwaarde. In de in Nederland geldende tekst - aldaar lid 3 - verwijst de tweede daarvan naar de regeling van het schuldeiserverzuim in artikel 6:60.

Onder het huidige recht wordt het eigendomsvoorbehoud wel erkend, doch slechts in de vorm van huurkoop geregeld (artikelen 1561h tot en met 1561s BW).

Artikel 93

Een recht aan toonder wordt geleverd door levering van het toonderpapier, waarvoor de tekst verwijst naar de leveringsvarianten van de artikelen 90, 91 en 92 - de beperking, gelegen in artikel 90 lid 2, is derhalve mede van toepassing. Voor levering van rechten aan order geldt hetzelfde als voor die van rechten aan toonder, vermeerderd met het vereiste van endossement.

De regeling geldt slechts, als het papier in de macht van de vervreemder is; is het verduisterd, verloren of gestolen, dan kan op de wijze van artikel 94 worden geleverd.

Voor wisselbrieven, orderbriefjes, cheques en cognossementen bevatten het Wetboek van Koophandel en Boek 8 nieuw BW speciale bepalingen: respectievelijk de artikelen 189, 247, 257 K en artikel 8:416. Levering van ceel en cognossement betekent niet enkel overdracht van een vordering, maar ook van de opgeslagen en vervoerde zaken zelf, levering van een aandeel in een naamloze vennootschap betekent mede levering van zeggenschapsrechten.

Het artikel stemt vrijwel overeen met wat voor het huidige recht geldt: artikel 667 lid 3, BW.

Artikel 94 regelt de wijze van levering van rechten die tegen een of meer bepaalde personen worden uitgeoefend. Daarvan zijn uitgezonderd de vorderingen aan order of toonder, mits het papier waarin ze zijn belichaamd, zich in de macht van de vervreemder bevindt - daarvoor geldt artikel 93. Daargelaten, of men een aandeel in een vennootschap als een tegen een bepaalde (rechts)persoon uit te oefenen recht kan beschouwen, de levering van aandelen op naam wordt in Boek 2 afzonderlijk geregeld.

Het verreweg belangrijkste toepassingsgebied van artikel 94 wordt gevormd door de vorderingen op naam. Daarnaast kan men bijvoorbeeld denken aan levering van (overdraagbare) optierechten. Gemakshalve wordt in het vervolg degene tegen wie het recht wordt uitgeoefend, aangeduid als de schuldenaar. In het huidige recht is op de levering van deze rechten - veelal cessie genoemd - artikel 667 van het BW van toepassing. Het belangrijkste verschil tussen het bestaande en het nieuwe recht bestaat daarin dat onder het eerste de levering reeds is voltooid door de leveringsakte, terwijl volgens het ontwerp, ter wille van de rechtszekerheid, de levering slechts als voltooid kan gelden wanneer het feit der cessie ook aan de schuldenaar is meegedeeld.

Deze wijziging maakt in Nederland een eind aan de stille zekerheidscessie van vorderingen op naam krachtens welke de vordering van de cedent wordt overgedragen aan diens schuldeiser, ook zonder dat dit bij de debitor cessus bekend is. In de toelichting op artikel 84 is reeds uiteengezet, waarom wordt voorgesteld deze stille zekerheidscessie te handhaven, waartoe een bijzondere bepaling nodig is, die in het onderhavige artikel in lid 3 is geformuleerd. Anders dan in Nederland komt hier derhalve het stille pandrecht op vorderingen van artikel 239 náást, en niet in plaats van, de stille zekerheidscessie. Het faillissement van de cedent doorkruist de gevolgen der

cessie niet: betalingen op de gecedeerde vorderingen op de rekening van de cedent bij diens schuldeiser - in de regel diens bank - vallen buiten de failliete boedel en in het vermogen van de bank (HR 29-1-1993, NJ 1994, 171). Zijn de vorderingen stil verpand en raakt de pandgever failliet, dan vallen zulke betalingen wél in de failliete boedel, indien zij vóór de mededeling van de verpanding aan de debitor cessus zijn geschied; wel behoudt alsdan de bank haar rechten op voorrang en verrekening (HR 17-2-1995, NJ 1996, 471). Zie voorts de toelichting op artikel 246.

In de praktijk komt tegenwoordig ook veelvuldig, met name als onderdeel van de zgn. "factoring", de "cessie tot incasso" voor: de bedoeling is dat de bevoegdheid tot het innen der vordering wordt uitgeoefend door een bedrijf dat in een vaste relatie staat tot de schuldeiser. Wordt de "cessionaris" niet meer bevoegdheid toegekend dan het incasseren van de vordering op eigen naam, en is het derhalve niet de bedoeling dat zij reëel in zijn vermogen valt, dan zal deze "cessie" - ondanks haar benaming - zijn op te vatten als een lastgeving tot incasso op naam van de lasthebber (zie HR 21-10-1983, NJ 1984, 254, en HR 28-10-1988, NJ 1989, 83). Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de schuldenaar, afgezien van andersluidende bedingen, zijn schuld niet kan verrekenen met een vordering op die lasthebber, maar wel met een op de lastgever-schuldeiser. Deze figuur gaat derhalve buiten artikel 94 om.

Wat de reikwijdte van artikel 94 betreft, zij er nog op gewezen dat cessie van (alleen) de rechtsvordering, afgescheiden van de overdracht van het recht zelf, door het ontwerp zal worden uitgesloten (vgl. artikel 304). Aan zulk een cessie bestond enige behoefte, zolang men betwijfelde of een verduisterde, gestolen of verloren zaak kan worden geleverd, in het bijzonder aan de verzekeraar, die slechts tot schadevergoeding bereid is, als zijn positie tegenover de dief of vinder voldoende sterk is. Aan zulke twijfel is echter reeds een einde gekomen door HR 27-4-1979, NJ 1981, 139, en HR 7-5-1982, NJ 1983, 241. In het ontwerp valt de levering van verduisterde, gestolen en gevonden zaken onder het bereik van artikel 95.

Artikel 94 betreft een zakenrechtelijk - "goederenrechtelijk" - aspect van de overgang van vorderingen, de levering. Het verbintenisrechtelijk aspect zal zijn regeling vinden in Boek 6 (vgl. de artikelen 6:142 e.v.). In dat verband zal ook ter sprake komen de overgang van nevenrechten, voor zover die niet afhankelijke rechten - zoals pand en hypotheek - zijn, waarvoor artikel 82 geldt.

Ten aanzien van de overdracht van toekomstige vorderingen zij verwezen naar artikel 97 en de toelichting daarop. Op de levering van vruchtgebruik van en van een pandrecht op een vordering op naam is artikel 94 mede van toepassing (zie artikel 98, en ook artikel 236 lid 2), maar daarnaast zal de vestiging van stil pandrecht op zulk een vordering afzonderlijk in titel 3.9 worden geregeld (vgl. artikel 239).

Ingevolge artikel 94 lid 1, is voor de levering van een recht als omschreven in het artikel, zowel een akte, authentiek of onderhands, als een mededeling vereist. Wat de akte betreft, mag worden aangenomen dat een geschrift, afkomstig van de vervreemder, voldoende is; de aanvaarding daarvan door de verkrijger kan ook uit andere gedragingen blijken. Aldus reeds HR 30-11-1956, NJ 1957, 81. Voldoende is dat de verkrijger van de vordering redelijkerwijs uit de akte mag begrijpen dat zij tot levering is bedoeld; de akte hoeft niet de titel te vermelden (HR 29-6-2001, NJ 2001, 662).

Voor de werking van de mededeling zij verwezen naar artikel 37. De mededeling is te beschouwen als de feitelijke component van de levering. Enerzijds is de levering, en daarmee de overdracht, niet voltooid vóór de mededeling - faillietverklaring van de vervreemder na het opmaken van de akte, doch vóór de mededeling ontnemt deze zijn beschikkingsbevoegdheid, zodat de vordering tot de failliete boedel behoort; de levering kan niet worden ingeroepen tegen degene die vóór de mededeling beslag legt. Anderzijds is met de akte de medewerking van de vervreemder aan de rechtshandeling voltooid; ondercuratelestelling of overlijden daarna, ook vóór de mededeling, maakt de cessie niet vernietigbaar of ongeldig. Zie hieromtrent de toelichting op artikel 84 inzake het element der levering.

De mededeling als element van de levering kan niet worden vervangen door een verklaring van de debitor cessus dat hij met de overdracht - van andere zijde - bekend is, zoals nu nog artikel 667 lid 2 van het BW voor de werking jegens deze voldoende acht: anders zou de schuldenaar het in de hand hebben (het tijdstip van) de overdracht te forceren.

Lid 2 geeft een regeling voor de levering van een recht dat wel reeds bestaat - dus niet een toekomstige vordering als bedoeld in artikel 97 - doch op een tijdstip waarop de identiteit van de schuldenaar nog niet bekend is. De mededeling heeft dan tot gevolg dat de levering terugwerkende kracht verkrijgt, mits ze "met bekwame spoed" - iets minder streng dan "terstond" of "onverwijld" - is gedaan. De bepaling leent zich voor toepassing bijvoorbeeld in het geval van cessie van een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad aan de verzekeraar, op een tijdstip waarop de identiteit van de aansprakelijke persoon nog niet bekend is, alsmede voor cessie van een vordering op de nog onbekende erfgenamen van de oorspronkelijke schuldenaar.

De omschrijving van de vorderingen die krachtens lid 3 zonder mededeling aan de debitor cessus tot zekerheid kunnen worden overgedragen, is ontleend aan de regel voor de stille verpanding in artikel 239, en stemt overeen met die voor de vatbaarheid voor cessie van vorderingen onder het huidige recht. Er geldt geen beperking in artikel 94 lid 3 tot rechten tot zekerheid voor de voldoening van een geldsom. In verband met het (betrekkelijk nieuwe) verschijnsel van securitisatie is het wenselijk hier in het geheel geen beperking te doen gelden; vgl. de Nederlandse wet van 30 juni 2004, Stb. 314 (Kamerstukken 28 878). Met securitisatie wordt bedoeld op een financiële techniek waarbij activa, die zelf vaak illiquide zijn, worden omgezet in verhandelbare effecten. Omdat de investering in dergelijke effecten wordt terugbetaald uit de inkomsten uit de onderliggende activa, is het voor de investeerders in dergelijke effecten van groot belang dat de activa worden geïsoleerd van het vermogen van degene tot wiens vermogen die activa behoren met het oog op het faillissementsrisico van deze laatste. Dit kan het beste worden gerealiseerd door de activa over te dragen aan een speciaal voor dat doel opgerichte rechtspersoon, de zgn. "special purpose vehicle", zodat de opbrengsten van de activa uitsluitend ten goede komen aan de investeerders en niet aan de schuldeisers van degene tot wiens vermogen de activa behoren. De SPV dient voor de verkrijging van de vorderingenportefeuille een koopprijs te betalen, welke de SPV financiert door middel van uitgifte van effecten. Bij het op grote schaal verhandelen van vorderingen stuit het doen van de mededeling aan de debiteur op logistieke, commerciële en financiële bezwaren. Deze bezwaren zijn hierin gelegen dat de aantallen vorderingen die het onderwerp van dit soort transacties vormen, zo groot zijn dat het vanuit praktisch en commercieel oogpunt bezwaarlijk en vanuit financieel oogpunt onaantrekkelijk is om alle debiteuren mededeling van de cessie te doen.

De slotzin van het voorgestelde derde lid correspondeert met het voor pand geldende artikel 239

lid 4.

Na ontvangst van de mededeling staat nog niet altijd onomstotelijk vast, of de schuldenaar bevrijdend aan de verkrijger der vordering (de cessionaris) kan betalen - zeker niet, als de mededeling van deze laatste afkomstig is. Weliswaar wordt hij beschermd als hij betaalt aan degene die "in het bezit der inschuld" is, maar alleen als hij te goeder trouw is (artikel 1407 BW; vgl. artikel 6:34). Van hem mag worden verlangd dat hij zich redelijke zekerheid verschafft omtrent de geldigheid der overdracht. In dit licht moet de in lid 4 omschreven bevoegdheid van de schuldenaar worden gezien. Weigering van de verplichting tot terhandstelling van een uittreksel uit akte en titel door vervreemder en verkrijger heeft weliswaar niet tot gevolg dat de overdracht ongeldig wordt, maar geeft de schuldenaar wel de bevoegdheid de betaling op te schorten.

Artikel 95 bevat een restbepaling. Het regelt de wijze van levering van goederen, waarvoor de voorschriften van de artikelen 89 tot en met 94, 96 en 98 niet gelden, en evenmin bepalingen elders ten aanzien van bijzondere goederen, zoals aandelen op naam in een naamloze vennootschap. Het kan toepassing vinden bijvoorbeeld op sommige goederen in de sfeer van de industriële eigendom, zoals de handelsnaam, maar zijn voornaamste toepassing zal zijn de levering van roerende zaken waarvan de vervreemder het bezit (of de macht: artikel 91) niet meer kan verschaffen, omdat hij ze kwijt is; zie over dat laatste de opmerkingen bij artikel 94 inzake de overdracht van rechtsvorderingen.

Waar men aanneemt dat een vervreemder wel het bezit van toekomstige zaken reeds kan leveren, komt men aan toepassing van artikel 95 voor die zaken niet toe; vgl. hierover de toelichting op artikel 97.

Zie voor de vereisten voor de akte eveneens de opmerkingen in de toelichting op artikel 94. Het huidige recht kent geen bepalingen als artikel 95.

Artikel 96 ziet op tweeërlei situatie: iemand kan zijn aandeel in een bestaande gemeenschap vervreemden, hij kan ook een aandeel in een hem alleen toebehorend goed vervreemden. In hoeverre hij tot vervreemding van zijn aandeel in een bestaande gemeenschap bevoegd is, zal in titel 3.7 inzake de gemeenschap nader worden geregeld (vgl. de artikelen 175 en 190; zie ook artikel 176).

De wijze van levering wordt door artikel 96 geregeld overeenkomstig de aard van het goed en onderworpen aan gelijke vereisten. Verschaffing van medebezit door de houder behoeft niet te betekenen dat de verkrijger het goed waarin hij een aandeel verwerft, in handen krijgt - ook bij mede-eigendom heeft de verkrijger slechts een bevoegdheid tot medegebruik. Als de zaak aldus feitelijk bij de vervreemder blijft die haar ook blijft gebruiken, is niettemin bij de toekenning van de bevoegdheid tot medegebruik het bezit geleverd, hetgeen bij vervreemding door een onbevoegde ook tot toepassing van artikel 86 kan leiden; voor de vraag, of dan aan het vereiste van de goede trouw is voldaan, kan de aard van deze situatie wel van belang zijn (zie HR 28-4-1989, NJ 1990, 252). Levering van een aandeel op deze wijze dient men derhalve niet te verwarren met die *constituto possessorio*, hoezeer ze daarop ook lijkt.

Artikel 97 regelt de mogelijkheden tot de levering van toekomstige goederen, de zgn. levering bij voorbaat.

Als "toekomstige goederen" worden in dit verband zowel beschouwd goederen die nog in het geheel niet bestaan, als die welke wel reeds bestaan, maar waarover de vervreemder nog niet mag en kan beschikken, ook al heeft hij ze wellicht reeds als houder onder zich. Zo kan de nog te velde staande oogst als toekomstige zaak niet alleen worden verkocht, maar ook - en wel als een geheel van roerende zaken - bij voorbaat worden geleverd; zie de toelichting bij artikel 9.

Voor een goed begrip moge het volgende worden vooropgesteld.

In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat in het nieuwe recht levering niet meer een synoniem is van overdracht - levering is een van de vereisten voor overdracht. Een recht gaat pas over zodra aan al die vereisten is voldaan. Levering van toekomstige goederen betekent niet meer dan dat de juridisch-feitelijke handelingen die voor de overdracht nodig zijn, reeds zijn voltooid vóórdát de vervreemder beschikkingsbevoegd geworden is - het recht gaat dan van rechtswege, zonder nadere leveringshandeling, over zodra de vervreemder die bevoegdheid heeft verkregen, dat wil zeggen zelf eerst gerechtigd is geworden: op het ondeelbare ogenblik waarop de vervreemder zelf gerechtigd is geworden en daardoor beschikkingsbevoegd wordt, gaat het goed, dankzij mede de levering bij voorbaat, op de verkrijger over. Uit deze gedachtegang volgt tevens dat, indien de vervreemder op het tijdstip van zijn eigen verkrijging niet meer beschikkingsbevoegd is, bijvoorbeeld wegens faillietverklaring, de overdracht aan degene aan wie is geleverd, geen doorgang vindt. Daartegenover deert een ondercuratelestelling van de vervreemder tussen de levering bij voorbaat en het tijdstip waarop hij zelf rechthebbende wordt, de overdracht niet: onbekwaamheid betekent alleen dat de vervreemder voortaan geen onaantastbare rechtshandelingen meer kan verrichten, maar na zijn medewerking aan de levering bij voorbaat wordt voor voltooiing van de overdracht geen rechtshandeling meer van hem verlangd. Men zie over dat alles mede de toelichting op artikel 84.

In de tweede plaats zij er eveneens in verband met artikel 84 aan herinnerd dat lid 2 van dat artikel vereist dat het over te dragen goed bij de titel met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven; zie de toelichting bij het artikel. Vooral voor goederen die in het geheel nog niet bestaan, legt het vereiste van voldoende bepaaldheid een grens aan de mogelijkheid om toekomstige goederen te leveren. Onvoldoende bepaald zal bijvoorbeeld zijn "alle vorderingen die de vervreemder in de toekomst zal verkrijgen". Wél voldoende zal zijn alle vorderingen die de vervreemder uit een bepaalde rechtsverhouding, of op een bepaalde persoon zal verkrijgen. Dit strookt ook met het vereiste dat artikel 94 voor de levering van vorderingen stelt, namelijk dat de overdracht aan de schuldenaar wordt meegedeeld. Als voorbeeld van voldoende bepaaldheid kan mede gelden: het werk waaraan een auteur werkt.

Ten slotte zij erop gewezen dat de levering bij voorbaat niet moet worden vereenzelvigd met een vorm van levering door een beschikkingsonbevoegde in het algemeen. Levering bij voorbaat is een geldige levering van een goed dat te zijner tijd onder de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder zal vallen. Overdracht door een tot beschikking onbevoegde is in beginsel nietig - zij kan slechts worden geheeld door bekrachtiging volgens artikel 58.

Lid 1 stelt een tweetal nadere beperkingen aan de mogelijkheid tot levering bij voorbaat.

In de eerste plaats is vereist dat de goederen onderwerp van een overeenkomst mogen uitmaken. Een rechtstreeks verbod vindt men in de wet voor de nalatenschap (artikel 1355 lid 2, BW en het nieuwe artikel 4:4 lid 2). Overeenkomsten kunnen echter ook worden getroffen door nietigheid

wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde; men denke bijvoorbeeld aan levering van alle nog te vervaardigen kunstwerken door een auteur.

De tweede beperking van lid 1 is dat registergoederen niet bij voorbaat kunnen worden geleverd. Een dergelijke levering zou de openbare registers met allerlei voorbarige inschrijvingen kunnen belasten.

Voor de wijze van wel geoorloofde levering gelden de artikelen 90 tot en met 95. Twee categorieën verdienen daarbij nadere aandacht, toekomstige roerende zaken niet-registergoederen, en toekomstige vorderingen.

Voor de levering van roerende zaken verlangt artikel 90 bezitsverschaffing. Het is duidelijk dat het bezit van toekomstige zaken niet door "overgave" kan worden verschaft. Wél echter leent zich daartoe de bezitsverschaffing via enkele verklaring volgens artikel 115, in het bijzonder onderdeel a, de levering *constituto possessorio*: de vervreemder verklaart reeds nu voor alsdan de zaken die hij in de toekomst als eigenaar onder zich krijgt, bijvoorbeeld handelsvoorraden, voor de verkrijger te zullen gaan houden. Door deze enkele verklaring wordt hij, terstond nadat hij eigenaar - en als zodanig beschikkingsbevoegd - is geworden, houder voor de verkrijger aan wie aldus is geleverd - in het nieuwe recht heeft artikel 110 dat gevolg. In het huidige recht, waar bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke regel als artikel 110 veelal de constructie van levering onder opschortende voorwaarde wordt gevolgd, vindt dat "geanticiperde *constitutio possessorium*" erkenning - zie HR 22-5-1953, NJ 1954, 189, en ook HR 28-4-1989, NJ 1990, 252 - en toepassing vooral bij de eigendomsoverdracht tot zekerheid. In het nieuwe recht zal het stille pandrecht deze functie overnemen, en de levering van toekomstige zaken voor de vestiging van het pandrecht zal daar op vergelijkbare wijze worden vereist (zie voor het extra-vereiste van akte artikel 237).

Levering tot overdracht onder opschortende voorwaarde overeenkomstig artikel 91 is niet te beschouwen als levering van toekomstige zaken - zie de toelichting op dat artikel.

Ook cessie van toekomstige vorderingen wordt in het huidige recht erkend; ter beperking wordt onder dit recht evenwel verlangd dat een te cederen toekomstige vordering haar onmiddellijke grondslag moet hebben in een rechtsverhouding die op het tijdstip der levering reeds bestaat (HR 24-10-1980, NJ 1981, 265). Daaraan voldoet bijvoorbeeld wel een reeds bestaande huurverhouding (HR 29-12-1933, NJ 1934, 343), maar niet een rekeningverhouding tussen een bank en haar cliënt waarvan het saldo uit geheel verschillende bronnen is samengesteld (HR 7-6-1929, NJ 1929, p. 1285). Waar ook de cessie van toekomstige vorderingen echter dient tot zekerheid, wordt de beperking daarvoor gehandhaafd in artikel 94 lid 3, en wordt zij ook ingevoerd voor de daaraan verwante stille verpanding van vorderingen in artikel 239 lid 1; in dezelfde zin het nieuwe artikel 475b Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor beslag): om te kunnen executeren is nu eenmaal een "houvast" op het tijdstip der executie nodig - men kan de executie niet laten voortduren voor hetgeen achteraf nog toevallig aan vorderingen binnenkomt.

Voor de enkele levering van toekomstige vorderingen (dus niet tot zekerheid) is deze strengere eis evenwel niet noodzakelijk, en zij wordt, zoals reeds eerder in de toelichting op artikel 94 bleek, daar ook niet gesteld; wel blijft vereist dat ook de toekomstige vordering bij de titel met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven (artikel 84 lid 2; HR 16-6-1995, NJ 1996, 508, HR 20-6-1997, NJ 1998, 362 en HR 20-9-2002, NJ 2004, 182) en mededeling aan de schuldenaar is vereist (artikel 94 lid 1).

Evenals elk bij voorbaat geleverd goed, wordt ook de gecedeerde toekomstige vordering pas

overgedragen, zodra zij, met haar ontstaan, aan de vervreemder toekomt, mits deze op dat tijdstip tot beschikking bevoegd is. Verkeert de vervreemder alsdan in staat van faillissement, dan vindt de overdracht geen doorgang. Aldus reeds voor het geldende recht HR 26-3-1982, NJ 1982, 615, waarin erop wordt gewezen dat hierbij verschil bestaat tussen een toekomstige vordering enerzijds en een (reeds bestaande) vordering onder opschortende tijdsbepaling of voorwaarde, dan wel tot periodieke betalingen anderzijds - voor deze laatste categorieën is vereist dat de beschikkingsbevoegdheid op het tijdstip der levering bestaat: later intredende onbevoegdheid heeft daarop geen invloed meer. Is het ontstaan van de vordering afhankelijk van de wilsverklaring of andere handelingen van de schuldeiser of de schuldenaar, dan heeft men niet met een voorwaardelijke, doch met een toekomstige vordering te doen (HR 25-3-1988, NJ 1989, 200, inzake voortzetting van een maatschap). Aldus wordt ook de, in de praktijk voorkomende, cessie van toekomstige huurtermijnen als cessie van toekomstige vorderingen beschouwd (HR 30-1-1987, NJ 1987, 530). Een vordering uit de wet is toekomstig, zolang nog niet is voldaan aan alle vereisten die de wet voor haar ontstaan stelt.

Lid 2 geeft aan welke verkrijger wordt beschermd in geval van "dubbele levering", waarmee wordt bedoeld op het geval dat de vervreemder het toekomstige goed bij voorbaat aan verschillende personen heeft geleverd. De regel dat het eerst verkregen recht voorgaat, vindt hier, naar men meent, geen toepassing, omdat weliswaar de ene levering eerder dan de andere zal zijn geschied, maar de overdracht pas is voltooid op het tijdstip waarop het goed ophoudt toekomstig te zijn en de vervreemder beschikkingsbevoegd wordt - en dat is voor alle wederpartijen van de vervreemder hetzelfde.

Wel gaat lid 2, begrijpelijkerwijs, uit van dezelfde gedachte van rangorde: de latere levering werkt niet tegen de eerdere, hetgeen meebrengt dat de latere verkrijger tegenover de eerdere geen beroep op artikel 86 kan doen (aldus reeds voor het huidige recht het, algemeen gevolgde, bindend advies van mr. P.H. Smits 10-5-1966, NJ 1968, 275), en eveneens nog voor het bestaande recht, HR 24-3-1995, NJ 1996, 158. Voor afwijking van deze regel is een overeenkomst tussen vervreemder en eerste verkrijger vereist - enkele verandering van wil aan de zijde van de vervreemder is niet voldoende; zie de artikelen 110 en 111.

Vgl. in dezelfde geest voor "botsende" vorderingen tot levering artikel 298.

De regel geeft onder andere een oplossing voor het geval van dubbele cessie van huurtermijnen, maar kan ook een analogische toepassing vinden op andere gevallen. Aldus wanneer toekomstige huurtermijnen bij voorbaat zijn geleverd, waarna de verhuurder het verhuurde goed aan een ander overdraagt: de cessionaris gaat vóór de nieuwe eigenaar (aldus reeds, op grond van artikel 1612 van het oude Nederlandse BW (= artikel 1597 van het hier te lande geldende BW), HR 15-3-1940, NJ 1940, 848).

Ook de schuldeiser die op de toekomstige huurpenningen beslag heeft gelegd, wordt niet getroffen door een latere vervreemding van het verhuurde goed (HR 25-1-1991, NJ 1992, 172). Omgekeerd kan evenmin beslag op toekomstige huurpenningen ten laste van de verhuurder afbreuk doen aan het recht van degene aan wie ze reeds voordien waren gecedeerd (HR 10-1-1992, NJ 1992, 744). Het is dus van belang deze gevallen van beslag te onderscheiden van faillietverklaring voordat de vervreemder beschikkingsbevoegd is geworden: een eerdere cessie immers kan niet verhinderen dat de bij voorbaat gecedeerde vorderingen bij hun ontstaan in de failliete boedel vallen.

De tweede zin van het lid behelst een uitzondering op de eerste, die alleen voor roerende zaken (niet-registergoederen) geldt: krijgt de latere verkrijger hen eerder in handen dan de eerdere, dan gaat niettemin de latere verkrijger voor. Deze bepaling stemt overeen met die van artikel 90 lid 2. Zoals uit het voorgaande bleek, kent ook het huidige recht de levering bij voorbaat, maar wijkt het ontwerp op een aantal details af.

Artikel 98

Zoals vervreemding van een aandeel in een goed kan worden gezien als een afsplitsing uit dat goed als voorwerp van recht, zo kan vestiging van een beperkt recht in zekere zin worden beschouwd als afsplitsing van een bundel bevoegdheden uit dat goed, en afstand van beperkte rechten als een heroverdracht daarvan aan de eigenaar. Deze verwantschap leidt ertoe om aan vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht op een goed in beginsel dezelfde vereisten te stellen als aan overdracht van dat goed zelf. Voor vestiging en overdracht van beperkte rechten geldt hetzelfde, naar men aanneemt, voor het huidige recht, maar veelal wordt aanvaard dat afstand eenzijdig kan geschieden. Een praktische reden daarvoor is de omstandigheid dat een rechthebbende soms afstand van zijn beperkte recht wil doen wegens de aan de uitoefening verbonden kosten, terwijl de hoofdgerechtigde - dat wil zeggen de rechthebbende op het, met het beperkte recht bezwaarde, goed - niet bereid is aan die afstand mee te werken. In het ontwerp wordt deze impasse opgelost door in zulke gevallen de verplichting op te leggen aan de afstand mede te werken, en die medewerking door reële executie afdwingbaar te maken (artikel 300). Aldus de regeling van de afstand van een vruchtgebruik (artikel 224) en erfdiensbaarheid (zie artikel 5:82); vgl. ook artikel 122. Soms ook wordt de bevoegdheid tot (de eenzijdige rechtshandeling van) opzegging gegeven; vgl. artikel 81 lid 2 onderdeel d, en, voor erfpacht en zelfstandige opstal de artikelen 5:87, respectievelijk 5:104 lid 2.

De bepalingen die van overeenkomstige toepassing worden verklaard, zijn die van afdeling 3.4.2, dus onder andere de artikelen 83 inzake de overdraagbaarheid, 84 inzake de algemene vereisten en 86 tot en met 88 inzake het ontbreken van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, hetgeen door de goede trouw van de verkrijger kan worden geheeld. Ten slotte gelden de leveringsvereisten voor de in de artikelen 89 tot en met 94 genoemde categorieën van goederen mede voor de vestiging en afstand van beperkte rechten op die goederen en gelden de regels van de artikelen 95 tot en met 97 ook daarvoor.

Een ten dele eigen regeling van zowel de vereisten voor levering als van het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid zal voor de vestiging van het pandrecht worden voorgesteld (zie de artikelen 236 tot en met 239) - onder andere de introductie van het stille pandrecht noopt hiertoe.

Afdeling 3.4.3 - Verrijging en verlies door verjaring

De afdeling regelt de zgn. verkrijgende of acquisitieve verjaring, te onderscheiden van de bevrijdende of extinctieve verjaring. Door de eerste worden goederen - in het nieuwe recht onder bijzondere titel (artikel 80) - verkregen en, door de oorspronkelijke gerechtigde, verloren, de tweede betreft de verjaring van rechtsvorderingen; zij zal in titel 3.11 worden geregeld. In het huidige wetboek vinden zij nog gezamenlijk een plaats in de Zevende Titel van het Vierde Boek van het BW. Dat verkrijgende en bevrijdende verjaring verschillende rechtsfiguren zijn, neemt niet weg dat er een zekere verwantschap bestaat en dat ook het ontwerp tussen beide verband

legt: zie de artikelen 100, 103, 104, 105 en 106.

Verjaring is in de eerste plaats een instituut waardoor een aanvankelijk ongerechtvaardigde toestand op den duur wordt gerechtvaardigd: wegens het belang der rechtszekerheid past het recht zich aan de feitelijke toestand aan. De tweede, minstens zo belangrijke, rol van de verkrijgende verjaring is dat zij een rechthebbende ontslaat van de taak om de rechtmatige herkomst van zijn recht desverlangd aan te tonen over een periode langer dan de verjaringstermijn ("probatio diabolica").

Het ontwerp van afdeling 3.4.3 behelst een aantal vernieuwingen. Van veel belang is dat de verjaringstermijnen aanzienlijk worden bekort (zie artikel 99). Voorts zullen onder het nieuwe recht alle goederen, ook onder andere roerende zaken (en beperkte rechten daarop), door verjaring kunnen worden verkregen, en niet slechts onroerende goederen en schuldvorderingen op naam, zoals thans ingevolge artikel 1984 van het BW. Ook de beperking van artikel 745 BW voor erfdiensbaarden zal vervallen.

Voorts heeft bevrijdende verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van bezit verkrijging van het goed tot gevolg (artikel 105). Iets soortgelijks doet zich voor bij beperkte rechten: de verjaring van de vordering tot opheffing van een met dat recht strijdige toestand doet het recht tenietgaan (artikel 106).

Het ontwerp kent, anders dan artikel 1968 van het huidige BW, geen afstand van een eenmaal voltooide (verkrijgende) verjaring: na het verstrijken van de termijn is het recht verkregen en dat kan alleen ongedaan worden gemaakt door overdracht aan de oorspronkelijke gerechtigde. Met andere woorden: anders dan in het geldende recht - vgl. ook artikel 1971 van het BW - en anders dan de bevrijdende verjaring, werkt de verkrijgende verjaring van rechtswege: de rechter zal haar ambtshalve hebben toe te passen.

Artikel 99 wijkt sterk af van het geldende recht. Anders dan artikel 1984 BW verklaart het alle goederen voor verkrijging door verjaring vatbaar, stelt een termijn van drie jaar voor die van roerende zaken, niet-registergoederen, en rechten aan order en toonder, en een termijn van tien jaar voor de overige goederen, hetgeen voor zover thans artikel 1984 BW reikt, een aanzienlijke verkorting betekent. Ook wordt niet overgenomen het onderscheid dat dit artikel voor de duur van de termijn maakt tussen bezit "uit kracht van een wettige titel" (lid 1: twintig jaar) en bezit "zonder bewijs van titel" (lid 2: dertig jaar). Het verschil is niet goed te rechtvaardigen, aangezien voor beide toch het vereiste van goede trouw geldt: is er geen titel, dan zal de goede trouw wel moeilijker zijn te bewijzen, maar slaagt de verkrijger in dat bewijs, dan is het weinig billijk, hem anders te behandelen dan de bezitter die op grond van een titel dat bezit verkreeg. Door het vervallen van het element van de titel in het nieuwe recht zal zich niet meer de vraag voordoen, of zo'n titel aanwezig kan zijn, indien de leveringsakte niet in de openbare registers is ingeschreven, een kwestie die de hoofdrol speelde in de Antilliaanse zaak HR 13-3-1981, NJ 1982, 57. In het nieuwe recht verschuift deze vraag naar die, of onder zulke omstandigheden een beroep op goede trouw kan worden aanvaard.

De vereisten voor de verjaring die aldus resteren, zijn goede trouw, een onafgebroken bezit en de vervulling van een termijn ("fides, possessio, tempus").

Het vereiste van "bezit" betekent dat men gedurende de verjaringstermijn het goed "voor zichzelf" houdt, en niet krachtens enige rechtsverhouding voor een ander; zie artikel 107 en de toelichting daarop, alsmede HR 15-4-1983, NJ 1983, 647. Het vereiste dat het bezit "openbaar,

en niet dubbelzinnig" is zoals artikel 1976 van het thans geldende BW formuleert, wordt in het ontwerp niet uitdrukkelijk gesteld, maar is wel in het vereiste van bezit zelf begrepen; de vrij uitgebreide jurisprudentie waarin de hoedanigheden van openbaarheid en ondubbelzinnigheid onder het huidige recht nader zijn uitgewerkt, behoudt derhalve ook voor de toekomst haar belang.

Wel is uitdrukkelijk vereist dat het bezit gedurende de verjaringstermijn onafgebroken is geweest. Artikel 103 echter maakt hierop een beperkte uitzondering. Dat een lopende verjaringstermijn niet door opvolging in het bezit behoeft te worden afgebroken, volgt uit artikel 102.

De bezitter moet te goeder trouw zijn. Wie bezitter te goeder trouw is, wordt bepaald door artikel 118 lid 1: degene die zich als rechthebbende beschouwt en zich redelijkerwijs ook als zodanig mag beschouwen. Daarbij dient men tevens de regels van de artikelen 11 en, voor registergoederen, 23 e.v. te betrekken. Wie behoort te weten of een grond heeft te vermoeden dat hij geen rechthebbende is geworden, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van een voor de overdracht geldige titel, wegens een gebrek in de levering of omdat de vervreemder niet beschikkingsbevoegd is, wordt geen bezitter te goeder trouw. Idem, wanneer een reeks voorafgaande endossementen bij de verkrijging van een recht aan order een hiaat vertoont.

Registeronderzoek vóór de verkrijging van zulk een goed is voor een beroep op de goede trouw wel vereist: artikel 23. Een beroep op goede trouw, leidend tot verkrijging door verjaring, komt nogal eens voor in gevallen waarin bij de overdracht een strook grond wordt betrokken die, naar achteraf blijkt, niet aan de vervreemder toebehoorde. Een beroep op de goede trouw van de verkrijger wordt dan niet zonder meer van de hand gewezen, indien geen controle aan de hand van de landmeetkundige kaart is uitgeoefend (HR 20-2-1987, NJ 1987, 1002, overigens nog toegespitst op het element "wettige titel"; vgl. ook HR 23-12-1988, NJ 1991, 166).

Wie aanvangt als bezitter die niet te goeder trouw is, kan onder bijzondere omstandigheden later te goeder trouw worden, als hij redelijkerwijs kan menen dat het gebrek dat zijn recht aankleefde, is geheeld. Gebeurt dit niet, dan loopt te zijnen gunste geen verjaringstermijn.

Wie eenmaal bezitter te goeder trouw is, blijft dat, ook al ontdekt hij later dat hij zich ten onrechte voor rechthebbende heeft gehouden (artikel 118 lid 2). Zie voorts artikel 102 voor het bijtellen van het bezit van voorgangers. De bezitter die niet te goeder trouw bezit, kan nochtans, doch dan op grond van voltooiing van de termijn van bevrijdende verjaring, rechthebbende worden; artikel 105. De termijn is dan echter langer, namelijk twintig jaar (zie artikel 306).

De verjaringstermijn voor rechten op roerende zaken en vorderingen aan toonder of order is op drie jaar gesteld, een termijn die reeds in het Romeinse recht gold. In de praktijk zal een beroep op verjaring van deze goederen waarschijnlijk niet zo vaak voorkomen, omdat de meeste bezitters te goeder trouw wel reeds, en eerder, door artikel 86 worden beschermd. Voor de overige goederen geldt een verjaringstermijn van tien jaar, die in de moderne tijd beter past dan die van twintig, respectievelijk dertig jaar van het huidige recht.

Lid 2 van artikel 99 houdt verband met artikel 86a; zie de toelichting op dat artikel wat betreft het relevante Unidroit-verdrag. Lid 2 sluit de verkrijgende verjaring op grond van dit artikel 99 uit ten aanzien van de desbetreffende cultuurgooden. Wel kan een bezitter eigenaar worden door de werking van artikel 105 lid 1. Daarvoor is nodig dat de bevrijdende verjaring is voltooid; men zie het voorgestelde nieuwe artikel 310a met de daarbij gegeven toelichting.

Artikel 100

Artikel 863 van het huidige BW kent een erfgenaam een bijzondere rechtsvordering - nog wel met haar klassieke benaming als hereditatis petitio aangeduid - toe, waarmee hij in zijn hoedanigheid (tot) de nalatenschap (behorende goederen) kan opeisen. Artikel 864 bepaalt de duur van de extinctieve verjaringstermijn op dertig jaar te rekenen van het opvallen der nalatenschap af; het is de bedoeling deze termijn tot twintig jaar te verkorten (zie artikel 306).

Tijdens de duur van die termijn behoort de vordering echter niet te kunnen worden doorkruist door een beroep van de wederpartij, die zich als bezitter (rechthebbende) op de nalatenschap gedraagt, op een inmiddels voltooide (verkrijgende) verjaring van drie of tien jaar. De werking van de verkrijgende verjaring wordt derhalve ten opzichte van de werkelijk rechthebbende - de erfgenaam en diens eventuele rechtsopvolgers - gerelativeerd.

Artikel 101 geeft een algemene regel over het tijdstip waarop de verkrijgende verjaring aanvangt (de "terminus a quo"): te 0.00 uur nadat het bezit is aangevangen. De regel leidt tot dezelfde uitkomst als thans artikel 1983 BW.

Artikel 102 geeft de regels voor de voortzetting van een, met het bezit van een voorganger aangevangen, verjaringstermijn - de mogelijkheid tot "bijtelling" van termijnen.

Degene die een ander onder algemene titel - zie artikel 80 lid 2.- opvolgt, volgt hem ook op in zijn bezit, en wel met alle hoedanigheden en gebreken daarvan (artikel 116). Is de voorganger bezitter te goeder trouw, dan wordt ook de opvolger dat, ook als hij weet dat zijn voorganger geen rechthebbende was. Wie een bezitter te goeder trouw onder algemene titel opvolgt, kan de tijdens diens bezit verstreken duur van de verjaringstermijn bij de zijne optellen. Wie een bezitter die niet te goeder trouw is, onder algemene titel opvolgt, volgt deze ook in die hoedanigheid op - met de aanvang van zijn bezit vangt geen verjaringstermijn aan, hoezeer hij ook zelf te goeder trouw is.

Lid 2 geeft de regel van voortzetting van de verjaringstermijn door degene die anders dan onder algemene titel "van een ander" bezit heeft verkregen. De term "van een ander" moet daarbij ruim worden geïnterpreteerd en is niet beperkt tot bijvoorbeeld bezitsoverdracht - hij sluit alleen de zuivere bezitsoccupatie uit. Hij omvat daardoor ook herkrijging van bezit na vervulling van een ontbindende voorwaarde of vernietiging van een rechtshandeling, wanneer in de interim-periode een verjaringstermijn heeft gelopen.

Vereist is dat degene die het bezit verkrijgt - of herkrijgt - te goeder trouw is, een regel die onder het bestaande recht betwist is. Niet wordt vereist dat hij dat reeds terstond bij de aanvang van zijn bezit is. Wordt bijvoorbeeld bij de overdracht van een registergoed het bezit al verschaft vóór de inschrijving der akte, zodat in verband met artikel 118 tot aan de inschrijving nog niet van bezit te goeder trouw kan worden gesproken, dan is er niettemin geen afbreking van een reeds lopende verjaringstermijn, mits door de inschrijving het vereiste der goede trouw alsnog wordt vervuld.

Was de voorganger geen bezitter te goeder trouw, dan kan bij de opvolging door iemand die te goeder trouw van hem verkrijgt, de verjaringstermijn een aanvang nemen.

Uiteraard bestaat er aan de bijtelling van verjaringstermijnen bij overdracht geen behoefte in de gevallen waarin de verkrijger dankzij de artikelen 86 tot en met 88, en eventueel 24 tot en met 26, reeds terstond rechthebbende wordt. Evenzeer wordt de verkrijger ook zonder bijtelling

rechthebbende, als tijdens zijn bezit de rechtsvordering tot beëindiging daarvan verjaart: artikel 105.

Voor de bewijslast inzake de aard van het bezit ook van voorgangers zie men artikel 118, derde lid: bezit te goeder trouw wordt vermoed.

Voor voltooiing der verjaring verlangt artikel 99 onder andere een onafgebroken bezit gedurende een aantal jaren. Afbreking, en zelfs onderbreking, van het bezit heeft in beginsel stuiting der verjaring tot gevolg: bij herkrijging moet de bezitter een nieuwe volledige termijn aanvangen, hetgeen samenhangt met de aard der verjaring, een zich neerleggen van het recht bij een gegroeide, voortdurende feitelijke toestand. Voor de onderbreking verzacht **artikel 103** deze strenge regel enigszins: wordt het bezit binnen een jaar herkrege, dan wel herkrege op grond van een binnen een jaar ingestelde vordering, dan wordt de verjaring als niet onderbroken beschouwd. De rechtsvordering waarop wordt gedoeld, is in het bijzonder die van artikel 125, maar ook een vordering uit onrechtmatige daad kan tot herstel in het bezit leiden.

De regel komt overeen met die van het huidige artikel 1999 BW, alsmede de combinatie van de artikelen 618, 621 en 622 BW.

Artikel 104

Tegenover de verkrijging van een goed door de bezitter als gevolg van de verjaring, staat het verlies van dat goed door de "gedeposeerde". Gedurende de loop van de verjaringstermijn kan deze zich door een rechtsvordering tegen de stoornis in zijn bezit keren. Zulk een rechtsvordering kan zich in verschillende vormen uiten, in de eerste plaats die van artikel 125, maar ook een vordering tot verklaring voor recht omtrent het bezit, bijvoorbeeld het geval dat de eiser stelt dat de opgeroepene niet bezitter, doch slechts houder is, en voorts een vordering tot beëindiging van het bezit van een beperkt recht.

Wegens de samenhang tussen de verkrijgende verjaring en de daartegenover staande rechtsvordering tot beëindiging van bezit, behoort de eerste het spiegelbeeld van de tweede te vormen en haar lotgevallen te volgen. Dat geldt in het bijzonder haar stuiting en haar verlenging, alsmede de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van de uitspraak die herkrijging van het bezit toekent. De regeling van deze drie figuren zal uiteraard haar plaats vinden in titel 3.11 inzake de bevrijdende verjaring (vgl. de artikelen 316 tot en met 319, 320 en 321 en 324 en 325). Hier zij slechts opgemerkt dat stuiting in ruimere mate dan onder het huidige recht zal kunnen geschieden en verlenging de plaats van de schorsing der verjaring zal innemen.

Ook voor het huidige recht geldt het verband dat in artikel 104 tussen de verkrijgende en de bevrijdende verjaring wordt gelegd; dat volgt uit de gezamenlijke regeling in de vierde en vijfde afdeling van de 7e titel van Boek 5.

Legt artikel 104 een nauw verband tussen de bevrijdende en de verkrijgende verjaring, **artikel 105** verbindt een ander gevolg aan de bevrijdende verjaring voor de verkrijging van een goed: wordt de bevrijdende verjaring van een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit - zie hiervoor de toelichting op artikel 103 - voltooid, dan gaat het goed zelf tevens over op de bezitter. Met deze bepaling wordt een leemte in het tegenwoordige recht gevuld; thans is de situatie immers zo dat de rechthebbende wiens vordering is verjaard, het goed niet meer kan opeisen van de bezitter, maar dat die bezitter toch geen rechthebbende wordt. Het artikel zal

vooral toepassing vinden op de verkrijging van gestolen (roerende) zaken die vóór voltooiing van de verjaring der vordering nog niet in handen van een bezitter zijn gekomen voor wie wegens zijn goede trouw artikel 86 geldt. Voor de toepassing van artikel 105 is immers geen goede trouw van de bezitter vereist.

Voor de vinder van een roerende zaak die de voorgeschreven aangifte doet, zal een speciale regeling in titel 5.2 worden ontworpen (zie de artikelen 5:5 tot en met 5:12), zodat voor hem de bepaling van geen betekenis zal zijn. Wel echter zal dit het geval zijn ten aanzien van de vinder die de aangifte nalaat.

De toepasselijkheid van het artikel is overigens niet beperkt tot roerende zaken, maar geldt voor alle goederen - zo kan het ook dienen voor een (obligatoir) vorderingsrecht, of voor een vordering, verkregen door een cessie waarvan de geldigheid aanvankelijk betwistbaar is.

De rechtsvordering tot beëindiging van het bezit verjaart nu na dertig jaar (artikel 1988), maar het is de bedoeling die termijn tot twintig jaar te bekorten (vgl. artikel 306). Na voltooiing van de termijn waarin het vorderingsrecht tot beëindiging van het bezit verjaart, gaat het goed over op zijn bezitter. Afstand van die voltooide verjaring - op zichzelf mogelijk bij bevrijdende verjaring - heeft dan geen effect meer, naar uit de tekst van de bepaling volgt; de afstand van de verjaring kan hoogstens de titel voor afstand van het goed aan de oorspronkelijk rechthebbende vormen.

Of een beperkt recht dat door de vroegere rechthebbende op het goed was gevestigd, ook ná de overgang daarop blijft rusten, hangt af van de vraag of de vordering van de gerechtigde tot dat beperkte recht tot handhaving van zijn ongestoord bezit al dan niet is verjaard. De vestiging van een beperkt recht op het goed door de bezitter voordat hij rechthebbende werd, kan tot toepassing van bekrachtiging met terugwerkende kracht volgens artikel 58 leiden. Aangenomen wordt dat in zoverre ook de onderliggende verkrijging van het goed zelf door verjaring terugwerkende kracht heeft.

Lid 2 strookt met de regeling van artikel 103.

Artikel 106 geeft voor het tenietgaan van beperkte rechten door verjaring eenzelfde constructie als artikel 105 voor de overgang van goederen: het tenietgaan is van rechtswege een gevolg van de bevrijdende verjaring van een rechtsvordering, in dit geval die tot opheffing van een met het beperkte recht strijdige toestand.

Het huidige BW kent bij enkele beperkte rechten, namelijk erfdienstbaarheid (artikel 753 BW) en vruchtgebruik (artikel 836, onderdeel 5°), een hiermee vergelijkbaar instituut, namelijk het tenietgaan door de enkele niet-uitoefening ("non usus"). Het verschil tussen beide is dat voor het huidige recht het enkele niet-uitoefenen, ook als dat een gevolg van overmacht is, voldoende grond voor het tenietgaan is, terwijl volgens de nieuwe, billijker, regeling het beperkte recht pas tenietgaat, wanneer de vereiste tijd is verlopen gedurende welke een voor opheffing vatbare toestand heeft bestaan. Terwijl het aanvangstijdstip van de non usus thans weinig zeker is, is dat van de verjaringstermijn in de nieuwe regeling wel te bepalen (zie artikel 314 lid 1).

Vermoedelijk zal, evenals de non usus van het huidige recht, de voorgestelde bepaling voornamelijk bij erfdienstbaarheden toepassing vinden, namelijk wanneer, al of niet door ingrijpen van de gebruiker van het heersende erf, een toestand is ontstaan die de uitoefening van de erfdienstbaarheid belet.

Indien de verhindering de uitoefening voor slechts een gedeelte - bijvoorbeeld over een weg kan niet meer worden gereden, maar nog wel worden gelopen - treft, dan gaat de erfdienstbaarheid

ook slechts voor dat gedeelte teniet.

Een vergelijkbare bepaling als **artikel 106a** is opgenomen in artikel 200a lid 5, ten aanzien van langdurig onverdeelde gebleven boedels bestaande uit een onroerende zaak. Men zie aldaar de toelichting. Bij hetgeen daar is opgemerkt komt dat gemeenschapsgrond vaak in gebruik wordt genomen met de gedachte dat zulks vrij staat. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba overwoog in een vonnis van 29 augustus 2008 (AR 3/06 – H. 332/07, *Courtart v. eilandgebied Sint-Eustatius*):

‘(4.7) In de onderhavige zaak gaat het om een vrij groot onomheind terrein, merendeels bestaande uit heuvels en zeer weinig vlak land (ca. 110 hectare, zijnde ca. 5% van de totale oppervlakte van Sint-Eustatius) waarvan, zo mag worden aangenomen, de gebruiksmogelijkheden beperkt zijn; inmiddels is Venus door het Eilandgebied aangewezen als gezichtsbepalend natuurlandschap in de zin van de Verordening bescherming flora en fauna (...). Het is een feit van algemene bekendheid dat men in de Nederlandse Antillen op grote schaal, in elk geval in het verleden, vee (in het bijzonder geiten) liet grazen op dit soort open overheidsgrond en ook anderszins die grond gebruikte. De gedachte was dat het ging om gemeenschapsgrond en dat het de leden van die gemeenschap vrijstond daarvan gebruik te maken. De overheid gedoogde zulks (anders dan een particuliere grootgrondbezitter zou doen), althans zolang de overheid de grond niet zelf nodig had. Als de overheid al een geldelijke vergoeding verlangde was deze over het algemeen betrekkelijk laag; zo betaalden volgens het Eilandgebied (...) – hetgeen overigens door Courtart is betwist – de voorganger van Courtart en Courtart tot het einde van de jaren tachtig jaarlijks NAF. 50, = voor het hele gebied (van meer dan 2 miljoen m²). Het voorgaande gold ook op het kleinschalige Sint-Eustatius waar iedereen elkaar kende en op elkaar was aangewezen.

(4.8) De gebruikers van overheidsgronden als de onderhavige waren, naar verkeersopvattingen, hooguit – bij uitoefening van voldoende macht – houders voor de overheid, ook als zij geen vergoeding betaalden en hun gebruik een min of meer exclusief karakter had gekregen. Het vermoeden van artikel 3:109 BW geldt in zo’n geval als weerlegd.

(4.9) Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor de eigenaar te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van de eigenaar, hetzij ten gevolge van een tegenspraak van diens recht (artikel 3:111 BW).’

Om elke twijfel aangaande de vraag of sprake is van bezit of houderschap uit te sluiten is het onderhavige artikel 106a voorgesteld.

TITEL 3.5 - BEZIT EN HOUDERSCHAP

Algemeen

Bezit is een verhouding van een persoon tot een goed, die zowel feitelijke als juridische aspecten vertoont, en zich daardoor, naar de rechtsgeschiedenis leert, bij uitstek leent tot dogmatische strijd zowel over zijn karakter - feit of recht - als over de vraag, wanneer van "bezit" kan worden gesproken.

Het ontwerp laat de dogmatiek zoveel mogelijk rusten. Het omschrijft in artikel 107 het bezit als

"het houden van een goed voor zichzelf". Het element "houden" duidt op de mogelijkheid van het uitoefenen van feitelijke macht over het goed, in het element "voor zichzelf" onderscheidt het bezit zich van het "houderschap" of "detentie" in engere zin: deze detentie bestaat, wanneer men een goed houdt op grond van een rechtsverhouding met een ander, zoals huur. Of aan de vereisten voor bezit is voldaan, wordt in beginsel aan de verkeersopvattingen getoetst, waarbij een aantal rechtsregels in acht genomen dient te worden, die zijn neergelegd in de artikelen 109 tot en met 117, maar daarnaast is slechts plaats voor een beoordeling van de feitelijke, uiterlijk waarneembare, omstandigheden (artikel 108). Aandacht verdient dat men in de opzet van het ontwerp niet alleen bezit van zaken kan hebben, doch van alle goederen, derhalve ook van rechten.

De artikelen 110 tot en met 117 behandelen de wijze waarop bezit wordt verkregen en verloren gaat. Aan de onderscheiding tussen bezit te goeder en te kwader trouw (artikel 118) verbinden de artikelen 120 tot en met 124 gevolgen voor het recht op de vruchten en de verplichting tot vergoeding van kosten; zoals reeds uit afdeling 3.4.3 is gebleken, heeft hetzelfde onderscheid evenzeer betekenis voor de verkrijging van een goed door verjaring.

Een praktisch inzicht in de betekenis van het bezit verkrijgt men door analyse van de verschillende functies die het in het rechtsleven vervult, waarbij wel wordt onderscheiden naar de statische en de dynamische.

De statische functie van het bezit - en ook van het houderschap in het algemeen - is in de eerste plaats dat de bezitter en houder worden beschermd tegen eigenmachtige inbreuken daarop van anderen: zulke eigenrichting behoeft rechtens niet te worden geduld (de zgn. politionele functie); met een vordering uit onrechtmatige daad kan tegen zulke inbreuken worden opgetreden (artikel 125 lid 3).

Dicht daarnaast ligt de bescherming van de bezitter - maar niet de houder - tegen stoornis in zijn rechtspositie, die hij van de zijde van derden ondergaat, wel de zakelijke functie van het bezit genoemd: de bezitter kan als bezitter tegen zulke derden optreden en, indien nodig, herstel in zijn bezit eisen (artikel 125 lid 1); dat beroep op zijn rechtspositie komt hem echter dan, behoudens uitzonderingsgevallen niet toe tegen degene die een sterker recht heeft, dat de aanspraak op bezit uitsluit - zoals dat van de eigenaar tegen de dief (artikel 125 lid 2).

Een statische functie van het bezit is mede de processuele, die bewijsrechtelijk van aard is. In een procedure wordt een houder vermoed bezitter te zijn - dat wil zeggen: voor zichzelf te houden (artikel 109) - en de bezitter wordt vermoed rechthebbende te zijn (artikel 119): het is in beginsel aan de wederpartij zo'n vermoeden te ontzenuwen.

Naast de statische functies zijn er de dynamische: daar waar het bezit een der vereisten is tot verkrijging van een recht. Aldus is het bezit in titel 3.4 reeds ter sprake gekomen bij de overdracht van roerende zaken en rechten aan order en toonder (artikelen 90 en 93; zie ook de artikelen 86 en 96 tot en met 98, alsmede de toelichting daarop) en bij de verkrijgende verjaring (artikelen 99 e.v.). Voor de toe-eigening van zaken die aan niemand toebehoren, is inbezitneming vereist (zie artikel 640 van het huidige BW en artikel 5:4).

Buiten deze functies staat ten slotte de betekenis die het bezit als aanknopingspunt van risicoaansprakelijkheid onder het nieuwe recht zal verkrijgen: in beginsel zal het de bezitter zijn die wordt belast met de aansprakelijkheid van schade die wordt veroorzaakt door gebrekkige zaken, opstallen en dieren (zie de artikelen 6:173, 6:174 en 6:179).

Artikel 107 lid 1, geeft een omschrijving van hetgeen in het ontwerp met "bezit" is bedoeld, hetgeen in de eerste artikelen van de titel nader wordt uitgewerkt en aan enkele regels onderworpen.

Voor de omschrijving wordt uitgegaan van het meer algemene begrip "houden" van een goed. Dit houden duidt aan het kunnen uitoefenen van een zekere feitelijke macht over het goed, welke overigens in het algemeen moeilijk valt te omschrijven. Een door de eigenaar verhuurde zaak wordt zowel door hem als door de huurder "gehouden": door de eigenaar als bezitter, door de huurder als houder (detentor). De verhuur beperkt de positie van de eigenaar, maar doet zijn bezit niet verloren gaan. De huurder wordt geen bezitter: hij houdt juist de zaak voor de bezitter krachtens zijn rechtsverhouding tot deze. Wie een zaak voor een ander houdt, kan geen bezitter zijn - hij is houder in enge zin. Een detentor kan dan ook, omdat hij geen bezitter is, niet door verjaring rechthebbende op het goed worden. Zie ook HR 18-2-2000, NJ 2000, 278 betreffende zgn. "economische eigendom" en HR 21-3-2001, NJ 2001, 305 betreffende gebruik van gronden met toestemming van de eigenaar; in beide gevallen is sprake van houderschap.

Het ontwerp gaat ervan uit dat een goed slechts één bezitter kan hebben, behalve in het geval dat zij tezamen en op gelijke voet bezitter zijn, het geval waarin tussen hen een gemeenschap bestaat als zij tevens rechthebbenden zijn. Een zaak die gestolen wordt, raakt uit het bezit van de eigenaar en komt in dat van de dief. Zou men hier meer dan een bezitter erkennen, dan zou men onder andere bij de toepassing van de regeling der verkrijgende verjaring in moeilijkheden komen.

De mogelijkheid van bezit is niet tot zaken beperkt: ieder goed, ook een beperkt recht en een vorderingsrecht, leent zich tot bezit, zoals ook ieder goed - via het vereiste bezit - voor verkrijging door verjaring vatbaar is.

Bezit en houderschap (in enge zin: detentie) kunnen beide zowel onmiddellijk als middellijk zijn. Onmiddellijk is het bezit van een huis, wanneer de bezitter het zelf bewoont (of wanneer het leegstaat), middellijk wanneer hij het verhuurt. De huurder is onmiddellijk houder, wanneer hij het gehuurde huis zelf bewoont, middellijk houder, indien hij het weder verhuurt. Ook in het laatste geval blijft de bezitter middellijk bezitter; de onderhuurder is dan onmiddellijk houder.

Het artikel geeft in het algemeen weer hetgeen onder het huidige recht ook de heersende opvatting is, ook al bezigt het huidige BW niet altijd een gelukkige terminologie. Zo is de definitie van artikel 585 BW niet overgenomen, omdat de slotzinsnede "alsof zij hem toebehoorde" de indruk wekt, dat de rechthebbende niet tevens bezitter zou zijn, hetgeen nu in de regel juist wel het geval is.

Daar onder het nieuwe recht alle goederen voor bezit vatbaar zijn is de, onder het huidige recht geldende, uitsluiting van de niet voortdurende niet zichtbare erfdiensbaarheden (artikel 593 lid 2 j° artikel 745 BW) vervallen; weliswaar levert het onbebouwd laten van een stuk grond op zichzelf niet door verjaring de erfdiensbaarheid van niet-bebouwing op, maar zulke verjaring kan er wel zijn als aan het onbebouwd laten een gebrekkige titel ten grondslag ligt.

Artikel 108

Bezit betekent, evenals detentie, een zekere macht van een persoon over een goed. Of die macht

moet worden opgevat als bezit dan wel als detentie, behoort te worden beoordeeld zowel aan de hand van feiten als van wettelijke regels.

Het huidige BW vereist voor het verkrijgen van bezit naast de feitelijke macht (het corporele element) de "bezitswil": het oogmerk om de zaak voor zichzelf te behouden ("animus"). Aldus artikel 594 BW, waaraan in artikel 595 BW de consequentie wordt verbonden dat "zinnelozen" door zichzelf geen bezit kunnen verkrijgen. Gezien de feitelijke aard van het bezit valt echter niet goed in te zien, waarom dezen bijvoorbeeld niet door hen gedragen kleding zelf zouden kunnen bezitten. Ook zonder dat men zich daarvan bewust is, wordt men bezitter van een poststuk dat aan de deur bezorgd is. Het ontwerp neemt daarom afstand van de bezitswil als algemeen geldend vereiste, en laat in beginsel aan de verkeersopvattingen over of de verhouding tussen persoon en goed moet worden opgevat als "houden" in ruime zin, en, zo ja, bij wijze van bezit dan wel van detentie. Daarmee wordt de wil geenszins elke betekenis ontzegd, maar om betekenis te verkrijgen, dient hij zich wel in een feitelijke gedraging te uiten - aldus blijkt uit het slot van het artikel. Zo zal een vinder die de gevonden zaak overeenkomstig de regels bij de politie aangeeft, zich als houder voor de eigenaar gedragen - en wel als zaakwaarnemer voor deze; geeft hij de gevonden zaak niet aan, maar gebruikt hij die voor zichzelf, dan zal hij overeenkomstig de verkeersopvatting bezitter zijn (zij het niet een bezitter te goeder trouw). Wie een stuk land betreedt dat aan een ander toebehoort, is volgens verkeersopvatting nog geen bezitter, wie het regelmatig gaat bewerken en zich als rechthebbende gaat gedragen, kan dat wel worden. Over de vraag welke "bezitsdaden" daartoe zijn vereist, bestaat nogal wat rechtspraak, die ook voor het nieuwe recht van waarde kan zijn.

Vormen aldus de verkeersopvattingen over uiterlijke feiten en gedragingen de grondslag voor het oordeel of er van bezit sprake is, rechtsregels oefenen daarop mede invloed uit. Dat blijkt reeds uit de regel van artikel 107 lid 1: het houden van een goed voor een ander kan geen bezit zijn. Meestal zal dit criterium een duidelijke richting wijzen: wie andermans goed onder zich heeft krachtens een beperkt recht of een overeenkomst, is houder, niet bezitter. Het enkele sluiten van een koopovereenkomst maakt de koper nog niet tot bezitter: bezitsverschaffing staat daarnaast als afzonderlijke handeling en is een zelfstandig vereiste voor bijvoorbeeld de overdracht van roerende zaken. Uit het voorbeeld van de vinder blijkt dat de beslissing tussen bezit en detentie soms aan de hand van de feitelijke omstandigheden én de rechtsregels tezamen moet worden gezocht.

De hiernavolgende artikelen 109 tot en met 117 bevatten een aantal van zulke regels, die mede bepalen of het houden van een goed als bezit moet worden gekwalificeerd.

Artikel 109 bevat een regel als bedoeld in artikel 108, die het onderscheid tussen bezit en houderschap (in enge zin) reguleert. Deze houdt een (weerlegbaar) bewijsvermoeden in en is derhalve in het bijzonder van processuele betekenis. Wie een zaak onder zich heeft, terwijl zijn bezit wordt betwist, kan in eerste instantie volstaan met de stelling dat hij bezitter is - het is aan de wederpartij te bewijzen bijvoorbeeld dat hij zijn macht ontleent aan een beperkt of persoonlijk recht en dat de door hem ten aanzien van het goed verrichte daden uit zulk een recht voortvloeien en niet als "bezitsdaden" zijn aan te merken.

Daden door een houder als zodanig verricht, kunnen aan de bezitter als bezitsdaden worden toegerekend: HR 3-3-1927, NJ 1927, 687.

In artikel 119 vindt artikel 109 een "verlengstuk": zoals de houder wordt vermoed bezitter te zijn,

wordt de bezitter vermoed rechthebbende te zijn.

Artikel 590 van het huidige BW, zoals uitgelegd sinds HR 3-4-1924, NJ 1924, 567, bevat een gelijke regel.

Artikel 110 regelt de gevallen waarin iemand die een goed in zijn feitelijke macht verkrijgt, dat terstond van die verkrijging af van rechtswege gaat houden voor een ander die van rechtswege bezitter wordt, omdat er tussen hen een rechtsverhouding bestaat welke die strekking heeft en het goed ter uitvoering van die rechtsbetrekking verkregen wordt.

Vereist is derhalve in de eerste plaats het - reeds vóór de verkrijging - bestaan van een rechtsbetrekking die verkrijging van goederen van de een voor de ander meebrengt.

In de tweede plaats is vereist dat die goederen ook inderdaad ter uitvoering daarvan zijn verkregen. Of een goed "ter uitvoering" van de rechtsbetrekking is verkregen, kan dubieus zijn. Dat zal zich het meest voordoen bij goederen die in de rechtsbetrekking slechts generiek worden beschreven, zoals effecten van een bepaalde soort. Zijn zij bij of na de verkrijging (nog) niet geïdentificeerd als bestemd voor de wederpartij, dan kan de rechtsbetrekking wel een vermoeden scheppen, maar dat zal onvoldoende zijn indien zij met gelijksoortige goederen zijn vermengd. Dat kan ertoe leiden dat zij moeten worden aangemerkt als bezit van degene die hen heeft ontvangen, zodat de regel van artikel 110 geen toepassing vindt; aldus voor een voorraad effecten bij een bank HR 12-1-1968, NJ 1968, 274 (Teixeira de Mattos).

Staat echter eenmaal vast dat een goed ter uitvoering van de rechtsbetrekking is verkregen, dan houdt de verkrijger van rechtswege voor de wederpartij; aan de uit die verhouding voortvloeiende verplichting daartoe kan hij zich niet onttrekken, tenzij hij zich kan beroepen op feiten die hem hiertoe vrijheid geven (HR 28-4-1989, NJ 1990, 252). Heeft hij zich eenmaal aan een eerste verkrijger verbonden, dan kan hij slechts door een overeenkomst met deze voor een tweede verkrijger gaan houden - een enkele wilsverandering is daartoe niet voldoende (HR 24-3-1995, NJ 1996, 158; zie ook bij artikel 97).

De verschillende rechtsbetrekkingen die het rechtsgevolg kunnen meebrengen, kan men, mede voor een helderder inzicht in de uiteenlopende rechtsgevolgen, indelen in twee hoofdgroepen, al naar gelang namelijk de verkrijgende houder al dan niet de positie van tussenpersoon inneemt.

Geen tussenpersoon in eigenlijke zin is bijvoorbeeld de vruchtgebruiker die bij wederbelegging de vervangende goederen verkrijgt voor de hoofdgerechtigde - de "blooteigenaar" - onder de last van zijn vruchtgebruik (vgl. artikel 213). Ook de huurder kan aldus voor de verhuurder het bezit van een goed verwerven (zie HR 3-3-1927, NJ 1927, 687). Een bijzonder geval is dat van de ambachtsman of fabrikant die uit hem niet toebehorend materiaal een zaak voor een ander vormt (artikel 5:16). Ten slotte treedt ook degene die bij voorbaat toekomstige zaken heeft geleverd, niet op als tussenpersoon, wanneer hij die goederen ten slotte verkrijgt. Ook in dat geval vindt artikel 110 toepassing: hij gaat bij de verkrijging terstond houden voor degene aan wie hij reeds heeft geleverd, mits hij op dat tijdstip ook beschikkingsbevoegd is (en niet bijvoorbeeld failliet), zodat met de verkrijging de overdracht ook perfect is (zie de toelichting op artikel 97).

Van groot praktisch belang zijn de gevallen waarin een tussenpersoon voor een ander bestemde goederen in zijn macht krijgt. De tussenpersoon kan daarbij de volledige vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben, krachtens volmacht of krachtens de wet (wettelijk vertegenwoordiger, bestuurder van een rechtspersoon). Meer problemen levert verkrijging door

een tussenpersoon zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid op.

Onder het bestaande recht is lang betwist geweest of een tussenpersoon die op eigen naam ten behoeve van een "achterman" met een derde handelt en van deze goederen verkrijgt, die goederen voor de achterman gaat houden, en wel rechtstreeks zonder dat zij zijn eigen vermogen "passeren" ("middellijke vertegenwoordiging") dan wel of hij eerst zelf gaat bezitten en vervolgens dat bezit aan de achterman moet doorleveren (de leer van de directe verkrijging tegenover de doorleveringsleer). Het typerende voorbeeld voor een dergelijke verhouding is die met de inkoopcommissie. Het praktisch verschil tussen beide theorieën komt uiteraard aan het licht bij faillissement van de commissie: tot doorleveren is hij dan niet meer bevoegd, zodat volgens de doorleveringsleer de goederen in zijn failliete boedel vallen, maar is hij overeenkomstig de directe leer bij de ontvangst der goederen niet anders dan houder voor zijn achterman, dan blijven die goederen buiten zijn eigen boedel - anders dan degene die zelf toekomstige goederen heeft verkocht en bij voorbaat heeft geleverd, is alsdan onverschillig of hij zelf op dat tijdstip beschikkingsbevoegd is.

Het ontwerp heeft in artikel 110 voor de "directe levering" gekozen, zoals inmiddels ook de Hoge Raad (in zijn arrest van 28-4-1989, NJ 1990, 252) voor het geldende recht heeft gedaan.

Overigens bestaat er zakenrechtelijk nog wel verschil tussen deze zgn. middellijke vertegenwoordiging en de eerdergenoemde echte vertegenwoordiging. De commissie handelt met de derde op eigen naam en bindt zijn achterman niet. Vernietigt de derde bijvoorbeeld de titel op grond waarvan de commissie verkreeg, dan kan de achterman niettemin een beroep doen op de bescherming van artikel 86, indien hij te goeder trouw is: hij is rechtstreeks bezitter geworden en beschikkingsonbevoegdheid van de commissie ten gevolge van de vernietiging deert hem niet. Ook een eventueel gebrek aan goede trouw bij de commissie kan hem bij een beroep op artikel 86 niet worden toegerekend. Bij echte vertegenwoordiging is dat anders (vgl. artikel 66).

De verkrijging van bezit via een rechtsverhouding met een ander speelt, zoals uit het bovenstaande blijkt, een belangrijke rol bij de verkrijging van de eigendom van roerende zaken en het recht op vorderingen aan order of toonder (alsmede vruchtgebruik op die goederen). Dit geldt onder andere de verkrijging van eigendom tot zekerheid. Voor het stille pandrecht zal een eigen regeling gaan gelden, waarin het bezit van de zaak of het recht geen rol speelt (zie artikel 237). Evenmin speelt voor de verkrijging van andere goederen dan de genoemde roerende zaken en vorderingen aan order of toonder het bezit een rol (artikelen 89, 94 en 95). Dienovereenkomstig is verkrijging van registergoederen door middellijke vertegenwoordiging afgewezen door HR 2-4-1976, NJ 1976, 450 (Modehuis Nolly).

Artikel 111 geeft weer hetgeen thans in het BW in de artikelen 591 en 592, alsmede voor de verjaring in de artikelen 1980 en 1981, is te lezen en wat daaruit verder is afgeleid in een reeks arresten van de Hoge Raad, te beginnen met dat van 22-5-1953, NJ 1954, 189 (Sio-de Jong).

De bepaling richt zich tegen hetgeen wel de "intersessie van bezit" wordt genoemd: iemand die eenmaal houder voor een ander is, kan, behalve in de, aan het slot van het artikel genoemde, twee uitzonderingsgevallen:

- a. zichzelf niet tot bezitter maken, en
- b. zich niet tot houder voor een ander maken.

De regel betekent dat de houder voor een ander dit niet alleen mag, daartoe niet bevoegd is, doch

dat hij dit ook niet kán: zijn daarop gerichte handeling blijft zonder rechtsgevolg, hij blijft houder. Aldus verhindert de onder b genoemde deelregel dat een houder constituto possessorio een derde bezit verschafft (artikel 115, onderdeel a): hij mag en kan niet voor een nieuwe bezitter gaan houden zonder dat naar buiten, aan de oude bezitter, blijkt dat in zijn positie van houder voor deze verandering is gebracht; zie hieromtrent reeds de toelichting op de artikelen 86 en 90 en voorts HR 24-3-1995, NJ 1996, 158, vermeld in de toelichting op het vorige artikel.

Er is hierin een verschil met de verschaffing van het bezit door de houder aan een derde langs andere weg: door feitelijke "overgave" of door levering brevi of longa manu (vgl. de artikelen 114 en 115, onderdelen b en c): ook als de houder dit niet mág, hij kán het wel - hij kan zijn houderschap prijsgeven, hetgeen dan ook naar buiten blijkt (zie voor levering longa manu artikel 115, onderdeel c, slot).

De eerste uitzondering op de hoofdregel van artikel 111 is een handeling van degene voor wie men houdt - hetzij de bezitter zelf, hetzij de (middellijk) houder. Zulk een handeling, die de verandering naar buiten niet doet blijken, kan bijvoorbeeld zijn een levering brevi manu door de bezitter (artikel 115, onderdeel b), ze kan ook liggen opgesloten in een door de bezitter verleende bevoegdheid aan de houder, zoals bij eigendomsvoorbehoud kan voorkomen, en in de praktijk van het bedrijfsleven ook dikwijls voorkomt, voor normale handelstransacties. (Zie hieromtrent mede HR 14-2-1992, NJ 1993, 623; of de bevoegdheid bestaat, moet uit de overeenkomst betreffende het eigendomsvoorbehoud volgen; de enkele bestemming tot doorlevering is niet doorslaggevend.)

De tweede uitzondering op de hoofdregel is tegenspraak door de houder van het recht van degene voor wie hij houdt - bezitter of eventueel houder. Voor die tegenspraak is een ondubbelzinnige verklaring aan die persoon vereist, in de regel gemotiveerd met een beroep op eigen recht, alsmede een daarmee in overeenstemming zijnd gedrag: geen rechtsgevolg heeft de verklaring, indien men voortgaat zich als houder te gedragen - zie HR 26-1-1951, NJ 1951, 180 (Groningse kweldergronden II).

Niet als uitzondering is uit artikel 1981 van het huidige BW overgenomen de "oorzaak die van een derde afkomt": zo'n enkele "oorzaak", niet gevolgd door tegenspraak door de houder - of eventueel een handeling van degene voor wie hij houdt zelf - kan de interversie niet bewerkstelligen.

Onder het bestaande recht heeft de in artikel 111 weergegeven regel een belangrijke rol gespeeld, in het bijzonder ter zake van de vraag of en onder welke omstandigheden de rechthebbende ondanks een gemaakt eigendomsvoorbehoud zijn recht kwijt raakt, wanneer dat door de houder aan een ander wordt geleverd. Zie behalve het genoemde HR 22-5-1953, NJ 1953, 189, onder andere HR 29-9-1961, NJ 1962, 14 (Picus-Smallingerland), HR 8-6-1973, NJ 1974, 346 (Nat. Grondbezit-Kamphuis), en HR 29-6-1979, NJ 1980, 133 (Hoogovens-Matex). Hierbij is in het bijzonder de verhouding tussen het eigendomsvoorbehoud en de eigendomsverkrijging tot zekerheid in het geding geweest. Voor het stille pandrecht, dat bij artikel 237 zal worden ingevoerd naast de eigendom tot zekerheid, speelt deze problematiek geen rol, omdat de pandhouder geen bezitter wordt; de verhouding tot het eigendomsvoorbehoud wordt daar door artikel 90 lid 2 geregeld. Zie omtrent een en ander ook de toelichting op de artikelen 86 en 90.

Artikel 112 geeft een opsomming van de meest voorkomende wijzen van bezitsverkrijging, die

in de volgende artikelen worden uitgewerkt: inbezitneming (artikel 113), bezitsoverdracht (artikelen 114 en 115) en opvolging onder algemene titel (artikel 116). De opsomming is niet uitputtend. Zo kan iemand die een goed van een ander executeert, zichzelf - bij reële executie - bezit verschaffen, zonder dat van eigenlijke inbezitneming of overdracht sprake is. Bij de artikelen 86, 90 en 111 is er in de toelichting voorts op gewezen dat ook een houder - bevoegd of onbevoegd - bezit kan verschaffen; ook hier is er noch inbezitneming, noch bezitsoverdracht. Ook herkrijging van bezit, bijvoorbeeld in het geval van artikel 125 of na vernietiging van een titel van overdracht, valt onder geen van deze categorieën.

Bezitsverkrijging is steeds in de eerste plaats een feitelijke gebeurtenis. De wil(sverklaring) van de bezitter is daarom niet een algemeen geldend vereiste; de adverteerder wordt aldus bezitter van de brieven die op zijn advertentie bij het nieuwsblad binnenkomen, ook voordat hij kennis heeft gekregen van de bezorging bij het nieuwsblad (HR 30-4-1936, NJ 1936, 957). Ook in de gevallen waarin bezitsoverdracht als een rechtshandeling kan worden beschouwd, is de overgang van de (mogelijkheid tot) feitelijke machtsuitoefening vereist. Vernietiging van zulk een rechtshandeling verhindert niet dat de verkrijger over de periode waarover de vernietiging terugwerkt, toch als bezitter - dat wil zeggen als houder voor zichzelf, en niet voor de vervreemder - is opgetreden. De verkrijger wordt in zo'n geval niet ontheven van de aansprakelijkheid die gedurende die periode op hem als bezitter heeft gerust. Heeft iemand zich als houder op grond van een rechtsbetrekking als houder voor een ander gedragen, dan verandert dit niet als achteraf blijkt dat die betrekking niet bestond.

Voor het gevolg van voortzetting van de verjaringstermijn na herkrijging zij verwezen naar de toelichting op artikel 102.

De in artikel 112 genoemde drie wijzen van bezitsverkrijging komen eveneens voor in de tegenwoordige artikelen 594, 597 en 599.

Artikel 113 geeft een omschrijving van het vereiste voor inbezitneming of occupatie: het zich verschaffen van feitelijke macht. Welke daden daartoe voldoende zijn, zal telkens afhangen van de omstandigheden en voor elk geval moeten worden getoetst aan de verkeersopvattingen. De literatuur en de jurisprudentie die zich daarover onder het bestaande recht hebben gevormd, blijven hun waarde behouden.

In de praktijk zal het verschil maken of de in bezitgenomen zaak aan een ander toebehoort of niet: in het eerste geval zal de occupatie tevens betekenen dat de voorganger uit zijn bezit wordt gestoten. Lid 2 bepaalt dat daartoe enkele losstaande machtsuitoefeningen niet voldoende zijn: het enige malen eigenmachtig "lenen" van een fiets doet het bezit niet overgaan, daartoe is een ondubbelzinnige, constante handelwijze nodig. Uit lid 2 moet echter niet worden afgeleid dat het doorbreken van andermans bezit steeds een reeks handelingen vereist: enkele diefstal heeft immers reeds dat gevolg.

Een roerende zaak die van niemand is, wordt reeds iemands bezit, indien hij zich daarover als heer en meester gedraagt. Door de occupatie wordt zij tevens zijn eigendom (zie artikel 636 van het bestaande BW en artikel 5:4).

Het bezit van rechten kan men verkrijgen door uitoefening van de daaraan verbonden bevoegdheden. Ook hier zal de aard der handelingen, getoetst aan de verkeersopvattingen, voor de erkenning van het bezit beslissend zijn.

Uit artikel 601 lid 1, BW is voor het huidige recht wel afgeleid dat occupatie van onroerende

goederen pas na één jaar (en een dag) bezitsverkrijging ten gevolge heeft (leer van het annaal bezit). Het ontwerp biedt tot zulk een gedachtegang geen aanknopingspunten. Wel speelt daar de termijn van een jaar een rol in de bescherming van het bezit (artikel 125 lid 1) en, als consequentie daarvan, bij de voortzetting van de verjaringstermijn (artikel 103).

Tezamen met artikel 115 geeft **artikel 114** de regels omtrent de bezitsoverdracht, waarbij artikel 115 als bijzondere regel fungeert tegenover de algemene van artikel 114.

Volgens artikel 114 komt de bezitsoverdracht tot stand doordat de bezitter zijn opvolger in staat stelt tot uitoefening van de macht over een goed, welke hij zelf kon uitoefenen, zulks in aansluiting aan de jurisprudentie (bijvoorbeeld HR 3-10-1934, NJ 1934, 1562).

Bij de bezitsoverdracht volgens artikel 114 dient men voor roerende zaken in de eerste plaats te denken aan hetgeen artikel 666 BW thans omschrijft als "enkele overgave" en het overgeven van "de sleutels van het gebouw, waarin de zaken zich bevinden", en handelingen die daarmee gelijkgesteld kunnen worden. Door cognossement en ceel wordt niet alleen de vordering op goederen geleverd, maar ook het bezit van die goederen zelf. Ook kan overdracht van het bezit van roerende zaken geschieden door het verlenen van een machtiging om de zaken te halen, indien dat ook inderdaad gebeurt (vgl. HR 13-4-1951, NJ 1952, 77, en HR 8-6-1973, NJ 1974, 346).

Bezitsoverdracht van een huis of andere gebouwde onroerende zaak zal gewoonlijk geschieden door overgave van de sleutels, van een recht door de opvolger de gelegenheid en eventueel de middelen te bieden de daaraan verbonden bevoegdheden uit te oefenen, enz.

Een houder kan weliswaar geen bezit overdragen, omdat hij dat nu eenmaal zelf niet heeft, maar hij kan wél - al dan niet daartoe bevoegd - het aan een ander verschaffen; zie de toelichting op de artikelen 86 en 90. Hij zal daartoe dezelfde handelingen hebben te verrichten als de bezitter die zijn bezit overdraagt.

Bezitsverschaffing maakt als levering deel uit van de overdracht van roerende zaken (artikel 90) en van rechten aan order of toonder (artikel 93). Voor deze overdracht zijn mede vereist beschikkingsbevoegdheid en geldige titel. Voor de bezitsverschaffing zelf gelden deze laatste vereisten niet: zij kan ook geschieden door een onbevoegde, zoals een dief, en het ontbreken of wegvallen van de titel van overdracht doet de bezitsverschaffing niet teniet.

Voor overdracht van andere goederen dan roerende zaken en rechten aan order of toonder is bezitsverschaffing geen vereiste. Wel rust op de verkoper in het algemeen de verplichting tot het afleveren van de verkochte goederen, hetgeen bezitsverschaffing inhoudt, ook als de verplichting van de verkoper tot overdracht geen bezitsverschaffing meebrengt (zie de artikelen 7:9 en 7:47).

Artikel 115 geeft aan wanneer de overdracht van het bezit van zaken - toch in oorsprong een feitelijke aangelegenheid - zich door een enkele tweezijdige verklaring van de bezitter en zijn opvolger kan voltrekken. Het artikel is reeds herhaaldelijk eerder ter sprake gekomen, en wel in het bijzonder in de toelichting op de artikelen 86, 90, 97 en 111. Daarbij is erop gewezen dat deze wijze van bezitsverschaffing, en met name die in onderdeel a, onder meer een belangrijke rol speelt bij de overdracht van roerende zaken, ook toekomstige, tot zekerheid. De problematiek waartoe dit leidt, wordt straks mede aan de hand van de nieuwe wettelijke regels tot oplossing gebracht.

De drie in het artikel opgesomde wijzen van bezitsoverdracht zijn te beschouwen als een

verkorte wijze van levering van het feitelijke bezit: omdat de zaak toch blijft op de plaats waar ze zich bevindt, vermijdt men de omweg dat de bezitter haar aan zijn opvolger ter hand stelt, waarna de zaak terugkomt hetzij in handen van de voormalige bezitter (a: *constitutum possessorium*), hetzij in handen van de eerdere houder, nu als bezitter (b: *traditio brevi manu*) hetzij in handen van degene die haar eerst voor de oorspronkelijke bezitter hield en haar nu voor diens opvolger gaat houden (c: *traditio longa manu*).

Langs de in de onderdelen b en c aangegeven weg kan niet alleen een bezitter, maar ook een houder een ander tot bezitter maken - weliswaar niet door bezitsoverdracht, doch door bezitsverschaffing; langs de in onderdeel a aangegeven weg kan hij dat alleen bij uitzondering, omdat artikel 111 zich in het algemeen daartegen dan verzet. Zie de toelichting op dit artikel en op de artikelen 86 en 90.

In artikel 666 lid 2 van het geldende BW wordt reeds de *traditio brevi manu* wettelijk erkend, zij het slechts in verband met de eigendomsoverdracht; de beide andere wijzen zijn sinds lang door de rechtspraak erkend.

De levering *longa manu* komt niet tot stand door de verklaring van de bezitter en zijn opvolger alleen; daarvoor is bovendien vereiste hetzij erkenning door de houder, hetzij mededeling aan deze door een der partijen (vgl. artikel 37). Het bezit gaat pas over, als op een van deze wijzen de levering is voltooid.

Van levering *longa manu* is geen sprake, wanneer een bezitter de zaak bij een houder heeft ondergebracht en vervolgens, met instandhouding van die rechtsbetrekking met zichzelf, *constitutum possessorio* het bezit aan de derde overdraagt - men denke aan een bij een garagebedrijf gestalde auto die door de eigenaar aan een ander wordt verkocht en *constitutum possessorio* geleverd en van deze gehuurd. In dit geval blijft de garagehouder voor de oorspronkelijke bezitter houden, die nu middellijk houder is geworden. In geval van *traditio longa manu* zou de garagehouder rechtstreeks voor de nieuwe eigenaar-bezitter zijn gaan houden.

Zoals bij de behandeling van de artikelen 86 en 90 bleek, is het onderscheid van belang, omdat:

- a. een houder wel *longa manu* een ander bezit kan verschaffen, maar, tenzij in de uitzonderingsgevallen van artikel 111, niet *constitutum possessorio*;
- b. de regel van artikel 90 lid 2 alleen geldt voor bezitsverschaffing *constitutum possessorio*, en niet voor levering *longa manu*.

Artikel 116 bevat ter uitwerking van artikel 112 de regel die geldt bij opvolging onder algemene titel: vererving en boedelmenging (zie artikel 80). Vererving zal dikwijls en boedelmenging zal steeds tot gevolg hebben dat een gemeenschap ontstaat. Wordt de gemeenschap verdeeld, dan blijft hetgeen aan elk der deelgenoten wordt toegedeeld, als onder algemene titel verkregen gelden (artikel 1110 van het huidige BW en het nieuwe artikel 186 lid 2).

Een legataris verkrijgt niet onder algemene, doch onder bijzondere titel (HR 10-4-1987, NJ 1987, 972). Degene die onder algemene titel opvolgt, verkrijgt van rechtswege niet alleen de goederen van zijn voorganger, maar volgt hem ook in diens bezit en houderschap op, met alle hoedanigheden en gebreken daarvan. Was zijn voorganger bezitter te goeder trouw, dan wordt hij dat ook, al weet hij van het recht van een ander; was zijn voorganger niet bezitter te goeder trouw, dan geldt hij evenzeer als zodanig al kent hij andermans recht niet en behoeft hij dat niet te kennen. De consequentie uit deze regel is reeds voor de verjaring getrokken in artikel 102: de

opvolger zet de verjaring voort die onder zijn voorganger reeds heeft gelopen.

Voor het huidige recht is de regel van artikel 116 te lezen in artikel 597 van het BW, zij het daar beperkt tot erfopvolging.

Artikel 117 sluit de reeks artikelen omtrent bezitsverkrijging en -verlies af. Evenals de vorige artikelen gaat het uit van de gedachte dat buiten het geval van (gezamenlijk) medebezit elk goed slechts één bezitter kan hebben. Het artikel kent slechts twee gevallen van bezitsverlies, namelijk (welbewuste) prijsgeving en bezitsverkrijging door een ander. Daarnaast is nog vanzelfsprekend het tenietgaan van het goed - verbranden van een zaak, voldoening van een vordering, en dergelijke - te noemen.

Naast het in artikel 117 geregelde bezitsverlies zal in Boek 5 nog het eigendomsverlies van roerende zaken afzonderlijk worden geregeld (zie de artikelen 5:18 en 5:19). Daaruit blijkt dat bezitsverlies niet steeds eigendomsverlies inhoudt; in het bijzonder heeft het verlies van het bezit gevolg voor de eigendom, wanneer deze op een ander, door verjaring of overdracht, overgaat.

Lid 2 maakt zich enigszins los van de overigens aan het ontwerp ten grondslag liggende gedachte dat bezit in de eerste plaats uitoefening van feitelijke macht betekent: men blijft bezitter zolang men niet overeenkomstig lid 1 het bezit heeft verloren, ook al oefent men geen bezitsdaden (meer) uit. Ook wie een roerende zaak heeft verloren, blijft - hoe ook de verkeersopvattingen mogen luiden - daarvan de bezitter totdat een ander de zaak heeft gevonden en voor zichzelf gaat houden. Wel betekent verlies van de macht over zulk een zaak dat ze niet meer door bezitsverschaffing overeenkomstig artikel 90 kan worden overgedragen - dat moet langs de weg van artikel 95 geschieden.

De artikelen 599 tot en met 603 van het huidige BW bevatten de regels omtrent bezitsverlies voor het thans geldende recht. Deze wijken ten dele af van die van artikel 117; onder andere ontvalt aan de, voor dat recht wel verdedigde, leer van het "annaal bezit" het steunpunt van artikel 601 lid 1, onderdeel 1^o, BW.

Artikel 118 onderscheidt het bezit te goeder trouw van bezit dat niet te goeder trouw is, aan welk onderscheid enige rechtsgevolgen zijn verbonden. De bezitter te goeder trouw heeft blijkens artikel 120 ten aanzien van de vruchten en de vergoeding van kosten en schade rechten die verder gaan dan die van de bezitter die niet te goeder trouw is. Voor verkrijging door verjaring vereist artikel 99 bezit door een bezitter te goeder trouw nadat een onafgebroken termijn van bezit is verstreken. De goede trouw die voor de toepassing van artikel 86 van de verkrijger wordt vereist, heeft geen betrekking op het door deze verworven bezit, doch op de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder; artikel 118 is daarvoor dus zonder belang.

Lid 1 stelt de vereisten voor bezit te goeder trouw: de bezitter moet zich als rechthebbende beschouwen en dat ook redelijkerwijs mogen doen - hij mag niet lichtvaardig, en ondanks aanwijzingen van het tegendeel, hebben aangenomen dat hij wel rechthebbende zal zijn. De bepaling herhaalt nog eens uitdrukkelijk hetgeen volgt uit artikel 11. Uiteraard heeft erkenning van bezit als te goeder trouw alleen praktische betekenis voor het geval de bezitter niet tevens rechthebbende is. In de Antilliaanse zaak HR 8-9-2000, NJ 2000, 629 werd geen bezit te goeder trouw van de gehele plantage aangenomen, aangezien algemeen bekend was dat deze was nagelaten aan de gezamenlijke vrijgelaten, hetgeen ook was aangetekend in het plantageregister. Meestal zal een bezitter te goeder trouw zijn, als hij dat reeds op het tijdstip van het verkrijgen

van zijn bezit was. Soms echter treedt de goede trouw pas later in. Aldus, wanneer de koper van een registergoed het bezit reeds krijgt geleverd, voordat hij de akte van overdracht in het openbaar register heeft doen inschrijven. Tot aan de inschrijving kan hij zich nog niet redelijkerwijs als rechthebbende beschouwen en voldoet hij daarom in beginsel niet aan het voor bezit te goeder trouw gestelde vereiste (anders voor het huidige recht HR 16-12-1927, NJ 1928, 635). Wel kan hij aan artikel 120 lid 4 een beperkte bescherming ontnemen. Ook zal een lopende verjaring dan niet wegens gebrek aan goede trouw worden afgebroken, indien de akte als gevolg van een normale afwikkeling van de koop alsnog wordt ingeschreven; zie de toelichting bij artikel 102 lid 2. Zie ook HR 20-6-1997, NJ 1999, 301.

Verliest een bezitter zijn recht met terugwerkende kracht, omdat de titel van zijn verkrijging wordt vernietigd, dan hangt het af van hetgeen hij omtrent het gebrek wist en behoorde te weten, of hij vanaf de vernietigde verkrijging als bezitter al dan niet te goeder trouw moet worden beschouwd (vgl. HR 6-1-1961, NJ 1962, 19).

Lid 2 behelst de regel dat wie eenmaal bezitter te goeder trouw is, dat blijft, ook al ontdekt hij later dat hij geen rechthebbende is - ware het anders, dan zouden alle gevolgen die de wet aan het bezit te goeder trouw verbindt, op losse schroeven komen te staan. Het vermoeden, neergelegd in de zinswending "wordt geacht" is onweerlegbaar (in tegenstelling tot het in lid 3 geformuleerde vermoeden "wordt vermoed"). Artikel 121 lid 3 beperkt het gevolg van de regel voor het recht op de vruchten en de vergoeding van kosten en schade.

Lid 3 bevat een bekende processuele regel, welke de bewijslast omtrent het ontbreken van goede trouw op de wederpartij van de bezitter legt.

In de huidige artikelen 586 tot en met 589 BW zijn vergelijkbare regels neergelegd, voor de verjaring uitgewerkt in de artikelen 1986 en 1987 BW; over het arrest HR 16-12-1927, NJ 1928, 635 zie hierboven. Opmerking verdient dat het ontwerp de term "bezit(ter) te kwader trouw" verzacht tot "bezit(ter) niet te goeder trouw".

Met **artikel 119** begint een reeks bepalingen omtrent de functies van het bezit, voor zover die niet elders zijn geregeld (zie de inleiding tot de toelichting op deze titel).

De eerste van deze bepalingen betreft de processuele of bewijsrechtelijke functie: zoals volgens artikel 109 degene die een goed houdt, wordt vermoed dat voor zichzelf te houden, het te bezitten; zo scheidt artikel 119 lid 1, het weerlegbare vermoeden dat de bezitter rechthebbende is. Men mag de bezitter niet belasten met het risico dat hij in elke willekeurige procedure zou moeten bewijzen dat hij rechthebbende is. Wel zal men van hem mogen verlangen dat hij, wanneer zijn wederpartij zich op een beter recht beroept, nader stelt op grond waarvan hij meent rechthebbende te zijn (zie HR 24-11-1967, NJ 1968, 74, en HR 12-1-1968, NJ 1968, 274). Het staat de rechter vrij te oordelen dat door de stellingen over en weer en de verder gebleken omstandigheden, het vermoeden in zoverre is weerlegd dat de bezitter het recht dat hij pretendeert te hebben, nader heeft te bewijzen (HR 8-5-1987, NJ 1988, 700, HR 26-2-1988, NJ 1989, 488 en HR 17-6-1994, NJ 1994, 671). De wederpartij van de bezitter dient te bewijzen op welke individueel bepaalde zaken zijn recht rust (HR 4-12-1998, NJ 1999, 549).

De regel geldt zowel wanneer de bezitter opgeroepene is als wanneer hij, in het bijzonder in een revindicatieprocedure, als eiser optreedt en kan stellen dat hem het goed is ontnomen, mits binnen de in artikel 125 lid 1, tweede zin, genoemde termijn van een jaar (vgl. HR 1-7-1977, NJ 1978, 212).

Eveneens geldt de regel in beginsel zowel ten aanzien van registergoederen als van andere zaken en rechten. Lid 2 echter beperkt de werking van de regel enigermate voor de eerste categorie, die der registergoederen. Het vermoeden van lid 1 wijkt, indien komt vast te staan dat (a) de wederpartij of haar rechtsvoorganger te eniger tijd rechthebbende is geweest, en bovendien (b) de bezitter zich niet kan beroepen op een verkrijging onder bijzondere titel nadien waarvoor inschrijving is vereist.

Kan de eiser aantonen dat hij vroeger rechthebbende op het registergoed is geweest, dan zal de regel van lid 1 wél gelden, wanneer de bezitter aantoont dat hij door - een ingeschreven - overdracht het goed heeft verkregen: de eiser zal dan bijvoorbeeld moeten bewijzen dat de titel nietig was. De regel van lid 1 zal daarentegen overeenkomstig lid 2 niet gelden, als de bezitter moet stellen dat hij door verjaring rechthebbende is geworden: voor verkrijging door verjaring is immers geen inschrijving vereist; alsdan zal op de opgeroepen bezitter de bewijslast omtrent zijn verkrijging rusten.

Toedeling uit een gemeenschap zal onder het nieuwe recht wel voltooiing door inschrijving behoeven (zie artikel 186 lid 1), maar levert zelf geen verkrijging onder algemene dan wel bijzondere titel op (zie artikel 1110 van het huidige BW en artikel 186 lid 2; de titel blijft die waaronder het goed door de gemeenschap werd verkregen).

Onder het huidige recht wordt de regel van artikel 119 lid 1, voor roerende zaken en vorderingen aan toonder reeds uit artikel 1998 BW afgeleid; vgl. ook de regels voor bepaalde order- en toonderpapieren in het Wetboek van Koophandel. Voor andere goederen moet men een beroep doen op de artikelen 604, onderdeel 1°, en 605, onderdeel 1°, BW die echter weinig duidelijkheid bieden.

Artikelen 120 tot en met 124

De artikelen 120 tot en met 123 regelen de onderlinge verhouding tussen de bezitter die geen rechthebbende op het goed is, en de rechthebbende ten aanzien van enerzijds het recht op de vruchten en anderzijds de vergoeding van kosten en eventuele schade wegens risicoaansprakelijkheid. Overeenkomstig het huidige recht wordt daarbij onderscheid gemaakt naar gelang de bezitter al dan niet te goeder trouw is (artikel 120 tegenover artikel 121). Artikel 122 legt de bezitter de verplichting op mee te werken aan de overneming van het goed, indien de rechthebbende dat verlangt om de vergoeding te vermijden, en artikel 123 geeft de bezitter de bevoegdheid door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen weg te nemen. Artikel 124 verklaart de artikelen 120 tot en met 123 van overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen de rechthebbende en de houder (detentor) voor een bezitter die geen rechthebbende is.

Het is de bedoeling de artikelen 120 tot en met 124 van overeenkomstige toepassing te verklaren op de verhouding tussen degene die een onverschuldigde prestatie heeft aanvaard, en degene die haar heeft geleverd - een verbintenisrechtelijke verhouding naast de "zakelijke" van het bezit (zie de artikelen 6:206 en 6:208).

Artikel 120 regelt de verhouding tussen de rechthebbende en de bezitter te goeder trouw ten aanzien van de vruchten die tijdens het bezit afgescheiden, respectievelijk opeisbaar zijn geworden (lid 1), alsmede ten aanzien van de vergoeding van kosten (en dergelijke) gemaakt tijdens het bezit (lid 2). Men lette echter op artikel 121 lid 3, dat voor de vruchten en kosten de bezitter te goeder trouw gelijkstelt met de bezitter die niet te goeder trouw is, vanaf het tijdstip

waarop de rechthebbende jegens hem zijn recht inroept.

Wat als vruchten moet worden aangemerkt, is in artikel 9 bepaald. Lid 1 van artikel 120 biedt een voorbeeld van de gevallen waarin de vruchten niet toekomen aan de rechthebbende op het goed waaraan zij zijn ontleend (zie artikel 5:1 lid 3): zij vallen aan de bezitter te goeder trouw toe, die hen niet behoeft af te staan of te vergoeden. Zie voor het huidige recht artikel 630 lid 1, eerste zin, van het BW.

De artikelen 630 lid 2, 633 en 636 van het huidige BW maken voor vergoeding van de aan het goed bestede kosten onderscheid tussen de noodzakelijke uitgaven tot het behoud en ten nutte van de zaak aangewend, die tot onderhoud en die tot nut en verfraaiing. Het ontwerp breekt met dit ingewikkelde en weinig duidelijke stelsel. Als hoofdregel doet het in lid 2 al deze kosten voor vergoeding door de rechthebbende aan de bezitter te goeder trouw in aanmerking komen, voor zover deze laatste niet reeds door het genot van de vruchten en andere voordelen - waaronder het eenvoudig gebruik - geacht kan worden schadeloos te zijn gesteld. Onderhoudskosten, voor zover die het gewone gebruik van de bezitter dienen, zullen gewoonlijk niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ook bedenke men dat vruchten veelal niet in de eerste plaats kunnen worden beschouwd als schadeloosstelling voor aan het goed bestede kosten, doch eerder als beloning van arbeid en andere exploitatiekosten.

Anderzijds geeft de bepaling in de tweede zin aan de rechter een ruime bevoegdheid tot matiging van de vergoedingsplicht voor de rechthebbende, wanneer de bezitter door de vergoeding onbillijk zou worden bevoordeeld. Reden voor beperking zal er bijvoorbeeld zijn ten aanzien van uitzonderlijk hoge uitgaven die niet tot waardevermeerdering van het goed leiden en waarvan de rechthebbende ook geen profijt heeft.

Met de kosten wordt in lid 2 gelijkgesteld "de schade waarvoor de bezitter op grond van het in titel 6.3 bepaalde uit hoofde van zijn bezit jegens derden aansprakelijk mocht zijn". Hiermee wordt gedoeld op de risicoaansprakelijkheid waarmee een bezitter van gebrekkige zaken, en opstallen, alsmede van gevaarlijke dieren als zodanig zal worden belast (zie de artikelen 6:173, 6:174 en 6:179). Ook hier valt niet in het algemeen te zeggen of deze aansprakelijkheid uiteindelijk moet worden gedragen door de bezitter te goeder trouw, dan wel door de rechthebbende die aan diens bezit een eind maakt. Gaat het bijvoorbeeld om schade die is ontstaan door gebruik van het goed, dan zal men eerder geneigd zijn de last bij de bezitter te laten, zeker indien deze door een aansprakelijkheidsverzekering schadeloos is gesteld. Ook kan het verschil maken of de bezitter langdurig dan wel kortstondig van het genot van het goed heeft geprofiteerd.

Lid 2, eerste zin - dat, naar uit de eerste tussenzin blijkt, zowel in een procedure als daarbuiten geldt - plaatst de bezitter te goeder trouw in een gunstige uitgangspositie: het is aan de rechthebbende om de rechter van de grond tot toepassing van de tweede zin te overtuigen. Ook indien het tot toepassing van de tweede zin komt, betekent dit niet dat de bezitter te goeder trouw slechts recht heeft op vergoeding ter wegneming van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de rechthebbende: de maatstaf is hier soepeler in het voordeel van de bezitter. In deze beide opzichten is er derhalve verschil met de positie van de bezitter die niet te goeder trouw is, zoals die in artikel 121 is geregeld.

Lid 3 geeft - evenals artikel 630 lid 2 van het BW thans - de bezitter te goeder trouw een retentierecht. Het nieuwe wetboek zal in afdeling 3.10.4 een regeling voor het retentierecht bevatten, als bijzondere regeling van die der opschortingsrechten in Boek 6 (zie afdeling 6.1.7 en

de artikelen 6:261 lid 2 tot en met 6:264).

Lid 4 ten slotte schrijft toepassing van de voorgaande leden voor, wanneer de bezitter weliswaar niet te goeder trouw kan worden genoemd, omdat hij weet of behoort te weten dat hij geen rechthebbende is, maar die wel meent of mag menen dat hij het bezit rechtmatig heeft verkregen, in het bijzonder omdat de rechthebbende hem welbewust in dat bezit heeft gesteld. Men vergelijk de toelichting op artikel 118, waar het voorbeeld wordt gegeven van inbezitstelling van een registergoed voordat de levering van het recht zelf is voltooid.

Voor het huidige recht gelden ten aanzien van de rechten van de bezitter te goeder trouw de artikelen 630 tot en met 633 en 636 BW, die in het voorgaande reeds ter sprake zijn gekomen; voor het geval dat een bezitter te goeder trouw eens anders grond met aan deze of een derde toebehorend bouw materiaal of beplanting bebouwt, gelden thans nog de artikelen 658 en 659 BW, die niet, als speciale regeling naast artikel 120, zullen worden vervangen.

Artikel 121 bevat de regeling van de rechten die toekomen aan een bezitter die niet te goeder trouw is, behoudens de bezitter, bedoeld in artikel 120 lid 4, en met inbegrip van de bezitter te goeder trouw vanaf het tijdstip waarop de rechthebbende zijn recht tegen hem heeft ingeroepen (artikel 121, derde lid).

Uiteraard zijn de rechten van de bezitter te goeder trouw uitgebreider dan die van de bezitter die niet te goeder trouw is: deze laatste heeft geen recht op de vruchten (lid 1) en slechts recht op vergoeding der kosten, voor zover door het resultaat daarvan de rechthebbende anders ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt (lid 2). Een retentierecht wordt hem niet toegekend.

Het slot van lid 1 herinnert voorts aan de verplichting tot schadevergoeding van de bezitter niet te goeder trouw aan de rechthebbende, indien aan de eerste jgens de laatste het toebrengen van schade door onrechtmatige daad kan worden toegerekend; in titel 6.3 zal de regeling omtrent onrechtmatige daad een plaats vinden.

Bij lid 2 verdient nog aantekening dat de regeling zich niet, als in artikel 120 lid 2, beperkt tot kosten ten behoeve van het goed, maar zich ook uitstrekt tot kosten tot winning van de vruchten gemaakt: anders dan de bezitter te goeder trouw moet immers de bezitter die niet te goeder trouw is, deze vruchten teruggeven, waarvoor hij dan voor de winning gemaakte kosten in rekening kan brengen.

In het nieuwe wetboek zal de rechtsfiguur der ongerechtvaardigde verrijking haar regeling vinden in afdeling 6.4.3 (zie artikel 6:212).

Bij lid 3 verdient in de eerste plaats aandacht dat de rechthebbende, om het rechtsgevolg te doen intreden, niet beperkt is tot het oproepen van de bezitter, doch zijn recht ook buiten rechte kan inroepen, en in de tweede plaats dat de bezitter zijn goede trouw niet verliest; in beide opzichten wijkt dit af van artikel 588 lid 2 van het huidige BW. Of door het inroepen van zijn recht tevens een lopende verjaring door de rechthebbende wordt gestuit, hangt ervan af of die handeling kan worden aangemerkt als of gepaard gaat met het stuiten van de rechtsvordering, strekkende tot beëindiging van het bezit: zie artikel 104; is dat niet het geval, dan loopt de verjaring ten gunste van de bezitter door. Het in lid 3 voorziene rechtsgevolg betreft slechts de in lid 1 bedoelde vruchten en aansprakelijkheid en de in lid 2 bedoelde kosten, alles over de periode die met het tijdstip van het inroepen van het recht begint, terwijl uiteraard over die periode ook de aan het slot van lid 1 genoemde aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan ontstaan. Op de in artikel 120 lid 2 bedoelde vergoeding van door bezittersaansprakelijkheid in deze periode veroorzaakte

schade heeft deze bezitter geen recht.

Ook al zal de door de rechthebbende verschuldigde vergoeding van de kosten van de bezitter zelden de waarde van het goed overtreffen - daarvoor waakt ook de matigingsbevoegdheid van de rechter volgens artikel 120 lid 2 tweede zin, immers in de regel -, de betaling van die vergoeding kan voor de rechthebbende wel bezwaarlijk zijn, omdat het bedrag der vergoeding toch tegenvalt of de betalingsverplichting ongelegen komt. Zo kan het gebeuren dat hij in de tijd dat het goed buiten zijn bezit geweest, daaraan minder waarde is gaan hechten, omdat hij het al door een ander heeft vervangen.

Artikel 122 biedt daarom aan de rechthebbende de bevoegdheid het goed aan de bezitter over te dragen. Deze overdracht is een tweezijdige rechtshandeling en het artikel verplicht de bezitter daaraan van zijn kant mee te werken, een verplichting waarvan eventueel door reële executie kracht kan worden bijgezet (zie artikel 300).

Artikel 123

In aansluiting op - doch ruimer dan - het tweede zinsdeel van artikel 636 van het huidige BW regelt artikel 123 het zgn. ius tollendi van de bezitter: het recht om aan het goed aangebrachte veranderingen en toevoegingen terug te nemen, mits de zaak daardoor in de oude toestand wordt teruggebracht. Het recht komt mede toe aan de bezitter wiens voorganger de veranderingen en toevoegingen heeft aangebracht. (Vgl. voor andere gevallen de artikelen 208 lid 2 (vruchtgebruiker), 266 (hypotheekgever), 5:75 lid 3 (servituutgerechtigde), 5:89 lid 3 (erfpachter) en 5:102 lid 2 (opstaller); voor het huidige BW de artikelen 770 (erfpachter), 807 (vruchtgebruiker) en 1588 (huurder).

Artikel 124 geeft een aanvulling op de artikelen 120 tot en met 123 voor het geval dat de rechthebbende zijn goed niet opeist van de bezitter zelf, maar van degene die voor deze - rechtstreeks of middellijk - houdt (de detentor). De rechtsverhouding tussen bezitter en detentor kan meebrengen dat deze laatste ten opzichte van de eerste aanspraak kan maken op de vruchten; ook kan de detentor uitgaven ten behoeve van het goed hebben gemaakt. Voor deze vruchten en kosten nu verklaart het artikel de voorgaande artikelen van toepassing op deze houder. Of de houder bij deze toepassing al of niet te goeder trouw is, hangt daarvan af of hij het recht van de rechthebbende kende of behoorde te kennen.

De toepassing geschiedt "met inachtneming van de rechtsverhouding" waarin hij tot de bezitter (of houder voor deze) stond: niet alle houders zijn gerechtigd tot de vruchten, op de houder rust niet de in artikel 120 lid 2, bedoelde aansprakelijkheid, enz.

In het huidige recht ontbreekt een voorziening in de geest van artikel 124.

Artikel 125 bevat bepalingen omtrent de zgn. zakelijke functie van het bezit (leden 1 en 2) en de politionele (lid 3).

Het doel van de eerste is de bezitter als zodanig te beschermen in het behoud van zijn rechtspositie; is hem die ontnomen, dan kan hij zich daarin laten herstellen; is hij daarin gestoord, bijvoorbeeld omdat een ander aanspraak maakt op rechten die met zijn bezit onverenigbaar zijn, dan kan hij die stoornis doen opheffen. Daartoe staan hem ten dienste de ("zakelijke") rechtsvorderingen die ook de rechthebbende zelf ten dienste staan: in de eerste

plaats de revindicatie als (het bezit van) het goed de bezitter is ontnomen, maar vervolgens ook bijvoorbeeld de vordering tot een declaratoir, inhoudend dat een, door een ander gepretendeerd, beperkt recht niet bestaat, alsmede nevenvorderingen als een verbod tot verdere stoornis.

De vordering moet binnen de vervalttermijn van een jaar worden ingesteld; toewijzing heeft onder andere het gevolg dat een lopende verjaring geacht wordt niet te zijn onderbroken (artikelen 102 en 105 lid 2).

Uit lid 2 volgt dat de bezitsactie, ook al staat het bezit vast, niet tegen iedere opgeroepene succes heeft. Tegen degene die een sterker recht heeft - hetzij het volledige, hetzij een beperkt recht -, die op grond van zulk een recht het bezit heeft ontnomen of anderszins de bezitter heeft gestoord, heeft zij geen effect, tenzij het bezit heimelijk of met geweld is ontnomen of gestoord.

De "politionele functie" van het bezit uit zich in lid 3 door een verwijzing naar de gewone vordering uit onrechtmatige daad; zij beschermt de bezitter tegen elke onrechtmatige, juridische en feitelijke, inbreuk op zijn positie. Zij wordt hier ter sprake gebracht om een probleem van samenloop van vorderingen tot oplossing te brengen. Zonder de bepaling zou men immers kunnen twijfelen of de vordering van lid 1 op haar gebied die uit onrechtmatige daad verdringt - lid 3 maakt duidelijk dat dit niet het geval is.

Omdat de vordering uit onrechtmatige daad niet specifiek voor de bezitter is, staat zij ook de houder ten dienste, zoals ook zonder uitdrukkelijke bepaling zou mogen worden aangenomen, evenals dat zij niet aan de vervalttermijn van een jaar is gebonden, maar haar eigen verjaringstermijn kent.

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat de vordering uit onrechtmatige daad - die overigens ook de eis tot een verbod omvat - gewoonlijk strekt tot schadevergoeding. De rechter kan beslissen dat deze (mede) uit herstel in bezit of houderschap zal bestaan, maar verplicht is hij daartoe niet.

Het huidige BW kent in de artikelen 604 tot en met 624 een uitvoerige, maar onduidelijke regeling van de bezitsacties, die zich echter beperken tot het bezit van onroerende zaken, anders dan de nieuwe regeling die voor het bezit van alle goederen geldt. In de praktijk zijn de genoemde artikelen weinig meer dan een dode letter: vrijwel steeds wordt thans een beroep op de vordering uit onrechtmatige daad gedaan.

TITEL 6 - TRUST

De trust is in veel rechtsstelsels een belangrijke rechtsfiguur. Naast rechtsstelsels met een 'common law legal system', waaronder de meeste Caraïbische landen, of een 'mixed legal system' zijn er meerdere landen met een 'civil law legal system' die een op de Anglo-Amerikaanse trust lijkende rechtsfiguur kennen, zoals Argentinië, Colombia, Ecuador, Mexico, Panama, Peru, Venezuela, Taiwan, Japan, Rusland, Ethiopië, Liechtenstein en Luxemburg. Belangrijk in dit verband is ook dat de financiële centra van Londen en New York op de wereldmarkt voor financiële transacties een belangrijke positie innemen. In Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels worden activiteiten waarbij beheer van een vermogen een rol speelt, vaak met behulp van een trust georganiseerd, bijvoorbeeld beleggingsfondsen, kwaliteitsrekeningen, securitisation-transacties en beheer van zekerheidsrechten ten behoeve van financiers die in collectief verband een krediet hebben verstrekt. Denkbaar is dat de behoefte bestaat dit soort in

Londen en New York gebruikelijke transacties in Suriname toe te passen. De vraag naar de wenselijkheid tot invoering van de trust is actueel geworden door het in 1985 te 's-Gravenhage gesloten "Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en de erkenning van trusts" (Trb. 1985, 141), hierna te noemen het "Verdrag", welk verdrag overigens niet dwingt tot invoering van een eigen trust. Al met al lijkt de trust een nuttige aanvulling op de mogelijkheden om het beheer van goederen te regelen. Men zie D.W. Aertsen, De trust. Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht, 2004.

De in het onderhavige ontwerp neergelegde regeling is ontleend aan een bij Staten van de Nederlandse Antillen ahangig ontwerp, dat door Aertsen gunstig wordt beoordeeld.

Een van de belangrijkste kenmerken van het trustvermogen is dat het is afgescheiden van het privévermogen van de trustee. Dat afgescheiden karakter heeft tot gevolg dat de aan de trustee toebehorende juridische eigendom van het trustvermogen niet in het faillissement van de trustee wordt betrokken, dat het geen deel uitmaakt van de huwelijksgoederengemeenschap waarin de trustee mocht zijn gehuwd en evenmin van diens nalatenschap. Het is duidelijk dat het afgescheiden karakter van het trustvermogen voor de begunstigde van groot belang is, immers faillissement, huwelijk, echtscheiding of overlijden van de trustee laat de hem toebehorende economische eigendom van het trustvermogen onverlet. De begunstigde wordt derhalve niet betrokken in de strijd om de verdeling van het privévermogen van een gefailleerde, uit de echt gescheiden of overleden trustee. Onder ons recht is dat anders. In beginsel kan immers een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar verhalen.

Bij invoering van de trust in ons recht dient gewaakt te worden tegen misbruik van het afgescheiden karakter. De bijzondere aard van trustvermogen kan voor de trustee bijzondere plichten met zich brengen die verband houden met dit afgescheiden karakter. Voor de begunstigde is van belang dat hij zijn recht op het trustvermogen jegens derden kan doen gelden. Gezien de bijzondere aard van het trustvermogen is het, ter bescherming van de belangen van de begunstigde, gerechtvaardigd dat de in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van de trustee kan worden beperkt. Derden worden beschermd door de verplichting tot openbaarmaking van eventuele in de trustakte opgenomen voor derden relevante beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee.

De trust wordt voor vele doeleinden toegepast, waaronder afzondering van vermogen voor de opvoeding, studie of het levensonderhoud. Dat kan bijvoorbeeld door een deel van het trustvermogen daartoe aan te wenden, of slechts de opbrengst daarvan. Allerlei voorwaarden kunnen worden ingebouwd, bijvoorbeeld de mogelijkheid om, ter bescherming van de begunstigde tegen zichzelf, te bepalen dat zijn recht op het vermogen of de opbrengsten daarvan uitsluitend mag worden aangewend voor het doel waarvoor het is ingesteld, bijvoorbeeld studie en dat een zodanig recht ophoudt te bestaan indien de begunstigde zijn recht gebruikt voor de aankoop van goederen welke voor de studie niet relevant zijn. Aan de trustee kan de verplichting worden opgelegd het trustvermogen - na verloop van tijd zoals het bereiken van een bepaalde leeftijd of na het in vervulling gaan van een voorwaarde, zoals het succesvol beëindigen van een studie - aan de begunstigde, aan een derde of aan de insteller over te dragen.

De trust wordt voorts gebruikt voor charitatieve doeleinden, voor pensioenfondsen, beleggingspools, in het kader van rechten van gebruik in deeltijd ("timeshare") en bij de vestiging en uitvoering van zekerheidsrechten welke in het kader van bijvoorbeeld leningen en koopovereenkomsten bedongen zijn.

In de praktijk zal de trustakte cruciaal zijn voor de inhoud van de rechtsverhouding tussen trustee en begunstigde en eventuele rechten en bevoegdheden van anderen, zoals de insteller of de protector. Het onderhavige ontwerp bestaat voor een belangrijk deel uit regelend recht. Bij het redigeren is ernaar gestreefd om op zo eenvoudige mogelijke wijze, uitgaande van de toepasselijkheid van met name titel 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, onder meer de geldigheid, nietigheid en vernietigbaarheid van de trust te regelen.

De trust is geen rechtspersoon, maar er is er naar gestreefd de Surinaamse trust voor "civil-law" juristen op eenvoudige wijze toegankelijk en hanteerbaar te maken door de vergelijkbare rolverdeling tussen een directeur, commissaris en aandeelhouder bij een naamloze vennootschap en de trustee, protector en begunstigde bij een trust, de vergelijkbare verplichting tot openbaarmaking van extern werkende bevoegdheidsbeperkingen van een directeur en die van een trustee, de vergelijkbare verplichting van een directeur tot het afleggen van rekening en verantwoording aan de aandeelhouder en die van de trustee jegens de begunstigde en het vergelijkbare recht op de winst van de aandeelhouder en dat van de begunstigde.

Artikel 127

Dit artikel is ontleend aan artikel 2 van het hierboven genoemde Trustverdrag. Ook elders in het ontwerp wordt de terminologie van het verdrag gevolgd. Zo wordt de term overdracht vermeden, hetgeen een zgn. "economische eigendomsoverdracht" niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschafft. In de memorie van toelichting zal de term overdracht gemakshalve wel worden gebruikt.

In lid 4 wordt bepaald dat, afgezien van opvolging en toetreding, voor de verkrijging van het trustvermogen een overdracht (of vestiging of afstand) nodig is. Het is onwenselijk dat voor zover het gaat om lokale goederen die in een trust gebracht worden er geen overdrachtsbelasting verschuldigd is.

In lid 5 wordt bepaald dat de hoedanigheid van trustee er niet aan in de weg staat om een gift aan te nemen (al zou betoogd kunnen worden dat een bevoordelingsbedoeling ontbreekt). Wat betreft het Burgerlijk Wetboek, denke men hier aan artikel 1:88 lid 1 onder b BW (echtgenootbescherming), artikel 4:34a e.v. BW (inkorting door de langstlevende echtgenoot) en artikel 4:126 BW (quasi-legaten). Een echtgenoot zal dus bijvoorbeeld, wil hij zijn vermogen inbrengen in een trust de toestemming nodig hebben van zijn echtgenoot, althans als Surinaams huwelijksvermogensrecht toepasselijk is

Artikel 128

Dit artikel sluit in het belang van de rechtszekerheid buitengerechtelijke vernietiging van de overdracht uit. Zie verder de artikelen 49 en 51.

Artikel 129

Men vergelijk artikel 2:4 lid 3, alsmede – wat betreft de formulering – het op registergoederen betrekking hebbende artikel 31.

Artikel 130

In Anglo-Amerikaanse jurisdicties kunnen trusts ontstaan door een overeenkomst, een eenzijdige "declaration of trust", door een door het recht veronderstelde partijbedoeling, zoals de "resulting

trust" of de "implied trust" en zelfs van rechtswege op basis van bepaalde feiten, zoals de "constructive trust". In verband met de rechtszekerheid wordt in de onderhavige titel 3.6 de eis gesteld dat van de instelling uitdrukkelijk moet blijken uit een daartoe strekkende notariële akte. Onder ons recht is de notariële akte een vereiste voor belangrijke rechtshandelingen zoals overdracht en verhypothekering van onroerend goed, de oprichting van rechtspersonen, het aangaan van huwelijksvoorwaarden en het maken van testamenten. De tot nu toe onbekende trust dient met de grootst mogelijke juridische voorzichtigheid te worden ingesteld.

Lid 2 komt overeen met artikel 2:2.

Wat betreft de minimale inhoud van de trustakte (derde lid) vergelijk men ook artikel 127. Van belang is te vermelden dat de in die akte op te nemen verplichte inhoud deel kan uitmaken van een overeenkomst tussen de insteller en de trustee, maar nodig is dat niet. De verplichte inhoud kan bestaan uit een in een authentieke akte opgenomen eenzijdige verklaring door de trustee. De overdracht van het trustvermogen hoeft niet bij de trustakte te geschieden. Het trustvermogen kan, vooruitlopende op de trustakte, reeds aan de toekomstige trustee in trust zijn geleverd, zowel door een derde als door hem zelf.

Aangezien er altijd ten minste één Surinaamse trustee moet zijn, moet de trustakte bepalen hoe eventueel in een zodanige vacature moet worden voorzien.

Lid 4 hangt samen met de onderdelen b en c van lid 3. De Centrale Bank kan ontheffing verlenen teneinde uit een impasse te komen.

Ten aanzien van het doel van de trust, wordt slechts bepaald dat deze niet in strijd met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of openbare orde mag zijn. Een trust kan voor zeer veel doeleinden worden gebruikt. Men denke bijvoorbeeld aan vermogens- en verervingsplanning van particulieren, ondernemingen, pensioenfondsen, beleggingsfondsen, timeshare-projecten, financierings- en zekerheidsconstructies, stemrechtregelingen, behartiging van culturele, wetenschappelijke en liefdadige doelen. Het uitoefenen van een onderneming is in dit artikel niet uitgesloten.

Indien de trust ongeldig is, kan deze worden ontbonden door de kantonrechter (artikel 159, onderdeel e), behoudens heelmaking (artikel 131).

Artikel 131

Dit artikel biedt de mogelijkheid van heelmaking van de ongeldigheid van een trust; men zie ook artikel 159 lid 1 onderdeel e.

Artikel 132

Dit is een artikel van regelend recht. Als beginsel geldt dat een trust noch herroepen noch gewijzigd kan worden. In de trustakte kan hiervan echter worden afgeweken.

Artikel 133

Ondanks het ontbreken van daartoe strekkende bepalingen in de trustakte is het wenselijk de mogelijkheid te openen de trustbepalingen door de rechter te doen wijzigen indien ten gevolge van door de insteller niet voorziene omstandigheden, aan diens bedoeling in ernstige, onaanvaardbare mate afbreuk wordt gedaan. De rechter dient bij de toepassing van dit artikel grote terughoudendheid te betrachten. Indien de rechter van de noodzaak of wenselijkheid overtuigd is, is de toestemming of medewerking van de insteller overbodig. lid 2 verzekert dat

inschrijving in het trustregister plaatsvindt.

Artikel 134

De insteller kan trustee zijn. Een trustee kan een zaak mede voor zichzelf in trust houden. De trust houdt echter op te bestaan indien de enige trustee tevens enig begunstigde is. Het als trustee in eigendom houden van een zaak ten behoeve van zichzelf als enig begunstigde is zinloos. Het zijn van trustee en van (toezichthoudende) protector is onverenigbaar.

Artikel 134a

Ter voorkoming van misbruik en ter waarborging van de kwaliteit van de dienstverlening door trustees van een Surinaamse trust is het fungeren van een trustee gekoppeld aan een vergunning. De Centrale Bank van Suriname is bevoegd om aan het fungeren als trustee nadere door haar te bepalen kwaliteitseisen te stellen. Ook kunnen voor bepaalde activiteiten speciale eisen worden gesteld. Te denken valt in dit verband aan eisen voor pensioenfondsen en investmenttrusts die unit trusts uitgeven aan beleggers.

Artikel 135

In lid 1 wordt in algemene zin de taak van de trustee omschreven. Elementen van deze algemene omschrijving zijn de vertrouwensfunctie van trustee, de aard van het vermogen en het belang van de begunstigde. In het Anglo-Amerikaans recht wordt veelal gesproken over de "fiduciary duty" van de trustee jegens de begunstigde. Verwacht mag worden dat als regel de trustakte hiervan een nadere uitwerking zal behelzen. Lid 2 komt overeen met artikel 209 inzake vruchtgebruik.

Artikel 136

Dit artikel bevat regels voor de duidelijkheid naar buiten, onder erkenning van de beperkingen als vermeld in artikel 12 van het Verdrag. De hoedanigheid van trustee impliceert niet een gerechtigdheid ten eigen bate, doch ten bate van een of meer anderen. Door zich te manifesteren als trustee wordt de wederpartij gewezen op het bijzondere karakter van trustees gerechtigdheid en op de mogelijkheid van beperkingen ten aanzien van zijn beschikkingsbevoegdheid. In lid 1 is in het algemeen de bevoegdheid tot inschrijving gegeven; de leden 2 en 3 leggen de trustee een verplichting op. Het ontwerp kiest in beginsel voor optimale transparantie – op zich gaat daarvan een preventieve werking uit en bovendien kan wellicht een derde die weet van het trustverband en van schending door de trustee van zijn verplichtingen daarop worden aangesproken - maar in de trustakte kan worden bepaald dat het trustverband niet naar buiten hoeft te blijken. Schending door de trustee van zijn verplichtingen levert dan uitsluitend een interne "breach of trust" op; zie onder meer artikel 144.

Artikel 137

Blijkens artikel 155 lid 1, vormt het trustvermogen een van het eigen vermogen van de trustee afgezonderd vermogen. Een trustee heeft derhalve twee soorten vermogen, zijn eigen vermogen en het trustvermogen. Het verschil tussen deze twee soorten vermogens ligt in de strekking van die vermogens: het eigen vermogen strekt tot eigen voordeel en nut van de trustee; het trustvermogen echter strekt tot voordeel en nut van de begunstigde. Lid 1 van het onderhavige artikel 137 verplicht de trustee tot het afgescheiden houden van deze soorten vermogens.

Teneinde vermenging te voorkomen is in lid 3 ook de verplichting opgenomen tot het voeren van afzonderlijke administraties. De verplichting om die administratie binnen Suriname te voeren is niet alleen opgenomen ter bevordering van de werkgelegenheid, maar ook om ondermijning van het vergunningsstelsel te voorkomen in die zin dat voorkomen dient te worden dat de verantwoordelijkheid voor het correct voeren van de administratie aan buitenlandse trustees wordt overgelaten waarop de toezichthouder minder invloed heeft. De bedoeling van deze bepaling is niet om te verbieden dat ook elders, bijvoorbeeld ter plaatse waar diverse delen van het trustvermogen zich bevinden, administratie wordt gevoerd, maar om te bewerkstelligen dat binnen Suriname de eind-administratie wordt gevoerd, waaruit te allen tijde de samenstelling en de inkomsten van elk trustvermogen dient te blijken. Een uitzondering op de verplichting tot het binnen Suriname voeren van een afzonderlijke administratie, is gemaakt ten behoeve van investmenttrusts. De administratie van deze trusts wordt doorgaans in het buitenland gevoerd. Lid 3 is een regel van regelend recht inzake de vraag of, wanneer en aan wie de trustee rekening en verantwoording moet afleggen. Indien rekening en verantwoording wordt afgelegd is de trustee verplicht transacties te vermelden welke met betrekking tot het trustvermogen mochten hebben plaatsgevonden met een trustee of protector als een eigen belanghebbende wederpartij.

Artikel 137a

Deze bepaling maakt het voor de justitiële en fiscale autoriteiten gemakkelijker inlichtingen te verkrijgen. De Caribbean Financial Action Task Force (CFATF) pleegt dit soort bepalingen te verlangen van aangesloten landen. Vergelijk artikel 7:836b wat betreft de commanditaire vennootschap. Een strafsancie is opgenomen in artikel 511 Wetboek van Strafrecht (nieuw).

Artikel 138

Dit artikel bevat een regel van regelend recht ter bescherming van het trustvermogen. Zijn er meer dan een trustee, dan wordt aangesloten bij hetgeen in de artikelen 166 is geregeld voor de gemeenschap. Ook dogmatisch is het een juist uitgangspunt dat de gezamenlijke trustees, als medegerechtigden, in beginsel slechts tezamen bevoegd zijn; men zie artikel 170, tweede en derde lid.

Artikel 139

Lid 1, van regelend recht (zie lid 4), geeft aan de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen. Men vergelijk de in het Anglo-Amerikaans recht bekende "discretionary trust", waarmee een trust bedoeld wordt, waarbij de trustee naar eigen inzicht kan bepalen of en in hoeverre hij het trustinkomen zal uitkeren of accumuleren. Het in onderdeel a bepaalde maakt het mogelijk dat de trust gebruikt wordt als investmenttrust. De belegger is dan een insteller en begunstigde tegelijk. Ten aanzien van het in onderdeel b bepaalde wordt ten deze verwezen naar artikel 154 lid 1. Het onder c en d bepaalde is bedoeld om "spendthrift clauses" mogelijk te maken. Op basis van deze bepaling kan de insteller voorkomen dat de begunstigde zijn rechten en aanspraken op toekomstige uitkeringen van inkomen of op het trustvermogen zelf kan overdragen of dat crediteuren van de begunstigde daar aanspraak op maken. Vanzelfsprekend kan de begunstigde over reeds ontvangen uitkeringen vrijelijk beschikken en zijn de reeds ontvangen uitkeringen voor beslag vatbaar. Onderdeel e is bedoeld om een wettelijke basis te geven voor het voldoen aan niet bindende verzoeken, al dan niet in de vorm van in de trustpraktijk gehanteerde "letters of

wishes". In de aanhef van lid 1 is tot uitdrukking gebracht dat de opsomming niet limitatief is. Lid 2 maakt het mogelijk om volmacht te geven voor het aangaan of uitvoeren van transacties met een beperkte strekking en duur. Een gevolmachtigde mag een zekere mate van discretionaire bevoegdheid hebben, maar de trustee moet in grote lijnen aangeven waarbinnen en binnen welke tijd de gevolmachtigde kan handelen. Deze beperkingen zijn bedoeld om te voorkomen dat de trustee zijn bevoegdheden aan anderen overlaat of overdraagt. Voorkomen dient te worden dat de trustee de aan hem toekomende bevoegdheden middels een volmacht aan een derde delegeert. Toegestaan is volmacht te geven aan een medetrustee, de protector of een derde, zolang die volmacht maar gericht is op de uitvoering van een door de betreffende trustee genomen basisbeslissing. Een algehele volmacht of een volmacht voor onbepaalde tijd is niet toelaatbaar. Wel daarentegen, een volmacht binnen het kader van een door de betreffende trustee gegeven opdracht of instructie. Deze bepaling staat onder meer het aangaan van overeenkomsten betreffende het beheer, de belegging en herbelegging van het trustvermogen of het voeren van administratie aan personen of instellingen die zich daar beroepsmatig mee bezig houden, niet in de weg. De functie van trustee is een vertrouwensfunctie en belangenconflicten tussen de trustee en de begunstigen dienen te worden voorkomen en daar waar deze niettemin kunnen ontstaan, op een strikte manier te worden opgelost. Lid 3 geeft ter zake een regel van regeland recht. Een soortgelijke regel voor de protector is opgenomen in artikel 150 lid 5. Lid 4 spreekt voor zich.

Artikel 140

Lid 1 maakt het mogelijk de bevoegdheden van de in beginsel volledig beschikkingsbevoegde trustee te beperken, bijvoorbeeld door een voorafgaande toestemming van een ander te eisen; vgl. artikel 5:91 ten aanzien van erfpacht. Deze beperking van de beschikkingsbevoegdheden van de trustee is gerechtvaardigd omdat het trustvermogen niet aan de trustee is gegeven om te strekken tot voordeel of nut van de trustee, doch tot voordeel of nut van de begunstigde. Ter bescherming van het trustvermogen en in het belang van de begunstigde is het van belang dat eventuele beperkingen ook goederenrechtelijk gelden jegens verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid kennen of, mede in verband met het bestaan van het trustregister, geacht worden deze te kennen (volgende leden). Lid 3 geeft een regeling langs de lijnen van artikel 45, leden 3 en 5. Voor het slot van lid 4 vergelijk men artikel 61 lid 3.

Artikel 141

Wat betreft dit artikel, zij verwezen naar het slotgedeelte van de aanhef van artikel 11 lid 2 van het Verdrag.

Artikel 142

Het beginsel, dat de beloning dient te worden voldaan uit het inkomen, is ingegeven ter bescherming van het trustvermogen. Voor het theoretische geval dat de beloning niet in de trustakte zou zijn vermeld, is een minimum opgenomen. Dit artikel is een regel van regeland recht. In de trustakte mag bepaald worden dat de beloning afhankelijk is van de waarde van het vermogen, al dan niet in combinatie met het inkomen.

Artikel 143

De in lid 1 beoogde bescherming van het trustvermogen – en indirect de begunstigde - zal in de praktijk worden verminderd door gangbare clausules die de aansprakelijkheid van de trustee beperken. De ondergetekende is echter van mening dat voor de begunstigde de beste bescherming wordt bereikt door middel van het in artikel 134a bepaalde. In beginsel zijn alle in functie zijnde trustees hoofdelijk aansprakelijk. Lid 2 houdt een disculpatieregeling in, welke geen nadere toelichting behoeft. Ook lid 3 behoeft geen verdere toelichting. De in lid 4 neergelegde wettelijke beperking van de aansprakelijkheid voor het als trustee handelen is een logisch gevolg van het afgescheiden karakter van het trustvermogen. Op basis van het afgescheiden vermogen hebben de privé-crediteuren van een trustee geen verhaal op het trustvermogen. Omgekeerd kunnen crediteuren van de trustee als zodanig, aan wie kenbaar was gemaakt dat zij met een trustee handelden, zich niet verhalen op het privévermogen van de trustee.

Artikel 144

Het neerleggen van de functie van trustee is een aangelegenheid van regelend recht, maar ingeval in de trustakte geen regeling is opgenomen, kan de trustee slechts aftreden ingeval aanblijven in redelijkheid niet geëist mag worden. De leden 2 tot en met 5 behoeven geen toelichting. Wat betreft lid 5, waardoor gerechtelijke procedures worden vermeden, vergelijk men ook artikel 152 lid 3. In de trustakte moet een voorziening zijn opgenomen voor het geval dat geen binnenlandse trustee meer in functie is; men zie artikel 130 lid 2 onderdeel c.

Artikel 145

Iedere opvolgende trustee wordt van rechtswege rechthebbende van het trustvermogen, als een rechtsopvolger onder algemene titel, derhalve met alle rechten en verplichtingen die de defungerende trustee ten aanzien van dat trustvermogen mocht hebben. Door die rechtsovergang van rechtswege is een overdracht niet nodig, onverminderd de voor de praktische uitvoering gegeven regelingen in artikel 146. Lid 2 legt aan de opvolgende trustee de verplichting op tot openbaarmaking van de nieuwe rechtstoestand. Een nieuwbenoemde trustee dient zelf zorg te dragen voor de openbaarmaking in het trustregister van de op hem betrekking hebbende gegevens, voor zover zulks niet aan de notaris is opgedragen, aldus lid 3.

Artikel 146

Lid 2 is ontleend aan artikel 7:9 lid 1.

Artikel 147

Lid 1 geeft het facultatieve karakter van de functie van protector aan. Indien de trustakte voorziet in de mogelijkheid van de benoeming van een protector dient de trustakte tevens een bepaling in te houden wie bevoegd is de protector te benoemen, aldus lid 2. Niet uitgesloten is de mogelijkheid dat meerdere personen bevoegd zijn tot benoeming van een of meer protectors, met bevoegdheden welke van elkaar kunnen verschillen. In het licht van de in artikel 149 lid 1, omschreven wettelijke verplichting tot het houden van toezicht, is de incompatibiliteit van de functies van trustee en protector vanzelfsprekend. In dit verband wordt ter vergelijking verwezen naar de onafhankelijkheid van een commissaris bij het uitoefenen van zijn toezichthoudende

functie bij een naamloze vennootschap.

Artikel 148

Wat betreft lid 2, zij verwezen naar het hiervoor met betrekking tot artikel 147 lid 3 werd opgemerkt. Vanzelfsprekend is de incompatibiliteit van de functies van protector en enig begunstigde. Toezicht houden alleen ten behoeve van zichzelf is zinloos. Zie in dit verband ook artikel 134 lid 4.

Artikel 149

Indien een protector is benoemd, is het houden van toezicht zijn wettelijke taak. Andere taken zijn facultatief. Deze andere taken mogen niet zodanig zijn dat de protector de facto als trustee fungeert. De protector heeft, evenals de trustee, jegens de begunstigde een "fiduciary duty".

Lid 1, in verbinding met artikel 151 lid 1, verplicht de protector tot actief toezicht en zo nodig tot uitoefening van zijn bevoegdheid tot schorsing van de trustee.

Artikelen 150 tot en met 152

Men vergelijk de overeenkomstige bepalingen ten aanzien van de trustee. Artikel 150 lid 4, strekt tot effectuering van de toezichthoudende taak van de protector. In artikel 150 lid 5, dient de rechterlijke machtiging niet door de protector, maar door een trustee te worden verzocht. De rechtshandeling dient immers door de trustee of de trustees te worden verricht.

Artikel 153

Blijkens lid 1 kunnen ook personen die nog niet verwekt zijn begunstigde zijn. Indien de overdracht in trust ten behoeve of mede ten behoeve van de insteller tot gevolg heeft dat schuldeisers zijn benadeeld, kan daartegen op grond van de artikelen 45 tot en met 48 (de actio Pauliana) worden opgetreden. Lid 3 is ontleend aan artikel 6:253 lid 4.

Artikel 154

Lid 1, zijnde van regeland recht, maakt het recht van de begunstigde op het inkomen van het trustvermogen, afhankelijk van hetgeen in de trustakte is bepaald of van de eveneens door regeland recht bepaalde bevoegdheid van de trustee tot accumulatie, zoals vermeld in artikel 139 lid 1, onderdeel b. Het uitgangspunt van lid 2 is dat de begunstigde over het hem toekomende recht kan beschikken. Ten aanzien van de wijze waarop kan worden beschikt gelden de algemene regels van vermogensrecht. Lid 3 is een afwijking van lid 2 en veronderstelt de wens van een insteller dat de toegekende rechten uitsluitend gebruikt kunnen worden voor het doel waarvoor deze zijn toegekend, niet voor betaling van schulden of voor aankopen die voor levensonderhoud of studie niet nodig zijn. Voorts wordt ten deze verwezen naar het bepaalde in artikel 139 lid 1 onderdelen c en d. Lid 4 geeft de mogelijkheid de afgelegde rekening en verantwoording te controleren.

Artikel 155

Bij de behandeling van artikel 136 werd reeds verwezen naar lid 1 van het onderhavige artikel, bepalande dat het trustvermogen een afgescheiden vermogen is. Deze voor de trust essentiële bepaling is een afwijking van artikel 276, waarin wordt bepaald dat in beginsel ieder met zijn

gehele vermogen dient in te staan voor zijn schulden. De rechtvaardiging van deze afwijking door erkenning van het afgescheiden karakter van het trustvermogen, is gelegen in het feit dat de insteller het trustvermogen aan de trustee heeft overgedragen onder de verplichting dit trustvermogen aan te wenden ten behoeve van anderen dan de trustee zelf. Dat trustvermogen strekt niet tot voordeel of nut van de trustee. De trustee heeft zelf geen baat bij zijn trustvermogen. De trustee is eigenaar zonder eigen belang, met plichten jegens de begunstigde en derhalve is het gerechtvaardigd dat de schuldeisers, de echtgenoot en de erfgenamen van de trustee evenmin aanspraken op dat vermogen kunnen doen gelden. De formulering van deze bepaling is grotendeels ontleend aan artikel 11 van het Verdrag.

Artikel 156

Lid 1 regelt het recht van afscheiding en van het doen afstaan van de goederen jegens de trustee ongeacht de aard van het trustvermogen en ongeacht of de vermenging opzettelijk of door nalatigheid is ontstaan. Lid 2 betreft de goederenrechtelijke vordering betreffende hetgeen door de trustee in strijd met zijn openbaar gemaakte bevoegdheden of zijn verplichtingen zijn vervreemd. In beginsel zijn alle goederen terug vorderbaar; degene die bewust met de trustee handelt dient diens bevoegdheid te verifiëren in het trustregister. Wel geldt de uit artikel 140 en uit het algemene vermogensrecht voortvloeiende bescherming van verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid niet kennen of geacht worden deze te kennen. Voorts is denkbaar dat de trustee in beginsel wel beschikkingsbevoegd is, maar dat voor de wederpartij kenbaar is dat de trustee door onder de gegeven omstandigheden te beschikken “in breach of trust” is. Men vergelijk artikel 11 lid 3 onderdeel d, van het Verdrag.

Artikel 157

Lid 1, zijnde van regelend recht, gaat uit van de wenselijkheid het trustvermogen zoveel mogelijk in stand te houden. In artikel 143 is dezelfde gedachte neergelegd. Het begrip inkomen kan per trust en per begunstigde verschillend zijn. Denkbaar is dat een begunstigde gerechtigd is de huuropbrengsten te ontvangen uit de aan de trust onderworpen onroerende zaken, terwijl aan een andere begunstigde de renten van banksaldi toekomen. In de trustakte kunnen derhalve diverse inkomensbegrippen worden gehanteerd. Als regel van regelend recht wordt in lid 2 verwezen naar het inkomensbegrip als bedoeld in de Inkomstenbelasting 1922.

Artikel 159

In vele Anglo-Amerikaanse jurisdicties is het traditie dat de trust niet voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Gezien de in dit artikel genoemde gevallen waarin de trust eindigt, is er echter geen goede reden om te verbieden dat een Surinaamse trust voor onbepaalde tijd wordt ingesteld. Ook stichtingen en naamloze vennootschappen plegen doorgaans voor onbepaalde tijd te worden opgericht.

Onderdeel d treedt niet in werking indien, door een voorziening in de trustakte of anderszins, gelijktijdig een nieuwe (in Suriname wonende of gevestigde) trustee optreedt.

Wat betreft onderdeel e, lette men wel op de helingsmogelijkheid vervat in artikel 131.

Artikel 160

Dit artikel van regelend recht bepaalt wat er na het einde van de trust met het trustvermogen

dient te gebeuren en aan wie rekening en verantwoording moet worden afgelegd.

Artikel 161

De verplichting tot inschrijving van de trust is opgedragen aan de notaris te wiens overstaan de trustakte is verleden. Publicatie van de trust is een voor instellers en begunstigen gevoelige zaak, maar de rechtsorde eist openbaarheid waar zulks ter bescherming van derden nodig is. Ten aanzien van de verplicht openbaar te maken gegevens is aansluiting is gezocht bij de voor commanditaire vennootschappen geldende verplichting tot beperkte openbaarmaking. Bij de commanditaire vennootschap behoeven noch de namen van de commanditaire vennoten noch de overeenkomst waarbij die vennootschap wordt aangegaan, openbaar te worden gemaakt.

Bij de trust behoeven uitsluitend de in lid 2, onderdeel c, bedoelde gegevens openbaar gemaakt te worden. De trustakte, de naam van de insteller, de naam van de begunstigde en het trustvermogen behoeven dat niet. De in lid 2, onderdeel c, bedoelde gegevens zijn vergelijkbaar met die welke in het vennootschapsrecht openbaar dienen te worden gemaakt, voor rechtshandelingen waarvoor het bestuur van een naamloze vennootschap toestemming nodig heeft van de algemene vergadering of van de raad van commissarissen. De in het vennootschapsrecht voor die gegevens geldende externe werking van de bevoegdheidsbeperkingen van directeuren zal, blijkens artikel 156 lid 2 ook ten aanzien van trusteees gelden.

TITEL 3.7 - GEMEENSCHAP

Algemeen

Onder "gemeenschap" verstaat het ontwerp de rechtsverhouding die ontstaat wanneer twee of meer personen - de "deelgenoten" genoemd - op een of meer goederen gezamenlijk recht hebben, zodanig dat zij daarin elk een aandeel hebben.

Het tegenwoordige wetboek bevat geen algemene regeling omtrent de rechtsfiguur der gemeenschap. Zodoende ontbreken wettelijke regels omtrent onder andere het beheer van en de beschikking over de goederen der gemeenschap en de aandelen daarin; in de jurisprudentie hebben zich hieromtrent verschillende regels gevormd, die nu aan de wettelijke regels van het ontwerp ten grondslag liggen. Voor de regels van de verdeling van "mede-eigendom" verwijst artikel 628 BW thans naar de regeling van de scheiding en verdeling van nalatenschappen, zoals ook de artikelen 176 lid 2 en 1664 BW doen voor respectievelijk de ontbonden huwelijksgemeenschap en de ontbonden maatschap.

Niet alle gemeenschappen kan men echter over één kam scheren. In de literatuur heeft het besef daarvan geleid tot onderscheiding tussen vrije en gebonden gemeenschappen. Zowel de grens tussen beide categorieën als de consequentie ervan in de rechtsgevolgen is echter betwist. Met het verschil houdt het ontwerp rekening, zonder daarvoor de genoemde term te bezigen. Het onderscheidt een drietal categorieën, en wel aldus dat afdeling 3.7.1 de algemene regeling voor in beginsel alle gemeenschappen bevat. Zonder meer is zij van toepassing op de zgn. eenvoudige gemeenschappen - in de regel bestaat hier tussen de deelgenoten geen andere rechtsband dan dat zij allen een aandeel in het gemeenschappelijk goed hebben.

Daarna noemt in afdeling 3.7.2 artikel 189 een tweetal categorieën, waarop die algemene

regeling óf in het geheel niet (lid 1) óf slechts met de afwijkingen, voorzien in afdeling 3.7.2 (lid 2) van toepassing is. Aldus geldt titel 3.7 in het geheel niet voor de (niet ontbonden) huwelijksgemeenschap, maat- en vennootschap en rederij, noch op de gemeenschap van een in appartementen gesplitst gebouw. Voor al deze gemeenschappen geldt immers een eigen wettelijke regeling. Zodra echter deze gemeenschappen zijn ontbonden, respectievelijk de splitsing van het gebouw is opgeheven, wordt titel 3.7 van toepassing, echter, evenals met betrekking tot de nalatenschap, onder de bijzondere bepalingen van afdeling 3.7.2, inzake bijvoorbeeld de beschikking over en de uitwinning van de aandelen der deelgenoten in de afzonderlijke goederen (artikel 189 lid 2). Ook overigens houdt het ontwerp rekening met de mogelijkheid dat afwijking van de algemene regeling wenselijk is wegens de bijzondere aard van een bepaalde gemeenschap - zie bijvoorbeeld artikel 178 lid 1.

De nieuwe, en in verschillende opzichten eenvoudiger, regeling van de verdeling der gemeenschap volgens het ontwerp, die zal worden aangevuld met een aantal procesrechtelijke bepalingen (titel 2 van Boek 3, in het bijzonder de nieuwe artikelen 677 e.v., Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering), zal bij invoering de regeling van de boedelscheiding (verdeling van nalatenschappen) deels verdringen.

Een bijzondere vorm van gemeenschap is nog de mandeligheid; de bijzonderheden daarvan zullen in titel 5.5 hun regeling vinden.

Ook voor de gemeenschap van een vorderingsrecht - bijvoorbeeld een gemeenschappelijke bank - of girorekening - zullen enige bijzondere bepalingen worden gesteld, en wel in Boek 6 (zie afdeling 6.1.3).

De gemeenschap, zoals die in titel 3.7 wordt geregeld, houdt alleen goederen, activa, in. Dat neemt niet weg dat ook schulden voor rekening van de gemeenschap kunnen komen. Met zulke passiva wordt op verschillende plaatsen rekening gehouden; men zie de artikelen 172, 174, 179 en 192, en ook, bij de regeling van het vruchtgebruik over een vermogen, artikel 222 van het ontwerp. Voorts zal in afdeling 6.1.2 een regeling omtrent pluraliteit van schuldenaren voorkomen.

Afdeling 3.7.1 - Algemene bepalingen

Systematisch vallen in de afdeling de volgende groepen van artikelen te onderscheiden: artikelen 166 en 167: algemene bepalingen; artikelen 168 tot en met 174: bevoegdheden van de deelgenoten ten aanzien van het goed; artikelen 175 tot en met 177: bevoegdheden van de deelgenoten ten aanzien van hun aandeel; artikelen 178 tot en met 188: verdeling der gemeenschap en haar gevolgen.

Artikel 166

Met de term "gemeenschap" wordt in het ontwerp aangeduid hetgeen thans veelal "mede-eigendom" wordt genoemd. Deze laatste term is voor het nieuwe recht niet meer geschikt, daar voortaan eigendom alleen voor het recht op ("lichamelijke") zaken zal worden gebruikt, en niet langer ook voor dat op andere goederen - "rechten" in de nieuwe terminologie, "onlichamelijke zaken" in het huidige recht; zie de toelichting bij afdeling 3.1.1. De term "gemeenschap" wordt thans reeds gebezigd in het huwelijksvermogensrecht.

Gemeenschap is er alleen, als de rechten der deelgenoten van gelijke aard zijn. In de term

"gezamenlijk" is dit in de tekst van het artikel verwoord; die gezamenlijkheid ontbreekt tussen bijvoorbeeld eigenaar van en beperkt gerechtigde op dezelfde zaak.

Gemeenschap kan bestaan zowel van één bepaald goed, als van een groep bijeenbehorende goederen. In het laatstbedoelde geval zullen die goederen gewoonlijk ook bij de verdeling als één geheel worden behandeld.

Lid 2 stelt als regel dat de aandelen der deelgenoten gelijk zijn. Afwijking is mogelijk, en kan dan voortvloeien uit de wet (in het bijzonder uit het erfrecht bij versterf, bijvoorbeeld wanneer zich bij een der erfdelen plaatsvervulling voordoet) of uit overeenkomst of andere rechtshandeling (bijvoorbeeld uiterste wil).

Dat, overeenkomstig lid 3, de deelgenoten in een gemeenschap verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid - ook waar hun verhouding niet contractueel van aard is - sluit aan bij het huidige recht: zie onder andere HR 20-12-1946, NJ 1947, 59, en HR 9-5-1980, NJ 1981, 283 voor de deelgenoten in een ervengemeenschap, en HR 9-5-1952, NJ 1953, 563, en HR 27-11-1981, NJ 1982, 503, voor de ontbonden huwelijksgemeenschap. Voor een voorbeeld van de "derogerende werking" van de redelijkheid en billijkheid zij verwezen naar het krasse geval van HR 7-12-1990, NJ 1991, 593.

Artikel 167 formuleert de regel van zaaksvervangings: hetgeen voor een tot een gemeenschap behorend goed in de plaats komt, valt in die gemeenschap. Gewoonlijk zal zich dit voordoen wanneer het goed wordt verkocht of geruild, maar in geval van beschadiging zal ook de vordering op de aansprakelijke persoon en op de verzekeraar door zaaksvervangings tot de gemeenschap gaan behoren.

De - natuurlijke of burgerlijke - vruchten van een gemeenschappelijk goed vallen niet krachtens deze bepaling in de gemeenschap waartoe het goed behoort, al kunnen zij wel op zichzelf een gemeenschap doen ontstaan.

In beginsel hebben de deelgenoten gelijke rechten tot gebruik en genot van hun gemeenschappelijke goederen en zijn zij ook gelijkkelijk tot het beheer daarvan bevoegd. Zonder een onderlinge regeling van deze rechten en bevoegdheden zullen echter gemakkelijk conflicten kunnen ontstaan. **Artikel 168** voorziet in de mogelijkheden en rechtsgevolgen van zulk een regeling.

Lid 1 stelt voorop de regeling bij overeenkomst van de deelgenoten, dat wil zeggen allen gezamenlijk, zelf. De tekst onderscheidt genot, gebruik en beheer. Genot en gebruik behoeven niet samen te vallen: zo kan aan een der deelgenoten het gebruik worden toegekend tegen vergoeding aan de andere deelgenoten, aan wie op deze wijze hun aandeel in het genot toekomt. Zie over een recht op vergoeding van de andere deelgenoten wegens gebruik door een deelgenoot HR 22-12-2001, NJ 2001, 59. Het beheer omvat de handelingen die vereist zijn tot de normale exploitatie, het onderhoud en het behoud van het goed. Daartoe kunnen, in het bijzonder wanneer het om een bedrijf gaat, beschikkingshandelingen over de bedrijfsgoederen behoren, zij het niet bijvoorbeeld de vervreemding van het bedrijf als zodanig.

Lid 2 voegt toe dat de kantonrechter niet alleen de overeengekomen regeling kan aanvullen, maar ook zelfstandig een regeling, waar die geheel ontbreekt, kan vaststellen. Het verzoek tot zulk een ingrijpen moet uitgaan van (een of meer van) de deelgenoten. Bij de tweede zin van het lid vergelijkbare men artikel 12. Onderbewindstelling (lid 2, eerste zin, slot), waarbij het beheer aan

een derde wordt opgedragen, kan een oplossing bieden die aantrekkelijker is dan beheer door de deelgenoten zelf.

Lid 3 kent de rechter, eveneens op verzoek van de meest gereede partij onder de deelgenoten, de bevoegdheid toe de regeling te wijzigen of zelfs opzij te zetten, ook als deze bij overeenkomst is vastgesteld, en wel wegens onvoorziene omstandigheden, dat wil zeggen zich voordoende omstandigheden waarin de regeling niet of onvoldoende voorziet. Daarbij is niet vereist dat toepassing van de regeling zoals die luidt, tot een, uit een oogpunt van billijkheid, onaanvaardbare toestand zou leiden.

Lid 4 kent aan de regeling, ook wanneer die bij overeenkomst is vastgesteld, een belangrijk rechtsgevolg toe: zij verbindt mede de rechtverkrijgenden - hetzij onder algemene, hetzij onder bijzondere titel - van de deelgenoten, zelfs indien zij haar niet zouden kennen. Ook degene die een beperkt recht op het goed of op een aandeel daarin verwerft, geldt als zulk een rechtverkrijgende.

In hoeverre de regeling naar buiten werkt, hangt af van de regels der vertegenwoordiging (zie onder andere de artikelen 66 en 70 j° artikel 78), alsmede van de algemene regels ter bescherming wegens onbevoegdheid van een vervreemder. Betreft de regeling (mede) een registergoed, dan kan zij in de openbare registers worden ingeschreven (artikel 17, onderdeel d), met de gevolgen die de artikelen 23 tot en met 26 daaraan verbinden.

Artikel 169

Niet alle goederen, alleen zaken, lenen zich tot gebruik. In beginsel komt dit recht alle deelgenoten gelijkelijk toe, doch zij moeten volgens de regels der redelijkheid en billijkheid uiteraard de gebruiksrechten der mede-deelgenoten respecteren. Dit zal dikwijls leiden tot een regeling als bedoeld in artikel 168.

Krachtens overeenkomst - huur, bruikleen - of zakelijk recht - vruchtgebruik, erfpacht, opstal - kan het gebruik aan een ander dan een deelgenoot of aan slechts een der deelgenoten toekomen. Het gemeenschappelijk worden van de zaak maakt daaraan geen einde, ook niet als de gebruiker een der deelgenoten is.

Artikel 170 regelt de bevoegdheden der deelgenoten ten aanzien van handelingen van beheer en beschikking (voor zover deze laatste handelingen niet als beheers handelingen worden verricht - zie hieromtrent de toelichting op artikel 168). Uitgangspunt is dat de deelgenoten gezamenlijk hiertoe bevoegd zijn: zie lid 2 als hoofdregel. De leden 1 en 2 maken daarop uitzonderingen.

In lid 1 geschiedt dat met betrekking tot handelingen tot onderhoud en behoud van het goed, alsmede in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden: daartoe is "zo nodig" elk der deelgenoten zelfstandig bevoegd - de term "zo nodig" geeft aan dat het ingrijpen zo dringend moet zijn vereist dat op gezamenlijk optreden of optreden door de krachtens regeling bevoegde beheerder niet kan worden gewacht. Die urgentie is niet vereist bij de handeling die in de tweede zin van lid 1 als behorend tot de bevoegdheid van elk der deelgenoten wordt aangewezen: het stuiten van een verjaring ten behoeve van de gemeenschap. Met zodanige stuiting van de verjaring wordt niet een ingebrekestelling gelijkgesteld: elk der deelgenoten is daartoe slechts bevoegd binnen de grenzen, door de eerste zin gesteld.

Lid 1 bevat dwingend recht: bij een regeling overeenkomstig artikel 168 kan de door lid 1 toegekende bevoegdheid niet worden beperkt of onttrokken.

Lid 2 behelst naast de hoofdregel nog een tweede mogelijkheid tot afwijking daarvan, namelijk een regeling overeenkomstig artikel 168, die het beheer - behoudens voor de gevallen van artikel 170 lid 1 - opdraagt aan een of meer der deelgenoten of een bewindvoerder. De tweede zin van het lid geeft aan hetgeen hier onder beheer wordt verstaan. Uitgesloten wordt aldus dat - afgezien van optreden krachtens een der uitzonderingen van lid 1 of lid 2 - een der deelgenoten, bijvoorbeeld een erfgenaam of een der ex-echtgenoten, een vordering die in het gemeenschappelijk vermogen valt, in haar geheel of ook slechts voor zijn aandeel int; dit laatste is een afwijking van artikel 1320 van het huidige BW. Zie voor het nieuwe recht HR 18-3-1994, NJ 1996, 410.

Degene die overeenkomstig de uitzondering van lid 1 of krachtens een regeling ingevolge lid 2 j^o artikel 168, voor de wederpartij kenbaar in naam van alle deelgenoten een handeling verricht, vertegenwoordigt de gemeenschap, de deelgenoten gezamenlijk: ten gevolge van zodanig beheer ontstane schulden zijn ten behoeve van de gemeenschap gemaakt en komen voor haar rekening; op de afwikkeling daarvan zijn de desbetreffende bepalingen van deze titel, alsmede die van titel 3.3 - zie artikel 78 - van toepassing.

Een wederpartij die te goeder trouw met een onbevoegde deelgenoot (of bewindvoerder) handelt, vindt zijn bescherming in algemene bepalingen als artikel 61 lid 2, uit titel 3.3; voor inning van een vordering door een onbevoegde deelgenoot zie in het bijzonder de regel van het huidige artikel 1407 BW, die de schuldenaar te goeder trouw beschermt, en die door een regel van gelijke strekking zal worden vervangen (artikel 6:34).

Om een wederpartij niet te belasten met een al te diepgaand onderzoek naar de bevoegdheid van een deelgenoot met wie hij handelt, is in lid 2 de ruime formulering gekozen dat onder "beheer" zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn: de derde hoeft niet te onderzoeken of de handeling daaraan in concreto ook dienstig is. Door deze formulering worden zulke handelingen onttrokken aan lid 3, dat geen uitzonderingen toelaat en voor beschikkingshandelingen en dergelijke buiten beheer het gezamenlijk optreden van alle deelgenoten verlangt, dat zich overigens uiteraard wel kan uiten in een door alle deelgenoten aan een hunner of een derde verleende volmacht.

Artikel 171 vult het vorige aan voor de bevoegdheid der deelgenoten in gerechtelijke procedures. Uitgangspunt is dat elk der deelgenoten afzonderlijk die bevoegdheid toekomt, doch in die zin dat hij een uitspraak ten behoeve van de gemeenschap moet vorderen of verzoeken; de uitspraak is voor alle deelgenoten, als materiële procespartijen, bindend (HR 24-4-1992, NJ 1992, 461); zij kunnen zich door voeging en tussenkomst in de procedure mengen. Deze regel vindt zijn grond daarin dat bij een vereiste van gezamenlijk optreden der deelgenoten onwilligheid of traagheid van een hunner het gemeenschappelijk belang ernstig zou kunnen schaden.

Van de hoofdregel kan een regeling overeenkomstig artikel 168 afwijken. Kent de regeling het beheer aan een of meer deelgenoten toe, dan komt de bevoegdheid alleen de beheerder(s) toe, tenzij de regeling zelf daarop een uitzondering maakt. Is bewind ingesteld, dan zal de bevoegdheid op overeenkomstige wijze alleen aan de bewindvoerder toekomen, tenzij anders is bepaald.

Wordt de vordering toegewezen, dan moet het verschuldigde in de regel aan de gezamenlijke deelgenoten worden voldaan; zie artikel 170, in het bijzonder lid 2. Het recht op de prestatie valt

in de gemeenschap, hetgeen meebrengt dat de deelgenoten gezamenlijk één vorderingsrecht hebben, zulks in afwijking van artikel 1320 BW thans (vgl. artikel 6:15, tweede en derde lid). Artikel 171 betreft overigens alleen de relatie tot derden; voor de verhouding tot mededeelgenoten zie artikel 184 (HR 8-9-2000, NJ 2000, 604).

In **artikel 172** is een - overigens voor de hand liggende - hoofdregel opgenomen omtrent de verdeling van de baten der gemeenschap en omtrent de draagplicht der individuele deelgenoten met betrekking tot de schulden die voor rekening van de gemeenschap komen. Van die hoofdregel kan bij een regeling overeenkomstig artikel 168 worden afgeweken.

Bij de baten wordt onderscheid gemaakt tussen de vruchten en de andere voordelen. Voor de vruchten zij verwezen naar artikel 9. Andere voordelen zijn bijvoorbeeld claims en andere rechten die aan aandelen in vennootschappen kunnen zijn verbonden - zie ook artikel 213 en de toelichting daarop.

De lasten zijn de uitgaven die voortvloeien uit handelingen die ten behoeve van de gemeenschap zijn verricht. Men denke hierbij in het bijzonder aan het onderhoud der goederen en aan andere beheerskosten. Onverschillig is daarbij of de deelgenoten ook allen, al dan niet hoofdelijk, jegens de wederpartij aansprakelijk zijn, dan wel of slechts op een hunner of op de bewindvoerder aansprakelijkheid drukt. Dat een handeling ten behoeve van de gemeenschap is verricht, moet niet te spoedig worden aangenomen. Zie HR 11-10-1991, NJ 1992, 600: ook al zijn uit een hypothecaire lening middelen aangewend tot financiering van aankoop of verbouwing van een gemeenschappelijk pand, dit brengt nog niet mee dat het aangaan van de lening kan gelden als een ten behoeve van (onderhoud en instandhouding van) het gemeenschappelijk pand verrichte handeling. Komt een schuld wél voor rekening der gemeenschap, dan rust op alle deelgenoten in beginsel de verplichting om daarin naar evenredigheid bij te dragen, en kan de bijdrage daarin bij de verdeling op de aandelen der deelgenoten worden toegerekend - zie artikel 184. Zijn de handelingen onbevoegd verricht, dan rust op de deelgenoten geen draagplicht krachtens dit artikel - waarbij overigens wel bedacht moet worden dat ook zaakwaarneming, waar de deelgenoten verstek laten gaan, een bevoegdlijk verrichte handeling betekent. De bijdrageplicht der deelgenoten kan overigens ook op andere grond ontstaan, bijvoorbeeld als gevolg van een hoofdelijke schuld; vgl. artikel 6:10.

Als wettelijke regel wordt in **artikel 173** gesteld dat over gevoerd beheer jaarlijks rekening en verantwoording kan worden gevorderd, maar omdat hieraan niet steeds behoefte zal bestaan, is deze regel niet van dwingend recht. Dat is wel het geval bij de rekening en verantwoording die "in ieder geval" bij het einde van het beheer moet worden afgelegd. In de formulering is gepoogd dat iets duidelijker dan in de tekst van het Nederlandse artikel tot uitdrukking te brengen.

Aan een gemeenschap zullen dikwijls schulden zijn verbonden. Daar deze schulden bij een gemeenschap als bedoeld in artikel 189 lid 2 op de gemeenschappelijke goederen kunnen worden verhaald (artikel 192) en bij de andere, eenvoudige, gemeenschappen toch in elk geval ten laste van alle deelgenoten, elk naar rato van zijn aandeel, worden gebracht (artikel 172), zal het veelal praktisch zijn dat een gemeenschappelijk goed daartoe te gelde wordt gemaakt, in de regel langs de weg van verkoop; vgl. artikel 1103 van het huidige BW.

Artikel 174 lid 1, bevat daartoe een voorziening, wanneer dit geschiedt op initiatief van een - of

eventueel enkelen - der deelgenoten: des verzocht verleent de rechter (eventueel in kort geding; HR 22-6-2002, NJ 2002, 420) aan hem of hen machtiging, zodat in naam van allen gezamenlijk kan worden opgetreden. Buiten het geval van voldoening van een voor rekening der gemeenschap komende schuld kan de machtiging ook wegens andere gewichtige redenen worden verleend, bijvoorbeeld ter financiering van herstel of behoud van andere gemeenschappelijke goederen.

Met de verleende machtiging kan het goed aan een derde worden vervreemd, maar indien een deelgenoot voor wie het goed een bijzondere waarde vertegenwoordigt, zich bereid toont het goed voor (ten minste) de geschatte waarde over te nemen, kan de rechter die overneming bevelen, aldus de tweede zin; in dit laatste geval is er niet een verkoop, doch een (partiële) verdeling van de gemeenschap (zie artikel 182).

Lid 2 behelst een soortgelijke regeling voor de bezwaring van een gemeenschappelijk goed met een zekerheidsrecht, waartoe in een tweetal gevallen machtiging kan worden verleend: in de eerste plaats bij wijze van zekerheidstelling voor de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld, in het bijzonder wanneer de schuldeiser deswege van executie afziet, in de tweede plaats ter wille van het behoud van een gemeenschappelijk goed.

Kenmerk van de "eenvoudige" gemeenschap van afdeling 3.7.1 tegenover de bijzondere van afdeling 3.7.2 is dat een deelgenoot in de eerste zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend afzonderlijk goed in beginsel wél kan vervreemden en bezwaren, en een deelgenoot in de laatste dat niet vrijelijk kan: deze kan in beginsel slechts beschikken over zijn aandeel in alle goederen gezamenlijk (artikelen 190 en 191). Analoog daaraan is de positie van de schuldeisers der deelgenoten; zij kunnen het aandeel van een deelgenoot in een afzonderlijk goed wél executeren als de gemeenschap eenvoudig is, niet als zij bijzonder is. Voor de eenvoudige gemeenschap is dat uitgedrukt in de leden 1 en 3 van **artikel 175**.

Intussen zijn niet alle gemeenschappen waarop afdeling 3.7.2 niet van toepassing is, zo eenvoudig dat deze vrije beschikking over de aandelen zonder bezwaar kunnen toelaten. Men denke daarbij in het bijzonder aan twee categorieën. In de eerste plaats de gemeenschap van één enkel goed, zoals een huis, met de bedoeling om het gemeenschappelijk te gaan bewonen: de aard der relatie zal niet toelaten dat de ene deelgenoot aan de ander een medebewoner kan opdringen. In de tweede plaats een gemeenschap van verschillende goederen - bijvoorbeeld een bibliotheek of een vermogen waarop afdeling 3.7.2 niet van toepassing is - de overdracht van aandelen in afzonderlijke goederen zou daar de gemeenschap in vele deelgemeenschappen die uiteenvallen, hetgeen zeer bezwaarlijk kan zijn.

De aanhef van lid 1 en die van lid 2 houden met deze omstandigheden rekening: de aard der rechtsverhouding of een overeenkomst tussen de deelgenoten kan meebrengen dat over een aandeel in een gemeenschappelijk goed slechts met aller toestemming kan worden beschikt. Om te voorkomen dat een gemeenschap aldus te knellend wordt voor een der deelgenoten bepaalt lid 2 dat op diens verzoek de rechter de rechtsverhouding op grond van onvoorziene omstandigheden kan wijzigen; de rechtsopvolger van een deelgenoot is dan ook aan de gewijzigde rechtsverhouding gebonden. Aldus volgt uit de overeenkomstige toepassing van artikel 168, leden 3 en 4.

Voor een schuldeiser van een deelgenoot die een aandeel wil uitwinnen, gelden de beperkingen in diens beschikkingsbevoegdheid niet: hij kan vrij executeren en degene die door de executie

het aandeel verwerft, is evenmin onderworpen aan de beperkingen die tussen de overige deelgenoten gelden: aldus de tweede zin van lid 3. Hier prevaleert het belang van de schuldeiser boven dat der deelgenoten: deelgenoten die niet met een vreemde willen worden opgescheept, kunnen die toestand gewoonlijk voorkomen, door zelf het aandeel bij de executie over te nemen.

Artikel 176 lid 1, wordt gemotiveerd door het belang dat de andere deelgenoten of de beheerder erbij hebben te weten aan wie het aandeel toekomt. "Onverwijld" betekent: naar gelang van de omstandigheden zonder vertraging.

Voor de mededeling zij verwezen naar artikel 37. Niet-nakoming van de mededelingsplicht kan aanleiding zijn tot een verplichting tot vergoeding van schade.

Lid 2 voorkomt dat de mede-deelgenoten door de overgang van het aandeel in een slechtere positie komen dan wanneer de oorspronkelijke deelgenoot rechthebbende zou zijn gebleven: de schuld die deze had, kan immers bij verdeling op zijn aandeel worden "toegerekend" - zie artikel 184 - en in de toedeling tot uiting komen. De gevolgen der hoofdelijkheid tussen vervreemder en verkrijger, zoals het verhaal, zullen in afdeling 6.1.2 worden geregeld. Op zijn beurt kan de verkrijger die bijvoorbeeld voorziet dat hij onvoldoende verhaalsmogelijkheid op zijn voorganger zal hebben, zijn aandeel weer kwijt aan de overige deelgenoten, die ook in dat geval niet slechter af zijn dan wanneer het aandeel bij de oorspronkelijke deelgenoot zou zijn gebleven. Voor de verplichting tot medewerking vergelijk men artikel 122.

Lid 3 veronderstelt een schuld van de gezamenlijke deelgenoten, althans een die op hun aandeel verhaalbaar is - zie bijvoorbeeld artikel 172. Bestaat een dergelijke schuld, dan ligt uitwinning van het gehele goed, ofwel van een of meer der tot de gemeenschap behorende goederen, voor de hand. Blijft in zo'n geval de gemeenschap niettemin bestaan omdat daartoe nog andere, niet uitgewonnen, goederen behoren, dan zou het onbillijk zijn dat degene die door de executie heeft verkregen, met de schulden van allen aan de gemeenschap zou worden belast. Evenmin bestaat in geval van uitwinning van een geheel goed behoefte aan een mededeling overeenkomstig lid 1. Vandaar dat lid 3 alsdan afwijking van de eerste twee leden voorschrijft.

Ingevolge artikel 175 is een deelgenoot in een "eenvoudige" gemeenschap in beginsel bevoegd tot het vestigen van een beperkt recht op zijn aandeel in een of meer bepaalde gemeenschappelijke goederen; zie voor de bijzondere gemeenschap artikel 190 lid 2. Artikel 177 regelt de rechtsgevolgen wanneer zo'n goed wordt verdeeld of wordt overgedragen. Behoudt de deelgenoot in zo'n geval zijn oorspronkelijk aandeel, dan heeft dat geen verdere gevolgen, maar veel vaker zal het goed alsdan in zijn geheel hetzij aan die deelgenoot, hetzij aan een ander toevallen. In het ontwerp wordt voor deze gevallen de regel, die thans krachtens artikel 1196 BW voor hypotheek geldt, tot alle beperkte rechten uitgebreid: het beperkte recht komt te rusten op het goed, voor zover dat aan de deelgenoot na de verdeling of overdracht toekomt, en het vervalt voor zover dat niet het geval is, aldus lid 1.

Het gevolg van zo'n verdeling of overdracht is een verschuiving in de onderlinge verhoudingen: het beperkte recht wordt meer waard indien het goed in zijn geheel of voor een groter gedeelte aan de deelgenoot toevalt, het vervalt of wordt minder waard wanneer de deelgenoot wordt uitgeboedeld of met een geringer deel genoegen moet nemen, of ook wanneer het goed aan een derde wordt verkocht. Het kan zijn dat deze waarde verschuiving tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde tot verrekening aanleiding zal geven - een omstandigheid waaraan het slot

van lid 1 herinnert. Toedeling van het gehele goed aan een ander dan de deelgenoot zal meebrengen dat voor zijn aandeel in het goed wegens onder bedeling iets anders, bijvoorbeeld een geldvordering, in de plaats zal komen; is het beperkte recht dan hetzij een vruchtgebruik, hetzij pand of hypotheek, dan treedt zaaksvervanging op ingevolge artikel 213, respectievelijk artikel 229.

Ter bescherming van de belangen van de beperkt gerechtigde bij verdeling of bij een overdracht waartoe de deelgenoten zich na de vestiging van het beperkte recht verplichten, wordt in lid 2 de medewerking van de beperkt gerechtigde vereist, aan wie overigens tegenover de deelgenoot wiens aandeel met zijn recht is bezwaard, uiteraard ook een beroep op de algemene regels van redelijkheid en billijkheid openstaat (vgl. artikel 6:248 j° artikel 6:216).

Lid 3 veronderstelt de situatie dat de deelgenoot die het beperkte recht vestigde, bij de verdeling van het goed wordt overbedeeld - in het bijzonder wanneer hem het gehele goed wordt toegedeeld - en dat hij deswege aan de overige deelgenoten compensatie is verschuldigd. Stelt hij hiervoor zekerheid door te hunnen behoeve pand of hypotheek op het hem toegedeelde te vestigen, dan gaat dit beperkte recht boven het eerder door hem op zijn aandeel gevestigde beperkte recht, mits het gelijktijdig met de levering van het hem toegedeelde wordt gevestigd.

Met **artikel 178** beginnen de regels over de verdeling van een gemeenschap, die de rest van afdeling 1 vullen. Wat als verdeling wordt beschouwd, wordt in artikel 182 bepaald, in artikel 178 komt aan de orde, hoe men tot een verdeling kan geraken.

Het recht om de verdeling te vorderen, komt aan elk der deelgenoten toe: in beginsel is niemand genoodzaakt in een onverdeeldheid te blijven (zie artikel 1093 lid 1 van het huidige BW). De bevoegdheid verjaart niet en vervalt evenmin door tijdverloop, hetgeen door de term "te allen tijde" wordt uitgedrukt (aldus thans eveneens artikel 1093 lid 2). Is dit in overeenstemming met het huidige recht, het ontwerp kent de bevoegdheid mede toe aan degenen die een beperkt recht op enig aandeel hebben.

Aan het slot van lid 1 wordt aangegeven in welke gevallen de bevoegdheid tot het vorderen van een verdeling niet bestaat: dat kan volgen uit de leden 2 tot en met 5, maar ook uit de aard der gemeenschap. Bij deze laatste denke men vooral aan die, weliswaar in beginsel "eenvoudige", gemeenschappen die naar hun aard gelijken op de bijzondere van artikel 189 lid 1. Aldus bijvoorbeeld de leefgemeenschap van personen die niet met elkaar zijn gehuwd, maar ook goederen, gemeenschappelijk aan echtgenoten die niet in de wettelijke gemeenschap zijn gehuwd. Voorts zal de aard van "periode-eigendom" (timesharing) doorgaans meebrengen dat de gemeenschap niet op de enkele wens van een der deelgenoten behoort te worden verdeeld - overdracht van afzonderlijke aandelen ligt daar immers veel meer voor de hand.

Ook mandeligheid als bijzondere vorm van gemeenschap sluit de vordering tot verdeling uit; vgl. artikel 5:63 lid 2.

Lid 2 vormt in zoverre een uitzondering op het eerste dat de rechter op verlangen van een deelgenoot - niet op dat van een beperkt gerechtigde - tijdelijk de verdeling kan tegenhouden, zolang niet alle of bepaalde opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, zijn voldaan. De rechter is vrij in zijn oordeel en zal zich laten leiden door de vraag wat billijk is tegenover zowel de deelgenoten als de schuldeiser alsook door hetgeen tot de meest praktische afwikkeling van de gemeenschap zal leiden. Men kan de bepaling zien als verwant aan de gedachte die achter het huidige artikel 1106 lid 1, BW schuilt.

De uitzondering van lid 3 is van andere aard: hier moet de rechter afwegen het belang dat een of meer deelgenoten bij verdeling hebben tegen het belang van een of meer deelgenoten om juist niet te verdelen. Bij dit laatste kan men bijvoorbeeld denken aan een deelgenoot die het bedrijf uitoefent dat in een gemeenschap valt, en die (nog) niet in staat is om de andere deelgenoten uit te kopen. De rechter sluit slechts het vorderen van een verdeling uit; kunnen de deelgenoten alsnog over het verdelen overeenstemming bereiken, dan staat de uitsluiting hieraan niet in de weg.

Lid 5 geeft de bevoegdheid aan de deelgenoten zelf om de vordering tot verdeling uit te sluiten, en wel telkens voor een periode van ten hoogste vijf jaar, conform het huidige artikel 1093, leden 2 en 3, BW. Nieuw is de verwijzing naar artikel 168, leden 3 en 4, die de overeenkomst vatbaar maakt voor wijziging door de rechter, en bindend verklaart voor rechtverkrijgenden van de deelgenoten.

Lid 4 ten slotte wijst de voor toepassing van de leden 2 en 3 bevoegde rechter aan, indien geen vordering tot verdeling bij de rechter aanhangig is.

Artikel 179

Zomin als een deelgenoot kan worden genoodzaakt in een onverdeelde gemeenschap te blijven, zomin hoeft hij ook in een partiële verdeling te berusten.

Algehele verdeling - van zowel de gemeenschappelijke goederen als van de schulden die voor rekening der gemeenschap komen - heeft veelal het voordeel dat over- en onder bedeling beter kunnen worden vermeden en verschillen in natura kunnen worden verrekend. Ook hier echter moet met uitzonderingen rekening worden gehouden. Zo kan het de voorkeur verdienen een bepaald goed buiten de verdeling te houden, zolang aan dat goed nog een onbetaalde - wellicht nog niet bepaalbare - schuld kleeft die voor rekening van de gemeenschap komt. Voorts, zoals uit de tweede zin van lid 1 blijkt, moet uiteraard ook een uitzondering worden gemaakt voor goederen die, al dan niet voorlopig, krachtens artikel 178 van verdeling zijn uitgesloten.

Het in lid 2 bedoelde "overslaan" van goederen bij verdeling heeft vanzelfsprekend niet tot gevolg dat dergelijke goederen niet meer voor verdeling vatbaar zouden zijn, doch maakt ook de tot stand gekomen partiële verdeling niet ongeldig.

Lid 3 verklaart de regels der schuldovername van toepassing op de toedeling van een schuld, met als voornaamste gevolg dat de schuldeiser niet zonder zijn toestemming kan worden beroofd van de rechten die voor hem uit hoofdelijkheid voortvloeien.

Krachtens artikel 175 lid 3, kunnen de schuldeisers der - individuele en gezamenlijke - deelgenoten de aandelen van hun schuldenaar in de gemeenschap in beginsel uitwinnen, volgens artikel 180 kunnen zij eveneens een verdeling afdwingen: de toedeling van geld of bepaalde goederen aan de schuldenaar-deelgenoot kan voor de schuldeiser leiden tot een bepaald verhaalsobject dat gemakkelijker is te executeren dan een aandeel in een of meer gemeenschappelijke goederen. De schuldeiser wordt in zijn belangen verder beschermd doordat hij krachtens lid 2 aan de verdeling zijn medewerking moet verlenen; zie de opmerking bij artikel 177 lid 2.

Tegenover deze rechten van de schuldeiser staan ook beperkingen in het belang der deelgenoten: de verdeling kan niet voor meer worden gevorderd dan nodig is voor het verhaal van de vordering, en de rechter kan, bij aanmerkelijke onevenredigheid van belangen, de verdeling

telkens voor drie jaar uitstellen - zie het van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 178 lid 3. Voor de beoordeling van het bedrag waarvoor de verdeling zal moeten plaatsvinden, zal het nodig zijn dat de schuldeiser de deelgenoot op de hoogte stelt van de omvang van zijn vordering.

Artikel 181 lid 1, eerste zin, vervangt het huidige artikel 1098 lid 1 BW en is daaraan in hoofdtrekken gelijk. Een verschil is dat de tekst toelaat nu ook een onzijdig persoon te benoemen als een deelgenoot door afwezigheid, wellicht onvindbaarheid, of overmacht verhinderd is aan de verdeling deel te nemen. Zie hierna bij afdeling 3.7.4 onder Algemeen, waar gesteld wordt dat, in het kader van de afwikkeling van een onverdeelde boedel, eveneens ter vertegenwoordiging van onbekende deelgenoten een onzijdig persoon kan worden benoemd. Ook na de benoeming van een onzijdig persoon kan de deelgenoot zelf meewerken aan de verdeling en aldus van de vertegenwoordiging afzien, doch de rechtshandelingen die in zijn naam reeds zijn verricht, inclusief in onderhandelingen genomen besluiten, kan hij dan niet meer ongedaan maken. Voorts geeft het lid, evenals de leden 2 en 3, enige aanvullingen.

Het is wegens de verschillende rechtsgevolgen van belang een verdeling te onderscheiden van een overdracht. Op de verdeling is in het bijzonder niet afdeling 3.4.2 van toepassing, maar zij heeft haar eigen regels. Aldus bijvoorbeeld de notariële waarborg van artikel 183 lid 2 de regel dat aan verdeling geen eigen titel ten grondslag ligt (artikel 186 lid 2), de speciale regels omtrent vrijwaring (artikel 188), alsmede omtrent nietigheid en vernietiging (afdeling 3.7.3). Wat als een verdeling wordt aangemerkt, wordt in **artikel 182** geformuleerd, waarin drie elementen naar voren komen:

- a. alle deelnemers moeten, eventueel krachtens vertegenwoordiging, aan een verdeling meewerken;
- b. een gemeenschappelijk goed moet uit de (oorspronkelijke) gemeenschap worden gelicht en aan een (of gezamenlijk aan enkelen) der deelgenoten worden toegedeeld;
- c. overgang van een gemeenschapsgoed ter voldoening van een voor rekening der gemeenschap komende schuld die reeds vóór de verdeling bestond, aan een der deelgenoten geldt niet als verdeling; wel als verdeling geldt overneming van een gemeenschapsgoed door een deelgenoot die de andere deelgenoten "uitkoopt" (zie bijvoorbeeld artikel 174 lid 1, tweede zin, en thans artikel 1103 lid 2 BW).

Overdracht van een aandeel is geen verdeling, omdat het aandeel alleen door de rechthebbende(n) daarop wordt overgedragen. Gaat het goed over op een ander dan een deelgenoot, dan is er evenmin verdeling.

De tweede zin van het artikel sluit van de verdeling in het bijzonder uit de uitkering van een legaat aan een erfgenaam of de nakoming van een verplichting tot overdracht van een bepaald goed aan een erfgenaam, welke verplichting de erflater reeds was aangegaan - zie aldus HR 31-5-1963, NJ 1964, 10, en HR 17-1-1964, NJ 1965, 126; gold in zo'n geval de verplichting echter niet het bepaalde goed, maar wordt dit voor de schuld in betaling gegeven of wordt de schuld door toedeling van het goed vernieuwd, dan is er wel een verdeling.

Verdeling is evenzeer overbedeling in gemeenschapsgoederen, ook bijvoorbeeld ter afwikkeling van een reprise in het huwelijksgoederenrecht.

Verdeling is een meerzijdige rechtshandeling, waarop voor zover uit de wet of de aard der

handeling niet anders volgt, de regels omtrent (wederkerige) overeenkomsten analogisch van toepassing zijn (vgl. de artikelen 6:216 en 6:261 lid 2).

Het artikel geeft weer hetgeen in de literatuur ook voor het huidige recht wordt aanvaard; zie voor de tweede zin HR 31-5-1963, NJ 1964, 10, HR 17-1-1964, NJ 1965, 126, en HR 4-3-1987, NJ 1987, 224.

Artikel 183 lid 1, komt overeen met artikel 1096 BW, met dien verstande dat mede rekening is gehouden met degenen die, hoewel geen deelgenoot, hun medewerking aan de verdeling moeten verlenen (zie de artikelen 177 lid 2 en 180 lid 2). Aan het slot is toegevoegd een regeling inzake vertegenwoordiging door een bewindvoerder; een bewind kan zich voordoen bij goederen van een afwezige (artikel 529 van het huidige BW en het nieuwe artikel 1:409), bij vruchtgebruik (artikelen 813 en 845) en bij een nalatenschap (de huidige artikelen 1005 en 1047 en de nieuwe artikelen 4:153 e.v.) - daarbij kan zijn bepaald dat de bewindvoerder slechts met toestemming van de rechthebbende of met rechterlijke machtiging tot de vertegenwoordiging bevoegd is.

Het slot van artikel 1096 BW, met zijn verwijzing naar artikel 670 BW, kan in de nieuwe tekst worden gemist, omdat artikel 186 een algemene bepaling omtrent de levering van het toegedeelde inhoudt.

Lid 2 onderwerpt de verdeling aan formaliteiten voor het geval een deelgenoot het vrije beheer over zijn goederen mist, dat wil zeggen handelingsonbekwaam is of als faillissement of surséance van betaling over hem is uitgesproken. Het stemt overeen met artikel 1101 BW, met dien verstande dat de rechter ontheffing van formaliteiten kan verlenen.

Aan een bepaling in de geest van artikel 1099 BW bestaat geen behoefte, aangezien artikel 1:250 een algemene regeling voor het geval van belangenstrijd tussen de minderjarige en zijn wettelijk vertegenwoordiger zal bevatten.

In artikel 1113 BW wordt thans, als het ware in het voorbijgaan, de mogelijkheid van ("gedwongen") verrekening genoemd, waarbij op het aandeel van een deelgenoot ter gelegenheid van de verdeling wordt toegerekend wat hij aan de gemeenschap is verschuldigd. Deze rechtsfiguur is nader in de rechtspraak gepreciseerd - zie HR 17-2-1944, NJ 1944, 254, en HR 20-12-1946, NJ 1947, 59 - en krijgt nu in **artikel 184** wettelijk gestalte. Het belangrijkste effect is dat de schuld volledig op het aandeel wordt toegerekend, ook indien de deelgenoot-schuldenaar onvermogen is; zie eerstgenoemd arrest.

Artikel 185 geeft aan welke bevoegdheden de rechter heeft in geval de deelgenoten, inclusief hun vertegenwoordigers - onder wie de onzijdige persoon van artikel 181, alsmede de beperkt gerechtigde van artikel 177 lid 2 en de schuldeiser van artikel 180 - over de wijze van verdeling niet tot overeenstemming kunnen komen. Deze bevoegdheden zijn ruimer omschreven dan die hij ingevolge artikel 1103 thans heeft; evenmin is hij gebonden aan de voorschriften van de artikelen 572 e.v. van het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, met de zwaarighedenprocedure die daarbij behoort (vgl. reeds HR 25-1-1980, NJ 1980, 548). In verband hiermee zullen de bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden aangepast. Niet alleen zal de rechter verkoop van de onroerende goederen kunnen gelasten, maar ingevolge lid 1 zal hij zowel de wijze van verdeling kunnen voorschrijven als de verdeling zelf vaststellen (zie voor dit laatste HR 28-6-1963, NJ 1963, 507). Daarbij moet hij naar billijkheid rekening houden

met de belangen der deelgenoten en met het algemeen belang (vgl. de norm van de redelijkheid en billijkheid als omschreven in artikel 12).

Toepassing kan betekenen dat een goed aan een der deelgenoten wordt toegedeeld, omdat juist deze daarmee een bijzondere band heeft (zie aldus reeds HR 9-5-1980, NJ 1981, 283), of ook omdat het algemeen belang er mee gediend is dat juist hij bijvoorbeeld het tot nog toe gemeenschappelijk bedrijf voortzet. Het staat de rechter daarbij vrij op welke wijze hij het toe te delen goed waardeert, wanneer een der deelgenoten daarbij een bijzonder belang heeft: de waarde in het economisch verkeer is daarbij niet volstrekt doorslaggevend.

Lid 2 geeft de drie mogelijkheden aan waaruit de rechter kan kiezen. Toedeling van een goed uit een gemeenschap die geen of weinig andere goederen bevat, leidt tot overbedeling, een mogelijkheid die in onderdeel b is gegeven. Bij toepassing van onderdeel c - verkoop van het goed, gevolgd door verdeling van de opbrengst -, is de rechter niet gebonden aan het bevelen van verkoop in het openbaar bij verschil van mening tussen de deelgenoten, zoals thans (artikelen 562 en 567 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). De rechter die overbedeling gelast of daartoe beslist, kan daarmee een zware verplichting tot vergoeding leggen op degene aan wie het goed aldus wordt toegedeeld. Deze last kan overeenkomstig lid 3 worden verlicht door betaling in termijnen toe te laten. Of de rechter daartoe overgaat, zal hij toetsen aan de lid 1 omschreven norm.

Bij de verdeling wordt in beginsel uitgegaan van de waarde ten tijde van de verdeling (eventueel door de rechter), tenzij uit een afspraak of de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit (HR 12-2-1999, NJ 1999, 551 en HR 22-9-2000, NJ 2000, 643).

Artikel 186

Sinds HR 8-12-1892, W 6280, is voor het huidige recht aanvaard dat artikel 1110 van het BW aan de verdeling declaratieve werking toekent: zij verklaart alleen wat ieder der deelgenoten uit de gemeenschap toekomt, te rekenen vanaf het tijdstip van ontstaan van die gemeenschap. Uit deze werking worden twee regels afgeleid: de verdeling heeft terugwerkende kracht en de verdeling is geen titel van overdracht.

Dat de verdeling terugwerkende kracht heeft, betekent dat rechtens een deelgenoot nimmer uit de gemeenschap iets anders heeft gehad dan hetgeen hem bij de verdeling wordt toegedeeld, en dat brengt mee dat het hem toegedeelde hem niet ter verkrijging behoeft te worden geleverd.

Met deze regel breekt artikel 186 lid 1. Terugwerkende kracht der verdeling is een gewrongen en netelige constructie en ter wille van de rechtszekerheid verdient het de voorkeur dat levering wél plaatsvindt: voor registergoederen geven de openbare registers de toestand dan zuiver weer, voor vorderingen wordt de debiteur op de hoogte gesteld wie zijn nieuwe schuldeiser is.

Verdeling op zichzelf is voor verkrijging van het toegedeelde onvoldoende - de "zakelijke" werking wordt slechts bereikt, als ze door levering wordt gevolgd.

In lid 2 wordt de tweede regel wél behouden. Zij brengt bijvoorbeeld mee dat een erfgenaam aan wie een goed uit de nalatenschap is toegedeeld, dit goed, ondanks de levering, niet onder bijzondere titel, verkrijgt, doch onder algemene titel. Had een deelgenoot, bijvoorbeeld een echtgenoot, zijn aandeel in het hem later toegedeelde goed reeds geheel of ten dele onder bijzondere titel verkregen, dan wordt hij echter gerekend vanaf de verdeling ook het goed voor dat deel onder bijzondere titel te hebben verkregen.

Artikel 187 geeft in hoofdzaak weer hetgeen artikel 1108 BW thans bepaalt, maar in een iets gepreciseerde en uitgewerkte vorm.

Artikel 188 geeft een regeling omtrent de vrijwaring bij verdeling, die overeenstemt met die in de huidige artikelen 1111 en 1112 BW. Vrijwaring bestaat hier ter zake van stoornis en uitwinning op grond van een vóór de verdeling ontstane oorzaak, alsmede van onvoldoende goeodheid van de schuldenaar van een toegedeelde vordering ten tijde van de toedeling. De regel geeft geen waarborg tegen verborgen gebreken of andere benadeling: daarvoor geldt de regel der vernietigbaarheid, vervat in artikel 196.

Afdeling 3.7.2 - Enige bijzondere gemeenschappen

Zoals in de inleiding tot de toelichting op deze titel reeds is vermeld, geeft **artikel 189** lid 1 aan op welke gemeenschappen de bepalingen van de eerste afdeling in het geheel niet van toepassing zijn, en in lid 2 op welke die bepalingen slechts met inachtneming van afdeling 2 van toepassing zijn.

De gemeenschappen van lid 1 zijn aan hun eigen, elders in de wet neergelegde, regime onderworpen: de niet ontbonden huwelijksgemeenschap in titel 7 van het nieuwe Boek 1 van het BW, de personenvennootschap in titel 13 van Boek 7 en de rederij in titel 3.1 van Boek 8.

Wordt echter een huwelijksgemeenschap of rederij ontbonden, of wordt de splitsing van een gebouw in appartementen opgeheven, dan wordt - aldus artikel 189 lid 2.- titel 3.7 op de getransformeerde gemeenschap wél van toepassing, en wel de afdelingen 1 (en 3), voor zover daarvan niet bij afdeling 2 wordt afgeweken. Daarbij moet men erop bedacht zijn dat voor die ontbonden gemeenschappen ook nog bijzondere bepalingen kunnen gelden, die in hun bijzondere regeling zijn opgenomen: aldus bijvoorbeeld de artikelen 176 tot en met 184 van het huidige BW en de nieuwe artikelen 1:99 e.v. voor de ontbonden huwelijksgemeenschap.

Voor de nalatenschap geldt een soortgelijke regeling als voor deze ontbonden gemeenschappen: in de eerste plaats geldt afdeling 3.7.2, en voorts, voor zover daarbij niet van afdeling 3.7.1 is afgeweken, de bepalingen van die afdeling, met daarnaast bijzondere bepalingen in Boek 4 (artikelen 4:227 e.v.).

De achtergrond van de bijzondere regeling voor de gemeenschappen die onder het regime van afdeling 3.7.2 vallen, is dat deze gemeenschappen, zolang zij niet verdeeld zijn, een afgescheiden vermogen vormen, die niet slechts de gemeenschap van goederen omvat, maar tevens schulden die bij die goederen of hun gemeenschap behoren.

De bepalingen van titel 7 zijn ingevolge artikel 189 lid 3 niet op de vennootschap van toepassing. Voor de ontbonden vennootschap gelden eigen regels. Dit heeft mede tot gevolg dat ook de artikelen 658 tot en met 670 Rv (betreffende verzegeling en ontzegeling) niet van toepassing zijn. Zie voorts hetgeen in die memorie van toelichting ten aanzien van de verdeling is opgemerkt bij artikel 7:830.

In **artikel 190** komt tot uiting dat een gemeenschappelijk vermogen een eenheid vormt en dat de bestanddelen daarvan niet willekeurig uit het geheel kunnen worden losgemaakt. Zou een deelgenoot vrij zijn om over zijn aandeel in een afzonderlijk goed uit dat vermogen te beschikken, dan zou een nieuwe deelgemeenschap ontstaan hetgeen de weg tot opsplitsing in

talrijke van die gemeenschappen zou openen, een toestand die voor de deelgenoten weinig aantrekkelijk zou zijn. Hetzelfde geldt voor de executie van een aandeel in zulk een gemeenschappelijk goed dat tot het vermogen behoort.

Lid 2 laat wel het vrije vestigen van een pand- of hypotheekrecht op zulk een aandeel toe, maar, om gelijke redenen, niet de executie daarvan zolang de gemeenschap niet is verdeeld of het goed daaruit is vervreemd. Het belang van de vestiging van zulk een zekerheidsrecht reeds vóór de verdeling ligt, behalve in de door het tijdstip van vestiging bepaalde rangorde in de positie van de beperkt gerechtigde overeenkomstig de artikelen 177 en 178.

Artikel 191

Kan een deelgenoot in een gemeenschappelijk vermogen als bedoeld in artikel 189 lid 2 niet vrijelijk beschikken over zijn aandeel in de afzonderlijke goederen van dit vermogen, hij kan dat in beginsel wél over zijn aandeel in het gehele vermogen. Hetzelfde geldt voor uitwinning van dat aandeel door een schuldeiser. In deze regel, reeds voor het bestaande recht aanvaard door HR 6-12-1935, NJ 1936, 400, ligt een verschil met de gemeenschappen van artikel 189 lid 1, die strikt aan de kwaliteit der deelgenoten zijn gebonden.

Uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten kan voortvloeien, dat het aandeel niet vrijelijk kan worden vervreemd, bezwaard of geëxecuteerd - men denke aan bijvoorbeeld een ontbonden vennootschap, waarbij het van belang is dat de deelgenoten zelf aan de liquidatie deelnemen. Wél kan de rechter hier ingrijpen, aldus lid 2, onder verwijzing naar artikel 168 leden 3 en 4.

De levering van een aandeel in het gehele vermogen geschiedt door levering van de aandelen in de goederen afzonderlijk overeenkomstig artikel 96; idem de levering van beperkte rechten op dat aandeel - zie artikel 98.

Voor de uitwinning van het aandeel geldt niet artikel 175, derde lid: een schuldeiser van een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap kan diens aandeel niet executeren als de deelgenoot zelf dat aandeel niet kan vervreemden of bezwaren. Wel kan de schuldeiser in zo'n geval overeenkomstig artikel 180 verdeling van de gemeenschap vorderen, een ook voor hem meer praktische oplossing.

Artikel 192 trekt voor de bijzondere gemeenschappen de lijn van de artikelen 178 lid 2 en 179 lid 1, door: de schuldeisers van de tot de gemeenschap behorende schulden hebben zelf een wettelijke bevoegdheid tot verhaal van hun vorderingen op de goederen der gemeenschap. Zie aldus reeds thans artikel 1128 BW ("... onverminderd ... onverdeeld"). Ook hier komt het karakter der bijzondere gemeenschap als afgescheiden vermogen tot uitdrukking. Voor de schuldeiser der gemeenschap biedt de regel twee voordelen: hij behoeft niet elk der deelgenoten voor diens aandeel afzonderlijk aan te spreken en hij heeft op een privé-schuldeiser van een deelgenoot, die immers van diens individuele gegoedheid afhankelijk is, een feitelijke voorrang.

Artikel 193 stelt de schuldeisers der bijzondere gemeenschap in staat, door vereffening te verzoeken, kracht bij te zetten aan de bevoegdheid tot verhaal op de tot de gemeenschap behorende goederen, die artikel 192 hun verleent. De vordering tot verdeling die artikel 180 aan een privé-schuldeiser van een deelgenoot toekent, kan niet worden toegewezen en de verdeling kan niet worden uitgevoerd vóórdát de gemeenschapsschuldeiser is voldaan.

De deelgenoten zijn volgens **artikel 194** lid 1, niet zonder meer wettelijk verplicht tot het opmaken van een boedelbeschrijving - behalve waar artikel 442 van het huidige BW van toepassing is - maar elk hunner kan het opmaken van een boedelbeschrijving vorderen. Vgl. artikel 1100 lid 1, BW.

Lid 2 van artikel 194 komt overeen met het huidige artikel 1091, laatste zinsdeel, BW (het overige, in artikel 1091 BW bepaalde, is van erfrechtelijke aard, en behoort in het erfrecht te blijven geregeld).

Afdeling 3.7.3 - Nietige en vernietigbare verdelingen

De afdeling biedt een aanvulling op, in een enkel geval een afwijking van, de bepalingen van titel 3.2 inzake nietigheid en vernietiging van rechtshandelingen (artikelen 39 tot en met 48). In dezelfde titel zijn toepasselijke bepalingen omtrent de wijze en de gevolgen van de vernietiging te vinden (artikelen 49 tot en met 56); de alternatieven van vernietiging van de artikelen 53 en 54 worden in de onderhavige afdeling aangevuld: artikelen 197 en 198. Regels omtrent de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging, zoals betreffende stuiting en verlenging, zullen voorts bij titel 3.11 worden vastgesteld; men lette hier echter op het verschil tussen artikel 196 lid 1, slot, en artikel 200. Deze afdeling is mede van toepassing op de ontbonden bijzondere gemeenschappen (HR 7-4-1995, NJ 1996, 499).

Een wezenlijk kenmerk van een verdeling is dat ze wordt voltrokken door allen die tot deelneming daaraan bevoegd zijn - zie artikel 182. In beginsel is de sanctie dan ook nietigheid, waar dit vereiste niet is vervuld: de overeengekomen verdeling is ongeldig, ook ten aanzien van degenen die wél aan de overeenkomst hebben deelgenomen, en tegenover derden. Alleen voor het geval dat de verdeling bij notariële akte is tot stand gekomen, wordt in artikel 195 lid 1, met een lichtere sanctie, vernietigbaarheid, volstaan - enerzijds zijn dan de waarborgen voor een correcte verdeling groot, anderzijds wordt door de formele totstandkoming ook tegenover derden vertrouwen in de geldigheid gewekt. In afwijking van artikel 52 lid 1 onderdeel d, wordt de verjaringstermijn op één jaar gesteld, echter onverminderd de vervaltermijn van artikel 200; zie wat dit laatste betreft ook hierna bij afdeling 3.7.4, onder Algemeen (Vordering tot verdeling).

Lid 2 biedt het spiegelbeeld van lid 1: niet te weinig, doch te veel personen hebben aan de verdeling deelgenomen, waarmee gelijk wordt gesteld het geval dat een deelgenoot een groter aandeel heeft gepretendeerd dan waartoe hij was gerechtigd. Het teveel toegedeelde kan dan ten behoeve van de gemeenschap worden teruggevorderd - zie artikel 171. Voor het overige behoudt de verdeling haar geldigheid.

Nietig of vernietigbaar is een verdeling evenmin, indien zij gebrekkig is omdat een of meer goederen zijn overgeslagen; zie artikel 179 lid 2.

Artikelen 196 tot en met 199

De omstandigheden die elke rechtshandeling vernietigbaar maken, zijn neergelegd in de artikelen 43 tot en met 46 van titel 3.2: bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden. Daartoe behoort niet de dwaling: de gevolgen daarvan voor de geldigheid van rechtshandelingen zijn bij de verschillende typen van die handelingen geregeld. Voor overeenkomsten zal dat geschieden in de artikelen 6:228 en 6:230, die krachtens artikel 6:216 ook op een verdeling van toepassing zouden zijn, ware het niet dat **artikel 199** deze artikelen, mét artikel 229 inzake de

voortbouwende overeenkomst, voor de verdeling uitsluit. Ook thans geldt voor de vernietigbaarheid van een verdeling een eigen regeling en wel die van artikel 1139 BW: niet dwaling op zichzelf kan tot vernietiging leiden, maar volgens onderdeel 3° kan vernietiging wel worden gevorderd wegens benadeling die ten minste een vierde der (werkelijke) waarde van het aandeel bedraagt. In **artikel 196** lid 1, wordt deze regel voor het nieuwe recht gevolgd, zij het beperkt tot benadeling door dwaling omtrent de waarde der goederen en schulden; is gedwaald in de grootte der aandelen, dan is artikel 195 van toepassing. De beperking tot benadeling met ten minste een vierde is niet van toepassing als de benadeling uit misbruik van omstandigheden, bedreiging of bedrog voorkomt, aldus volgt uit de aanhef van artikel 196 lid 1. Lid 2 van dat artikel scheidt een vermoeden omtrent een causaal verband tussen de omvang van de benadeling en de grond daarvan, de dwaling: bedraagt de benadeling ten minste een vierde, dan wordt dwaling, en niet bijvoorbeeld misbruik van omstandigheden, vermoed. Het vermoeden is wel weerlegbaar. Lid 3 komt overeen met artikel 1140 van het huidige BW, lid 4 geeft artikel 1145 BW weer in een gemoderniseerde versie.

Artikel 197 geeft dezelfde "opleg"-regel als thans artikel 1141 BW; over de toepassing daarvan zie HR 11-11-1977, NJ 1978, 589, en HR 18-12-1977, NJ 1978, 590. Zie ook artikel 53 lid 2 voor een vergelijkbaar geval: artikel 197 is echter in zoverre ruimer, dat het ook geldt indien de gevolgen der vernietiging nog wel zonder bezwaar zouden zijn terug te draaien. De bepaling geldt voor elke vernietiging waarbij een deelgenoot is benadeeld, niet alleen wanneer dwaling daarvan de grond is.

Artikel 198 geeft de rechter de ruime bevoegdheid om zelf de verdeling te wijzigen, in plaats van vernietiging van een verdeling uit te spreken, alsdan gevolgd door het gelasten of uitspreken van een nieuwe verdeling.

De artikelen 197 en 198 bieden, tezamen met de artikelen 52 en 53, voortbouwend op het bestaande recht, de mogelijkheid de gebreken van een verdeling op een soepelere wijze te helen dan door het enkele middel der vernietiging.

Op grond van **artikel 200** wordt de rechtsvordering tot vernietiging van een verdeling, voor zover niet beheerst door artikel 196 lid 1, niet aan een verjaringstermijn, doch aan een vervaltermijn gebonden, en wel een van drie jaar. Anders dan een verjaringstermijn kan een vervaltermijn niet worden gestuit of verlengd, en moet de rechter het vervallen zijn ook ambtshalve uitspreken. Artikel 1143 BW kent thans eveneens een termijn van drie jaar, en, ofschoon dat artikel van verjaring spreekt, wordt hij in de literatuur veelal evenzeer als een vervaltermijn opgevat.

De vervaltermijn is mede toepasselijk indien bij een notariële verdeling een deelgenoot is overgeslagen; zie uitdrukkelijk artikel 195 lid 1, slot.

Afdeling 3.7.4 - Langdurig onverdeeld gebleven gemeenschap, bestaande uit een onroerende zaak

Algemeen

Algemeen bekend is dat de onverdeelde boedels hier te lande een groot probleem vormen. Het

gaat veelal om een onroerende zaak die blijkens de openbare registers enige generaties terug eigendom was van een bepaald persoon. Intussen hebben zich vele erfopvolgingen en boedelmengingen voorgedaan zonder dat het ooit tot een verdeling is gekomen. Veelal is het ondoenlijk geworden om alle deelgenoten te traceren, door het grote aantal deelgenoten, het ontbreken van geslachtsnamen in het verleden en het ontbreken in het verleden van een behoorlijke registratie inzake de burgerlijke stand, testamenten en huwelijksgoederenregimes.

Vaak ook is wel aannemelijk dat bepaalde personen deelgenoten zijn, maar kunnen zij niet bewijzen voor welk aandeel. Door het grote tijdsverloop en de elkaar opvolgende steeds groter wordende generaties is aannemelijk dat dit aandeel zeer klein zal zijn.

In een aantal gevallen is de grondwaarde flink gestegen. De desbetreffende onroerende zaak kan echter niet vervreemd worden doordat onbekend is wie allemaal deelgenoot zijn in de eigendom en in welke verhouding. Voorts zijn er vaak woningen op de grond gebouwd, terwijl door de onduidelijke eigendomssituatie een infrastructuur niet wordt aangelegd.

Men zie A.J. Saheblal, "De afwikkeling van onbeheerde nalatenschappen in Suriname. De terugname door de overheid van onbeheerde en verlaten gronden in de boezem van het domein", 1999 en het proefschrift van A.C. Ramautar, gehuwd Akkal, "Boedelproblematiek in Suriname", 2015.

Vordering tot verdeling

Bij bestaan van een onverdeelde boedel – in de terminologie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: een gemeenschap – kan in beginsel ieder der deelgenoten te allen tijde verdeling vorderen (artikel 178 lid 1). Uit de woorden "te allen tijde" moet worden afgeleid dat deze bevoegdheid van een deelgenoot niet (bevrijdend) verjaart (zie de Nederlandse "Parlementaire Geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek", Boek 3, p. 606).

Het probleem is evenwel bij veel langdurig onverdeeld gebleven boedels hier te lande dat – het is hiervoor al opgemerkt - niet alle deelgenoten opgespoord kunnen worden (en dat voor zover zij kunnen worden opgespoord hun aandeel niet vast staat). Een verdeling waaraan niet alle deelgenoten hebben deelgenomen is nietig of – indien de verdeling heeft plaats gevonden bij notariële akte – vernietigbaar (artikel 195). De rechtsvordering van een overgeslagen deelgenoot tot vernietiging verjaart na één jaar nadat hij van de verdeling op de hoogte is geraakt (lid 1, tweede volzin van dit artikel 195). Daarnaast geldt de algemene vervaltermijn van artikel 200 (drie jaar na de verdeling); zie uitdrukkelijk artikel 195 lid 1, slot (welk slot ontbreekt in het Nederlandse en Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse BW; in Asser-Perrick, Erfrecht, 12^e druk, 1996, nr. 500 wordt het tegendeel aangenomen).

Noodzakelijk voor een verdeling is wel dat ten minste één persoon kan bewijzen deelgenoot te zijn. Soms is zelfs dit onmogelijk of zeer moeilijk.

Onzijdig persoon

Het is mogelijk dat een of meer bekende deelgenoten de rechter vragen om, op grond van artikel 181, voor de niet op te sporen deelgenoten een onzijdig persoon te benoemen die hen vertegenwoordigt bij de verdeling. Het "niet meewerken" uit dit artikel slaat niet slechts op onwil van de deelgenoten e.a., maar ook op overmacht (Parl. Gesch. Boek 3, p. 610-611). Dat de onbekende deelgenoten niet kunnen worden opgespoord, zou als overmacht kunnen worden opgevat. Er rijzen dan echter vervolgens verscheidene vragen, zoals met welk

vermogensbestanddeel de onzijdige persoon genoeg kan en zal nemen, hoe dit belegd moet zijn of worden, hoelang dat vermogensbestanddeel moet worden in stand gehouden en welke bestemming het vervolgens zal hebben, enz. Denkbaar is dat de onzijdige persoon genoeg neemt – via een vaststellingsovereenkomst (artikel 7:900 e.v.) - met een geldvordering, welke dan na vijf jaar zou verjaren (vgl. artikel 200a lid 4). Eventueel zou de geldvordering verzekerd kunnen worden door vestiging van een hypotheek. Ook de rechter kan aldus beslissen ingevolge artikel 185

Verkoop of onteigening

De bekende deelgenoten zouden kunnen overwegen de rechter te vragen een verkoop te bevelen (artikel 174). Ook zouden zij een verkoop kunnen overeenkomen samen met de onzijdige persoon. Denkbaar is voorts een executoriale verkoop door de Staat wegens achterstallige belasting. De vraag rijst dan echter wat met de (resterende) opbrengst moet worden gedaan, aangenomen dat deze er is. Ditzelfde probleem bestaat na een onteigening door de overheid.

Toepassing van het Decreet E-21 van 8 augustus 1981 tot vaststelling van nieuwe regelen omtrent de rechtstoestand van onbeheerde- en kennelijk verlaten gronden (Domeindecreet 1981) (S.B. 1981 no. 125).

Het gaat hier om domeingrond ten aanzien waarvan de President van Suriname bevoegd is bij resolutie te verklaren dat er een vermoeden bestaat dat op enig stuk grond anderen geen recht hebben. De toepassing van het Domeindecreet 1981 wordt onverlet gelaten (zie artikel 200i).

Vaak hebben anderen wel recht, maar is onduidelijk wie zij zijn. De onderhavige BW-afdeling kan voorts worden toegepast op verzoek van particuliere belanghebbenden.

Eigendomsuitwijzing

Het nieuw BW introduceert de "eigendomsuitwijzing" (artikel 27). De vraag is echter of de rechter zal accepteren dat de bekende deelgenoten die de eis instellen eigenaar zijn, als aannemelijk is dat er nog vele onbekende deelgenoten zijn. De "eigendomsuitwijzing" leidt tot een inschrijving in de openbare registers met positieve kracht, maar alleen ten behoeve van degenen die onder bijzondere titel van de deelgenoten verkrijgen (lid 3). Zodoende komt het goed weer in het rechtsverkeer. Indien evenwel de bekende deelgenoten, na verkrijging en inschrijving van de in lid 1 bedoelde verklaring, de onroerende zaak bij wijze van verdeling toescheiden aan een van hen, wordt die deelgenoot niet beschouwd als "verkrijger onder bijzondere titel" (zie artikel 186 lid 2).

Onbeheerde nalatenschappen

In het huidige erfrecht is een regeling opgenomen van onbeheerde nalatenschappen (artikelen 1153 e.v. BW; vgl. het nieuwe artikel 4:204 lid 1, onderdeel a en voorts onder meer artikel 4:225). De rechter moet bij bestaan van een onbeheerde nalatenschap een curator benoemen. Een nalatenschap kan ook gedeeltelijk onbeheerd zijn (Hoge Raad 21 juni 1961, *Nederlandse Jurisprudentie* 1961, 410); denkbaar is dat een erfgenaam slechts op een deel aanspraak maakt ook al komen andere erfgenamen niet op. De curatele eindigt onder meer door het opkomen van erfgenamen. Voor zover geen erfgenamen opkomen, komt de nalatenschap ten goede aan de Staat. Zodra een erfgenaam aan de curator heeft kennis gegeven dat hij het beheer wenst over te

nemen, is de curator, volgens de rechtspraak, verplicht aan dat verlangen te voldoen; men zie Gerecht in eerste aanleg van Aruba 14 december 1970, NJ 1971, 486; en Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 4 januari 2000, nr. 1 (H. 682/98), rechtsoverweging 2.4, inzake *Maduro v. Meyer (plantage Zee- en Landzicht)* en 29 februari 2000, nr. 96 (H. 463/99), r.o. 2.7, inzake *Antersijn v. Stichting Curatorenchap Onbeheerde Nalatenschappen (plantage Vetter)* (cassatieberoep niet-ontvankelijk: HR 13 april 2001, NJ 2001, 335).

Bij de onverdeelde boedels is een complicatie dat er inmiddels vele nalatenschappen zijn. Aangenomen dat de oorspronkelijke erflater drie kinderen had (die op hun beurt kinderen hadden) en dat 100 jaar later een nakomeling van een der kinderen opkomt, dan zou de oorspronkelijke nalatenschap niet meer onbeheerd zijn, maar de nalatenschappen van de twee andere kinderen (en hun kinderen) kunnen dat nog wel zijn.

Geen “aanwas” bij aandeel andere deelgenoten

Belangrijk is om op te merken - omdat in de praktijk op grote schaal hierover misverstand bestaat - dat, indien vaststaat dat er veel deelgenoten zijn, de aandelen van de deelgenoten die zich niet melden of niet kunnen bewijzen afstammeling te zijn, niet zonder meer "aanwassen" bij de aandelen van de deelgenoten die wel hebben bewezen afstammeling te zijn. Plaatsvervulling, behalve in de neergaande linie, is wettelijk beperkt (artikel 870 e.v. van het huidige BW en het nieuwe artikel 4:12 lid 3). In beginsel moet elke deelgenoot de omvang van zijn aandeel bewijzen (aannemelijk maken). Vgl. r.o. 2.8 van het hierboven (onder 10) genoemd vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de zaak *Antersijn v. Stichting Curatorenchap Onbeheerde Nalatenschappen*, waarin het Hof opmerkt: “Ter voorkoming van misverstanden wordt ten overvloede nog overwogen dat deze beslissing niet impliceert dat Antersyn en zijn broers en zussen door het Hof worden aangemerkt als de enige gerechtigden tot de nalatenschap van Maria Biciento c.q. plantage Vetter.

Indien men al van "aanwas" wil spreken, geschiedt deze, gelet op artikel 861 lid 2 en artikel 1159 van het huidige BW (de nieuwe artikelen 4:189 en 5:24) ten behoeve van de Staat. De aandelen in een onverdeelde boedel maken op hun beurt weer deel uit van vele onverdeelde boedels. Takken kunnen uitsterven, zonder vererving naar andere takken. Dat zal dan betekenen dat de Staat eigenaar is van een deel van de onverdeelde boedel.

Wettelijke regeling

Uit de moeilijkheden en onzekerheden die uit het voorgaande zijn gebleken, moge duidelijk zijn dat het wenselijk is dat de wetgever ingrijpt. Gekozen is voor een nieuwe afdeling in titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3. De Regering meent dat de in het onderhavige voorstel neergelegde regeling geen strijd oplevert met hogere regelgeving ter bescherming van eigendom (artikel 23 Grondwet en artikel 21 Amerikaans verdrag inzake de rechten van de mens). Voorwaarde voor toepasselijkheid van de regeling is immers dat, indien de deelgenoten bekend zijn, de waarde van hun aandelen zeer gering is. Ook overigens is gestreefd naar proportionaliteit, in het bijzonder doordat de grond wordt toe gescheiden aan de actuele tienjarige gebruikers. Ter zake van de uitsluiting van verjaring, zie hieronder de toelichting bij artikel 200a lid 5.

In het genoemde proefschrift van A.C. Ramautar, gehuwd Akkal, Boedelproblematiek in Suriname, 2015 wordt de onderhavige regeling zoals in Curaçao geldend, gunstig beoordeeld (p.

245 e.v.). Evenzo C.A. Kraan in zijn bespreking van het proefschrift in het Surinaams Juristenblad 2016, p. 134.

Artikel 200a

Lid 1

In lid 1 wordt het criterium gegeven, waaraan voldaan moet zijn, wil de onderhavige regeling van toepassing worden. Het moet gaan om een gemeenschap bestaande uit een onroerende zaak. Hierbij valt niet slechts te denken aan grote stukken grond, bijvoorbeeld voormalige plantages, maar ook aan onroerende zaken van geringe omvang, zoals een perceel in de binnenstad. Voorts moet aannemelijk zijn dat geen der deelgenoten kan worden opgespoord – hetgeen mede het geval omvat dat er wel personen zijn die beweren deelgenoot te zijn, maar die dat niet in voldoende mate kunnen aantonen - of dat, aangenomen dat er wel deelgenoten kunnen worden opgespoord, de waarde van hun aandelen zeer gering is. Deze waardebepaling wordt uitgewerkt in lid 2. Het spreekt vanzelf dat indien aannemelijk is – gelet op het aantal en de aannemelijke omvang der generaties na de oorspronkelijke erfopvolging – dat de waarde der aandelen zeer gering is, het niet nodig is kosten te maken met de opsporing van potentiële deelgenoten en het bewijs van afstamming.

Lid 1 bevat tevens het beginsel dat de grond waarom het gaat wordt toegekend aan de gebruikers. Soms zijn zij afstammelingen van de persoon die in de openbare registers of de registers die daaraan voorafgaan als eigenaar staat vermeld. Wie als gebruikers kunnen worden aangemerkt wordt uitgewerkt in artikel 200b. Het ligt voor de hand dat een individuele gebruiker dat deel van de grond krijgt dat hij in gebruik heeft, maar een wettelijk recht daarop heeft hij niet. De rechter zal trachten een voor alle gebruikers redelijk resultaat te bereiken.

De rechter kan bij de toekenning aan de gebruikers een antispeculatie-voorwaarde stellen. Hun vervreemdings- of ingebruikgevingsbevoegdheid kan tijdelijk worden beperkt. Dit wordt gerechtvaardigd doordat zij - uit sociale motieven - bevoordeeld worden door de toekenning van de eigendom van de grond, gelet op de criteria van lid 1. Immers, als zij al kunnen bewijzen deelgenoot te zijn, is de waarde van hun aandeel zeer gering. Een overeenkomstige bepaling is opgenomen in artikel 200e lid 2 tweede volzin.

Lid 2

Dit lid betreft de waardebepaling van de aandelen, bedoeld in lid 1. “Zeer geringe waarde” is een relatief begrip. In het onderhavige lid wordt aangegeven waarmee in elk geval rekening moet worden gehouden. Indien bijvoorbeeld het vermoedelijk aantal deelgenoten zodanig groot is – hierbij kunnen demografische gegevens dienstdoen, als het aantal en de omvang van de waarschijnlijke generaties na de eerste erfopvolging – dat iedere deelgenoot recht heeft op ca. 10 m², dan is de waarde zeer gering, rekening houdende met de te maken kosten. Tot het opsporen van deelgenoten in de registers van de burgerlijke stand en het maken van stambomen is niet ieder in staat. Wordt een specialist ingeschakeld, dan moet in de regel aan deze een beloning worden betaald. Ook de verdeling via de notaris kost geld, evenals de levering na een toedeling door middel van inschrijving in de openbare registers (artikel 186 lid 1 in verbinding met artikel 89 lid 1).

Lid 3

Denkbaar is dat een deel der vermoedelijke deelgenoten, bijvoorbeeld een derde deel, wier aandelen geen geringe waarde heeft, wel kan worden opgespoord. De rechter kan dan twee derde gedeelte afwikkelen als langdurig onverdeeld gebleven gemeenschap volgens deze afdeling. Dit twee derde gedeelte is echter een gedeelte van het geheel. Teneinde deze nieuwe onverdeeldheid op te lossen en, hetgeen als regel wenselijk zal zijn, grenzen in het veld te kunnen trekken, kan de rechter in dit geval tevens een verdeling vaststellen. De meest voor de hand liggende vormen van verdeling worden genoemd in artikel 185 lid 2 (toedeling, overbedeling tegen vergoeding van de overwaarde, verdeling van de netto-opbrengst).

Lid 4

Indien bijvoorbeeld aannemelijk is dat bepaalde deelgenoten in het buitenland verblijven en geen weet hebben van de procedure, kan de rechter voor maximaal vijf jaar een bepaalde som reserveren. De rechter bepaalt wie daarvoor zekerheid moet stellen; voor de hand ligt: de persoon of personen aan wie de grond is toegekend. Voor de wijze van zekerheidsstelling, zie men artikel 6:51 en artikel 616 Rv.

Lid 5

Denkbaar is dat de grond geheel of gedeeltelijk in de macht is van een bezitter. Voor de vraag wie als bezitter geldt, zie men artikel 107 e.v. Beslissend zijn de verkeersopvattingen (artikel 108). Belangrijk is onder meer dat indien men begint als houder, men dat in beginsel blijft (artikel 111).

Aangenomen dat er een bezitter is, dan kan het moeilijk anders of deze is niet te goeder trouw. Indien een bepaald stuk grond tot een onverdeelde boedel behoort, is dat immers in de regel van algemene bekendheid. Onder het bestaande Burgerlijk Wetboek kan de bezitter die niet te goeder trouw was niet profiteren van de bevrijdende verjaring. Hij kan dus nimmer eigenaar worden, ook al kon hij – wegens de bevrijdende verjaring – door de werkelijke eigenaar niet meer worden gestoord in zijn bezit. Men zie de Antilliaanse arresten van de Hoge Raad van 1 april 1971, NJ 1972 115 inzake *Jacobs v. Jonkhout (plantage Blauw; eigenlijk plantages Blije Rust, ook wel Grootte Blauw, en St. Elisabeth)*; en van 8 september 2000, NJ 2000, 629 inzake *Pietersz v. Groenenberg (plantage Gato)*.

Het nieuwe Burgerlijk Wetboek brengt hierin verandering gebracht - ook een bezitter die niet te goeder trouw is kan eigenaar worden - en wel door een koppeling van de verkrijgende verjaring aan de bevrijdende verjaring (artikel 105). De termijn hier is twintig jaar (artikel 306). Indien bij de inwerkingtreding van het nieuw Burgerlijk Wetboek de verjaring van een rechtsvordering tot beëindiging van het bezit (bevrijdend) is verjaard – hiervoor geldt een termijn van dertig jaar – wordt de bezitter, ingevolge het overgangsrecht, op dat tijdstip eigenaar.

Hier komt bij dat het vaak lastig is om te bepalen of iemand bezitter is in plaats van houder - de verkeersopvattingen zijn hier beslissend (artikel 108) – en zo ja, hoe lang. Om aan elke onzekerheid een einde te maken en ter vermijding van moeilijkheden en gerechtelijke procedures bij de oplossing van de problematiek der onverdeelde boedels (pretense eigenaren door verjaring zullen onwillig zijn mee te betalen aan de infrastructuur), wordt in het onderhavige lid 5 de verjaring geheel uitgeschakeld voor bezitters die niet te goeder trouw zijn.

Artikel 200b

Lid 1

In beginsel dient een gebruiker de grond tien jaar in gebruik te hebben. Deze termijn is ontleend aan artikel 99 lid 1. Afwijking is echter mogelijk; men denke aan het geval dat een kind bij de moeder komt wonen, waarna de moeder, die al langer dan tien jaar de grond in gebruik had, komt te overlijden. Niet vereist is dat de gebruiker vermoedelijk afstammeling is van de oorspronkelijke eigenaar, al zal dit in de praktijk soms het geval zijn. Voorwaarde is dat de gebruiker rechtmatig in Suriname woont.

Lid 2

Denkbaar is dat grond bij meer dan een persoon in gebruik is. Zo is zowel de huurder als de verhuurder gebruiker. In beginsel zal de verhuurder voorgaan (lid 2, tweede volzin). De rechter moet trachten een zo billijk mogelijk resultaat te bereiken en houdt daarom rekening met alle omstandigheden, waaronder die dat de gebruiker de zaak onrechtmatig heeft geoccupeerd.

Leden 3 en 4

Ook vermoedelijke afstammelingen die niet gebruiker zijn van de grond, kunnen als gebruiker worden aangemerkt. Het komt voor dat zij zich emotioneel zeer betrokken voelen bij de grond, deze beschouwen als hun familiegrond en ook alle vergaderingen bezoeken die gewijd zijn aan de desbetreffende grond. Denkbaar is dat de grond zo'n omvang heeft dat zowel voor werkelijke gebruikers als deze anderen – mits er aanwijzingen zijn dat zij behoren tot de groep afstammelingen – ruimte is. Dat er “aanwijzingen” moeten bestaan impliceert minder zware eisen dan wanneer iets aannemelijk moet worden gemaakt. Ingevolge lid 4 kan de rechter weigeren de zaak toe te kennen aan een gebruiker die geen familielid is. Ook indien van een mogelijk deelgenootschap geen sprake is, maar de betrokkene wel een substantiële band heeft met de zaak, bijvoorbeeld door geboorte op de grond of er lang gewoond te hebben of geld geïnvesteerd te hebben in de grond of geaccepteerd te worden als erbij horende, kan de rechter de betrokkene aanmerken als gebruiker. Veel hangt af van de omstandigheden van het geval (artikel 200b lid 2). Gaat het om een groot stuk grond met weinig potentiële gebruikers, dan kan de rechter ruimhartiger zijn dan indien het stuk grond klein is met veel potentiële gebruikers.

Een ‘gebruiker’ kan ‘bezitter’ zijn of ‘houder’ voor een ander of anderen. Een bezitter pretendeert rechthebbende (eigenaar) te zijn, een houder niet; zie de toelichting bij artikel 200a. Niet spoedig zal bezit worden aangenomen. Weet een gebruiker dat zich een onverdeelde boedel voordoet, dan zal in de regel worden aangenomen dat sprake is van houderschap voor de boedel; vgl. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 24 februari 2004, *plantage Vetter*, NJ 2004, 645, TAR 2004, p. 123 (cassatieberoep verworpen door HR 24 maart 2006, R 04/060HR).

Artikel 200c

Dit artikel bevat een belangrijke beperking voor rechtstreekse verkrijging door de gebruikers. Het onderhavige ontwerp beoogt te komen tot een ordelijke oplossing van de problematiek van onverdeelde boedels. De bedoeling is dat de gronden waarom het gaat in ontwikkeling komen. Zij dienen te worden voorzien van een behoorlijke infrastructuur en de bebouwing dient te voldoen aan de bouwvoorschriften. De gebruikers zijn daarom gehouden een plan voor te leggen

– dat past in bestaande regelgeving inzake ruimtelijke ordening – inzake de ontwikkeling van de grond en zekerheid te stellen voor de kosten. Dit plan kan bijvoorbeeld voorzien in verkoop van een gedeelte van de grond ter dekking van de kosten. Denkbaar is dat de gebruikers een rechtspersoon oprichten die met de realisering van de ontwikkeling wordt belast. De rechter beoordeelt, naar men mag aannemen na advies van overheidswege, of het plan in de gegeven omstandigheden aanvaardbaar is. De rechter beslist over de gehele grond. Denkbaar is dat een deel van de grond wordt toegekend aan de gebruikers, of aan een deel van de gebruikers, en de resterende grond aan de Staat of een stichting, met toepassing van artikel 200d.

Het artikel spreekt in lid 1 onder meer van de kosten verband houdende met de inschrijving in de openbare registers. Hieronder zijn de kosten van opmeting mede begrepen. Voor de wijze van zekerheidstelling, zie men artikel 6:51 en artikel 616 Rv (nieuw).

In lid 2 wordt buiten twijfel gesteld dat in de term “ontwikkeling van de zaak” ook bijvoorbeeld besloten kan zijn de bestemming open land met name indien de zaak aan de Staat wordt toegekend.

De ontwikkeling van de zaak dient te sporen met het bestaande en voor zover mogelijk toekomstige overheidsbeleid. Daarom is de rechter ingevolge lid 3 gehouden het plan voor te leggen aan de Minister van Openbare Werken en Verkeer.

Artikel 200d

Voor zover de gebruikers geen aanvaardbaar plan voorleggen of geen zekerheid kunnen stellen – het gaat vaak om weinig draagkrachtige mensen en wellicht zijn er geen mogelijkheden van verkoop – kan de rechter, opdat de grond toch tot ontwikkeling wordt gebracht (zie het volgende artikel), de eigendom toekennen aan de Staat of aan een speciale, onder overheidstoezicht staande, stichting (lid 1). Het toezicht op de stichting wordt geregeld door het Hof van Justitie (lid 2). Denkbaar is dat boven verschillende stichtingen – die elk een onverdeelde boedel ontwikkelen – een koepelstichting fungeert. Wenselijk lijkt dat in de statuten wordt geregeld dat eventueel braakliggende grond na zekere tijd wordt overgedragen aan de Staat en niet verblijft bij de stichting.

Dit artikel kan ook worden toegepast indien de grond of een gedeelte van de grond niet in gebruik is.

Artikel 200e

Lid 1

De Staat of de stichting zijn na verkrijging van de grond verplicht deze te ontwikkelen, voor zover zulks redelijk is en past in de bestaande regelgeving inzake ruimtelijke ordening. De Staat zou kunnen putten uit de algemene middelen, maar het heeft de vrijheid prioriteiten te stellen. De stichting heeft wellicht – bijvoorbeeld door subsidie – eigen middelen. De Staat of de stichting zouden kunnen besluiten om een gedeelte van de grond te verkopen om aan middelen te komen.

Lid 2

Na de ontwikkeling moet de Staat of de stichting de grond uitgeven aan de gebruikers in eigendom, erfpacht of ander beperkt recht, dan wel huur, afhankelijk van de mogelijkheden en van wat redelijk is. Indien bijvoorbeeld een gebruiker zo weinig draagkracht heeft dat hij of zij niet de kosten van een akte van overdracht of vestiging kan betalen, is – tenzij er voldoende

subsidiegelden beschikbaar zijn – huur de enige mogelijkheid. Denkbaar is dat de huurprijs voor de zittende bewoners betrekkelijk laag wordt gesteld, de verbetering van de infrastructuur mede in aanmerking genomen, of geleidelijk wordt verhoogd. Voorheen woonden zij er immers wellicht zonder enige vergoeding. De Staat is gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ten aanzien van de stichting kan, gelet op de aard van haar wettelijke taak, materieel hetzelfde worden aangenomen.

De bewoners van bestaande huizen zullen zich als regel daarvan eigenaar voelen, al is dit naar regels van natrekking niet het geval. Bij de uitgifte aan hen, kan echter een recht van opstal worden gevestigd, waardoor zij werkelijk eigenaar van het huis worden. Ten aanzien van percelen grond in de stad is ook denkbaar dat na bebouwing appartementsrechten worden uitgegeven aan gebruikers.

Aan de Staat of de stichting moet worden overgelaten hoe om te gaan met gebruikers die zelfs geen huurovereenkomst accepteren, ook al zijn de voorwaarden alleszins redelijk (lage huurprijs; zie hierboven). In beginsel verblijven deze personen in dat geval op de grond zonder titel.

Ook hier kunnen anti-speculatievoorwaarden in de vorm van een tijdelijke vervreemdingsbeperking worden gesteld; men zie de toelichting bij artikel 200a lid 1, tweede volzin. Deze voorwaarden kunnen mede een voorkeursrecht van de Staat inhouden. Uiteraard kunnen ook andere (gebruikelijke) voorwaarden worden gesteld.

Artikel 200f

Lid 1

Hierin wordt bepaald wie het verzoek kan doen. De Staat of een reeds opgerichte stichting, die zich de oplossing van de desbetreffende onverdeelde boedel tot doel stelt, hoort hiertoe, maar ook bijvoorbeeld een bewoner van de grond. Bij het verzoek moet een voorschot gestort worden voor een openbare oproeping van belanghebbenden. Op de procedure zijn toepasselijk de nieuwe artikelen 429a e.v. van het herziene Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Lid 2

Bevoegd is de kantonrechter in wiens rechtsgebied de onroerende zaak is gelegen. Deze bepaling van relatieve bevoegdheid spreekt van zelf; vgl. ook artikel 99 Rv dat geschreven is voor de gewone contentieuze procedure (dus niet de procedure bedoeld in de nieuwe artikelen 429a e.v. Rv). Overwogen is om het Hof van Justitie (rechtsprekend met drie rechters) in eerste en enige feitelijke aanleg absoluut bevoegd te maken, omdat te verwachten is, door de vele belanghebbenden, dat er in vrijwel alle zaken hoger beroep zal worden ingesteld; voorts is de taak van de rechter hier meer het “regelen” dan rechtspreken. Van deze gedachte is echter afgezien, omdat het hier gaat om een gevoelige omstreden materie, waarbij de emoties hoog zullen oplopen. Het is wenselijk aan betrokkenen “het volle pond” te geven, dus hen de mogelijkheid te bieden van hoger beroep.

Leden 3 en 4

Aangezien onzeker is wie allemaal potentiële deelgenoten zijn, is een openbare oproeping op haar plaats. De Staat wordt afzonderlijk per brief opgeroepen; het gaat hier om het algemeen belang. Ook in de openbare registers ingeschreven belanghebbenden (als beslagleggers) worden afzonderlijk opgeroepen.

Lid 8

Hierin wordt afgeweken van artikel 429n lid 2 Rv dat voor “andere belanghebbenden” de termijn van hoger beroep laat beginnen bij betekening of bekendheid anderszins. Het onderhavige lid laat in het belang van de rechtszekerheid de termijn voor iedereen aanvangen bij de dag van de bestreden uitspraak. De termijn van hoger beroep van zes weken komt overeen met artikel 429n lid 2 Rv.

Artikel 200g

Het is wenselijk dat de toekenning van de grond zo spoedig mogelijk wordt ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in artikel 16. De griffier draagt hier zorg voor. Door inschrijving gaat de eigendom over (onder bijzondere titel). De kosten brengt de bewaarder van de openbare registers ten laste van de verkrijger.

Artikel 200h

Dit artikel is volledigheidshalve opgenomen. Denkbaar is dat een onverdeelde boedel bestaat uit een beperkt recht, als erfpacht of opstal.

Artikel 200i

Zie ook onder Algemeen bij deze afdeling. Deze afdeling laat het Domeindecreet 1981 (Staatsblad 1981 no. 125), waarbij het gaat om domeingrond en het initiatief uitgaat van de President van de Republiek, onverlet. De onderhavige afdeling staat (ook) open ten dienste van particuliere belanghebbenden, als gebruikers, nakomelingen enz.

TITEL 3.8 - VRUCHTGEBRUIK

Algemeen

De regeling van het vruchtgebruik in het huidige BW - de negende titel van het Tweede Boek, artikelen 789 tot en met 846 - is sterk verouderd. Ze is meer afgestemd op het vruchtgebruik van (Franse) landgoederen uit de 18e en 19e eeuw dan op dat van moderne vermogens, waarin roerende goederen en geldswaarden meestal een dominerende plaats innemen. In het ontwerp is er dan ook naar gestreefd de regeling in dit opzicht te moderniseren.

Ook anderszins is er reden om het vruchtgebruik meer aan moderne behoeften te laten voldoen. Zo is tot nog toe een kenmerk van het vruchtgebruik dat de vruchtgebruiker ervoor heeft te zorgen "dat de zaak zelf in stand blijve" (artikel 789 BW). In feite bestaat er echter thans vaak behoefte aan de vruchtgebruiker meer armslag te gunnen. Vruchtgebruik is in belangrijke mate een erfrechtelijk instituut ten behoeve van onder meer de langstlevende echtgenoot, en dikwijls is het de wens van de erflater eerder om deze zo goed als mogelijk verzorgd achter te laten dan, zoals in vroegere tijden veelal het geval was, het familievermogen in stand te laten. Vandaar bijvoorbeeld het voorstel om de mogelijkheid te scheppen aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vervreemding en intering toe te kennen (artikel 215).

Het "oneigenlijk vruchtgebruik" van verbruikbare zaken van artikel 790 van het geldende BW kan vervallen: voor zover de zaken door gebruik tenietgaan, is er geen reden toe hen principieel

anders te behandelen dan zaken die door gebruik verouderen en slijten. Voor zover onder de verbruikbare zaken geld en geldwaarden verstaan worden, moet de vruchtgebruiker die afgescheiden van zijn eigen vermogen houden (artikel 211 lid 2). In het vruchtgebruiksvermogen vallen tevens de goederen die door herbelegging krachtens zaaksvervanging (artikel 213) worden verkregen.

Geen behoefte bestaat aan vervallenverklaring van het vruchtgebruik in geval van misbruik (thans artikelen 844 en 845 BW); voldoende is de mogelijkheid van onderbewindstelling (artikel 221).

In de terminologie van het huidige recht is vruchtgebruik een "zakelijk recht"; het is onder meer vatbaar voor vervreemding en bezwaring - zie voor de gevolgen van vervreemding artikel 223 en voor afstand artikel 224 - en de vruchtgebruiker kan tegen derden vorderingen ter bescherming van zijn recht instellen (artikel 218).

Het huidige wetboek regelt in de Tiende Titel van het Tweede Boek nog de rechten van gebruik en bewoning. Daar deze rechten als beperkte rechten van vruchtgebruik kunnen worden aangemerkt, is hun regeling in titel 3.8 aan het slot opgenomen (artikel 226).

Wat de terminologie betreft zij nog het volgende opgemerkt. Onder het huidige recht wordt de wederpartij van de vruchtgebruiker veelal aangeduid als "blooteigenaar". Nu volgens het ontwerp eigendom alleen van zaken, en niet van rechten, zal bestaan, wordt die wederpartij in het ontwerp als "hoofdgerechtigde" bestempeld, tegenover de vruchtgebruiker die beperkt gerechtigde is.

De omschrijving van het recht van vruchtgebruik - **artikel 201** - beperkt zich tot de bevoegdheden tot gebruik en vruchttrekking, en houdt, zoals onder Algemeen vermeld, niet het element van zorg voor de instandhouding der zaak in, zoals dat in de definitie van artikel 789 BW is opgenomen. Voor het begrip "goederen" zie artikel 1, voor het begrip "vruchten" zie artikel 9, met de toelichting daarbij.

Artikel 202 sluit aan bij artikel 80 lid 3 in verband met artikel 98. Men zie ook artikel 81 voor vestiging door voorbehoud van vruchtgebruik en artikel 85 voor de conversie van een tijdelijk recht in vruchtgebruik. De vestiging omvat de levering van het vruchtgebruik naar de aard van het goed of de verschillende goederen overeenkomstig de artikelen 89 tot en met 95. Zo geschiedt het leveren van vruchtgebruik op een registergoed door een akte met vermelding van vruchtgebruik als titel, gevolgd door inschrijving in de openbare registers (artikel 98 j° artikel 89). Roerende zaken, niet-registergoederen, worden in de macht van de vruchtgebruiker gebracht (artikel 98 met analogische toepassing van artikel 90).

Artikel 203 vat in hoofdzaak samen hetgeen thans reeds krachtens de artikelen 791, 836, onderdeel 1°, 837 en 839 van het BW geldend recht is. Krachtens lid 2 kan worden bepaald dat het recht van de ene vruchtgebruiker bij diens overlijden niet aanwast bij de andere, maar eindigt.

In de drie leden van het artikel is tot uitdrukking gebracht dat het recht niet voor onbeperkte tijd kan worden gevestigd en dat het ook niet vererft. Overdracht van het recht verandert de oorspronkelijke tijdsduur niet (artikel 223). Voor andere gevallen waarin het vruchtgebruik een

einde neemt, zij verwezen naar artikel 81.

De leden 1, 5 en 6 van **artikel 205** komen met betrekking tot de boedelbeschrijving zakelijk overeen met het huidige artikel 810 BW. Lid 2 verzekert de hoofdgerechtigde inspraak in de inhoud der boedelbeschrijving, en lid 3 geeft hem als sanctie een opschortingsrecht. Nieuw is lid 4 dat de vruchtgebruiker verplicht, jaarlijks de hoofdgerechtigde een opgave van de mutaties over de afgelopen periode te doen; zulke mutaties kunnen onder andere voorkomen als gevolg van zaaksvervanging (zie artikel 213). Voor de term "de voordelen die de goederen hebben opgeleverd" en het belang van de beschrijving ervan zie (de toelichting bij) artikel 213 lid 2. De sanctie op deze verplichting kan worden gevonden in toepassing van artikel 221.

Artikel 206 lid 1 dat de verplichting van de vruchtgebruiker tot het stellen van zekerheid bevat, komt zakelijk overeen met de huidige artikelen 811 en 812 BW (lid 2 van laatstgenoemd artikel gaat er echter ten onrechte van uit dat het ouderlijk vruchtgebruik een vorm van vruchtgebruik is).

De sanctie van artikel 813 BW - uitgewerkt in de artikelen 814 en 815 BW - is niet overgenomen; zij is thans te vinden in toepassing van artikel 221.

Lid 2 biedt de hoofdgerechtigde een mogelijkheid tot controle op de staat van de goederen en hun beheer ter bescherming van zijn belang.

Artikel 207 lid 1 behelst de omschrijving van het ene van de beide rechten van algemene aard die de vruchtgebruiker toekomen: het recht van gebruik der goederen. Opmerking verdient dat dit recht tevens inhoudt het recht tot verbruik, voor zover de aard der goederen zulk verbruik meebrengt. Er bestaat een vloeiende lijn tussen gebruik en verbruik: sommige goederen, zoals levensmiddelen, worden door het enkele gebruik tevens verbruikt, andere slijten in korte of lange tijd. Al dit verbruik behoort tot de bevoegdheid van de vruchtgebruiker, en voor een "oneigenlijk vruchtgebruik", zoals, met een vergoedingsplicht, geregeld in artikel 790 van het huidige BW, is dan ook geen plaats. Geld en geldswaarden worden niet "verbruikt" - zie artikel 211. Verbruiken is in de zin van deze titel niet hetzelfde als verteren, een begrip dat in artikel 215 een rol speelt. Een verbruikbare zaak gaat bij gebruik overeenkomstig haar bestemming teniet, door vertering doet de vruchtgebruiker de waarde van vruchtgebruiksgoederen aan zichzelf ten goede komen buiten het normale gebruik om, in het bijzonder door hen te gelde te maken en de opbrengst voor zichzelf te behouden.

De wijze waarop het gebruik dient plaats te vinden, kan bij de vestiging van het vruchtgebruik worden geregeld. Voor zover dit niet is geschied, dienen de aard der goederen en de plaatselijke gewoonte in acht te worden genomen - zie voor de laatste reeds artikel 799 bestaande BW.

Krachtens lid 2 is aan het gebruiksrecht in beginsel het recht tot beheer verbonden: de vruchtgebruiker heeft de goederen onder zich en kan in de regel ook het best zorg daarvoor dragen. Zijn bevoegdheid daartoe is ruim omschreven: zij omvat alle handelingen die tot een goed beheer dienstig kunnen zijn. Aldus wordt de wederpartij van de vruchtgebruiker bespaard te moeten onderzoeken of de handeling ook in concreto tot het goed beheer dienstig is; zie voor dezelfde formulering artikel 170 lid 2. De bevoegdheid wordt nader uitgewerkt in de artikelen 210 en 212, lid 1; zie ook artikel 214.

De bevoegdheid tot beheer kan voor bepaalde of alle goederen door onderbewindstelling worden

ontnomen. Tot andere dan beheers handelingen over de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen zijn vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde slechts gezamenlijk bevoegd, tenzij, uiteraard, ook hiervoor bewind is ingesteld. Tot die handelingen behoren niet die welke slechts het recht van de hoofdgerechtigde - de "bloot eigendom" - betreffen; in zijn bevoegdheid tot beschikking daarover wordt de hoofdgerechtigde niet beperkt, omdat dat recht zelf niet aan het vruchtgebruik is onderworpen. Zie voor afwijkingen van de tweede zin van lid 2 de artikelen 210 lid 3 en 218.

Betreft lid 2 de externe bevoegdheid van vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde, lid 3 ziet op hun interne verhouding: de eerste is tegenover de laatste verplicht, zich een goed vruchtgebruiker te betonen. Ook al is de vruchtgebruiker extern krachtens lid 2 tot een handeling bevoegd, dat behoeft nog niet automatisch te betekenen dat hij door het verrichten van die handeling tegenover de hoofdgerechtigde de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht neemt. Een voorbeeld van handelen in strijd met de zorg van een goed vruchtgebruiker vormt sterk speculatief beheer van het vermogen van een minderjarige (HR 9-1-1998, NJ 1999, 285).

De verplichtingen die het artikel de vruchtgebruiker oplegt en de grenzen die het aan zijn bevoegdheid stelt, worden niet alleen door de algemene sancties van ongeldigheid van rechtshandelingen en vorderingen tot nakoming en schadevergoeding gehandhaafd, maar daar waar de inbreuk ernstig genoeg is, kan ook artikel 221 toepassing vinden.

De vruchtgebruiker is in beginsel bevoegd tot het beheer van de goederen waarop zijn vruchtgebruik rust, maar daartoe behoort niet verandering van bestemming van die goederen. Reeds artikel 799 lid 1 van het huidige BW ontzegt de vruchtgebruiker de bevoegdheid daartoe, zij het dat deze ontzegging alleen geldt voor verandering "ten nadele des eigenaars". Het ontwerp laat deze precisering vallen wegens de moeilijkheid van beoordeling van dit effect: is de verandering van een woonpand in een bedrijfspand in het voordeel of in het nadeel van de hoofdgerechtigde, of is ze neutraal?

Lid 1 van **artikel 208** onderwerpt de verandering van de bestemming daarom aan de toestemming van de hoofdgerechtigde - die op zijn beurt uiteraard ook niet bij machte is tegen de wil van de vruchtgebruiker verandering in de bestemming aan te brengen -, dan wel aan machtiging van de kantonrechter, het laatste in het bijzonder voor het geval dat toestemming door de hoofdgerechtigde niet wordt gegeven. Soms zal het de hoofdgerechtigde niet zonder meer vrijstaan zijn toestemming te verlenen - zo zal een erfpachter op zijn beurt van instemming van de eigenaar afhankelijk zijn (zie artikel 767 BW; vgl. artikel 5:89 lid 2).

In lid 2 wordt de vruchtgebruiker een zgn. *ius tollendi* gegeven; het recht tot wegneming van veranderingen en toevoegingen, ook al zijn zulke veranderingen inmiddels door natrekking eigendom van de hoofdgerechtigde geworden. Zie artikel 123, waar aan de bezitter een gelijk recht wordt toegekend, alsmede de toelichting op dat artikel.

Artikel 209 kan worden gezien als een uitwerking van de in artikel 207 lid 3 neergelegde verplichting van de vruchtgebruiker om jegens de hoofdgerechtigde de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht te nemen: daartoe behoort dat hij ten behoeve van de hoofdgerechtigde de vruchtgebruiksgoederen verzekert, voor zover verzekering van zulke goederen gebruikelijk is. Verzekering van "het voorwerp van het vruchtgebruik" betekent verzekering der goederen voor hun volle waarde, niet slechts het door de last van het vruchtgebruik beperkte belang van de hoofdgerechtigde; aldus impliciet HR 24-4-1992, NJ 1993, 610. Door deze verzekering dient de

vruchtgebruiker mede zijn eigen belang: bij de verwezenlijking van het risico treden de verzekeringspenningen in de plaats van het goed voor het bedrag der schade en komt ingevolge artikel 213 het vruchtgebruik daarop te rusten.

De verzekeringspremie maakt deel uit van de gewone lasten; zie artikel 220.

De tweede zin van lid 1 noemt een soort verzekering in het bijzonder: de verzekering van een gebouw tegen brand. Voorts zal ook een inboedelverzekering dikwijls gebruikelijk zijn.

Komt de vruchtgebruiker zijn verplichting niet na, dan is hijzelf voor de schade van de hoofdgerechtigde aansprakelijk, maar deze kan volgens lid 2, ook - preventief - zelf de verzekering sluiten en de premie en andere kosten daarvoor op de hoofdgerechtigde verhalen.

Het vigerende recht kent slechts de verzekeringsplicht van artikel 835 van het BW, en wel die tot verzekering van een schip in vruchtgebruik in geval van een buitenlandse reis.

Artikel 210, dat op verschillende bevoegdheden ten aanzien van vorderingsrechten - obligatoire rechtsverhoudingen derhalve - betrekking heeft, moet worden gezien tegen de achtergrond van artikel 207 lid 2: voor zover die bevoegdheden het beheer van de vorderingen betreffen, komen zij de vruchtgebruiker toe, voor zover zij verder gaan, kunnen zij niet buiten de hoofdgerechtigde omgaan.

Blijkens de aanhef van de leden 1 en 2 zijn de hieruit voortvloeiende, in die leden vervatte, regels niet van dwingend recht.

Tot het beheer behoort in elk geval de inning van de vorderingen, inclusief het in ontvangst nemen van betalingen daarop, een zienswijze overigens die onder het geldende recht betwist is geweest; vgl. thans ook artikel 170 lid 2.

Opzegging en ontbinding van overeenkomsten kunnen evenzeer beheers handelingen zijn - men denke aan opzegging van huurovereenkomsten. Zijn zulke overeenkomsten binnen de grenzen van artikel 207 lid 2 eerste zin, door de vruchtgebruiker gesloten, dan zal opzegging of ontbinding daarvan ook als beheers handeling zijn te beschouwen. Maar ook bijvoorbeeld opzegging van een huurovereenkomst, gesloten door de hoofdgerechtigde (of diens rechtsvoorganger zoals de erflater), kan zeer wel een beheers handeling zijn. Vernietiging van een, niet door de vruchtgebruiker zelf gesloten, overeenkomst zal geen beheers handeling zijn, gezien de gronden waarop ze kan geschieden (zie de artikelen 32, 34, 44 en 45, en tevens het geval van dwaling).

Is een handeling ten aanzien van een vorderingsrecht niet als beheers uitoefening te beschouwen, dan geeft artikel 210 lid 3 daarvoor een regel die enigermate afwijkt zowel van die van artikel 207 lid 2 tweede zin, als van artikel 218: de hoofdgerechtigde kan zelf optreden, mits voorzien van hetzij toestemming van de vruchtgebruiker, hetzij machtiging van de kantonrechter (vgl. artikel 208 lid 1).

De wederpartij zal veelal niet in staat zijn te beoordelen of een handeling een beheers handeling is of niet, maar mag ook niet in onzekerheid verkeren of de vruchtgebruiker al of niet bevoegd is. Tot haar bescherming in dit opzicht dienen twee regels in het ontwerp: in lid 2 de formulering "tot een goed beheer dienstig kan zijn" - vgl. de toelichting bij artikel 207 lid 2 eerste zin - en de laatste zin van artikel 210 lid 3: tegen de machtiging van de kantonrechter is geen beroep toegelaten - wel tegen diens weigering - zodat de wederpartij kan volstaan met enkele verificatie van toestemming van de vruchtgebruiker of machtiging van de kantonrechter.

Thans ontbreekt een regeling als in artikel 210, hetgeen tot onzekerheid aanleiding heeft

gegeven.

Artikel 205 verlangt een boedelbeschrijving aan het begin van het vruchtgebruik en voorts jaarlijkse opgaven omtrent de mutaties. In zulke schrifturen zullen gewoonlijk goederen worden opgenomen die slechts naar de soort ("generiek") zijn omschreven en veelal praktisch ook niet anders kunnen worden omschreven, zoals geld en toondereffecten. Door de instelling van een vruchtgebruik verandert in de eigendomsverhouding op zichzelf niets: de goederen blijven eigendom van degene die nu hoofdgerechtigde is geworden. Dit wordt in lid 1 van **artikel 211** uitgedrukt. Het probleem met deze goederen is echter dat de eigendom voor de hoofdgerechtigde gemakkelijk verloren gaat: dat geschiedt wanneer de vruchtgebruiker hen met zijn eigen goederen van dezelfde soort vermengt. Om die reden kent het bestaande recht voor vervangbare zaken slechts het oneigenlijk vruchtgebruik in artikel 790 BW: de vruchtgebruiker wordt zelf eigenaar, maar wordt verplicht om aan het einde van zijn recht vergoeding te geven (zie de inleiding van de toelichting op de titel).

Het ontwerp kiest een andere weg: artikel 211 lid 2 verplicht de vruchtgebruiker deze naar de soort omschreven goederen van zijn andere goederen afgescheiden te houden, in het bijzonder door het geld op een vruchtgebruiksrekening te zetten, de effecten afzonderlijk in bewaring te geven, enz. Het kan zijn dat de vruchtgebruiker bevoegd wordt daarover te beschikken (artikelen 212 en 215), maar hetgeen daarvoor dan eventueel in de plaats komt, is aan de regel der zaaksvervanging gebonden (artikel 213), tenzij de vruchtgebruiker ook, ingevolge artikel 215, tot vertering bevoegd is.

Komt de vruchtgebruiker zijn verplichting uit lid 2 niet na, dan behoudt de hoofdgerechtigde zijn eigendom zolang men in staat is de goederen als de zijne aan te wijzen. Zijn ze echter vermengd met goederen van de vruchtgebruiker of door deze vervreemd en is dientengevolge de mogelijkheid tot individualisering vervallen, dan wordt de vruchtgebruiker verplicht tot schadevergoeding. De door de vruchtgebruiker geleden schade kan niet, althans niet zonder meer, worden afgeleid uit de prijs die de vruchtgebruiker bij vervreemding daarvoor heeft ontvangen, maar is de waarde die de goederen zouden hebben op het tijdstip waarop de hoofdgerechtigde de vruchtgebruiker aanspreekt (zie HR 16-1-1959, NJ 1959, 335). Lijdt de hoofdgerechtigde door toepassing van deze regel schade, omdat die waarde lager is dan de door de vruchtgebruiker ontvangen prijs, dan kan hij de onbevoegd verrichte handeling van de vruchtgebruiker bekrachtigen krachtens artikel 58 en aldus met terugwerkende kracht de zaakvervangingsregel van artikel 213 doen toepassen.

Artikel 212 houdt een algemene regeling in omtrent de bevoegdheden van de vruchtgebruiker om over de vruchtgebruikersgoederen te beschikken, dat wil zeggen deze te vervreemden of met een beperkt recht als pand of hypotheek te bezwaren. Vervreemding ingevolge dit artikel doet het vruchtgebruik vervallen.

Zie omtrent de bevoegdheid tot verhuur artikel 217.

De beschikkingsbevoegdheid betekent niet dat de vruchtgebruiker ook bevoegd is de opbrengst voor zich te behouden: krachtens artikel 213 valt de tegenwaarde door zaaksvervanging in het vruchtgebruik vermogen. Dat is alleen anders als aan de vruchtgebruiker krachtens artikel 215 tevens de bevoegdheid tot gehele of gedeeltelijke vertering is verleend.

Lid 1 kent de vruchtgebruiker de (wettelijke) bevoegdheid toe om goederen overeenkomstig hun

bestemming te vervreemden. Men denke hier in het bijzonder aan bedrijfsgoederen, als een onderneming in vruchtgebruik is gegeven; de bevoegdheid tot vervreemding vloeit dan voort uit die tot beheer (artikel 207 lid 2).

Buiten deze wettelijke bevoegdheid komt de vruchtgebruiker beschikkingsbevoegdheid slechts toe, voor zover ze hem bij de vestiging van het vruchtgebruik is verleend, aldus lid 2. Is die bevoegdheid toegekend, dan straalt ze - tenzij anders bepaald - ook uit buiten de eigenlijke bevoegdheid tot vervreemding en bezwaring. Volgens de tweede zin van het lid houdt ze ook de bevoegdheid tot het (zelfstandig) verrichten van enige andere handelingen in: de bevoegdheid om de bestemming te wijzigen (artikel 208), die tot ontbinding en opzegging van overeenkomsten (artikel 210 lid 2) en die tot verhuring zonder de in enige leden van artikel 217 genoemde beperkingen.

Lid 3 ten slotte biedt nog de mogelijkheid tot vervreemding en bezwaring buiten de in de leden 1 en 2 geregelde gevallen, maar dan, op dezelfde wijze beperkt als de bevoegdheid van artikel 210 lid 3 met toestemming van de hoofdgerechtigde of met machtiging van de kantonrechter (zij het dat tegen de machtiging hier wél beroep wordt toegelaten). Blijkens de tweede zin is de bevoegdheid van de rechter niet geheel discretionair; men denke voor de toepassing bijvoorbeeld aan gevallen waarin een huis met hypotheek wordt bezwaard om herstel na ernstige schade te kunnen financieren.

Artikel 213 geeft in lid 1 de regel met betrekking tot zgn. zaaksvervanging, die tot gevolg heeft dat een verworven goed belast met het vruchtgebruik, in het vermogen van de hoofdgerechtigde valt.

Het lid noemt drie gevallen:

1. de tegenwaarde van hetgeen door vervreemding, bezwaring van een met het vruchtgebruik belast goed dan wel door toedeling na verdeling van een gemeenschap is verkregen, mits tot die beschikking bevoegdheid bestond.

Beschikking over het goed raakt zowel de vruchtgebruiker als de hoofdgerechtigde: lid 1 betreft uiteraard niet beschikking over slechts hetzij het vruchtgebruik van het goed, hetzij slechts de "bloot eigendom" daarvan. Wie, en onder welke eventuele beperkingen, tot beschikking bevoegd is, volgt uit de artikelen 212 en 215. Bestaat de tegenwaarde in geld, dan moet dat overeenkomstig artikel 211 afgescheiden worden gehouden, en overeenkomstig artikel 214 belegd of besteed worden. Bevoegd beschikt is er ook, indien een aanvankelijk onbevoegde beschikking overeenkomstig artikel 58 is bekrachtigd.

Is een onbevoegde beschikking niet door bekrachtiging geheeld, dan geldt artikel 213 lid 1, niet: alsdan behoort de hoofdgerechtigde niet door zaaksvervanging een ander goed te worden opgedrongen. Er ontstaat in zo'n geval een vordering tot schadevergoeding voor de gedupeerde hoofdgerechtigde, die eventueel in natura - in casu door toepassing van de regel van lid 1 - kan worden toegewezen (zie HR 17-11-1967, NJ 1968, 42; vgl. artikel 6:103).

2. hetgeen door inning van met het vruchtgebruik belaste vorderingen wordt ontvangen.
Het op vorderingen geïnde geld dient overeenkomstig artikel 211 afgescheiden gehouden te worden en overeenkomstig artikel 214 te worden belegd of besteed. Vgl. voor het huidige recht artikel 842. Ook hetgeen de hoofdgerechtigde int ingevolge artikel 210 lid 3 behoort onder het vruchtgebruik te vallen (HR 24-4-1992, NJ 1993, 610); dit kan anders zijn bij girale betaling (HR 23-9-1994, NJ 1996, 461).

3. vorderingen tot vergoeding van het verloren gaan of beschadigen van met het vruchtgebruik belaste goederen; hetgeen de vruchtgebruiker uit dien hoofde in handen krijgt, houdt hij krachtens artikel 110 – voor zover hetgeen goederen op naam van zichzelf betreft - voor de hoofdgerechtigde, zij het belast met zijn vruchtgebruik.

Te denken valt aan vorderingen uit onrechtmatige daad zowel als uit schadeverzekering.

Lid 2 breidt de regel van lid 1 uit over voordelen die een goed tijdens het vruchtgebruik oplevert, maar die geen vruchten zijn; men denke vooral aan claims en dergelijke rechten uit effecten (vgl. ook artikel 216 en de toelichting daarop), maar ook aan de zakenrechtelijke aanwas, de gevonden schat en dergelijke. De vruchtgebruiker krijgt hierop geen volledig recht, zoals op de vruchten, maar slechts het vruchtgebruik.

Tot een vruchtgebruik vermogen zullen veelal gelden behoren, hetzij vanaf het begin, hetzij later door vervreemding of bezwaring van goederen, door inning van vorderingen, enz. Krachtens artikel 211 lid 2 moet de vruchtgebruiker deze gelden afzonderlijk van zijn eigen vermogen houden en vervolgens krachtens **artikel 214** lid 1, dat overigens geen dwingend recht bevat, beleggen of besteden in overleg met de hoofdgerechtigde. Kunnen zij niet tot overeenstemming komen, dan beslist de kantonrechter, zonder dat van zijn beslissing hoger beroep mogelijk is (vgl. artikel 210 lid 3). Omtrent "wederbelegging" kent het huidige recht slechts artikel 843 lid 2 BW.

Naar men gewoonlijk aanneemt, laat de huidige wettelijke regeling van het vruchtgebruik niet toe, aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid tot toekenning van "gehele of gedeeltelijke vervreemding en vertering" van de vruchtgebruikersgoederen toe te kennen: de vruchtgebruiker moet immers zorgen dat de zaak zelf in stand blijft (artikel 789). Een zodanige bevoegdheid geeft wel het zgn. fidei-commis de residuo (artikelen 909 en 1016 tot en met 1018). **Artikel 215** strekt ertoe toekenning van die bevoegdheid ook bij het vruchtgebruik mogelijk te maken: door instelling van een zodanig vruchtgebruik wordt dan praktisch bereikt dat een fidei-commis de residuo aan de wettelijke regels omtrent het vruchtgebruik, inclusief die ter bescherming van de hoofdgerechtigde, wordt onderworpen. Overigens zal de toekenning van de bevoegdheid in de regel nadere omlijning bij de akte nodig maken: laat ze volledige intering toe, is de uitoefening aan toestemming, machtiging of een "omslagrekening" (dat wil zeggen gedeeltelijke toedeling van de intering aan het eigen vermogen van de vruchtgebruiker) onderworpen, enz. Voor het verschil tussen vertering en verbruik zie men de toelichting bij artikel 209.

Artikel 215 behelst enkele wettelijke regels voor het geval dat de bevoegdheid is toegekend. Lid 1 geeft een regel over de bewijslast, wanneer door de vruchtgebruiker, respectievelijk zijn rechtverkrijgenden, de goederen bij het einde van het vruchtgebruik aan de rechthebbende ter beschikking moeten worden gesteld (artikel 225). Ontbreken alsdan goederen, dan rust op de vruchtgebruiker en zijn rechtverkrijgenden de bewijslast dat die goederen zijn vervreemd en verteerd, dan wel door toeval teniet gegaan, en niet zijn achtergehouden of krachtens artikel 213 vervangen: het is immers de vruchtgebruiker, en niet de hoofdgerechtigde, aan wie in beginsel het beheer over de goederen toekwam (artikel 207). Uiteraard wordt het bewijs vergemakkelijkt door de op de boedelbeschrijving gevolgde jaarlijkse opgaven van mutaties (artikel 205 lid 4).

Vervreemding ingevolge dit artikel doet het vruchtgebruik vervallen.

Lid 2 verwijst naar een mogelijkheid ter voorkoming van geschillen over de uitoefening van de bevoegdheid tot vervreemding en vertering: deze uitoefening kan aan de toestemming van een, neutrale, derde worden onderworpen. Is deze een bewindvoerder, dan wordt die uitoefening afhankelijk gesteld van diens medewerking: voor zover zij rechtshandelingen vereist, moet dan de bewindvoerder als medepartij optreden.

Lid 3 houdt in dat de bevoegdheid tot vervreemding en vertering impliceert bestemming van goederen tot gebruikelijke kleine geschenken, waarbij derhalve de bevoegdheid tot vertering enigszins wordt verruimd.

Aan de vruchtgebruiker komt, naast de bevoegdheid tot gebruik, het recht op de vruchten toe - **artikel 216**. Wat vruchten zijn, is in artikel 9 omschreven, waarnaar moge worden verwezen. De vruchtgebruiker heeft hierop zijn recht, voor zover die vruchten tijdens zijn vruchtgebruik zijn afgescheiden, respectievelijk opeisbaar zijn geworden. Ten aanzien van de burgerlijke vruchten wijkt het ontwerp derhalve af van het huidige artikel 796.

In het bijzonder bij effecten is niet steeds gemakkelijk uit te maken, en is ook nogal betwist, welke uitkeringen, en in hoeverre bepaalde uitkeringen, zijn te beschouwen als vruchten - winstuitkering of rente - dan wel als behorend tot het kapitaal. Men denke aan hetgeen schuilgaat onder benamingen als bonusaandeel, scrips, claims, warrants, conversiepremies, premies op premieloten bij obligaties, en aan het liquidatiesaldo en kapitaalrestituties. Vgl. hierover HR 23-5-1958, NJ 1958, 458: men moet onderscheid maken tussen uitkeringen die de aandeelhouders toevloeien uit het, uit behaalde winsten stammende, (nog) niet ten behoeve van de bedrijfsuitoefening gebonden en uit dien hoofde uit zijn aard voor "winstuitkering bestemde deel van het vermogen, en de uitkeringen die de aandeelhouders in de een of andere vorm aanspraken geven op het reeds eerder krachtens bevoegdlijk genomen besluiten ten behoeve van de bedrijfsuitoefening gebonden deel van het vermogen. De eerstbedoelde uitkeringen zijn dan te beschouwen als vruchten, de tweede als andere vermogensvoordelen. De eerste komen de vruchtgebruiker toe, de tweede de hoofdgerechtigde, zij het belast met het vruchtgebruik (artikel 213 lid 2). Om latere geschillen hierover te voorkomen, wordt veelal in de akte van vestiging van het vruchtgebruik bindend vastgesteld wat in casu als vrucht moet worden beschouwd; de tweede zin van het artikel geeft hieraan wettelijke grondslag.

Artikel 207 lid 2 kent de vruchtgebruiker het beheer over de vruchtgebruiksgoederen toe, met dien verstande dat artikel 208 hem niet toestaat zonder meer de bestemming ervan te veranderen. **Artikel 217** spitst dat toe op de bevoegdheden tot verhuur, waarbij nog als bijzonderheid het beginsel van artikel 1597 BW in aanmerking dient te worden genomen: huur vervalt niet door het tenietgaan van het recht van de verhuurder.

Lid 1 stelt, in overeenstemming met artikel 799 van het huidige BW, de bevoegdheid van de vruchtgebruiker tot verhuring voorop, voor zover deze bevoegdheid niet bij de vestiging is uitgesloten of beperkt. Lid 2 bindt die bevoegdheid echter, voor zover ze niet uitdrukkelijk is toegekend, voor verhuring van onroerende zaken aan de toestemming van de hoofdgerechtigde of de machtiging van de kantonrechter, indien zo'n zaak bij de vestiging van het vruchtgebruik nog niet was verhuurd. De reden hiervan is dat de huur ook consequenties voor de hoofdgerechtigde heeft, in het bijzonder voor zover haar duur die van het vruchtgebruik zal overschrijden. Was het huis of het land reeds verhuurd, dan gaat het meer om een

beleggingsobject, en ondervindt de hoofdgerechtigde door een nieuwe huur in de regel geen schade.

Lid 3 geeft in zijn eerste zin, in overeenstemming met artikel 845 van het huidige BW, de strekking van artikel 1597 weer: het einde van het vruchtgebruik betekent niet van rechtswege het einde van de huur. De hoofdgerechtigde moet de huur gestand doen. De tweede zin brengt daarop een beperking aan voor zover die gestanddoening voor de hoofdgerechtigde te bezwaren zou worden. Daartoe is aangeknoopt bij het tweede en lid 3 van het bestaande artikel 799, in die zin dat de hoofdgerechtigde de gestanddoening kan weigeren indien de overeengekomen tijdsduur van de huur langer is dan met het plaatselijk gebruik overeenstemt, of, bij gebreke van zulk een gebruik, langer dan twee jaar is. Daaraan is nog toegevoegd het geval dat de huur is geschied op ongewone, voor de hoofdgerechtigde bezwarende voorwaarden; men denke bijvoorbeeld aan een bijzonder lage huurprijs.

Lid 4 geeft de huurder de bevoegdheid aan de eventuele onzekerheid een einde te maken door aan de hoofdgerechtigde een termijn te stellen; vgl. onder andere artikel 55 lid 2. De voorgestelde tekst is wat eenvoudiger dan die van het parallelle artikel 217 van het Ned. BW, waarin rekening moet worden gehouden met de ingewikkelde Nederlandse wetsbepalingen inzake het beëindigen van huur van woning- en bedrijfsruimte.

Artikel 218 bevat een regeling omtrent de bevoegdheid van de vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde om te procederen over zaken die hun beider recht aangaan, zoals geschillen met een derde over het bezit van vruchtgebruiksgoederen, over grensbepaling en dergelijke.

De bepaling is te beschouwen als een bijzondere regel die de algemene van artikel 207 lid 2 opzij zet.

De oplossing die hier is gekozen, houdt in dat beiden bevoegd zijn tot het aanspannen van het geding, doch dat zij verplicht zijn de ander in het geding te roepen, zodat ook deze aan de uitspraak is gebonden.

Artikel 219

Onder het huidige recht is betwist of stemrecht dat aan een goed is verbonden, aan de hoofdgerechtigde dan wel aan de vruchtgebruiker toekomt. De kwestie is in het bijzonder van belang bij stemrecht op aandelen in een naamloze vennootschap. In de artikelen 2:88 en 2:197 van het Ned. BW was reeds een uitgewerkte regeling voor het stemrecht op aandelen in een naamloze, respectievelijk een besloten, vennootschap opgenomen, waarnaar artikel 219 van het Ned. BW thans verwijst. Deze regeling, die geen statutaire beperking of uitsluiting van de vestiging van vruchtgebruik op de aandelen toelaat, houdt in dat in beginsel de hoofdgerechtigde tevens de stemgerechtigde is, doch dat daarvan bij de vestiging van het vruchtgebruik kan worden afgeweken; nader wordt geregeld, in hoeverre aan vennootschapsorganen tegen zulk een afwijking verzet toekomt, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen degene - uit de naaste familiekring - aan wie de aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen, en degene aan wie dat niet zonder meer mogelijk is.

Boek 3 leent er zich niet toe deze gecompliceerde regeling ook hier te lande tot uitgangspunt te nemen, maar tot een wettelijke regeling van het stemrecht bestaat, bij de gegeven rechtsonzekerheid in de praktijk, zeker aanleiding. Deze is erin gevonden ook hier het stemrecht in beginsel aan de hoofdgerechtigde toe te kennen, doch hiervan bij de vestiging van het

vruchtgebruik afwijking toe te laten. Vestiging van een met stemrecht verrijkt vruchtgebruik moet echter niet kunnen leiden tot ongewenste doorbreking van de mogelijke beslotenheid van een kring van rechthebbenden die de vergadering van een orgaan van een rechtspersoon vormen; daarom wordt tevens voorgesteld te bepalen dat de statuten van de rechtspersoon de toekenning van het stemrecht aan de vruchtgebruiker kunnen uitsluiten of, door het stellen van voorwaarden, beperken. Zie voor een vergelijkbare regeling ten aanzien van het pandrecht artikel 247.

De artikelen 821 tot en met 824 van het huidige BW regelen de aansprakelijkheid voor reparaties aan een vruchtgebruiksgoed en de artikelen 825 en 826 de draagplicht voor de lasten. De artikelen 821 tot en met 825 worden nu vervangen door **artikel 220** en artikel 826 door artikel 221 lid 2.

De regeling van de artikelen 821 tot en met 826 blijft in hoofdlijnen in het ontwerp behouden, maar een detaillering als de artikelen 822 en 823 geven, vervalt als te onvolkomen. Hoofregel is dat, naar verkeersopvatting, gewone lasten en herstellingen voor rekening komen van degene die de vruchten trekt - ook lid 2 gaat hiervan uit. Buitengewone herstellingen komen ten laste van degene die hen laat uitvoeren - hoofdgerechtigde of vruchtgebruiker -, maar geen van beiden is tot zulke uitvoering verplicht. Wél moet de vruchtgebruiker, bij wie immers het goed in de regel in beheer is, de hoofdgerechtigde van de noodzaak van zulke herstellingen op de hoogte brengen en hem de gelegenheid tot het uitvoeren daarvan geven.

De regeling omtrent de buitengewone lasten is in artikel 222 lid 2 opgenomen, waarin lid 1 van dat artikel inzake het dragen van de schulden van een vruchtgebruik vermogen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Artikel 221 behelst een speciale sanctie in geval van ernstig tekortschieten van de vruchtgebruiker in de nakoming van zijn verplichtingen: het beheer kan hem op vordering van de hoofdgerechtigde worden ontnomen en worden toegekend aan deze of aan een bewindvoerder. In deze geest ook thans artikel 845 lid 1, BW dat echter ook, als vervolg op artikel 844 BW, de sanctie van "gehele vernietiging" van het vruchtgebruik kent. Deze laatste sanctie is hier niet overgenomen, omdat zij onnodig ver gaat.

Wordt een bewind ingesteld, dan treft dit alleen het recht van vruchtgebruik, niet dat van de goederen als zodanig, omdat zo'n bewind mede het recht van de hoofdgerechtigde zou treffen, waartoe uiteraard geen aanleiding bestaat.

Lid 2 scheidt de mogelijkheid tot een voorlopig bewind om verder misbruik te voorkomen, lid 3 verklaart - net als in de artikelen 168 lid 5 en 204 lid 2 - op het bewind een aantal bepalingen uit titel 1.19 inzake de onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen van toepassing.

Tot een geheel vermogen - een nalatenschap, een onderneming of een andere "algemeenheid van goederen" - dat met vruchtgebruik is belast, plegen behalve de vruchtgebruikersgoederen ook schulden te behoren, zoals schulden die de erflater reeds is aangegaan en schulden uit de bedrijfsvoering.

Artikel 222

Lid 1 geeft, in overeenstemming met de strekking van de artikelen 827 en 828 BW thans, voor deze lasten een regeling die van het volgende uitgaat:

- 1°. de tot de algemeenheid behorende schulden van de hoofdgerechtigde worden ten laste van de vruchtgebruiksgoederen voldaan;
- 2°. voor de overige schulden van de hoofdgerechtigde kunnen de schuldeisers wél diens hoofdrecht - "de bloot eigendom" - uitwinnen, doch op de aldus uitgewonnen goederen blijft het vruchtgebruik rusten.

Uit regel 1° vloeit voort dat de voldoening der schulden ten dele voor rekening van de hoofdgerechtigde, ten dele voor die van de vruchtgebruiker komt: zowel het hoofdrecht als het vruchtgebruik ondergaat vermindering. De voldoening ten laste van het vruchtgebruiksvermogen betekent immers dat de vruchtgebruiker de opbrengst van het op de schuld betaalde bedrag mist. Vandaar de regels geformuleerd in de slotzinsnede van de eerste zin, alsmede in de tweede zin van lid 1: schiet de hoofdgerechtigde de voldoening uit zijn overig vermogen voor, dan heeft hij ten laste van de vruchtgebruiksgoederen recht op teruggave van hoofdsom mét rente, schiet de vruchtgebruiker uit zijn vermogen de betaling voor, dan wordt, en wel zonder vergoeding van rente, het betaalde bedrag op het vruchtgebruiksvermogen in rekening gebracht bij het einde van het vruchtgebruik, wanneer hij ingevolge artikel 225 de vruchtgebruiksgoederen ter beschikking van de hoofdgerechtigde moet stellen.

In lid 2 wordt de regeling van lid 1 van toepassing verklaard op buitengewone lasten die op bijzondere vruchtgebruik goederen drukken - ook deze komen in mindering op de waarde van die goederen gebracht. Tot dit resultaat leidt thans artikel 826 BW. Vgl. voor de gewone lasten artikel 220 lid 1.

Overeenkomstig artikel 83 lid 1, kan het vruchtgebruik, als beperkt recht, worden overgedragen; het kan eveneens met een ander beperkt recht worden bezwaard en de vruchtgebruiker kan er afstand van doen. De bevoegdheid tot overdracht, bezwaring en afstand kan niet worden uitgesloten. De levering geschiedt naar de aard van een goed waarop het rust, overeenkomstig de artikelen 89 e.v. - zie artikel 98 alsmede de toelichting op artikel 202.

Overdracht van het vruchtgebruik op een goed moet worden onderscheiden van overdracht van een met een vruchtgebruik belast goed, waartoe de vruchtgebruiker krachtens artikel 212 of 215 bevoegd kan zijn: deze laatste overdracht doet het vruchtgebruik juist vervallen.

Artikel 223 geeft enige bijzondere regels voor de overdracht en bezwaring van het recht van vruchtgebruik. Het uitgangspunt van deze regels is dat de hoofdgerechtigde door de beschikking over het vruchtgebruik niet - buiten zijn medewerking om - wordt benadeeld ten aanzien van de duur van het vruchtgebruik, de aansprakelijkheid voor de verplichtingen van de vruchtgebruiker en de uitoefening van eventuele bijzondere bevoegdheden van de vruchtgebruiker ten aanzien van vervreemding, verbruik en vertering (artikel 207, 212 en 215).

Het is niet uitgesloten dat een vruchtgebruik de rechthebbende meer last bezorgt dan genot; zo kan het beheer, inclusief de nodige administratie, zo bezwarend zijn dat gebruik en vruchten van de goederen daartegen voor de vruchtgebruiker niet opwegen. Wil om die reden de vruchtgebruiker van zijn recht af, dan is de hoofdgerechtigde ingevolge **artikel 224** verplicht aan die afstand - een tweezijdige handeling volgens het nieuwe recht - zijn medewerking te verlenen; de regeling inzake reële executie in titel 3.11 zet daaraan kracht bij - zie artikel 300; vgl. artikel 122 voor afstand van recht aan de bezitter. Rust het vruchtgebruik op meer dan één goed,

bijvoorbeeld op een geheel vermogen, dan kan ingevolge dit artikel slechts van het gehele vruchtgebruik afstand worden gedaan, niet van het vruchtgebruik op slechts een of enkele van die goederen.

De afstand werkt niet ten nadele van derden die inmiddels op het vruchtgebruik een beperkt recht hebben gekregen: artikel 81 lid 3.

Artikel 225 regelt de "teruggaveplicht" bij het einde van het vruchtgebruik - zie artikel 809 lid 2 van het huidige BW. Zolang de vruchtgebruiker de goederen na het einde van zijn recht nog niet heeft gerestitueerd, is hij jegens de rechthebbende verplicht voor die goederen zorg te dragen: artikel 1256 lid 1, slot BW (vgl. artikel 6:27) en HR 16-1-1959, NJ 1959, 355.

De huidige wet geeft de rechten van gebruik en bewoning een eigen regeling, in beginsel los van het vruchtgebruik, al verklaart het daarvan verschillende bepalingen van overeenkomstige toepassing: aldus de Tiende Titel van het Tweede Boek van het BW (artikelen 847 tot en met 858).

Het ontwerp regelt deze beide rechten in artikel 226 veeleer als een vorm van vruchtgebruik met beperkte bevoegdheden voor de rechthebbende - het woord "enkel" in het tweede en lid 3 doet dit uitkomen. Deze beperkingen - gebruik met vruchttrekking en bewoning slechts ten behoeve van de rechthebbende en zijn gezin, en ontzegging van de bevoegdheid tot beschikking - zijn in hoofdlijnen dezelfde als onder het huidige recht: zie de artikelen 850, 852, 855 lid 2 en 856 BW. Het kenmerk van beide rechten is dat ze naar subject zowel als naar object sterk zijn geïndividualiseerd: ze behoren bij een bepaald persoon en zijn gezin, en ze zijn strikt beperkt tot de zaak zelf waarop ze zijn komen te rusten. In deze opzichten verschilt het nieuwe recht niet van het bestaande. Naar evenwel blijkt uit HR 24-4-1992, NJ 1993, 610, - bij artikel 209 reeds ter sprake gekomen - heeft de nieuwe regeling wel degelijk ingrijpende gevolgen die van die van het geldende recht afwijken. Anders dan volgens het bestaande recht rust op de gebruiker/bewoner evenals op de vruchtgebruiker de verplichting ten behoeve van de hoofdgerechtigde het goed, de woning, tegen brand te verzekeren (zie artikel 209 lid 1), en treden de eventueel uitgekeerde verzekeringspenningen krachtens zaaksvervanging in de plaats van het goed (artikel 213 lid 1): het recht van gebruik komt, op dezelfde voet als vruchtgebruik, op de penningen te rusten en de gebruiker/bewoner heeft het recht te verlangen dat zij voor het herstel van de woning worden aangewend (artikel 214 lid 1, slot). Niettemin vloeit uit de aard van beide rechten een principieel verschil met het vruchtgebruik voort. Blijft het vruchtgebruik rusten op de verzekeringspenningen en op hetgeen daarvoor in de plaats komt, wat er ook gebeurt, aan het recht van gebruik of bewoning komt een einde, als het niet tot herstel van de oorspronkelijke zaak komt: vindt herstel niet plaats, dan komen de penningen toe aan de hoofdgerechtigde ten behoeve van wie immers is verzekerd - heeft de gebruiker/bewoner mede zijn eigen belang verzekerd, dan mag hij het hem ter zake van dat belang toekomstige behouden. Uit het huidige recht, in het bijzonder artikel 855 lid 3 van het BW, zou volgen dat bij het recht van gebruik/bewoning van zaaksvervanging door verzekeringspenningen geen sprake is.

TITEL 3.9 - RECHTEN VAN PAND EN HYPOTHEEK

Algemeen

Pand en hypotheek zijn beperkte rechten die zowel op zaken als op rechten kunnen rusten, met dien verstande dat hypotheek slechts op registergoederen kan worden gevestigd en pand op goederen die geen registergoed zijn. Om deze reden zijn zij, evenals vruchtgebruik, op hun plaats in Boek 3, en niet in Boek 5 waar rechten die slechts op zaken kunnen rusten, worden geregeld. Zij onderscheiden zich van vruchtgebruik en de in Boek 5 geregelde rechten doordat zij niet als deze genotsrechten, doch zekerheidsrechten zijn: zij worden gevestigd om een schuldeiser grotere zekerheid voor de voldoening van zijn vordering te verschaffen. Uit het voorgaande volgt dat de term "zakelijke zekerheid", voor deze rechten tezamen dikwijls gebruikt, en ook wel in de wet gebezigd, enigszins misleidend kan zijn, omdat pand en hypotheek ook op rechten, zoals vorderingen of erfpacht, kunnen zijn gevestigd; "zakelijke zekerheid" staat hier echter tegenover "persoonlijke zekerheid" zoals borgtocht, die een louter obligatoire band scheidt en niet op bepaalde goederen rust.

De betekenis van pand en hypotheek is dat zij de rechthebbende voorrang geven in de verdeling van de opbrengst door executie van het goed waarop zij rusten; welke rangorde dan geldt, wordt geregeld in titel 3.10 (zie artikelen 279 e.v.).

In het faillissement van de schuldenaar zijn de pandhouder en de hypotheekhouder zgn. "separatisten" (artikel 53 van de Faillissementswet 1935); surséance van betaling raakt de door pand of hypotheek gedekte vordering niet (artikel 222 van de Faillissementswet 1935). Pand en hypotheek zijn afhankelijke rechten in de zin van artikel 7: hun afhankelijkheid van de vordering waaraan zij zijn verbonden, brengt mee dat in geval van cessie en subrogatie daarvan het recht in beginsel van rechtswege mee overgaat op de cessionaris of gesubrogeerde - overdracht van het recht is noch nodig noch mogelijk. Of in een concreet geval het recht in feite mee overgaat, is een kwestie van (uitleg van) de omschrijving in de pand- of hypotheekakte van de vorderingen waarvoor het pand of de hypotheek wordt gevestigd (HR 16-9-1988, NJ 1989, 10). Zo zal het in geval van een krediet- of bankhypotheek in de regel de bedoeling zijn dat het hypotheekrecht blijft bij de bank die het heeft gevestigd, als die de relatie met de cliënt voortzet, en dat het niet overgaat op de derde aan wie een bepaalde vordering is gecedeerd.

Als beperkte rechten in de zin van artikel 8 blijven pand en hypotheek rusten op het goed waarop zij zijn gevestigd, in wiens handen zich dat ook bevindt. Vestiging van een tweede of volgend recht van pand of hypotheek is mogelijk - in beginsel wordt de onderlinge rangorde dan bepaald door het tijdstip van vestiging.

De titel bestaat uit een viertal afdelingen, 1 - Algemene bepalingen - (artikelen 227 tot en met 235), 2 - Pandrecht - (artikelen 236 tot en met 258), 3 - Pandrecht van certificaathouders - (artikel 259) en 4 - Recht van hypotheek - (artikelen 260 tot en met 275).

Vernieuwingen die in deze titel bijzondere aandacht verdienen, zijn de regels omtrent zaaksvervanging (artikel 229, leidend tot een wettelijk pandrecht, en 246 lid 5 het stille pandrecht (artikelen 237 en 239), het pandrecht van certificaathouders (artikel 259) en de executie door de hypotheekhouder met de daarop volgende zuivering (artikelen 268 e.v.).

Afdeling 1 - Algemene bepalingen

Artikel 227 geeft in lid 1 een omschrijving van de rechten van pand en hypotheek, waarop onder Algemeen reeds is vooruitgelopen. Materieel is er hier nauwelijks afwijking ten opzichte van het vigerende recht, vervat in de artikelen 1180 en 1192, maar de terminologie van de begrippen is uiteraard aangepast aan die van afdeling 3.1.1, die voor het gehele wetboek zullen gelden. Zie de artikelen 1 (goed), 2 (zaak), 6 (vermogensrecht), 8 (beperkt recht) en 10 (registergoed), met de toelichting daarop. In het licht van deze artikelen bestaat dan ook geen behoefte meer aan een bepaling als artikel 1194 van het huidige BW, waarin trouwens de te boek gestelde schepen en luchtvaartuigen ontbreken.

Tot zekerheid voor andere verbintenissen dan die tot betaling van een geldsom kan geen pand of hypotheek worden gegeven; wél is dat mogelijk voor de schadevergoeding in geld waartoe niet-nakoming van zulk een verbintenis leidt.

Lid 2, dat alleen voor zaken geldt, betekent dat het pand- en hypotheekrecht zich uitstrekt over de bestanddelen van de zaak (zie artikel 4 met toelichting), over overige veranderingen gedurende de looptijd van het recht, zoals de aanwas, en eveneens over datgene dat bij wetsbepaling wordt aangeduid als door de eigendom van de zaak omvat (zie artikel 5:20 inzake hetgeen de eigendom van de grond omvat). Vgl. artikel 1195 van het bestaande BW.

Er zij ten slotte aan herinnerd dat de categorie van zaken die onroerend door bestemming zijn (artikel 563 van het huidige BW), onder het nieuwe BW ophoudt te bestaan. Voor zover dat wenselijk is, zal voortaan op deze soort zaken een met hypotheek op de hoofdzaak verbonden pandrecht kunnen worden gevestigd, dat tot een gezamenlijke executie zal kunnen leiden - zie artikel 254 van het ontwerp. (Met het oog op internationale verdragen zal de scheepshypotheek het scheepstoebehoren blijven omvatten - zie artikel 8:203. Hetzelfde geldt voor het toebehoren van luchtvaartuigen.)

Vestiging van een pand- of hypotheekrecht op een goed dat niet voor overdracht vatbaar is, heeft geen zin: executie houdt immers in dat het goed wordt verkocht en overgedragen. Omgekeerd kan, ingevolge **artikel 228**, de vatbaarheid voor verpanding of verhypothekering van een overdraagbaar goed ook niet worden uitgesloten. Artikel 83 bepaalt wanneer een goed al dan niet overdraagbaar is en in welke gevallen overdraagbaarheid kan worden uitgesloten - zie het artikel met zijn toelichting. Of deze goederen ook, ingevolge de artikelen 321, 322 of 364 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, voor beslag vatbaar zijn, is niet relevant; zie voor de beperkingen die de publieke bestemming de eigenaar van een zaak oplegt, artikel 14 met de toelichting daarop.

Een aandeel in een overdraagbaar goed is zelf ook in beginsel vatbaar voor overdracht, en kan mitsdien worden verpand of verhypothekerd; voor de gevolgen daarvan zij verwezen naar artikel 175 e.v. met de toelichting daarop.

Artikel 229 behelst de regeling inzake de zgn. zaaksvervanging bij de zekerheidsrechten in het algemeen. In dit geval is deze rechtsfiguur beperkt tot vervanging van een, verpand of verhypothekerd, goed door een vordering tot vergoeding daarvan. Niet valt daaronder derhalve "vervanging" door de verkoopprijs of "vervanging" van een vordering door het daarop geïnde bedrag - voor dit laatste geldt de beperkte regeling van artikel 246 lid 5.

Een zaak die verpand of verhypothekerd is, kan schade oplopen of tenietgaan, terwijl de rechthebbende daardoor recht op gehele of gedeeltelijke vergoeding krijgt, in het bijzonder als gevolg van verzekering of in de vorm van een vordering uit onrechtmatige daad. Een verpande vordering kan oninbaar blijken, terwijl het risico daarvan is gedekt door kredietverzekering. Een pand- of hypotheekrecht op een aandeel in een gemeenschap kan door de werking van artikel 177 lid 1, verloren gaan, terwijl de deelgenoot verlies van zijn aandeel ziet gecompenseerd uit een vordering wegens onder bedeling. In al deze en in eventuele andere gevallen treedt een vordering in de plaats van het verpande of verhypothekerde goed. Artikel 229 lid 1, bepaalt nu dat op deze vordering van rechtswege een pandrecht rust ten behoeve van de (vroegere) pand- of hypotheekhouder op het goed. Dit wettelijk pandrecht behoeft niet te worden gevestigd - van rechtswege zijn daarop de regels van een bestaand pandrecht op een vordering van toepassing, in het bijzonder ook artikel 246; lid 1 daarvan geeft aan dat de wettelijke pandhouder alleen na mededeling aan de schuldenaar tot inning bevoegd is.

Rust(te) op het beschadigde of tenietgegane goed meer dan één pand- of hypotheekrecht, dan worden zij met behoud van hun onderlinge rangorde vervangen door pandrechten op de vervangende vordering. Lid 2 van het artikel bakent daarnaast de rang van het wettelijk pandrecht af tegenover die van een gewoon, gevestigd pandrecht: het wettelijk pandrecht gaat boven het gevestigde. Dat geldt niet slechts wanneer de vordering na haar ontstaan wordt verpand, maar ook wanneer op haar, als toekomstig goed, een pandrecht was geleverd, dat dan met haar ontstaan als gevestigd geldt, een situatie die zich in het bijzonder voordoet bij bedrijfskredieten, wanneer alle vorderingen ter zake van het bedrijf bij voorbaat zijn verpand.

De voorrang van het wettelijk pandrecht wordt daardoor gerechtvaardigd dat de vordering als verhaalsobject voor anderen in het geheel niet zou ontstaan, wanneer niet het tot zekerheid gegeven goed voor de pand- of hypotheekhouder in waarde was gedaald of verloren gegaan.

Het huidige recht kent geen regels omtrent wettelijke zaaksvervanging als die welke in artikel 229 zijn vervat. Wel kan volgens artikel 363 van het Wetboek van Koophandel een hypotheekhouder met werking tegenover de verzekeraar bedingen dat deze hem, en niet de verzekerde, de verzekeringspenningen uitkeert tot het bedrag van zijn vordering. Bij invoering van artikel 229 wordt deze, beperktere, bepaling overbodig en kan zij vervallen.

Artikel 230 vervangt de huidige artikelen 1190 (pand) en 1193 lid 1 (hypotheek). Het artikel brengt mee dat wanneer de schuldenaar slechts een deel der vordering aan de pand- of hypotheekhouder voldoet, het pand- of hypotheekrecht onaangetast blijft; is dat op meer dan een goed gevestigd, dan wordt niet een deel daarvan, naar evenredigheid, uit de last van het pand of de hypotheek ontslagen. Deze lijn wordt doorgetrokken naar het geval waarin er meer dan een schuldeiser of schuldenaar is: wordt een der schuldeisers voldaan of betaald een der schuldenaren zijn (aandeel in de) schuld, dan blijft niettemin het pand- of hypotheekrecht in zijn geheel op alle verbonden goederen rusten.

Men lette hier op het slot der bepaling: "en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld". Zolang de vordering in een gemeenschap valt, geldt in beginsel artikel 170 lid 2 (met als uitzondering lid 1) en wordt betaling slechts voor de gemeenschap geïnd en ontvangen (zie ook artikel 6:15). Is echter de vordering verdeeld, dan kan elk der schuldeisers zelfstandig executeren en blijft het pand- of hypotheekrecht voor het niet-geëxecuteerde ten behoeve van de andere schuldeisers in stand.

Het artikel is niet van dwingend recht: als alle betrokken partijen daaraan meewerken, kan van de regel worden afgeweken.

Artikel 231

Pand en hypotheek zijn afhankelijke, accessoire, rechten: zij kunnen slechts bestaan in verbondenheid met een vordering tot welker zekerheid zij strekken. Zij kunnen niet, zoals zelfstandige rechten, worden overgedragen, en gaan in beginsel van rechtswege met de vordering over. Cessie van een vordering waarvoor hypotheek is gesteld, kan dan ook, als een rechtshandeling die een verandering in de rechtstoestand van de hypotheek brengt, in de openbare registers worden ingeschreven. Zo ook betaling van een vordering die subrogatie meebrengt. Evenzeer geldt verpanding van zulk een vordering als een rechtshandeling die voor de rechtstoestand van de hypotheek van belang is. Zie artikel 17 lid 1 onderdeel a.

Dat de afhankelijkheid van het zekerheidsrecht niet vereist dat de vordering waarvan zij afhankelijk is, bij de vestiging van het recht reeds bestaat, volgt uit de eerste zin van lid 1: ook toekomstige vorderingen kunnen tevoren reeds door pand en hypotheek worden gedekt, derhalve ook als nog geen rechtsverhouding bestaat waaruit zij te zijner tijd zullen voortspuiten (vgl. de toelichting op artikel 97, waarin de toekomstige vordering in ander verband, namelijk als voorwerp van overdracht, ter sprake komt). De vraag of krediet-, bank- en saldohypotheek geldig gevestigd kunnen worden, wordt aldus ondubbelzinnig in de wet zelf beantwoord. Wel is volgens lid 2 vereist dat de vorderingen waarvoor zekerheid is gesteld, voldoende bepaalbaar moeten zijn: de overeenkomst die als titel voor pand of hypotheek dient, zal, in het bijzonder wanneer het op executie aankomt, in combinatie met de dan bestaande gegevens moeten kunnen uitwijzen welke vorderingen door het zekerheidsrecht worden gedekt. Wijzigingen ten aanzien van de aard of het bedrag van die vorderingen kunnen in de titel worden aangebracht zonder dat het pand- of hypotheekrecht zelf verandert, mits voor hypotheek binnen de grens door artikel 260 lid 1, derde zin, aangegeven.

Laat de wet aldus vestiging van pand en hypotheek voor toekomstige vorderingen, mits voldoende bepaalbaar, toe, levering bij voorbaat van pand op toekomstige goederen is eveneens toegelaten, maar levering van hypotheek op toekomstige registergoederen niet - zie artikel 97 lid 1, j^o artikel 98.

De tweede zin van lid 1 bevestigt dat pand en hypotheek niet alleen voor vorderingen op naam, doch ook voor vorderingen aan order of toonder kunnen worden gegeven, hetgeen in het bijzonder in het goederenvervoer voorkomt.

De laatste zin van lid 1 geeft aan dat pand en hypotheek zowel door de schuldenaar zelf als door een derde kunnen worden gesteld: de artikelen 233 en 234 bevatten voor deze laatste bepaling nog enige regels. Derden pand en -hypotheek komen voor in familieverband en tot zekerheid voor de schulden van familievennootschappen, alsook in een concernverband van vennootschappen. Ook vervreemding van het onderpand geeft aanleiding tot derden pand of -hypotheek (behoudens het bepaalde in artikel 86 lid 2).

Lid 3 van artikel 231 is van belang voor de zekerheidsverschaffing aan internationale syndicaten. Men denke aan het geval dat een onderneming geld leent van meerdere banken. Tot zekerheid voor de terugbetaling verschaft de onderneming een zekerheidsrecht aan een "special purpose vehicle" (zie de toelichting bij artikel 95 lid 3). Een en ander leidt tot een splitsing tussen schuldeiser(s) en zekerheidsgerechtigde.

Artikel 232 bevatte in de vaststellingswet van Boek 3 van het Nederlandse BW een bepaling die de figuur van de trusthypotheek in een nieuwe vorm, met gebruikmaking van de rechtsfiguur van het bewind, zou regelen. Het artikel is echter (nog) niet ingevoerd, omdat het verband houdt met de "ontkoppelde" titel 3.6 inzake het bewind. Wel is het artikel voor invoering te zijner tijd gereserveerd.

Artikel 233 geeft, meer gedetailleerd en mede ten opzichte van de derde pandgever, weer wat artikel 1235 thans ten aanzien van de aansprakelijkheid en het vergoedingsrecht van de derde hypotheekgever bepaalt. Lid 1 geeft een regel van aansprakelijkheid, indien de waarde van de zekerheid door schuld van de derde of van iemand voor wie deze aansprakelijk is, is verminderd, lid 2 geeft hem een vergoedingsrecht indien die waarde door zijn toedoen is vermeerderd, in beide gevallen voor zover de positie van de pand- of hypotheekhouder daardoor wordt beïnvloed.

De kern van lid 1 van **artikel 234** is in het huidige artikel 1228 te vinden: de derde hypotheekgever kan verlangen dat eerst een verhypothekerd goed van de schuldenaar zelf wordt uitgewonnen. In lid 1 is een soortgelijke bevoegdheid mede toegekend aan de derde pandgever. Niet langer wordt de eis gesteld dat de eigen, mede verbonden, goederen van de schuldenaar "klaarblijkelijk voldoende (zijn) om daaraan d(i)e schuld te verhalen" - een eis die de toepassing van het artikel in de praktijk te veel hindert.

Lid 2 beschermt op analoge wijze de beperkt gerechtigde wiens recht de executerende pand- of hypotheekhouder niet behoeft te eerbiedigen. Meestal is dat een later dan het pand of de hypotheek gevestigd recht, maar daarop bestaan uitzonderingen - zie de artikelen 177 lid 3, 229 lid 2, 238 lid 2, 242 en 262; vgl. ook artikel 261.

Lid 3 geeft een regeling over de procedurele aspecten. De kantonrechter wordt hier als de bevoegde rechter aangewezen.

Tot slot zij nog herinnerd aan artikel 1456 van het huidige BW, dat eveneens tot strekking heeft onder andere de derde pand- en hypotheekgever te beschermen, en wel in het geval de schuldeiser tot compensatie bevoegd is. De inhoud van dit artikel zal in gemoderniseerde vorm in artikel 6:139 overgaan.

Artikel 235 geeft weer hetgeen thans voor het pandrecht artikel 1184 en voor het hypotheekrecht artikel 1207 lid 1, bepalen; zie HR 19-5-1995, NJ 1996, 119. De daarin vervatte regel onderscheidt het pand- en hypotheekrecht uiteraard principieel van het eigendomsvoorbehoud, maar wel wordt artikel 1184 thans algemeen als van overeenkomstige toepassing op de eigendom tot zekerheid beschouwd. Wanneer de pandhouder tot executie bevoegd wordt, kan wél worden bereikt dat het onderpand aan de pandhouder zal verblijven, maar slechts onder rechterlijke controle en tegen een door de rechter bepaalde prijs (artikel 251).

Afdeling 2 - Pandrecht

Binnen de afdeling kunnen worden onderscheiden de bepalingen die in hoofdzaak betrekking hebben op de vestiging van de verschillende soorten pandrecht (artikelen 236 tot en met 240), op de wederzijdse bevoegdheden van pandgever en pandhouder (artikelen 241 tot en met 247) en

het einde van het pandrecht, in het bijzonder door executie (artikelen 248 tot en met 258). Verreweg de belangrijkste afwijking van het huidige recht bestaat uit de regeling van het stille pandrecht op zaken en op rechten aan toonder (artikel 237) en dat op andere rechten (artikel 239).

Artikel 236 bepaalt welke leveringshandelingen voor de vestiging van een openbaar pandrecht zijn vereist, een pandrecht derhalve waarvan naar buiten blijkt, in tegenstelling tot het "stille pandrecht" van de artikelen 237 en 239. De vereiste leveringshandeling daartoe is dat volgens lid 1 voor een pandrecht op zaken en rechten aan order en toonder, alsmede op het vruchtgebruik van zulke goederen, de zaak of het papier buiten de macht van de schuldenaar wordt gebracht, derhalve in de macht van de schuldeiser of een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen - vandaar de benaming vuistpandrecht. Voor vestiging van een pandrecht op een recht aan order (of op het vruchtgebruik daarvan) is daarnaast endossement vereist.

Zijn voor verschepte zaken met instemming van de eigenaar verhandelbare cognossementen in het verkeer gebracht, dan is de eigenaar der zaken met werking tegen allen die daarvan op de hoogte zijn, niet meer bevoegd tot verpanding van die zaken anders dan door die cognossementen in de macht van de pandhouder (of een derde) te brengen, aldus HR 26-11-1993, NJ 1995, 446, met een beroep op vervoersrechtelijke wetsbepalingen met het oog op de rechtszekerheid die, vereist in het belang van het internationale handelsverkeer.

Dit is alleen anders indien de bevoegdheid ertoe en de vordering waarvoor zij wordt uitgeoefend, uit de cognossementen zelf blijkt. Wordt het pandrecht niettemin onbevoegdelijk gevestigd, dan kan artikel 238 van toepassing worden.

Overeenkomstig huidig recht is lid 2, dat voor openbaar pandrecht op andere goederen de vereisten doet gelden die voor levering van zulke goederen ter zake van overdracht worden gesteld. Voor levering van het pandrecht op rechten, waaronder vorderingen, op naam wordt men derhalve verwezen naar artikel 94 - akte en mededeling: zie artikel 1183 van het huidige BW - enz.

Het artikel beperkt zich tot het voorschrijven van de vereiste leveringshandelingen. Voor de overige vereisten zie men artikel 98, dat de bepalingen van titel 3.4.2 van overeenkomstige toepassing verklaart, zoals de artikelen 83, 84 en 88; artikel 238 bevat voor de gevolgen van onbevoegdheid van de pandhouder een eigen regeling in de plaats van artikel 86, artikel 239 lid 4 geeft een bijzondere regel bij artikel 88. Voorts is van overeenkomstige toepassing artikel 97, zodat ook openbaar pandrecht op toekomstige (niet-register) goederen is toegelaten - men zie de toelichting op dat artikel.

De regeling is in beginsel dezelfde als die welke thans geldt: zie onder meer de artikelen 1182, eerste en lid 2 en artikel 1182bis.

Artikel 237 regelt de vestiging van het zgn. stille pandrecht op zaken en rechten aan toonder (niet aan order) en op het vruchtgebruik daarvan. Dit pandrecht, waarbij die zaken en papieren in de macht van de pandhouder blijven, is een zekerheidsrecht dat slechts in een enkel opzicht bij het vuistpandrecht ten achter staat. Voordat de zaak buiten de macht van de pandgever is gebracht, kan de pandhouder niet executeren, en is het pandrecht ongeldig als de pandgever onbevoegd is (zie artikel 238). Voorts verkeert het stille pandrecht ten opzichte van het openbare in een ongunstiger positie tegenover enkele voorrechten (zie de artikelen 284 lid 2 en 285 lid 2)

en tegenover het reclamerecht (zie artikel 7:42 lid 2). Zie ten slotte artikel 258 lid 1.

Lid 1 verlangt als leveringshandeling een akte. De akte kan eenzijdig van de pandgever afkomstig zijn, de aanvaarding door de pandhouder moet dan uit diens gedragingen blijken (vgl. de toelichting op artikel 94). Lid 2 stelt nog als vereiste voor de akte een verklaring van de pandgever omtrent zijn beschikkingsbevoegdheid en omtrent eerdere rechten die al op de goederen rusten. Een verklaring die niet juist is, tast op zichzelf de geldigheid der verpanding niet aan, doch kan wel tot strafsancities leiden.

Voor toekomstige goederen zullen moeten worden opgegeven de rechten van derden die op het tijdstip der levering bekend zijn.

Lid 3 geeft aan welke mogelijkheid de pandhouder heeft om het stille pandrecht in een vuistpand "om te zetten", met de consequenties daarvan die hierboven zijn aangeduid. De bevoegdheid daartoe bestaat alleen bij (dreigend) tekortschieten van de schuldenaar.

Vruchten en beplantingen die nog niet van de grond zijn afgescheiden, kunnen als toekomstige zaken worden vervreemd en - derhalve ook - verpand (vgl. de toelichting op artikel 9). Lid 4 geeft de weg aan waarlangs de pandhouder zijn stille pandrecht op deze toekomstige zaken eveneens kan doen omzetten in een vuistpand, uiteraard zolang de pandgever ten tijde van de oogst nog beschikkingsbevoegd - en dus bijvoorbeeld niet failliet - is. Is de pandgever zakelijk gerechtigde op de grond, dan kan de van de rechter verkregen machtiging tot oogsting in de openbare registers worden ingeschreven (artikel 17). Inschrijving heeft weliswaar geen "zakelijke werking" tegen een opvolger van de pandgever in diens recht op grond, maar geldt als waarschuwing voor de opvolger; zo zal hij zich niet kunnen beroepen op zijn goede trouw als hij aan een paulianeuze overdracht van de grond meewerkt.

Lid 5 geeft aan dat de daartoe vereiste rechterlijke machtiging niet voor een hogere voorziening vatbaar is.

Het stille pandrecht heeft dezelfde strekking als en komt naast de eigendom tot zekerheid, de uit het geldende recht gehandhaafde rechtsfiguur, die niet als zodanig door de wet wordt geregeld. Van het Nederlandse artikel 237 verschilt het onderhavige artikel in zoverre dat in lid 1 niet de eis wordt gesteld dat de akte authentiek of, indien onderhands, geregistreerd moet zijn. Het belang van dit vereiste is niet zo groot dat het opweegt tegen de last die de uitvoering daarvan, mede op de registratie, legt.

Ook **artikel 238** heeft betrekking op het pandrecht op zaken die geen registergoed zijn en op vorderingen aan toonder - alsmede, anders dan het vorige, op vorderingen aan order - en het vruchtgebruik op zulke zaken en vorderingen.

Lid 1 geeft aan wanneer een pandrecht geldig wordt gevestigd ondanks het ontbreken van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever. Voor het pandrecht vormt het aldus de *lex specialis* ten opzichte van artikel 86 lid 1, j° artikel 98. Evenals daar treedt voor het vereiste van de beschikkingsbevoegdheid in de plaats het vereiste van de goede trouw van de verkrijger - hier: de pandhouder. Deze goede trouw moet bestaan op het tijdstip waarop het pand buiten de macht van de pandgever wordt gebracht, hetzij conform artikel 236 lid 1, hetzij op grond van artikel 237 lid 3, in het laatste geval ook wanneer het dan een medepandhouder is die de zaak in zijn macht brengt. Uit dit vereiste vloeit voort dat een onbevoegde pandgever geen stil pandrecht kan vestigen, althans zulk een pandrecht kan pas ontstaan wanneer het omslaat in vuistpand, en het zal, indien het inderdaad geldig wordt, zijn rang ook eerst aan dat tijdstip ontfangen.

Lid 2 vormt de tegenhanger van artikel 86 lid 2 dat in geval van geldige overdracht door een beschikkingsonbevoegde de op de zaak of het recht gevestigde beperkte rechten - zoals een pandrecht - doet vervallen. Artikel 238 lid 2 gaat minder ver, doordat het dat oudere beperkte recht niet doet vervallen, doch in rang achterstelt bij het nieuwe, van de onbevoegde pandhouder verkregen, pandrecht van artikel 238 lid 1 - aldus kan bij wijze van uitzondering een ouder pandrecht door een jonger in de rangorde worden verdrongen. Uiteraard is daartoe, evenals in artikel 86 lid 2 vereist dat de pandhouder van artikel 238 lid 1 ook ten aanzien van het bestaan van deze rechten te goeder trouw is, dat wil zeggen hen niet kende en ook niet behoefde te kennen.

Lid 3 verklaart enige regels die een bestolene beschermen tegen verlies van zijn recht als gevolg van artikel 86 lid 1 van overeenkomstige toepassing als op de gestolen zaak een pandrecht wordt gevestigd dat voldoet aan de vereisten van artikel 238 lid 1.

De kern van de thans voorgestelde regels is in het huidige wetboek te vinden in artikel 1182 lid 5.

In het huidige recht komt de verpanding van vorderingen op naam in de praktijk minder voor dan de cessie tot zekerheid. De reden daarvoor is dat de eerste voor haar totstandkoming kennisgeving vereist (artikel 1183) en de laatste niet, hetgeen de zekerheidscessie soepeler maakt. In het nieuwe Nederlandse recht is deze "stille" zekerheidscessie thans bij artikel 84 lid 3 uitgesloten, maar hier te lande wordt voorgesteld haar door de uitdrukkelijke bepaling van artikel 94 lid 3 te handhaven; zie omtrent dit alles de toelichting bij de artikelen 84 en 94.

In de Nederlandse wet is nu in **artikel 239** in plaats van de stille zekerheidscessie een regeling van de stille verpanding van vorderingen opgenomen; hier te lande kan zij worden overgenomen als instelling naast de zekerheidscessie. Uiteraard vertonen de regelingen grote onderlinge gelijkens. Zo beperken beide de vatbaarheid van toekomstige vorderingen voor de vestiging van het zekerheidsrecht tot vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit een op het tijdstip der vestiging reeds bestaande rechtsverhouding, zoals de vordering tot toekomstige huursommen uit een overeenkomst van verhuur. Daarbij moet dan nog in het oog worden gehouden dat verpanding van zulke toekomstige vorderingen niet verhindert dat zij, wanneer zij verschijnen op of na de datum van het faillissement van de pandgever, niettemin in diens boedel zullen vallen - aldus volgt uit artikel 20 van de Faillissementswet 1935; zie HR 30-1-1987, NJ 1987, 530, en HR 10-1-1992, NJ 1992, 744, alsmede de toelichting op de artikelen 84 lid 1, inzake beschikkingsbevoegdheid, en 98, inzake de cessie van toekomstige vorderingen.

Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid voor de (zekerheids-)cessie heeft ook geleid tot de praktijk van "cessielijsten": de cedent is verplicht regelmatig aan de kredietgever op te geven welke vorderingen hij in de afgelopen periode heeft verkregen ten einde hen, als bestaande vorderingen, onder de werking der cessie te brengen. In geval van stille verpanding van vorderingen zal dit tot indiening van pandlijsten leiden.

Zolang het stille pandrecht nog niet door mededeling aan de schuldenaar van de pandgever in een opeisbaar pandrecht is omgezet, heeft het nog niet in alle opzichten de kracht van zulk een openbaar pandrecht. Zie daartoe, behalve lid 4 hierna, in het bijzonder artikel 246: aan de pandhouder ontbreekt dan nog de bevoegdheid tot inning en hetgeen daarbij behoort, en het pandrecht komt niet op het geïnde bedrag te rusten; zie daaromtrent verder de toelichting op artikel 246.

De leden 2 en 3 zijn analoog aan de leden 2 en 3 van artikel 237. Alleen geeft het slot van lid 3 aan dat partijen kunnen overeenkomen dat de verpanding onder andere omstandigheden dan een dreigend tekortschieten mag worden meegedeeld.

Lid 4 legt verband met artikel 88, dat onder andere de pandhouder beschermt die zijn recht ontleent aan een onbevoegde pandgever, mits aan een aantal vereisten is voldaan. Tot deze vereisten behoort de goede trouw van de pandhouder. Lid 4 preciseert dat deze bescherming - de geldigheid van het pandrecht - alleen wordt verleend als de pandhouder te goeder trouw is ten tijde van de mededeling aan de schuldenaar; met andere woorden een nog stil pandrecht, ontleend aan een onbevoegde pandgever, is onbestaanbaar. Vgl. artikel 238 lid 1, slot, voor stil pand op roerende zaken en vorderingen aan order en toonder.

Het artikel komt grotendeels overeen met artikel 239 van het Ned. BW, doch verschilt daarvan in zoverre dat in lid 1 niet is opgenomen het vereiste dat de vestigingsakte authentiek of, indien onderhands, geregistreerd moet zijn - zie hieromtrent de slotopmerking in de toelichting op artikel 237. In Nederland is dit vereiste trouwens in zijn betekenis beperkt door HR 14-10-1994, NJ 1995, 447.

Artikel 240 is analoog aan artikel 96; er is behoefte aan, omdat de artikelen 236 lid 1, 237 en 239 eigen bepalingen omtrent de wijze van vestiging van pandrecht geven. Over pandrecht op een aandeel zie men ook de artikelen 175, 176 lid 1, 177, 178 lid 1 en 190 lid 2 uit titel 3.7.

Artikel 241: een pandgever kan in het bijzonder behoefte hebben aan een verklaring van de pandhouder omtrent de aard en grootte van diens vordering, wanneer hij voornemens is een tweede of volgend pandrecht op het verbonden goed te vestigen - uit de verklaring kan de (aanstaande) tweede pandhouder dan opmaken, welk risico hij loopt (vgl. bij hypotheek artikel 260 lid 1, tweede en derde zin).

Artikel 242 geeft een regel omtrent herverpanding, het geval dat niet de pandgever, doch de pandhouder, een nieuw pandrecht vestigt op het verpande goed. De pandhouder is daartoe slechts bevoegd als die bevoegdheid hem ondubbelzinnig is verleend - een regel die overeenkomt met hetgeen, zonder wetstekst, ook voor het huidige recht wordt aanvaard. Geschiedt de herverpanding zonder deze bevoegdheid, dan kan ze alleen geldig zijn, indien ze voldoet aan de daartoe bij de artikelen 238 en 88 j° 239 lid 4 gestelde vereisten.

Vestigt de pandgever een tweede pandrecht, dan komt dit in rang na het eerste, bij herverpanding door de pandhouder wijkt echter diens pandrecht voor het nieuw gevestigde.

Herverpanding is onder de naam herbelening en herprolongatie vanouds gebruik in de effectenhandel. Door de herverpanding op zichzelf blijft de eigendom van het onderpand bij de (oorspronkelijke) pandgever - de clause "zonder nummerverantwoording" bij herbelening heeft tot gevolg dat dit recht verloren is gegaan als het herbeleende effect niet meer terugkeert in de macht van de pandhouder/herbelener.

Artikel 243 lid 1, legt op de pandhouder en een derde (zie de artikelen 236 lid 1 en 237 lid 3) de verplichting tot zorg voor de zaak die hij uit hoofde van het pandrecht onder zich heeft - derhalve niet alleen een verpande zaak, doch ook bijvoorbeeld het papier aan order of toonder dat het hem verpande recht vertegenwoordigt.

Lid 2 geeft de pandhouder aanspraak op vergoeding van de kosten van behoud - ook bijvoorbeeld die van terugvordering na diefstal - en onderhoud, die hij ook bij executie met voorrang op het verpande goed kan verhalen. De regel is voor hem iets minder royaal dan artikel 120 voor de bezitter te goeder trouw: deze laatste heeft in de mening verkeerd dat hij uitgaven aan zijn eigen goed besteedde, de pandhouder wist dat een ander rechthebbende was. Vandaar de beperking in de tweede zin van lid 2.

Het artikel stemt vrijwel overeen met het huidige artikel 1187, afgezien van het weinig duidelijke onderscheid dat dit maakt tussen nuttige en noodzakelijke onkosten.

Is pandrecht gevestigd tot zekerheid van een bepaalde vordering, en is op die vordering krachtens beding of wet rente verschuldigd, dan geldt op grond van **artikel 244** het pandrecht (zonder andersluidend beding) mede ter dekking van die rente verschuldigd over ten hoogste drie jaar. Bij bank- of kredietpand rust het pand niet op bepaalde vorderingen, maar op een collectiviteit daarvan, waaronder de rentevorderingen zijn begrepen.

Onder het bestaande recht ontbreekt voor het pandrecht een wettelijke regeling van deze aard, anders dan bij hypotheek (artikel 1213).

Artikel 245 is analoog aan het voor vruchtgebruik geldende artikel 218. Zie voor het huidige recht (slechts) artikel 1182 lid 4.

De rechterlijke uitspraak die wordt verkregen, als aan de vereisten van het artikel is voldaan, bindt pandgever en pandhouder als partijen. Onverschillig is of het pandrecht openbaar dan wel stil is gevestigd.

Artikel 246 regelt de bevoegdheidsverdeling tussen de pandhouder en de pandgever van vorderingen. De, ook praktisch, belangrijkste kwestie is die van de bevoegdheid tot inning, inclusief de bevoegdheid om betaling in ontvangst te nemen. Lid 1 wijst daartoe aan de pandhouder, mits de verpanding aan de debitor cessus is meegedeeld, en, zolang de verpanding nog "stil" is, de pandgever. Betaling aan de bevoegde pandhouder zal gewoonlijk het gevolg van artikel 255 hebben: de pandhouder kan uit het betaalde zijn eigen opeisbare vordering voldoen; is die vordering nog niet opeisbaar, dan komt, door zaaksvervanging, het pandrecht op het geïnde te liggen (artikel 246 lid 5). Ook verrekening is mogelijk als wordt betaald via de rekening die de pandgever bij de pandhouder - veelal immers een bank - aanhoudt.

De bevoegdheidsverdeling geldt ook in het faillissement van de pandgever. Een betaling op de verpande vordering voordat de verpanding aan de debitor cessus is meegedeeld, valt dan in de failliete boedel, ook al is de betaling geschied op de rekening van de pandgever bij de pandhouder. Wél behoudt deze laatste zijn voorrang - naar analogie van artikel 54 lid 1, tweede zin, van de Faillissementswet 1935 - en ook zijn recht tot verrekening, maar hij deelt in de omslag van de faillissementskosten, aldus HR 17-2-1995, NJ 1996, 471. Onder het bestaande recht is voor de cessie tot zekerheid door HR 29-1-1993, NJ 1994, 171, in een soortgelijk geval uitgemaakt dat nu de vordering vóór het faillissement door de cessie aan de bank was overgedragen, het de bank was, en niet de cedent, die recht had op het betaalde; of artikel 246, leden 1 en 5, voor analogische toepassing op de zekerheidscessie vatbaar is, is een vraag die onder het huidige recht niet aan de orde kan komen.

Hetgeen de "inningsbevoegdheid" inhoudt, wordt omschreven in lid 1: de bevoegdheid om in en

buiten rechte nakoming (betaling) te eisen - inclusief de daartoe nodige executiemaatregelen te nemen of uit te lokken - en om betalingen in ontvangst te nemen. Omgekeerd kan de schuldenaar in beginsel slechts bevrijdend betalen aan degene die inningsbevoegd is (zie voor de uitzonderingen de artikelen 6:32 en 6:34; vgl. de artikelen 1406 en 1407 van het huidige BW).

Van de schuldenaar die na de mededeling aan de pandhouder betaalt, wordt niet verlangd na te gaan of de pandhouder ingevolge artikel 239 lid 3 wel tot die mededeling bevoegd was; de enkele mededeling doet de inningsbevoegdheid overgaan.

Lid 2 voegt aan de inningsbevoegdheid nog een tweede bevoegdheid toe: die tot opzegging, als de vordering daardoor opeisbaar kan worden gemaakt - waarbij de tweede zin waakt tegen misbruik; de sanctie is schadevergoeding.

Ook als de inningsbevoegdheid op de pandhouder overgaat, verblijven de andere bevoegdheden uit de schuldvordering dan die tot opzegging, zoals die tot kwijting en het overeenkomen van een betalingsregeling, bij de schuldeiser-pandgever. Voor de belangen van de pandhouder waakt in dat geval artikel 45 (zie ook artikel 48, als de pandgever een derde is).

Overgang van de inningsbevoegdheid op de pandhouder beschermt deze niet altijd tegen compensatie (verrekening) door de schuldenaar met een vordering op de pandgever (vgl. artikel 6:130).

Lid 3 wijst bij uitsluiting de hoogst gerangschikte pandhouder aan als degene die tot uitoefening van de bevoegdheden van de leden 1 en 2 gerechtigd is, indien volgens lid 1 meer dan een hunner in aanmerking zou komen.

Lid 4 doet de bevoegdheden van de leden 1 en 2 niet geheel voor de pandgever teloorgaan, als zij op de pandhouder overgaan: door gebruikmaking van deze bepaling kan de pandgever alsnog voor eigen belangen waken - zijn aldus verkregen bevoegdheid doet echter op zichzelf niet af aan die van de pandhouder.

Lid 5 ten slotte geeft, naast artikel 229, een belangrijk geval van zaaksvervanging: bij inning door de pandhouder of ingevolge lid 4 door de pandgever, komt het pandrecht op het geïnde te rusten - meestal uiteraard een geldsom, maar het kan ook bijvoorbeeld een gekochte of aanbestede zaak zijn.

Is het een geldsom die contant is betaald of op een rekening is bijgeschreven, dan behoort in beginsel dat bedrag afgezonderd te worden gehouden van het overig vermogen van de pandhouder of pandgever. Een eenvoudiger mogelijkheid tot afwikkeling biedt echter artikel 255 de pandhouder.

Betaalt de schuldenaar aan de pandgever omdat de vordering op hem stil verpand is en die verpanding hem (nog) niet is meegedeeld, dan is daardoor dat pandrecht vervallen, en valt het geïnde zonder meer in het vermogen van de schuldeiser - van zaaksvervanging ten behoeve van de pandhouder is dan geen sprake.

Met betrekking tot het stemrecht dat aan een verpand goed is verbonden, geeft **artikel 247** dezelfde regeling als artikel 219 voor het stemrecht, verbonden aan een goed waarop vruchtgebruik rust. Naar de toelichting bij dat artikel zij hier verwezen.

Artikel 248

De artikelen 248 tot en met 255 bevatten de regeling omtrent het verhaal dat de pandhouder door executie op het hem verbonden goed kan nemen. De regeling krijgt nog enige uitwerking in het

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bijvoorbeeld in de regel dat de hoogst gerangschikte pandhouder een door een andere schuldeiser begonnen executie kan overnemen (zie artikel 461a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Karakteristiek voor de positie van de pandhouder, evenals voor die van hypotheekhouder, is dat hij het recht van parate executie heeft, dat wil zeggen dat hij zich op het hem verbonden goed kan verhalen zonder daartoe door een vonnis te zijn gemachtigd; in het faillissement van de schuldenaar is hij separatist - hij vervolgt zijn recht buiten de curator om en de faillissementskosten komen niet te zijnen laste, en ook surséance van betaling raakt hem niet. Aldus, in overeenstemming met artikel 1185 van het huidige BW, voor de pandhouder lid 1 van het onderhavige artikel. Voor het overige verschilt de uitwerking in details van die in het huidige recht, onder andere omdat wordt aangesloten bij het criterium van "verzuim" dat in Boek 6, meer gepreciseerd dan in het tegenwoordige recht, een definiëring zal vinden (vgl. de artikelen 6:81 e.v.).

Een verschil met artikel 1185 BW is, dat dit laatste rekening houdt niet alleen met verzuim van de schuldenaar, doch ook met handelingen van de eventuele derde pandgever die de waarde van het verpande goed aantasten. Aan zo'n voorziening bestaat geen behoefte: pandhouders plegen te bedingen dat hun vordering in geval van ernstige waardevermindering, ook buiten ieders schuld, zoals door plotselinge koersdaling van verpande effecten, opeisbaar wordt, zodat het dan van de houding van de schuldenaar afhangt of het tot executie komt.

De normale wijze van executie is, aldus lid 1, verkoop van het verpande goed, en wel in beginsel in het openbaar (artikel 250); voor pand op geld en vorderingen is verkoop uiteraard niet de meest praktische weg - zie daaromtrent de artikelen 246 en 255.

Is in beginsel het intreden van verzuim door de schuldenaar het sein dat aangeeft wanneer executie een aanvang kan nemen, óf er sprake is van verzuim, is niet altijd ondubbelzinnig duidelijk; wegens de gevolgen die zulke onzekerheid kan meebrengen, laat lid 2 partijen toe te bedingen dat executie alleen kan geschieden nadat de rechter het bestaan van het verzuim heeft vastgesteld (vgl. artikel 1186 van het huidige BW).

Lid 3 past in de gedachte van het zakenrecht dat het recht en de belangen van een hoger gerangschikte beperkt gerechtigde niet kunnen worden aangetast door een lager gerangschikte gerechtigde. Een eerste pandrecht wordt niet verjaagd als gevolg van executie door een tweede pandhouder, evenmin als een vruchtgebruik dat eerder dan het pandrecht is gevestigd. Als regel gaat een ouder pandrecht boven een jonger, doch voor uitzonderingen zie men de artikelen 177 lid 3 229 lid 2 238 lid 2 en 242. Er is hier verschil met executie door een lager gerangschikte hypotheekhouder, die het verbonden registergoed ook van hoger gerangschikte hypotheekbehouders zuivert (artikel 273); de meer formele regeling van de afwikkeling der hypotheek met de daarbij behorende zuivering waarborgt dat hierdoor geen belangen in de knel komen.

Artikel 249 regelt tweërlei; de aanzeggingsverplichting die rust op de pandhouder die voornemens is te executeren en de lossingsbevoegdheid van de schuldenaar of (derde-)pandgever, een andere beperkt gerechtigde, zoals een vruchtgebruiker, en een eventuele beslaglegger.

De aanzeggingsverplichting, die het huidige recht niet kent, is van regelend recht. De aard der goederen kan afwijking in spoedgevallen wenselijk maken om terstond te kunnen verkopen, bijvoorbeeld effecten bij een plotselinge koersval. Voor het geval pandhouder noch schuldenaar

of pandgever van alle relevante adressen op de hoogte is, is nog de zinsnede "voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is" ingevoegd. De aanzeggingstermijn is op ten minste drie dagen gesteld, de wijze van aanzegging is schriftelijk, waaronder met het oog op de ontwikkeling der techniek in elk geval mede het telegram, de telex en de telefax worden verstaan, naast de gewone of aangetekende brief en het exploit (artikel 37 lid 2).

De sanctie op lid 1 is niet ongeldigheid van de executoriale verkoop, doch schadevergoeding.

Lossing van het verpande goed betekent dat het goed wordt verlost van het pandrecht van de pandhouder die wil executeren: diens recht vervalt. Andere gevolgen hangen af van de situatie. Lost de schuldenaar zelf, dan kan de plaats van het vervallen pandrecht bijvoorbeeld worden ingenomen door een opschuivend, oorspronkelijk tweede, pandrecht. De derde pandgever die lost, wordt gesubrogeerd in de rechten van de pandhouder jegens de schuldenaar; het pandrecht dat de gesubrogeerde vordering volgt, gaat dan door vermenging teniet, behoudens het bepaalde in artikel 81 lid 3 (artikel 6:150, onderdeel b; vgl. artikel 1423, onderdeel 3^o, van het huidige BW, overeenkomstig HR 22-11-1940, NJ 1941, 728).

Onder het nieuwe recht zal ook degene die op het verpande goed een beperkt recht heeft, kunnen worden gesubrogeerd - zie artikel 6:150, onderdeel c: het pandrecht gaat dan op hem over. Hetzelfde geldt voor de beslaglegger: zie eveneens artikel 6:150, onderdeel c; vgl. artikel 1423, onderdeel 1^o, van het huidige BW.

Het lossingsrecht is niet afhankelijk van de aanzegging: vgl. het huidige artikel 1403 en artikel 6:30.

In lid 1 is de wijze van mededeling zelf opgenomen; de Nederlandse tekst verwijst hier naar een algemene maatregel van bestuur (Besluit van 22-8-1991, Stb. 433, met gelijke inhoud).

Artikel 250 geeft de hoofdregel van de wijze van executie aan: openbare verkoop, dan wel verkoop via markt of beurs voor goederen die aldaar verhandelbaar zijn, zoals effecten. Voor de openbare verkoop aldus ook thans artikel 1185. Verkoop over markt of beurs kwam reeds in artikel 1201 van het oude Nederlandse BW voor, zij het dat de tussenkomst van een tweetal makelaars was vereist. De bepaling verlangt niet dat deze verkoop hier te lande geschiedt.

Voor de afwijkingen van de hoofdregel zie de artikelen 251 en 255.

Artikel 251 lid 1, geeft in hoofdzaak weer hetgeen thans artikel 1186 lid 1 bepaalt: de rechter kan, op verzoek van een der partijen, bevelen dat het onderpand anders dan in het openbaar zal worden verkocht, dan wel aan de pandhouder zal verblijven tegen een door hem te bepalen bedrag. Niet zelden zal aldus het onderpand meer opbrengen dan bij openbare verkoop, hetgeen althans voor de pandgever en soms ook voor de pandhouder voordelig is. Uit de aanhef van het lid volgt dat de regeling van dwingend recht is. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17-6-1994, NJ 1995, 367, beslist dat, althans in beginsel, tegen de beschikking van de rechter, conform artikel 268 lid 3 geen hogere voorziening is toegelaten.

Voor het geval van verblijving is ingevoegd dat de positie van de pandhouder alsdan met die van een koper wordt gelijkgesteld; voor de afrekening heeft dit toepasselijkheid van artikel 253 tot gevolg.

Lid 2 erkent de geldigheid van overeenkomsten tussen partijen omtrent een alternatieve verkoop, indien zij worden aangegaan op een tijdstip waarop de pandhouder tot executie bevoegd is; aldus

reeds HR 17-1-1929, NJ 1929, 622. Overeenkomsten voordien zijn niet geldig, omdat misbruik van de sterkere positie van de pandhouder dan te zeer voor de hand ligt.

Voor de tweede zin vergelijk men een bepaling als artikel 177: een beperkt gerechtigde, en ook een beslaglegger, moet in de gelegenheid zijn, zijn belang te beschermen.

De inhoud van **artikel 252** - de verplichting tot mededeling van de executie aan de schuldenaar, en eventueel derde pandgever - komt in hoofdzaak overeen met die van het huidige artikel 1186 lid 2. Het nieuwe artikel bevat echter regelend recht en houdt rekening met verhinderende omstandigheden, zoals onbekendheid met een adres; dit laatste spreekt temeer, nu het artikel voorschrijft ook andere beperkt gerechtigden van de executie op de hoogte te stellen. Zie voor de wijze van berichtgeving artikel 249 lid 1 en de toelichting daarop.

Artikel 253

Behalve het summiere slot van artikel 1185 bevat het huidige BW geen regeling omtrent de afwikkeling der executie, in het bijzonder de verdeling der koopsom, hetgeen kan leiden tot onbillijkheden en een doorkruising van het wettelijk systeem der rangorde.

In de eerste plaats zijn de executerende pandhouder en de pandgever niet steeds de enige belanghebbenden bij de verdeling van de koopsom na executie. Al worden beperkte rechten die hoger gerangschikt zijn dan het pandrecht van de executant, bij de executie gerespecteerd, dat geldt niet voor de lager gerangschikte rechten, die door de executie vervallen, en evenmin voor beslagen die op het onderpand zijn gelegd door schuldeisers, zelfs indien hun vordering boven die van de pandhouder voorrang heeft. Al deze personen hebben er belang bij dat zij bij de verdeling van de koopsom worden betrokken en dat ieder daaruit ontvangt hetgeen hem overeenkomstig de rang van zijn vordering toekomt (waarbij in aanmerking moet worden genomen dat onder het nieuwe recht ook een beperkt gerechtigde wiens recht door de executie vervalt, daarvoor in de plaats een bevoorrechte vordering verkrijgt - vgl. artikel 282).

Lid 1 van artikel 253 houdt met deze belangen rekening door te verwijzen naar in artikel 490b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te nemen regels die de opening van een gerechtelijke rangregeling mogelijk maken, zo de belanghebbenden onderling niet tijdig tot overeenstemming komen.

Het ontbreken van een wettelijke regeling omtrent de afwikkeling der executie heeft nog een tweede onwenselijk gevolg: de wet verzet zich er niet tegen dat de executant zijn verplichting tot afdracht van het overschot der koopsom aan de pandgever in compensatie brengt met een tweede vordering op de pandgever die niet door het pand is gewaarborgd. Aldus verschaft hij zich voor zulke vordering, ook zonder enige voorrang, een feitelijke voorsprong boven andere schuldeisers, ook indien dezen wel een hoger recht hebben. Bovendien kan de pandhouder door de compensatiebevoegdheid uit te oefenen ook voor deze schulden buiten het faillissement en de surséance van betaling van de pandgever blijven (zie aldus voor faillissement HR 9-12-1926, NJ 1927, 550). Daartegen richt zich lid 2 door de bevoegdheid tot compensatie uit te sluiten in de gevallen waarin deze tot nadeel van andere schuldeisers zou strekken.

Artikel 1189 lid 2 verschaft thans de pandhouder nog een retentierecht op het onderpand voor een tweede vordering tussen pandhouder en pandgever, aangegaan na het tijdstip der verpanding, die niet door het onderpand wordt gewaarborgd. In de nieuwe wetgeving keert dit niet als

zodanig terug, omdat ook zo'n recht de rangorde tussen de schuldeisers zou doorbreken. Reeds nu staat dit "Gordiaanse" retentierecht bovendien niet sterk, omdat het door de executie van het onderpand vervalt en zich niet uitstrekt tot de koopsom die daardoor verschuldigd wordt (aldus HR 15-11-1909, W 8930). Of voor de tweede vordering een retentierecht geldt, wordt aan de algemene regeling daarvan in titel 3.10, mede in verband met die van de opschortingsrechten in Boek 6, overgelaten.

Het huidige recht kent het begrip "hulpzaak" als een zaak die weliswaar geen bestanddeel van een andere zaak is, maar die er toch toe bestemd is een andere zaak te "dienen". Is zo'n hulpzaak op deze wijze gekoppeld aan een onroerende zaak, dan is zij ook zelf onroerend en wel door bestemming, mits zij aan de in artikel 563 van het BW gestelde vereisten voldoet. Het nieuwe recht laat deze categorie van zaken die door bestemming onroerend zijn vallen, omdat de onderscheiding in het algemeen meer problemen oproept dan oplost. In één opzicht echter heeft de bestemming tot onroerende zaak een praktisch positief gevolg, namelijk daarin dat zij een schuldeiser in staat stelt hypotheek op deze hulpzaken te bedingen en die hypotheek tezamen met die op de hoofdzaak te executeren: gezamenlijke executie zal gewoonlijk een hogere opbrengst en geringere kosten meebrengen dan afzonderlijke executie.

Artikel 254 beoogt dit praktische voordeel te handhaven, doch niet door het onroerend verklaren van hulpzaken, doch door een speciale, alleen op pand en hypotheek toegesneden regeling, die inhoudt dat een gezamenlijke executie als boven bedoeld kan worden bedongen, ook al is op de hoofdzaak - als onroerend - hypotheek gevestigd, en op de hulpzaken - als roerend - pand. Een dergelijk beding verplicht niet tot zo'n gezamenlijke executie, en evenmin verhindert ze dat een andere schuldeiser als beslaglegger of pandhouder de hulpzaken afzonderlijk executeert - in artikel 461c van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal worden geregeld dat de schuldeiser die het beding heeft gemaakt, alsdan de executie kan overnemen.

Niet is vereist dat het beding gelijktijdig met het vestigen van hypotheek en pand wordt gemaakt, maar een later tot stand gekomen beding kan uiteraard niet worden tegengeworpen aan een schuldeiser aan wie een voordien gevestigd recht van pand of hypotheek toekomt.

Lid 1 geeft aan welke vereisten aan het maken van het beding worden gesteld: een omschrijving van de "hulpzaken" waarvoor het beding geldt, verpanding overeenkomstig artikel 237, dat wil zeggen "stille" verpanding, alsmede de regel dat op de onroerende hoofdzaak voor dezelfde vordering hypotheek is gevestigd. De omschrijving der "hulpzaken" beantwoordt aan die welke de rechtspraak en literatuur uit artikel 563 afleiden, doch niet wordt verlangd dat het de eigenaar van zowel hoofdzaak als hulpzaken is die hun de bestemming heeft gegeven; in het beding zelf moet worden omschreven op welke zaken - hulp- en hoofdzaak - het betrekking heeft.

Lid 1 geeft voorts aan dat gemeenschappelijke executie zal geschieden door toepassing van de regels die voor hypotheek gelden, hetgeen in lid 2 wordt uitgewerkt.

Lid 3 wijst het beding aan als vatbaar voor inschrijving in de openbare registers (artikel 17). Inschrijving verhindert niet dat de verpande zaken overeenkomstig artikel 86 door een derde te goeder trouw, met vervallen van het pandrecht, worden verkregen, noch dat zij, met rangwisseling, aan een (andere) schuldeiser te goeder trouw overeenkomstig artikel 238 worden verpand. Wel echter vereist een beroep van deze derde op zijn goede trouw dat hij een onderzoek instelt naar mogelijke rechten van anderen en dan ligt het voor de hand dat onderzoek zich ook uitstrekt tot de openbare registers, als de aard der (hulp)zaken en hun uiterlijke vorm de kans op

het bestaan van een beding volgens artikel 254 reëel maken.

Artikel 255

Evenals op andere goederen kan ook op geld - al dan niet hier te lande wettig betaalmiddel, en ook in de vorm van een saldo op een bank- of girorekening - pandrecht rusten. Niet alleen zal dit voorkomen als een pandrecht dat banken plegen te bedingen op saldi van bij hen lopende rekeningen van cliënten, het kan ook bijvoorbeeld een gevolg zijn van zaaksvervanging overeenkomstig artikel 229 lid 1 of artikel 246 lid 5. Voorts zal een waarborgsom soms kunnen worden geduid als een verpande geldsom, maar dan is vereist dat het geld, hetzij in muntspecie, hetzij op een afzonderlijke rekening wordt bewaard, zodat de pandhouder daarover vóór de executie niet kan beschikken.

Executie van pand op een geldsom door verkoop daarvan, zoals in de artikelen 250 en 251 voorgeschreven, zal meestal, en zeker als het hier te lande wettig betaalmiddel is, geen goede zin hebben en een verzoek aan de rechter overeenkomstig artikel 251 tot verblijving is voor een geldsom nodeloos omslachtig.

Artikel 255 staat daarom toe dat de pandhouder zelf zijn vordering uit de geldsom voldoet. Daarbij is hij gebonden aan de in artikel 253 neergelegde regels omtrent de verdeling van de opbrengst, zodat hij de beperkingen die de wet hem in verband met de rangorde van vorderingen en compensatie voorschrijft, in acht moet nemen. Eveneens geldt voor hem de mededelingsplicht zoals die in artikel 252 is omschreven. Het artikel is geconstrueerd als een bevoegdheid voor de pandhouder, en zijn belang zal meebrengen dat hij die ook gewoonlijk zal uitoefenen. Ook de pandgever heeft echter veelal belang bij afwikkeling volgens dat artikel, en hij kan de uitoefening, krachtens de tweede zin van lid 1, ook in de regel afdwingen, waarbij echter als voorwaarde is gesteld, niet alleen dat de vordering van de pandhouder opeisbaar is, maar ook dat de pandgever bevoegd is in de verpande valuta te betalen: tegen opdringen van een betaling in vreemde valuta verzet zich het belang van de pandhouder.

Gaat het pandrecht, gewoonlijk door voldoening der schuld, teniet zonder dat executie heeft plaatsgevonden, dan rust op de pandhouder de plicht het onderpand terug te geven of ervoor te zorgen dat de derde aan wie het is toevertrouwd, het teruggeeft - **artikel 256**, eerste zin. Aldus ook thans artikel 1189 lid 1 van het BW. Ten opzichte van deze bepaling is de voorgestelde tekst nog enigszins gespecificeerd. Hij houdt bijvoorbeeld ook in dat een bij de verpande vordering behorende schuldbekentenis die aan de pandhouder was afgegeven, wordt teruggegeven. Teruggave aan de pandgever komt niet aan de orde indien op het onderpand nog een ander recht - een tweede pandrecht of een vruchtgebruik - rust dat verhindert dat de feitelijke macht aan de pandgever toekomt.

De vordering waarvoor het pand tot zekerheid is gesteld, kan zelf aan een pandhouder in pand zijn gegeven of ook kan een vruchtgebruiker daarop zijn beperkt recht hebben. De tweede zin schrijft voor dat alsdan op deze pandhouder of vruchtgebruiker van die vordering de verplichtingen van de eerste zin rusten, indien, zoals in de regel het geval zal zijn, het pandrecht dan ook te hunnen aanzien teniet is gegaan (zie voor een uitzondering artikel 81 lid 3, eerste zin).

Op de pandhouder en de derde in wiens macht een verpand goed overeenkomstig artikel 236 lid 1, of 237 lid 3 is gegeven, rust een "zorgplicht": artikel 243; zie ook artikel 233. Ernstige

schending van die verplichting wordt niet slechts gesanctioneerd door schadevergoeding, doch kan ingevolge **artikel 257** ook leiden tot een rechterlijke beslissing dat het pand moet terugkeren tot de pandgever, dat de pandhouder het (van de derde aan wie het was toevertrouwd) in zijn macht krijgt of dat het bij een derde in gerechtelijke bewaring wordt gesteld. De rechter is vrij in zijn beslissing. Valt zijn keuze op teruggave aan de pandgever, dan eindigt daarmee het pandrecht: zie het volgend artikel. Vgl. voor het huidige recht artikel 1189 lid 1.

Het pandrecht kan op verschillende manieren eindigen - zie artikel 81 lid 2 en de toelichting daarop - waarnaast nog te noemen valt de executie. **Artikel 258** lid 1 voegt daaraan toe terugkeer van een als vuistpand krachtens artikel 236 afgegeven goed in de macht van de pandgever. Vergelijk thans artikel 1182 lid 3 (buiten het geval van lid 4 van dat artikel, dat door artikel 245 wordt vervangen).

De bepaling geldt niet voor het stille pandrecht, ook niet wanneer de pandhouder, nadat hij ingevolge artikel 237 lid 3 het onderpand in zijn macht heeft genomen, het opnieuw aan de pandgever toevertrouwt.

Een van de wijzen waarop een pandrecht teniet kan gaan, is afstand (artikel 81 lid 2 onderdeel c), waarvoor in de regel levering als voor overdracht en vestiging is vereist (artikel 98). Lid 2 voorziet in een vereenvoudigde wijze van afstand en wel door enkele overeenkomst, mits de toestemming van de pandhouder uit een schriftelijke verklaring blijkt. Bij afstand van het pandrecht op een vordering bijvoorbeeld is derhalve geen mededeling aan de schuldenaar daarvan vereist.

Afdeling 3.9.3 - Pandrecht van certificaathouders

De afdeling, die slechts een artikel - **artikel 259** - bevat, regelt een aspect van de verhouding tussen belanghebbenden bij certificaten van aandelen of schuldvorderingen. Het verleent aan de houders van die certificaten waar die in de praktijk het meeste voorkomen, een wettelijk pandrecht op de aandelen waarvoor de certificaten zijn uitgegeven.

Meestal worden certificaten aan toonder van aandelen op naam uitgegeven om enerzijds de kring van - stemgerechtigde - aandeelhouders besloten te houden, en anderzijds toch een ruim publiek te interesseren in kapitaalverschaffing aan de vennootschap (in aansluiting op deze praktijk wordt in deze toelichting degene die de certificaten uitgeeft, gemakshalve aangeduid als het administratiekantoor, en degene die de aandelen of schuldvorderingen - obligaties - heeft uitgegeven, als de vennootschap). Op deze wijze kunnen de certificaten gemakkelijk van recht-hebbende wisselen, terwijl de, wat moeizame, overdracht van aandelen op naam, gewoonlijk verbonden aan vereisten in blokkeringsregelingen, wordt vermeden. Daarnaast komt in de praktijk certificering van schuldvorderingen - obligaties - en van effecten aan toonder voor, waarmee het artikel dan ook rekening houdt.

De certificaathouder is niet zelf rechthebbende op de aandelen of obligaties - dat is het administratiekantoor. Met dat kantoor heeft hij een rechtstreekse obligatoire band, strekkende tot uitkering van bedragen overeenkomstig hetgeen het administratiekantoor bij de vennootschap bij wijze van dividend en liquidatiesaldo int. Het administratiekantoor treedt niet op als bewindvoerder over de aandelen ten behoeve van de certificaathouders, maar heeft een eigen zelfstandig recht, zowel in de zeggenschap binnen de vennootschap als in de geldvorderingen op

de vennootschap. In lid 1 wordt dit als inleiding voorop gesteld.

Lid 2, dat een pandrecht op de aandelen en obligaties aan de certificaathouders toekent, maakt met betrekking tot de totstandkoming daarvan enige onderscheidingen. In de eerste zin wordt verondersteld dat de aandelen of obligaties op naam - uitsluitend of mede van het administratiekantoor - zijn gesteld en dat de vennootschap haar medewerking aan de certificering heeft verleend - meestal zal ze het initiatief daartoe hebben genomen. In dit, het in de praktijk meest voorkomend, geval kan het pandrecht direct uit de wet voortvloeien: door mee te werken aan de certificering weet de vennootschap van het bestaan van de certificaathouders en hun belangen, en neemt zij verantwoordelijkheid voor hun rechtspositie. Het vereiste van een afzonderlijke vestiging met mededeling aan de vennootschap heeft in dit geval geen goede zin. Het pandrecht dat de certificaathouders verkrijgen, wordt aangeduid als een gezamenlijk - derhalve niet individueel - recht, zodat daarop de bepalingen van titel 3.7 van toepassing zijn.

Anders is het, wanneer de certificaten zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven en haar aandelen op naam staan. De vennootschap heeft dan geen beroep op de anonieme kapitaalmarkt gedaan en haar belang bij de besloten kring van aandeelhouders staat voorop - daartoe zal zij gewoonlijk overdracht en verpanding van aandelen aan een blokkeringsregeling hebben gebonden. Het gaat niet aan dat beleid door een wettelijk pandrecht te doorkruisen.

Tegen verpanding van certificaten van schuldvorderingen op naam bestaat geen bezwaar, ook niet wanneer die certificaten buiten de vennootschap om zijn uitgegeven: executie door de pandhouder betekent niet anders dan vervanging van de ene schuldeiser door de andere, en verkrijging van zeggenschapsrechten is hier niet aan de orde. In de tweede zin van lid 2 wordt dan ook een wettelijk pandrecht op de schuldvorderingen aan de certificaathouders voor dit geval toegekend. Wel is vereist dat de vennootschap op de hoogte wordt gesteld van de uitgifte der certificaten die het pandrecht tot gevolg heeft. In de regel zal de mededeling door het administratiekantoor worden gedaan, maar wanneer dat in gebreke blijft, zal de certificaathouder hiervoor zelf zorgen.

Worden certificaten voor toonderstukken uitgegeven, dan bestaat tegen een wettelijk pandrecht geen bezwaar, maar dan zou toepassing van artikel 236 lid 1 meebrengen dat de stukken in de macht van de certificaathouders of een derde worden gesteld; gezien de functie van het administratiekantoor bestaat hiervoor geen goede reden, zodat daarvan kan worden afgezien - aldus de laatste zin van lid 2.

Lid 3 beperkt de bevoegdheden van de certificaat/pandhouders tot het uitlokken van een executie wanneer daartoe aanleiding bestaat; een zelfstandig recht jegens de vennootschap tot inning van vorderingen overeenkomstig artikel 246 komt hun derhalve niet toe.

Het belang van het gezamenlijk pandrecht is dat niet een groot aantal certificaathouders individueel gaat executeren, hetgeen licht tot chaos zou leiden, maar dat de rechter en een door hem aangewezen bewindvoerder de executie in de hand kunnen houden en in goede banen leiden. Met het oog daarop is ook rekening gehouden met een situatie waarin een deel van de certificaathouders wel, en een ander deel niet een executie op prijs stelt.

Afdeling 3.9.4 - Recht van hypotheek

De afdeling bevat een aantal vernieuwingen ten opzichte van het bestaande recht. Deze betreffen in het bijzonder het huurbeding (artikel 264), de executie (artikelen 268 e.v.), de zuivering

(artikel 273) en de doorhaling van een vervallen hypotheek (artikel 274).

Verscheidene bepalingen in de bestaande regeling behoeven hier niet opnieuw een plaats te vinden, omdat zij elders in het systeem van het nieuwe BW passen, in het bijzonder, mede via artikel 98, in titel 3.4 en afdeling 3.9.1. Zo volgt uit artikel 97 lid 1, j° artikel 98 dat een hypotheecaire levering, anders dan een voor pand, niet bij voorbaat op toekomstige goederen kan geschieden. Welke rangorde aan hypotheek toekomt, vindt bovendien nadere regeling in titel 3.10.

De eerste zin van **artikel 260** lid 1, omschrijft de handeling van levering overeenkomstig hetgeen uit artikel 89, leden 1 en 4, in verband met artikel 98 kan worden afgeleid. De vereisten voor de in te schrijven feiten worden gepreciseerd in de wet, bedoeld in artikel 16 lid 2 hetgeen in de plaats komt van het thans gebruikelijke borderel - niet dit, doch de akte zelf (of een afschrift of een uittreksel daarvan) wordt ingeschreven. De tweede, derde en vierde zin stellen nadere eisen aan de akte, naast hetgeen voortvloeit uit titel 3.4 en de wetgeving op het notarisambt. De akte kan overigens uiteraard andere bedingen bevatten, aan sommige waarvan elders in de afdeling zakelijke werking wordt toegerekend.

De tweede en de derde zin zijn enigszins strikter geformuleerd dan het voor pand geldende vergelijkbare artikel 241. Zij laten wel bank- en krediethypotheek toe. De eis der bepaalbaarheid van de vordering verlangt dat uiterlijk ter gelegenheid van de executie moet kunnen worden vastgesteld, bijvoorbeeld aan de hand van de administratie van de bank, voor welke vordering(en) de hypotheek is gesteld.

Bij de derde zin vergelijk men artikel 1205 van het huidige BW.

Daar hypotheek een recht is dat afhankelijk is van het bestaan van een vordering, kan de hypotheek reeds met de vordering teniet zijn gegaan, zonder dat dit feit is ingeschreven. Evenmin hoeft uit de inschrijving te blijken voor welk bedrag de vordering op een gegeven ogenblik nog bestaat. Een derde, in het bijzonder iemand die het verhypothekerde goed wil verwerven, heeft er om deze of soortgelijke redenen belang bij, gemakkelijk nadere gegevens over de hypotheek in te winnen. Vandaar dat de vierde zin, het voorschrift om hier te lande woonplaats van de hypotheekhouder te kiezen, is opgenomen.

Lid 2 stemt overeen met artikel 1221, het derde met artikel 1201 lid 2 van het huidige BW. Lid 4 verwijst onder andere naar artikel 84 j° artikel 98.

Artikel 261 lid 1, komt overeen met artikel 1211, het tweede met artikel 1212, zoals die artikelen thans luiden, met dien verstande dat voorgesteld wordt de voorrangregel - afwijkend van die van artikel 21 - slechts te laten gelden voor gelijktijdigheid van inschrijving, en niet meer, zoals thans, ook voor hypotheecaire inschrijvingen binnen acht dagen na de overschrijving van de akte van overdracht, respectievelijk toedeling. De huidige regeling tast de rechtszekerheid aan en is bovendien overbodig, daar in de praktijk de inschrijvingen ter zake van de overdracht, vestiging van hypotheek en andere rechten gelijktijdig geschieden. Dat de verkrijger van een registergoed geen beperkte rechten kan verlenen voordat zijn verkrijging is ingeschreven, volgt uit artikel 97 lid 1.

Onder de regeling van lid 2 valt zowel de hypotheek ter zake van een vordering wegens overbedeling als die voor een uit geldlening waarin zulk een overbedelingsvordering eventueel is

genoveerd, mits uit de inschrijving van deze novatie blijkt.

Artikel 262 lid 1 geeft een wettelijke grondslag aan de praktijk van de rangwisseling tussen hypotheek op grond van "lichten" of "opstaan", met tevens een vereenvoudiging van de formaliteiten. Lid 2 breidt dit uit tot rangwisseling tussen een latere hypotheek en een eerder ander beperkt recht zoals erfpacht of omgekeerd. De rangwijziging behoeft niet tegelijkertijd met de inschrijving der hypotheek te worden ingeschreven, zij kan ook bij latere akte geschieden.

Verkrijgt een latere hypotheekhouder wel toestemming tot rangwisseling van de eerste hypotheekhouder, doch niet van de tweede, dan neemt hij bij executie niet de plaats van de eerste hypotheekhouder in voor meer dan dat deel van zijn vordering dat overeenkomt met het bedrag van de (oorspronkelijk) eerste hypotheekhouder.

Artikel 263 regelt in hoeverre de, voor de hoofdsom gegeven, hypotheek mede strekt tot waarborg voor de rentevordering daarover. In die zin vormt het artikel de voortzetting van artikel 1213, waarmee het in hoofdzaak overeenstemt; vgl. voor pand artikel 244. Het artikel is echter beperkt tot de rente over een of meer bepaalde vorderingen waarvoor de hypotheek is gesteld: bij bank- of krediet hypotheek strekt de waarborg zich uit over alle vorderingen - ook de rentevorderingen - die uit de kredietverhouding voortvloeien, doch wordt de grens der dekking gevormd door het maximumbedrag dat krachtens artikel 260 lid 1, derde zin, slot, in de akte moet worden vermeld. Lid 1 is bovendien beperkt tot de wettelijke rente, die tot een maximum van drie jaar door de hypotheek mede wordt gedekt indien geen afwijkend beding bij de hypotheekakte is gemaakt: in hoeverre de hypotheek mede strekt tot waarborg voor bedongen rente, kan en zal in de hypotheekakte moeten worden geregeld.

Lid 2, dat zowel voor de wettelijke als de bedongen rente geldt, sluit aan bij het bovenvermelde artikel 260 lid 1, derde zin, slot: geen hypotheek ter dekking van bedragen die onverwacht hoog kunnen oplopen, zonder dat een maximum is gesteld.

Artikel 1597 van het bestaande BW behelst een beginsel dat, niet geheel juist, pleegt te worden samengevat in de regel: koop breekt geen huur. Het berust op de gedachte dat een huurder, ook al komt hem geen zakelijk recht toe, zijn rechtspositie behoort te houden, ook al houdt zijn verhuurder op rechthebbende op het verhuurde goed te zijn.

Is het goed verhypothekeerd, dan komt dit beginsel in het bijzonder ter gelegenheid van executie in strijd met belangen van anderen, omdat dan het goed niet onbelast op de markt kan worden aangeboden, hetgeen de marktprijs aanzienlijk kan doen dalen. Het is duidelijk dat dit noch in het belang van de hypotheekhouder is, noch ook in het belang van de hypotheekgever, voor wie de toegang tot de financiering wordt belemmerd of zelfs afgesloten, terwijl ook het aantal gegadigden voor de executoriale koop gering zal zijn. Voorts kan de verhuring in het bijzonder voor lager gerangschikte hypotheekhouders schadelijk zijn. De wet - artikel 1214 van het BW - erkent dan ook het beding in de hypotheekakte waarbij de hypotheekgever wordt beperkt in zijn bevoegdheid het verhypothekeerde goed te verhuren. De beperking kan daarbij liggen in het vereiste van toestemming door de hypotheekhouder tot verhuring of ook in de wijze waarop en de tijd waarvoor de huur wordt overeengekomen: een lage huurprijs en een lange duur van de huur beïnvloeden de koopprijs nadelig.

De regeling van artikel 1214, die het beding, mits ingeschreven, een zekere zakelijke werking

verleent, heeft geleid zowel tot de vraag jegens wie als door wie het beding kan worden ingeroepen, vragen die reeds gedeeltelijk door de rechtspraak zijn beantwoord. **Artikel 264** verduidelijkt de regeling.

Als degene jegens wie de bevoegdheid kan worden uitgeoefend, noemt artikel 264 lid 1, in de eerste plaats de latere verkrijgers van het verhuurde en verhypothekerde goed, conform artikel 23. Het beding heeft tegenover hen "zakelijke werking". In de tweede plaats is dat de huurder, en wel degene aan wie het goed is verhuurd na de inschrijving van de akte met het beding in de openbare registers - degene die te dien tijde reeds huurder was, wordt, uiteraard, niet getroffen door een beding dat de bevoegdheid tot verhuring beperkt. Ook al is een latere huurder geen verkrijger in de zin van artikel 23, en wordt van hem geen onderzoek van de openbare registers gevergd - en is zulk een onderzoek ook ongebruikelijk -, zijn onwetendheid omtrent het huurbeding wordt in dit geval niet beschermd.

Degenen aan wie een beroep op het beding toekomt, zijn de hypotheekhouder die het beding heeft gemaakt, en diens rechtsopvolgers - ook in dit opzicht heeft het beding zakelijke werking -, alsmede de koper die het goed na uitwinning verkrijgt. Diens bevoegdheid is evenwel beperkt, conform huidig recht, als een afgeleide van de bevoegdheid van de hypotheekhouder: alleen als die ten tijde van de executoriale verkoop nog bestond en de uitoefening volgens de verkoopvoorwaarden aan de koper is overgelaten, komt ze de koper toe (vgl. HR 14-5-1976, NJ 1977, 150). Op een opvolgend verkrijger gaat de bevoegdheid niet over, zelfs niet indien het goed na executie rechtstreeks aan hem wordt geleverd (HR 3-2-1989, NJ 1990, 249). Is het de bedoeling van de koper om het geëxecuteerde goed binnen afzienbare tijd door te leveren aan een derde, die dan het huurbeding zal inroepen, dan kan hij het bij de executie kopen op naam van "een nader te noemen meester" (artikel 67). Een beroep op het beding jegens de huurder staat niet open aan de hypotheekgever/verhuurder.

Handelingen die het belang van de hypotheekhouder enz. kunnen schaden, zijn, behalve verhuring, ook bedingen tot vooruitbetaling van huursommen en tot cessie en verpanding daarvan. Ook deze handelingen kunnen - evenzeer voor de toekomst - door het huurbeding worden uitgesloten of beperkt. De eerste worden reeds door artikel 1214 genoemd, de laatste zijn toegevoegd. In dit geval kan het beding volgens de tekst der bepaling ook worden ingeroepen jegens degene aan wie de huursom werd gecedeerd of verpand.

Lid 2 geeft nadere inhoud aan het inroepen van het "huurbeding". De bepaling verwijst daartoe in de eerste plaats naar het - in het kader van de aanpassingswetgeving te wijzigen - artikel 544 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waaruit onder andere volgt dat de bevoegdheid pas na de aanzegging van de executie kan worden uitgeoefend. Voorts regelt het lid het gevolg der inroeping: deze leidt tot vernietiging van de huur, respectievelijk de bedingen tot vooruitbetaling, cessie en verpanding van de huursommen met werking slechts ten behoeve van degene die het inroept - de werking zal dientengevolge bijvoorbeeld in het algemeen tot de toekomst zijn beperkt. Lid 2 vormt een uitzondering op artikel 50 lid 2 omdat buitengerechtelijke inroeping van het huurbeding hier uitdrukkelijk wordt toegelaten, ook al betreft de huur een onroerend goed. Ook wordt nader aangegeven wanneer de vervaltermijn van de bevoegdheid begint te lopen.

Dat het inroepen van het huurbeding de huurder niet beperkt in zijn bevoegdheid tot het ongedaan maken van veranderingen in het gehuurde (artikel 1588) is reeds beslist bij HR 2-6-1989, NJ 1990, 253.

Lid 3 biedt de huurder jegens wie een beroep op het huurbeding is gedaan, nog bescherming door hem een recht op schadevergoeding uit de netto-opbrengst der executie toe te kennen, met voorrang onmiddellijk na degenen aan wie hij zijn recht niet kan tegenwerpen, zoals lager gerangschikte hypotheekhouders die het beding eveneens vóór de aanvang van zijn huur hebben gemaakt.

In het artikel is het parallelle artikel 264 van het Ned. BW niet gevolgd voor zover dat huurders verder in bescherming neemt in verband met ten gunste van deze groepen geldende bijzondere wetgeving in Nederland, in het bijzonder met betrekking tot de minimumduur en de opzegging van huurovereenkomsten; wel zal het inroepen van het beding onder bijzondere omstandigheden als misbruik van bevoegdheid moeten worden beschouwd, zoals wanneer de executie voldoende zou opbrengen met handhaving van de huur of het gehuurde bestemd is als beleggingsobject en de huur uit dat gezichtspunt normaal is. Het ontwerp bevat dienovereenkomstig geen bepalingen die corresponderen met artikel 264, de leden 3 tot en met 6 en lid 8 van het Ned. BW; lid 3 volgens het ontwerp stemt overeen met lid 7 van laatstgenoemd artikel.

Ook artikel 265 van het Ned. BW houdt verband met de Nederlandse wetgeving inzake huur en pacht, die hier te lande geen pendant heeft. Om deze reden is in het ontwerp geen **artikel 265** opgenomen.

Artikel 266 behoort tot de artikelen die een "wegnemingsrecht" (ius tollendi) toekennen aan bezitters en aan personen met een recht op of met betrekking tot een zaak; zie hieromtrent artikel 121 en de toelichting daarop. In beginsel omvat de hypotheek de zaak waarop zij rust met alle veranderingen - vgl. artikel 227 lid 2 van het ontwerp en artikel 1195 van het huidige BW - en dit leidt ook tot een bevredigende uitkomst bij zaken zoals gebouwen waaraan normale verbeteringen - zoals andere, modernere apparatuur en installaties - worden aangebracht. Een zgn. bouw hypotheek veronderstelt zelfs dat het bouwwerk in de loop der tijd waardevoller wordt en dat de hypotheek mede dient om de financiering daarvan mogelijk te maken. Tot die verbeteringen strekt het wegnemingsrecht zich niet uit, wel echter tot de verbeteringen die de waarde van de zaak hebben verhoogd zonder dat uit de strekking der hypotheek voortvloeit dat die waardestijging mede tot de dekking behoort. Meestal zal de hypotheekgever aan wie het recht toekomt, eigenaar van de zaak zijn, doch ook een erfpachter of een vruchtgebruiker kan een hypotheek op zijn recht hebben gevestigd.

Verwant aan het wegnemingsrecht is het recht op de vruchten. Ook de vruchten zullen gewoonlijk niet onder de hypotheek vallen, omdat deze op de grond als waarde object zal rusten. Het oogstingsrecht, dat in de tweede zin van het artikel aan de rechthebbende op de vruchten en beplantingen wordt toegekend, strekt zich slechts uit tot de ten tijde van de executie reeds te velde staande vruchten en beplantingen. Het kan bij de hypotheekakte niet worden uitgesloten, maar de hypotheekhouder kan zich uiteraard wel zelf door een overeenkomst met de rechthebbende een pandrecht op de vruchten en beplantingen verschaffen.

Een kenmerk van hypotheekrecht is dat het zekerheid verschaft op (de opbrengst van) een goed dat in de macht van de hypotheekgever blijft. Alleen in de uitzonderingsgevallen, in **artikel 267** scherp begrensd, mede door het vereiste dat ze in de hypotheekakte uitdrukkelijk als zodanig zijn erkend, kan de hypotheekhouder het goed in zijn macht overbrengen.

Het eerste van die gevallen is het ernstig tekort schieten van de hypotheekgever in zijn verplichtingen, bijvoorbeeld door verwaarlozing van het goed of het niet betalen van rente en aflossing op de schuld; vereist is dan tevens de machtiging van de kantonrechter. Is aan alle vereisten voldaan, dan kan de hypotheekhouder het goed in beheer nemen en is hij bevoegd tot de maatregelen die een behoorlijk onderhoud en eventuele exploitatie vergt.

Het tweede in het artikel voorziene geval is het kunnen uitoefenen van de feitelijke macht over het goed ter voorbereiding van de executie en de daaropvolgende aflevering van het goed aan de koper. Te denken valt aan de ontruiming van het gebouw ten einde het leeg te kunnen opleveren of het ter bezichtiging openstellen van het gebouw voor potentiële kopers.

De **artikelen 268 tot en met 273** regelen de executie door de hypotheekhouder en de gevolgen daarvan. Zij krijgen aanvulling in processuele regels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bijvoorbeeld inzake de bevoegdheid van een hypotheekhouder tot overneming van de executie van een beslaglegger of van een lager gerangschikte hypotheekhouder.

De hypotheekhouder heeft volgens het ontwerp, evenals de pandhouder, de wettelijke bevoegdheid tot parate executie: hij mag zijn vordering op het hem verbonden goed verhalen zonder dat hij die bevoegdheid aan een rechterlijk vonnis behoeft te ontleen. Eveneens volgens het ontwerp komt deze bevoegdheid aan alle hypotheekhouders toe - in het huidige recht is zij voorbehouden aan de eerste hypotheekhouder die deze bevoegdheid bij de hypotheekakte heeft bedongen.

Evenals de pandhouder is de hypotheekhouder "separatist" in het faillissement van de schuldenaar: hij kan zijn recht zelf vervolgen, buiten de curator om, en deelt niet in de faillissementskosten; surséance van betaling raakt hem niet.

De executieregeling is in het algemeen gemoderniseerd; zo heeft ook, naast de openbare verkoop, de onderhandse daarin een plaats gekregen. Zowel de openbare als de onderhandse verkoop van artikel 268 lid 2 is een vorm van executie - de algemene regels omtrent executie zijn daarop van toepassing, zoals die omtrent de zuivering van hypotheek (artikel 273).

De executieregeling voor hypotheek verschilt in enige opzichten van die voor pand. Zo blijven bij de pandexecutie de hoger gerangschikte pandrechten op het goed rusten, terwijl bij executie door een lager gerangschikte hypotheekhouder de hogere hypotheek niet worden gehandhaafd - waarbij in de rangregeling uiteraard de hogere positie van deze laatste tot haar recht komt. Voorts is in het algemeen de positie van de lager gerangschikte hypotheekhouders sterker dan die van de opvolgende pandhouders, hetgeen onder meer verband houdt met de nu eenmaal meer formele regeling van het hypotheekrecht.

Artikel 268 lid 1, omschrijft de wettelijke bevoegdheid van de - ook de lager gerangschikte - hypotheekhouder tot parate executie. Ondubbelzinnig wordt nu vastgelegd dat hij deze bevoegdheid niet ontleent aan een bedongen "mandaat" van de hypotheekgever, maar dat het een eigen, aan de wet ontleende, bevoegdheid is. De problemen waartoe een letterlijke interpretatie van artikel 1207 lid 2 van het huidige BW in het verleden heeft geleid, en die in de rechtspraak ten dele aan de orde zijn gekomen en in de literatuur uitvoerig zijn besproken, hebben daarmee hun grondslag verloren.

De aanhef van het lid geeft aan, aan welk vereiste moet zijn voldaan voor het uitoefenen van de bevoegdheid: de schuldenaar moet in verzuim zijn met de nakoming van zijn - contractuele of

wettelijke - verplichtingen die door de hypotheek worden gewaarborgd. Aan welke voorwaarden daartoe moet zijn voldaan, bijvoorbeeld of de schuldenaar in gebreke moet zijn gesteld, wordt in Boek 6 nader bepaald (afdeling 6.1.8).

De executie geschiedt in beginsel door openbare verkoop door de hypotheekhouder van het aan hem verbonden goed ten overstaan van een notaris, aldus lid 1. Daarnaast stelt lid 2 als mogelijkheid een onderhandse verkoop, waartoe de rechter, discretionair onder afweging van alle hem relevant voorkomende omstandigheden, op verzoek van de hypotheekhouder of de hypotheekgever kan beschikken - een mogelijkheid die veelal aantrekkelijk is, omdat aldus dikwijls een hogere koopprijs kan worden gehaald dan op een openbare veiling.

Lid 2 vereist voor de beschikking van de rechter dat hem een - volledig - conceptkoopcontract wordt voorgelegd: de enkele verwachting dat onderhandse verkoop gunstiger zal zijn dan openbare, is niet voldoende.

Niet steeds echter behoeft het voorgelegde contract het meest gunstige alternatief voor veiling te zijn. Vooral lager gerangschikte hypotheekhouders en andere beperkt gerechtigden, alsmede beslagleggers zullen er, naast de hypotheekgever, belang bij hebben dat de opbrengst van het goed zo hoog mogelijk is om in een overschot te kunnen delen nadat de executoriale hypotheekhouder is voldaan. Lid 2 biedt hun de gelegenheid voor hun belangen op te komen tijdens een procedure, gevoerd volgens de eerste zin van dit lid; ook hier is vereist een concreet aanbod tot koop. Een initiatief tot onderhandse verkoop kunnen deze belanghebbenden niet nemen - zij moeten zich niet tegen verkoop in het openbaar kunnen verzetten als executant en hypotheekgever beiden daaraan de voorkeur geven.

De aandacht verdient dat ook onderhandse verkoop volgens lid 2 een vorm van executie is, met alle gevolgen daarvan, zoals de verdeling van de opbrengst (artikel 270) en zuivering (artikel 273); zie voorts de artikelen 234, 254, 269, 271, 272 en 282. Vrijwillige onderhandse verkoop buiten lid 2 om heeft die gevolgen niet. Evenmin doorverkoop vóór de levering ingevolge executie, met directe levering aan de opvolgende koper. Wél zal er executoriale overdracht zijn als de koper als vertegenwoordiger "voor nader te noemen meester" is opgetreden (artikel 67; zie de toelichting bij artikel 264 lid 1).

De in het derde en lid 4 veronderstelde regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal worden opgenomen in de artikelen 544 tot en met 548 van dat wetboek. Daar ook de onderhandse verkoop volgens lid 2 onder executie valt, moeten de regels daarvoor in acht worden genomen. Zo zal de beslissing van de rechter niet kunnen worden gevraagd, voordat de executie is aangekondigd door een aanplakking en advertentie, zodat een ruime kring van gegadigden op de hoogte wordt gebracht. Anderzijds behoeft de veiling nog niet volledig, bijvoorbeeld door de huur van een veilinglokaal, te zijn voorbereid.

Tegen de beschikking van de kantonrechter staat geen beroep open: er moet snel duidelijkheid komen voor alle partijen, op welke wijze en op welke termijn de executie zal plaatsvinden.

Lid 5 erkent alleen de openbare verkoop volgens lid 1 en de onderhandse verkoop volgens lid 2 als executie. Daarbij wordt niet alleen een onderhandse verkoop op andere wijze uitgesloten - zie hierboven -, maar ook een "verblijven" zoals dat in artikel 251 voor pand is voorzien, komt hier niet aan de orde; daaraan bestaat ook geen behoefte, nu de executant bij openbare verkoop kan meebieden en bij onderhandse zichzelf als koper kan aandienen.

Artikel 269 opent de mogelijkheid om, tot het laatst mogelijke tijdstip, de verkoop van het

verbonden goed door "lossing" te voorkomen. Zie, voor pand, artikel 249 lid 2 en de daarbij in de toelichting gemaakte opmerkingen. Vgl. artikel 1232 van het huidige BW, dat echter slechts in geval van derdenhypotheek geldt.

Met de in **artikel 270** geregelde, geheel nieuwe wijze van de verdeling van de opbrengst der executie wordt in de eerste plaats beoogd de weg tot zuivering te vereenvoudigen, die voor de koper thans moeilijk begaanbaar is, wanneer een der beperkt gerechtigden niet bereid is tot vrijwillige medewerking. Met het oog op de zuivering maakt het artikel onderscheid tussen hypotheekhouders en andere beperkt gerechtigden: na de executie wordt het geëxecuteerde goed gezuiverd van alle, dat wil zeggen hoger én lager gerangschikte hypotheek, én van alle lager gerangschikte andere beperkte rechten - de hoger gerangschikte andere beperkte rechten blijven na de executie op het goed rusten; zie artikel 273. Daartoe wordt thans de notaris aangewezen als degene aan wie de koopsom door de koper moet worden voldaan, en die, na aftrek van de executiekosten, de leiding heeft bij de verdeling van de netto-opbrengst onder de verschillende gegadigden. De notaris treedt daarbij niet op als vertegenwoordiger van hypotheekhouder of hypotheekgever, doch in de uitoefening van zijn functie.

Het artikel is dwingend recht in die zin dat daarvan in de verkoopwaarden niet kan worden afgeweken (lid 6).

Omdat de koper de koopsom krachtens lid 1 aan de notaris, en niet aan de executant, verschuldigd is, kan deze laatste ook niet een, niet door de hypotheek gedekte, vordering van de hypotheekhouder met deze schuld in compensatie brengen, alvorens het restant aan de hypotheekgever af te dragen (anders voor het oude recht: HR 30-5-1930, NJ 1930, 945).

Voor de verdeling van de netto-opbrengst maakt het verschil of er slechts twee gegadigden zijn - de executant-hypotheekhouder en de hypotheekgever -, dan wel of er ook andere belanghebbenden zijn: andere beperkt gerechtigden op het goed, namelijk zowel hoger als lager gerangschikte hypotheekhouders en lager gerangschikte beperkt gerechtigden, schuldeisers die beslag hebben gelegd en huurders (vgl. voor pand artikel 253).

Lid 2 regelt het eerste geval: de notaris keert aan de executant uit hetgeen aan deze blijktens diens verklaring is verschuldigd, tenzij de notaris ernstige reden heeft om te vermoeden dat die verklaring onjuist is (zie lid 4). Lid 3 regelt het tweede geval: de notaris stort in beginsel de netto-opbrengst bij een bewaarder, bijvoorbeeld een bank. Op deze verplichting bestaan twee uitzonderingen. De eerste - in lid 3 zelf opgenomen en in lid 4 verder uitgewerkt - geldt slechts uitkering aan de eerste hypotheekhouder die tevens heeft geëxecuteerd, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan - aldus is het mogelijk dat deze schuldeiser met hoge rang op vlotte wijze wordt voldaan, en dat hij niet op de afwikkeling van de verdeling door een gerechtelijke rangregeling overeenkomstig artikel 272 behoeft te wachten. De tweede uitzondering op de stortingsplicht is die van lid 5, die algemeen geldt, namelijk als men, in de regel op initiatief van de notaris, erin slaagt met alle door de wet genoemde belanghebbenden overeenstemming over de verdeling te bereiken.

Bij de toepassing van het artikel verdient opmerking dat het aan een lager gerangschikte rechthebbende geen vrijbrief tot chicanes geeft. Ligt iemand dwars die hoe dan ook niet kan verwachten enige uitkering uit de opbrengst te krijgen en noopt hij aldus tot een meer formele, kostbaarder of omslachtiger afwikkeling van de executie dan mogelijk zou zijn geweest, dan zal dit, wegens gemis van een rechtens te eerbiedigen belang, als een onrechtmatige daad kunnen

worden beschouwd (vgl. HR 17-2-1927, NJ 1927, 391, en HR 8-7-1991, NJ 1993, 685).

Lid 6 van het Nederlandse artikel 270 stelt de Staat aansprakelijk voor fouten van de notaris; een dergelijke bepaling is in het ontwerp niet opgenomen.

Evenals onder het huidige recht kan een gerechtelijke rangregeling worden uitgelokt – **artikel 271**. Artikel 1236 kent die bevoegdheid toe aan de koper die zuivering van hypotheeken verlangt, en artikel 432 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering noemt tevens de schuldeisers en de partij tegen wie het beslag is gedaan - in casu, in verband met artikel 1243 en HR 25-1-1977, NJ 1977, 362, te lezen als de hypotheekgever. In het ontwerp verliest de koper deze bevoegdheid, omdat hij daaraan geen behoefte meer zal hebben wanneer overeenkomstig artikel 273 zuivering van rechtswege geschiedt. Wél komt de bevoegdheid volgens artikel 271 lid 1, toe aan allen die in artikel 270 lid 5 worden genoemd, omdat zij belang hebben bij de verdeling van de opbrengst.

Lid 2 houdt er rekening mee dat partijen tijdens de procedure alsnog tot overeenstemming over de verdeling komen. Hun overeenstemming zal dan worden vastgelegd bij authentieke akte, dat wil zeggen een notariële akte dan wel een proces-verbaal van een comparitie als bedoeld in artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals die bepaling op grond van de aanpassingswetgeving zal komen te luiden.

Ten aanzien van degene die zonder rechtens te respecteren belang het tot stand komen van zo'n overeenkomst verhindert, geldt het aan het slot van de toelichting op artikel 270 opgemerkte.

In artikel 270 is bepaald dat de executerende hypotheekhouder in beginsel overeenkomstig zijn verklaring uit handen van de notaris betaling ontvangt van de netto-opbrengst voor zover de hypotheek zijn vordering dekte. **Artikel 272** verplicht hem tot het verantwoorden van die verklaring aan de belanghebbenden, dat wil zeggen de hypotheekgever, de schuldenaar indien deze zelf geen hypotheek heeft gesteld, en degenen die in de rangregeling waren begrepen.

De regeling van de zuivering, dat wil zeggen de ontlasting van hypotheeken na verkoop van het verhypotheekte goed, in het huidige wetboek is onbevredigend. Zij legt op de koper de last haar uit te lokken, met de daaraan voor hem verbonden kosten, zij laat in beginsel zuivering ook toe bij willige openbare verkoop, zij geeft alleen de eerste hypotheekhouder de mogelijkheid de zuivering in dat geval uit te sluiten - terwijl juist hij daaraan minder behoefte heeft dan lager gerangschikte hypotheekhouders - en voorts heeft de regeling aanleiding gegeven tot onzekerheid of de in artikel 1238 bedoelde willige verkoop ook verkoop ingevolge artikel 1207 lid 2 - de executie door de eerste hypotheekhouder - omvat.

De regeling in **artikel 273** ondervangt deze bezwaren. Zij doet de zuivering van alle hypotheeken van rechtswege plaatsvinden, indien aan de vereisten voldaan is, en beperkt anderzijds dat rechtsgevolg tot de verkoop - openbaar of ondershands - van artikel 270, dat wil zeggen als bestanddeel van de executie. Dat het geëxecuteerde goed van alle hypotheeken wordt gezuiverd, ook indien een lager gerangschikte hypotheekhouder executeert, is in de praktijk geen bezwaar: steeds wordt immers bedongen dat door hypotheek gewaarborgde vorderingen opeisbaar worden als executie dreigt.

De zuivering omvat niet slechts alle hypotheeken, doch ook alle beperkte rechten voor zover zij niet tegen de executant kunnen worden ingeroepen - een erfpacht blijft derhalve alleen op de

zaak rusten als zij in rang gaat boven de hypotheek, eerste of lagere, van de executant. De executant kan ook wel in de verkoopvoorwaarden zuivering van lager dan zijn hypotheek gerangschikte beperkte rechten uitsluiten, maar daartegen kunnen belanghebbenden zich overeenkomstig artikel 392 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verzetten.

Behalve de hypotheeken en de bedoelde andere rechten vervallen tevens de ingeschreven beslagen, terwijl uiteraard beperkte rechten op vervallende beperkte rechten - bijvoorbeeld een vruchtgebruik op een erfpacht - evenzeer vervallen.

Vereist is zowel dat ingevolge de executoriale verkoop het goed is geleverd als dat de koopprijs is betaald.

Lid 2 doet van het vervallen van de hypotheeken, van andere beperkte rechten en beslagen blijken door een rechterlijke verklaring, die bij of na de levering in de openbare registers kan worden ingeschreven - de verklaring machtigt de bewaarder daarom tot de doorhaling (royement) als administratieve handeling; vgl. in verband daarmee de artikelen 28 en 29.

Artikel 274 geeft een, ten opzichte van artikel 28 speciale, regeling voor de doorhaling van vervallen hypotheeken. Deze kan ook toepassing vinden in het geval van zuivering na executie: weliswaar geeft artikel 273 daarvoor de weg van een rechterlijke verklaring aan, doch in plaats daarvan kan die van artikel 274 worden gevolgd, indien alle rechthebbenden bereid zijn tot het verstrekken van hun verklaring dat hun recht is tenietgegaan. Afgezien van artikel 273 geeft het artikel de regeling voor de doorhaling van elke tenietgegane hypotheek: is de schuld waaraan zij verbonden is, door betaling tenietgegaan, dan is inschrijving van de kwijting overeenkomstig artikel 17 lid 1, onderdeel a, niet voldoende grond tot doorhaling van de hypotheek, doch is een verklaring overeenkomstig artikel 274 vereist. Niet dat artikel, doch artikel 28 is van toepassing, indien de inschrijving op andere grond dan het tenietgaan van de hypotheek waardeloos is.

Lid 1 verplicht de schuldeiser des verzocht tot een authentieke verklaring dat de hypotheek - meestal door voldoening van de schuld of door zuivering, maar mogelijk ook door bijvoorbeeld afstand (zie artikel 81) - is vervallen. Indien de vordering die door de hypotheek werd gewaarborgd, was verpand of was daarop een vruchtgebruik gevestigd, dan moet ook de pandhouder, respectievelijk vruchtgebruiker, een dergelijke verklaring afgeven (vgl. voor pand artikel 256). Daartoe is hij niet verplicht als te zijnen opzichte het vervallen van de hypotheek niet werkt, namelijk wanneer dat vervallen het gevolg is van afstand of vermenging (artikel 81 lid 3).

De verklaringen kunnen volgens lid 2 in de openbare registers worden ingeschreven en machtigen dan tot doorhaling van de hypothecaire inschrijving, met dien verstande dat voor het geval op de vordering pand of vruchtgebruik was gevestigd, de verklaring van zulk een beperkt gerechtigde naast die van de schuldeiser voor de doorhaling is vereist.

Voldoet een schuldeiser of beperkt gerechtigde niet aan zijn verplichting, dan kan die langs de in artikel 29 aangegeven weg door een rechterlijk bevel worden vervangen, aldus lid 3.

Lid 4 geeft nog een speciale bepaling voor het geval de hypotheek door vermenging teniet gaat, dat wil zeggen de hypotheekgever tevens eigenaar van het bezwaarde goed wordt. Alsdan kan niet worden voldaan aan de hoofdregel van lid 1, namelijk dat de schuldeiser-hypotheekhouder jegens de hypotheekgever-rechthebbende op het verhypotheekte goed tot het afleggen van de verklaring verplicht is: de kwaliteiten van hypotheekhouder en hypotheekgever immers zijn door de vermenging in één persoon verenigd. In zo'n geval is uiteraard slechts plaats voor de

verklaring van die persoon, tenzij een derde belanghebbende bij het niet doorhalen aanwezig is, namelijk de vruchtgebruiker of pandhouder van de vordering (zie de toelichting op de tweede zin van lid 1).

Rust op de vordering geen beperkt recht, dan zal doorhaling van de hypotheek voor de rechthebbende op het goed geen zin hebben, indien nog andere beperkte rechten die in rang na de vervallen hypotheek komen, het goed belasten: uit de laatste zin van artikel 81 lid 3 volgt immers dat zij van het vervallen van de hypotheek niet mogen profiteren - hun recht "schuift" niet op, en dat wordt door niet-doorhaling ook voor derden verduidelijkt.

Zie voor de doorhaling onder het huidige recht de artikelen 1223 e.v.

Artikel 275 vereist - slechts - een schriftelijke volmacht tot doorhaling, anders dan artikel 1224 lid 2 van het huidige BW, dat een authentieke last verlangt.

TITEL 3.10 - VERHAALSRECHT OP GOEDEREN

Algemeen

De materie van titel 3.10, die onder andere de rangorde van vorderingen, de voorrechten en het retentierecht regelt, vindt althans ten dele onder het huidige recht een plaats in het zakenrecht (artikelen 1161 tot en met 1179), hoewel zij daarmee slechts zijdelings, in het bijzonder in verband met de rang van pand en hypotheek, heeft te maken, en de voorrechten en het retentierecht geen zakelijke - beperkte - rechten zijn.

De opbouw van de titel, die in vier afdelingen is verdeeld, is voor de eerste drie daarvan vergelijkbaar met die van de huidige Achttiende Titel van het Tweede Boek, zij het dat deze zich althans volgens zijn opschrift beperkt tot bevoorrechte schulden.

Afdeling 3.10.1 bevat algemene bepalingen, bijvoorbeeld omtrent het principe van verhaal op alle goederen van de schuldenaar en dat van de gelijkheid van schuldeisers ("paritas creditorum") met de regels van afwijking daarvan.

Afdeling 3.10.2 regelt de bevoorrechting van vorderingen op bepaalde goederen, afdeling 3.10.3 die van vorderingen op alle goederen. In het ontwerp vervallen nogal wat privilegies, ten dele omdat zij in deze maatschappij geen functie meer vervullen, ten dele omdat aan de behoefte waarin zij voorzien, op andere wijze wordt tegemoetgekomen. Anderzijds worden enige nieuwe voorrechten voorgesteld. Men houde bij deze afdelingen overigens in gedachten dat ook buiten het BW, in het bijzonder in het zeerecht en het belastingrecht, voorrechten worden toegekend.

Afdeling 3.10.4 geeft een algemene regeling omtrent het retentierecht, dat in het huidige recht slechts spaarzaam en verspreid over verschillende artikelen aan de oppervlakte komt en tot vele vragen aanleiding heeft gegeven die in de jurisprudentie ten dele antwoord hebben gevonden. In het nieuwe recht wordt het retentierecht vooral beschouwd als een specimen van het in Boek 6 te regelen recht dat een schuldenaar onder bepaalde omstandigheden toekomt, tot opschorting van zijn obligatoire verplichtingen (zie afdeling 6.1.7 en de artikelen 6:262 tot en met 6:264).

Afdeling 3.10.1 - Algemene bepalingen

Artikelen 276 tot en met 281

De artikelen bezigen telkens de term "de wet". Daarmee wordt aangegeven dat bepaalde regels alleen bij formele wetgeving, en niet ook bij lagere regelgeving, kunnen worden gesteld.

Artikel 276 legt, overeenkomstig artikel 1161 van het huidige BW, het beginsel vast dat een schuldenaar met al zijn goederen instaat voor de nakoming van al zijn schulden, een beginsel dat door beslag op die goederen, door executie bij pand of hypotheek, of ook door faillissementsbeslag, wordt verwezenlijkt.

Het artikel laat uitzonderingen toe op dit beginsel. Dit geschiedt door verwijzing naar de wetgeving die bepaalde goederen van het verhaal uitsluit - dit geldt in het bijzonder voor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in de Faillissementswet 1935.

Omgekeerd komt ook voor de bevoegdheid tot verhaal op goederen die aan een ander dan de schuldenaar toebehoren. De wet houdt hiermee bij de regeling van (derden)pand en hypotheek rekening, maar zij scheidt zelf ook zulke verhaalsmogelijkheid. In de onderhavige titel komt dat enkele malen tot uiting. Aldus in de artikelen 284 lid 2 (de vordering voor de kosten tot behoud van een goed), 287 lid 2 (de vordering van een benadeelde die bevoorrecht is op de vordering van de aansprakelijke persoon op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar) en artikel 291 (de vordering van de retentor). In deze bepalingen bezigt het ontwerp termen waaruit blijkt dat derden hun rechten op het goed niet aan de schuldeiser kunnen tegenwerpen, ofwel dat deze zijn recht kan invoeren tegen een derde die een recht op de zaak heeft. Is het recht van de derde eigendom (of anderszins het volle recht), dan is hiermee de bevoegdheid tot verhaal op het goed van een ander gegeven. Is het recht van de derde een beperkt recht, dan betekenen de bedoelde uitdrukkingen dat de schuldeiser met zijn verhaalsrecht voorgeeft, en het goed onbezwaard kan executeren.

Men lette er voorts op dat de artikelen 284 lid 2 en 291 - overigens met verschillend rechtsgevolg - onderscheid maken naar gelang de derde zijn recht verkrijgt vóór dan wel na het ontstaan van de vordering die ten nadele van derden-rechthebbenden op het goed verhaalbaar is.

Ook artikel 286 geeft een mogelijkheid van verhaal op het goed van een ander dan de schuldenaar, namelijk op iemands appartementsrecht voor de schuld van de vruchtgebruiker daarvan.

Onder het huidige recht is betwist of ook bij overeenkomst van een verhaalsrecht op alle bepaalde goederen van de schuldenaar kan worden afgeweken. In het ontwerp wordt deze uitzondering expliciet toegelaten.

Artikel 277 lid 1 behelst het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers bij de uitoefening van het verhaalsrecht, dat nu in artikel 1162 is neergelegd. Anders dan in het huidige recht bestaat die gelijkheid voor de verdeling van de netto-opbrengst van een geëxecuteerd goed, waardoor het afzonderlijke privilege, het hoogst in rang onder het huidige recht, van artikel 1169, onderdeel 1^o, en goeddeels ook dat van artikel 1179, onderdeel 1^o, overbodig wordt.

Uitzondering op het beginsel van deze "paritas creditorum" maken in de eerste plaats de door de wet erkende redenen van voorrang. Als zodanig gelden naast pand en hypotheek de voorrechten die de wet zelf aan bepaalde schuldeisers toekent, alsmede de bijzondere gevallen van wettelijke voorrang buiten privilege: zie bij artikel 278. Een tweede uitzondering erkent het artikel in lid 2:

de contractuele achterstelling, waarbij een schuldeiser zich ertoe verbindt bij een verdeling van de opbrengst van een goed na executie bepaalde of alle andere schuldeisers van zijn schuldenaar te laten voorgaan.

Artikel 278 lid 1 komt in hoofdzaak overeen met het tegenwoordige artikel 1163 lid 1. Slechts is toegevoegd dat bij de wet ook op andere gronden dan pand, hypotheek en voorrecht voorrang kan worden toegekend. Het ontwerp doet dat in de artikelen 264 lid 3 (schadevergoeding voor de huurder wiens recht bij hypothecaire executie vervalt), artikel 282 (idem voor een vervallend beperkt recht) en artikel 292 (de vordering van een retentor).

Bij de eerste zin van lid 2 vergelijk men artikel 1164 lid 1: ook privileges kunnen slechts uit de wet voortvloeien. Bij de tweede zin van dit lid zie men artikel 1168, eerste zin.

Artikel 279 komt overeen met artikel 1164 lid 2. Ook het stille pandrecht gaat in beginsel boven privileges. De uitzondering vindt, behalve onder andere in het vervoersrecht, ook toepassing in de artikelen 284 lid 2, 285 lid 2 en 287 lid 2. Ook hier is het alleen de wet, waarbij van de hoofdregel kan worden afgeweken.

Artikel 280

Vergelijk het huidige artikel 1168, tweede zin. Afwijking is slechts bij wet toegelaten.

Artikel 281 lid 1 drukt hetzelfde beginsel uit als thans artikel 1166. Voor, bij het wetboek gemaakte afwijkingen zie de artikelen 284 lid 3 en 286 lid 3.

Lid 2 komt overeen met de laatste zinsnede van de aanhef van het tegenwoordige artikel 1179.

Voor de beoordeling van **artikel 282** denke men aan een geval als het volgende. Op een registergoed zijn twee hypotheeken gevestigd, alsmede een ander beperkt (genots)recht, zoals vruchtgebruik of erfpacht, dat in rang volgt op de eerste en voorafgaat aan de tweede hypotheek. De tweede hypotheekhouder heeft, wanneer hij zelf executeert, slechts recht op de waarde van het goed, gedrukt door (de eerste hypotheek en) het andere beperkte recht. Executeert echter de eerste hypotheekhouder, dan zou, zonder een bepaling die de andere beperkt gerechtigde een schadevergoedingsrecht toekent, de tweede hypotheekhouder onmiddellijk na de eerste in de opbrengst delen, terwijl het tussenliggende recht zonder compensatie vervalt. Artikel 282 voorkomt deze onbillijkheid door aan de gerechtigde tot het genotsrecht een schadevergoeding toe te kennen, en daaraan een voorrang te verbinden onmiddellijk na degenen tegen wie hij zijn recht in geval van executie niet kan invoeren, in casu de eerste hypotheekhouder.

De kwestie doet zich niet alleen bij executie door een hypotheekhouder voor, doch ook bij executie door een pandhouder of beslaglegger die voorgaat boven de beperkt gerechtigde. Voor dit laatste denke men aan de mogelijkheid dat het beperkte recht na het leggen van het beslag is gevestigd, alsmede aan het geval dat een schuldeiser goederen van anderen dan zijn schuldenaar kan executeren: zie de artikelen 284 lid 2 en 290 j° 292.

Het recht op schadevergoeding is alleen een geldvordering - herstel van zijn recht kan de beperkt gerechtigde niet verlangen. Hij kan zijn vordering zonder nadere formaliteiten bij de verdeling van de netto-opbrengst geldend maken. De bepaling geldt niet voor vorderingen die de beperkt gerechtigde uit anderen hoofde dan artikel 282 nog op de hoofdgerechtigde mocht hebben,

bijvoorbeeld uit wanprestatie of onrechtmatige daad.

In het faillissementsrecht zal met de bepaling rekening worden gehouden; de gerechtigde zal dan profiteren van het separatisme van de pand- en hypotheekhouder (vgl. artikel 53 van de Faillissementswet 1935, zoals dat op grond van de aanpassingswetgeving zal komen te luiden).

Afdeling 3.10.2 - Bevoorrechte vorderingen op bepaalde goederen

De afdeling behandelt dezelfde materie die nu in de artikelen 1169 e.v. van het BW wordt behandeld. In feite is er echter een groot verschil met het geldende recht, omdat vele in artikel 1169 opgesomde voorrechten vervallen, en anderzijds niet slechts een beperkte zaaksvervangingsregeling wordt voorgesteld (artikel 283), doch ook een enkel nieuw voorrecht wordt geïntroduceerd (artikel 287).

Voor de kosten van uitwinning van het met een voorrecht belast goed (artikel 1169, onderdeel 1°) is geen plaats meer, omdat deze kosten reeds terstond uit de bruto-opbrengst worden voldaan, en slechts de netto-opbrengst voor verdeling in aanmerking komt.

Het voorrecht van de verhuurder (artikel 1169, onderdeel 2°) vervalt, omdat verhuurders hun belangen op andere wijze plegen veilig te stellen, zoals vooruitbetaling van huurtermijnen en waarborgsommen.

Naast het, in Boek 7 te moderniseren, recht van reclame en het eigendomsvoorbehoud (huurkoop) bestaat er onvoldoende reden voor het handhaven van een voorrecht voor de verkoper (artikel 1169, onderdeel 3°).

Voldoende aanleiding ontbreekt in onze maatschappij ook voor handhaving van het voorrecht van de herbergier (artikel 1169, onderdeel 6°).

De positie van de vervoerder in het internationale vervoer is bij verdragen geregeld, voor het overige bestaat geen praktische behoefte om voor de vervoerder het privilege van artikel 1169, onderdeel 7°, te handhaven.

Evenmin bestaat er goede grond voor het privilege van artikel 1169, onderdeel 9°, betreffende vergoedingen die openbare ambtenaren verschuldigd zijn.

De aandacht zij er ten slotte op gevestigd dat de privileges worden beschouwd als nevenrechten die bij cessie op de cessionaris, bij subrogatie op de gesubrogeerde overgaan, evenals de afhankelijke beperkte rechten van pand en hypotheek.

Het huidige recht kent slechts in het zeerecht krachtens verdrag bij de bijzondere voorrechten een zekere zaaksvervanging. **Artikel 283** breidt deze rechtsfiguur uit op een wijze, vergelijkbaar met hetgeen voor pand en hypotheek is gebeurd - zie artikel 229. Het voorrecht komt te rusten op het bedrag dat, in het bijzonder in geval van beschadiging van het met het voorrecht belaste goed, ter vergoeding is verschuldigd; zie de toelichting op artikel 229.

Bij **artikel 284**, regelend het voorrecht voor kosten van behoud, vergelijk men de artikelen 1169, onderdeel 4°, en 1177, eerste onderdeel. Kosten tot behoud zijn alleen die, die gemaakt moesten worden om het goed van feitelijke ondergang te redden; onderhoudskosten vallen daaronder niet (HR 24-3-1995, NJ 1996, 158).

Lid 2 verbindt aan het voorrecht ook een verhaalsrecht als de behouden zaak aan een ander dan

de schuldenaar toebehoort, terwijl zijn rang ook gaat boven oudere beperkte rechten, zoals pand en hypotheek; zie de toelichting bij artikel 276. Zonder de gemaakte kosten tot behoud zou immers de zaak ook voor de andere schuldeisers en rechthebbenden als verhaalsobject verloren zijn gegaan. Alleen degene die zijn recht - eigendom of beperkt recht - na het maken van de kosten van behoud verkreeg, wordt niet door dit verhaalsrecht met de daaraan verbonden voorrang getroffen: hij verkreeg zijn goed in de staat waarin het na het herstel enz. verkeerde en in zijn prijs zullen de kosten daartoe zijn verdisconteerd. In zo'n geval zijn de hoofdregels van de artikelen 279 en 281 van toepassing.

De tweede en de derde zin van het lid beperken echter de eerste zin voor de rechten, gevestigd na het maken van de kosten voor behoud, en wel voor een stil pandrecht en voor een ander recht, zoals eigendom tot zekerheid, zolang het goed zich nog onder de vervreemder bevindt. Zolang de nieuwe rechthebbende nog niet openlijk, doordat het goed buiten de macht van de vervreemder is gebracht, van het bestaan van zijn recht heeft doen blijken, kan hij zijn recht (niet alleen niet tegen oudere rechthebbenden, maar ook) niet tegen de onderhavige schuldeiser met zijn voorrecht, invoeren. Aldus de tweede en derde zin van lid 2 in de geest van artikel 90 lid 2 waarbij naar de toelichting op deze bepaling moge worden verwezen; vgl. ook de toelichting bij artikel 237.

Bepaalt lid 2 de rang van het voorrecht ten opzichte van eigendom of beperkte rechten, lid 3 bepaalt die ten opzichte van andere voorrechten die mochten bestaan ten opzichte van het behouden goed. Evenals in lid 2, eerste zin, is hier beslissend het tijdstip van ontstaan, in casu van de vordering waaraan zo'n ander voorrecht is verbonden. Is die vordering ontstaan vóór die van de kosten van behoud, dan gaat het voorrecht van artikel 284 voor, is de andere vordering nadien ontstaan, dan is er geen bijzonder voorschrift dat afwijkt van de hoofdregels van de artikelen 280 en 281.

Artikel 285 vervangt de tegenwoordige onderdelen 5° en 8° van artikel 1169, alsmede artikel 1177, voor zover dat op deze beide betrekking heeft.

Het voorrecht rust op de bearbeide zaak, doch alleen als die aan de schuldenaar toebehoort, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen roerend en onroerend, zoals de huidige wet schijnt te doen. Het voorrecht is bestemd voor de handwerker, niet voor het grote aannemingsbedrijf; heeft een bedrijf de rechtsvorm van een openbare vennootschap of rechtspersoon, dan wordt vereist dat firmanten, respectievelijk bestuurders, zelf aan het handwerk plegen mee te arbeiden, en zich niet tot louter leidinggeven beperken. Het voorrecht heeft daarmee een duidelijk sociale inslag gekregen.

Het voorrecht bestaat slechts gedurende een tot twee jaar beperkte termijn - die als vervaltermijn is te beschouwen (vgl. de driejaarstermijn van artikel 1169, onderdeel 8°) ook al wordt de vordering zelf overeenkomstig artikel 307 aan een langere verjaringstermijn onderworpen.

De aannemer kan in het algemeen zijn voorrecht niet tegen derden-rechthebbenden invoeren (vgl. de toelichting op artikel 276). Wel zal de aannemer, ook degene die niet onder de omschrijving van het artikel valt, dikwijls een retentierecht hebben, dat ook voorrang verschaft (artikel 292), en onder omstandigheden ook tegen derden kan worden ingeroepen (artikel 291).

Lid 2 geeft daarnaast het privilege nog een bijzondere voorrang boven stil pandrecht. Dit is overeenkomstig artikel 90 lid 2 en in de lijn van de, bij dit artikel en artikel 86 ter sprake gekomen,

arresten HR 6-3-1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem-Traffic), en 7-3-1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos), inzake levering constituto possessorio van eigendom tot zekerheid, die voor deze rechtsfiguur hun belang behouden. Die bijzondere voorrang geldt echter niet ten opzichte van het jongere stille pandrecht vanaf het tijdstip waarop dit openbaar is geworden doordat de zaak in de macht van de schuldeiser of een derde is gebracht (vgl. artikel 284, leden 2 en 3). Zie voorts artikel 286 lid 2.

Artikel 286 lid 1 betreft de bijdrage ter zake van een appartementsrecht.

Lid 2 geeft een bijzondere regel voor het voorrecht van artikel 285, in geval het bearbeide gebouw in appartementen is verdeeld: de vordering van de aannemer kan alsdan op elk appartement worden verhaald voor het bedrag waartoe de eigenaar aansprakelijk is.

Lid 3 regelt de samenloop van het voorrecht uit de leden 1 en 2.

Aansprakelijkheidsverzekeringen worden gesloten om de verzekerde de financiële schade te vergoeden die hij lijdt wanneer hij uit wet of overeenkomst aansprakelijk wordt gesteld. Materieel is de bedoeling dat het uit te keren bedrag doorstroomt naar de benadeelde persoon, maar formeel loopt de uitkering via het vermogen van de verzekerde. Dit scheidt het risico dat de uitkering daar blijft hangen en niet wordt - of kan worden - doorgesluisd. Dit doet zich in het bijzonder voor bij faillissement van de verzekerde: de verzekeringsuitkering valt in de failliete boedel en de benadeelde heeft tegen deze slechts een concurrente vordering (vgl. HR 10-5-1985, NJ 1985, 794). Een oplossing is de benadeelde een eigen recht jegens de verzekeraar te verlenen, doch deze oplossing is slechts goed uitvoerbaar bij een algemene wettelijk verplichte verzekering met de daarbij behorende centrale administratie. Minder ver gaat, doch speciaal in faillissement even effectief is een voorrecht van de benadeelde op de vordering van de verzekerde op de verzekeraar, mits dit voorrecht hoog in rang is. In lid 1 van **artikel 287** is een zodanig voorrecht vervat, in lid 2 wordt daaraan een hoge rang toegerekend met een verhaalsrecht dat tegen derden-rechthebbenden kan worden ingeroepen (zie de toelichting op artikel 276). Niet alleen is het bestand tegen cessie van de vordering op de verzekeraar, ook gaat het boven een al dan niet bij voorbaat geleverd pandrecht daarop.

Het in artikel 287 geregelde voorrecht van de benadeelde dient afgestemd te worden op het recht van afdracht van de tussenpersoon ingevolge het voorgestelde artikel 7:936 lid 2. Deze laatste bepaling verplicht de verzekeraar tot afdracht van de door de tussenpersoon betaalde premies aan de tussenpersoon 'ongeacht de rechten van derden', terwijl ook de benadeelde zijn voorrecht kan uitoefenen 'zonder dat hem rechten van derden (...) kunnen worden tegengeworpen'. Het recht van afdracht van de tussenpersoon verdient voorrang op het voorrecht van de benadeelde, omdat de benadeelde niet over een voorrecht zou beschikken wanneer de tussenpersoon de premie niet zou hebben voldaan. In de redactie van artikel 287 lid 2 is dit tot uitdrukking gebracht. Hierbij zij opgemerkt dat het voorrecht van de benadeelde hierdoor niet wordt achtergesteld bij het recht op afdracht van de tussenpersoon indien het premies en kosten ter zake van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering betreft. Uit artikel 7:936 lid 4 onderdeel b, vloeit immers voort dat de tussenpersoon in dat geval geen recht heeft op afdracht.

Afdeling 3.10.3 - Bevoorrechte vorderingen op alle goederen

Artikel 288 bevat de regeling van de algemene voorrechten, waarvan de rangorde wordt bepaald in de artikelen 279, 280 en 281 lid 2. Het vervangt daarmee artikel 1179, maar wijkt daarvan in een aantal opzichten af. Uit dat artikel vervallen de voorrechten genoemd in de onderdelen 3^o (kosten van de laatste ziekte), 5^o (levensmiddelen geleverd over de laatste zes maanden), 6^o (kostschoolhouders) en 7^o (onbekwamen). Voor deze voorrechten bestaat in de huidige maatschappij weinig goede reden en degenen die deze vorderingen hebben verkregen, onderscheiden zich niet wezenlijk van andere schuldeisers.

Gehandhaafd zijn de in artikel 1179, onderdelen 1^o, 2^o en 4^o opgesomde voorrechten - zij het in enigszins gewijzigde vorm - terwijl een tweetal nieuwe voorrechten, met betrekking tot pensioenen, is toegevoegd.

Ten opzichte van artikel 1179, onderdeel 1^o, is de reikwijdte van het in onderdeel a opgenomen voorrecht beperkt, en wel tot de algemene kosten van uitlokking en voorbereiding van een vereffening, zoals de aanvraag van een faillissement en van een erfrechtelijke rangregeling en boedelafscheiding. Voor de kosten van de executie bestaat geen behoefte aan een voorrecht, omdat immers de schuldeisers alleen in de netto-opbrengst na executie delen; vgl. de toelichting bij afdeling 3.10.2, Algemeen. Het gaat hier om kosten die voor alle schuldeisers zijn gemaakt.

In onderdeel b zijn de begrafeniskosten van artikel 1179, onderdeel 2^o, verruimd tot kosten van lijkbezorging, zodat zij ook de kosten van andere toegelaten wijzen van lijkbezorging, in het bijzonder crematie, omvatten. De beperking van die kosten tot een passende wijze is iets anders geformuleerd. De motivering van het voorrecht is dat de nabestaanden niet in een noodtoestand behoren te komen verkeren door voorwaarden van financiële aard die anders door uitvaartondernemers zouden kunnen worden gesteld.

De onderdelen c en d zijn nieuw. Beide betreffen zij pensioenuitkeringen van (ex-)werknemers en hun nabestaanden, en hebben dus dezelfde - en zelfs enigermate sterkere - sociale inslag als het bestaande loonprivilege van artikel 1179, onderdeel 4^o - vandaar dat zij daarboven zijn gerangschikt. De geprivilegieerde vorderingen in deze onderdelen onderscheiden zich hierin dat die in onderdeel c reeds bestaande, opeisbare vorderingen zijn, en die in onderdeel d nog niet opeisbaar, doch wel reeds "verdiend", immers toegezegd zijn.

Op deze vorderingen volgt ten slotte het loonprivilege van onderdeel e, overeenkomend met dat van artikel 1179, onderdeel 4^o. Onder "al hetgeen een werknemer .. in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft" valt niet alleen het loon, maar ook onder andere de in artikel 1179, onderdeel 4^o, genoemde verhoging van het loon als bedoeld in artikel 1614g. Onder "bedragen ... in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking" kunnen vallen de rechten uit een afvloeiingsregeling ter voorkoming van kennelijk onredelijke beëindiging in de zin van artikel 1615s (HR 23-5-1980, NJ 1980, 502).

Evenals de bijzondere voorrechten gelden ook de algemene als nevenrechten; zie het slot van de algemene opmerkingen bij afdeling 3.10.2.

Het artikel dat onder **artikel 289** in het Nederlandse BW is opgenomen, heeft betrekking op heffingen van de Europese Kolen- en Staalgemeenschap, en mist hier te lande grondslag.

Afdeling 3.10.4 - Retentierecht

Algemeen

Het retentierecht, de bevoegdheid tot opschorting van de afgifte van een zaak die aan een ander toebehoort, wordt in de huidige wet incidenteel toegekend, hetgeen de vraag heeft opgeroepen, of het recht ook in andere min of meer vergelijkbare gevallen bestaat. In de huidige wet ontbreekt een algemene regeling omtrent de rechtsgevolgen van de bevoegdheid, bijvoorbeeld de vraag of zij ook tegenover anderen dan de schuldenaar kan worden ingeroepen, waaromtrent enige jurisprudentie bestaat.

In de onderhavige afdeling wordt zulk een algemene regeling omtrent de rechtsgevolgen voorgesteld. Zij houdt nauw verband met andere regels omtrent het verhaal op goederen van een schuldenaar of derden en met de rangorde, hetgeen de reden is waarom zij een plaats in titel 3.10 heeft gevonden.

De afdeling behandelt niet de vraag, wanneer een retentierecht bestaat. Veelal zal dat deel uitmaken van een verbintenisrechtelijke verhouding, die onder bepaalde omstandigheden rechtvaardigt dat een der partijen de nakoming van haar verbintenis tegenover de ander opschort. Dit opschortingsrecht, dat uit een retentierecht kan bestaan, zal zijn regeling vinden in Boek 6 (zie afdeling 6.1.7 en de artikelen 6:262 tot en met 6:264). Anderzijds kan een afgifteverplichting ook voorkomen in een zakenrechtelijke verhouding, bijvoorbeeld voor de bezitter tegenover de eigenaar - ook daar kan een retentierecht tot opschorting van die verplichting leiden (zie artikel 120 lid 3). Voorts kan ook een andere wet een retentierecht toekennen; vgl. de toelichting bij de artikelen 276 tot en met 281.

Artikel 290 omschrijft de inhoud van het retentierecht. Het komt toe aan iemand die schuldeiser is én tegelijkertijd een zaak (van een ander) onder zich heeft die hij aan zijn schuldenaar moet afgeven. Men denke aan een horlogemaker die wegens reparatie van het horloge een vordering op de eigenaar daarvan heeft, en omgekeerd verplicht is tot afgifte van het horloge, doch dat niet hoeft te doen zolang de vordering niet is voldaan. In een soortgelijke situatie verkeert een vervoerder, en ook de in het reeds genoemde artikel 120 lid 3 bedoelde, bezitter te goeder trouw die de in zijn macht zijnde zaak niet aan de eigenaar hoeft af te geven, zolang deze hem niet het hem toekomende betaalt. Ook een onroerende zaak kan voorwerp van retentierecht zijn: zie HR 15-2-1991, NJ 1991, 628: omdat het recht niet uit de openbare registers valt af te leiden, stelt de Hoge Raad dat het beperkt is tot het geval dat de retentor op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de zaak uitoefent, zodat feitelijke afgifte, zoals ont-ruiming, nodig is om haar ongedaan te maken.

Tussen vordering en zaak zal een zeker verband bestaan dat in de in de wet aangegeven gevallen waarnaar het artikel verwijst, nader wordt bepaald, hetzij in een algemene formule (zie aldus artikel 6:52), hetzij specifiek, zoals in artikel 120 lid 3 (vgl. voor het vigerende recht HR 11-4-1975, NJ 1975, 345).

Op een eventueel bedongen retentierecht dat niet uit de wet voortvloeit, is de regeling van afdeling 3.10.4, met zijn werking tegen derden bijvoorbeeld, niet van toepassing.

Het retentierecht is een bevoegdheid die de rechthebbende al dan niet kan uitoefenen, niet een beperkt recht op de zaak. Wel is het in zoverre accessoir dat het een, nog onbetaalde, vordering

veronderstelt, maar meestal neemt men aan dat het geen afhankelijk of nevenrecht is dat bij cessie of subrogatie van rechtswege op cessionaris of gesubrogeerde overgaat: de rechthebbende zal niet bevoegd zijn de zaak in diens macht te brengen; wel kan uit de aard der rechtsverhouding voortvloeien dat hij de bevoegdheid nog ten behoeve van de verkrijger der vordering kan uitoefenen.

Het retentierecht bestaat zolang de vordering nog niet geheel is voldaan of op andere wijze, zoals door verrekening, is tenietgegaan; verjaring van de rechtsvordering maakt geen einde aan het retentierecht (zie artikel 6:56). Vgl. voorts artikel 294. Als regel is vereist dat voor de uitoefening van het retentierecht de vordering opeisbaar is, tenzij uit de wet in een bijzonder geval het tegendeel voortvloeit (zie artikel 6:80).

De toekenning van het retentierecht betekent niet dat het ook mag worden uitgeoefend indien dat in strijd met redelijkheid en billijkheid zou komen - zie HR 4-1-1991, NJ 1991, 723.

Een retentor kan zijn recht in de eerste plaats inroepen tegen medeschuldeisers, hetgeen in het bijzonder van belang is indien dezen beslag leggen of de schuldenaar in staat van faillissement verkeert. Daarbij is onverschillig of zo'n medeschuldenaar bevoorrecht is en of zijn vordering ouder of jonger is dan die van de retentor. Diens verhouding tot deze medeschuldeiser wordt niet in afdeling 3.10.4 uitgewerkt, maar zal een plaats vinden in Boek 6 bij de opschortingsrechten in het algemeen (artikel 6:53), en voor faillissement in de Faillissementswet 1935 (vgl. het - bij de aanpassingswetgeving nog te wijzigen - artikel 56 daarvan).

In afdeling 3.10.4 is wel neergelegd de regeling der verhouding tussen de retentor en derde-rechthebbenden - eigenaar of beperkt gerechtigde - op de teruggehouden zaak, die kan leiden tot verhaal op goederen van een ander dan de schuldenaar en tot doorbreking van beperkte rechten op zo'n zaak - zie hieromtrent in het algemeen de toelichting op artikel 276.

Of onder het huidige recht de retentor zijn recht ook tegen deze derden-rechthebbenden kan inroepen, valt uit de wet niet te lezen; zie voor jurisprudentie in het bijzonder HR 1-5-1964, NJ 1965, 339.

Artikel 291 beoogt, mede op basis van deze jurisprudentie, met een genuanceerd antwoord hier duidelijkheid te verschaffen. Het onderscheid daartoe in de leden 1 en 2 tussen de rechten van derden die jonger en die ouder zijn dan het retentierecht. Om als jonger te gelden dan het retentierecht moet volgens lid 1 de vordering van de retentor zijn ontstaan vóór het ontstaan van het recht van de derde én de zaak vóór het ontstaan van het recht van de derde in de macht van de retentor zijn gekomen. Voor de toepassing van dit dubbele criterium zij eraan herinnerd dat de vordering van de retentor, indien deze op overeenkomst berust, reeds ontstaat met het sluiten van de overeenkomst, hetgeen zelfs mede geldt voor de vordering tot aanvullende of vervangende schadevergoeding (HR 13-4-1962, NJ 1964, 395). En voorts vraagt de aandacht dat voor het tweede criterium niet beslissend is het tijdstip waarop de retentor voor het eerst een beroep op zijn retentierecht kan doen - in het algemeen het verzuim van de wederpartij - maar het tijdstip waarop hij de zaak, bijvoorbeeld voor reparatie of vervoer, in zijn macht heeft gekregen. Het tijdstip waarop aan deze beide criteria tezamen is voldaan, is doorslaggevend voor de vraag of van een jonger dan wel ouder recht van een derde kan worden gesproken.

Tegen jongere rechten nu kan het retentierecht steeds worden ingeroepen, aldus lid 1. Daarbij houde men nog rekening met het volgende. Het nieuwe BW zal noch aan de ontbinding van overeenkomsten, noch aan de ontbindende voorwaarde, noch aan het reclamerecht nog terug-

werkende kracht toekennen; alleen voor de vernietiging blijft zij gehandhaafd. Herkrijgt nu een rechthebbende zijn recht zonder terugwerkende kracht na het tijdstip waarop de retentor zijn vordering verkreeg en de zaak in zijn macht kreeg, dan heeft de in zijn recht herstelde (slechts) een jonger recht.

Voor de werking tegen oudere rechten geldt volgens lid 2 een beperktere regeling: deze behoren immers niet door de werking van het retentierecht te worden belast, als zij geheel buiten de rechtsverhouding tussen de retentor en diens wederpartij staan. Hier is in beginsel gekozen voor het criterium van de bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten die een retentierecht meebrengen. In de regel zal een zakelijk gerechtigde zoals een vruchtgebruiker, en in verschillende gevallen ook een pand- en hypotheekhouder bepaalde handelingen zoals reparaties mogen laten verrichten (vgl. artikelen als 207, 243 en 267); ten aanzien van een retentierecht op een onroerende zaak, zie overigens lid 3. Hetzelfde zal dikwijls gelden voor een huurder. Als zo'n bevoegdheid bestaat, is het redelijk dat de oudere gerechtigde het retentierecht ook tegen zich moet laten gelden. Een zeker onderzoek van de zijde van de retentor naar die bevoegdheid kan daartoe zijn verlangd: zie artikel 11; een al te diepgaand onderzoek kan anderzijds niet worden geëist wanneer het bijvoorbeeld om reparatie van min of meer alledaagse zaken gaat. Vandaar dat het retentierecht ook aan een oudere gerechtigde mag worden tegengeworpen indien de retentor geen reden heeft om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen.

Lid 2 geldt niet voor retentierechten die niet aan een contractuele verhouding zijn verbonden, maar die, daarbuiten, uit de wet voortvloeien; in hoeverre het retentierecht hier aan derden-rechthebbenden met ouder recht kan worden tegengeworpen, moet uit de afzonderlijke wetsbepalingen worden afgeleid.

Blijkens HR 15-2-1991, NJ 1991, 628 is een retentierecht op onroerend goed mogelijk, ook in een geval waarin een aannemer een retentierecht uitoefent jegens de rechthebbende die tevens de aanbesteder is, ter zake van de grond en het door hem daarop gebouwde, zoals hij dat uit hoofde van de aannemingsovereenkomst onder zich heeft gekregen. Een zodanig retentierecht - dat niet kenbaar is uit de openbare registers, en derhalve een bron van onzekerheid kan opleveren voor derden die deze registers met het oog op de rechtstoestand van het onroerend goed hebben geraadpleegd - dient echter te worden beperkt tot het geval waarin de schuldeiser die het retentierecht uitoefent, op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over het goed uitoefent, zodat feitelijke afgifte, veelal ontruiming, nodig is om deze macht weer op de rechthebbende te doen overgaan.

Naar de mening van de ondergetekende hoort een dergelijk retentierecht niet zonder meer te kunnen worden tegengeworpen aan een eerdere hypotheekhouder. Redelijk is dat de aannemer slechts het retentierecht aan deze hypotheekhouder kan tegenwerpen voor zover door zijn werkzaamheden de executieopbrengst hoger is geworden. Aldus het voorgestelde lid 3. In dit verband houde men in het oog dat de aannemer betaling door de opdrachtgever kan bedingen die ten minste correspondeert met de voorgang van de bouw; en dat aannemer er redelijkerwijs op bedacht moeten zijn dat de onroerende zaak verhypothekeerd is.

Anders dan in het huidige recht zal het retentierecht in de nieuwe wetgeving niet slechts een bevoegdheid tot opschorting van een afgifte - en daarmee een pressiemiddel - zijn, en zal het bovendien onder omstandigheden krachtens artikel 291 verhaal bieden op een zaak die aan een ander dan de schuldenaar toebehoort, het zal ook worden gecomplementeerd met een voorrang

bij verhaal.

Dit laatste wordt in **artikel 292** uitgedrukt, dat daarmee de impasse doorbreekt die kan ontstaan wanneer de zaak aan een derde toebehoort of een mede-schuldeiser een vordering heeft die hoger in rang is dan die van de retentor.

Het artikel geeft de retentor niet de bevoegdheid tot parate executie - een executoriale titel blijft vereist.

Bij verhaal heeft de retentor voorrang (op de netto-opbrengst der zaak) boven allen tegen wie hij zijn retentierecht kan inroepen, dat wil zeggen mede-schuldeisers en, volgens de regels van artikel 291, rechthebbenden op de zaak. Deze voorrang is niet zelf een voorrecht, hetgeen bijvoorbeeld reeds blijkt uit artikel 294. Bij cessie van de vordering of subrogatie gaat het retentierecht, anders dan een privilege, niet van rechtswege mee over, en ook artikel 283 inzake zaaksvervanging geldt er niet voor.

Voor het geval van verhaal in faillissement en surséance van betaling zal via de aanpassingswetgeving een nadere uitwerking in de Faillissementswet 1935 worden opgenomen; vgl. bijvoorbeeld de artikelen 60, 157 en 232 van de Nederlandse Faillissementswet.

Artikel 293

Degene die een zaak onder zich heeft die hij moet afleveren, moet voor haar zorg dragen; zie het huidige artikel 1252 en artikel 6:27. Daarmee zijn kosten gemoeid die in geval van de uitoefening van een retentierecht - dat de wederpartij in verzuim doet komen (artikel 6:59) - nader wettelijk zullen worden geregeld bij Boek 6. Voor die kosten kan de retentor evenzeer zijn recht uitoefenen en daarvoor heeft hij eveneens verhaal op de zaak, met dezelfde voorrang als hij voor zijn hoofdvordering heeft, aldus het onderhavige artikel.

Artikel 294 geeft een bijzondere wijze van beëindiging van het retentierecht aan, en wel doordat de zaak definitief terugkeert in de macht van de schuldenaar of rechthebbende. De bepaling vloeit voort uit de aard van het recht: het eindigt als het niet langer kan worden uitgeoefend. Is de herkrijging niet definitief, dan herleeft het retentierecht als de retentor de zaak binnen de oude rechtsverhouding weer in handen krijgt. Dat kan bijvoorbeeld geschieden, wanneer de schuldenaar of rechthebbende de zaak tegen de wil van de retentor aan deze heeft onttrokken, en deze haar met een geslaagde vordering uit onrechtmatige daad opnieuw onder zich weet te brengen.

Het retentierecht kan vanzelfsprekend ook op andere wijze tenietgaan - zie artikel 290 met de toelichting daarop, terwijl het in dit opzicht voorts het lot zal delen van de in Boek 6 te regelen opschortingsrechten in het algemeen (zie de artikelen 6:52 tot en met 6:57 en 6:262 tot en met 6:264). Zie voorts nog HR 13-5-1988, NJ 1989, 201: het retentierecht gaat niet teniet door verbeurdverklaring van de zaak.

Artikel 295

Het retentierecht gaat in beginsel niet teniet, wanneer de zaak in de macht van een ander dan de schuldenaar of rechthebbende komt. Alsdan is de retentor bevoegd haar van die ander op te eisen met een vordering die de eigenaar ten dienste staat - zie voor een gelijk recht artikel 124 voor de bezitter, en vgl. ook de artikelen 218 voor de vruchtgebruiker en 245 voor de pandhouder. Heeft een derde echter de zaak te goeder trouw verkregen, dan wordt deze binnen de grenzen die

artikel 86 trekt, ook tegen de vordering van de retentor beschermd.

Stelt zowel de retentor als de eigenaar een vordering als de revindicatie in, dan zal de retentor voorgaan. Uit de redelijkheid en billijkheid zal voortvloeien dat de een de ander van zijn rechtsvordering verwittigt.

TITEL 3.11

Algemeen

Titel 3.11 bevat allereerst een aantal bepalingen omtrent hetgeen met rechtsvorderingen kan worden bereikt, en is vervolgens gewijd aan de verjaring van rechtsvorderingen. De eerste reeks beantwoordt goeddeels aan hetgeen, meestal als ongeschreven of jurisprudentierecht, ook thans reeds wordt aangenomen, de tweede reeks is een modernisering en verfijning van de verjaringsbepalingen uit het huidige Vierde Boek van het BW, voor zover die niet betrekking hebben op de verkrijgende verjaring, die in het nieuwe BW een plaats heeft gevonden in afdeling 3.4.3.

Tussen het materiële vermogensrecht en de rechtsvordering bestaat een nauw verband. Wie een vermogensrecht heeft, heeft in de regel ook een rechtsvordering om daaraan zo nodig kracht bij te zetten. De rechtsvordering, de procedure, is het rechtsmiddel ter handhaving van de rechten en bevoegdheden die iemand toekomen.

Terminologisch dient onderscheid te worden gemaakt tussen de rechtsvordering en het vorderingsrecht, ook al worden beide wel met "vordering" aangeduid. Een vorderingsrecht is een bepaald soort materieel vermogensrecht, de actiefzijde van een verbintenis die recht geeft op de prestatie van een wederpartij, terwijl de rechtsvordering van processuele aard is.

De regeling van de rechtsvorderingen, in het bijzonder de wijze waarop zij in een proces kunnen worden ingesteld en vervolgd, is uiteraard goeddeels voorbehouden aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar een aantal algemene aspecten die nauw met - in hoofdzaak - het materiële vermogensrecht verband houden, is in deze titel bijeengebracht.

De indeling van de titel is als volgt:

artikelen:

296 en 297 - afdwingen van nakoming van verplichting door het instellen van een rechtsvordering;

298 - botsende rechten op levering;

299 tot en met 301 - reële executie;

302 - declaratoire uitspraken;

303 - het vereiste van voldoende belang;

304 - onafscheidbaarheid der rechtsvordering van het vermogensrecht;

305 – arbitrage;

305a en 305b - collectieve actie;

306 tot en met 325 - bevrijdende verjaring;

326 – schakelbepaling.

Wie jegens een ander een verplichting heeft, kan in de regel worden veroordeeld tot nakoming daarvan, aldus artikel 296 lid 1, dat daarmee de verkeerde indruk die artikel 1260 van het huidige

BW vestigt, wegneemt. Zulk een verplichting kan zijn een verbintenis, ze kan ook bijvoorbeeld voortvloeien uit het zakenrecht, zoals de verplichting tot afgifte van een gestolen zaak aan de eigenaar.

Naar de bestaande indeling van artikel 1255 onderscheidt artikel 296 de verplichtingen tot geven - de afgifte van een goed, geld daaronder begrepen - tot doen - het verrichten van een feitelijke of rechtshandeling - en tot niet doen - het zich onthouden van bepaalde gedragingen. De onderscheiding heeft zin voor de wijze waarop verplichtingen in rechte kunnen worden afgedwongen, in het bijzonder of reële executie mogelijk is; zie de toelichting op de artikelen 299 tot en met 301.

Om te slagen in een rechtsvordering tot nakoming van de verplichting tot het verrichten van een prestatie is niet vereist dat de wederpartij in die nakoming is tekortgeschoten (aldus reeds HR 15-5-1964, NJ 1964, 414) - voor het vorderen van vervangende of aanvullende schadevergoeding wegens wanprestatie is wél vereist dat de wederpartij is tekortgeschoten in de nakoming van de primaire prestatie, niet echter dat hij in verzuim is met de betaling der schadevergoeding. Lichtvaardig aanspannen van een procedure tot nakoming kan door een kostenveroordeling worden afgestraft; zie ook artikel 303.

Uitzonderingen op de regel kunnen bestaan op grond van de wet, de aard der verplichtingen en een rechtshandeling. Zo erkent de wet de natuurlijke verbintenis als een verplichting waarvan de nakoming niet kan worden afgedwongen. Zie ook bijvoorbeeld artikel 6:168.

De nakoming van de verplichting tot vervaardiging van een bepaald wetenschappelijk of kunstwerk zal wegens de aard der verplichting niet rechtstreeks in rechte kunnen worden afgedwongen.

Bij overeenkomst of testament kan een rechtsvordering tot nakoming worden uitgesloten.

Lid 2 stelt buiten twijfel dat ook een veroordeling onder tijdsbepaling of voorwaarde mogelijk is, los van de dogmatische vraag of vóór de vervulling der voorwaarde wel recht op de prestatie bestaat. Wél zal de eisende partij voldoende belang bij zulk een vordering moeten kunnen aantonen (zie artikel 303).

Artikel 297 stelt het rechtsgevolg van de in rechte afgedwongen prestatie gelijk met dat van de vrijwillige nakoming. Een zaak die met behulp van de sterke arm is afgegeven, wordt even zo goed eigendom van de verkrijger als wanneer zij vrijwillig krachtens overdracht was geleverd. In het algemeen heeft elke afgedwongen prestatie dezelfde bevrijdende werking voor de schuldenaar als de vrijwillig verrichte.

Evenals een vrijwillig verrichte prestatie kan een afgedwongen prestatie onverschuldigd betaald blijken. Dit kan gebeuren omdat bijvoorbeeld de overeenkomst die de grond tot de veroordeling vormde, naderhand vernietigd wordt, doch het meest voor de hand liggende voorbeeld is dat de rechterlijke uitspraak waarop zij berust, in hoger beroep wordt vernietigd (vgl. HR 8-10-1976, NJ 1977, 485). Is een prestatie in kort geding afgedwongen, en beslist de rechter in de bodemprocedure anders, dan is niet daardoor de prestatie waartoe de rechter in kort geding veroordeelde, onverschuldigd geworden (HR 31-5-1963, NJ 1966, 336). Is door middel van een dwangsom in kort geding een overdracht afgedwongen, dan ontvalt daaraan echter de titel als in de bodemprocedure wordt beslist dat geen aanspraak op de overdracht bestond (HR 2-12-1966, NJ 1967, 353, en, laatstelijk HR 11-2-1994, NJ 1994, 651).

Artikel 298

Het kan zich voordoen dat iemand verplicht is dezelfde zaak aan meer dan een persoon, elk voor zich en niet gezamenlijk, te leveren. De oorzaak hiervan kan zijn dat hij de zaak aan twee verschillende personen heeft verkocht, of aan twee crediteuren eerste hypotheek heeft toegezegd, enz. Levert hij dan, vrijwillig, aan de een, dan zal hij aan de ander schadevergoeding verschuldigd zijn. (Denkbaar is dat in zo'n geval ook de verkrijger tot schadevergoeding wordt verplicht, omdat hij door aanvaarding der leveringen een onrechtmatige daad jegens zijn medeschuldeiser pleegt; denkbaar is dan tevens dat die schadevergoeding in natura - namelijk overdracht van het verkregene - wordt toegewezen.)

Door echter vóór enige levering door de schuldenaar beslag te leggen, kan elk der schuldeisers de levering aan de ander blokkeren; doen beiden dat, dan ontstaat een impasse, waaruit een richtlijn, vervat in het onderhavige artikel, de uitweg kan wijzen: in het algemeen gaat het oudste recht op levering voor.

De regel toont verwantschap met die van artikel 21, maar mag daarmee geenszins worden verward: laatstgenoemd artikel veronderstelt dat de leveringen door de inschrijving reeds zijn voltooid, bij artikel 298 is het juist de vraag aan wie moet worden geleverd. Vanzelfsprekend heeft artikel 298 evenmin iets met de rangorde van vorderingen te maken; deze wordt in titel 3.10 geregeld.

Artikel 296 stelt als beginsel de regel dat degene die verplicht is tot geven, doen of niet doen, tot nakoming van die verplichting kan worden veroordeeld. De vraag die vervolgens rijst, is hoe deze veroordelende uitspraak ten uitvoer kan worden gelegd. Welke mogelijkheden de gerechtigde tot de prestatie openstaan, volgt ten dele uit de **artikelen 299 tot en met 301**, ten dele uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De artikelen 299 tot en met 301 en verschillende bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geven de eiser het recht op "reële executie", hetgeen niet inhoudt dat de schuldenaar steeds wordt gedwongen zelf de prestatie te verrichten - bij onwil en onmacht faalt daartoe elk machtsmiddel - maar wel dat de eiser met behulp van de rechterlijke uitspraak zichzelf de prestatie kan verschaffen.

Een verplichting tot "geven" kan bestaan in een verplichting tot levering in de zin van artikel 84. Gaat het om een roerende zaak die geen registergoed is, dan is daarvoor vereist bezitsverschaffing (artikel 90) of ten minste verschaffing van feitelijke macht (artikel 91); voor de vestiging van vuistpand vereist artikel 236 dat de zaak buiten de macht van de pandgever wordt gebracht. Dit alles veronderstelt (meestal) afgifte, hetgeen ook kan voorkomen bij verbintenissen uit huur, vervoersovereenkomst, bewaargeving en dergelijke. Reeds onder het huidige recht neemt men aan dat hier zgn. reële executie mogelijk is, dat wil zeggen dat de eiser met behulp van de sterke arm de afgifte rechtstreeks kan afdwingen. Met het oog hierop zal het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden aangevuld (artikelen 491 e.v.).

Bestaat het geven uit het verschaffen van een geldsom - ook in geval van een veroordeling tot schadevergoeding - dan bevat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering reeds nu een regeling omtrent de executie (Tweede tot Vierde Titel van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Moet een registergoed of een ander recht worden geleverd, dan is medewerking van de schuldenaar aan een akte vereist (artikelen 89, 94 en 95). De artikelen 300 en 301 beogen ook voor

deze en dergelijke gevallen reële executie van de verplichting tot medewerking aan een rechts-handeling mogelijk te maken, ook buiten de zeldzame gevallen waar het huidige recht dat toestaat.

Bestaat de prestatie die moet worden verricht, anderszins in een "doen", dan opent artikel 299 lid 1, in navolging van artikel 1262 van het thans geldende BW, evenzeer de weg tot reële executie: de rechter kan in beginsel de eiser machtigen om zelf te bewerkstelligen datgene waartoe nakoming zou hebben geleid.

Bestaat de prestatie ten slotte in een "niet-doen", dan dient men te onderscheiden: heeft degene op wie de verplichting rustte, reeds gedaan waarvan hij zich had te onthouden, en heeft dit tot een tastbaar resultaat geleid, dan kan de rechter tot tenietdoening machtigen (artikel 299 lid 2 - thans artikel 1261), is dat nog niet het geval dan kan de nakoming van de verplichting feitelijk door een verbod worden afgedwongen, zoals ook thans reeds wordt aangenomen.

De aandacht verdient dat de artikelen 299, leden 1 en 2, en 300 de rechter niet, desverlangd, verplichten de reële executie te bevelen of daartoe machtiging te geven: het is zijn discretionaire bevoegdheid - hij zal daartoe niet behoeven over te gaan, als bijvoorbeeld het nadeel voor de schuldenaar onevenredig zwaar zou zijn. Immers, ook op andere wijze dan door de hierboven besproken reële executie zal nakoming kunnen worden verzekerd, en wel door het opleggen van een dwangsom - alleen niet voor de voldoening van een geldvordering - en door lijfswang. Voorts kan een verplichting tot nakoming ook worden omgezet in schadevergoeding, ook daar waar reële executie, bijvoorbeeld wegens de persoonlijke aard der verplichting, geen effect kan hebben.

Opmerking verdient nog dat de artikelen 299 tot en met 301, anders dan de artikelen 1261 en 1262 van het huidige BW, niet de termen "schuldeiser" en "schuldenaar" bezigen. Zoals bij artikel 296 is uiteengezet, staan eiser en opgeroepene immers niet steeds als zodanig tot elkaar - men denke aan de zakenrechtelijke rechtsvorderingen als de revindicatie en de bezitsvorderingen - en voorts lette men op de schakelbepaling van artikel 326, die de werking van de artikelen 299 tot en met 301 in beginsel ook buiten het gebied van het vermogensrecht toepasselijk verklaart.

Artikel 299 lid 1 verschilt in zoverre van artikel 1262, dat de reële executie niet is beperkt tot het doen uitvoeren van de prestatie, maar dat de eiser ook kan worden gemachtigd tot het zelf verrichten. Voor de terminologie van "schuldeiser en schuldenaar" zij verwezen naar de opmerkingen in de vorige alinea.

Reële executie zal niet mogelijk zijn in de gevallen waarin de prestatie strikt persoonlijk is: het schrijven van een boek, het maken van een schilderij, het verschaffen van inlichtingen, enz.

De eiser zal, om zijn prestatie te bemachtigen, niet op het middel van artikel 299 lid 1, zijn aangewezen: hij kan ook zonder machtiging de prestatie van de schuldenaar (door een ander doen) verrichten en dan de kosten daarvan bij wijze van schadevergoeding op de schuldenaar verhalen, maar dat is dan een ander soort vordering waarvoor, in geval van wanprestatie, onder meer vereist is dat er een tekortkoming in de nakoming der verplichting is.

Bestaat het doen in het verrichten van een rechtshandeling, dan is niet lid 1, doch artikel 300 van toepassing.

Bij lid 2 is een combinatie met een vordering tot herstel in de oude toestand, bij wijze van schadevergoeding in natura (vgl. artikel 6:103), mogelijk. Lid 3 regelt het verhaal van de kosten der uitvoering op degene die niet is nagekomen. Deze kosten moeten noodzakelijk zijn voor die

uitvoering, aldus de bepaling, en de rechter kan in zijn uitspraak aangeven op vertoon van welke bescheiden - in het bijzonder rekeningen - de daarbij vermelde bedragen moeten worden betaald.

Artikel 300 is een lex specialis ten opzichte van artikel 299 lid 1, voor het geval de prestatie bestaat uit het verrichten van een rechtshandeling. In beginsel staan twee wegen voor reële executie op dit gebied open: de directe weg, waarbij aan de rechterlijke uitspraak de kracht der rechtshandeling toekomt en zij de rechtshandeling geheel of ten dele kan vervangen, en de middellijke weg, waarbij de rechter een "dwangvertegenwoordiger" aanwijst, die de rechtshandeling in de plaats van de opgeroepene verricht.

De eerste weg komt in aanmerking als de uitspraak zelf volledig de rol van de rechtshandeling kan overnemen. Is dat het geval, dan treedt de uitspraak in de plaats van de rechtshandeling, ook waar de wet voor deze bijvoorbeeld een notariële akte verlangt. Lid 2 regelt het bijzondere geval van vereiste medewerking van de opgeroepene aan een akte. Alsdan kan de uitspraak de gehele akte vervangen, maar ook slechts een deel daarvan, in het bijzonder de verklaring van de opgeroepene. Voor toepassing zal in het bijzonder aanleiding zijn bij de overdracht van en de vestiging en afstand van beperkte rechten op registergoederen, die de wet nu nog slechts spaarzaam toelaat (zie artikel 1201 lid 3 en overdracht en hypotheek van te boek gestelde schepen); op reële executie langs deze weg als algemene regel is reeds geanticipeerd door HR 3-4-1987, NJ 1988, 276.

De tweede weg, aanwijzing van een dwangvertegenwoordiger, zal in het bijzonder in aanmerking komen als de totstandkoming der rechtshandeling nog zoveel voorbereiding kost dat zij niet met een enkele rechterlijke uitspraak kan worden voltooid. Men denke aan het bijzondere geval van de "onzijdige persoon" van artikel 181, die deelgenoten bij (het overleg over) de verdeling van een gemeenschap vertegenwoordigt. Acht de rechter nog controle achteraf wenselijk, dan opent de tweede zin van lid 1 de weg daartoe.

Soms zal de aard van de te verrichten rechtshandeling toepassing van dit artikel in het geheel niet toelaten - men denke bijvoorbeeld aan de rechtshandeling van een bindend advies.

Artikel 301 bevat een aantal nadere voorzieningen voor het geval dat artikel 300 lid 2, toepassing vindt op de levering van een registergoed.

Lid 1 behelst de bijzondere vereisten voor inschrijving. Dat de uitspraak moet worden betekend aan degene die tot levering verplicht is, vloeit voort uit de omstandigheid dat het hier om een executoriale titel gaat. Dat inschrijving kan worden bewerkstelligd als de uitspraak kracht van gewijsde heeft, spreekt vanzelf, doch dat de inschrijving ook krachtens uitvoerbaarverklaring bij voorraad kan geschieden, ligt minder voor de hand, omdat de uitspraak dan nog voor vernietiging vatbaar is. Het belang bij zodanige inschrijving, vooral bij woningen en met het oog op de financiering, kan evenwel zo dringend zijn, dat dit het zwaarst moet wegen; de rechter zal de tegenstrijdige belangen hier in het bijzonder tegen elkaar moeten afwegen, waarbij hij bijvoorbeeld een verplichting tot zekerheidstelling kan opleggen.

Voorts wordt een termijn - als regel veertien dagen - gesteld, die tussen de uitspraak en de inschrijving verstreken moet zijn, zodat degene te wiens laste de uitspraak komt, nog rechtsmaatregelen tegen de inschrijving, bijvoorbeeld in een executiegeschil, kan nemen.

Lid 2 geeft, in navolging van artikel 29 lid 3 derde zin, een regel omtrent de termijn voor verzet. Wegens de verplichte inschrijving van de aanhangige rechtszaken hier te lande krachtens artikel

45 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan het lid eenvoudiger zijn dan de ermee corresponderende bepaling van het Nederlandse BW.

Lid 3 houdt rekening met een veroordeling onder voorwaarde, zoals storting van de koopsom in handen van degene die tot levering is verplicht of van een notaris.

Een vonnis dat niet een toewijzing of ontzegging van een op een rechtsverhouding gegronde eis inhoudt, doch zich beperkt tot een verklaring van recht omtrent die rechtsverhouding zelf, een zuivere declaratoire uitspraak, is thans niet wettelijk erkend, doch wel in de rechtspraak aanvaard; zie HR 15-12-1939, NJ 1940, 206, en HR 30-3-1951, NJ 1952, 29. Zie ook HR 15-10-1993, NJ 1994, 8, en HR 22-1-1993, NJ 1994, 734.

Zulk een uitspraak kan, aldus **artikel 302**, alleen worden gevorderd door een persoon die onmiddellijk bij zulk een rechtsverhouding is betrokken, zoals een partij bij een overeenkomst en de benadeelde bij een verbintenis uit onrechtmatige daad. De vordering strekt ertoe jegens de andere belanghebbenden bindend vast te stellen of de rechtsbetrekking bestaat en wat haar inhoud is (zie laatstgenoemde arresten). Of een dergelijke vordering tot een zuiver declaratoir kan slagen, hangt mede af van het vereiste dat artikel 303 stelt.

De regel "point d'intérêt, point d'action" geldt ook hier te lande als ongeschreven recht, dat in de rechtspraak toepassing vindt. De gedachte, in deze regel vervat, is in **artikel 303** enigermate genuanceerd weergegeven.

In de eerste plaats is vóór het woord "belang" het woord "voldoende" ingevoegd: ook al is er enig belang, een vordering kan op deze grond worden afgewezen als dat belang onvoldoende is tegenover een ander belang, zoals dat van de wederpartij om niet om een futiliteit in een procedure te worden betrokken, maar ook ten opzichte van de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen; zie HR 30-3-1951, NJ 1952, 29. In de tweede plaats is de regel niet beperkt tot het ontzeggen van rechtsvorderingen, doch geldt hij ook voor het opvoeren van verweermiddelen tegen een eis en het instellen van rechtsmiddelen tegen een uitspraak. Zie bijvoorbeeld HR 18-12-1964, NJ 1965, 159.

In de regel zal ervan mogen worden uitgegaan dat degene die een vordering instelt, verweermiddelen bezigt of van een uitspraak in beroep komt, daarbij voldoende belang heeft. Alleen in bijzondere gevallen zal men zo'n belang ook moeten aantonen. Dit kan zich vooral voordoen bij vorderingen tot veroordeling onder een voorwaarde of een tijdsbepaling (artikel 296 lid 2) en vorderingen tot een zuiver declaratoire uitspraak (artikel 302). Of de overheid een gerechtvaardigd belang heeft bij een procedure voor de burgerlijke rechter, wordt mede aan artikel 303 getoetst; niet is vereist dat haar belang van civielrechtelijke aard is: HR 18-2-1994, NJ 1995, 718.

Het is onder het huidige recht betwist geweest of een rechtsvordering aan een ander kan worden overgedragen, terwijl het recht zelf waarop die vordering berust, bij de vervreemder verblijft. Zo werd de geldigheid van een overdracht van de rechtsvordering inzake bijvoorbeeld een gestolen auto aan de verzekeraar bepleit, omdat men aannam dat de auto zelf niet kan worden geleverd wegens het ontbreken van het bezit. Artikel 95 maakt in ieder geval zulk een levering wel mogelijk, in overeenstemming met recente jurisprudentie, en daarmee is aan de behoefte tot afsplitsing van de rechtsvordering de grond ontvallen. **Artikel 304** sluit deze afsplitsing, die een

zeer gekunstelde constructie is, dan ook uit.

In het algemeen geldt de regel dat op het gebied van het vermogensrecht arbiters dezelfde bevoegdheden hebben als de rechter. **Artikel 305** legt dat vast voor de bevoegdheden die voortvloeien uit de eerste artikelen van deze titel, in het bijzonder de maatregelen betreffende de reële executie, waar wellicht zonder uitdrukkelijke regel onzekerheid zou heersen. De bepaling is niet van dwingend recht: in de overeenkomst tot of het reglement inzake arbitrage kan ervan worden afgeweken.

De **artikelen 305a en 305b**, in Nederland pas ingevoerd op 1-7-1994, strekken ertoe organisaties bevoegd te verklaren ter bescherming van belangen van anderen op te treden, mits aan bepaalde vereisten is voldaan. Dit kunnen zijn privaatrechtelijke belangenorganisaties, zoals consumenten-, beroeps- en milieuorganisaties, maar ook organisaties met een zeer beperkt doel, het kunnen ook zijn publiekrechtelijke organisaties waaraan bepaalde belangen van andere personen zijn toevertrouwd. Voor de eerste geldt artikel 305a, voor de tweede artikel 305b. In deze organisaties zijn de belangen als het ware gebundeld: voor die van artikel 305a moet dat uit de statutaire doelstelling en feitelijke werkzaamheid blijken, voor die van artikel 305b is vereist dat de bescherming van die belangen aan hen is toevertrouwd. Aldus kan door "collectieve actie" een effectieve belangenbehartiging worden bereikt, waar individuele actie te kort zou schieten - niet altijd is duidelijk welke schade een belanghebbende individueel lijdt -, of slechts telkens het beperkte belang van een enkeling zou beschermen, terwijl het beweerde euvel zich op grote schaal voordoet.

In Nederland was aan de wettelijke regeling erkenning van de collectieve actie in incidentele gevallen zowel door de rechter als door de wetgever voorafgegaan. Voor de eerste zie men HR 1-7-1983, NJ 1984, 360 (de Landelijke Specialistenvereniging), HR 27-6-1986, NJ 1987, 743 (milieuorganisaties inzake De Nieuwe Meer), HR 11-12-1987, NJ 1990, 73 (Vereniging van erkende reclamebureaus) en, mede anticiperend op het nieuwe recht, HR 2-9-1994, NJ 1995, 369 (Consumentenbond). Niet altijd werden echter organisaties ontvankelijk verklaard: HR 5-10-1984, NJ 1985, 445 (Stichting zonder Recht of Titel, waarin de gevraagde voorziening alleen door gedupeerden zelf zou kunnen worden gevorderd), HR 3-4-1987, NJ 1987, 744 (Gedetineerdenvereniging Justa Causa - ongelijksoortigheid van belangen; er bestaat reeds een wettelijk geregeld klachtrecht voor de leden), en HR 10-11-1989, NJ 1990, 113 (Ver. Landelijk Interdisciplinair Overleg Feminisme en Theologie - te weinig representatief).

In **artikel 305a** wordt het "collectieve actierecht" toegekend aan bepaalde stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid. Vereist is dat zij de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen dan zij zelf als doel in de statuten hebben opgenomen, en dat zij deze dientengevolge ook daadwerkelijk behartigen. De tekst verlangt niet dat de organisatie algemeen bescherming van belangen van een bepaalde soort behartigt - ze kan ook voor het bereiken van een beperkt doel zijn opgericht. Welke die belangen kunnen zijn, wordt niet nader gespecificeerd - er vallen zowel ideële als materiële belangen onder. Ook bescherming van belangen van natuur en cultuur kunnen belangen van de bedoelde andere personen zijn en eveneens bijvoorbeeld dierenbescherming is te beschouwen als een belang van personen die zich die bescherming aantrekken.

Een bepaalde representativiteit wordt niet vereist, en evenmin wordt verlangd dat individuele personen geen vordering toekomt.

De vordering die de vereniging of stichting kan instellen, moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen die zij zich heeft aangetrokken. Uit het vereiste van "gelijksoortigheid van belangen" volgt dat de vordering geen betrekking kan hebben op bijzondere belangen van individuele personen - in zo'n geval zou een vereniging slechts met procesvolmacht van een lid kunnen optreden. Wél is denkbaar dat een individueel geval aanleiding kan zijn voor een vordering tot een verbod voor de toekomst, dat ook andere personen, die in gelijke omstandigheden verkeren, in bescherming neemt.

De aard van de vordering kan verschillend zijn; zij kan strekken tot nakoming van een verplichting, ook uit overeenkomst, leidend tot een bevel of verbod, maar ook tot ongedaan making van - gelijksoortige - onverschuldigde betalingen, tot vernietiging van rechtshandelingen, en tot een declaratoir.

In lid 3 wordt echter een vordering tot schadevergoeding in geld aan de leden of aangeslotenen uitgesloten: zulk een vordering dienen zij zelf in te stellen, eventueel nadat de organisatie bij declaratoir de onrechtmatigheid heeft doen vaststellen; reeds juridisch-technische bezwaren verzetten zich tegen het vorderen van zulk een schadevergoeding, die door het vaststellen van de som der individuele schaden zou moeten worden voorafgegaan en door de verdeling van de toegewezen vergoeding worden gevolgd. Wél kan de organisatie schadevergoeding in natura eisen en ook kan zij voor vergoeding van de door zichzelf geleden schade opkomen.

De uitspraak heeft slechts gezag van gewijsde tussen de organisatie en de opgeroepene: een individueel verenigingslid wordt derhalve niet beperkt in zijn bevoegdheid om een vordering in te stellen als zijn vereniging bijvoorbeeld niet in het verlangde bewijs van haar stellingen is geslaagd. Is de vereniging er wel in geslaagd de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling bij rechterlijk gewijsde te doen vaststellen, dan zal een lid op zo'n uitspraak feitelijk wel kunnen voortbouwen, ook al ontbeert zij jegens hem het juridisch gezag van gewijsde.

In lid 2 wordt voor de ontvankelijkheid van de collectieve actie nog een tweede vereiste gesteld: de organisatie moet hebben gepoogd haar doel door overleg met de opgeroepene te bereiken - aldus kan zij aantonen dat zij ook feitelijk ter bescherming van de door haar geformuleerde belangen optreedt, zoals lid 1 verlangt. Dat deze eis wordt gesteld is niet onredelijk: organisaties moeten in het algemeen trachten hun doeleinden eerst langs minnelijke weg te verwezenlijken.

De leden 4 en 5 ten slotte regelen de individuele positie van belanghebbenden die om hen moverende redenen niet in de collectieve actie wensen te worden betrokken (lid 4), of niet van de gevolgen van de uitspraak willen profiteren (lid 5). Lid 5 beperkt zich uiteraard tot die gevallen waarin de belanghebbenden een individueel recht aan de uitspraak ontleen - bijvoorbeeld op herstel van constructiefouten of inruil van gebrekkige producten - en geldt dus niet bijvoorbeeld voor een declaratoir of een bevel tot of verbod van bepaalde gedragingen in de toekomst.

Artikel 305b biedt aan publiekrechtelijke - territoriale of functionele - overheidsorganisaties dezelfde bevoegdheid als artikel 305a aan privaatrechtelijke organisaties. Een afzonderlijke bepaling is vereist, omdat hier geen sprake is van in statuten neergelegde doelstellingen; uit de wettelijke instellingsregeling zal blijken de behartiging van welke belangen aan het overheidslichaam is toevertrouwd. De bevoegdheid van artikel 305b is van privaatrechtelijke aard; zij staat uiteraard niet aan het bezigen van enig publiekrechtelijk middel in de weg; vgl.

over de "tweewegen-leer" mede de toetsing op artikel 14.

De bevoegdheden en beperkingen van artikel 305a, leden 2 tot en met 5, gelden mede voor de collectieve actie van een publiekrechtelijk lichaam.

In de **artikelen 306 tot en met 325** behandelt het ontwerp de zgn. bevrijdende verjaring, in tegenstelling tot de verkrijgende verjaring die in afdeling 3.4.3 haar plaats heeft gevonden. Evenals bij deze kan de term "verjaring" in tweërlei zin worden gebezigd, namelijk als "voltooide verjaring" en als "lopende verjaring(stermijn)", naar gelang de daarvoor gestelde termijn al dan niet is vervuld en het rechtsgevolg is bereikt.

Bij de bevrijdende verjaring houdt dat rechtsgevolg in dat een rechtsvordering niet langer kan worden ingesteld. Treedt bij de verkrijgende verjaring het rechtsgevolg - de verkrijging van een recht - van rechtswege in, bij de bevrijdende verjaring geeft de voltooiing van de termijnen de wederpartij de bevoegdheid de vordering af te weren door een beroep op verjaring te doen - de rechter kan niet ambtshalve een vordering als verjaard afwijzen (artikel 322 lid 1).

Evenals de verkrijgende verjaring dient de bevrijdende de rechtszekerheid: na verloop van tijd wordt het steeds moeilijker te achterhalen of een schuld - nog - bestaat en of zij door betaling of anderszins teniet is gegaan. In de moderne tijd, die een veelheid van rechtsbetrekkingen meebrengt, klemmt dit des te meer; deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de verkorting van de verjaringstermijnen, die in het ontwerp wordt voorgesteld. Anders dan bij de verkrijgende verjaring, is goede trouw, in casu omtrent de voldoening van een vordering, geen vereiste voor het intreden van de bevrijdende verjaring.

Onder het huidige recht bestaat enige onzekerheid over de vraag, of een beroep op de voltooide verjaring het (vorderings)recht zelf doet eindigen (zgn. sterke werking), dan wel, of alleen de rechtsvordering doet stranden (zgn. zwakke werking). Het ontwerp kiest voor deze laatste, reeds door het aangeven van de plaats in titel 3.11. In dit opzicht verschilt de verjaring van het vervallen van een (vorderings)recht door verloop van een termijn, hetgeen dan ook ambtshalve door de rechter moet worden uitgesproken. Op zo'n verval zijn, tenzij anders bepaald, ook de regels omtrent stuiting en verlenging niet van toepassing.

Zie voor het praktisch belang in verband met artikel 321, onderdeel a, HR 18-2-1994, NJ 1994, 463, inzake een verrekenbeding. Als uitzondering zie men artikel 86 lid 4, waarin enige verjaringsartikelen op een vervaltermijn van toepassing worden verklaard, alsmede artikel 52 lid 2, dat een vervaltermijn koppelt aan de verjaringstermijn van artikel 52 lid 1.

Na een beroep op de voltooiing der verjaring blijft een natuurlijke verbintenis over, die zelfs soms tot het afdwingen van de prestatie kan leiden doordat de verjaring niet aan de bevoegdheid tot verrekening in de weg staat (zie artikel 6:131 lid 1). Dezelfde zwakke werking ligt ook ten grondslag aan artikel 323 lid 2, (verhaal op een vuistpand blijft ondanks verjaring mogelijk) en aan de regel dat de verjaring een schuldeiser niet de bevoegdheid ontnemt zijn eigen verbintenis jegens de schuldenaar op te blijven schorten (zie artikel 6:56, mede geldend voor het in stand blijven van het retentierecht).

Wél heeft de voltooiing van de verjaringstermijn - ook zonder dat de schuldenaar daarop een beroep doet - andere gevolgen op materieelrechtelijk gebied: zie de artikelen 92 lid 3 (zij heeft, evenals vervulling van een voorwaarde, bij voorwaardelijke levering gemaakt, tot gevolg dat de overdracht als voltooid geldt), 105 en 106 (eigendom gaat over, een beperkt recht gaat teniet) en 323 (pand- en hypotheekrechten gaan teniet, behoudens, volgens lid 2, vuistpand; idem

borgtocht - zie artikel 7:853).

Zie voor het verband met de verkrijgende verjaring voorts artikel 103.

De regeling der bevrijdende verjaring is in zoverre van dwingend recht dat zij tijdens de loop der verjaring niet kan worden uitgesloten (zie artikel 322, leden 2 en 3). Wél kunnen partijen een kortere verjaringstermijn dan de wettelijke overeenkomen, evenals een vervaltermijn. In de wet komen vorderingen die in het geheel niet aan verjaring onderhevig zijn, voor; alsdan pleegt dit te blijken uit de zinsnede dat zij "te allen tijde" kunnen worden ingesteld (zie bijvoorbeeld artikel 178).

Ten opzichte van het huidige recht brengt het ontwerp een aantal vernieuwingen: het rechtskarakter wordt verduidelijkt, vooral ten opzichte van de verkrijgende verjaring, de termijnen van verjaring worden verkort (de algemene van dertig tot twintig jaar, met verdere verkorting van vele en belangrijke termijnen tot vijf jaar (zie daaromtrent in het algemeen de toelichting op artikel 306), het tijdstip van aanvang van de termijnen wordt gepreciseerd, de stuitingsmogelijkheid wordt verruimd en de schorsingsregeling wordt vervangen door een regeling van verlenging der termijnen.

Voor de aanvang van de verjaringstermijnen is telkens gekozen voor de dag, volgende op die waarop een bepaalde gebeurtenis plaats vond; zie de artikelen 307 tot en met 311 en 313 tot en met 315, en voorts 324.

In het verbintenissenrecht is zo'n gebeurtenis veelal het opeisbaar worden van de vordering. Het kan zijn dat de schuldeiser zich van het tijdstip daarvan niet bewust is, hetgeen bij een korte verjaringstermijn onbillijk kan werken. Onder het bestaande recht heeft de Hoge Raad – HR 9-10-1992, NJ 1994, 286 en 287 - beslist dat de verjaring in zo'n geval niet geacht kan worden eerder te zijn aangevangen dan het tijdstip van het bekend worden met het bestaan van vordering. In het ontwerp is door precisering van de omschrijving van de aanvangstermijn zelf hiermee rekening gehouden.

Zoals hierboven is aangegeven, wordt voorgesteld - in **artikel 306** - de algemene termijn van verjaring te verkorten van dertig jaar - artikel 1988 van het huidige BW - tot twintig jaar. In de volgende artikelen wordt daarop echter voor de meest voorkomende gevallen inbreuk gemaakt, meestal door verkorting tot vijf jaar; vgl. ook artikel 52 met de korte termijn van drie jaar. Anderzijds keren de zeer korte verjaringstermijnen van de artikelen 1989 tot en met 1991 niet terug, evenmin als de eed die volgens artikel 1994 bij een beroep op die artikelen en op artikel 1992 kan worden opgelegd.

De verkorting van de termijn tot vijf jaar bestrijkt het overgrote deel van het verbintenissenrecht. Daarbuiten vallen bijvoorbeeld vorderingen krachtens erfrecht, waar zich veelal verwickelingen voordoen die een snelle afwikkeling verhinderen, en ook de zakenrechtelijke revindicatie, waar de voltooiing van de termijn de verkrijging van een goed door de bezitter te kwader trouw tot gevolg kan hebben (zie artikel 105 lid 1) en een korte termijn mede om die reden niet past.

Artikel 307 lid 1 bepaalt de termijn voor vorderingen tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst om te geven of te doen in beginsel op vijf jaar vanaf de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar wordt; zie de volgende artikelen over andere vorderingen uit een verbintenis, zoals schadevergoeding en herstel.

Het tijdstip van opeisbaarheid is niet altijd duidelijk, in het bijzonder niet bij verbintenissen die

voor een onbepaalde tijd zijn aangegaan, zoals voorkomt onder andere bij de teruggaveplicht in geval van bewaargeving en bruikleen en de aflossing van een verbruiklening. Lid 2 regelt deze gevallen, en stelt als criterium dat de verjaringstermijn gaat lopen vanaf de dag na die waarop de schuldeiser heeft meegedeeld tot opeising over te gaan. Blijft zo'n mededeling echter lange tijd achterwege en wordt de verjaring in die tijd ook niet gestuit, dan bestaat er grond voor toepassing van de hoofdregel van artikel 306: de onzekerheid omtrent het bestaan neemt met de tijd toe, bewijsmateriaal gaat verloren. De termijn van twintig jaar wordt dan gerekend vanaf de dag waarop de opeising op zijn vroegst mogelijk was, dat wil zeggen onmiddellijk na het ontstaan der vordering, tenzij anders bedongen. Veelal is in dat geval de opeisbaarheid afhankelijk van een opzegging; de termijn van twintig jaar vangt dan aan na verloop van de opzegtermijn die in acht moet worden genomen en die zou aanvangen wanneer de verbintenis zo spoedig mogelijk na haar ontstaan zou zijn opgezegd.

De bepaling geldt niet wanneer de overeenkomst periodiek betaling van rente of een andere vorm van erkenning meebrengt: alsdan zal ze, bij inachtneming daarvan, telkens worden gestuit (zie artikel 318). Zie tevens artikel 323 lid 3 dat inbreuk maakt op vooral artikel 307, door de korte verjaringstermijn niet te doen gelden als aan de vordering hypotheek is verbonden.

Artikel 308 sluit aan bij het huidige artikel 1996, en valt ten dele samen met artikel 307, maar omvat, anders dan die bepaling, bijvoorbeeld ook vorderingen uit de wet, zoals die tot betaling van wettelijke rente.

Vele van de in het artikel genoemde vorderingen worden periodiek verschuldigd. De bepaling voorkomt dat het totaal alsdan te hoog oploopt bij niet-betaling van een aantal termijnen. Op elk van deze termijnen afzonderlijk is het artikel van toepassing. Overigens is de werkingssfeer niet tot termijnbetalingen beperkt: ook de enkele, bijvoorbeeld laatste, huur- of rentetermijn die nog verschuldigd is, valt eronder. Men mag ook verwachten dat de schuldeiser bij vorderingen als in dit artikel bedoeld, verzuimen van de schuldenaar niet over zijn kant zal laten gaan, hetgeen mede de korte duur van de termijn rechtvaardigt.

Een vordering die verband houdt met een door artikel 308 bestreken vordering, doch die uit een andersoortige rechtsbetrekking voortvloeit en zelf niet aan de omschrijving van het artikel voldoet, wordt niet door artikel 308 getroffen. Aldus voor het huidige recht een vordering uit onverschuldigde betaling van huurtermijnen (de Antilliaanse zaak, beslist door HR 24-2-1975, NJ 1975, 244) en een tot schadevergoeding van de werkgever aan de werknemer, voor wiens ouderdomsvoorziening de werkgever had verzuimd de periodiek verschuldigde premie te betalen (HR 10-9-1993, NJ 1993, 736).

Zie, naast artikel 308, voor alimentatievorderingen de vervaltermijn van artikel 1:403.

Ook de vordering uit onverschuldigde betaling behoort tot de vorderingen uit het verbintenisrecht; zij zal in Boek 6 worden geregeld (afdeling 6.4.2). Zij doet zich onder andere voor bij betaling, al dan niet onbewust, aan een ander dan de schuldeiser, of op grond van een nietige of achteraf vernietigde overeenkomst of andere rechtshandeling. De vordering ontstaat op het tijdstip waarop de onverschuldigde prestatie is verricht; is echter een prestatie verricht, waaraan zoals door vernietiging (artikel 53 lid 1) of wijziging of ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 lid 1), met terugwerkende kracht de rechtsgrond is ontvallen, dan ontstaat de vordering door de vernietiging, wijziging of ontbinding.

Ook bij deze vordering, die weleens moeilijk is te onderscheiden van die tot schadevergoeding, kan aanleiding bestaan tot het verkorten van de verjaringstermijn. Daartoe moet ingevolge **artikel 309** aan een tweetal vereisten zijn voldaan: de schuldeiser moet bekend zijn met het bestaan van zijn vordering én met zijn schuldenaar. Het eerste vereiste zal bijvoorbeeld niet zijn vervuld zolang de schuldeiser in de waan verkeert dat hij een verschuldigd bedrag aan zijn schuldeiser heeft voldaan, terwijl de overeenkomst later - met terugwerkende kracht - wordt vernietigd. Dat de schuldenaar onbekend is, kan zich bijvoorbeeld voordoen als de schuldeiser aan een onbevoegd persoon heeft betaald die moeilijk te achterhalen blijkt. Is aan beide vereisten echter voldaan, dan is er geen bezwaar tegen om een korte verjaringstermijn te doen aanvangen, en wel een van vijf jaar, conform de overige artikelen uit de reeks van artikel 307 tot artikel 311. Is aan een van beide of aan beide vereisten niet voldaan, dan geldt de hoofdregel van artikel 306.

Artikel 310 behelst in lid 1 allereerst de mogelijkheid van een verkorte verjaringstermijn voor de vorderingen tot schadevergoeding en, contractuele of statutaire, al dan niet gefixeerde, boete. De vordering tot schadevergoeding kan zowel ontstaan uit wanprestatie als uit onrechtmatige daad, maar ook uit zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking; ook de vordering van artikel 70 - instaan voor een gepretendeerde volmacht - is er een tot schadevergoeding.

Evenals bij artikel 309 geldt voor toepasselijkheid van de verkorte verjaringstermijn een dubbel vereiste: zowel het bestaan der schade (of de opeisbaarheid der boete) als de identiteit van de aansprakelijke persoon moet aan de schuldeiser bekend zijn. Zolang dat niet het geval is, loopt de algemene termijn van artikel 306 vanaf de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt of de boete opeisbaar heeft doen worden.

Dat de schade niet bekend is, doet zich onder andere voor bij "sluipende" schade die pas geruime tijd na het voorvallen van haar oorzaak bekend wordt - bijvoorbeeld bepaalde letsels of ziekten, een milieuschade of de gevolgen van een constructiefout. Ter zake van milieuschade - men denke bijvoorbeeld aan giftige vaten in de grond - wordt echter in lid 2 de lange verjaringstermijn gehandhaafd op dertig jaar.

Niet van belang is daarentegen dat de hoogte der schade nog niet definitief bekend is - ook voordien kan de benadeelde immers reeds zijn vordering instellen.

Dat de aansprakelijke persoon, althans voorlopig, onbekend blijft, komt bijvoorbeeld bij onrechtmatige daad veelvuldig voor.

In lid 3 wordt nader gedefinieerd hetgeen lid 1 onder "gebeurtenis" moet worden verstaan, in het bijzonder wanneer de schade niet wordt veroorzaakt door een enkel afzonderlijk feit, doch door een reeks van feiten of door een voortdurende toestand - men denke bijvoorbeeld aan het innemen van vergiften of blootstelling aan straling over een bepaalde periode. Een tijdstip waarop de schade is ingetreden, is dan niet nauwkeurig aan te geven, maar het is wel wenselijk ook dan de aanvang van de verjaringstermijn te preciseren.

Lid 1 bekort de verjaringstermijn tot vijf jaar wanneer dader en schade bekend zijn. Bij ernstige zedendelicten, gepleegd tegen minderjarigen, werkt deze verkorting echter onbillijk, en is er veeleer reden tot verlenging. Weliswaar zullen dader en schade dan bij de minderjarige bekend zijn, maar het blijkt dikwijls dat het slachtoffer pas na jaar zich daarover uit. Onder het huidige recht is de verjaring dan krachtens artikel 2006 tijdens de minderjarigheid geschorst, en begint daarna een termijn van dertig jaar te lopen. Deze regeling zal echter vervallen en worden

vervangen door de artikelen 320 en 321, die de verjaringstermijnen verlengen tot zes maanden na het bereiken van de meerderjarigheid, althans tot sluiting van de eindrekening, doch alleen ten aanzien van ouder of voogd. In lid 4 wordt daarom voorgesteld de bestaande toestand in zoverre te handhaven, dat de korte verjaringstermijn van vijf jaar hier geen toepassing vindt, en de (lange) verjaringstermijn pas vanaf het bereiken van de 18-jarige leeftijd gaat lopen; het enige verschil met de huidige toestand is dan dat deze termijn niet dertig, doch twintig jaar zal zijn.

Artikel 310a hangt samen met de artikelen 86a, 99 lid 2 en 238. Beoogd wordt een zekere bescherming te bieden aan cultuurgoederen in musea, kerken e.d. Aangesloten wordt bij de terminologie van het op 24 juni 1995 op initiatief van Unidroit te Rome tot stand gekomen Verdrag inzake gestolen of onrechtmatig uitgevoerde cultuurgoederen (Trb. 1996 no. 227; Nederlandse vertaling in Trb. 1997 no. 46). In artikel 2 van het verdrag, in samenhang met de Bijlage bij het verdrag, wordt een omschrijving gegeven van het begrip "cultuurgoederen", in artikel 3 lid 7 van het begrip "openbare collecties". Het artikel regelt de bevrijdende verjaring van de rechtsvordering tot teruggave van cultuurgoederen die uit openbare collecties e.d. zijn gestolen. Het artikel kent, in overeenstemming met artikel 310 lid 1, twee verjaringstermijnen: een korte en een lange. De korte termijn begint pas te lopen, nadat de plaats waar de gestolen zaak zich bevindt en de identiteit van de bezitter of houder zijn bekend geworden. Deze termijn is, eveneens in overeenstemming met artikel 310 lid 1, gesteld op vijf jaar. De lange verjaringstermijn is een termijn waarna de terugvordering in ieder geval is verjaard. Deze begint te lopen na de datum van diefstal. Welke termijn moet gelden als lange verjaringstermijn, heeft iets arbitrairs. Gekozen is voor vijftien jaar. Een aanknopingspunt daarvoor kan worden gevonden in de eerste volzin van lid 5 van artikel 3 van het verdrag ("Onverminderd het bepaalde in het vorige lid kan elke Verdragsluitende Staat verklaren dat een rechtsvordering onderworpen is aan een verjaringstermijn van 75 jaar of zo veel langer als in zijn wetgeving is bepaald").

Artikel 311 sluit zich aan bij het voorgaande in zoverre dat het mede een regeling biedt voor de verjaring van vorderingen die ontstaan door een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis: in artikel 310 zijn dat de vorderingen tot schadevergoeding en boete, in artikel 311 die tot ontbinding van een overeenkomst, herstel van de tekortkoming en ongedaan making na ontbinding. Het is van belang de verjaringstermijnen van deze vorderingen in beginsel aan een gelijk regiem te onderwerpen, daar zij door dezelfde gebeurtenis worden veroorzaakt en ook niet altijd scherp van elkaar zijn te onderscheiden, zoals de vordering tot herstel en die tot schadevergoeding in natura. De regeling omtrent de vorderingen zelf zal zijn te vinden in Boek 6, en die omtrent herstel ten dele in Boek 7. Vgl. voor ontbinding de artikelen 6:265 e.v., voor herstel in geval van koop 7:20 en 7:21 - overigens met eigen termijn: artikel 7:23 - en voor ongedaan making 6:271. Ontbinding kan niet alleen de uitslag van een rechtsvordering zijn, doch zal ook door een schriftelijke verklaring kunnen worden bewerkstelligd (artikel 6:267); de bevoegdheid tot ontbinding buiten rechte zal gelijktijdig met de voltooiing van de verjaringstermijn der vordering vervallen, behalve ter afwering van een rechtsmaatregel (artikel 6:268; vgl. de artikelen 49 en 52 lid 2).

De vordering tot herstel van de tekortkoming zou ook kunnen worden gezien als een variant van de vordering tot nakoming, en de verjaringstermijn zou dan worden geregeld door artikel 307, beginnend op de dag na die waarop de vordering tot nakoming opeisbaar wordt, hetgeen niet een

gelukkige oplossing zou zijn; vandaar dat ze in artikel 311 wordt geregeld.

Volgens artikel 311 lid 1 geldt, evenals volgens artikel 310, een alternatieve verjaringstermijn, een van vijf en een van twintig jaar; de eerste loopt vanaf de dag na het bekend worden van de tekortkoming, de tweede vanaf de dag na haar ontstaan. Daar de bepaling slechts vorderingen uit overeenkomst betreft, behoeft hier, anders dan bij het onder andere ook onrechtmatige daad bestrijkende artikel 310, geen rekening met onbekendheid van de dader te worden gehouden.

De vordering tot ongedaan making na ontbinding ontstaat door de ontbinding, en het ligt voor de hand de aanvangstermijn voor de verjaring dan ook op de dag na die der ontbinding te bepalen - aldus lid 2. Ook hier behoeft met onbekendheid van de dader geen rekening te worden gehouden, evenmin als met onbekendheid met het feit der ontbinding; vandaar de enkele termijn van vijf jaar.

Vorderingen tot nakoming van een verplichting om te geven of te doen verjaren - kort gezegd - na een termijn die begint te lopen vanaf de dag na die waarop ze opeisbaar zijn geworden: artikel 313; zie ook bijvoorbeeld artikel 307. Van een verplichting om niet te doen zal de verjaring in beginsel aanvangen met de dag na die waarop die verplichting is geschonden; vgl. artikel 314. Voor vorderingen die voortspuiten uit een tekortkoming in de nakoming gelden eigen, soms alternatieve, termijnen met eigen dies a quo; zie artikel 311, maar ook de artikelen 308 tot en met 310, voor zover die betrekking hebben op vorderingen die een gevolg van de tekortkoming zijn, zoals rente en boete en schadevergoeding.

Voorts zijn er nevenvorderingen die wél afhankelijk zijn van een hoofdverplichting, maar die toch een eigen leven leiden en niet pas ontstaan door een tekortkoming in de nakoming van de hoofdverplichting: de betaling van rente, bijvoorbeeld een die bedongen is over een geleende hoofdsom, en de verplichting tot afgifte van vruchten door de bezitter die ook de zaak zelf moet afstaan aan de rechthebbende.

Geen nevenvorderingen zijn die welke met een andere vordering verband houden, maar die daarvan niet afhankelijk zijn, zoals die uit onverschuldigde betaling en tot schadevergoeding, die bij artikel 308 ter sprake kwamen.

Omdat zowel het tijdstip vanaf wanneer de verjaring van de nevenvorderingen begint te lopen, als de duur van hun verjaringstermijn veelal afwijkt van de aanvang en de duur van de verjaringstermijn van de vordering tot nakoming der hoofdverplichting, zou het, zonder nadere bepaling, gemakkelijk kunnen voorkomen dat de laatste reeds verjaard is, terwijl dat nog niet het geval is met een vordering uit tekortkoming of uit een nevenverplichting. Deze consequentie is niet wenselijk: de hoofdvordering is aan een verjaringstermijn onderworpen, omdat het bewijs van haar (nog) bestaan na verloop van tijd bezwaarlijk wordt, maar áls zij eenmaal verjaard is, dan geldt datzelfde voor de van haar bestaan afhankelijke nevenvorderingen. Is de hoofdvordering tot terugbetaling van een geleende hoofdsom verjaard, omdat de schuldenaar haar gedurende de verjaringstermijn niet is nagekomen en de schuldeiser gedurende die tijd heeft stilgezeten, dan gaat het niet aan dat de schuldenaar nadien nog wordt overvallen door vorderingen die uit zijn verzuim zijn ontstaan of door een vordering tot rente die zelf nog niet op grond van artikel 308 zou zijn verjaard. **Artikel 312** strekt ertoe dit gevolg te verhinderen.

Artikel 313 behelst de algemene regel omtrent de aanvang der verjaring van verplichtingen om te geven en te doen. In de voorafgaande artikelen 307 tot en met 311 zijn mede daaromtrent

specifieke regels gegeven voor bepaalde verbintenissen. Zo wordt in de artikelen 307 en 308 het criterium van de opeisbaarheid der vordering gekozen. Artikel 313 bestrijkt echter ook de rechtsvorderingen die niet uit een verbintenis voortvloeien, zoals de revindicatie, waar men niet van opeisbaarheid van een vorderingsrecht kan spreken; vandaar de meer algemene term van het kunnen vorderen van onmiddellijke nakoming. Daarvan is nog geen sprake zolang de verplichting is onderworpen aan een voorwaarde of tijdsbepaling, of wanneer eerst nog opzegging plaats moet vinden.

Dat de rechthebbende zijn recht nog niet kende, verhindert in beginsel het intreden van de verjaringstermijn niet; evenmin dat hij, zoals bijvoorbeeld bij letsel dikwijls het geval is, nog niet de precieze hoogte van het door hem te vorderen bedrag kent; zie de opmerkingen bij de artikelen 306 tot en met 325, slot, alsmede die bij artikel 310.

Artikel 314 lid 1 geeft aan, wanneer de verjaringstermijn van een onrechtmatige toestand - schending van een verplichting om niet te doen - begint te lopen: beslissend is hier wanneer daarvan voor het eerst onmiddellijke opheffing kan worden gevorderd. Onder toestand moet worden verstaan een duurzame periode tijdens welke de onrechtmatigheid onafgebroken voortduurt; daarvan is geen sprake, als telkens afzonderlijke gebeurtenissen optreden, ook al vormen deze een reeks. Denkbaar is wel dat een toestand aanvankelijk rechtmatig is geweest en op een bepaald ogenblik onrechtmatig is geworden.

Bij de onrechtmatige toestand kan men denken zowel aan strijd met een verbintenis als aan schending van verplichtingen uit bijvoorbeeld het burennrecht of het subjectief recht van een ander. Wordt degene die de onrechtmatige toestand deed aanvangen, door een ander onder bijzondere titel opgevolgd, dan vangt geen nieuwe termijn aan, maar wordt de lopende voortgezet. Wel vangt een nieuwe termijn aan, wanneer de onrechtmatige toestand wordt afgebroken en door een nieuwe vervangen, bijvoorbeeld wanneer een in strijd met burennrecht of servituut opgericht bouwsel wordt gesloopt en door een ander vervangen.

De termijn van verjaring is twintig jaar, indien hij, zoals meestal het geval zal zijn, niet door een speciale bepaling wordt geregeerd.

Artikel 310 lid 3 doet de termijn der verjaring van een vordering tot schadevergoeding als gevolg van de onrechtmatige toestand aanvangen nadat die toestand is geëindigd. Artikel 312 verhindert echter dat de rechtsvordering der schadevergoeding die der onmiddellijke opheffing overleeft.

Verjaring van de rechtsvordering van een beperkt gerechtigde tot opheffing van een met zijn recht strijdige toestand heeft krachtens artikel 106 het tenietgaan van dat recht tot gevolg.

Lid 2 is een toepassing van lid 1 voor het geval de onrechtmatige toestand meebrengt het bezit van een goed door iemand die daarop geen recht heeft. Het criterium voor de aanvang van de verjaring is hier de aanvang van het bezit door een ander dan de rechthebbende dan wel de mogelijkheid tot opheffing van de toestand waarvan dat bezit de voortzetting vormt. Niet altijd is immers duidelijk of degene die van een onrechtmatige toestand profiteert, reeds als bezitter kan worden aangemerkt; voor de aanvang van de verjaring is dan in elk geval de aanvang van de toestand beslissend. Ook de voltooiing van deze verjaring heeft een materieel gevolg: artikel 105 doet alsdan het recht op het goed ontstaan.

Artikel 315 vormt een uitzondering op de regel omtrent de verjaringstermijn voor het geval van de vordering tot opeising van een nalatenschap (hereditatis petitio): deze vangt niet aan op de

dag, volgende op die waarop de vordering voor het eerst kan worden ingesteld, doch reeds op die, volgende op die van het overlijden van de erflater - afgezien van de uren die tussen dat overlijden en de aanvang van de volgende dag verlopen, wordt aldus de regel van artikel 864 van het huidige BW gevolgd. Zie voorts artikel 100 en de toelichting daarbij.

De **artikelen 316 tot en met 319** behandelen de stuiting der verjaring. Stuiting breekt een lopende verjaring af: na de stuiting vangt in beginsel een nieuwe verjaringstermijn aan, een regel die echter in het bijzonder bij stuiting door instelling van een eis niet of niet zonder meer van toepassing is. Stuiting geschiedt door instelling van een eis of andere daad van rechtsvervolging (artikel 316), door aanmaning en dergelijke handelingen (artikel 317) en door erkenning (artikel 318). Artikel 319 regelt, tezamen met artikel 324, de nieuwe verjaring die na de stuiting aanvangt.

De stuiting der bevrijdende verjaring is thans geregeld in de artikelen 2000 tot en met 2006. In hoofdlijnen is zij, met de daarop gebaseerde jurisprudentie, in het ontwerp gevolgd, doch de regeling is verruimd en gemoderniseerd, en overbodige bepalingen vervallen.

Artikel 316 verbindt stuiting der verjaring volgens lid 1 aan de instelling van een eis in rechte - niet slechts op de wijze van artikel 110 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar bijvoorbeeld ook door een conclusie van eis in reconventie, het uitlokken van een arbitrale uitspraak of een andere daad van rechtsvervolging - bijvoorbeeld beslag en indiening van een vordering ter verificatie in een faillissement (zie het overbodig wordende artikel 32 van de Faillissementswet 1935) - en volgens lid 3 door een, aan de wederpartij meegedeelde, handeling tot verkrijging van een bindend advies, die door zo'n advies wordt gevolgd.

De term "van de zijde van de gerechtigde" houdt in dat ook een ander de daad van rechtsvervolging kan verrichten, bijvoorbeeld de pandhouder in het geval van artikel 246 en de schuldeiser die conservatoir derdenbeslag onder de schuldenaar van zijn schuldenaar legt.

Door de hierboven genoemde maatregelen wordt stuiting echter alleen bereikt, als zo'n maatregel werkelijk gevolg heeft. Een aangespannen procedure leidt gewoonlijk uiteindelijk, eventueel in hogere instantie, hetzij tot toewijzing, hetzij tot afwijzing van de eis. In het eerste geval is de stuiting, naar dan blijkt, inderdaad gevolgd, er is ook geen nieuwe verjaring aangevangen (artikel 319) behalve de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van de uitspraak (artikel 324). In het tweede geval, aldus lid 2, blijkt in beginsel geen stuiting te zijn gevolgd en is dus de verjaring ondanks de procedure voortgezet en eventueel voltooid. Behalve in toe- en afwijzing van de vordering die haar grond in deze zelf vindt, kan een procedure echter ook eindigen door oorzaken die niet in de vordering zelf zijn gelegen, zoals niet-ontvankelijkheid van de eiser of nietigheid van een exploit wegens vormgebrek. Eindigt de procedure aldus, dan verhindert ook de kracht van gewijsde die deze uitspraak krijgt, niet dat de eis zelf opnieuw kan worden ingesteld. Wordt dat inderdaad binnen zes maanden gedaan, aldus lid 2, dan is de verjaring niettemin gestuit, toen zij voor de eerste keer werd ingesteld; alsdan heeft instelling van de nieuwe eis opnieuw stuiting tot gevolg, mits zij niet door afwijzing wordt gevolgd. Intrekking van iedere daad van rechtsvervolging, inclusief de instelling van de eis, maakt de stuiting ongedaan, aldus de tweede zin van lid 2.

De tweede zin van lid 3 trekt deze lijn door voor het aanvragen van bindend advies.

Artikel 317 verbindt het gevolg der stuiting aan een aanmaning onder zekere voorwaarden. Voor wat de vorm betreft, is geschrift vereist, doch ook - anders dan thans volgens artikel 2000 - voldoende; zie ook artikel 37 lid 2, voor het exploit. De aanmaning heeft niet het karakter van een ingebrekestelling; deze is immers niet vereist voor nakoming, anders dan voor het verkrijgen van het recht op schadevergoeding of ontbinding.

Lid 1, dat slechts geldt voor verjaring van rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis, volstaat met dit vereiste, en stelt daarnaast de mogelijkheid van een schriftelijke mededeling van ondubbelzinnig voorbehoud van recht. Van deze mogelijkheden kan in het bijzonder gebruik worden gemaakt als partijen nog in onderhandeling zijn en een aanmaning niet de meest passende wijze van stuiting is.

Voor andere vorderingen dan die tot nakoming van een verbintenis, zoals de revindicatie en een bezitsvordering, stelt lid 2 het vereiste dat deze binnen zes maanden moet worden gevolgd door het instellen van eis of een van de andere in artikel 316 genoemde middelen tot stuiting. Voor de vorderingen tot nakoming van een verbintenis is dit vereiste niet wenselijk geacht - de schuldeiser zal vaak nog niet op korte termijn behoefte aan een procedure hebben.

Zie nog HR 10-12-1993, NJ 1994, 190, waaruit de conclusie kan worden getrokken dat niet elk schriftelijk stuk in een geding als een aanmaning kan worden beschouwd.

Artikel 318

Ook onder het huidige recht stuit erkenning de verjaring: artikel 2003. De erkenning kan met zoveel woorden worden gedaan, maar ook uit andere gedragingen blijken, zoals de nakoming van nevenvorderingen, bijvoorbeeld het betalen van rente of aflossing. Rentebetaling houdt wel erkenning van de verschuldigdheid van de hoofdsom in, maar niet die van andere termijnen; evenmin betekent betaling van een alimentatietermijn, behoudens bijzondere omstandigheden, erkenning van de verschuldigdheid van andere alimentatiebedragen: de verjaring daarvan wordt niet gestuit (HR 10-12-1993, NJ 1994, 190).

Artikel 319 lid 1 bevat de hoofdregel: de dag na aanvang van de stuiting begint in beginsel een nieuwe verjaringstermijn te lopen. Het behoort niet zo te zijn dat een rechtsvordering, eenmaal gestuit, nimmer meer aan verjaring onderhevig is. Ook onder het huidige recht wordt de hoofdregel aanvaard, zij het dat hij niet uitdrukkelijk in de wet is vastgelegd.

Het artikel is reeds ten dele in de toelichting op de artikelen 316 tot en met 319 in het algemeen, en in die op artikel 316 lid 2, in het bijzonder, behandeld. Uit laatstgenoemde bepaling, tezamen met lid 1 van het onderhavige artikel, volgt, waarom de hoofdregel van artikel 319 niet van toepassing is wanneer de stuiting door instelling van een eis is veroorzaakt, tenzij die eis leidt tot niet-ontvankelijkverklaring, gevolgd door de instelling van een nieuwe eis.

Bij bindend advies ligt de situatie iets ingewikkelder. Bindend advies is niet een rechterlijke (of arbitrale) uitspraak die de eisende partij een executoriale titel kan geven. Is het advies gunstig voor de eiser, maar wil de verweerder zich niet vrijwillig daarnaar gedragen, dan zal eiser alsnog een gerechtelijke procedure moeten aanspannen, met als gevolg een nieuwe stuiting. Is het advies voor eiser ongunstig, dan zal de eiser, wil hij alsnog zijn zin krijgen, hetzelfde moeten doen. De oplossing, die in de tweede zin van lid 1 is vervat, is dat na het verkrijgen van het bindend advies een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen, tijdens welke gedragingen van partijen het verdere verloop daarvan zullen bepalen.

Aan een lange duur van de nieuwe verjaringstermijn die na stuiting aanvangt, bestaat geen behoefte: door de stuiting zijn beide partijen op de hoogte van de situatie, en van de rechthabende mag nu bijzondere oplettendheid worden verlangd. Bij de combinatie lopende oude verjaringstermijnen-stuiting-aanvang nieuwe volledige verjaringstermijnen zou de verjaring in totaal een zeer langdurige aangelegenheid kunnen worden met schade aan de rechtszekerheid. Vandaar dat de duur van de nieuwe termijn op maximaal vijf jaar wordt gesteld. Anderzijds hoeft de verwikkeling door stuiting er ook niet toe te leiden dat de verjaring nu korter gaat duren dan wanneer er geen stuiting had plaatsgevonden - men denke bijvoorbeeld aan stuiting van een nog slechts kortlopende 20-jarige verjaringstermijn. Voor dit geval is dan ook in de tweede zin een bijzondere regel gesteld.

Het huidige BW kent in de artikelen 2007 tot en met 2013 naast de stuiting (afbreking van een lopende verjaringstermijn) het instituut der schorsing (de verhindering van het intreden of van het doorlopen van een verjaringstermijn). Tijdens de schorsing loopt geen verjaring. Wordt de schorsing opgeheven, dan treedt de termijn in, respectievelijk wordt hij voortgezet over de periode waarvoor hij nog niet was verstreken.

De gronden van schorsing worden door de wet omschreven: minderjarigheid en curatele (artikel 2008), huwelijk (artikel 2009), voorwaarde en tijdsbepaling, alsmede niet uitwinning met betrekking tot de vordering tot vrijwaring (artikel 2011), aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (artikel 2012) en de duur van een termijn van beraad in het erfrecht (artikel 2013). Voor twee van deze gronden bestaat weinig goede reden: in het algemeen is er tijdens minderjarigheid en curatele een ouder of voogd dan wel een curator die voor de belangen van de minderjarige, respectievelijk de curandus waakt, al bestaat daarop een enkele uitzondering. En tijdens de periode waarin de voorwaarde of de tijdsbepaling nog niet is vervuld, is een vordering nog niet opeisbaar en zal de verjaringstermijn nog geen aanvang nemen; iets dergelijks geldt voor de vrijwaringsvordering.

Het ontwerp breekt met het instituut der schorsing, die de termijn waarna de verjaring kan worden voltooid, aanzienlijk kan uitbreiden. In zijn plaats stelt het ontwerp het instituut van de verlenging der verjaring: is er een grond tot verlenging, dan loopt de verjaringstermijn niettemin gewoon door, maar zijn (ver)loop leidt niet tot verjaring, voordat zes maanden na de opheffing, verdwijning, van de grond tot verlenging zijn verstreken. Aldus wordt bepaald in **artikel 320**.

Artikel 321 noemt de gronden tot verlenging. Daarvan is de in onderdeel a genoemde grond - de vordering tussen echtgenoten zolang het huwelijk duurt - gelijk aan de schorsingsgrond van artikel 2009, behalve dat de grond der verlenging ook eindigt als scheiding van tafel en bed is ingetreden. De motivering van de verlenging is dat echtgenoten niet behoren te worden genoopt tot het onderling verrichten van stuitingshandelingen ter voorkoming van verjaring.

De gronden in de onderdelen b tot en met d vinden hun rechtvaardiging daarin dat degene tegen wie de verjaring loopt, juist wordt vertegenwoordigd door degene te wiens bate dat geschiedt.

De grond, opgenomen in onderdeel e, is ten dele dezelfde als die van artikel 2012 lid 1, maar geldt nu niet slechts verjaring van de vorderingen van een erfgenaam op de nalatenschap, maar ook, omgekeerd, die van de nalatenschap op de erfgenaam: tijdens de duur der afwikkeling behoren deze vorderingen niet te kunnen verjaren.

De grond in onderdeel f berust op billijkheidsoverwegingen.

Lid 2 doet de verlengingsgronden voor de in de onderdelen b en c genoemde gronden niet reeds verdwijnen met het bewind zelf, doch pas met het sluiten van de eindrekening en -verantwoording.

Opmerking verdient dat artikel 36 van de Nederlandse Faillissementswet een zevende verlengingsgrond inhoudt: tijdens de duur van het faillissement, die onder omstandigheden lang kan zijn, loopt een verjaringstermijn - gestuit krachtens artikel 316 - wel voort, doch de schuldeiser behoeft niet te vrezen dat zijn rechtsvordering tijdens het faillissement verjaart. Het artikel is in de plaats gekomen van een - overbodig geworden - artikel, overeenkomende met artikel 32 van de Faillissementswet 1935, dat de verjaring door de indiening ter verificatie deed stuiten (zie de toelichting op artikel 316). Laatstgenoemde bepaling zal door middel van de aanpassingswetgeving een vergelijkbare wijziging ondergaan.

Artikel 322

De voltooiing van de verjaringstermijn heeft van rechtswege enige gevolgen - zie de algemene opmerkingen inzake de verjaring - doch daartoe behoort niet zonder meer dat aan het recht geen rechtsvordering meer is verbonden: daartoe is vereist dat op de verjaring een beroep wordt gedaan door degene aan wie dat beroep toekomt. Daaruit vloeit voort dat de rechter niet ambtshalve het rechtsmiddel der verjaring mag toepassen; aldus lid 1. Zolang het beroep niet is gedaan, blijft de rechtsvordering in stand. Is het beroep gedaan, dan blijft een natuurlijke verbintenis over.

Het staat iemand vrij een bevoegdheid die hem toekomt, al dan niet uit te oefenen, en hij kan daarvan ook afstand doen. Een dergelijke afstand is een eenzijdige, gerichte, rechtshandeling, waarop de bepalingen van titel 3.2 van toepassing zijn. Lid 2 sluit daarbij aan: zie artikel 37.

Ontkenning van het bestaan van de verbintenis houdt geen afstand van verjaring in (zie HR 18-1-1980, NJ 1980, 263).

Schuldeisers komt eventueel beroep op artikel 45 e.v. toe, als hun schuldenaar jegens een andere schuldeiser afstand van verjaring doet (zie thans artikel 1973). Vgl. ter bescherming van hoofdelijke medeschuldenaren artikel 6:11 lid 3, dat de tot bijdragen aangesproken medeschuldenaar het beroep op verjaring niet ontnemt als de schuldenaar die heeft betaald, van de verjaring afstand heeft gedaan.

Afstand van een bevoegdheid kan veelal pas worden gedaan als men die bevoegdheid bezit - aldus kan ook van de bevoegdheid tot het inroepen van de verjaring niet bij voorbaat afstand worden gedaan: voordat de verjaring is voltooid, is afstand niet mogelijk - aldus lid 3. De regel verhindert dat het beroep reeds bijvoorbeeld bij het sluiten van een overeenkomst wordt uitgesloten, hetgeen aan het instituut der verjaring elke zin zou ontnemen. Wél kan zo'n "afstand" bij voorbaat worden opgevat als een erkenning van het recht van de ander, die de verjaring stuit. Afstand van het beroep op verjaring na voltooiing van de termijn houdt eveneens de rechtsvordering in stand, met de werking van een stuiting, waaraan de gevolgen van artikel 319 zijn verbonden.

Contractuele verlenging van de verjaringstermijn (voordat deze is voltooid) is hetzelfde als afstand bij voorbaat voor de periode tussen de voltooiing van de wettelijke termijn en die van de contractuele; een dergelijke verlenging valt mede onder de regel van lid 3 en heeft derhalve geen werking. Contractuele verkorting daartegen is op zichzelf wel geldig, evenals het stellen van een vervaltermijn; wordt zij evenwel bij algemene voorwaarde bedongen, dan is zij niet zonder meer

acceptabel (zie artikel 6:236, onderdeel g, dat het beding aan vernietiging blootstelt, wanneer zo'n wettelijke termijn tot minder dan een jaar wordt bekort).

Vgl. voor het huidige recht bij lid 1 artikel 1971, bij lid 2 artikel 1969 en bij lid 3 artikel 1968.

Onder de huidige wetgeving is onzeker welke gevolgen de verjaring van een rechtsvordering heeft voor de nevenrechten. In het ontwerp worden deze gevolgen wél geregeld, en wel op genuanceerde wijze.

Artikel 323 lid 1, stelt het beginsel voorop dat pand en hypotheek vervallen door voltooiing van de verjaringstermijn, dat wil zeggen: onverschillig of de schuldenaar zelf daarop een beroep doet of wil doen; vgl. de artikelen 105 en 106. In het bijzonder derde pand- en hypotheekgevers moeten weten waaraan zij toe zijn. Dezelfde regel zal voor borgtocht worden opgenomen; zie artikel 7:853.

Een uitzondering op lid 1 van het onderhavige artikel wordt in lid 2 gemaakt voor vuistpand: dit herinnert als het ware dagelijks aan het (nog voort) bestaan der schuld en geeft de schuldeiser het vertrouwen dat hij zijn vordering nog steeds daarop zal kunnen verhalen; lid 2 ondersteunt dit vertrouwen, ook al doet de verjaring het verhaal op (andere) goederen van de schuldenaar vervallen. Eenzelfde overweging houdt ook de bevoegdheid tot inroeping van het verweermiddel van de opschorting in stand, en daarmee het retentierecht op een goed - ook op zulk een goed blijft daardoor krachtens artikel 292 verhaal mogelijk ondanks de voltooiing van de verjaringstermijn (artikel 6:56).

Lid 3 brengt een uitzondering op de regel van 307: is aan een vordering een hypotheek verbonden, dan verjaart de rechtsvordering niet reeds na vijf jaar, maar pas twintig jaar na de dag, volgende op die waarop de hypotheek is gevestigd, onverschillig of dat is gebeurd gelijktijdig met het ontstaan van het vorderingsrecht, dan wel, bij voorbaat, zoals bij kredithypotheek, daarvóór, of wel daarna - in dit laatste geval werkt de vestiging van de hypotheek als erkenning met als gevolg stuiting. De reden voor de uitzondering is dat de vordering zonder deze bepaling als het ware ongemerkt zou kunnen verjaren doordat zij krachtens beding vroegtijdig opeisbaar is geworden, terwijl de schuldeiser niet op grond daarvan daadwerkelijk tot opeising overgaat; het verstrijken van de, vanaf de opeisbaarheid lopende, verjaringstermijn, met de verjaring als gevolg, zou dan voor hem, terwijl hij op de hypotheek vertrouwt, een onaangename, en ook niet voldoende te rechtvaardigen verrassing betekenen.

Artikel 324 regelt, tezamen met artikel 325, waarin een uitwerking aan artikel 324 wordt gegeven, een bijzondere vorm van verjaring, namelijk niet van een rechtsvordering, maar van een bevoegdheid, namelijk die tot executie van een rechterlijke (of arbitrale) uitspraak. Onder het huidige recht is het onderwerp wel in de literatuur besproken, maar niet in de wet geregeld. Voor het verband met de stuiting der verjaring van de rechtsvordering zie ook de toelichting op artikel 316.

Executie kan alleen volgen op een veroordelende (condemnatoire) uitspraak, niet op een declaratoire of een constitutieve. Een declaratoir is dan ook niet voor verjaring vatbaar - zijn inhoud kan te allen tijde worden ingeroepen. Bij een veroordelende uitspraak blijkt de behoefte aan verjaring wel te bestaan: de winnende partij in een procedure moet niet de tenuitvoerlegging tot in het oneindige kunnen uitstellen. Wél kan de duur van de termijn voor deze verjaring lang zijn, omdat er een formeel vastgelegd uitgangspunt is, een rechterlijke of arbitrale uitspraak, en

daaromtrent het verloop van een tijdsduur geen onzekerheid schept. Om die reden is in lid 1 gekozen voor een verjaringstermijn van twintig jaar. Voor de aanvang van de termijn (dies a quo) wordt in beginsel uitgegaan van de dag na de uitspraak, waarop een tweetal uitzonderingen wordt gemaakt.

Nog in lid 1 wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat voorshands nog niet tot executie kán worden overgegaan. Dat doet zich in het bijzonder voor bij veroordelingen onder voorwaarde of tijdsbepaling (zie artikel 296 lid 2), en wanneer de veroordeling tot een negatieve prestatie - een niet doen of zich onthouden - verplicht. In dit laatste geval bestaat er voor stuiting der verjaring geen aanleiding, totdat die verplichting wordt geschonden. (Schending kan inhouden dat een onrechtmatige toestand aanvangt die aanleiding geeft tot het ontstaan van een rechtsvordering tot opheffing daarvan; zie omtrent de verjaring van die rechtsvordering artikel 314.)

Lid 2 behelst de tweede uitzondering op de regel omtrent de aanvangstermijn der verjaring. De verjaring volgens lid 1 kan aanvangen voordat de uitspraak definitief is - niet vereist wordt immers dat ze in kracht van gewijsde is gegaan, en ook kan een arbitrale uitspraak voor aantasting vatbaar zijn; deze omstandigheden sluiten tenuitvoerlegging echter niet steeds uit. Als echter beroep tegen de uitspraak wordt ingesteld, moet eerst de uitslag van het geding daarover worden afgewacht voordat, bij handhaving van de oorspronkelijke uitspraak in beroep of ook door bijvoorbeeld intrekking van het beroep of verval van instantie, de verjaringstermijn van de bevoegdheid tot executie daarvan een aanvang kan nemen.

Lid 3 bevat een afwijking van de normale verjaringstermijn van twintig jaar: deze termijn wordt, in aansluiting op artikel 308, op vijf jaar gesteld voor de uitspraken tot betaling bij het jaar of kortere termijn: zulke bedragen moeten niet door verzuim van executie tot hoge bedragen oplopen, terwijl van de rechthebbende juist hier op zijn minst stuiting der verjaring binnen een redelijke termijn kan worden verwacht.

Lid 4 sluit aan bij artikel 312: zoals nevenvorderingen niet pas na de hoofdvordering behoren te verjaren, behoort ook de verjaring van nevenveroordelingen te zijn afgestemd op die van de hoofdveroordeling. Dit wordt geregeld door de eerste niet later te doen aanvangen dan de laatste. Nevenveroordelingen verjaren derhalve tegelijk met de hoofdveroordeling twintig jaar nadat volgens lid 1 de termijn daarvan is begonnen, tenzij ze overeenkomstig lid 2 reeds vijf jaar daarna zijn verjaard.

Artikel 325 verklaart in lid 1 op de verjaring van artikel 324 de artikelen 319 tot en met 325 voor de verjaring van de rechtsvordering van overeenkomstige toepassing, doch formuleert in lid 2 eigen regels voor de gevallen waarin de verjaring van artikel 324 wordt gestuit. De onderdelen a en b daarvan zijn, naast de betekening van de uitspraak, analoog aan de artikelen 317 en 318; onderdeel c - iedere daad van tenuitvoerlegging - loopt parallel met de daad van rechtsvervolging in artikel 316 lid 1.

Artikel 326, het slotartikel van titel 3.11, bevat een schakelbepaling, zoals de artikelen 15, 59, 78 en 79. Daarin wordt deze titel buiten het vermogensrecht in beginsel van overeenkomstige toepassing verklaard: de rechter moet de bepalingen van de titel daar toepassen, tenzij afwijking gemotiveerd is, doordat de aard der rechtsverhouding zich daartegen verzet. Buiten het vermogensrecht liggen in de eerste plaats het personen- en familierecht en handelsrecht, inclusief

het rechtspersonenrecht, maar ook het procesrecht en zelfs het publiekrecht; voor dit laatste denke men bijvoorbeeld aan de verjaring van publiekrechtelijke rechtsvorderingen zoals belastingvorderingen (zie HR 1-2-1928, NJ 1928, 782). Afwijking kan echter zijn geboden: tegen een declaratoire uitspraak in een familieverhouding binnen de grenzen van artikel 302 zal geen bezwaren bestaan, evenmin als tegen het vereiste van voldoende belang voor het instellen van een rechtsvordering, maar reële executie van uitspraken zal veelal wél op bezwaren stuiten, anders dan lijfswang en dwangsom (zie voor deze laatste HR 1-10-1982, NJ 1983, 614, in overeenstemming met de uitspraak van het Benelux Gerechtshof).